

Pravni život

časopis za pravnu teoriju i praksu

TEMATSKI BROJ

PRAVO I ODGOVORNOST



24

godina kopaoničke škole
prirodnog prava

UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE

BROJ 10 • BEOGRAD • 2011 • TOM II

24
godina



German Development Cooperation

BMZ  Federal Ministry
for Economic Coop
and Development


process
implementation
popularization
Legislation.
Legal Reform Project
Serbia

giz Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Projekti i publikacije Kopaoničke škole prirodnog prava predstavljaju poseban interes za UNESCO jer one nesumnjivo doprinose unapređenju ljudskih prava i jačanju Međunarodnog prava. Njihov cilj u potpunosti odgovara tekućem procesu reformi ljudskih prava u okviru sistema OUN.

(Iz obrazloženja Odluke UNESCO o dodeli pokroviteljstva Kopaoničkoj školi prirodnog prava od 6.juna 2005.)

PRAVNI ŽIVOT

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

»Pravni život«, časopis za pravnu teoriju i praksu pojavio se 1952. godine kao zajedničko glasilo udruženja pravnika Srbije i Bosne i Hercegovine, a nešto docnije i Udruženja pravnika Crne Gore.

Pošto su ostala dva udruženja počela izdavati sopstvene časopise, »Pravni život« 1969. godine postaje glasilo Udruženja pravnika Srbije.

Časopis objavljuje teorijska istraživanja i studije iz jugoslovenskog i uporednog prava kao i materijale sa naučnih i stručnih skupova. U njemu se poklanja pažnja svemu onome što se u pravnom životu zbiva. Na njegovim stranama objavljuju se izabrane odluke iz sudske i arbitražne prakse, osvrti i prikazi novih knjiga kao i raznovrsni prilozi iz svakodnevne prakse. Kao glasilo Udruženja pravnika Srbije, časopis prati delatnost pravničke organizacije i o njima obaveštava čitaoce.

Dosadašnji urednici »Pravnog života« bili su: Mihailo Đorđević (1952–1969), dr Živojin Aleksić (1969–1975) i dr Milan Petrović (1975–1980).

Broj 10/2011 / Godina LX / Knjiga 548

1-992

B e o g r a d

Glavni i odgovorni urednik
SLOBODAN PEROVIĆ

Redakcija
MIODRAG ORLIĆ, SLOBODAN PEROVIĆ,
RATOMIR SLIJEPČEVIĆ

Izdavački savet
Budimir Košutić, Petar Milutinović, Miroslav Panović,
Slobodan Perović, Dragoljub Petrović, Gordana Stanković,
Slobodan Šoškić, Miroslav Varićak

Izdavač
UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE
Beograd, Krunska 74
tel. 244-69-10
fax 244-30-24, poštanski fah 179
E-mail: upj@EUnet.rs
www.Kopaonikschool.org

Lektura i korektura
Ljubomir Beker

Kompjuterska obrada i prelom teksta
Javorina Beker
Slavoljub Drašer

Pretplata za 2011. godinu iznosi: za fizička lica – 4.000 dinara, za pravna lica
– 8.000 dinara, za inostranstvo – 200 Eura, Pretplata se vrši
na žiro račun broj: 310-203539-17
uz naznaku: Pretplata za časopis “Pravni život”

Tiraž: 1.000 primeraka

Štampa: FUTURA, Petrovaradin

DRUGA KATEDRA

**PRAVO
NA SLOBODU**

Sloboda ličnosti – Upravno-pravna zaštita slobode

SLOBODAN PANOV

POJAM I PRAVNE POSLEDICE PRELJUBE

U V O D

Neprimereno današnjem dobu, ostajemo verni našem kazanom stavu da je pojmovni par vernosti i preljube intrigantan, dvostruko saznanjno kontroverzan: i u (pravno)teorijskoj ravni i u pojavnim/praktičnim/egzistencijalnim sferama.

O intrigantnosti ovih instituta, o plodonosnom polju za njihovu analizu sve- doći i evolucija namere samog autora. Već smo rekli da je početni kvantum entuzi- jazma istraživanja bio da u jednom članku ukažemo na novum zakonskog reguli- sanja vernosti. Međutim, bogatstvo polisemičnosti ove teme ishodovalo je da temu analizujemo sa više aspekata i u tri rada. Ovi radovi jesu jedinstven odraz autorov- vog shvatanja i podrazumevaju celovitost čitanja i interpretacije. Naime, temu ver- nosti i preljube, uz neizbežan greh površnosti i redukcije pera, analizovali smo sa meta-pravnog aspekta, koji, in natura rerum, prethodi pravnoj analizi. Uspeh po- kušaja tačnog saznanja o meta-pravnim odrednicama, elementima, evoluciji, pa i eshatološkom neevolutivnom poretku, svakako da uslovljava i određuje kvalitet pravnog regulisanja ove teme. U radu¹ koji se tiče meta-pravnog aspekta vernosti i preljube govorili smo o mitovima stare Grčke, o shvatanjima u Starom veku i o

Dr Slobodan Panov, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ Vid. Slobodan I. Panov, Vernost versus preljuba – Metapравни aspekt, Zbornik radova “Ra- zvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU”, Prilozi projektu 2010, priredio prof. dr S. Taboroši, Beograd, 2011.

staro/novozavetnim stavovima, o odnosu islama prema ovoj temi i o sociološkom i pesničkom poimanju ljubavi, vernosti i preljube.

U drugom članku² predmet analize je bila “revolucionarna ćutljivost” zakonopisca o obavezi vernosti u braku. Pozitivno Porodično pravo Srbije revolucionarno ćini diskontinuitet prema (i) srpskoj pravnoj tradiciji na temu vernosti braćnika/braćnih drugova/suprućnika. I srpski srednjovekovni pravni izvori, i Crkveno pravo, i Karađorđev zakonik i Građanski zakonik za Kneževinu/Kraljevinu Srbiju i Osnovni zakon o braku i Zakon o braku i porodićnim odnosima Srbije predviđaju obavezu vernosti braćnih drugova. Nismo sporili da je legalan (legitiman?) izbor o nepotrebnosti/nemodernosti vernosti, samo smo pitali zašto ova revolucionarna izmena zakona nije medijski i stručno adekvatno afirmisana? Zašto revolucionarno oslobođenje, ukidanje narodnog i lićnog tereta, na primer, obaveze građana da plaćaju porez, ne bi bila jasno i javno, sa, verujemo, bezbrojnim opravdanim reprizama, publikovana. Ćudi izbor moćne i revolucionarne avangarde da sakriva ono što je tako na polzu naroda?! Ako je dozvoljeno ćiniti paralelu: ovakvo skromno, ćutljivo, bez muka-bezmuklo postupanje “matićnog” Ministarstva (za) pravde je, pisali smo, kao kad bi Ministarstvo bezuslovnog mira sakrilo informaciju da nema više ratova i da je ukinuta obaveza služenja vojnog roka ili kad bi Ministarstvo finansija ukinulo porez i povećalo penzije i plate ili Ministarstvo zdravlja prećutalo informaciju da nema više bolesti ili Ministarstvo kulture oćutalo vest vaćniju od svih prethodnih: da se pojavljuje, zarad obrazovanja naroda, novi reality shoy. Jedino objašnjenje je opštepoznata ćinjenica o skromnosti “vlasnika vremena”, o tome da se ne hvale ni svojih uspesima, a kamoli uspesima drugih (recimo, sportista).

U sferi stilizacije norme, zanimljivo je konstatovati “senzibilisanu etiku”³ braka aktuelnog PZ Srbije, princip disperzije znaćenja reći, zanimljiv princip da je jedna reć/pojam istovremeno/implicitno isto to i druga reć/pojam i oksimoronsku istinu da je jedno drugo. Sledstveno istorijsko-pravnoj ćinjenici (na primer, ZBPO Srbije je normirao i obavezu pomaganja/poštovanja suprućnika i dućnost vernosti suprućnika), povodom nekih stavova o tome da je vernosti implicitna komponenta poštovanja suprućnika, pitali smo kojim nevidljivim talentom pisac PZ Srbije je došao do originalne formule: da redukcijom jezićkog izraza zadrži isto bogatstvo smisla/ znaćenja/vrednosti?

Sledstveno ovoj duhovitoj teoriji o “implicitnim dućnostima”, neduhovito pitamo da li vaći i teorija o implicitnom talentu zakonopisca za haiku poeziju? Ima li pisac PZ Srbije talenat za haiku “pravnu poeziju”? Vrlo nam je ćudno da je taj

² Vid. Slobodan I. Panov, Vernost versus preljuba, Pravni život, br. 10/2010.

³ V. Vladeta Jerotić, Hrišćanstvo i njegove preteće, Lao-Ce-naćela Taoa, Beograd, 2004, strana 16.

haiku talenat (koncizan izraz koji ne siromaši, već bogati značenja) ozario zakonodavca tek 2005. godine, iako je haiku nastao u srednjovekovnom Japanu. Našu sumnju o automatizmu refleksivnog (a vrlo elegičnog, sa razumskog aspekta) lirskog talenta potvrđuje budućnost⁴ koju uzimamo za svedoka: Komisija za izradu Građanskog zakonika u čl. 25. Prednacrtu predlaže sledeću formulaciju:

Osnovna prava supružnika

Član 25.

BRAK SE ZASNIVA NA UZAJAMNOJ VERNOSTI, POVERENJU,
POŠTOVANJU I POMAGANJU.

Porodičnopravna književnost omogućava definisanje (preciziranje pojma) preljube sa nekoliko aspekata: potrebnim objektivnim elementom (“inkriminisan radnja”, pozajmljujući krivičnopravnu terminologiju) i “subjektivnim” elementom (s kim se preljuba može učiniti – ”satrudnik/ca”, kooperativni entitet preljubnika/ce); sa aspekta odnosa sa načelom monogamije i pitanje vrsta preljuba.

POJAM PRELJUBE

Prema prof. Ž. Periću, vernost je shvaćena apsolutno, kao “kategorički⁵ imperativ” (par. 147. Predosnove Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju), jer nije uslovljena vernošću drugog supruga. Prof. Perić kaže da je kompenzacija moguća u imovinskopравnim, ne i u ličnopravnim odnosima. Ili, kako kaže prof. Marko Mladenović, *compensatio delicti* ne postoji⁶. Prema Bračnim pravilima Srpske Pravoslavne Crkve, preljuba postoji ako se “svesno i hotimice izvrši polni snošaj sa licem koje nije njegov bračni drug” (čl. 88). Prema BP SPC (čl. 89–

⁴ Referentno u odnosu na datum tog našeg članka.

⁵ Neki učitelji crkve (Kliment Aleksandrijski, Tertulian, Jovan Zlatoustim...) tumačili su preljubu (preljubodje) u užem smislu, dok su drugi imali tumačenje u širem smislu. Tako, Blaženi Avgustin pod preljubom smatra i idolopoklonstvo i srebroljublje i čedomorstvo... Car Konstantin preljubu smatra grehom i muža i žene. Prema zakonu Teodosija iz 440. godine žena može da se razvede ako se muž raspušteno vlada, druži sa pokvarenim ženskinjama, sablaznavajući celomudrije, a muž ako žena voli bezstidne igre i pevanije, ako nepravdano noćiva po tuđim kućama, posećuje cirkuse i teatre, a po pravilu Justinijana iz 528. godine ako je žena toliko strasna, da ide zajedno sa muškima u kupatilo ili za života muža misli na drugog čoveka, v. Nikola Ružičić, *Nomokanon o braku*, Beograd, 1880, str 180–187.

⁶ Vid. Prof. dr Marko Mladenović, *Razvod braka*, Beograd, 1964, str. 224.

91), uzima se da postoji preljuba i ako žena protiv volje muža neopravdano napusti bračnu zajednicu ili živi odvojeno od muža, ili živi van kuće svojih roditelja ili najbližih srodnika. Ako žena i živi kod svojih roditelja ili srodnika, preljuba postoji i ako žena vodi raskalašan ili sablažnjiv život. Preljuba postoji i ako braćnici žive odvojeno i u kući drže lice suprotnog pola, a okolnosti ukazuju na preljubu. Sa preljubom se izjednačava situacija kada muž hotimično navodi svoju ženu na preljubu ili je podvodi ili izlaže “telesnoj pohoti” drugih, a i ako jedan braćnik zaključi novi brak, a prethodni mu nije prestao (bigamija)⁷. Analiza stilizacije preljube u Bračnim pravilima Srpske Pravoslavne Crkve govori da je pojam preljube utemeljen na materijalnoj istini/činjenici (svesni, hotimični polni snošaj); savezu moguće materijalne istine i moralnog prekršaja (neopravdano napuštanje/odsustvo žene); razumnoj pretpostavci (kohabitacija sa osobom suprotnog pola ako okolnosti slučaja ukazuju/dozvoljavaju pretpostavku preljube); savezu “čudne neposesevnosti” muža i sugestibilnosti/kooperativnosti supruge (kada muž navodi svoju ženu na preljubu i propagira njenu komponentnu seksualnog liberalizma) i na pravno neoborivoj pretpostavci, ne i fikciji (pravni ambijent-bigamni brak koji ne samo dozvoljava, već imperativno tumači da je konzumiran “čulni potencijal novog pravnog ambijenta” i učinjena preljuba).

Preljuba je “seksualna ekskurzija⁸ van braka” (extramarital sex)⁹. Najpre, preljuba postoji kada jedan supružnik ima polni odnos sa licem (u singularu ili pluralu) sa kojim nije u braku. U engleskoj pravnoj literaturi, preljuba podrazumeva dobrovoljni ili sporazumni¹⁰ seksualni odnos između bračnog lica i lica (bez

⁷ Ovaj primer pokazuje da je bigamija uži pojam, jedan od elemenata preljube.

⁸ Iako izgleda neprimerena upotreba termina iz sfere turizma, nelimitirano ne i bezobalno tumačenje, ipak, opravdava/dozvoljava ovu “terminološku pozajmicu”. Turizam se definiše kao putovanje u cilju rekreacije, kretanje izvan mesta stalnog boravka (recimo, braka u analognoj interpretaciji) radi upoznavanja novih ljudi, iskustava, kultura... Osnovne karakteristike turizma raznovrsnost (heterogenost), sezonski karakter (efemernost), visok stepen elastičnosti tražnje i neelastičnosti ponude, ne samo asocijativno, mogu da upotpune pojam preljube. Naravno, postoje i formalne razlike. Recimo, prema definiciji Svetske turističke organizacije, turista je osoba koja putuje najmanje osamdeset kilometara od mesta stalnog boravka u cilju rekreacije. Za praksu preljube ovaj detalj je irelevantan.

⁹ Preljuba, u smislu Porodičnog prava, odnosno pravno regulisanog prostora, pretpostavlja braćni ambijent. Dakle, preljuba, u pravnom smislu, ne postoji kada seksualni kontakt ostvare dve “slobodne osobe koje nisu u braku, a jesu u emotivnoj zajednici sa nekim”. Žena koja je žrtva silovanja i koja je podvrgnuta AID ne smatra se da je učinila preljubu, v. Family Law in Greece by Efe Kounougeri-Manoledaki, u knjizi Family Law in Europe, edited by C. Hamilton, K. Standley, D. Hodson, London, Dublin, Edinburgh, 1995, str. 210.

¹⁰ Nesporan je engleski talenat za reč, stilizaciju, formulaciju (verovatno i za moral). Za razliku od nekih naših krajeva, gde je reč jedina atrakcija (kako reče Vida Ognjenović), to nije engleska specifičnost. Odlika dobrog zakonopisca u finalu dovodi do jasnog iskaza u kome svaka reč ima

obzira da li je u braku ili ne) suprotnog¹¹ pola koji nije njegov supružnik. Polni odnos treba da bude svestan i hotimičan (čl. 88 BP SPC), tj. dobrovoljan¹² Kvantum, a i (ne)kvalitet, seksualnog odnosa, frekvencija ili uspeh “seksualne ekskurzije van braka” nije relevantan. Preljuba postoji, makar, je samo jednom “ostvaren” polni odnos sa nesupružnikom. Prema prof. L. Markoviću, preljuba postoji i ako se vrše “druge perverzne radnje, kao na primer protivprirodni blud i skotološtvo.” Ostale,“ma koliko neispravne radnje” nisu preljuba. Platonska¹³ ljubav nije preljuba, smatra prof. L. Marković¹⁴

Rekli smo da je vernost apsolutna, bezuslovna, da je kategorički imperativ. Nema ekskulpirajućih okolnosti preljube. U slučaju preljube jednog bračnika, drugi bračnik ne stiče pravo na “retorziju” ili uzvraćanje. Naravno, obostrano

svoje opravdanje. Konkretno, dvojnost, dvokomponentnost subjektivne relacije, inter partes odnosa iskazana je rečima različitog značenja, rečima koje obuhvataju/opisuju dve različite moguće situacije: 1. dobrovoljnost je nužna osobina subjekta koji je “akter” preljube. Bez ovog elementa psihološkog/voljnog subjektivnog stanja nije moguća preljuba, odnosno nije moguća kvalifikacija da je lice učinilo preljubu. Ona osoba koja je prinuđena na seksualni odnos ne može da bude kvalifikovana kao učinilac (i ženski “prepev”) preljube. Ali, reč “dobrovoljno” dozvoljava/nalaže pravno tumačenje da, uprkos nepostojanju dobrovoljnosti drugog/drugih subjekata seksualnog odnosa, lice koje je imalo ovu komponentu u svojoj svesti i volji, može da se označi kao lice koje je učinilo preljubu. Recimo, lice koje je silovalo neku osobu, osim krivičnopravne kvalifikacije i optuženja, biće tretirano u porodičnopravnom smislu kao lice koje je, dobrovoljno, učinilo preljubu. 2. drugu moguću životno/pravnu situaciju (alternativno ili kumulativno) označava/opisuje reč “sporazumno”. Dakle, najčešće je preljuba utemeljena na principu “sporazuma” dva ili više subjekata (životna logika ne dozvoljava uobičajenu pravnu sintagmu “druga strana”). Sporazum je situacija kada postoji dobrovoljnost kod svih učesnika polnog odnosa koji se, i drugim elementima, kandiduje za kvalifikaciju preljube. Dok dobrovoljnost kazuje o psihološkom/moralnom “interijeru”, sporazum je element nesolipsizma, eksterijera, dijadnog ili polijadnog odnosa.

¹¹ Seksualni odnos sa osobom istog pola ne predstavlja preljubu, iako to može biti činjenica na osnovu koje može da nastane breakdown. v. Cretney, *Principles of Family Law*, by J. M. Mason, R. Bailey-Harris, R. J. Probert, London, 2008, 293,294.

¹² Vid. Dr M. Janjić Komar, Dr R. Korać, Dr Z. Ponjavić, *Porodično pravo*, Beograd, 1995, str. 111. Ne čineći kompliment tvrnjom da je, možda, reč o našem najboljem reditelju, preteći a bogatijem smislom i upitanostima od čuvenog Pedra Almodovara. Živko Nikolić u filmu “Iskušavanje đavola, osim sukoba prava (Zmajevića) i sile (Krstovića) govori i o error in personae. U ovom činjeničnom stanju/scenariju pokazuje se presudnost namere: mlada žena čini preljubu, bez da to zna, sa svojim mužem. Iako pravna analiza bi presudila drugačije, život i njegovi akteri presuđuju da je reč o preljubi. O tragičnoj zabludi o fizičkoj ličnosti (Klod i Bukovski) govori i film M. Formana “Kosa”.

¹³ Platon u “Gozbi” kaže da je ljubav (eros) filozofski nagon za spoznajom ideja. Kasnije je ovaj termin počeo da se koristi za ljubav koja isključuje telesnost (Pausanije kaže: “Rđav je onaj obični ljubavnik koji više voli telo no dušu...”). O neefemernosti pojma platonske ljubavi govori i slučaj sestara iz Crne Gore “glede” Berluskonija i njegovih čuvenih zabava, vid. “Novosti” od 16.9. 2011.

¹⁴ Vid. L. Marković, *Porodično pravo*, Beograd, 1920, str. 85.

konzumirana preljuba bračnika ima svoje pravne specifičnosti (recimo, pravo na protivtužbu) i svoje životne specifičnosti (bez protivrečja, ista činjenica forsira dva suprotna finala, dve različite dijalektike: obostrana preljuba uvećava kapacitet pomirenja, oprostaja, nagodbe ali i snaži potencijal definitivnog “razlaza” zbog sporazuma da nije moguć sporazum. Pristanak drugog bračnika ekskulpirala preljubnika.¹⁵ Prema čl. 91. BP SPC, neće se smatrati preljubom, u smislu brakorazvodnog uzroka, ako jedan bračni drug navede ili pristane na preljubu supružnika. Preljuba, kao brakorazvodni uzrok, ne postoji i ako dođe do oprostaja. Zanimljivo je da se preljuba može oprostiti izričito ili konkludentom radnjom – nastavkom polnog opštenja sa “preljubnim drugom”. Svešteno lice ne može imati “toleranciju Banović Strahinje”, ne može da oprost preljubu, i obavezno je odmah da se odvoji od preljubne osobe i zatraži razvod braka, inače će se kazniti za crkvenu krivicu.

Preljuba, u svom subjektivnom elementu, jeste seksualni kontakt sa osobom suprotnog pola izvan braka.¹⁶ Drugačije kazano, preljuba je, u svojoj subjektivnoj dimenziji, dobrovoljni seksualni odnos bračnika sa svojim nebračnikom. Dakle, seksualni odnos lica koje je u braku sa, bilo kojim, licem koje nije njegov bračni drug/bračnik/supružnik. Dakle, preljuba je seksualni odnos bračnika van braka. Drugačije kazano, preljuba je seksualni odnos bračnika sa licem sa kojim nije u braku, tj. sa svojim nebračnikom. Dakle, aforistično kazano, u kondenzovanoj jezičkoj formi, lingvo-minimalistički: preljuba je seksualni odnos bračnika sa nebračnikom (u singularu ili pluralu).

Prema prof. Mladenoviću, preljuba postoji i u slučaju seksualnog odnosa sa osobom istog pola.¹⁷ Tim pre, što u modernoj percepciji avangardne javnosti postoji potpuno ravnopravan stav “glede” homosexual realtions: morally acceptable je za 48% ispitanih, a morally wrong, takođe, za 48 ispitanih.¹⁸ Po našem mišljenju, preljuba postoji i u slučaju seksualne komunikacije sa istim i suprotnim polom, a i kada je seksualni odnos biće nekog krivičnog dela: silovanja, incesta...

¹⁵ Vid. Ž. Perić, *Obrazloženje* §§ 1–319 Predosnove Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju, Beograd, 1939, str. 131. Brak u kome su oba supružnika saglasna da prihvate seksualne odnose partnera sa drugom osobom je oblik “nemonogamnog” braka (sving braka), a supružnici takvo ponašanje ne tretiraju kao preljubu.

¹⁶ Vid. Dr M. Janjić Komar, Dr R. Korać, Dr Z. Ponjavić, *Porodično pravo*, Beograd, 1995, str. 111.

¹⁷ Vid. Marko Mladenović, Slobodan Panov, *Porodično pravo*, Beograd, 2003, str. 166.

¹⁸ May 19, 2008, *Cultural Tolerance for Divorce Grows to 70%, Along with polygamy, extramarital affairs are one of the least accepted acts*, by Lydia Saad.

Zašto, recimo, seksualni odnos sa osobom suprotnog pola jeste preljuba, a preljuba ne postoji u slučaju seksualne komunikacije sa osobom istog pola.¹⁹ Emotivno diverzivno dejstvo preljube, bez obzira na pol "seksualnog konzumenta", ima vrlo slične posledice na supružnika, bračnu i porodičnu atmosferu. Neko psihološko istraživanje moglo bi da potvrdi da u slučaju "homoseksualne prevare" infamni doživljaj povrede prevarenog subjekta je, možda, intenzivniji, verovatno kompleksniji, i zasigurno, nestandardan. Pohvalu umetničkim vrednostima filmova Živka Nikolića možemo upotpuniti i njihovim plodonosnim i inovativnim provokacijama pravne analize. Recimo, u filmu Ž. Nikolića "Lepota poroka", stabilnost arhipatrijarhalnog bračnog reda sigurno/ izvesno/lako nestaje u "čulnim provokacijama/ prilikama/ doživljajima modernog." Preljubnica ima simultanu biseksualnu komunikaciju sa bračnim parom "inoplemenika". Tradicionalno definisanje preljube kao seksualne komunikacije sa nebračnikom suprotnog pola bi bila apsurdna kod ovog "činjeničnog stanja". Istovrsnu užeženost, istovrsno htenje, slične akte činjenja i slične, pa i različite čulne posledice bi bilo apsurdno tumačiti, razumnim sudom²⁰, različito: postojanjem i nepostojanjem preljube. I patrijarhalni autoritet i arbitar, u filmu, ne čini ovo razlikovanje i donosi "jedinствenu" presudu.

Korisni metodološki obrazac koji preciznošću bogati pojam preljube jeste analogija sa krivičnim delom silovanja (čl. 178. KZ Srbije) i drugim sličnim krivičnim delima, posebno sa krivičnim delom nedozvoljene polne radnje (čl. 182. KZ Srbije). U skici, odnos silovanja i preljube je ambivalentan: odnos inversije, disonance, kontrapunkta, s jedne strane i vice versa. Naime, inkompatibilnost analizovanih instituta dokazuje činjenica da silovanje, zbog prinude, isključuje preljubu, koja zahteva dobrovoljnost preljubnika (sledi "ženski prepev"). Ovo je aspekt žrtve silovanja: kod žrtve nema dobrovoljnosti za seksualni odnos/radnju, pa nema ni preljube. Sa aspekta izvršioca obljube, tj. silovanja, upravo silo-

¹⁹ U Kanadi, prema definiciji u Divorce Act razvod je moguć u slučaju vanbračnog seksa sa osobom suprotnog pola. Sudije u Britanskoj Kolumbiji na osnovu Civil Marriage act iz 2005. godine dodeljuju ženi razvod i u slučaju kada ju je muž prevario sa drugim muškarcem (sudija je smatrao da postoji jednak razlog za prestanak zajednice).

²⁰ U engleskom pravu, seksualni odnos sa osobom istog pola ne predstavlja preljubu u braku, iako to može biti činjenica na osnovu koje može da nastane breakdown. The Civil Partnership Act 2004 kao razlog prestanka homoseksualne zajednice navodi njenu/njegovu irretrievable broken down. Zanimljivo je da the nature of the sexual act za posledicu ima, prema ovoj interpretaciji, da seksualni odnos homoseksualnog partnera sa osobom suprotnog pola nije preljuba, kao što nije preljuba seksualni odnos bračnog subjekta sa osobom istog pola, v. Cretney, Principles of Family Law, by J. M. Masson, R. Bailey-Harris, R. J. Probert, London, 2008, strana 293, 314,315.

vanje²¹ nesporno dokazuje da je izvršena preljuba. Dakle, iako žrtva nije dobrovoljno pristala na seksualni odnos, izvršilac krivičnog dela silovanja nesporno (postoje dokazi pred Vrhovnim sudom u unutrašnjosti Danske, kako bi rekao Šekspir, o suprotnom) je izvršio preljubu.

Krivičnopravna literatura o krivičnom delu silovanja i sličnim delima vrlo je korisna za analizu pojma preljube. Ova korisnost vidljiva je u činjenici da su relevantna saznanja Krivičnog prava o polu subjekata; o radnji izvršenja; o prinudi, odnosno dobrovoljnosti za seksualnu "komunikaciju"; o vremenskoj dimenziji radnje (kada se smatra da je izvršeno delo, kada postoji pokušaj...)

Što se pola izvršioca i žrtve (aktivnog i pasivnog subjekta) tiče, KZS sada sadrži polno neutralnu definiciju, tj. nevažan je pol kod ovog krivičnog dela. Prof. Čejović²² konstatuje četiri moguće kombinacije: zaostalu/klasičnu –muškarac i žena; nestandardnu – žena i muškarac; avangardnu, reformsku – dve žene ili dva muškarca. Atributi su naši.

Sledeća korisna/dopuštena analogija tiče se definisanja radnje izvršenja. U porodičnopravnoj literaturi, uglavnom, se seksualni odnos smatra radnjom izvršenja preljube. Izmena krivičnog zakonodavstva kaže da silovanje postoji ako se prinudi²³ drugo lice na *obljebu ili sa njom izjednačen čin* (što obuhvata radnju dosadašnjeg krivičnog dela protivprirodnog bluda). Obljuba podrazumeva prodor muškog u ženski polni organ (ne i u spoljne delove vagine- između labia majora). Dovoljno je i delimično prodiranje, Sam dodir polnih organa nije radnja izvršenja, mada, kaže prof. Stojanović, teško se utvrđuje kada postoji dodir a kada delimični prodor. Primećujemo jednu bitnu razliku koja demantuje opravdanost analogije. Naime, kod silovanja je procesni/egzistencijalni interes žrtve da svedoči o krivičnom delu. Povrh toga, dokazivanje je olakšano postojanjem tragova otpora, prinude...Kod preljube ne postoji interes žrtve u pravoslavnom smislu, odnosno subjekata preljube da o tome svedoče²⁴. Naprotiv, praksa govori da je njihov interes diskrecija/tajnost čina preljube. I naravno, nema tragova otpora, mada su mogući tragovi strasti, ali oni nisu mogući predmet javne istra-

²¹ Ista logika važi i za, recimo, krivično delo obljuje nad nemoćnim licem (čl. 179.KZS) ili obljuje sa detetom (čl. 180 KZ S).

²² Vid. Bora Čejović, Krivično pravo u sudskoj praksi-poseban deo, Kragujevac, 2008, str. 323.

²³ O ovom institutu, vid. Nataša Delić, Sila i pretnja u krivičnom pravu, Novo kazneno zakonodavstvo-dileme i problemi u teoriji i praksi, Budva, 2006, str. 95–109.

²⁴ Ova dokazna filozofija nimalo ne važi kod preljube: procesnopravni i životni interes, motivi subjekata, po definiciji, ih ne sokoli da o tome svedoče. Stoga je vrlo zanimljivo pitanje uspešnog dokazivanja učinjene preljube.

ge. Kako se precira zakonska formulacija da je osim preljube, radnja izvršenja i sa njom izjednačen čin? Krivičnopravna literatura pominje analni i oralni koitus (što još jedared potvrđuje da je preljuba moguća i između osoba istog pola). Prema austrijskoj i nemačkoj sudskoj praksi ovaj čin obuhvata i uvlačenje prsta, penise, predmeta, flaše... u vaginalni ili analni otvor²⁵, penetracija različitim predmetima (sveća,²⁶ imitacija falusa...²⁷). Kao “radnja izvršenja” preljube relevantne su i radnje kod krivičnog dela iz čl. 182. KZS “nedozvoljene polne radnje”. Iako nije definisan pojam “bludnih radnji”, smatra se da su to sve one radnje koje imaju za cilj da se zadovolji polni nagon, telesna pohota (ljubljenje, hvatanje za grudi-kako kažu krivičari ili taktlnost seksualnih atributa-kako bi rekao civilista, ekshibicionizam, izazivanje pohotljivog nadražaja zahtevom da se neka osoba svlači²⁸, zadovoljenje polnog nagona bez bilo kakvog kontakta sa drugim licem,²⁹ pribijanje uz telo oštećene³⁰...).

Rekli smo da je prinuda konstituent silovanja, a dobrovoljnost/samovoljnost konstituent preljube. Recimo, žrtva silovanja nije preljubnik (“ženski prepev”). Smatraće se da lice nije učinilo preljubu ako je prinuđeno apsolutnom ili kompulzivnom silom³¹, ako je otpor žrtve ozbiljan, stalan, ali i ako okolnosti slučaja isključuju mogućnost otpora (upotreba hipnoze ili drugih omamljujućih sredstava³²), nepostojanje prividnog otpora (vis haud ingrata), nepostojanje pristanka. Zanimljivo je analiza činjenične situacije kada se simulira silovanje a reč je o preljubi. Ili kada se inicijalno želi preljuba, a preljubnička strast evoluira u “moralnu strast vernosti”. Zanimljivo je pitanje “tranzicije volje”: kada “NE” postane “DA” ili kada “DA” postane “NE”. Za razliku od stavova u krivičnopravnoj literaturi,³³ smatramo da priroda seksualnog odnosa zahteva *stalnu* (od pe-

²⁵ Vid. Z. Stojanović, O. Perić, Krivično pravo-posebni deo, Beograd, 2009, str. 81 i dalje.

²⁶ Seksualna industrija je, na talasu ravnopravnosti polova-verovatno, “rodno” demonopolizovala penetraciju.

²⁷ Vid. Bora Čejović, Krivično pravo u sudskoj praksi-poseban deo, Kragujevac, 2008, str. 321 i dalje.

²⁸ Vid. Čejović.

²⁹ Vid. Stojanović, Perić, str. 95.

³⁰ Vid. I. Simić, A. Trešnjev, Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, Sl. Glasnik, Beograd, str. 112.

³¹ O apsolutnoj, neodoljivoj sili i o kompulzivnoj sili prema žrtvi, njemu bliskom licu ili predmetu, vid. Nataša Delić, Sila i pretnja u krivičnom pravu, Novo kazneno zakonodavstvo-dileme i problemi u teoriji i praksi, Budva, 2006, str. 100 i dalje.

³² Ne baš u šali kazano, kamerna atmosfera ili uvid u zemljišne knjige nisu takve okolnosti.

³³ V. Z. Stojanović, *Krivično pravo – posebni deo*, Beograd, 2006, str. 101–103.

netracije do završetka odnosa), *specijalnu* (za svaki seksualni odnos, bez fikcije generalnog ovlašćenja da 1 (akt saglasnosti) znači 2 ili više) i *specifikovanu saglasnost* (ne samo za svaki odnos, već i za svaki modus-poziciju) žene i muškarca – učesnika polnog odnosa.³⁴

Poslednje pitanje ove skice jeste pitanje o vremenskoj dimenziji radnje (kada se smatra da je izvršeno delo, kada postoji pokušaj...). Analiza krivično-pravne literature o silovanju i sličnim krivičnim delima pokazuje da je relevantna namera i izvršioca (krivično delo silovanja zahteva umišljaj, dok u odnosu na težu posledicu je potreban nehat; za razgraničenje krivičnih dela od 178. do 181. člana KZS bitan je umišljaj³⁵) i žrtve (recimo, nepostojanje spolja vidljivog aktivnog otpora, ne isključuje postojanje tzv. pasivnog otpora³⁶). Krivičnopravna literatura daje osnov za našu formulaciju o razlici ostvarene i ostvarljive namere “polnog zadovoljenja”, o realizaciji namere, ne i realizovanoj nameri seksualne radnje, o startu, ne i finišu seksualne radnje/zadovoljstva, o započetom putu-ne i završetku putovanja. Konkretno, postoje sudske odluke u kojima se početak izvršenja silovanja vezuje za trenutak primene sile. Dakle, ako je za, po definiciji strogo/strožije i pravno-tehnički i po zaštićenim vrednostima, krivično zakonodavstvo to dovoljan element za početak izvršenja, tim pre je relevantan, vice versa, za preljubu. Ako je primena sile početak silovanja, onda je i “primena dobrovoljnosti” – početak preljube. Postoje i sudske odluke u kojima silovanje postoji i kada je obljubu sprečila neka iznenadna okolnost (na primer, nailazak nekog lica) ili nepoznata okolnost (saznavši za menstruaciju, lice je odustalo od silovanja, ali se ovo ponašanje ne smatra dobrovoljnim odustankom, već pokušajem silovanja³⁷).

³⁴ Vid. Slobodan I. Panov, *Porodično pravo*, Beograd, 2010, str. 378.

³⁵ Vid. Stojanović, Perić, str. 87, 88, 96.

³⁶ Vid. Čejović, 319.

³⁷ Vid. Čejović, 320, 321, 323. Krivičnopravna analiza se komplikuje uvođenjem instituta posrednog izvršioca, vid. Nataša Delić, *Sila i pretnja u krivičnom pravu*, Novo kazneno zakonodavstvo-dileme i problemi u teoriji i praksi, Budva, 2006, str. 98 i dalje. Konačno, čini nam se vrlo redukovanim pristupom da se jedinom, apsolutnim uslovom postojanja preljube smatra penetracija. Time se paleta seksualnih konotacija/uzbuđenja, strasti svodi samo na jedan, inače, vrlo važan i presudan element-penetraciju. Naravno, kao što činimo otklon od ekstremno uskog tumačenja preljube, potrebno je učiniti distancu i prema ekstremno širokom definisanju preljube-kao sna, primisli, pogleda, stiha, razgovora, dodira... Dakle, distancirani od zapadne tradicije inkvizitorstva, i njene usavršene modernosti (stav dr Webster Tarpli o mreži zla, false flag, medijskim lažima...) , logika stvari kazuje da penetracija ne može da bude jedini akt preljube.

ODNOS VERNOSTI I MONOGAMIJE

Analiza relacije monogamije i vernosti svedoči da je reč o uskoj vezi (prof. V. Bakić). Istorijski posmatrano, vernost je izraz³⁸ načela monogamije i potrebe za biološki izvesnim očinstvom (prof. Z. Ponjavić).³⁹

Kompleksnost teme je očigledna, a mi ćemo ovom prilikom samo skicirati neke elemente ove relacije. Najpre, očevidno je da je novim PZ Srbije učinjen diskontinuitet u “zakonskoj kohabitaciji” i “prirodnom savezništvu” načela vernosti i načela monogamije. Monogamija (koja nesporno postoji, imajući u vidu definiciju bračne smetnje bračnosti i krivična dela bigamije i zaključenja ništavog braka.) i vernost su do sada uvek zajedno postojali u bračnom zakonodavstvu. U pozitivnopravnom smislu, u Srbiji postoji dužnost monogamije, ali ne i, eksplicitno, a po našem mišljenju i implicitno, dužnost vernosti u braku.

Ovom prilikom pominjemo i dilemu o značenju monogamije. Da li postoji samo bračna ili i vanbračna monogamija ili, opozitno, bi/poligamija? Shodno čl. 4 st. 2 PZ Srbije valjano je upitati se da li dužnost monogamije postoji samo za bračne subjekte ili i za vanbračne subjekte? Po jednom duhovitom aspektu, najveća kazna kod bigamije su dve tašte/svekrve. Ako postoji bračna i vanbračna tašta/svekrva,⁴⁰ da li postoji, pojmovno harmonizovana, i dužnost, osim bračne, i vanbračne monogamije? Blanketna norma sugeriše/obavezuje na potvrđan odgovor. Naime, prema pomenutom čl. 4 st. 2 PZ Srbije “vanbračni partneri imaju prava i dužnosti supružnika pod uslovima određenim ovom zakonom.” Dakle, stilizacija dozvoljava tumačenje da je porodičnim zakonodavstvom Srbije definisan uslov jednačenja pravnog kapaciteta bračne i vanbračne zajednice. Čim je ispunjen, in concreto, uslov za jednačenje/jednako pravno tretiranje, jednak pravni status, onda to nužno ima za posledicu i aktiviranje zakonskog mehanizma jednakog tretiranja pravnog kapaciteta braka i vanbračne zajednice. Jednakost/identičnost pravnog kapaciteta ima, naravno, limit u prirodi stvari, odnosno, neizbrisivim/neotklonjivim posledicama razlike braka i vanbračne

³⁸ Vrlo je zanimljivo za analizu da li je reč o odnosu dedukcije ili indukcije monogamije i vernosti.

³⁹ Vid. V. Bakić, *Porodično pravo*, Beograd, 1965, str. 124. Muškom polu ontološki je imanentna nesigurnost u vlastito očinstvo. Stoga je ta “opravdana paranoja” pokušana da bude prevenirana različitim metodama: visoka cena za intaktnu nevestu, zabrana preljube, klitoridektomija (za umanjene seksualnog nagona žene), infibulacija (potpuno zašivanje velikih usmina)..., v. Džared Dajmond, *Zašto je seks zabavan – evolucija ljudske seksualnosti*, v. Jared Diamond, *Why is sex fun? – the evolution of human sexuality*, Beograd, 2004, str. 42 kod S. Panov, *Porodično pravo*, Beograd, 2010, str. 166.

⁴⁰ Vid. Slobodan I. Panov, *Porodično pravo*, Beograd, str. 92 i dalje.

zajednice in naturae rerum. Recimo, nužno je konstatovati neke pravne posledice nastale kao odraz činjenice nepostojanja pravnog mehanizma registrovanja vanbračne zajednice.⁴¹ Na primer, kod *diferencijacije* zajedničke i posebne imovine (van)bračnih subjekata postoji teškoća definisanja trenutka početka vanbračne zajednice; oboriva zakonska pretpostavka bračnog očinstva ne primenjuje se analogno i na vanbračno očinstvo...Argument da, osim bračne, nije dozvoljena i vanbračna bigamija/poligamija jeste u samoj zakonskoj formulaciji koja izjednačava “vanbračne partnere” i “supružnike” ne samo u pravima, nego i u dužnostima. Koherentnost pravne arhitekture jeste odlika valjanog pravnog poretka.⁴²Limitiranje “izvora životne radosti” na samo jednog bračnog subjekta, svakako bi trebalo da važi i za vanbračnog subjekta. Inače, bi vanbračna zajednica bila ne jednaka, već, ono što je kod nekih usled dvojnih/lcemernih standarda moderno, jednakija. Smatramo da nema moralno-pravno-političkog opravdanja da vanbračna zajednica bude favorizovana, i u ovom smislu, naspram braka. Jedini razlog drugačijeg odgovora mogao bi, posebno u krivičnopravnoj sferi, da bude motivisan teškoćom dokazivanja postojanja dve ili više vanbračnih zajednica. Najpre, praktično posmatrano, naša krivičnopravna praksa poznaje slučajeve postupanja bez ikakvih dokaza (tako da se pitanje kondicije i presedana ne postavlja). Teorijsko-pravni aspekt, povrh toga, kazuje da teškoća dokazivanja nije razlog odustajanja, već pregnuća zaduženih i plaćenih za dokazivanje pravde i istine. Jednostavno kazano, ne vidimo razlog ni mogućnost da vanbračni subjekt *kupi legitimitet*⁴³ i ne bude sankcionisan za činjenje za koje se sankcioniše bračni subjekt po KZ Srbije.

Analizovaćemo odnos monogamije i preljube sa dva aspekta: pravnog i metapravnog. Posmatrano sa pravnog aspekta, do sada su monogamija i vernost postojali zajedno, a od 2005. godine u Srbiji postoji samo dužnost monogamije. U pravnom smislu to su različite ustanove. Dokaz različitosti jeste da je, nekad, u Kraljevini Srbiji /Jugoslaviji bila krivičnopravno sankcionisana i preljuba i povreda načela/imperativa monogamije. U kasnijem pravnom periodu, pa i danas, preljuba nije krivičnopravno sankcionisana, dok bigamija jeste.

Sa bračnopravnog aspekta, nevernost/preljuba supružnika nije eo ipso značila i povredu načela monogamije. Naime, u porodičnopravnoj literaturi

⁴¹ U Prednacrtu Građanskog zakonika postavlja se pitanje potrebe registracije vanbračne zajednice.

⁴² U našim ranijim radovima konstatovali smo da naš pravni poredak u stalnoj reformi nije ispunio najjednostavniji zadatak: harmonizaciju termina, a kamoli harmonizaciju smisla.

⁴³ Kupovanje legitimiteta je nova filozofska teorija. Kao još jedan dokaz nepravednosti sveta, jeste i nepostojanje Nobelove nagrade za filozofiju, gde bi laureat bio izvestan.

smatra se da su dozvoljeni neki oblici poligamije. U našem pravu nije dozvoljena *simultana poligamija* (da istovremeno jedno lice bude u braku sa više osoba suprotnog pola), ali je dozvoljena *sukcesivna poligamija* (tj. pravna mogućnost da se po prestanku jednog braka zaključi neograničeni broj novih brakova) i *faktička poligamija* (tzv. ekskurzije van braka, konzumiranje životne radosti ne samo u braku, već i van braka, tim pre, jer PZ Srbije, i pravnoformalno, za razliku od člana 68. ZBPO Srbije, ne predviđa obavezu vernosti supružnika).⁴⁴

Zanimljiva je i moderna dilema o tzv. biseksualnoj poligamiji: Da li je povređeno načelo monogamije ako lice koje je u braku istovremeno živi i u istopolnoj zajednici? U našem pravu, pravnoformalna analiza (homoseksualna zajednica nije brak u našem pravu, pa stoga i nema bigamije) ukazuje na to da u ovom slučaju nema dvobračnosti. Ipak, osim suprotnosti osnovnim pravnim načelima i zakonskoj definiciji braka u našem pravu, u ovoj situaciji bi, u kontekstu i drugih okolnosti, bila moguća/opravdana primena norme (porodičnopravne i naslednopravne) o nepostojanju zajednice života, o nesticanju zajedničke imovine, o mogućnosti prava na odbijanje alimentacione tužbe zbog očigledne nepravde, pravu na razvod... *A contrario*, lice koje već živi u homoseksualnoj zajednici, a u našem pravu ta zajednica je u izvesnom smislu pravno slobodan prostor, može da zaključi brak sa osobom suprotnog pola, ako su ispunjeni drugi uslovi. Naravno, bračni drug koji nije znao za avangardnost i specifičan običaj, za “predbračni istorijat koji traje ili se nastavlja” svog partnera, može da traži ili razvod braka zbog ozbiljne i trajne poremećenosti bračnih odnosa i objektivne nemogućnosti ostvarenja svrhe braka (usled, recimo, emotivne i seksualne pasivnosti/ravnodušnosti tog partnera prema partneru suprotnog pola) ili da traži poništaj braka zbog zablude o bitnim osobinama supružnika ili, usled zanimljivih individualnih inklinacija, da radosno prihvati neobičnost/nestandardnost/drugost/meandriranost/avangardnost svog izabranika/ce.

Zanimljiv je paradoks ili nužno finale dijalektike: da pravna intervencija ukrepljena u naumu uvećanja tzv. prava i sloboda za posledicu ima svoju suprotnost – umanjeње šticećenih/promovisanih prava i sloboda. Recimo, moderna/hipermoderna pravna regulacija statusa i sloboda osoba istoga (s)polu okončava u senčenju ili limitiranju tih sloboda. Zanimljivo je da nekad zabrana, tj. neregulisanje homoseksualnih brakova uvećava slobodu homoseksualaca. U Sloveniji je homoseksualna zajednica uređena Zakonom o registraciji istopolnih za-

⁴⁴ Bigamni ili poligamni brak može, pod određenim uslovima, da bude priznat u engleskom pravu. Naime, kraljica je pozvala sultana od Bruneja i njegove dve žene, da kao njeni gosti, prisustvuju venčanju 1999. godine, v. Mary Welstead & Suzan Edwards, *Family Law*, Oxford University Press, 2006, str. 11. Ovo je primer “ceremonijalne, protokolarnе bigamije.”

jednica (Ur. List, br. 65/2005). Jedan od uslova za registrovanje homoseksualne zajednice u Sloveniji, shodno načelu monogamije, jeste i nepostojanje braka ili registrovane homoseksualne zajednice. Dakle, lice koje se već nalazi u braku ili registrovanoj homoseksualnoj zajednici ne može da stupi u novu, homoseksualnu, zajednicu, dok prethodna (heteroseksualna ili homoseksualna) zajednica ne prestane. Identičan pravni rezon kao kod tzv. bračne, heteroseksualne monogamije. Dakle, u Srbiji homoseksualni partner može, ako želi/oseća, da zaključi (heteroseksualni) brak, dok u Sloveniji ne može. Postojanje vanbračne zajednice nije smetnja registrovanju istopolne zajednice⁴⁵ U hrvatskom pravu, Zakonom o "istospolnim zajednicama" (donetim 14. jula 2003.) jedan od uslova za nastanak zajednice je i specifična monogamija: lica koja su u istopolnoj zajednici ne smeju da budu u braku, vanbračnoj zajednici ili drugoj istopolnoj zajednici⁴⁶. Dakle, postojanje in concreto bilo koje zajednice isključuje zakonsku mogućnost zasnivanja homoseksualne registrovane zajednice. Slično rešenje poštovanja monogamije i kod registrovanih zajednica osoba istog pola poznaje i francusko, dansko, švedsko, nemačko pravo.⁴⁷

Sa metaprnog aspekta monogamija se posmatra različito.⁴⁸

⁴⁵ V. S. Stjepanović, *Istopolne partnerske zajednice*, "Pravni život", br. 10/2006, str. 214.

⁴⁶ U hrvatskom pravu za homoseksualne partnere traži se najstroža monogamija: homoseksualni partner/partnerka ne sme da bude ni u braku, ni u vanbračnoj zajednici ni u drugoj istopolnoj zajednici, v. M. Alinčić, D. Hrabar, D. Jakovac – Lozić, A. Korać, *Obiteljsko pravo*, Zagreb, 2006, str. 116.

⁴⁷ V. G. Kovaček-Stanić, *Uporedno Porodično pravo*, Novi Sad, 2002, str. 139,141, 144, 148.

⁴⁸ Po Tomi Akvinskom, razlozi monogamije su ontološki (muškarac želi da bude siguran u svoje autorstvo dece), psihološki (brak treba da se zasniva na snažnom prijateljstvu, a taj osećaj je ekskluzivan, ne važi za veliki broj ljudi), funkcionalni (previše je očekivati da se muškarac brine o deci sa različitim ženama) i, opet, psihološki (poligamija stvara kaos). Ovo shvatanje prisutno je i u papskim saopštenjima (*Casti connubii* iz 1930, *Humanae Vitae* iz 1968, *Evangelium Vitae*). Monogamnom braku nisu nedostajali kritičari. Godvin u svom *Istraživanju o političkoj pravdi*, shodno moralnom utilitarizmu, smatra da je apsurdno očekivanje o trajnoj naklonosti dva bića. Obaveza da se živi zajedno znači obavezati ih na sputavanja i nesreću. Doživotno društvo je i kukavičluk i izraz je želje da se neko voli bez obzira na zasluge. Po Fridrihu Engelsu, buržoaski brak je moralno manjkav i na istom nivou je sa prostitucijom. Monogamija je odraz činjenice koncentracije bogatstva u rukama muškarca i statusa žene kao vlasništvo muža. Džon Makmarti kritikuje monogamni brak kao formalni ugovor koji definiše, kontroliše i sankcioniše zakon koji znači zabranu seksa van braka. To je diktatura prema ljudskim sklonostima i potrebama i restrikcija društvene intimnosti i jedinstva. To seksualno zarobljavanje nužno vodi anksioznosti. Makmarti zaključuje da je brak državno regulisano, neograničeno i ekskluzivno vlasništvo jednog supružnika nad seksualnim moćima drugog supružnika. Brak je ekskluzivno posedovanje seksualnog partnera, v. Igor Primorac, *Etika i seks*, Beograd, 2007, str. 97, 102–105.

Dakle, sa aspekta trenutno važećeg Bračnog prava Srbije, monogamija je istorijsko-pravni pobednik. Imperativ monogamije danas postoji, dok vernost kao imperativna norma ne postoji. Da li je monogamija, samim finalom zakonske evolucije, značajniji pravni institut? Da, možda, nije drugačije? Iskaz da je vernost izraz/komponenta monogamije može biti istinitiji: vernost sadrži monogamiju i monogamija je pravni izraz vernosti. Recimo, faktička poligamija nije povreda dužnosti monogamije, ali jeste povreda “prava i dužnosti” vernosti. Monogamija je, u svojoj prevalentnoj osobini, pravno stanje, dok je vernost i pravno i meta-pravno, životno stanje. Subjekt “intimne zajednice”, nezavisno od forme (bračne, vanbračne ili homoseksualne), koji je veran, eo ipso je i monogaman, dok subjekt intimne zajednice koji je monogaman nije eo ipso i veran. Monogamija nije uvek svodiva na vernost, dok je vernost “intimno organizovanih, intimno institucionalizovanih” uvek svodiva na monogamiju. Prestanak vernosti označava i mogućnost prestanka braka, a prestanak braka pitanje monogamije čini deplasiranim/nepostojećim. Vernost intimno “organizovanih” (kako se to nekad govorilo političkim žargonom) uvek sadrži monogamiju, vernost je uvek životno/pravni sinonim monogamije. Ne i a contrario.

Relacija monogamije (monotonije-kako bi neki rekli u pokušaju duhovitosti) i vernosti je vrlo bogat prostor za analizu: koji interes se štiti ovim institutima; u čemu je povreda ovih interesa; anatomija psiholoških i moralno/pravnih vrednosti koje se ugrožavaju/povređuju; način dokazivanja...

Postoji i pravnoontološka razlika (ne)monogamije i (ne)vernosti. Bigamija je neimpulsivan, trajan ili trajniji, vidljiv, lako dokaziv pravni greh⁴⁹, i usled svoje transparentnosti u povredi javnog poretka zahteva intervenciju “moralnih/pravnih policajaca”. Preljuba je drugačija: impulsivan, trenutna ma kako možda bio trajan, netransparentan i, nekada pravni, sada samo faktički greh, sa dilemom da li je i antropološki/ontološki nužan? Ipak, vernost je značajnija od monogamije: jer je monolitno ozarenje jednim (*Ja sam onaj koji jesam Tobom* ili kako bi Pablo Neruda u 69 sonetu pevao “*Ne biti znači biti bez tebe*”⁵⁰), jer je egzistencijalno holistička, nesvodiva na pravni okvir i jer je eshatološka: vodi u dvoličnosnu rajsku jednobitijnost. Mera monogamije je sadašnjost (zabrana simultane poligamije) i pravo, a budućnost i moral su mere vernosti.

⁴⁹ Bigamija se najstrože kažnjava. Izbeglice iz ustaničke Srbije su po dolasku u Habzburšku monarhiju, ako žele da zaključe brak, morale da dokažu da već nisu u braku. Bigamiju i crkva i civilne vlasti (Constitutio Criminalis Theresiana u članu 78 za bigamiju predviđa pogubljenje mačem) strogo kažnjavaju. Krajem 18. veka Anđelija Roksanić, po nestanku supruga, prelazi u Habzburško carstvo i nakon dve godine se udaje. Nakon tužbe za bigamiju, osuđena je na smrt iako je bila trudna, v. Z. Mirković, Karadordev zakonik, Beograd, 2008, str. 121.

⁵⁰ V. Pablo Neruda, Sto soneta o ljubavi, Zagreb, 1981, str. 82.

VRSTE PRELJUBA

Prof. Ž. Perić razlikuje *polno neverstvo*⁵¹ (koje može da ima za posledicu razvod braka i zatvor do dve godine), *građansko neverstvo* (neverstvo ne u preljubi, već u nekoj drugoj polnoj radnji i za posledicu može da ima odvojen život supružnika) i *duhovno neverstvo* (kad bračnik ne voli svog partnera, kada zamišlja⁵² ili sanja⁵³ drugo lice...).⁵⁴ Prema prof. Marku Mladenoviću, pojam vernosti je vrlo složen i obuhvata polnu vernost (nečinjenje seksualnog odnosa sa licem sa kojim nismo u braku), moralnu vernost (ukazivanje poverenja, poštovanja i odbrana od neopravdanih napada) i duhovnu vernost (vernost ne samo u delima, već i mislima, željama...).⁵⁵

Zanimljiva je dilema o značaju tzv. psihičke preljube? Sama neljubav/ravnodušnost nije prevara po par. 147. Predosnove Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju. Psihičko neverstvo pretpostavlja da bračni drug ne voli svog bračnog druga i da voli drugu osobu. Vrlo je zanimljivo pitanje da li je moguća simultana ljubav: da se istovremeno voli više osoba. Prof. Perić smatra da se kod razvoda braka ne može nikako izjednačiti telesna i psihička preljuba.⁵⁶

Komplikovana pravna upitanost o relevantnoj vrsti vernosti, sholastička stratifikacija fenomena preljube, dileme o pravnim posledicama i smislu/objašnjenju izbora postaje jednostavna podsećanjem na istinu: Polnost je posledica Pada, pa Eva (život) tek posle pada dobija ime. Adam je bio u stanju da “može da ne sagraši”sa izgledima da dospe do stanja “da ne može da sagraši.” Čovek, u zamisli Božijoj upodobljen anđelu, “ne razumede, izjednači se sa stokom grdnom i

⁵¹ Prof. Bakić smatra da je relevantna samo seksualna vernost, jer se samo ona može kontrolisati, str. 136.

⁵² U filmu Vudi Alena “Ljubav u Barseloni”, lik koji tumači Penelopa Kruz, smatra preljubom i “optičku zainteresovanost” – pogled muža prema drugoj osobi. Lik koji tumači Penelope Kruz je specifične *psiko-arhitekture*, ali činjenice kažu da je to frekventna pojava u najboljem delu sveta. Naime, “38,2% Evropljana pati od nekog duševnog poremećaja”, jeste rezultat nakon trogodišnjeg istraživanja kojim je obuhvaćeno 514 miliona osoba, vid. Teletekst RTS, 29.9.2011.

⁵³ Zanimljivo je da i san može da bude pravno regulisan prostor. Slično naizgled “ontološkoj kontradikciji” sadržanom kao moto izložbe Milene Pavlović Barili “San za buđenje”, ovde san jeste istinita, iskrena predikacija zbilje. O korisnosti poezije i književnosti za pravo (o čemu smo pisali) osim nadrealizma, san je svedok temelja ličnosti, svesti i krika podsvesti, i u romanu španskog pisca Kalderona “Život je san” Pominjemo i zainteresovanost za lobotomiju nekadašnjih, kooperativnih diktatora u L. Americi.

⁵⁴ V. Ž. Perić, *Lično Bračno pravo po SGZ*, Beograd, 1934, str. 51–53.

⁵⁵ V. Marko Mladenović, Slobodan Panov, *Porodično pravo*, Beograd, 2003, str. 166.

⁵⁶ V. Ž. Perić, *Obrazloženje* §§ 1–319 Predosnove Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju, Beograd, 1939, str. 181–183.

postade joj sličan” (Ps, 48,13). Posle pada čovekova biološka ipostas podobna je na ponižavajući način životinjskoj, dok ga njegova duhovna ipostas (sloboda izbora) čini podobnim anđelu. Oslobođenjem od plotske polnosti, hrišćanin⁵⁷ se bori za povratak u bogosličnost, u prvotnu lepotu.

PRAVNE POSLEDICE⁵⁸ PRELJUBE

Spisak pravnih posledica preljube može imati samo *exempli causa* karakter.

Najpre, učinjena preljuba za posledicu ima razvod braka. Prema pravu Grčke, muž i žena treba da žive zajedno pod uslovima naklonosti, vernosti i uzajamne pomoći. U grčkom pravu, kod nesporazumnog ili osporavanog razvoda (*non-consensual or contested divorce*) pretpostavlja se da je došlo do nepopravljivog sloma braka u slučaju preljube (ili bigamije, napuštanja, napada na život).⁵⁹ U pravu Kipra, razvod je moguć zbog nepopravljivog sloma braka. Pravo na razvod postoji, recimo, u slučaju nemoralnog, sramotnog, ili bilo kog drugog ponašanja, koje, kao što je ukazano od strane sudova (*Chrysanthoy v. Panagi, Application 19 of 1990. Nicosia Family Court*), uzrokuje nepovratni, nepopravljiv slom braka.⁶⁰

U pravu Italije supružnici imaju zajedničku obavezu vernosti, da pruže moralnu i finasijsku podršku, da sarađuju u ostvarenju porodičnog interesa i da žive zajedno (CC, art 143, co 2). Razvod braka može biti sudski ili sporazumni. Kod sudskog razvoda braka, brak se razvodi ako određeni događaji/činjenice uzrokuju nepodnošljivost zajedničkog života ili ako nastanu štetne posledice po vaspitanje dece. Ti događaji, dobrovoljni ili ne, uključuju preljubu, okrutnost, neopravdano i neprekidno odbijanja odnosa, nemogućnost prokreacije i mentalnu bolest.⁶¹

U Austriji, razvod braka baziran je na dva principa: *the fault principle* (princip krivice/greške) i *princip nepopravljivog sloma braka* (*principle of irretrievable breakdown*). Prvi princip razvoda zbog krivice obuhvata razvod bra-

⁵⁷ Kjerkegor veli da su hrišćani ređi od genije, v. V. Jerotić, *Samo dela ljubavi ostaju*, Beograd, 2006, str. 12.

⁵⁸ *Zabrana preljube sprečava veće nepravde*, v. John Finnis, *Moral Absolutes-Tradition, Revision, and Truth*, The Catholic University of America Press, Washington, D. C., str. 65.

⁵⁹ *V. Family Law in Greece* by Efi Kounougeri-Manoledaki, u knjizi *Family Law in Europe*, edited by C. Hamilton, K. Standley, D. Hodson, London, Dublin, Edinburgh, 1995, str. 204.

⁶⁰ V. Andreas Neocleous&Co, *Introduction to Cyprus Law*, Limasol, 2000, str. 666..

⁶¹ V. Marina Timoteo, *Family Law in Italy*, str. 273,282.

ka zbog preljube i drugih prekršaja u braku (alkoholizam, nasilje, zlostavljanje, zamenarivanje).⁶²

U SAD je moguće izabrati i covenant marriages. Umesto modela razvoda braka⁶³ na zahtev, supružnici mogu izabrati model razvoda (samo) u slučaju preljube.⁶⁴ Povodom trenda liberalizacije bračnih dužnosti, u nekim državama SAD (Luizijani, Arizoni, Arkanzasu, a i u Indijani, Juti, Misisipiju, Kansasu, Ohaju...) postoji tzv. kovenant (*covenant*) brak. To je svečani ugovor, međusobni zavet na doživotni brak. Ugovorom se partneri obavezuju da učine sve napore da održe brak u slučaju bračnih poteškoća. Samo strana koja nije povredila svečani bračni zavet može da traži razvod braka ili rastavu od stola i postelje.⁶⁵ Prema *Arizona's Covenant Marriage* supružnici *solemnly declare that marriage is a covenant between a man and a woman who agree to live together as husband and wife for as long as they both live. We understand that a covenant marriage is for life...we promise to love, honor and care for one another as husband and wife for the rest of our lives.* Kao razlozi Dissolution of a covenant marriage smatraju se preljuba, osuda za teško krivično delo, fizičko/psihičko zlostavljanje, zloupotreba droge/alkohola... Preljuba je najčešći razlog za dobijanje razvoda⁶⁶. Istraživanja pokazuju da Amerikanci smatraju da je vernost od suštinske važnosti za brak. Prema anketi Galupa 2003, 93% svih Amerikanaca smatra da je "moralno pogrešno" da oženjen čovek ili žena imaju vanbračne afere.⁶⁷

U engleskom pravu, kao prvi navedeni uzrok za nepopravljiv slom braka (irretrievable breakdown of marriage) navodi se preljuba. Nepopravljiv slom braka postoji ako tužilac dokaže da je preljuba uzrokovala za tužioca nepodno-

⁶² V. Herbert Hausmaninger, *The Austrian Legal System*, Wien, 2003, str. 249.

⁶³ Prema statistici i akademskim radovima, jedan od dva braka u SAD se razvede, v. *The New York Times*, *Divorce Rate: It's Not as High as You Think*, By DAN HURLEY, Published: April 19, 2005.

⁶⁴ V. Jonathan Herring, *Family Law*, Exeter College Oxford University, 2004, str. 104.

⁶⁵ V. O. Cvejić Jančić, *Porodično pravo*, Novi Sad, 2009, str. 74 i 75; O. Cvejić Jančić, *Brak – stanje u prošlosti i izazovi budućnosti*, "Pravni život", br. 10/2006, str. 14 i 15 i O. Cvejić Jančić, *Brak i razvod*, Zbornik radova "Novo porodično zakonodavstvo", Kragujevac, 2006, str. 141 i 142.

⁶⁶ V. Paul Amato & Denise Previti, *People's Reasons for Divorcing: Gender, Social Class, the Life Course, and Adjustment*, 24 *J. Fam. Issues* 602 (July 2003), u *MODEL LEGISLATION: TORT OF INTENTIONAL INTERFERENCE (ADULTERY)* [Model, drafted as for Minnesota, by Prof. Katherine Spaht] *Minn. Stats. sec. 517.23. Intentional interference with marriage.*

⁶⁷ V. George H. Gallup, Jr., "Current Views on Premarital, Extramarital Sex," *Gallup Poll*, June 24, 2003.

šljiv život sa tuženim (petitioner finds it intolerable to live with the respondent).⁶⁸ Politika razvoda pokazuje da preljuba treba da bude značajna samo ako je simpotom bračnog sloma (dakle, preljuba kao relativni, a ne apsolutni brakorazvodni uzrok). Ako supružnik zna za učinjenu preljubu, a nastavi da živi sa tim bračnim drugom šest meseci ili duže, smatra se da preljuba tada ne može da bude brakorazvodni uzrok.⁶⁹ U kanadskom Divorce Act (8.2.b. i) brak se može razvesti, pored odvojenog života, i u slučaju preljube i u slučaju ponašanja jednog supružnika koje uzrokuje mentalnu ili fizičku patnju tako da je zajednički život nepodnošljiv.

Posledice preljube mogu da budu i u drugim porodičnopравnim sferama. Recimo, preljuba u nekom konkretnom slučaju, može biti relevantna u postupku deobe zajedničke imovine u formi damni emergans (kao “zahtevan finansijski poduhvat”, “skupo zadovoljstvo ili skup hobi”) ili u formi lucrum cesans (u slučaju investiranja vremena i, stoga, nemogućnosti angažmana u povećanju fonda zajedničke imovine). Praktikovanje preljube može da bude relevantna činjenica i kod pravnog standarda mogućnosti dužnika, tj. ocene mogućnosti dužnika izdržavanja po čl. 160. st. 3 PZ Srbije. Dakle, troškovi preljubničke aktivnosti dužnika, tj. novac i vreme potrebni za ovaj “angažman” neće biti relevantni za ocenu kvantuma mogućnosti dužnika. Ista logika irelevantnosti u alimentacionom sporu važi i u slučaju “preljubničkog aktivizma” tužioca u alimentacionom sporu-poverioca izdržavanja. Sud, konkretizujući pravni standard potreba tužioca/primaoca izdržavanja, neće uvrstiti i novac i druge stvari potrebne za aktivizam ove vrste. Ipak, činjenica prestanka braka/bračne zajednice daje osnov za vrlo različito tumačenje ovog pitanja.

Analiza pravno-moralnog dejstva preljube može da bude značajna i kod ocene (ne)postojanja očigledne nepravde u sferi izdržavanja, prava stanovanja, povraćaja poklona (čl. 190. st. 3) i u slučaju naknade troškova postupka u porodičnim odnosima po čl. 207. PZ Srbije. Hronična/frekventna sklonost preljubi može da bude relevantna i kod odluke suda o poveravanju vršenja roditeljskog prava, kod ograničenja održavanja ličnog odnosa sa roditeljem ako je to suprotno najboljem interesu deteta (čl. 61. st. 2. PZ Srbije), u slučaju osporavanja očinstva deteta začetog uz biomedicinsku pomoć (čl. 58. st. 4. PZ Srbije), lišenja roditeljskog prava u slučaju navikavanja deteta na odavanje rđavim sklonostima

⁶⁸ V. Family Law in England and Wales by C. Hamilton and C. Standley, u knjizi Family Law in Europe, edited by C. Hamilton, K. Standley, D. Hodson, London, Dublin, Edinburgh, 1995, str. 82.

⁶⁹ V. Cretney, Principles of Family Law, by J. M. Masson, R. Bailey-Harris, R. J. Probert, London, 2008, 293.294.

(čl. 81. st. 2. t.4), ocene ličnih svojstava usvojioca, hranioca i staraoca (čl. 100, 117, čl. 126. st. 1), kod nekih zakonom navedenih primera nasilja u porodici (na primer, pretnja članu porodice ili njemu bliskom licu-ljubavniku ili ljubavnici ili ograničenje slobode kretanja ili komunikacije sa trećim licem-recimo, ljubavnikom ili ljubavnicom)⁷⁰.

Naslednopravne posledice preljube mogu biti, takođe, značajne. Konkretno, činjenica preljube može biti vrlo relevantna kod pitanja izdvajanja iz sastava zaostavštine na osnovu bračne tekovine. "Dužina i kvalitet zajednice života ostavioca i preživelog supružnika" je relevantan i kod smanjenja naslednog dela supružnika do $\frac{1}{4}$ u drugom naslednom redu; u slučaju gubitka naslednog prava supružnika ako je ostavilac podneo tužbu za razvod braka a nakon delacije se dokaže da je tužba bila osnovana; u slučaju poništaja braka nakon delacije ako je preživeli supružnik bio nesavestan (recimo, bigamista) i u slučaju kada je zajednica života ostavioca i njegovog supružnika trajno prestala krivicom preživelog supružnika (recimo, njegovom preljubničkom aktivnošću) ili sporazumno. Učinjena preljuba može da bude analizovana od strane suda i u slučaju isključenja iz prava na nužni deo (posebno se, kao zakonski primer težeg ogrešenja o ostavioca neispunjenjem neke zakonske ili moralne obaveze, navodi i grub i uvredljiv odnos nužnog naslednika prema zaveštaocu. Preljuba može biti i gruba, a svakako jeste uvredljiva).⁷¹ ZON Srbije predvideo je mogućnost da sud stavi van pravne snage deo ili celo zaveštanje kada nakon začinjenog zaveštanja zaveštalac izgubi sposobnost za rasuđivanje a bitno se promene prilike koje su bili odlučujuća pobuda za sačinjavanje sazveštanja. Ova odredba je, u izvesnom smislu, primena instituta rebus sic stantibus. Recimo, ako je zaveštaočeva pobuda vrednoća studenta koji se recimo, zaljubi i ne uči kao pre, ili finoća zeta prema kćerki zaveštaoca koji se promeni i "suspenduje svoju ljubaznost" ili vernost supruge koja više ne poštuje moralne dužnosti, već samo zakonske...

Evidentiramo pravnu relevantnost preljube i u slučaju nasilja koje je posledica preljube⁷². U nekim istočnoazijskim zemljama, uključujući Koreju i Tajvan,

⁷⁰ Zanimljive su još neke posledice prevare. Ričard Batista, hirurg sa Long Islanda, koji je donirao svoj bubreg supruzi, nakon njene preljube i očigledno uspešne "operacije" sa fizioterapeutom, traži svoj bubreg ili 1,5 miliona dolara naknade. Lisa Bloom, pravni analitičar CBS, kaže da je moguće odvojiti se od doktorovog srca, ali ne i sa njegovim bubregom, v. Tracy Quan, Who gets custody od the kidney?, Guardian, 15. January 2009.

⁷¹ Vid. Oliver Antić, Nasledno pravo, Beograd, 2010, str. 69, 148, 151, 200.

⁷² Iako Tora propisuje smrtnu kaznu za preljubu, pravni proceduralni zahtevi su vrlo strogi i zahtevaju svedočenje dva svedoka dobrog karaktera za osudu. (Maimonides, Book of the Commandments, Prohibition 392 and the note at the end of Prohibition 347, Hebrew translation and notes by Rabbi Joseph Kapach, Massad Harav Kook, Jerusalem 1971). Islam-

preljuba je i dalje krivično delo. Na Filipinima, preljuba (definisana kao konsenzualni seksualni odnos između udate žene i muškarca koji nije njen muž) i konkubinac (muškarac u vanbračnoj zajednici sa ženom koja nije njegova supruga), smatraju se krivičnim delom. Preljuba nije krivično delo u Kini, ali predstavlja osnov za razvod braka.

Ubistva iz časti, u odbranu časti (honor killings) su često povezani sa optužbom za preljubu. U Izveštaju koji je specijalni izvestilac dostavio na 58. sednici Komisije Ujedinjenih nacija za ljudska prava (2002) u vezi sa kulturnim praksama u porodici koji odražavaju nasilje nad ženama ((E/CN.4/2002/83)), navodi se da je bilo protivrečnih odluka u vezi sa odbranom časti u Brazilu i da zakonske odredbe dozvoljavaju delimičnu ili potpunu odbranu u tom kontekstu u krivičnom pravu Argentine, Ekvadora, Egipta, Gvatemale, Irana, Izraela, Jordana, Perua, Sirije, Venecuele i Palestinske nacionalne vlasti.

Deo člana 340. Krivičnog zakonika Jordana navodi da “onaj ko uhvati svoju ženu u preljubi, ubistvo i povrede su izuzete od bilo kakve kazne.” U Siriji, u članu 548. navodi se da “Onaj koji uhvati svoju ženu u preljubi ili drugim seksualnim radnjama sa drugim u slučaju ubistva ili ranjavanja biće oslobođen kazne”.⁷³

NA KRAJU

U vreme privida humanizma⁷⁴ modernost “odlikuje” sistemskom, negovana i forsirana šizofrenija: dok zvanični “čimbenici” teatarski obznanjuju svoje svojstvo vernika, istovremeno je kažnjiva vernost stavovima Biblije o “avangardnim, reformisanim subjektima”. Već smo pisali o našem “strahu i nadi” da se demokratski parlament angažuje da amandmanima poboljšava tekst Svetog pisma. Potpunu nezainteresovanost za veru, upotpunjuje pozerska religioznost gde, kao i u sportu, jedan gledalac/pozer može da bude jednako važan/važni-

ski Šerijatski sudovi u Nigeriji, kao i u Iranu, Avganistanu, Saudijskoj Arabiji, preljubu kažnjavaju kamenovanjem grešnika, Syed Shahabuddin. “Should the Islamic punishment of Adultery be reconsidered?” August 8, 2009.

⁷³ V. “Working towards the elimination of crimes against women committed in the name of_honour” (PDF). Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights; [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/AllSymbols/985168F508EE799FC1256C52002AE5A9/\\$File/N0246790.pdf](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/AllSymbols/985168F508EE799FC1256C52002AE5A9/$File/N0246790.pdf). Retrieved 2008-02-08; Altstein, Howard; Simon, Rita James (2003). *Global perspectives on social issues: marriage and divorce*. Lexington, Mass: Lexington Books. pp. 11.

⁷⁴ Detaljnije: naš rad *Privid humanizma* koji će objaviti jedan Ruski Državni Univerzitet.

ji od sportiste, sa tendencijom da prisvoji njegov uspeh. Knjiga "Pravoslavna psihoterapija"⁷⁵ možda može da pomogne.

U modelu braka i porodice, apologijom individualizma upodobljenim kapitalizmu⁷⁶, vernost "kao" da smeta potrebnoj mobilnosti pojedinca, većitom kretanju i napretku ka ničemu: ka luskuznom logoru (M. Bobić Mojsilović). Ka slobodi vrline ili slobodi greha⁷⁷? Nemajući snagu za iskrenu demonstraciju svog nauma, "dresirani mediji" (Čomski) besmislenim eufemizmima (poput L. Kolakovskog o užarenoj grudvi snega ili M. Bečkovića o drvenoj furuni ili poznatog prosrpskog filozofa o kupovini legitimiteta) afirmišu "vrlinu" greha. Ostajemo verni misli da vernost, ne samo u braku, nije limit slobode, nije senčene slobode, već temelj i kruna slobode, smisao i radost, celomudrenost slobode.

Prof. dr Ž. Simić govori o epohalnoj zabludi, preinačenju ljudske prirode, ontološkoj falsifikaciji i pogrešnoj evoluciji čoveka Zapada napuštanjem gnoseološke poruke Hristove ovaploćene epifanije...⁷⁸ U svojoj očekivano odličnoj knjizi, prof. dr Željko Simić (dok su drugi estradizovali ono malo znanja, autor Ž. Simić je ostavio opus za budućnost-veli u predgovoru akademik P. Bokun), iznosi, kao najznačajniji gnoseološki uvid, iskaz: Ljubi bližnjeg svog zato što on jeste ti sam. Hristovo atemporalno ovaploćenje jeste zaustavljanje distorzije svakog racionalizovanja svega što nije ljubav.⁷⁹

Na kraju, potvrđujemo vernost onome što smo već napisali:

Da li je preljuba pauza Bogolikosti čoveka ili hronični zaborav Božjeg autorstva čoveka? Da li je preljuba radost tela ili zanimljivog "duha", pobeda čulnosti nad Višim, Apsolutnim? Da li je preljuba pobeda loše prolaznosti nad dobrom beskonačnošću, kazano jezikom srpskog pisca Danila Kiša? Da li je preljuba jeftina prodaja najskupljeg – zaštite Boga⁸⁰? Da li je preljuba fenomen sfere "jeste", zbilja antropološkog pesimizma, a vernost fenomen sfere "treba", nada Uspenja i antro-

⁷⁵ Mitropolit Jerotej Vlahos, Pravoslavna psihoterapija – Nauka Svetih Otaca, Beograd, 2010.

⁷⁶ Vid. Ljiljana Spirović Trpenovska, Dejan Micković, Angel Ristov, Nasledovanjeto vo Evropa, Skopje, 2011, str. 53 i dalje.

⁷⁷ Adultery, fornication, lying, murder su definitivno wrongful, v. John Finnis, Moral Absolutes-Tradition, Revision, and Truth, The Catholic University of America Press, Washington, D. C., str. 35.

⁷⁸ Vid. Prof. dr Željko Simić, Jung i hrišćanstvo, Beograd, 2011, str. 531 i dalje; Ž. Simić, Filozofija moderne psihe, Beograd, 2007; Ž. Simić, Preobražaji totalitarne svesti, prolegomena za sociologiju saznanja, Beograd, 2006.

⁷⁹ Vid. Prof. dr Željko Simić, Jung i hrišćanstvo, Beograd, 2011, str. 527.

⁸⁰ Vernost je element Svete Tajne braka, v. N. Milaš, Pravoslavno Crkveno pravo, Mostar, 1902, str. 613.

pološkog optimizma? Da li je preljuba descendentna putanja čoveka – ka Ponoru, a vernost ascendentna putanja – ka Vrhcu, ka precima, ka Izvornoj Rajskej Čistoti? Da li je vernost fenomen dobre prošlosti, a preljuba fenomen rđave budućnosti čoveka i čovečanstva? Da li to kazuje o zagantovanom “napretku” čoveka, o iluziji, o kojoj je Pavle pripovedao Korinćanima, snage i mudrosti čoveka?

SLOBODAN PANOV, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Belgrade

CONCEPT AND LEGAL CONSEQUENCES OF ADULTERY

Summary

This paper is one of author’s three papers on different aspects of fidelity and adultery. The author analyzes the concept of adultery (different from standard concept, more precise definition is achieved by the use of legally – logical permissible, analogies with the crime of rape and other similar offenses), the type of adultery, the relationship with the principle of monogamy and records the legal consequences of adultery in the family, inheritance and criminal law. The author believes that loyalty, not only in marriage, does not limit freedom, but it is a meaning and joy, wisdom of freedom. Adultery is the cheapest sale of the most expensive: Sense of salvation.

LYDIA NEVES BASTOS TELLES NUNES

SOME CONSIDERATIONS ABOUT BRAZILIAN EXPERIENCES IN ALIMONY OBLIGATION.

GENERAL CONSIDERATIONS.

The alimony obligation is related to the right of life and it means the obligation to support relatives, ex spouses and ex partners, in relation to each other, to meet the needs of those in unfavorable social and economic situation.

The alimony obligation must provide material needs: clothing, housing, health care, education, among others.

Brazilian Civil Code established that relatives and ex spouses can ask each other alimony: if one of them has needs to survive and to school's necessity, if the needy are in schooling age.

When marriage or any kind of relationship is extinguished, usually ex-spouses must pay alimony to each other if there is a person in need. But if there are children from the marriage or from a relationship, parents have alimony obligation until children are 18 years old.

Also there is alimony obligation when the elderly cannot afford himself/herself or maintain his/her subsistence. In this case the elderly can ask alimony

Dr Lydia Neves Bastos Telles Nunes, Professor of Civil Law, University of São Paulo – Brasil.

to his/her relatives and there will be solidarity between the debtors (son, grandsons, brothers and sisters). The Elderly Law regulates this special situation because of the well being of the elderly. It means that an elderly can ask alimony for only one of his/her children.

Sometimes, those parents who must pay alimony do not get enough money, and children must ask the complementary alimony to grandparents. There is a law which establishes grandparents' rights and duties to grandchildren. One of these are the living together right which allows children to visit grandparents and allows them to stay together during holidays and about duties, it is established: grandparents will be obligated to pay alimony to grandchildren if parents do not have enough money to maintain them.

THE ALIMONY OBLIGATION

By natural, human beings are lacking since their conception and their dependence on alimony is a condition to live. Because of this, alimony's ordinary meaning is "all that is necessary for the conservation of the human being alive".

There are laws in Brazil to ensure alimony's provision among relatives, when there is need for alimony and nobody wants to provide voluntarily. The duty to pay alimony is highly personal (*intuitu personae*) and it is to satisfy vital needs to whom cannot provide by themselves. The alimony obligation is mutual between parents and children and extended to all degrees of straight line relationship and until the second degree when it is a side line relationship.

When the relationship is between brothers and sisters, or between children over 18 years old and parents and grandparents, alimony obligation exists to satisfy the solidarity principle which there must be in family relationship.

When the relationship is between parents and children bellow 18 years old the alimony obligation exists to survival and it is a parent's duty to their young children.

PARENTS ALIMONY OBLIGATION

Because of parental authority parents should observe children's rights, for example: family life, education, maintenance, among others, under penalty of liability.

The children's maintenance includes: food, clothing, education, leisure, medical and medicines and everything that is necessary to survive.

Some State agencies keep up with the parents treatment to their children and Brazilian schools are also responsible for having in their staff professionals that are capable of observing if parents take care of their children.

The parents' cares with their children are those which are necessary for full physical and emotional development. It is mother and father's cares in equal conditions and responsibility. The alimony is one of these cares.

When the relationship between mother and father is finished, both of them continue responsible for their children development. If it is not possible the joint custody, one of them will be guardianship and the other will have the right of visit. Both parents are required to contribute to the costs of their children.

The contribution of each parent will comply with the binomial: necessity and possibility. Even guardian is alimony responsible.

For a long time only parents were responsible of alimony obligation and if they cannot pay the amount which was fixed by Court decision, they should ask their dismissal.

The situation of children without support for their survival became constant and because there was no law which would force relatives an alimony obligation the Brazilian Courts decided based on the general principles of law and imposed relatives this obligation.

After some decisions in the same way the jurisprudence has consolidated responsibility for some relatives as the provision of alimony.

The new Civil Code, from 2002, established expressly grandparents' alimony obligation when parents fail to meet the needs of their children because they do not earn enough money from their work or they are unemployed.

Nowadays, because of the great difficulties caused by the economic crisis in the world, the unemployment is a common fact in many families and this can lead to a failure concerning the alimony obligation. Another cause of failure to pay alimony may be the low wages received by parents.

When there is a conflict among parents about children's alimony and mother and father do not establish an agreement on the payment of alimony the Court will manifest. The judge will pay attention on the binomial necessity and possibility of whom must pay alimony and he shall establish the amount to be paid.

Sometimes the amount established as parents obligation is not enough for all children's needs and then they could ask alimony to grandparents.

In this sense the Brazilian Civil Code stipulates that if the parent who must pay alimony is not able to fully support the duty, other near degree relative will be called to complete the amount necessary to children's necessities.

The correct meaning of law is: the duty of grandparents on alimony has a residual and a subsidiary character. This duty is mother and father's grandparents.

Recently Brazilian Supreme Court's decisions are made to determine grandparents' obligation of alimony: in spite of parents' obligation, if children need more money because of school or because of medicals, grandparents will be asked to complete alimony.

Even though some grandparents already complete alimony, if it is not enough grandchildren could ask some alimony to grandparents on the other side of the family.

It should be noted that a complementary alimony for the grandparents to pay which will be additionally required in proportion to their resources and every grandparents will be called to join their contribution.

From the Brazilian reality, the grandparents alimony obligation aggravates poverty in many cases because a substantial proportion of the elderly population survives at the expense of Social Security and they get a monthly income of around R\$ 125,00 (one hundred and twenty five real) and another few part of population get the minimum wage, which is around R\$ 500,00 (five hundred real). It must be considered that one dollar is equal one real and seventy cents.

If parents fail to pay alimony it does not motivate the payment of whole amount by grandparents because their obligation is residual and subsidiary and not for the all necessities.

When grandparents are required to pay alimony they are not obligated to share their wealth equally among their grandchildren, because this is not the intent of the provision.

The amount to be fixed, with the observance with criteria of possibility and necessity, must be to complete parents' alimony obligation, if they do not have enough money to satisfy all their children necessities.

It is because grandparents' alimony obligation is not the same as parents' alimony obligation which results from familiar authority.

The establishment of the amount which will be paid cannot exceed the financial strength of grandparents as to impose excessive sacrifice. Therefore mother and father's grandparents must distribute proportionally the alimony obligation according to their possibilities. Thus, the obligation to provide alimony, although divisible, it is not a quota share identical to each responsible

person. The contribution should keep the proper proportion to the ability of their resources.

Another special situation of alimony obligation is the one which regulates the right of alimony to unborn. This right exists since the conception. The pregnant woman asks alimony to the father to meet the special needs of food, medical examinations, and medicines until the moment of giving birth. All of these aspects are regulated in the Civil Code, by a legislative modification. The alimony obligation shall be determined taking into account mother's contribution. It is because it is not only a father's responsibility, but a parents' responsibility.

CONSEQUENCES OF NONCOMPLIANCE OF ALIMONY OBLIGATION

Brazilian Constitution regulates the alimony obligation debtor's prison as a special situation of civil prison.

The alimony obligation established in court and not paid shall be subject of execution. As Brazilian Supreme Court jurisprudence if a debtor fails to pay alimony, for three months in a row, the creditor needs to start an execution in order to receive the value from the debtor, otherwise he/she will be under penalty of prison. If the alimony obligation creditor fails to collect the installments over a period of three months, the execution action will follow the ordinary procedure and the debtor cannot be arrested for default.

Brazilians Courts take care so that the alimony obligation creditor does not start an execution action every three months. This practice seeks to accumulate the decrees of debtor's prison and therefore increasing the jail time.

FINAL CONSIDERATIONS

Due to the essential needs of human being and especially children, the law pursues the protection of the right of alimony.

The economic crisis, the lack of parental commitment to education, health and others children necessities cannot be supported by those who do not have defense ways by themselves.

Brazilian law protects the child when determining the personal character of alimony and parents' inability or lack of payment provides the responsibility of the closest grandparents.

From the moment of conception, human beings, by his/her structure and nature, is lacking. Yet motherly lap or outside it, it is evident his inability to produce the means necessary to maintain himself. So there must be someone who is responsible for his maintenance.

Also Brazilian law protects the elderly in his/her necessities. Not because of the personality's development but because of all this person has done during his/her life and because of the respect of principle of human dignity.

Dr LYDIA NEVES BASTOS TELLES NUNES
Profesor građanskog prava,
Univerzitet Sao Paolo, Brazil

NEKA RAZMATRANJA BRAZILSKIH ISKUSTAVA O OBAVEZI IZDRŽAVANJA

Rezime

Zbog osnovnih potreba ljudskog bića a posebno dece, zakon nastoji da zaštiti pravo na izdržavanje. Zbog ekonomske krize i nemaštine roditelja, obrazovanje, zdravlje i druge potrebe dece ne mogu biti potpomognute od strane onih koji nemaju odgovarajuća sredstva ni za sopstvene potrebe.

Brazilsko pravo štiti dete kada određuje lični karakter alimentacije i predviđa da u slučaju roditeljske nesposobnosti ili nedostatka sposobnosti za plaćanje postoji odgovornost najbližih baba i deda.

Od momenta začeća ljudska bića su po svojoj strukturi i prirodi nesposobna. U majčinom krilu ili van njega, očigledno je da nisu sposobna da proizvedu neophodna sredstva za sopstveno izdržavanje. Znači, mora postojati neko ko je odgovoran za njihovo izdržavanje.

Isto tako brazilsko pravo štiti starija lica u slučaju njihovih potreba. Ne zbog razvoja ličnosti već zbog svega što su oni učinili tokom svoga života i zbog poštovanja principa ljudskog dostojanstva.

ZAKON O PRAVIMA DETETA

U V O D

Pod okriljem Zaštitnika građana Republike Srbije, u septembru 2009. je formirana i počela s radom Radna grupa za izradu Nacrta zakona o pravima deteta. Cilj koje je Radna grupa postavila je da do leta 2011. završi izradu prvog Nacrta i da ga potom predstavi stručnoj i zainteresovanoj javnosti i deci, radi predloga za unapređenje. Najvažniji korak na putu ka usvajanju Nacrta će svakako predstavljati rasprava u Narodnoj skupštini. Iako se radi o pravnom dokumentu, nesumnjivo je da će brojni činoci, od stručnih ocena, do političkih pa i ekonomskih interesa uticati na konačan sadržaj zakona o pravima deteta (u daljem tekstu: Zakon).

Donošenje ovakvog, opšteg zakona je pre svega, međunarodno-pravna obaveza Republike Srbije. Pored toga, takav zakon će predstavljati osnov za ostvarivanje prava deteta. Iskustvo iz drugih država je pokazalo da ukoliko ne postoji sveobuhvatan zakon, sve druge opšte i posebne mere za ostvarivanje prava deteta nisu dovoljne da se definišu i omoguće da se sprovedu u delo programi i planovi unapređenja i zaštite prava u svim sferama života deteta.

Dr Nevena Vučković Šahović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu.

U međunarodnom pravu, a pre svega Konvenciji o pravima deteta (u daljem tekstu: Konvencija), brojne države su našle osnov za donošenje posebnih zakona o pravima deteta ili o zaštiti dece. Razvojem prakse tela zaduženog za sprovođenje Konvencije – Komiteta za prava deteta (U daljem tekstu: Komitet), definisan je sadržaj odredaba ovog međunarodnog ugovora i uz podršku i saglasnost država ugovornica, pokrenut postupak legislativnih reformi. Nakon decenije sprovođenja Konvencije, Komitet je stao na stanovište da je u državama ugovornicama na svim nivoima potreban integrativan, sveobuhvatan pristup pravima deteta, a posebno u oblasti zakonodavstva. Komitet danas preporučuje svim državama da, ukoliko to već nisu učinile, donesu poseban zakon o pravima deteta.

Danas oko polovina država ugovornica Konvencije ima neki vid zakona o pravima deteta. Kako su to uglavnom zakoni novijeg datuma, moguće je da se na osnovu određenih izvora i primenom odgovarajućih metoda napravi analiza o njihovoj delotvornosti. U ovoj fazi se u svetu uglavnom sprovode istraživanja o razlozima za donošenje posebnih zakona o pravima deteta kao i o trendovima u pridruživanju država u takvoj frsti zakonodavne reforme. Ukoliko se sadašnji trend nastavi, vrlo je verovatno da će za deceniju-dve skoro sve države imati ovakve opšte zakone o pravima deteta. Dotle će biti i mnogo više mogućnosti da se razmatra, kako na globalnom planu, tako i na nivou svake države, do koje mere su zakoni o pravima deteta uspesni, odnosno neuspesni kao i da se utvrdi lista faktora koji utiču na puno sprovođenje takvih opštih zakona.

Cilj ovog rada je da se, pored uvida u relevantno međunarodno pravo i zakonodavne reforme u ovoj oblasti u državama ugovornicama Konvencije, razmotri postojeća zakonska zaštita prava deteta u Srbiji, kao i da se ponude argumenti za usvajanje sveobuhvatnog zakona o pravima deteta kao i sam model strukture takvog zakona.

HOLISTIČKI PRISTUP PRAVIMA DETETA

Od početka dvadesetog veka države, međunarodne organizacije i pojedinci pokušavaju da skrenu pažnju na položaj deteta, na opasnosti od nasilja, zlostavljanja i raznih oblika eksploatacije, diskriminacije, ali i na posebnu osetljivost deteta. Tako se, u prvoj polovini veka, na decu gleda kao na osetljiva, ranjiva ljudska bića, koje treba spasiti, zaštititi i sprečiti njihovo stradanje. Druga polovina veka donosi zaokret u odnosu na ovu zaštitničku koncepciju i usmerava napore međunarodne zajednice ka nediskriminaciji deteta, tj. na davanje “gla-

sa” detetu, kao razumnom biću. Ovi napori su rezultirali usvajanjem Konvencije o pravima deteta, čime je zaokružen dugogodišnji rad na pravnom uređenju prava deteta.

Brojni argumenti protiv usvajanja ovakvog dokumenta koji bi se posebno bavio pravima deteta, nalazili su utemeljenja u pretpostavci da je postojeća zaštita u okviru drugih međunarodnih ugovora o ljudskim pravima dovoljna, te da nije potrebno donositi ovakav poseban i sveobuhvatan dokument. Ipak, Konvencija o pravima deteta usvojena je 1989. godine.¹ I pored sveobuhvatnosti, tvorci Konvencije nisu mogli da stvore univerzalno prihvatljiv tekst, kojim bi bile zadovoljne sve države ugovornice. Osim toga, društvene promene i razvoj međunarodnog prava ljudskih prava utiču na stalno proširivanje postojećeg kataloga ljudskih prava kao i na promenu stavova u odnosu na elemente posebnih prava. Tako je, nakon početka rada nadzornog tela za sprovođenje Konvencije – Komiteta za prava deteta, vrlo brzo postalo očigledno da zaštita koju ovaj međunarodni ugovor pruža u pojedinim oblastima nije dovoljna, te da je potrebno na neki način unaprediti odredbe Konvencije koje su se odnosile na decu u oružanim sukobima a posebno na pitanje regrutacije, odnosno učešća dece u oružanim sukobima. Pored toga, to su odredbe koje se odnose na eksploataciju dece, odnosno prodaju dece, dečju prostituciju i dečju pornografiju. U dugom procesu usaglašavanja, pod uticajem aktivnosti i preporuka Komiteta za prava deteta, brojnih nevladinih organizacija kao i međunarodnih vladinih organizacija, države su sačinile nacрте dva važna dokumenta: Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima deteta o učešću dece u oružanim sukobima i Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima deteta o prodaji dece, dečjoj prostituciji i dečjoj pornografiji.² Oba međunarodna ugovora su usvojena i otvorena za ratifikaciju 2000. godine.

Do danas je 142 države ratifikovalo Fakultativni protokol iz Konvenciju o pravima deteta o učešću dece u oružanim sukobima, a 145 Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima deteta o prodaji dece, dečjoj prostituciji i dečjoj pornografiji i time se obavezalo da će poštovati odredbe tih međunarodnih ugovora

1 Convention on the Rights of the Child, rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 44/25, 20. 11. 1989.

2 Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija A/RES/54/263, 25. 05. 2000.

ra.³ Konvenciju su do sada ratifikovale 193 države, tako da se očekuje da sve one postanu strane ugovornice oba Protokola.⁴

Prava deteta su sadržana i u drugim brojnim ugovorima o ljudskim pravima usvojenih pod okriljem UN ili specijalizovanih agencija te organizacije, kao i regionalnih organizacija, od kojih su za nas svakako najznačajnije Savet Evrope i Evropska unija. Neki od novijih međunarodnih ugovora u kojima u prava deteta vrlo relevantna ili pak predstavljaju osnov za formulisanje celog teksta su, na primer, Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom⁵ i Konvencija Saveta Evrope o zaštiti dece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja.⁶ Pored toga, prava deteta su predmet drugih akata koji se usvajaju pod okriljem međunarodnih organizacija, kao što su rezolucije, smernice, deklaracije, završni dokumenti i preporuke sa značajnih međunarodnih skupova.

Takva zastupljenost prava deteta u svim tipovima međunarodnih dokumenata, zahteva koordiniran i integrativan pristup svih aktera u međunarodnim odnosima kao i svih subjekata prava a pre svega država i međunarodnih organizacija. Jedan od primera za ovakav pristup je upravo odnos svih tih aktera prema pitanju potrebe da se u državama preduzmu opšte i koordinirane mere za ostvarivanje ljudskih prava i prava deteta. Savet Evrope je, na primer, u objašnjenju Evropske konvencije o vršenju prava deteta podvukao značaj člana 4 Konvencije u kome se zahteva da države preduzmu sve odgovarajuće administrativne, zakonodavne i druge mere za sprovođenje prava deteta i da su te mere od fundamentalnog značaja za vršenje prava deteta.⁷

Takav pristup je značajan u svim oblastima prava deteta i na svim nivoima, od međunarodnog, preko državnog, do regionalnog i lokalnog. Međutim, teško da bi bilo koje koordinirane mere i bile moguće bez ozbiljnog razmatranja propisa u svakoj državi. Takav stav je jasno izražen u Opštem komentaru Komiteta br. 5, Opšte mere za primenu Konvencije o pravima deteta, koji se bavi tumačenjem članova 4, 42 i 44, stav 6 Konvencije: *Komitet smatra da je sveobuhvatna*

³ Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict, rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija A/RES/54/263, 25. 05. 2000.

⁴ Za status ratifikacija međunarodnih ugovora o ljudskim pravima pogledati: <http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>

⁵ Convention on the Rights of Persons with Disabilities, rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija A/RES/61/106, 13. 12. 2006.

⁶ Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, CETS No.: 201, 25.10. 2007.

⁷ Explanatory Report to the European Convention on the Exercise of Children's Rights, No. 160 (1996).

analiza svih domaćih zakona i upravnih akata u cilju punog poštovanja Konvencije obaveza. Iskustvo koje komitet ima nakon pregleda ne samo početnog, već sada i drugog i trećeg periodičnog izveštaja u vezi sa Konvencijom ukazuje da je proces revizije na domaćem nivou u većini slučajeva započeo, ali mora da bude rigorozniji. Prilikom revizije potrebno je ne samo razmotriti svaki član Konvencije posebno, već i Konvenciju u celini, uvažavajući međuzavisnost i nedeljivost ljudskih prava. Analiza mora da bude kontinuiran proces, a ne jednokratna, pri čemu treba uzeti u obzir postojeće zakone kao i nove predloge zakona. Posebna preporuka Komiteta se odnosi upravo na usvajanje posebnog zakona o pravima deteta: Komitet pozdravlja usvajanje konsolidovanih zakonskih propisa o dečjim pravima koji mogu da istaknu principe Konvencije. Međutim, Komitet ističe da je isto tako od presudne važnosti da svi relevantni "sektorski" zakoni (o obrazovanju, zdravstvenoj zaštiti, pravdi) dosledno odražavaju principe i standarde Konvencije.⁸

Ovaj Opšti komentar poslužio je kao osnov za dalji rad Komiteta u oblasti opštih mera za sprovođenje Konvencije u državama ugovornicama. Navedeni paragrafi ovog Opšteg komentara služe kao osnov za formulisanje preporuka koje Komitet upućuje državama koje su podnele izveštaj o sprovođenju Konvencije. Analiziranjem izveštaja koje su države do sada podnele Komitetu, kao i preporukama koje je ovo telo upućivalo državama⁹, mogu da se izvedu određeni zaključci u odnosu na stepen sprovođenja zakonskih promena radi ostvarenja prava deteta.

Ukratko, Komitet smatra da su države u obavezi da kontinuirano prate i sprovode zakonske reforme radi stalnog unapređenja prava iz Konvencije. Takve reforme treba da se sprovode uz poštovanje principa međuzavisnosti i nedeljivosti ljudskih prava a u cilju holističkog pristupa pravima deteta. Komitet zaključuje da su sve države ugovornice preduzele neke mere u cilju izmene i usklađivanja domaćih zakonodavstava sa odredbama Konvencije ali da u mnogim novim propisima nedostaje neophodna preciznost u definisanju principa i odredbi Konvencije. Osvrćući se na pitanje posebnih zakona o pravima deteta, Komitet nalazi da su takvi zakoni dobra rešenja da se na jednom mestu formulišu osnovni principi i prava iz Konvencije ali takođe da usvajanje takvih opštih zakona ne sme da ide na štetu kontinuiranoj reformi sektorskih zakona od

⁸ GENERAL COMMENT No. 5 (2003), General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6), CRC/GC/2003/5.

⁹ Za sve izveštaje i preporuke pogledati: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/sessions.htm>.

značaja za prava deteta a pre svega onih u oblasti zdravlja, obrazovanja i socijalne zaštite.¹⁰

ZAKONI O PRAVIMA DETETA U DRŽAVAMA UGOVORNICAMA KONVENCIJE

Države na različite načine ugrađuju međunarodno pravo u domaće zakonodavstvo. Jedan od načina je da se međunarodni ugovor, na primer Konvencija o pravima deteta, direktno ugradi u domaći pravni sistem i kao takva postane domaći zakon (Norveška). Najčešći način je da se sprovede takozvana sektorska reforma, pri čemu se detaljno pregledaju svi zakoni koji imaju implikacije za decu i njihova prava i pristupa se donošenju novih ili izmeni postojećih zakona dok se celokupno zakonodavstvo ne uskladi sa međunarodnim pravom koje tu državu obavezuje. Ono što je najbitnije za ovaj rad je da su mnoge države donele posebne zakone o pravima deteta. Države su se opredelile za razna rešenja, počev od zakona kojima se samo štite procesna prava dece (Velika Britanija); zakona koji pokrivaju nekoliko oblasti prava deteta (Bugarska); sveobuhvatnih zakona koji pokrivaju sva prava ali je njihov karakter više deklarativan ili pak onih čiji sveobuhvatni zakoni su organski i postavljaju ne samo osnovne principe već i mehanizme za sprovođenje, odnosno poseduju odredbe o odgovornosti za kršenje prava (Španija).¹¹ Tako se postojeći zakoni o pravima deteta mogu podeliti u tri grupe. U prvoj bi bili oni koji pružaju opšti okvir, uz izražavanje namere zakonodavca da se posebnim pravima deteta bavi u posebnim zakonima. Ovakvi zakoni su najčešće deklaratorne prirode i najščešće ostaju mrtvo slovo na papiru, jer praktično prepisuju Konvenciju a ne predviđaju nikakve ili nedovoljne mere za sprovođenje. Za ovu vrstu zakona su se uglavnom opredelile bivše sovjetske republike. Druga vrsta zakona je ona koja je usmerena na zaštitu dece i ne ostavlja prostor za participativna prava, kao što su građanska i politička prava deteta. Treća, svakako najbolja, je grupa zakona koja uključuje sva prava deteta, uz posebno uvažavanje participativnih prava ali i uz predviđanje mera za zaštitu od kršenja prava kao i uz jasno određivanje državnih tela zaduženih za sprovođenje zakona.

¹⁰ Za tematska istraživanja pogledati univerzalni indeks ljudskih prava u međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima: <http://www.universalhumanrightsindex.org/>.

¹¹ Navedene države su date kao primer, s tim što ima puno država u okviru svakog rešenja.

Dosadašnja istraživanja o broju, vrsti i zastupljenosti zakona o pravima deteta u državama ugovornicama Konvencije ukazuju na iznenađujući razvoj. U jednoj studiji UNICEF-a su izneti podaci da 69 država, što predstavlja 35,7% ugovornica Konvencije, postoji neka vrsta zakona o pravima deteta, dok je u još 31 državi pokrenut postupak nacрта takvih zakona (još 16%). To znači da već 100 država ima neki oblik zakona o pravima deteta, što prelazi 50% i ukazuje na brze konsolidovane zakonske reforme u oblasti prava deteta.¹² Imajući u vidu da je studija stara više od 3 godine, moguće je da je ovaj broj znatno veći i da je u mnogim državama postupak izrade takvih zakona u toku. Što se geografske zastupljenosti tiče, najveći broj država Latinske Amerike ima zakone o pravima deteta. Od država Evropske unije neki oblik zakona o deci imaju Španija, Rumunija, Bugarska, Velika Britanija, Estonija, Slovačka, Češka, Mađarska, Latvija i Litvanija a od nečlanica iz zapadne Evrope – Island.¹³ Međutim, najveći deo država koje su nekad bile SSSR, imaju takve zakone.¹⁴

Analiza postojećih zakona o pravima deteta ukazuje na njihove dobre i slabe strane. Ono što je vrlo vidljivo i za pohvalu je što veliki broj zakona ima pristup zasnovan na pravima, u kome su deca subjekti prava a država, porodica i društvo su nosioci obaveza. Takodje se u zakonima uočava trend harmonizacije prava deteta sa pravima posebnih grupa ljudi, a pre svega sa pravima žena i osoba sa invaliditetom. Vidljivo je i uspostavljanje posebnih tela za zastupanje prava deteta, čiji rad deci obezbeđuje pristup pravdi i pravičnom postupku, naročito imajući u vidu posebnu osetljivost dece i njihovog položaja u porodici, zajednici, školi ili ustanovi za smeštaj dece. U zakonima su uočljive i odredbe kojima se država(organi) obavezuju da sakupljaju informacije, podatke, vode statistiku, sprovode istraživanja i analize, a sve u funkciji efektivnog nadzora nad ostvarivanjem prava deteta i razvoja i implementacije opštih i posebnih strategija. Svi postojeći zakoni podvlače da je porodica prva linija zaštite dece a većina zakona se opredeljuje za vaninsti-

¹² Duncan, Beatrice: *Global Perspectives on Consolidated Children's Rights Statutes*, UNICEF, 2008, str. ii.

¹³ *Ibid*; pogledati mape i tabele.

¹⁴ *Ibid*, str. 99. *Jermenija*, Child Rights Act, 1996 (izmenjen 2002). *Azerbaidžan*, Law on the Rights of the Child, 1998. *Belorusija*, Law on the Rights of the Child, 1993 (izmenjen 2000). *Kazakstan*, Law on the Rights of the Child, 2002. *Kirgistan*, Code for Children, 2006. *Moldavija*, Law on Child Rights, 1994. *Rusija*, Law on the Guarantees of the Rights of the Child, 1998. *Turkmenistan*, Law on the Guarantees of the Rights of the Child, 2002. *Ukrajina*, Law on Childhood Protection, 2001. *Uzbekistan*, Law on the Guarantees of the Rights of the Child, 2005.

tucionalna rešenja, odnosno pribegavanje insitucionalizaciji dece samo u izuzetnim slučajevima.

Ovakav trend treba pažljivo pratiti jer postoji opasnost da se preveliki teret prebaci na porodicu, naročito imajući u vidu jednoroditeljske porodice i ekonomsku situaciju u kojoj se roditelj(i) nalazi. U zakonima je uočljiva posebna zaštita dece sa invaliditetom kao i uopšte, dece sa posebnim potrebama, naročito dece koja su žrtve nekog oblika iskorišćavanja, nasilja ili trgovine ili prodaje. Sve više se uočavaju i odredbe o zaštiti dece koja rade, kao i o zaštiti dece za koju se sumnja ili je dokazano da su prekršila zakon. Ono što je u poslednjoj kategoriji problem je skoro nepostojanje odredaba o zaštiti dece koja su mlađa od uzrasta krivične odgovornosti a za koju se sumnja ili je utvrđeno da su učinila delo koje je inkriminisano u domaćem zakonodavstvu.

Pored svih pozitivnih naznaka o sve kvalitetnijim zakonima o deci, neke oblasti su i dalje zanemarene. To se pre svega odnosi na neujednačen pristup u tim zakonima kad je u pitanju definicije deteta. I pored opšteg zahteva da se kao dete smatra svako ljudsko biće koje nije navršilo 18 godina, države nisu u stanju da nađu odgovarajući balans između potrebe da dete zaštite i obaveze da odgovore na posebne zahteve deteta.

Takav problem je posebno uočljiv u državama koje i dalje imaju nedopustivo nizak uzrast za stupanje u brak, naročito devojčica. S druge strane, postojeći zakoni odražavaju nemoć da se pravno prihvati i podrži autonomija ljudskog bića koje je i dalje dete, što je posebno uočljivo kod pitanja pokretanja i učešća u postupcima pred sudovima, samostalnog obraćanja telima za zaštitu ljudskih prava i prava deteta ili pak u vezi sa mogućnošću uključivanja dece u politički život, pa čak i učestvovanje u izborima za organe zajednice u kojoj dete živi ili boravi.

Zakoni o pravima deteta su u većini država usvojeni ili su u postupku izrade nacрта kao direktan ili indirektan odgovor na preporuke Komiteta. Takav je slučaj i sa Republikom Srbijom. Komitet je razmatrao Inicijalni izveštaj Republike Srbije¹⁵, nakon čega je usvojio, između ostalih, sledeće zaključke i preporuke: *Komitet pozdravlja učinjeni napredak na planu reforme zakonodavstva u domenu ljudskih prava uopšte kao i u domenu prava deteta. Komitet primećuje da su Porodični zakon, Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom i Zakon o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica po*

¹⁵ CRC/C/SRB/CO/1, preporuke usvojene na 1342. sastanku Komiteta za prava deteta, 6. juna 2008.

svemu sudeći usklađeni sa Konvencijom, međutim izražava zabrinutost zbog činjenice da Država ugovornica još uvek nije svoje zakonodavstvo u potpunosti uskladila sa odredbama ove Konvencije. Dalje, Komitet izražava zabrinutost zbog nepostojanja jednog sveobuhvatnog Zakona o pravima deteta. Komitet daje preporuku da Država ugovornica obezbedi usklađivanje svih zakona i u celosti sa Konvencijom, kao i da razmotri usvajanje sveobuhvatnog Zakona o pravima deteta.¹⁶

PRAVA DETETA U POZITIVNOM PRAVU REPUBLIKE SRBIJE I RAZLOZI ZA DONOŠENJE ZAKONA O PRAVIMA DETETA

SFRJ je još 1991. ratifikovala Konvenciju o pravima deteta, čime je otvoreno novo doba u zaštiti, unapređenju i nadzoru nad ostvarivanjem prava deteta u Srbiji. Promena prava i prakse, a samim tim i sistema je upravo trebalo da bude inspirisana i podstaknuta rafikacijom Konvencije, međutim, cela poslednja decenija dvadesetog veka je za decu u Srbiji značila pad u dotadašnjem novou društvene zaštite deteta. Zakoni nisu bili prilagođeni međunarodnim standardima, a i oni koji jesu, nisu bili adekvatno sprovedeni u delo. Od političkih promena u Srbiji 2000. godine je zabeležena pojačana zakonodavna aktivnost, uključujući i oblast prava deteta. Usvojen je Ustav Republike Srbije, koji po prvi put u našoj pravnoj istoriji uvodi posebne odredbe o pravima deteta. Učinjene su brojne izmene zakona, uvojeni novi zakoni i brojne prateće strategije. Republika Srbija je u tom periodu ratifikovala *Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima deteta o prodaji dece, dečjoj pornografiji i dečjoj prostituciji*¹⁷, *Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima deteta o učešću dece u oružanim sukobima*¹⁸ i obavezala se da će preduzeti mere radi zaštite dece od učešća u oružanim sukobima i sprečiti prodaju dece, dečju prostituciju i dečju pornografiju. Retifikovani su i drugi međunarodni ugovori od značaja za prava deteta, a među poslednjima i veoma važna *Konvencija Saveta Evrope o zaštiti dece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja*.¹⁹

U Republici Srbiji ratifikovani međunarodni ugovori neposredno se primenjuju, i po svojoj pravnoj snazi zakoni o potvrđivanju međunarodnih ugovora nalaze se odmah posle Ustava. Međutim, neposredna primena međunarodnih

¹⁶ Tekst je naglasila autorka.

¹⁷ "Službeni list SRJ" – Međunarodni ugovori br. 22/02.

¹⁸ "Službeni list SRJ" – Međunarodni ugovori br. 22/02.

¹⁹ "Sl. glasnik RS" - Međunarodni ugovori, br. 1/2010.

ugovora se u praksi dovodi u pitanje kako zbog objektivnih tako i zbog subjektivnih ograničenja, a u najvećem broju slučajeva i nije moguća jer većina odredbi nije samoizvršiva. Zbog toga je neophodno da se, u cilju ostvarivanja prava deteta, obezbedi puna primena potvrđenih međunarodnih ugovora, pre svega kroz usaglašavanje postojećih zakonskih tekstova sa ratifikovanim ugovorima i donošenje novih zakona.

Kao što je napred napomenuto, Ustav Republike Srbije po prvi put sadrži odredbe o pravima deteta. Ustav garantuje deci „pravo na uživanje ljudskih prava primereno svom uzrastu i duševnoj zrelosti“. Takođe, Ustav u članu 64. propisuje da se prava deteta uređuju zakonom i garantuje detetu niz pojedinačnih prava kao što su pravo na lično ime, upis u matičnu knjigu rođenih, pravo da sazna svoje poreklo, pravo da očuva svoj identitet, zaštitu od psihičkog, fizičkog, ekonomskog i svakog drugog iskorišćavanja ili zlopotrebljavanja, jednakost prava deteta rođenog u braku i van braka. Član 66. Ustava propisuje i posebnu zaštitu porodice, majke, samohranog roditelja, i u tom smislu garantuje se posebna zaštita dece o kojoj se ne staraju roditelji i dece koja su ometena u psihičkom i fizičkom razvoju, kao i zaštita dece od dečjeg rada, tj. zabrana rada deci ispod 15 godina starosti i zabrana rada na poslovima koji su štetni za moral dece ili njihovo zdravlje, deci ispod 18 godina. Član 68. propisuje deci pravo na zdravstvenu zaštitu iz javnih prihoda, kada je ne ostvaruju na drugi način, a član 71. pravo na besplatno osnovno i srednje obrazovanje. U članu 32. koji se odnosi na pravo na pravično suđenje garantuje se mogućnost isključenja javnosti radi zaštite interesa maloletnika.

Ustav se ne poziva izričito na najvažnija prava deteta, koja su proglašena za “osnovne principe”²⁰, međutim, princip zaštite od diskriminacije se može posredno izvesti iz opšte odredbe o zabrani diskriminacije iz člana 21, princip prava na život, opstanak i razvoj je donekle obuhvaćen članom 24. koji garantuje pravo na život kao neprikosnoveno pravo i propisuje zabranu smrtne kazne i kloniranja ljudskih bića, dok se najbolji interes deteta pominje jedino u članu 65. koji propisuje da se sva ili pojedina prava i dužnosti roditelju/roditeljima mogu oduzeti ili ograničiti samo odlukom suda ako je to u najboljem interesu deteta. Pravo na participaciju dece se u Ustavu ne pominje. S obzirom na to da osnovni principi Konvencije o pravima deteta nisu proklamovani i kao ustavni principi, a imajući u vidu njihovu važnost i činjenicu da je njihovo ostvarivanje uslov za

²⁰ Komitet je na samom početku rada naveo četiri prava iz Konvencije koja je svrstao pod opšte principe i to su: uvažavanje mišljenja deteta, zabrana diskriminacije, pravo na život, opstanak i razvoj i uvažavanje najboljih interesa deteta. Videti više u: Guidelines regarding the form and content of initial reports to be submitted by States parties under article 44, paragraph 1 (a), of the Convention. CRC/C/5, 1991, paragrafi 13 i 14.

ostvarivanje svih ostalih prava deteta, neophodno je da budući zakon o pravima deteta definiše ove principe i odredi njihov sadržaj.

Najznačajnija Ustavna odredba, koja ujedno predstavlja i Ustavni osnov za donošenje zakona o pravima deteta sadržana je u članu 64. tačka 5. Ustava Republike Srbije, koji i nosi naziv “prava deteta” i kojim je utvrđeno da se prava deteta i njihova zaštita *uređuju zakonom*.²¹

Preko 80 zakona u Republici Srbiji je bitno za prava deteta, mada je i takva lista nepotpuna jer praktično nema zakona koji se makar na indirektan način ne tiče deteta ili porodice.²² I pored živih aktivnosti u domenu prihvatanja međunarodnog prava i unapređenja domaćeg zakonodavstva u oblasti prava deteta, položaj dece u domaćem zakonodavstvu i praksi nije zadovoljavajući. Analiza postojećih zakona s aspekta prava deteta ukazuje na niz problema koji bi mogli da se prevaziđu usvajanjem Zakona o pravima deteta. Centar za prava deteta ukazuje na neke osnovne probleme a pre svega na nepostojanje precizne i potpune definicije deteta u zakonodavstvu Republike Srbije. Naime, zakonodavstvo Republike Srbije ne poznaje definiciju deteta koja bi bila opšta i odnosila se na sve oblasti života lica koje je definisano kao dete. Definicija deteta se može izvesti iz člana 37. Ustava i člana 11. Porodičnog zakona, a koji predviđaju da se punoletstvo stiče sa navršenih 18 godina, pa se na osnovu toga može zaključiti da se detetom smatra svako ljudsko biće mlađe od 18 godina. Međutim, ovakav način “izvlačenja zaključaka” o mogućoj definiciji je neprikladan i doprinosi pravnoj nesigurnosti i haosu.

Tako, na primer, Ustav i različiti zakoni koriste različite termine koji se odnose na decu. Ustav Republike Srbije koristi termin “dete” podrazumevajući pod tim pojmom sva lica koja nisu punoletna tj. koja nisu navršila 18 godina, osim u članu 32. koji se odnosi na pravo na pravično suđenje kada koristi termin “maloletnik”. Porodični zakon takođe koristi termin “dete”, bez jasnog definisanja ovog pojma, a podrazumava pod tim pojmom takođe lica koja nisu navršila 18 godina. Ali, u članu 64. koji se odnosi na poslovnu sposobnost koristi termin “mlađi maloletnik” za dete koje nije navršilo 14 godina i termin “stariji maloletnik” za dete koje je navršilo 14 godina. Krivični zakonik pod pojmom “maloletno lice” podrazumeva lice koje nije navršilo 18 godina, dok pod pojmom “dete” podrazumeva lice koje nije navršilo 14 godina. Takođe, Krivični zakonik definiše

²¹ Centar za prava deteta u saradnji sa UNICEF Srbija, kontinuirano prati i objavljuje analizu zastupljenosti prava deteta u zakonodavstvu Republike Srbije. Prva analiza je objavljena pod naslovom: Analiza zakonodavstva Republike Srbije iz ugla prava deteta, 2010-2011, <http://www.unicef.org/srbia/>.

²² Lista zakona je u prilogu, zajedno sa podacima o objavljivanju, te se u samom tekstu uz posebne zakone ne navode ti podaci.

i pojam "maloletnik" podrazumevajući pod ovim pojmom lice koje je navršilo 14 godina, a nije navršilo 18 godina. Krivični zakonik u članu 203. koji se odnosi na sastav veća uvodi i termin "mladi" pa se za izbor sudija porotnika traži da imaju iskustvo u radu sa "decom i mladima", pritom ne definišući pojam "mladi". Zakon o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica koristi termin "maloletnik", a pod tim pojmom podrazumeva lice koje je u vreme izvršenja krivičnog dela navršilo 14 godina, a nije navršilo 18 godina, a razlikuje i pojmove "mlađi maloletnik" za lice koje je u vreme krivičnog dela navršilo 14, a nije navršilo 16 godina i "stariji maloletnik" za lice koje je u vreme krivičnog dela navršilo 16, a nije navršilo 18 godina. Zakon o zdravstvenoj zaštiti koristi pojam "dete" i "maloletno lice", osim u članu 88. i članu 128. kada uvodi pojam "omladine" (rehabilitacija dece i omladine) ne definišući šta se pod njim podrazumeva. Zakon o socijalnoj zaštiti pored pojma "dete" uvodi i novi pojam "mladi", takođe ne definišući šta se pod ovim pojmom podrazumeva. Zbog svega napred iznetog neophodno je da se jasno i precizno definišu pojmovi koji se u zakonima koriste, jedio opšti i sveobuhvatan zakon o pravima deteta može da reši pojmovni i sadržinski nesklad odnosno da nadomesti nedostatak opšte definicije deteta.²³

Sledeći dobar primer je vezan za pitanje poslovne sposobnosti. Poslovnu sposobnost deteta je teško utvrditi s obzirom na to da je uređena u više zakona. U Porodičnom zakonu precizirana je poslovna sposobnost deteta na taj način što je propisano da dete koje nije navršilo 14. godinu života može preduzimati pravne poslove kojima pribavlja isključivo prava, pravne poslove kojima ne stiče ni prava ni obaveze i pravne poslove malog značaja, a nakon navršene 14. godine života i sve ostale pravne poslove uz prethodnu ili naknadnu saglasnost roditelja, odnosno saglasnost organa starateljstva za pravne poslove raspolaganja imovinom. Drugim zakonima su, pak, propisana različita pravila vezana za sticanje poslovne sposobnosti deteta. Na primer, u Zakonu o nasleđivanju detetu koje navršila 15 godina i koje je sposobno za rasuđivanje daje se testamentarna sposobnost, tj. mogućnost da samostalno raspolaže svojom imovinom putem zaveštanja bez ičije saglasnosti, dok Zakon o radu propisuje pravo detetu sa navršenih 15 godina života da zasnuje radni odnos ali uz pismenu saglasnost roditelja. Isto tako, detetu koje navršila 15 godina i koje je sposobno za rasuđivanje, Zakon o zdravstvenoj zaštiti daje pravo da samostalno dâ pristanak na predloženu medicinsku meru. Zakon o postupku prekida trudnoće u zdravstvenoj ustanovi propisuje pravo samostalnog davanja pismene saglasnosti na prekid trudnoće svakom licu koje je navršilo 16. godinu života i koje nije potpuno lišeno

²³ Detaljniju analizu pogledati u: Ibid.

poslovne sposobnosti. Ovakvo rešenje predstavlja veliki probleme svima koji odlučuju o pitanjima koja se tiču dece, odnosno o njihovim pravima, a naročito je veliki problem za roditelje, nastavnike i ostala lica koja su u svakodnevnom kontaktu sa decom.²⁴

Pored navedenih nedostataka u pozitivnom zakonodavstvu Republike Srbije, jednostavno je uočiti i probleme druge vrste. Neke oblasti su nedovoljno jasno definisane, odnosno nisu usklađene sa standardima iz međunarodnog prava. Dobar primer za to je nedostatak precizne definicije za zabranu telesnog kažnjavanja dece. Pored napora zakonodavca, uključujući veliki podsticaj i pomoć izvršne vlasti, civilnog društva i brojnih stručnjaka, neke oblasti prava deteta su ostale bez zakonske zaštite, te se u određenim situacijama može primeniti neka “pogodna” norma. Obim ovog rada ne dozvoljava da se navede ni deo neusklađenih zakona ili oblasti koje nisu obuhvaćene ni jednim zakonom. To je zato što oblast prava deteta zadire u sve sfere života deteta, uključujući javnu i privatnu, od porodice, do škole, doma zdravlja, bolnice, lokalne zajednice, sportskih klubova, radnog mesta ili ustanova u kojima su deca trajnije smeštena. Prava deteta imaju različite dimenzije, kao na primer statusnu, psihološku, socijalnu, finansijsku ili pak političku. Prava deteta pretpostavljaju zaokret u uvažavanju dostojanstva ličnosti deteta i priznavanju autonomije deteta, što mora da se zasniva na pravu, ali zahteva uvođenje brojnih drugih mera. Imajući u vidu kompleksnost deteta i dinamiku fizičkog, emocionalnog i duhovnog razvoja deteta, iskustva iz sveta, a i naša sopstvena nas upućuju na potrebu celovitog, pristupa. Takav pristup je upravo i opredelio tvorce Ustava Republike Srbije da predvide donošenje sveobuhvatnog zakona o pravima deteta, kojim bi se na jednom mestu obuhvatila sva prava. Time bi se premostile praznine u sistemu prava deteta, koje su neminovne u postojećem, fragmentiranom pristupu.

ŠTA TREBA DA SADRŽI DOBAR MODEL ZAKONA O PRAVIMA DETETA?

Analizom relevantnih uporedno pravnih rešenja, dolazi se do zaključka da su u slučaju sveobuhvatnih zakona o pravima deteta moguća dva pristupa – jedan koji bi postavio vrlo visoke standarde i na taj način, pre bio utopijski, jer bi bio teško sprovodiv i drugi, koji bi bio realističan, potvrdio i na jednom mestu

²⁴ Ibid.

skupio postojeća rešenja iz posebnih zakona i bio lako i brzo sprovodiv. Najbolje rešenje bi trebalo da bude negde na sredini, odnosno da se u zakonu o pravima deteta postave visoki ali dostižni ciljevi, uvek imajući u vidu ekonomski, socijalni, politički, pravni i kulturni kontekst u kome deca u u nekoj državi žive i ostvaruju svoja prava. Zakon treba da omogući da se na jednom mestu navedu sva najvažnija prava deteta, onako kako to čini Konvencija o pravima deteta sa protokolima i druga skorašnja međunarodna dokumenta u oblasti prava deteta, pre svega u okviru Saveta Evrope.

Zakon, pre svega, treba da postavi ciljeve, koji bi, na primer, u slučaju Srbije mogli da budu:

1) garantovanje i zaštita prava deteta u skladu sa Ustavom Republike Srbije, Konvencijom o pravima deteta i drugim međunarodnim ugovorima koje je potvrdila Republika Srbija; 2) garantovanje i zaštita prava deteta u svim oblastima društvenog života za svako dete; 3) uspostavljanje jedinstvenih kriterijuma i standarda za ostvarivanje najboljeg interesa deteta u svim oblastima života i razvoja deteta i stvaranje uslova za njihovu primenu; 4) priznavanje prava deteta za najviši državni i društveni interes i prioritet Republike Srbije; 5) uspostavljanje mera za ostvarivanje i zaštitu prava deteta; 6) utvrđivanje posebnih prava deteta u postupcima u kojima deca učestvuju pred sudovima, državnim organima i drugum organizacijama koja vrše javna ovlašćenja; 7) utvrđivanje osnovnih načela (posebnih garantija) u postupcima pred sudovima, državnim organima i drugum organizacijama koja vrše javna ovlašćenja u kojima deca učestvuju.

Nakon postavljenih ciljeva, svaki zakon treba da izdvoji neka prava koja bi mogla da se uzdignu na nivo principa i koja su na neki način značajnija od drugih, odnosno bez čijih uživanja nije moguće očekivati uživanje ostalih prava deteta. To bi bila, pre svega, pravo na život, opstanak i razvoj, uvažavanje najbližih interesa deteta u svakom postupku koje se tiče deteta ali i u svakoj situaciji ili sredini u kojoj dete živi ili boravi. Pored tih prava, kao principi treba da se postave pravo deteta na participaciju i zaštita od svih oblika diskriminacije. Pored navedenih, kao principi mogu da se postave neka načela, kao na primer o uvažavanju dostojanstva deteta, poštovanju razvojnih mogućnosti deteta, zaštiti od svih oblika nasilja i eksploatacije, poštovanje neprikosnovenosti fizičkog i emocionalnog integriteta i drugi. Naravno, svaka država treba da proceni koja to prava treba da uzdigne na nivo principa.

Nakon toga, najbolje je da zakoni sadrže poglavlja – oblasti i unutar njih posebna prava deteta, kao na primer, građanska i politička prava deteta, prava vezana za porodičnu sredinu i alternativnu brigu o detetu, prava vezana za

zdravlje, obrazovanje, kao i prava dece u posebnim situacijama (izbeglice, manjine, žrtve eksploatacije, deca u sukbu sa zakonom, odnosno društvenim normama). Katalog prava deteta se, iako već sveobuhvatan, stalno dopunjava novim pravima, u zavisnosti od potreba koje nameću društvene promene. Na primer, potreba da se pravno uredi pristup a posebno zaštita deteta u vezi sa komunikacijskim tehnologijama, predstavlja novu oblast, iako je na neki način obuhvaćena pravom na pristup informacijama.

Ni jedan zakon ne može da se sprovedi bez odgovarajućih mera država, tako da je dobro da se u samom zakonu o pravima deteta posebno navedu mere poput obaveze države da obezbedi kontinuirano praćenje ostvarivanja prava deteta, izdvajanje budžeta za decu, uspostavljanje državnog tela za koordinaciju u oblasti prava deteta, obezbeživanje nezavisnog nadzora nad ostvarivanjem prava deteta i postupka za pritužbe dece i odraslih koji se o njima staraju. Jedna od važnih mera koju treba jasno uvesti u opšti zakon o pravima deteta je državni podsticaj razvoja civilnog društva i podrška uključivanju ovog sektora u nadzor nad i samo ostvarivanje prava deteta.²⁵ Ono što je posebno važno je da se samim zakonom odredi državno telo zaduženo za njegovo sprovođenje, da se rezultati postignuti donošenjem sveobuhvatog zakona ne bi rasplinuli u nemogućnosti da se on i sprovede u delo.

Zakoni o pravima deteta mogu da sadrže i kaznene odredbe, što je dobro rešenje, naravno na način kako je to u pravu države dopušteno. Nakon toga, posle uobičajenih završnih odredbi, zakon može da ponudi u prilogu glosar. Neke države se opredeljuju za kratak glosar i unose ga u sam tekst zakona (Rumunija).

Dobar zakon o pravima deteta treba da bude usaglašen sa međunarodnim pravom a pre svega sa Konvencijom o pravima deteta, Opcionim protokolom uz Konvenciju o pravima deteta o prodaji dece, dečjoj prostituciji i dečjoj pornografiji i Opcionim protokolom uz Konvenciju o pravima deteta o učešću dece u oružanim sukobima. Uz ove međunarodne ugovore, koji bi predstavljali osnovne smernice u izradi zakona, sadržaj prava treba da bude usklađen sa odredbama drugih ratifikovanih međunarodnih ugovora o ljudskim pravima, kako univerzalnih, tako i regionalnih.²⁶ Potrebno je da se uzmu u obzir i odred-

²⁵ Za iscrpnu listu mera koje država treba da preduzima radi ostvarivanja prava deteta i Konvencije, pogledati Opšti komentar Komiteta za prava deteta br. 5: GENERAL COMMENT No. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6), CRC/GC/2003/5, 2003.

²⁶ U slučaju Republike Srbije, okvirna, ali ne i konačna lista ugovora koji treba da se uzmu u obzir je: Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije; Međunarodni pakt o

be ugovora koje država u kojoj se planira usvajanje zakona o pravima deteta još nije ratifikovala, ali ih je potpisala i time potvrdila saglasnost sa ciljevima i duhom tih međunarodnih ugovora.

Pored toga, dobar model zakona o pravima deteta treba da ima odredbe usklađene sa standardima postavljenim u svim relevantnim dokumentima univerzalnih međunarodnih organizacija, pre svega Ujedinjenih nacija, UNICEF-a, Svetske zdravstvene organizacije MOR i drugih organizacija, kao i regionalnih, pre svega Saveta Evrope i Evropske Unije. Zakon o pravima deteta treba da se oslanja na jurisprudenciju Evropskog suda za ljudska prava i da se u formulisanju teksta Zakona rukovodi nekim bitnim stavovima Suda.

Pored usklađivanja sa međunarodnim ugovorima, zakon o pravima deteta treba da odrazi uvažavanje drugih međunarodnih dokumenata, kao na primer opšte komentare ugovornih tela konvencija o ljudskim pravima, a pre svega Komiteta za prava deteta, Komiteta za ljudska prava i Komiteta za ekonomska, socijalna i kulturna prava. Takodje je uvek važno imati u vidu dezolucije, deklaracije, smernice i druge slične odluke međunarodnih organizacija i njihovih posebnih tela, kao što je na primer, Savet za ljudska prava Ujedinjenih nacija.

Vrtoglavi razvoj međunarodnog prava ljudskih prava i prava deteta tokom poslednjih nekoliko decenija je uneo velike promene u razvoj međunarodnog prava ali je doneo i suštinske promene u zakonskim aktivnostima širom sveta. Pored brojnih međunarodnih ugovora, pod okriljem najvećih međunarodnih organizacija se stalno održavaju posebne međunarodne konferencije opšteg i specifičnog karaktera (Specijalna sednica UN o deci, 2002; Kongresi o seksualnoj eksploataciji dece, Štokholm, Jokohama, Rio; posebne UN sednice o nasilju nad decom i mnoge druge). Na kraju svih značajnih međunarodnih konferencija, usvajaju se završni dokumenti, koji su političkog karaktera ali se zasnivaju na međunarodnom pravu i običajima i često imaju za cilj da unaprede stanje u određenoj oblasti. Vrlo je

ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima; Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima; Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije prema ženama; Konvencija protiv mučenja i drugih okrutnih, nečovečnih i ponižavajućih postupaka ili kažnavanja; Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom; Konvencija Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala; Protokol Ujedinjenih nacija za sprečavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudima, posebno ženama i decom, kao dopuna Konvencije Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala; Konvencije usvojene pod okriljem Haške konferencije međunarodnog privatnog prava koje je Republika Srbija potvrdila i dve koje će potvrditi tokom ove godine (o međunarodnom usvojenju i zaštiti dece); Konvencije MOR, posebno 138, 182 i 183; UNESKO Konvencija o diskriminaciji u obrazovanju; Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda; Evropska socijalna povelja; Konvencija Saveta Evrope o zaštiti dece od seksualne eksploatacije i seksualnog zlostavljanja.

važno da se tekst zakona o pravima deteta u što većoj meri uskladi sa takvim završnim dokumentima.²⁷

ZAKLJUČAK

Zakoni o pravima deteta su za manje od dve decenije postali stvarnost u više od pola država na svetu. U poslednjoj deceniji je ovaj prosek postao ubrzan, tako da se može očekivati da se u narednoj deceniji skoro sve države odluče za uvođenje opšteg zakona o pravima deteta. Ovakav razvoj ukazuje na stav država da opšti zakoni o pravima deteta na najbolji način služe samoj deci i ostvarivanju njihovih prava.

Odluke država da se opredele za jedinstven, sveobuhvatan zakon o deci, ne bi trebalo shvatiti kao pomodno sredstvo da se sprovede Konvencija o pravima deteta, već kao integralni deo obaveza država da sprovedu svo relevantno međunarodno pravo. Zakon o pravima deteta je, ukoliko se obezbede uslovi za njegovo delotvorno sprovođenje, katalizator i referentna tačka iz koje se razvija politika, institucionalne reforme i usmeravaju svi resursi radi efektivnog ostvarivanja prava deteta.

Nema sumnje da je zakon o pravima deteta potreban u našoj zemlji. Naravno, usvajanje zakona o pravima deteta neće samo po sebi rešiti problem u svim oblastima prava deteta ali će biti pokazatelj odlučnosti svih sektora u Srbiji da na koordiniran način pristupe rešavanju stanja u kome se deca nalaze danas. Zakon će doprineti harmonizaciji celokupnog pravnog sistema koji se odnosi na decu, jer će zbog činjenice da će to biti tzv. krovni zakon biti neophodno usaglašavanje postojećih zakonskih rešenja u svim sektorskim zakonima sa rešenjima sadržanim u budućem zakonu. Pored toga, zakon o pravima deteta će biti najjača alatka ka ostvarivanju pomenutih ciljeva u oblasti prava deteta.

²⁷ Radna grupa Zaštitnika građana za ljudska prava Republike Srbije se u izradi Nacrta opredelila za model koji je opisan u ovom poglavlju, uz uvažavanje svih pomenutih dokumenata.

NEVENA VUČKOVIĆ ŠAHOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law University Union, Belgrade

LAW ON THE RIGHTS OF THE CHILD

Summary

Serbian Ombudsman for Human Rights appointed in 2009 Working Group to draft a child rights code. The Working Group completed its first draft, in hope that Child Rights Code will be adopted by the Parliament in the near future. The Ombudsman was guided in his decision by the Constitutional provision stipulating regulation of child rights by a separate law. Further, he was guided by the recommendations of the Committee on the Rights of the Child to Serbia to adopt a separate, consolidate child rights act.

A UNICEF study (2008) found that out of total 193 States Parties to the Convention on the Rights of the Child, an estimated 69 countries, representing 35% have enacted consolidated children's statutes, while an additional 31 countries, representing 16% of the States parties are on the way to do so. This leads to the combined total of all States parties to have enacted consolidated statutes in addition to those which are yet to do so number up to 100, representing 51,8% of the States Parties to the CRC. This demonstrated that consolidated children's statutes are fast emerging as a trend in legislative reforms among the States parties to the CRC.

Serbia has decided to join the majority of States who decided to focus their child rights legislation and practice in a strong legal document. Such child rights code will in Serbia provide an integrated, holistic approach to child rights and enable coordinated policy and activities towards realization of the rights of all children in Serbia. The children's code is not a panacea and will not bring any change without a strong vision regarding its implementation. This, among other, requires a code – based designation of a State implementation authority. In order to work with positive results, such implementation authority will need adequate budget allocation for its work. This and other issues will be resolved soon, after a public debate and when the Draft child rights code enters the Parliamentary procedure.

TATJANA DEVJAK

PRAVO DETETA DO PARTICIPACIJE U PROCESU VASPITANJA I OBRAZOVANJA U VRTIČU

U V O D

Temeljni zadatak vrtića u Sloveniji predstavlja pomoć roditeljima sa celovitom brigom za decu, poboljšanjem kvalitete života porodica i dece te stvaranje uslova za razvoj telesnih i duševnih sposobnosti deteta. Zakon o vrtićima (1996, član 2. i 3.) propisuje da je predškolsko vaspitanje u Sloveniji sastavni deo sistema vaspitanja i obrazovanja i vrši se prema načelima demokratičnosti, pluralizma, avtonomnosti, stručnosti i odgovornosti zaposlenika, jednakih mogućnosti za decu i roditelje, gde se vodi računa i o različitosti među decom, prava biranja i različitosti te održavanja ravnoteže među raznim pogledima razvoja deteta. Predškolsko vaspitanje predstavlja deo celokupnog sistema vaspitanja i obrazovanja. Zakon o vrtićima (1996) i Kurikulum za vrtiće (1999) dva su ključna nacionalna dokumenta koja osim Zakona o organizaciji i finansiranju vaspitanja i obrazovanja (1996) određuju kako se odvija predškolsko vaspitanje. Vrednota kojom se u slovenačkom sistemu vaspitanja pravno i formalno usmerava su ljudska prava.

Dr. Tatjana Devjak, vanredni profesor predškolskog vaspitanja, Pedagoški fakultet Univerziteta u Ljubljani.

Namera ovog priloga je pokazati značenje ljudskih prava odnosno prava deteta kod realizacije ciljeva i standarda izvođenja predškolskog vaspitanja koji je osnovan na temelju Deklaracije o ljudskim pravima (i pravima deteta) i utemeljiti značenje pristupa vaspitanja koji su zasnovani na teoriji 3P (protection, provision, participation).

SAVREMENI POGLED NA DETINSTVO S OBIROM NA POTREBE I PRAVA DETETA

U savremenoj sociologiji detinstvo se smatra kao socialni konstrukt. Baš kao rasa, pol, mladost, starost – socialni konstrukt koji je historijsko i kulturno određen i promenljiv. Svaka misao o tome, da bi detinstvo moglo biti kulturno ili historijsko univerzalno, ruši se već ako pogledamo različite definicije deteta i detinjstva kroz historičku paradigmu.

Danas definiciju detinjstva određuje Konvencija o pravima deteta koja potiče iz 1989. godine, a dete definiše kao ljudsko biće koje nije navršilo 18 godina, ukoliko se, po zakonu koji se primenjuje na dete, punoletstvo ne stiče ranije. Dete nije pravni subjekat, a za njega važe posebni zakoni i krivični zakoni. Dete nije ni politički subjekat jer nema pravo glasanja.

Prema M. Zidar (2003) dete znači neformirano, nedoraslo, “nevinno” biće u procesu obaveznog obrazovanja, koje formalno još nije spremno da uzme na sebe odgovornost za svoja dela in za koje barem de iura važi da mu je potrebna zaštita. Za savremenost detinjstvo je sfera zaštićenosti i nevinosti, odvojenosti od političke sfere i rada. Svi su ti pojmovi udruženi pod terminom “protektivno detinjstvo”, koji dandanašnji važi kao dominantan socialni konstrukt u zapadnim kulturama. Kroz vreme i različite kulturne okoline konstrukcije deteta i detinjstva tako su brojne, heterogene i različite pa bismo morali da govorimo o različitim konstrukcijama detinjstava, a ne detinjstva.¹

Kako se moglo dogoditi da termin dete definiše biće kojem je potrebna zaštita kad uvid u etimologiju reči “dete” razotrkiva sasvim nešto drugo? M. Zidar (baš tamo) analizuje značenje reči dete u Sloveniji i utvrdi da koren reči nema značenja nevinosti i/ili neformiranosti odnosno potrebu za zaštitom, nego kroz duga stoljeća sve do 19. stoljeća označava slugu, radnu snagu i čak čifčiju.²

¹ Više o tome u prilogu M. Zidar (2003). Nove-stare reprezentacije otrok in otroštva: dekonstrukcija “protektivnega” otroštva. Teorija in praksa, let. 40, 2: 357–374.

² Avtor zbornika Childhood Studies (Mills, 2000) na primer, razlikuju između šest različitih konstrukcija odnosno reprezentacija detinjstva i dece: deca kao nevina bića, kao šegrti, kao

Koncentrisaćemo se na pogled na dete i detinjstvo koji proizlazi iz Deklaracije o pravima deteta i na pristup vaspitanja u vrtićima i školama koje temelji na načelima i vrednotama ove deklaracije. Koncept vaspitanja koji temelji na ljudskim pravima i pravima deteta građen je od tri pristupa vaspitanja ili kako to naziva Pavlovič, na teoriji 3 P: protection (zaštita), provision (nega), participation (participacija). Upozorava da uz zaštitu deteta, konvencija temelji i na nezi i participaciji dece u procesu vaspitanja i obrazovanja. (Prvi koraci..., 1999:170). Prvi pristup kojeg nazivamo “koncept čuvanja” deteta posebno određuje kriterije za zaštitu dece od zanemarivanja i zloupotrebe. A osnovno pravilo je korist deteta. Drugi koncept kojeg nazivamo “koncept nege” deteta obuhvaća sva prava deteta na posedovanje, primanje i dostup do nekih stvari i usluga (npr. imena, državljanstva, zdravstvenog osiguranja, obrazovanja, odmora, igre te brige oko dece s posebnim potrebama). Radi se o “znanju”, ali je reč i o “opunomoćenju” (empowerment) deteta kada mu se omogući da sam odlučuje o sebi. Dete mora da ima zagaranotovanu okolinu koja stimuliše (a može biti i konfliktna), okolinu uz koju upoznaje i razume sebe i socialne pojave, okolinu koja ga stimuliše kako da upotrebi i raširi svoj uticaj, svoje sposobnosti i svoju snagu za spoznavanje, razumevanje i uticanje na svoj i tuđ život te da to dopušta i drugima. Prema Završskovi (1997) opunomoćenje je metoda rada koju izvodimo u procesu vaspitanja i obrazovanja.

U toku izvođenja, osoba dobiva osećaj da je vse više sposobna da odlučuje o svom životu i odluke realizuje u praksi. Jedan od načina upotrebe snage koju čovek ima jeste da počinje da participuje tako u procesima učenja – kod postavljanja ciljeva, izbora sadržaja i time časova, metoda i obliku rada, izboru nastavnih sredstava – kako i u procesima pomoći drugima. Treći koncept nazivamo “koncept participacije” koji omogućuje detetu da raste kao ličnost i jača mu personalitet koju smo već spominjali. Jedno bez drugog nema. Deci treba obezbediti da se upozna i isproba zajedničko dogovaranje, razborito osmišljavanje i donošenje odluka, takođe onih koje su povezane zajedničkim pravilima bivanja. M. Batistič Zorec (2010) uz pomoć autora kao što su Bruner, Mos, Klark (baš tamo) utemeljuje tvrdnju da dete najviše nauči kada aktivno participira u procesu učenja. Načelo aktivnog učenja znamo već iz saznanja kognitivno psiholoških teorija, a možemo ga naći i u teoriji Marije Montesori te posebno u teoriji Lorisa Malaguzija – u Reggio Emilia konceptu vaspitavanja predškolske dece, o čemu ćemo da pišemo malo kasnije.

osobe same po sebi, kao člani posebne grupe, kao ranljiva bića i kao životinje. Isto tako, važno je delo Filipa Ariesa (Dete i porodični život u starom režimu (1999)) koji je kao prvi upozorio na ulogu škole, a zatim porodice u oblikovanju toga što on naziva “nov osećaj detinjstva”.

Pristup vaspitanja “nege odnosno brige” nastoji da gleda na vaspitanje kao na proces u kojem *“se budućnost prilagođuje prošlosti, ali se u isto vreme prošlost upotrebljava kao sredstvo za razvijanje budućnosti. Kod toga veliku ulogu imaju iskustva pojedinca. Ta iskustva mogu biti socialna i lična, iskustva nismo stekli samo iz vana, nego su rezultat istovremenog delovanja okoline i ličnosti, što znači delovanja ličnosti na okolinu i okoline na ličnost.”* (Dewey, 1966: 58.)

Treći koncept kojeg nazivamo *“koncept participacije”* učenika u okolini vaspitanja i obrazovanja, učeniku omogućuje da raste kao ličnost, ojačava odgovornost i traženje lične individualnosti i identiteta. Ali kao što smo spomenuli, preduslov za sve nabrojano zapravo je drugi koncept. Nema jednog bez drugog. Deci treba obezbediti da se upozna i isproba zajedničko dogovaranje, razborito osmišljavanje i donošenje odluka, takođe onih koje su povezane zajedničkim pravilima bivanja i ne samo tih koje su povezane radom u školi kod pojedinačnih predmeta.

Ali moramo opozoriti da koncept o pravima deteta krije u sebi određenu problematiku: da li tu nije možda reč o pravima deteta, nego roditelja? Kodelja kaže, da je reč o terminu iza kojeg se krije nešto što pripisemo za dete, ali izvodimo mi sami (odrasli). *“Prava deteta po nekim kritičkim definicijama nisu ništa drugo, nego gomila propisa, koji omogućuju da odrasli odlučuju o svojoj deci i formiraju propise po sebi.”* (Kodelja, 1995: 53.) To da deca imaju posebne potrebe je činjenica – dete zbog svoje telesne i duševne nezrelosti ima potrebu za posebnom zaštitom. Naime, Pavlovič (1995: 305–306) kaže da je današnje dete *“još-ne”* biće (not yet being), reč koja naglašava njegovu nezrelost i različitost od odraslih osoba. Detinjstvo shvaća kao razdoblje pripreme na odraslost, koje bi trebalo da bude *“normalno”* stanje ljudskog bića. Kodelja kaže da su deca oni heterogeni element koji unutar mase svih ljudi prezentira ne-čoveka. (1995: 51.) *“Naime, savremeni koncept detinjstva sadrži sakrivenu hipotezu ne samo o tome da je većit, nego i da je najbolji, jedini pravi, najdogovarajući i još toga.”* Na primer, kao što kaže Puharjeva (1982: 166), prava deteta historijski prilično su nov koncept; u Sloveniji su pre bilo kakve akcije za zaštitu dece čak nekoliko decenija pre toga postojala Društva za zaštitu životinja.

Time što uzimamo u obzir potrebe deteta, time što proizlazimo iz deteta i usmeravamo se u njega, možemo da ga potisnemo u podređeni položaj u kojem u potpunosti zavisi od radodarne i paternalističke brige odraslih osoba. Kroflič (1997) uz pomoć psihoanalitičkih spoznaja rešava tu dilemu na teoretskom nivou. Suština tih spoznaja je u tome da prirodu čoveka karakterizuje određen biološki deficit kojeg Kroflič (baš tamo: 14) naziva fiziološka nedonesenost. Taj deficit obavezno moramo da zapunimo vaspitanjem (kulturom). *“Bez vaspitanja čovek ne bi postao to što odlikuje njegov položaj među ostalim živim bićima, a*

t.j. svesno, relativno slobodno i odgovorno biće.” (baš tamo: 15) Dakle, čovek (dete) ima pravo na vaspitanje i obrazovanje, a to je pravo jedno od temeljnih ljudskih prava i prava deteta. Istraživanje primarnih potreba u razvoju deteta naime pokazuje na njegovu biološku zavisnost od odraslih osoba, njihove ljubavi, blizine, pomoći. Odrasle osobe odnosno njegovi bližnji detetu su prvi objekat primarne identifikacije. Nakon toga ubrzo se pojavi potreba po “odvojenosti” od primarnih subjekata identifikacije te potreba za samostalnošću koja se pokazuje u vidu agresivnih napada tvrdoglavosti, želje po udaljavanju i istraživanju okoline... (baš tamo). Baš ta potreba u razvoju uključuje sva tri stuba o kojim smo govorili, uključuje čuvanje deteta (tu ne mislim pre svega na t.z. fizičko čuvanje, nego na čuvanje od svih vrsta zanemarivanja i iskorištavanja, od običaja i navika, koji potiču rasnu, versku ili koju drugu diskriminaciju (Konvencija o ..., 1989), uključuje brigu i opunomoćenje kada dete naoružamo znanjem i pomožemo mu (omogućimo mu) da razvije sve one sposobnosti kojima će moći aktivno – uz participaciju da upotrebi to znanje i te sposobnosti, kojima može da raširi svoj uticaj i svoju na novo stečenu “snagu” upotrebi za promenu, za pokret kod njega samog i njegove okoline. Dete iz svoje pasivnosti (koju je dobilo od odraslih kroz historiju) prelazi u svoju “aktivnu” ulogu, koju u svojoj historiji još nije imalo.

PRAVO DO PARTICIPACIJE DETETA KROZ HISTORIJSKI DISKURZ DO DANAS

Kolberg je već 1974. godine participaciju dece opredelio kao jednu od najvažnijih komponenata vaspitanja i obrazovanja. V svojoj t.z. “pravednoj zajednici” na prvo je mesto izložio razumevanje socialnih normi, pravila i zakona, razumevanje uzajamnosti u međuosobnim socialnim odnosima koji su u svakom društvu, te uspostavljenje “zajednice” koja uz razumevanje i oblikovanje avtonomne ličnosti naglašava i značenje ne samo privikavanja pojedinca na kritičko vrednovanje socialnih normi, pravila i zakona, već i stvaranja uslova u institucionalnom vaspitanju koji će pojedincu omogućiti stvaranje pravila i demokratski odlučivanje. Kolberg (1974) iz vidika kognitivizma izložio je značenje onih važnih elemenata sa strane vaspitača (kako i na koji način vaspitač saupravlja grupom) koji bi mogli pojedinca da povežu u čvrstu i pravednu zajednicu, pomoću koje se usposobi za odgovorno usavršavanje zajedno dogovorenih pravila. Upravo u tim pravilima pojedinac može prepoznati svoje interese, a istovremeno aktivna participacija omogućava mu odgovornost za održavanje i izvođenje tih pravila.

Laport (1992) vaspitanje i obrazovanje “nekada” prikazuje kao socialni konstrukt, kao “ono” što pomaže društvu da se reproducira. Za vreme srednjeg veka, a dugo i novog veka u vrtićima i školama prevladavao je kulturno-transmisijski koncept vaspitanja (Kroflić 1997), kod kojeg dete/učenik kao individuum nije puno važio svojim željama i zahtevama. Pojedinaac će “dakle postati “upotrebljiva” karika postojećeg društva, kada (ako) bude prihvatio njezina pravila moralnog ponašanja” (baš tamo: 26), koja mu se predstavlja kao čvrsta, tradicionalna, večna, kao norme o kojim se ne debatira, u koje se ne sumlja. Znači, pojedinac se već upoznaje i suočava unapred utvrđenim moralnim zahtevima, jednim pravim ponašanjem i životnim istinama. Da bi postigli taj cilj, historija pedagogike ponudi se raznovrsnim metodama vaspitanja i sredstava. Uloga deteta ograničena je na poslušnost, sve ostalo značilo bi gubljenje vremena. O zajednici dece i/ili učenika gde bi pojedinci mogli da budu aktivni, mogli da razmišljaju kritički ili da slede svojim zajedno dogovorenim ciljevima, nema ni duha ni sluha. Oni su samo grupa pojedinaca koja mora bezuslovno da sluša i nekritički da podnosi uzorke ponašanja.

U prvoj polovini 20. veka t.z. alternativnim konceptima participacija dece postaje nova tema na području vaspitanja predškolske dece. M. Batistič Zorec (baš tamo) inače govori o tome da to još ne znači da se participacija bujno razrasla u praksi u vrtićima – još više od toga – ona utvrđuje da je vse to više retorika, nego praksa. Unatoč svemu, alternativni su pristupi (progresivna pedagogika – Djuj, Deklori, Montessori, Štainer, Nil) istaknuli vaspitanje i obrazovanje kroz delovanje i iskustvo. Djuj zagovarao je da deca suoblikuju svoj svet u vrtiću ili školi, a Nil je bio uveren, da moraju deca suodlučivati i slobodno birati delatnosti svog učenja.

Kot razvoja participacije dece/učenika najvažniji bio je Kolberg (1984), koji je razvio t.z. “pravednu zajednicu”, kako bi smanjio diskrepanciju između racionalističke spoznaje moralnih načela (šta je ispravno uraditi – deontološka presuda) i sposobnostjo da ta načela stvarno realiziramo u moralnim situacijama (spremnost da to i uradim – odgovorna presuda). (prema Kroflić, 1997) Bio je uveren u to da je škola (vrtić) za dete okolina, zajednica u kojoj je pojedincu garantovan prvi formalni ulazak u društvo kao celotu. Nastojao je da bi baš skriveni Kurikulum (i ne samo onaj zvanični) upotrebili za ostvarivanje ciljeva moralnog razvoja in napravili ga preglednijim i prepoznatljivim. Na temelju Nilovih iskustva on je u proces vaspitanja in obrazovanja uveo načelo demokratskog upravljanja i postavljanja pravila zajedničkog bivanja.

Uzimanjem u obzir Ravlsove Teorije socialne pravednosti (1992), pravednost nije samo jedna od vrednota, već je kriterij kojim određujemo težinu drugih vrednota. Pravednost je sastavni deo koncepta ljudskih prava. 1996. godine

ljudska prava novim zakonodavstvom na području vaspitanja i obrazovanja na svim nivojima postala su vrednosno usmerenje slovenačkog javnog vrtića i javne škole, a i sastavni delo koncepta vaspitanja savremenog vrtića i škole o kojem smo već pisali. Savremeni pogled na pravednost u vaspitanju i obrazovanju možemo da razumemo samo na taj način da svako ima pravo na kvalitetno znanje i uslove razvoja. Takvo načelo pravednosti za vaspitanje i obrazovanje traži da zajednica u ime slobode i udruživanja (demokratski) vaspituje decu na temelju svojih vrednota, ali pod uslovom da deca imaju garantovane jednake mogućnosti kod obrazovanja i kulture.

Ravlsovo načelo poštene jednakosti, mogućnosti znači da nije dovoljno da se garantuje formalna, pravna jednakost, već je potrebno da svi imaju poštenu mogućnost da to i steku. Kompenzacija izvora nejednakosti na predelementarnom stepenu obrazovanja u vrtićima potrebna je kako bi se svima posredovalo kompetencije koje su potrebne za dobar život u društvu i da bi se postigao cilj: jednakost rezultata. (Kodelja 2001) Hitnost načela razlikovanja zahteva da su nejednakosti u obrazovanju u korist onim prikraćenima. U ovo doba, institucionalno vaspitanje, vaspitanje dece u javnim vrtićima i školi mora da bude usmereno k t.z. multikulturnoj dimenzionalnosti, u razumevanju "pravednosti". Ako etika pravednosti s jedne strane pridonosi k formiranju pravedne zajednice na osnovu prihvaćenih pravila bivanja i pravednih odnosa, s druge strane etika brige uz praktično iskustvo u pojedincu (koja se pokazuje u konceptu dobrovoljnog rada, a i u primanju pomoći drugačijim ličnostima) razvija i ulogu subjekta brige, a ne samo objekta brige.

Prema M. Batistič Zore (2010) participacija dece u procesu vaspitanja i obrazovanja danas je povezana popularnim pogledom na dete kao kompetentno biće, a pravo deteta do participacije danas je zapisano u brojnim nacionalnim kurikulumima za predškolsko vaspitanje – posebno u skandinavskih država gde se razvio uticajan diskurz o pravima deteta u kojem se naglašava participacija, davanje glasa i slušanje dece. Dete postaje kompetentno biće tada kada mu se omogući participacija, kada može da utiče na to šta će da uči, kako, s kim i gde. Ali, kako u nastavku kaže avtorica, dete "ima mogućnost graditi smisao učenja, umesto da samo usvaja znanje". (baš tamo: 71).

Koncept Reggio Emilia je savremen (postmoderan) koncept predškolskog vaspitanja kod kojeg je cilj vaspitati decu u kritičke mislilace i zaštitnike demokratije, isto je tako slovenački Kurikulum za vrtiće zasnovan na ljudskim pravima i pravima deteta, demokratskim vrednostima i pravnoj državi te garantuje pluralnost znanja i konceptualnu integraciju različitih nauka. Temelj pedagoškog koncepta Reggio Emilia sastoji se od više polaznih tačaka, kao npr.: zaokupljenost vrtića u kulturnu okolinu, različitost dece, razvoj i upotreba svih čula u procesu

spoznavanja, stimulisanje i omogućavanje različitih oblika izražavanja, prednost učenja od poučavanja, kvalitetna interakcija i komunikacija, timski rad svih stručnih zaposlenih u vrtiću, projektni rad, dokumentisanje i arhiviranje proizvoda, života i rada u vrtiću i prostor kao "treći vaspitač". (Malaguzzi, 1993) Koncept se prepoznaje i po pedagogici slušanja i aktivni participaciji dece. Kao osnivač Reggio Emilia pristupa vaspitanja Malaguzzi (baš tamo) navodi kako dete u njihovim vrtićima imaju aktivnu ulogu kod sticanja i konstrukciji razumevanja, a u odnosu između učenja i poučavanja prednosti ima učenje. Osnivač Reggio vrtića time nema nameru da smanjuje presudnu ulogu odraslih kod učenja dece, ali naglašava kako je važno da dete pri tom ima aktivnu ulogu. Participacija u Reggio vrtićima ne znači samo participaciju dece, nego pre svega način uključivanja u proces vaspitanja i obrazovanja koji teži za time da izgradi zajednički identitet i formira osećaj pripadnosti (Rinaldi, 2006).

ZAKLJUČAK

Pravo deteta da participira u svemu odnosno kod odluka koje se tiču njegovog života, da utiče na proces učenja i celokupan život u vrtiću, važan je kriterij kvalitete institucionalnog vaspitanja, ali je u isto vreme važno i sa pravnog vidika. Istodobno to je mogućnost da deca utiču na svoju situaciju i element demokratizacije vrtića i vaspitanja. Konvencija o pravima deteta iz 1989. godine obeležila je važan preokret time što određuje dete ne samo u ulozi "objekta" društvene brige i zaštite već i kao subjekat prava koji deluje samostalno. Konvencija deci garantuje pravo da kažu svoje mišljenje, poglede, stavove i pravo da ih odrasli čuju, poštuju i uzimaju u obzir uvek kad je to moguće. Odrasli su obavezani da se savetuju s svojom decom, da ih stimulišu kod razumevanja posledica njihovih odluka za druge i da ih uče veštine demokratičkog načina odlučivanja.

Već su alternativni pedagozi naglasivali značenje aktivnog obrazovanja, po njihovom mišljenju za razvoj dobrog/demokratičnog društva važno je da se deci zagarantuje njihova lična iskustva participacije što pre i od samog početka. Participacija u najširem planu reči obavezuje zaposlene u vrtićima da se odreknu posedovanja konačnih istina i odgovora; umesto toga njihova je uloga kreirati povoljan trenutak za dogovor s detetom i traženje zajedničkog rešenja. C. Rinaldi 2003. godine napisala je da je slušanje sredstvo stimulisanja dečje participacije – u životu vrtića i procesu učenja. Osnovna namera je saslušati dečju perspektivu – omo-

gućiti detetu da (sa)utiče na svoj život i život svih onih koji su s detetom u interaktivnom odnosu.

LITERATURA:

- Batistič Zorec, M. (2010). Participacija otrok v slovenskih vrtcih z vidika stališč in izkušenj vzgojiteljev. V: Devjak, T. in dr.(ur.). Pedagoški koncept Reggio Emilia in Kurikulum za vrtce: podobnosti v različnosti. Ljubljana: Pedagoška fakulteta, str. 67–87.
- Deklaracija o otrokovih pravicah (1995). V: Človekove pravice. Zbirka mednarodnih dokumentov (1995), 1. del. Društvo za Združene narode za Republiko Slovenijo, Ljubljana, str. 142–144.
- Devjak, T. (2004): Pravičnost kot vzgojni koncept sodobne šole, Simpozij DZS, Rogla, 2. in 3. april 2004.
- Devjak, T. (2007). Prava človeka i koncepcija vaspitanja javne šole. Pravni život, letn. 56, št. 14, str. 759–768.
- Devjak, T., Zidar, M. (2008). The social construction of childhood in Slovenian schooling. Pedagoška obzorja, , letn. 23, št. 3–4, str. 15–30.
- Dewey, I. (1966). Vaspitanje i demokracija. Cetinje: Obod.
- Krek, J. (2005). Ugotovitve, stališča in predlogi o osnutku “Nacionalnega programa izobraževanja za demokratično državljanstvo in izobraževanja za človekove pravice. Pedagoška fakulteta, Ljubljana.
- Kodelja, Z. (2001): Pravičnost: najpomembnejša vrlina šole kot socialne inštitucije, Sodobna pedagogika, let. 52, št. 5, str. 8–20.
- Kohlberg, L. (1974): Education, Moral Development and Faith. Journal of Moral Education, Vol 4, No 1., str. 5–16.
- Kohlberg, L. (1984): Education for justice: A modern Statement of Socratic View. V: The Psychology of Moral development. The Nature and Validity of Moral Stages. Essays on Moral Development, Volume II. Harper&Row Publishers, San Francisco.
- Kroflič, R. (1997): Med poslušnostjo in odgovornostjo: procesno razvojni model moralne vzgoje. Vija, Ljubljana.
- Kroflič, R. (2002): Izbrani pedagoški spisi: Vstop v kurikularne teorije, Zavod Republike Slovenije za šolstvo, Ljubljana.
- Kurikulum za vrtce. (1999). Ljubljana: Ministrstvo za šolstvo in šport.
- Laporte, D. (1992): O zgodovini šolanja, V: Zbornik – Vzgoja med analizo in gospodvom. Ur. Bahovec, D. E. Ljubljana: Krt.
- Malaguzzi, L. (1993). For an education based on relationship. Young Children, let. 49, št. 1, str.9–12.
- Medveš, Z. (2002): Nova paradigma pravičnosti v šoli, Sodobna pedagogika, let. 53, št. 5, str. 24–42.
- Pavlovič, Z. (2000): Je vzgoja v (javni) šoli legitimna? Kakšna vzgoja?, v: Vzgoja v javni šoli, Sodobna pedagogika, Ljubljana, letnik 51, št. 1, str. 178–186.
- Prvi koraki: Metodični priročnik za poučevanje človekovih pravic (1999). Ljubljana: Amnesty International Slovenije.

- Rinaldi, C. (2006). In dialogue with Reggio Emilia: listening, researching and learning. London, New York: Routledge.
- Rawls, J. (1992): Koncept svobode. V: Sodobni liberalizem. Zbornik. Krt, Ljubljana.
- Zaviršek, D., Zorn, J. in Videmšek, P. (2002): Inovativne metode v socialnem delu: Opolnomočenje ljudi, ki potrebujejo podporo za samostojno življenje. Ljubljana: Študentska založba (Knjižna zbirka Scripta.).
- Zidar, M. (2003). Nove-stare reprezentacije otrok in otroštva: dekonstrukcija "protektivnega" otroštva. Teorija in praksa. 40, 2: 357–374.

TATJANA DEVJAK, LL.M.,
Preschool teacher, Faculty of Education,
University of Ljubljana

THE CHILD'S RIGHT TO PARTICIPATION IN THE PROCES OF EDUCATION IN KINDERGARTEN

Summary

The paper analyzes the importance of children's right to active participation in the process of education in kindergarten in terms of International Convention on the Rights of the Child and in terms of specific educational approaches Reggio Emilia in the field of early childhood education. Educational Concept of Slovenian School and kindergarten is based on human and children rights, justice and three educational approaches: protection, provision and participation with empowerment. In today's world, characterized by the mixing of cultures, races, religions, value systems and different economic systems, the institutional education, education of children in public preschool institutions must be oriented to so called multicultural dimension, to the understanding and operation of "justice" and to creation of conditions of participation and empowerment of the individual as an individual and as a member of the community. Author problematizes a modern view of childhood from the perspective of children's needs and rights.

OLGA JOVIĆ

RELIGIJSKI IDENTITET DETETA
– **Obrazovanje deteta i verska uverenja roditelja** –

ODNOS DRŽAVE I CRKVE

Religijski identitet (individualni ili kolektivni), religioznost i religijska pripadnost imaju veliki značaj za uspostavljanje odnosa roditelja prema detetu i obrnuto. Budući da dete nasleđuje veru svojih roditelja (ili jednog od njih), obaveza je države da obezbedi obrazovanje deteta u skladu sa verskim uverenjima roditelja, u cilju zaštite dece od, eventualne, ideološke indoktrinacije od strane države. Obrazovanje u svojoj modernoj formi sve više potire politiku odvajanja crkve i države, odnosno potpuno isključivanje religije iz sistema svetovnog obrazovanja.

Umanjivanje značaja religije posledica je ograničenja nastalog nekritičkim sagledavanjem svetovnosti kao pojma različitog stepena opštosti i sadržaja. U izvornom smislu svetovnost se protivi uspostavljanju državne religije ili favorizovanju jedne naspram drugih religija, što daje povoda za uvek aktuelnu raspravu o problemskom pristupu ovoj problematici. Regulisanje odnosa između države i crkve (verskih zajednica koje egzistiraju na njenoj teritoriji), važan je osnov obezbeđenja stabilnosti društvenih odnosa u celini.

Dr Olga S. Jović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini, sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

Odvojenost crkve i države je ideološki proizvod novovekovnih društava. Međutim, kako crkva predstavlja zajednicu verujućeg naroda, otuda proizilazi da crkva živeći u društvu u skladu sa svojim uverenjima, ima pravo da svoje vrednosti u istom tom društvu i ostvaruje.¹ Odnosi crkve i države treba da budu zasnovani na saradnji radi ostvarivanja opšteg dobra za sve građane, uz poštovanje međusobnih razlika, prirode i suštine metoda njihovog delovanja.² Razlikuju se tri sistema međusobnog odnosa države i crkve: sistem državne crkve ili državne vere, zatim sistem priznatih crkava (religija) i sistem odvojenosti crkve od države koji funkcioniše kroz oblik kooperativne saradnje.

PRAVO NA SLOBODU MISLI, SAVESTI I VEROISPOVESTI

U sistemu ljudskih prava, pravo na slobodu misli, savesti i veroispovesti propisano je na svetskom³ i evropskom⁴ nivou putem odredbi o pojedinačnoj i kolektivnoj slobodi misli, savesti i veroispovesti, putem odredbi o poštovanju roditeljskih uverenja u vezi sa obrazovanjem dece, kao i odredbama o zabra-

¹ Videti opširnije Gajić S., Crkva i politika. Odnosi Crkve i države: nužnost i granice "politizacije", internet prezentacija: <http://www.filg.uj.edu.pl>.

² Navedeno prema besedi Episkopa timočkog g. Justina na Svetskom društvenom forumu "Dijalog civilizacija", 5–9 oktobar 2005. na Rodosu, Odnos vlasti i religije u savremenom društvu, Pravoslavlje br. 928, novine Srpske Patrijaršije, internet prezentacija: <http://pravoslavlje.spc.rs/broj/928/tekst/odnos-vlasti-i-religije-u-savremenom-drustvu/>.

³ Videti čl. 18. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima iz 1948. godine (<http://conventions.coe.int>), koji glasi: "Svako ima pravo na slobodu misli, savesti i vere...", zatim čl. 18. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine koji sadrži potpuniju formulaciju ovog prava (<http://www.unhchr.ch>), te odredbu čl. 13. Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine (<http://www2.ohchr.org>). Odredbe čl. 1. i 6. Deklaracije UN o ukidanju svih oblika netolerancije i diskriminacije zasnovanoj na veroispovesti ili verskom uverenju (1981); Deo II, t. B-22. Bečke deklaracije i akcionog programa usvojene na Svetskoj konferenciji o ljudskim pravima 1993. godine; UNESCO Deklaraciju o principima tolerancije (1995); Rezoluciju Generalne skupštine UN 52/122 o ukidanju svih oblika religijske intolerancije (1998), (<http://www.unhchr.ch>).

⁴ U Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Evropska konvencija o ljudskim pravima) (1950) osnovni elementi prava na slobodu misli, savesti i veroispovesti sreću se u tri odvojene odredbe. Najpre, u odredbi čl. 9, potom odredbi čl. 2. Protokola br. 1 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, te u odredbi čl. 14. Konvencije kojom se izričito navode verska uverenja kao osnov zabrane diskriminacije. Tekst konvencije videti na: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/058.htm>.

ni diskriminacije po osnovu veroispovesti ili verskog uverenja. Reč je o sistemu zaštite uverenja svakog pojedinca bez obzira da li uverenje ispoljava sam ili zajedno s drugima, kako u privatnoj, tako i u javnoj sferi. To, s jedne strane, pretpostavlja obavezu država potpisnica međunarodnih ugovora da odustanu od preduzimanja mera koje predstavljaju mešanje u pravo na slobodu, misli, savesti i veroispovesti, dok s druge strane, podrazumeva preduzimanje pozitivne akcije kako bi se ta prava ostvarila i zaštitila. Pravo pojedinca na veroispovest uvek je determinisano odnosom države prema religiji. Početna pretpostavka zasnovana je na činjenici da čovek jeste političko i religiozno biće.

Međunarodno-pravno i ustavno-pravno garantovanje slobode savesti i veroispovesti predstavlja veliko dostignuće ljudske civilizacije. Nepoštovanje ljudskog prava na slobodu savesti i veroispovesti često je, tokom istorije, dovelo do velikih problema koji su se, ne mali broj puta, pretvarali u ratne i građanske sukobe. Na stavu države prema poštovanju prava na slobodu misli, savesti i veroispovesti, počiva i odnos države i verskih zajednica. Međunarodni dokumenti, a sa njima i ustavi modernih demokratskih država, svakoj verskoj zajednici, bez izuzetka, garantuju pravo i slobodu religijskog učenja.

U Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima i Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima garantovano pravo na slobodu misli, savesti i veroispovesti podrazumeva obavezu država ugovornica da “poštuju slobodu roditelja, u datom slučaju i zakonskih staratelja, da obezbede svojoj deci ono versko i moralno obrazovanje koje je u skladu sa njihovim sopstvenim ubeđenjima”.⁵ Obaveza država propisana na ovakav način treba da obezbedi slobodu veroispovesti u nacionalnoj državi, i to, pre svega, nedominantne veroispovesti, kako bi se sprečila zloupotreba do koje bi moglo doći onda kada država insistira na određenoj veroispovesti.⁶

⁵ Videti čl. 18. stav 4. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, “Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori”, br. 7/1971; “Službeni list SFRJ- Međunarodni ugovori”, br. 9/2003. Takođe videti čl. 13. stav 3. Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, “Službeni list SCG – Međunarodni ugovori”, br. 7/1971. Republika Srbija je, kao pravni sukcesor bivše SFRJ, SRJ i Državne zajednice Srbija i Crna Gora, preuzela pravo na poštovanje i primenu svih potpisanih međunarodnih ugovora.

⁶ Videti Vučković-Šahović N., *Pravo deteta i međunarodno pravo*, JCPD, Beograd 2000, str. 128. Činjenica je da roditelji određuju veru deteta, ali i da se u pojedinim državama jedna vera proglašava državnom i na taj način postaje privilegovanija u odnosu na druge kao što je to slučaj u zemljama čije je stanovništvo pretežno muslimanske veroispovesti: Iran, Mauritanija, Saudijska Arabija ili Bahrein.

Pravo deteta na slobodu misli, savesti i veroispovesti, po prvi put je eksplicitno predviđeno Konvencijom UN o pravima deteta.⁷ Prema odredbi člana 14. Konvencije, države ugovornice priznaju pravo deteta na slobodu misli, savesti i veroispovesti uz poštovanje prava i obaveza roditelja (zakonskih staratelja) prilikom usmeravanja deteta na ostvarivanje njegovog prava na slobodu misli, savesti i veroispovesti na način koji je u skladu sa razvojnim mogućnostima deteta. Pitanje izbora vere uslovljeno je uzrastom deteta, pa shodno tome, kada su u pitanju adolescenti, neophodno je da države ugovornice nađu mehanizam za uspostavljanje ravnoteže između prava deteta i interesa ostalih članova porodice.⁸

Na evropskom nivou, u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950)⁹ odredbom člana 9. propisano je da svako ima pravo na slobodu misli, savesti i veroispovesti. U kontekstu ove odredbe pravo na slobodu misli, savesti i veroispovesti uključuje slobodu primene vere ili uverenja i slobodu svakoga da, bilo sam ili zajedno s drugima, javno ili privatno, ispoljava veru ili uverenje molitvom, podučavanjem, običajima i obredom. Sloboda isповедanja vere ili ubeđenja može biti podvrgnuta samo zakonom propisanim ograničenjima neophodnim u demokratskom društvu u interesu javne bezbednosti, zaštite javnog reda, zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.¹⁰ To, zapravo, znači da vera ne može biti razlog za kršenje ljudskih prava, odnosno da pripadništvo određenoj verskoj zajednici ne može biti osnov za davanje privilegija.

OBRAZOVANJE DETETA I RELIGIJA

Obrazovanje deteta ima za cilj osposobljavanje deteta za samostalni izbor i donošenje odgovornih odluka, odnosno ima za cilj pravilan i potpun razvoj deteta. U međunarodnopravnim okvirima, pojmovno, obrazovanje se odnosi na

⁷ Srbija je Konvenciju o pravima deteta ratifikovala Zakonom o ratifikaciji ("Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori", br. 15/90, "Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori", br. 4/96, 2/97), dok je naknadno ratifikovala Fakultativni protokol o učešću dece u oružanim sukobima uz Konvenciju o pravima deteta i Fakultativni protokol o prodaji dece, dečjoj prostituciji i dečjoj pornografiji uz Konvenciju o pravima deteta ("Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori", br. 7/2000).

⁸ Videti Vučković-Šahović N., Pravo deteta i međunarodno pravo, op. cit., str. 131.

⁹ Naša zemlja je Evropski konvenciju o ljudskim pravima (1950) ratifikovala 26. decembra 2003. godine Zakonom o ratifikaciji Konvencije ("Službeni list SCG – Međunarodni ugovori", br. 9/03), koja je u odnosu na Srbiju počela pravno da deluje 3. januara 2004. god.

¹⁰ Videti čl. 9. Evropske konvencije o ljudskim pravima (1950).

sve vrste i stepene obrazovanja i podrazumeva pristup obrazovanju, obrazovni standard i kvalitet uslova u kojima se obrazovanje sprovodi.¹¹ Kako pravo na obrazovanje obuhvata pravo da se stekne obrazovanje, države imaju obavezu da osiguraju, bez diskriminacije, upis učenika u obrazovne ustanove, da zabrane svako razlikovanje u postupcima javnih vlasti prema građanima, osim onih koji se temelje na sposobnostima ili potrebama.¹²

Osnovni regulativni kriterijumi prava deteta na obrazovanje nalaze se u odredbama dva člana Konvencije UN o pravima deteta. Tako se odredbom čl. 28. države, u skladu sa prirodom prava na obrazovanje, obavezuju na određene aktivnosti kojima će se postepeno realizovati konačni ciljevi prava na obrazovanje. Ciljevi koncipirani u čl. 29. Konvencije usmereni su na: razvoj ličnosti deteta, talenata i mentalnih i fizičkih sposobnosti deteta do njihovih krajnjih mogućnosti; razvoj poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda i principa utvrđenih Poveljom UN; poštovanje roditelja deteta, detetovog kulturnog identiteta, jezika i nacionalnih vrednosti zemlje u kojoj živi, i civilizacija različitih od njegove sopstvene; pripremanje deteta za odgovoran život u slobodnom društvu.¹³

S obzirom na potrebu za preciznijom formulacijom i zaštitom religijskog obrazovanja deteta, njegovom unapređenju, u velikoj meri, doprinelo je, na svetskom nivou, usvajanje Deklaracije UN o ukidanju svih oblika netolerancije i diskriminacije zasnovanoj na veroispovesti ili verskom uverenju (1981).¹⁴ Odredbom čl. 5. t. 2. predviđeno je da: "Svako dete uživa pravo na pristup religijskom ili verskom obrazovanju u skladu sa željom njegovih roditelja (zakonskih staratelja), i ne sme biti primorano na pohađanje religijske ili verske nastave protiv volje roditelja, gde je najbolji interes deteta rukovodni princip." U tom cilju, sve države ugovornice će preduzeti mere radi sprečavanja i ukidanje diskriminacije na osnovu religije ili veroispovesti u priznavanju, ostvarivanju i uživanju ljudskih prava i osnovnih sloboda u oblastima građanskog, ekonomskog, političkog, socijalnog i kulturnog života.¹⁵

¹¹ Videti čl. 1. tačku 2. Konvencije protiv diskriminacije u obrazovanju (1960), *UNESCO Convention Against Discrimination in Education*, internet prezentacija: <http://www.UNESCO.org>.

¹² Videti čl. 3. (a) (b) (c) Konvencije protiv diskriminacije u obrazovanju, "Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori", br. 4/1964.

¹³ Videti čl. 28. i 29. st. 1 (a)(b)(c)(d) Konvencije o pravima deteta.

¹⁴ Videti Deklaraciju UN o ukidanju svih oblika netolerancije i diskriminacije zasnovanoj na veroispovesti ili verskom uverenju (1981), *Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief (1981)*, A/RES/36/55, 25 November 1981, internet prezentacija: <http://www.un.org>.

¹⁵ Videti čl. 4. t. 1. Deklaracije UN o ukidanju svih oblika netolerancije i diskriminacije zasnovanoj na veroispovesti ili verskom uverenju.

Religija i obrazovanje na regionalnom nivou

Svetovni model obrazovanja deteta jeste realitet, temelj i osnovna građa svih budućih iskustava koji ne umanjuje značaj religije kao oblika društvene svesti. U mnogim zemljama, religija ima ključnu ulogu za izgradnju vrednosnih sistema kod učenika u okviru obrazovnog procesa. Drugim rečima, svetovnost kako god bila shvaćena ne isključuje nastavu o religiji i religioznim uverenjima, već anulira nametanje bilo kojeg posebnog oblika religijske pripadnosti. Postojanje religijskog obrazovanja svaka zemlja reguliše u skladu sa svojim državnim, društvenim i političkim uverenjem shodno tradiciji, kulturi i osobenostima sopstvenog sistema obrazovanja.

Religijsko obrazovanje dobija svoju potvrdu na regionalnom nivou, kao odgovor na sveprisutni porast religijske netolerancije. Aktivnosti Saveta Evrope i Evropske unije tokom prošlog i početkom ovog veka ogledaju se u kontinuiranom i intenzivnom stvaranju i usvajanju dokumenta u vezi sa predmetnom temom.¹⁶ Na nivou Saveta Evrope, usvajanjem Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950), odnosno Protokola I Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda,¹⁷ otpočinje proces izgradnje ciljeva budućeg evropskog obrazovanja.

U ujedinjenoj Evropi iskustva multinacionalnih i multireligioznih država doprinose produbljivanju razumevanja i tolerancije u okvirima verskog odnosno religijskog pluralizma. Ideja evropskih integracija pretpostavlja stvaranje vrednosnog sistema koji obuhvata integracije na svim poljima ljudskog delovanja i na svetovnom i na duhovnom planu. Afirmisanje evropske duhovne kulture neposredno je povezano sa razvojem i unapređenjem interkulturalnog obrazovanja kojim se želi postići uzajamno razumevanje i uvažavanje između

¹⁶ Videti Preporuke Parlamentarne skupštine Saveta Evrope: Preporuka o sektama i novim religijskim pokretima (1992) (*Recommendation 1178 on sects and new religious movements*); Preporuka o religijskoj toleranciji u demokratskom društvu (1993) (*Recommendation 1202 on religious tolerance in a democratic society*); Preporuka religija i demokratija (1999) (*Recommendation 1396 Religion and democracy*); Preporuka o ilegalnim aktivnostima sekti (1999) (*Recommendation 1412 Illegal activities of sects*); Preporuka o obrazovanju i religiji (2005) (*Recommendation 1720 Education and religion*), internet prezentacija: <http://www.europarl.europa.eu/>. Na evropskom nivou, takođe, u okvirima Evropske unije, pravo na slobodu misli, savesti i veroispovesti propisano je odredbom čl. 10. Povelje o osnovnim pravima EU, *Charter of Fundamental Rights of the European Union* (2000/C 364/01). Tekst Povelje videti na: www.europarl.europa.eu/charter/.

¹⁷ Videti Protokol I uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, Pariz, koji je donet 20. marta 1952. godine.

predstavnik različityh kulturnih grupa. Interkulturalno obrazovanje opredeljuje tri osnovna činioca: uloga i odgovornost obrazovnih institucija (škola), istorija i identitet, te religijska ili duhovna dimenzija multikulturalnog društva.¹⁸

U pogledu nastave religije Savet Evrope je Preporukom 1202 (1993) o religijskoj toleranciji u demokratskom društvu,¹⁹ utvrdio smernice kojih bi države članice trebalo da se pridržavaju radi ostvarivanja osnovnih principa verske tolerancije između različityh religija i verskih zajednica unutar Evrope. U Preporuci je naglašeno da razvijanje znanja kod učenika o svojoj religiji jeste preduslov za pravu toleranciju i savladavanje predrasuda.²⁰ Tokom sledeće decenije, religijski aspekt obrazovanja postaje značajan faktor razvoja multikulturalnog društva Evrope, što je podstaklo Savet Evrope da osmisli i realizuje brojne projekte koji su tokom 2005. godine konkretizovani u Preporuci 1720 (2005) o obrazovanju i religiji.²¹

Ozbiljnost religijskog obrazovanja svoju potvrdu dobija i kroz mnogobrojna dokumenta usvojenih od strane Evropskih ministara obrazovanja država članica Evropske konvencije o kulturi.²² O tome osim Deklaracije o interkulturalnom obrazovanju u novom evropskom kontekstu,²³ svedoči i duga lista aktivnosti²⁴ kojima se apostrofiraju ciljevi interkulturalnog obrazovanja: preva-

¹⁸ Videti Maksimović I., Komparativna iskustva nastave religije u Evropi, str. 10, internet prezentacija: <http://veraznanjemir.bos.org.yu/srp/tekstovi/maksimovic.html>.

¹⁹ Videti Preporuku 1202 o religijskoj toleranciji u demokratskom društvu, *Recommendation 1202 (1993) on religious tolerance in a democratic society*, internet prezentacija: <http://assembly.coe.int>.

²⁰ Videti tačku 16. (iii) (iv) (v) (vi) (vii) (viii) (ix) Preporuke 1202 (1993) o religijskoj toleranciji u demokratskom društvu.

²¹ Videti Preporuku 1720 o obrazovanju i religiji (2005), koja je usvojena 24. maja 2006. godine, internet prezentacija: <https://wcd.coe.int/>.

²² Videti Evropsku konvenciju o kulturi (1954) CETS No. 018, koja je stupila na snagu 5.05.1955. godine na: <http://conventions.coe.int>.

²³ Videti Declaration by the European Ministers of Education on intercultural education in the new European context, adopted on 21st session – “Intercultural education: managing diversity, strengthening democracy”, Athens, Greece, 10-12 November 2003, internet prezentacija: http://www.coe.int/t/e/cultural_co-operation/education/standing_conferences/e.21stsessionathens2003.asp.

²⁴ Lista aktivnosti Komiteta ministara preuzeta sa sajta Saveta evrope: [http://www.coe.int/t/e/cultural_co-operation/education/standing_conferences/. 1st session – The Hague, Netherlands, 12-13 November 1959; 2nd session – Hamburg, Germany, 10-15 April 1961; 3rd session – Roma, Italy, 8-13 October 1962; 4th Session – London, United Kingdom, 14-16 April 1964; 5th session – Vienna, Austria, 12-14 October 1965; Ad Hoc Conference – Strasbourg, France, 12-14 September 1967; 6th Session – Versailles, France, 20-22 May 1969; 7th session – Brussels, Belgium, 8-10 June 1971; 8th session – Berne, Switzerland, 5-7 June 1973; 9th Session – Stockholm, Swe-](http://www.coe.int/t/e/cultural_co-operation/education/standing_conferences/.1st_session_-_The_Hague,_Netherlands,_12-13_November_1959;2nd_session_-_Hamburg,_Germany,_10-15_April_1961;3rd_session_-_Roma,_Italy,_8-13_October_1962;4th_Session_-_London,_United_Kingdom,_14-16_April_1964;5th_session_-_Vienna,_Austria,_12-14_October_1965;Ad_Hoc_Conference_-_Strasbourg,_France,_12-14_September_1967;6th_Session_-_Versailles,_France,_20-22_May_1969;7th_session_-_Brussels,_Belgium,_8-10_June_1971;8th_session_-_Berne,_Switzerland,_5-7_June_1973;9th_Session_-_Stockholm,_Swe-)

zilaženje pasivne koegzistencije putem izgradnje razumevanja, uzajamnog poštovanja i dijaloga između različitih kultura kroz obezbeđivanje jednakih mogućnosti i borbu protiv diskriminacije.

OBRAZOVANJE DETETA U SKLADU SA VERSKIM I FILOZOFSKIM UVERENJIMA RODITELJA

Odredbom čl. 2. (P1-2) Protokola I Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, predviđeno je da niko ne može biti lišen prava na obrazovanje, te da u vršenju svojih funkcija u oblasti obrazovanja i nastave država poštuje pravo roditelja da obezbede obrazovanje i nastavu koji su u skladu sa njihovim verskim i filozofskim uverenjima. Sadržina propisane odredbe zahteva potpuniju analizu navedenih pojmova. Najpre, "obrazovanje" podrazumeva "ceo proces, kroz koji, u svakom društvu, odrasli preduzimaju mere kako bi preneli svoja uverenja, kulturu i druge vrednosti mladima", dok se "nastava" prevashodno odnosi na "prenos znanja i intelektualni razvoj".²⁵ Nadalje, veza između obrazovanja deteta i religijskih uverenja roditelja predstavlja pojam koji obuhvata različite oblike religijskog obrazovanja u školama (raspoloživi komparativni podaci pokazuju da je religijsko obrazovanje kao predmet prisutan kao obavezan ili fakultativan predmet u gotovo svim evropskim zemljama)²⁶ o čemu će biti više reči u izlaganju koje sledi. Najzad, smisao "poštovanja" prava roditelja da se

den, 9–12 June 1975; 10th Session – Strasbourg, France, 28–30 June 1977; 11th Session – The Hague, Netherlands, 10–13 June 1979; 12th Session – Lisbon, Portugal, 3–4 June 1981; 13th Session Dublin, Ireland, 10–12 May 1983; 14th Session – Brussels, Belgium, 7–9 May 1985; 15th Session – Helsinki, Finland, 5–7 May 1987; 16th session – Istanbul, Turkey, 11–12 October 1989; 17th session – Vienna, Austria, 16–17 October 1991; 18th session – Madrid, Spain, 23–24 March 1994; 19th session – "Education 2000: Trends, Common Issues and Priorities for Pan-European Co-operation", Kristiansand, Norway, 22–24 June 1997; 20th Session – "Educational policies for democratic citizenship and social cohesion: challenges and strategies for Europe", Cracow, Poland, 15–17 October 2000; 21st session – "Intercultural education: managing diversity, strengthening democracy", Athens, Greece, 10–12 November 2003; 22nd session – "Building a more humane and inclusive Europe: role of education policies" – Istanbul, Turkey, 4–5 May 2007.

²⁵ Videti stav 33. presude Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, Series A No. 48, No. 00007511/76; 00007743/76 od 25. februara 1982. godine, internet prezentacija na: <http://www.menneskeret.dk/menneskeretieuropa/konventionen/baggrund/dome/ref000000401>.

²⁶ Videti Kodolja Z., Bassler T., Religija i školovanje u otvorenom društvu, Okvir za informisani dijalog, 2004, internet prezentacija: <http://www.soros.org>.

dete obrazuje u skladu sa njihovim verskim i filozofskim uverenjima je više od obične konstatacije da stavovi roditelja moraju biti uzeti u obzir. Ovo pravo, takođe, ima svoje šire značenje i odnosi se na vršenje svake pojedinačne funkcije koju država preduzima u oblasti obrazovanja i nastave.²⁷

Pravo na poštovanje verskih i filozofskih uverenja roditelja je privilegija roditelja. Do tog zaključka može se doći jezičkim tumačenjem odredbe člana 2. (P1-2) Protokola I Evropske za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim se štite verska i filozofska uverenja roditelja, a ne dece, škole ili verskog udruženja.²⁸ Polazeći od prava svakog ljudskog bića da živi prema svojim verskim uverenjima, ograničenje verskih uverenja roditelja određeno je interesima deteta u prvom redu. To znači da je poštovanje uverenja roditelja podređeno osnovnom pravu deteta da dobije obrazovanje.²⁹ Pitanje poštovanja uverenja roditelja postavlja se u vezi sa nastavnim programom i njegovom realizacijom, pri čemu interes države da obezbedi pristup informacijama (uključujući informacije verske i filozofske prirode) koje su deo školskog programa može imati prednost u odnosu na roditeljska uverenja.³⁰ Sukob interesa između prava roditelja da deci obezbede obrazovanje u skladu sa svojim uverenjima i države koja ima veliku ulogu u oblasti obrazovanja je kompleksno pitanje koje nije moguće rešiti na jedinstven način, zbog uticaja različitih objektivnih i subjektivnih okolnosti koje prate svaki pojedinačni slučaj.

Smisao garantije o poštovanju verskih i filozofskih uverenja roditelja fokusirano je na očuvanje pluralizma i tolerancije u javnom obrazovanju. Priroda propisane garantije podrazumeva zabranu indoktrinacije od strane države, odnosno uzdržavanje države da sredstvima moći nameće određenu ideologiju koja bi se mogla smatrati kao nepoštovanje verskih i filozofskih uverenja roditelja.

²⁷ Videti stav 37. (in fine) presude ECHR u slučaju *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*.

²⁸ Videti stav 93. presude ECHR u slučaju *Eriksson v Sweden*, App. No. 00011373/85, od 22. juna 1989, http://www.nkmr.org/eriksson_v_sweden.htm; zatim presudu u slučaju *Jordebo Foundation of Christian Schools and Ingrid Jordebo v Sweden*, App. No. 11533/85, od 8. decembra 1987, <http://www.religlaw.org>.

²⁹ Videti Murdoch J., *Freedom of Thought, Conscience and Religion*, Human rights handbooks, No. 9, Council of Europe, 2007, str. 50, elektronsko izdanje na: <http://www.scribd.com/doc/6500858/Freedom-of-Thought-Conscience-and-Religion>. Obaveza poštovanja uverenja roditelja nikako ne može biti shvaćena kao priznanje želje roditelja da, na primer, njihovo dete dobije opšte izuzeće i da mu bude odobreno da ne pohađa školu subotom iz verskih razloga.

³⁰ Ibid.

NASTAVA RELIGIJE U EVROPSKOM
SISTEMU OBRAZOVANJA

U školi se razvijaju osnovna znanja i sposobnosti koje deci pružaju stručnjaci iz različitih naučnih oblasti, pa se opravdano smatra da je obrazovna funkcija škole primarna. Osim toga, škola ima kompenzatornu i integracijsku funkciju putem kojih se pojedinac uključuje u pluralističko društvo u duhovno-etičkom smislu.³¹ Prema Preporuci SE o participaciji dece u porodici i društvu, države su obavezne da osiguraju da školski plan nastave na svim nivoima promoviše razvoj veština i znanja koja su deci potrebna za punu participaciju u porodičnom i društvenom životu.³²

Osnovni smisao nastave religije koja ostvaruje prihvaćene društvene ciljeve i standardizovane načine ponašanja, ogleda se u prenošenju znanja, veština i sposobnosti koje učenici treba da steknu u okviru tog predmeta. Sveprisutna reforma u oblasti obrazovanja u okviru evropskih integracionih procesa usmerava nastavu religije u pravcu jačanja multikonfesionalnosti i unapređenja opštih humanističkih vrednosti.

Uporednopravni pregled evropskog obrazovnog sistema u vezi sa realizacijom verske nastave u državnim školama pokazuje da su struktura i sadržaji raznoliki i da utiču na status predmeta. Sistemska organizacija nastave religije može biti ostvarena na jedan od tri postojeća oblika sa svojim modalitetima. Nastava religije kao obavezan predmet u nastavnom planu i programu određenog nivoa obrazovanja zastupljena je u Austriji, Norveškoj, Velikoj Britaniji, Nemačkoj, Rumuniji, Švedskoj, sa tom karakteristikom da se kao obavezan predmet proučava na nivou obaveznog osnovnog obrazovanja ili u obliku obaveznog izbornog ili fakultativnog predmeta na srednjoškolskom nivou. U mnogim zemljama konfesionalna veronauka je fakultativna (Portugalija, Španija, Bugarska, Italija, Mađarska, Češka, Slovačka), dok su brojne zemlje u kojima je konfesionalna veronauka zamenjena religijskom kulturom (Velika Britanija, Danska), ili uopšte ne postoji (SAD, Francuska izuzev Alzasa i Lorene).³³

Konfesionalna priroda nastave religije u pojedinim zemljama podrazumeva sticanje znanja o dominantnoj religiji, odnosno o zvanično priznatim reli-

³¹ Navedeno prema Ossenbühl F., *Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes*, Duckner & Humbolt, Berlin 1981, str. 105–114.

³² Videti Preporuku SE o participaciji dece u porodici i društvu od 18. septembra 1998, R (98) 8 on *Children's participation in family and social life*, Appendix R (98) 8: *Measures for the promotion of children's participation in family and social life*, internet prezentacija na: <http://coe.int>.

³³ Navedeno prema Aleksov B., *Veronauka u Srbiji*, internet prezentacija: http://www.policy.hu/aleksov/ipf_doc02.pdf.

gijama (Austrija, Nemačka, Rumunija, Grčka).³⁴ Negde je to multikonfesionalni predmet koji pruža znanja o svetskim religijama (Velika Britanija, Norveška, Finska), a u nekim zemljama je nekonfesionalni predmet koji se svojom sadržinom odnosi na proučavanje svetskih religija i istovremeno je u uskoj vezi sa moralnim vaspitanjem (Švedska) ili u zavisnosti od uslova javlja se kao multikonfesionalni i nekonfesionalni predmet.³⁵

Različiti karakter predmeta nastave religije u obrazovnim sistemima evropskih zemalja određuje različite ciljeve predmeta. Tamo gde je predmet konfesionalne prirode, ciljevi su određeni religijskom pripadnošću određenoj konfesiji, dok u zemljama u kojima egzistira kao nekonfesionalni predmet, dominira saznajni karakter predmeta u vezi sa sticanjem znanja o svetskim religijama. Mešovita (konfesionalna, nekonfesionalna ili multikonfesionalna) priroda nastave religije određuje njene ciljeve u pravcu razvoja ličnosti deteta i njegove pripreme za samostalni život.³⁶

Nezavisno od statusa i karaktera ovog predmeta u obrazovnim sistemima evropskih zemalja, volja roditelja uvek ima presudnu ulogu prilikom donošenja odluke da li će dete pohađati časove nastave religije. U tom smislu, dispoziciji roditelja je prepuštena i mogućnost nedavanja pristanka da dete pohađa nastavu religije. Naime, kada se dete upisuje u školu ono je maloletno i poslovno nesposobno, zbog čega, po prirodi stvari, izbor škole i upis vrše njegovi roditelji u skladu sa najboljim interesom deteta. Roditelji svakog deteta koje je u uzrastu za pohađanje obaveznog školovanja moraju da obezbede obrazovanje koje će biti u skladu sa detetovim godinama, sposobnostima i sklonostima. Poštovanje volje deteta uslovljeno je uzrastom i stepenom zrelosti deteta.

VERSKA NASTAVA I NASTAVA ALTERNATIVNOG PREDMETA (GRAĐANSKO VASPITANJE) U OBRAZOVNOM SISTEMU SRBIJE

Uredbom Vlade Republike Srbije o organizovanju i ostvarivanju verske nastave i nastave alternativnog predmeta u osnovnoj i srednjoj školi,³⁷ u naše škole uvedeni su kao obavezni izborni vaspitno-obrazovni predmeti veronauka

³⁴ Videti Maksimović I., *Komparativna iskustva nastave religije u Evropi*, op. cit., str. 4.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Videti Uredbu Vlade Republike Srbije o organizovanju i ostvarivanju verske nastave i nastave alternativnog predmeta u osnovnoj i srednjoj školi, "Službeni glasnik RS", br. 46/01.

i građansko vaspitanje. Verska nastava i nastava alternativnog predmeta uvedeni su u prvi razred osnovne i prvi razred srednje škole počev od školske 2001/2002. godine. Njihovo uvođenje motivisano je, najpre, pravom na obrazovanje, pravom na izbor pogleda na svet, pravom na veroispovedanje i, pravom roditelja da vaspitavaju decu u skladu sa svojim verskim i filozofskim uverenjima koja su priznata međunarodnim dokumentima. Smisao Uredbe o organizovanju verske nastave i nastave alternativnog predmeta je da zaštiti religijska i filozofska uverenja roditelja, te da roditeljima učini dostupnim mehanizam zaštite deteta od rizika nametanja određenih shvatanja, verovanja i načina ponašanja od strane države i državnih škola.

Karakter verske nastave u obrazovnom sistemu Srbije oličen je u ideji uključivanja i uvažavanja sadržaja drugih svetskih religija, što je podstaknuto okruženjem religijskog pluraliteta u kome živimo. Uredbom o organizovanju i ostvarivanju verske nastave i nastave alternativnog predmeta uređeno je organizovanje i ostvarivanje verske nastave za tradicionalne crkve i verske zajednice (čl. 1. st. 1). Tradicionalne crkve i verske zajednice su: Srpska pravoslavna crkva, Islamska zajednica, Katolička crkva, Slovačka Evangelička crkva a.v., Jevrejska zajednica, Reformatska hrišćanska crkva i Evangelička hrišćanska crkva a.v. (čl. 1. st. 2). Verska nastava organizuje se i izvodi za tradicionalne crkve i verske zajednice u Republici Srbiji bez obzira na broj vernika u određenoj sredini (čl. 4.). Na taj način Srbija se pridružila grupi evropskih, demokratskih zemalja gde je konfesionalna veronauka odavno prihvaćena kao obavezni izborni predmet. Potreba da veronauka bude uvedena u škole uslovljena je pojavom delovanja destruktivnih sekti, činjenicom sveprisutnijeg kriminala, nasilja u porodici, i drugim negativnim nacionalnim, socijalnim i verskim delovanjima.³⁸

S druge strane, cilj programa građanskog vaspitanja u osnovnoj i srednjoj školi je da se kod učenika postignu promene na nivou znanja, veština, stavova, vrednosti kao pretpostavke za celovit razvoj ličnosti i za kompetentan, odgovoran i angažovan život u savremenom građanskom društvu, u duhu poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda. Opšti cilj predmeta građansko vaspitanje usmeren je na razvoj ličnosti i socijalnog saznanja kod učenika koji im

³⁸ Nažalost, na veronauku od samog početka uvođenja u državne škole, nisu blagonaklono gledali pripadnici određene grupe intelektualaca iz redova Veća Univerziteta u Beogradu, rektor, brojni nastavnici i pripadnici drugih tzv. ekspertskih organizacija koje se bave obrazovanjem. Kao argument o nepotrebnosti uvođenja verske nastave u našim osnovnim pa i srednjim školama, istican je konfesionalni pristup usvajanja sadržaja kao potpuno zastareo, jer ne nudi objektivna saznanja o religiji, već se svodi na indoktrinaciju, gotovo kao marksizam. Konfesionalna veronauka podstiče zatvorenost i etničke podeljenosti.

pruža mogućnost da postanu aktivni učesnici u procesu obrazovanja. U tom pogledu, zadaci predmeta građansko vaspitanje odnose se na stvaranje uslova da učenici steknu potrebna znanja o demokratiji i građanskom društvu; da doprinesu razvoju svesti učenika o potrebi uvažavanja različitosti i osobenosti-uočavanje stereotipa vezanih za pol, uzrast, izgled, ponašanje, poreklo; osposobljavanje učenika da razumeju neophodnost pravila koja regulišu život u zajednici; upoznavanje učenika sa dečjim pravima i osposobljavanje da aktivno učestvuju u njihovom ostvarivanju; razvijanje moralnog rasuđivanja i negovanje osnovnih ljudskih vrednosti, i dr.

U ovoj oblasti uloga roditelja dobija svoj izraz u smislu kontrole prilikom odabira obaveznog izbornog predmeta koje će dete pohađati, a koji će biti odgovarajući individualnim kapacitetima i sklonostima deteta. Da li će učenik osnovne škole pohađati versku nastavu ili nastavu alternativnog predmeta to zavisi od volje roditelja odnosno staratelja. Učenik srednje škole može sam odlučiti iz koje od dve vrste predmeta će pohađati nastavu, uz obavezno upoznavanje roditelja odnosno staratelja sa odlukom.³⁹

KARAKTER I STATUS PREDMETA U OBRAZOVNOM SISTEMU SRBIJE

Sadržaj veronauke, *ex lege*, zajednički ustanovljavaju država, crkve i verske zajednice. Odredbom čl. 20. st. 2. Zakona o osnovnoj školi propisano je da nastavni plan i program verske nastave sporazumno donose ministar prosvete i ministar vera na usaglašeni predlog tradicionalnih crkava i verskih zajednica (Srpska pravoslavna crkva, Islamska zajednica, Katolička crkva, Slovačka evangelička crkva a.v., Jevrejska zajednica, Reformatska hrišćanska crkva i Evangelička hrišćanska crkva a.v.). Vlada Republike Srbije shodno stavu 3. navedenog člana Zakona obrazuje komisiju za usaglašavanje predloga programa verske nastave tradicionalnih crkava i verskih zajednica, predloga udžbenika i drugih nastavnih sredstava. Udžbenike i druga nastavna sredstva za versku nastavu odobrava ministar prosvete na usaglašeni predlog tradicionalnih crkava i verskih zajednica. Zastupljenost predstavnika svih sedam tradicionalnih crkava i verskih zajednica pri odlučivanju o sadržaju udžbenika za svaku konfesiju i za svaki razred pretpostavlja postojanje konsenzusa, pa nijedan udžbenik za versku nastavu bilo koje konfesije ne može ući u upotrebu bez saglasnosti predstavnika

³⁹ Videti čl. 2. st. 1. i 2. Uredbe Vlade Republike Srbije o organizovanju i ostvarivanju verske nastave i nastave alternativnog predmeta u osnovnoj i srednjoj školi.

ka preostalih šest, što predstavlja jedinstven primer u uporednom zakonodavstvu.⁴⁰

Po pitanju verske nastave, u srpskom zakonodavstvu uočljiv je savremeni model odnosa države, crkava i verskih zajednica- model tzv. kooperativne odvojenosti.⁴¹ Analogno tome, Zakon o crkvama i verskim zajednicama odredbom čl. 2. st. 3. predviđa da ne postoji državna religija.⁴² Svakome se, u skladu sa Ustavom,⁴³ jemči pravo na slobodu savesti i veroispovesti. Sloboda veroispovesti obuhvata: slobodu da se ima ili nema, zadrži ili promeni veroispovest ili versko uverenje, odnosno slobodu verovanja, slobodu ispovedanja vere u Boga; slobodu da se pojedinačno ili u zajednici sa drugima, javno ili privatno, ispoljava verovanje ili versko uverenje učestvovanjem u bogoslužjenju i obavljanjem verskih obreda, *verskom poukom i nastavom*, negovanjem i razvijanjem verske tradicije; slobodu da se razvija i unapređuje verska prosveta i kultura.⁴⁴

Najozbiljniji strukturalni problem postojećeg rešenja veronauke i građanskog vaspitanja ogleđa se u tome što su u školskom sistemu postavljeni kao alternative, mada to nisu ni po sadržaju, ni po zadacima i ciljevima. Osnovni cilj verske nastave kao izbornog predmeta jeste da se njom posvedoči sadržaj vere i duhovno iskustvo tradicionalnih Crkava i verskih zajednica koje žive i deluju na našem životnom prostoru, da se učenicima omogući usvajanje duhovnih i životnih vrednosti Crkve ili zajednice kojoj istorijski pripadaju, i negovanje sopstvenog verskog i kulturnog identiteta,⁴⁵ dok se kao ciljevi građanskog vaspitanja navodi pomoć učenicima da se poveća interesovanje za ljudska prava, demilitarizaciju, pojavu tenzija kao što su građanski ratovi, rasizam i visoka nezaposlenost.

Verska nastava obuhvata organizovanje nastave za učenike pripadnike svih priznatih veroispovesti. Tako, pored pravoslavnog katihizisa (veronauke)

⁴⁰ Videti Avramović S., Ustavnost verske nastave u državnim školama – res iudicata, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 2/2006, str. 253.

⁴¹ Ibid.

⁴² Videti čl. 2. Zakona o crkvama i verskim zajednicama, "Službeni glasnik RS", br. 36/2006.

⁴³ Videti čl. 43. Ustava Republike Srbije, "Službeni glasnik RS", br. 98/06. Videti, takođe, Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja, "Službeni glasnik RS", br. 62/2003, 64/2003, i Zakon o izmenama i dopunama Zakona o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja, "Službeni glasnik RS", br. 58/04 i 62/04; Zakon o osnovnoj školi, "Službeni glasnik RS", br. 50/92, 53/93, 67/93, 48/94, 66/94 i Zakon o izmenama i dopunama zakona o osnovnoj školi, "Službeni glasnik RS", br. 22/01, Zakon o srednjoj školi, "Službeni glasnik RS", br. 50/92, 53/93, 67/93, 48/94, 24/96, i Zakon o izmenama i dopunama zakona o srednjoj školi, "Službeni glasnik RS", br. 23/02.

⁴⁴ Videti čl. 1. Zakona o crkvama i verskim zajednicama.

⁴⁵ Videti Opšte ciljeve verske nastave, "Službeni glasnik RS", br. 6/03, str. 1.

svaka škola je dužna da obezbedi nastavu i za islamsku veronauku (ilmudin), katolički vjeronauk, Evangeličko-luteranski vjeronauk Slovačke evangeličke crkve a. v., versko vaspitanje Reformističke hrišćanske crkve, veronauku – Judaizam i nastavu za Hrišćansku etiku Evangelističke hrišćanske crkve. Uvidom u zakonske i podzakonske akte iz oblasti obrazovanja, organizovanje nastave za pripadnike priznatih veroispovesti nije ograničen brojem učenika pripadnika određene konfesije (za razliku od otvaranja posebnog odeljenja u školi za pripadnike nacionalnih manjina kada je potreban broj od najmanje 15 učenika). Pohađanje verske nastave u državnim školama (osnovnim i srednjim), nikome ne može biti nametnuto. Iako je osnovni cilj verske nastave da se njome posvedoči sadržaj vere i duhovno iskustvo tradicionalnih crkava i verskih zajednica koje žive i deluju na našem životnom prostoru, i negovanje sopstvenog verskog i kulturnog identiteta, u Srbiji je upadljivo veći procenat učenika koji pohađaju građansko vaspitanje.

Nije, međutim, preterano reći da veronauka zaista ima svoje mesto i šansu u prosvetnom sistemu Srbije. Veronauka jeste sasvim moderan predmet, primeren svakom uzrastu i vremenu. Nema dana u čovekovom životu a da ona ne može svojim sadržajem dati smisao svakom trenutku. Nije reč o bilo kakvim svetovima van ovog u kom živimo. Ona je duhovna dimenzija života neophodna i prisutna u svakom vidu. Zato joj je i posvećena zaslužena pažnja, sa namerom da postane i ostane neodvojivi deo školskog sistema.

OLGA S. JOVIĆ, Ph.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Priština,
Kosovska Mitrovica

THE RELIGIOUS IDENTITY OF THE CHILD-CHILD'S EDUCATION AND PARENTS' RELIGIOUS BELIEVES

Summary

Secular model of educating a child is a ground for all future experiences. However, secular model of education does not diminish the importance of religion, which, as a form of social consciousness, in many countries, has a key role in building the systems of values with students in their process of education. In other words, secularity, does not exclude teaching religion and religious beliefs, but rather annuls imposing any one special form of religious group.

Education, in its modern form, is increasingly annulling the policy of separating the church and the state, that is, total exclusion of religion from the system of secular education. Relationships between the church and the state should be based on cooperation with the aim of producing general benefit for all the citizens, with respect to their differences, nature and the essence of the methods of their work.

In compliance with the tendency of the European countries to create uniformed principles which would diminish the differences in national approaches towards education of a child in accordance with the religious and philosophical beliefs of the parents, The Bylaw of the Republic of Serbia on organizing and executing religious education and alternative subject education in primary and secondary school, religious education and civics were introduced to our schools as compulsory educational subjects of choice of the school year 2001/2002. Their introduction was motivated by the right on education, the right on the choice of how we see the world and the right of the parents to educate their children in accordance with their religious and philosophical beliefs that are recognized in international documents.

NADEŽDA LJUBOJEV

OBLICI ZANEMARIVANJA DETETA U PORODICI I NJIHOVE POSLEDICE

U V O D

Zanemarivanje dece u porodici, kao i zlostavljanje, prisutno je kroz istoriju i predstavlja pojavu koja se javlja u svim zemljama. To potvrđuje činjenica da različiti vidovi zanemarivanja kojima su deca izložena u porodici, pokazuju veliku sličnost u svim zemljama u svetu.

Roditelji imaju pravo i dužnost da čuvaju dete, osposobljavajući ga za budući samostalan život. Čuvanje deteta pretpostavlja, pre svega, da mu roditelji obezbede adekvatan smeštaj, ali znači i trajan nadzor nad detetom, kao i brigu o tome da se dete ne povredi. Obaveza je roditelja da obezbeđuju i podmiruju sve zdravstvene, fiziološke, higijenske, socijalne i emocionalne potrebe deteta. U tome se sastoji dužnost podizanja deteta, kojoj odgovara pravo deteta na razvoj. Posebno je važna njihova obaveza da se staraju o životu i zdravlju deteta¹. Ova obaveza obuhvata negovanje deteta, obezbeđivanje pravilne ishrane i odgovarajućeg smeštaja, lečenje u slučaju bolesti i obezbeđivanje lekova. Ona obuhvata i stvaranje uslova za optimalan fizički razvoj deteta.

Dr Nadežda Ljubojev, docent Univerziteta u Novom Sadu, Tehnički fakultet "Mihajlo Pupin", Zrenjanjin.

¹ Pravo deteta da se roditelji o njemu staraju garantuje i čl. 7. st. 1. Konvencije o pravima deteta.

Zanemarivanjem roditelji povređuju detetovo *pravo na život i razvoj* koje je jedno od osnovnih prava deteta. Zanemarivanje se prevashodno ispoljava kao psihofizičko zanemarivanje, jer se ugrožava ličnost deteta, tako što se neadekvatno zadovoljavaju osnovne životne potrebe (hrana, odeća, higijena) i zanemaruje zdravlje ili neko drugo dobro deteta. U tom smislu profesor Z. Golubović ističe: "Svaka druga društvena grupa može manje ili više i da zanemari individualne potrebe i individualna svojstva svojih članova, a da ipak skladno funkcioniše. To nije slučaj sa porodicom, koja ako prenebregne potrebe i zahteve svojih članova kao individua, prestaje da postoji u funkciji koja je za nju specifična, tj. u funkciji razvoja ličnosti."²

Prema dobijenim podacima u našem istraživanju, koje je obavljeno u Centru za socijalni rad Novog Sada, u periodu od 1998. do 2003. godine, zanemarivanje dece je oblik koji je najrašireniji – 69,0% dece svrstano je u ovu formu. Da bismo bliže odredili raširenost ove pojave, tražili smo od stručnjaka novosadskog Centra za socijalni rad i procenu nezavisnu od njihove evidencije, koji su oblici nasilja nad decom u porodici najčešći, odnosno najrašireniji, u ovom periodu, u opštini koju pokriva ovaj Centar. Najveći broj stručnjaka iz oblasti socijalnog rada je odgovorio da je dominantni oblik zanemarivanje dece (45,3%), dok su kombinovani slučajevi (fizičkog zlostavljanja i zanemarivanja) navedeni u 29,1% odgovora.³

POJAM ZANEMARIVANJA DETETA

Malobrojne su definicije zanemarivanja deteta. Ipak, u stranoj teoriji definicije zanemarivanja deteta su češće nego u domaćoj teoriji. Navešćemo samo neke od njih.⁴

² Golubović, Z., Porodica kao ljudska zajednica: između emancipacije i prilagođavanja, u Zborniku radova: *Reforma porodičnog zakonodavstva*, Beograd, 1996, str. 11.

³ Ljubojev, N., *Zlostavljanje deteta u porodici*, Novi Sad, 2010. str. 217.

⁴ Autor Grin ukazuje na pravnu definiciju maltretiranog deteta (izraz "*maltretirano*" poistovećuje sa "*zanemarenim*"): "to je dete mlađe od 18 godina, sa posledicama koje su rezultat neuspaha njegovog roditelja ili drugog lica zakonski odgovornog da se stara o njemu, da osigura bar minimum brige o detetu i to obezbeđenjem adekvatne ishrane, odeće, smeštaja, obrazovanja, medicinske ili hirurške nege – mada su ta lica finansijski sposobna da to učine ili su im ponuđena finansijska ili druga razumna sredstva za tu svrhu." Definicija je precizna, ali je iz svog pojma isključila mnoge sadržaje savremeno shvaćenog zanemarivanja deteta kao, na primer, emocionalno zanemarivanje i druge teže oblike nemarnog odnosa prema emocionalnim i socijalnim potrebama deteta koje imaju za posledicu ugrožavanje njegovog psihofizičkog i moralnog razvoja. (Green, A. H,

Neki autori definišu samo fizičko zanemarivanje kao “neuspeh ili propust u obezbeđivanju životnih potreba deteta u pogledu medicinske brige o detetu, adekvatne ishrane, odgovarajuće odeće i obuće, smeštaja i nadzora.”⁵ Savremena shvatanja određuju emocionalno zanemarivanje deteta kao vid zanemarivanja, što u ovoj definiciji nije slučaj.

U stranoj krivičnoj teoriji definiše se *zapuštanje* deteta.⁶ Tako se po autoru Krausu “zapuštanje može odnositi na stanovanje, ishranu, oblačenje, školovanje, vaspitavanje, nadzor i sl., dakle kako na materijalno zbrinjavanje, tako i na vaspitavanje u širem smislu”. Ovaj autor, takođe, iznosi da se ovde ubrajaju i slučajevi “svesnog i olakog prepuštanja deteta negativnom uticaju ulice i trećih lica.”⁷ Autor Rajnhart Volf pod zapuštanjem podrazumeva “uskraćivanje nužne pomoći detetu i nege za njegov pravilan razvoj.”⁸

U našoj društvenoj teoriji definicije zanemarivanja su retke. Po profesoru Milosavljeviću, zanemarivanje i zapostavljanje predstavlja “takav odnos prema potrebama ili ličnosti deteta kojima se prepušta ili čine omaške u zadovoljavanju ovih potreba i ne uvažava ličnost deteta”. Pri tome autor ukazuje da “iz ugla blagostanja i savremenih pristupa potrebama i položaju deteta u porodici i savre-

Child abuse, Handbook of Treatment of Mental Disorders in Childhood and Adolescence, str. 432).

⁵ McNeese, M. C., Hebel, J. R., *The Abused Child* (CIBA), str. 5.

⁶ U našoj krivičnopravnoj teoriji neke definicije postojanje zapuštanja deteta stavljaju u zavisnost od mogućnosti izvršioca da detetu ukaže nužnu pomoć, pa bi iz toga proizašlo da je izvršilac zapustio dete, ako mu je mogao pomoći, a da ga nije zapustio, ako nije bio u mogućnosti da mu pomogne. Tako je prema profesoru Živanoviću “zapuštanje neukazivanje detetu nužne, a za izvršioca moguće pomoći (materijalne ili moralne prirode) zbog čega je ono došlo (materijalno ili moralno) u neprikladno stanje (Živanović, T., *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije*, poseban deo, Geca kon, Beograd, 1938, str. 160).

Suprotno mišljenje zastupaju autori Hirjan i Singer, smatrajući da su “ostvarena objektivna i subjektivna bića djela čim je počinitelj s direktnim ili eventualnim umišljajem zapustio maloljetnika, a pitanje, da li je u konkretnoj situaciji mogao drugačije postupiti, da li mu je mogao pomoći i spriječiti zapuštanje, odlučno je u razmatranju njegove krivnje” (Hirjan, F, Singer, M., *Maloljetnici u krivičnom pravu*, Zagreb, Informator, 1978, str. 270).

⁷ Kraus, B. “Krivična djela protiv dostojanstva ličnosti i morala i krivična djela protiv braka i porodice”, *Priručnik*, br. 5, 1958 (Prema: Hirjan, F, Singer, M, op. cit., 1978, str. 270). Autori Hirjan i Singer jedino kritikuju upotrebu izraza “olako prepuštanje deteta negativnom uticaju”, jer smatraju da bi mogao dovesti do nesporazuma, “jer se radi o terminu koji bi više odgovarao nehatnom izvršenju krivičnog dela, a ono se može izvršiti samo s umišljajem.” (Prema: Hirjan, F, Singer, M, op. cit., 1978, str. 270).

⁸ Wolf, R, *Kindesmisshandlungen und ihre Ursachen u Gewalt gegen Kinder*, Hamburg, 1975. Prema: Hirjan, F, Singer, M, op. cit. 1978, str. 273.

menom društvu zanemarivanje potreba i ličnosti predstavlja neadekvatan i štetan odnos i s aspekta posledica može se smatrati vidom nasilja”.⁹

Među prvim pravnim definicijama je definicija autora Stojakovića. Međutim, autor Stojaković definiše samo fizičko zanemarivanje deteta “kao propuštanje obezbeđenja životnih potreba deteta u pogledu ishrane, odgovarajućeg oblačenja, smeštaja i nadzora”.¹⁰ Ova definicija, međutim, zapostavlja mogućnost emocionalnog zanemarivanja, ali i neke druge vidove savremeno shvaćenog zanemarivanja i utoliko je nepotpuna.

U medicinskoj literaturi autor Vranješević definiše samo fizičko zanemarivanje kao “neobezbeđivanje za život neophodnih potreba (ishrana, odevanje, medicinska briga)”.¹¹ Pri tome autor smatra da se obavezno mora voditi računa o socijalnom statusu porodice (siromaštvo, beda), čime unosi u definiciju i ekonomske elemente. I ova definicija zapostavlja pojedine osnovne forme zanemarivanja.

Tek jedna novija i potpunija definicija uzima u obzir, ne samo fizičko zanemarivanje, već i osnovne forme edukativnog, zdravstvenog, emocionalnog i vaspitnog zanemarivanja i napuštanje deteta. Tako autor N. Žegarac pod zanemarivanjem podrazumeva “ustrajno zapostavljanje bazičnih fizičkih i/ili psiholoških potreba deteta, koje može izazvati ozbiljna oštećenja zdravlja i razvoja”. Pod ovim pojmom treba podrazumevati “propuste roditelja ili staratelja da obezbede adekvatnu hranu, smeštaj i odeću, propuste u zaštiti deteta od fizičkih povreda ili opasnosti, kao i neobezbeđivanje odgovarajuće medicinske nege ili lečenja”. Zanemarivanje uključuje, ističe autor Žegarac, i “zapostavljanje detetovih bazičnih emocionalnih potreba kao i napuštanje deteta”.¹²

Po našem mišljenju, zanemarivanje deteta podrazumeva teže oblike zapostavljanja njegovih osnovnih fizičkih, emocionalnih i socijalnih potreba koji imaju za posledicu ugrožavanje njegovog psihofizičkog i moralnog razvoja, a u najtežim slučajevima i smrt deteta.

Strana zakonodavstva određivanju pojma i definicije ove pojave pristupaju na različite načine.¹³ Zakon države Mičigen proširuje definiciju zanemarenog

⁹ Milosavljević, M., *Nasilje nad decom*, Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu, 1998, str. 37.

¹⁰ Stojaković, V., *Zlostavljanje dece*, Institut za socijalnu politiku, Beograd, 1984, str. 45.

¹¹ Medicinski pojam zanemarivanja predstavljen je ovde prema autoru Vranješević, D., *Sindrom zlostavljanog deteta, Psihijatrija danas*, br. 1 Beograd.

¹² Žegarac, N., op. cit. 2001, str. 37.

¹³ U uporednom pravu osnovi za određivanje zanemarivanja deteta su različito predviđeni. Tako su u američkom pravu, osnovi za određivanje zanemarivanja deteta različiti, jer drža-

deteta sa "lišavanjem, uskraćivanjem emocionalne dobrobiti".¹⁴ Njujorški zakon još šire definiše zapuštanje deteta kao "smanjenje ili čak potencijalno smanjenje emocionalnih uslova deteta uključujući stanje bitno smanjene psihološke ili intelektualne funkcije, ukoliko je takvo stanje u uzročnoj vezi sa nesposobnošću ili odsustvom želje na strani roditelja da obezbede bar minimalni stepen brige o detetu".¹⁵

Naša porodičnopravna teorija određuje pojmove "zloupotreba prava" i "grubo zanemarivanje dužnosti" deskriptivno, odnosno nabrajajući načine postupanja koji se mogu smatrati grubim zanemarivanjem dužnosti iz sadržine roditeljskog prava.¹⁶

Zanemarivanje dužnosti podrazumeva propust roditelja da aktivno postupa, drugim rečima, roditelj nečinjenjem prouzrokuje posledice po dete. Porodični zakon Republike Srbije određuje koja se ponašanja smatraju zanemarivanjem dužnosti,¹⁷ po kome roditelj grubo zanemaruje dužnosti iz sadržine roditeljskog prava, ako napusti dete, ako se uopšte ne stara o detetu sa kojim živi, ako izbegava

va nema zakonsku definiciju pojma zanemarivanja. U američkoj teoriji se kao najčešći osnovi navode: "nedostatak adekvatne roditeljske brige, kontrole i staranja, odbijanje ili nemogućnost roditelja da obezbede potrebnu medicinsku, hiruršku ili drugu specijalnu pomoć koja je neophodna s obzirom na zdravlje deteta, napuštanje, mentalna ili fizička nesposobnost roditelja, propuštanje da se deca pošalju u školu ili se dete prepušta skitnjama ili propuštanje da se detetu obezbedi obrazovanje koje zakon zahteva, dozvoljavanje detetu da učestvuje u opasnim i nemoralnim poslovima protivno zakonima o radu dece, druženje sa nemoralnim ljudima, itd." (Prema: Janjić-Komar, M., *Pravo deteta na život i zdravlje*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 1981, str. 195).

¹⁴ Michigan Comp. Laws Ann. par. 712 A 2 (2) (b) (1) West Supp. 1977. Prema Janjić-Komar, M., op. cit., 1981, str. 173.

¹⁵ New York Fam. Ct. Act par. 1012 (h) Mc Kinney, 1975, Prema: Janjić-Komar, M, op. cit. 1981, str. 173.

¹⁶ Zakon o braku i porodičnim odnosima (*Službeni list* 10 / 84) predviđa da su obeležja koja čine bitne elemente pojma *grubo zanemarivanje roditeljskih dužnosti* sledeća: da ponašanje roditelja uzrokuje najviši stepen rizika za život i razvoj deteta i da je to ponašanje svesno i skrivljeno (da je u njemu sadržana zla namera ili grubi nehat). Kasnije su reformom porodičnog zakonodavstva određene konkretnije definicije pretpostavki za lišenje roditeljskog prava pa samim tim dati su i određeniji oblici zanemarivanja. Naime, posle reforme ,grubo zanemarivanje roditeljskih dužnosti" sastoji se u propuštanju svih onih radnji koje su sastavni deo roditeljskih dužnosti. Drugim rečima, roditelj koji grubo zanemaruje dužnosti obično ne deluje aktivno, nego propušta, delimično ili potpuno, sve one postupke koji čine sadržaj osnovnih roditeljskih dužnosti (staranje o potrebama deteta, vaspitanju, školovanju, osposobljavanju za samostalan život). Prema tome, grubo zanemarivanje bi bilo, na primer: uskraćivanje elementarne brige o zdravlju i lečenju, ostavljanje deteta bez neophodnog nadzora i zaštite, potpuno odsustvo brige za obrazovanje i drugi teži oblici nemarnog odnosa prema fizičkim i emocionalnim potrebama deteta koje imaju za posledicu ugrožavanje njegovog života i razvoja.

¹⁷ Član 81. stav 3. PKS .

da izdržava dete ili ne održava lične odnose sa detetom sa kojim ne živi, odnosno ako sprečava održavanje ličnih odnosa deteta i roditelja sa kojim dete ne živi i ako na drugi način grubo zanemaruje dužnosti iz sadržine roditeljskog prava. Kada se radi o ovakvom pasivnom ponašanju roditelja, propuštanjem da se učini radnja čija je posledica zanemarivanje deteta, detetu je potrebno pružiti zaštitu bez obzira da li je postojala namera roditelja. Međutim, Porodični zakon Srbije samo u jednom slučaju eksplicitno traži postojanje namere roditelja, a to je slučaj ako roditelj izbegava da stvori uslove za zajednički život sa detetom koje se nalazi u ustanovi socijalne zaštite.

Prema tome, roditelji u najvećem broju slučajeva vrše roditeljsko pravo u skladu sa zakonom, vodeći računa o najboljem interesu deteta. Nažalost, u životu nisu nepoznati ni teški oblici zanemarivanja dece od strane roditelja. Zbog toga, se takvi roditelji, iako oni zbog istih postupaka prema svom detetu mogu biti i krivičnopravno odgovorni¹⁸, lišavaju roditeljskog prava, jer se moraju onemogućiti u daljem vršenju roditeljskog prava, a detetu se mora obezbediti adekvatan oblik porodične zaštite. Kao što se može zaključiti, razlozi za lišenje roditeljskog prava su i ponašanja roditelja koja na najgrublji način vređaju prava deteta – zanemarivanjem, što je u potpunoj suprotnosti sa najboljim interesom deteta.

Zanemarivanjem se direktno ugrožava ličnost deteta. Učestali vidovi zanemarivanja deteta unutar porodice su i: uskraćivanje hrane i vode, izbegavanje obaveze izdržavanja, ukoliko se dete higijenski zapušta, ne leči se (ostavljanje bolesnog deteta bez medicinske pomoći ili neophodnih lekova), sprečavanje ili propuštanje da se dete pošalje u školu (najčešće do nivoa obaveznog obrazovanja određenog pozitivnim zakonskim propisima), ostavljanje deteta bez adekvatne odeće i obuće, neadekvatno zadovoljavanje detetovih potreba za smeštajem, ostavljanje deteta bez neophodnog nadzora fizičke zaštite, napuštanje deteta i drugi teži oblici zanemarivanja fizičkih, emocionalnih i socijalnih potreba deteta koje imaju za posledicu ugrožavanje njegovog života i psihofizičkog razvoja.

OBLICI ZANEMARIVANJA DETETA U PORODICI

Zanemarivanje deteta u porodici predstavlja zapostavljanje njegovih osnovnih fizičkih, obrazovnih, zdravstvenih i emocionalnih potreba, što može dovesti do toga da zdravlje deteta bude ozbiljno narušeno ili za posledicu može imati i

¹⁸ Krivični zakonik RS iz 2005. godine predviđa krivično delo zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica (čl.193). Zapuštanje je regulisano čl. 193/1. Drugo krivično delo koje može biti izvršeno i biti razlog za lišenje roditeljskog prava je kršenje porodičnih obaveza.

smrt deteta. Zanemarivanje, po PZS, uključuje i napuštanje deteta, što zastupaju i neki autori.¹⁹ Prema tome, osnovni oblici zanemarivanja deteta u porodici su: fizičko, edukativno, zdravstveno i emocionalno.

Najčešće je *fizičko zanemarivanje* deteta u porodici, koje postoji kada se neadekvatno zadovoljava detetova potreba za hranom, odećom, smeštajem i higijenskim potrebama. Ovaj vid zanemarivanja obuhvata i propuštanje roditelja onih postupaka kojima se štiti dete od fizičkih povreda ili opasnosti.

Često je i *emocionalno zanemarivanje*, jer danas većina roditelja zbog sopstvenih problema, stavlja u drugi plan svog življenja, ono što je najvažnije i najprirodnije, ljubav prema detetu. Zbog prirodne neravnoteže moći između roditelja i dece, i zavisnosti dece od njih, kada roditelji ne ispunjavaju svoje dužnosti – žrtve su njihova deca. U stvari, porodična zajednica treba da se gradi na nevidljivoj emocionalnoj razmeni između roditelja i dece.

U srpskoj porodičnopravnoj teoriji se iznosi da zanemarivanje deteta predstavlja odsustvo brige za dete koje se može stepenovati prema značaju i obimu. Pri tom se razlikuje fizičko zanemarivanje kada postoji odsustvo brige za elementarne potrebe deteta od emocionalnog zanemarivanja kada se neopravdano odbija komunikacija sa detetom, odnosno kad se dete lišava emocionalne podrške. Primer koji se iznosi je slučaj “moralnog” napuštanja deteta kad roditelj pokazuje potpunu nezainteresovanost za dete i prepušta ga njegovoj “sudbini”.²⁰

Moguće je i *edukativno zanemarivanje* deteta koje podrazumeva ponašanja roditelja ili staratelja kojima oni sprečavaju ili propuštaju da pošalju decu u školu i to do nivoa obaveznog obrazovanja određenog pozitivnim zakonskim propisima.²¹ Roditelji mogu i da vaspitno zanemaruju dete, ukoliko ne kontrolišu proces njegove socijalizacije, odnosno prepuštaju ga negativnim vaspitnim uticajima. Neophodno je naglasiti da se proces socijalizacije ne može odvojiti od razvojnog procesa ličnosti deteta u porodici, pa je veoma važno da je ovaj proces pravilan.

Ukoliko roditelji uskraćuju elementarnu brigu o zdravlju i lečenju, čine *zdravstveno zanemarivanje* deteta. To čine, pre svega, ako ostave bolesno dete bez medicinske pomoći ili neophodnih lekova, ne vode dete na redovnu vakcinaciju, lekarske preglede i sl.

¹⁹ Tako Žegarac, N., op. cit. 1998, str. 291.

²⁰ Janjić-Komar, M., Panov, S, *Veza generacija – pravni aspekt*, Dosije, Beograd, 2000, str. 184.

²¹ Pravo na obrazovanje garantuje Konvencija o pravima deteta. Po Konvenciji, kao i u našem pravu, osnovno obrazovanje proglašeno je obaveznim i besplatnim, a srednje i visoko obrazovanje treba da bude dostupno svakom detetu na osnovu njegovih sposobnosti. (čl. 28. st. 1. Konvencije o pravima deteta).

U literaturi se kao najčešći fizički pokazatelji zanemarivanja deteta navode: drastičan zastoj u detetovom fizičkom razvoju; mnogo niži rast od očekivanog; neuhranjenost i/ili stalna glad; higijenska zapuštenost; neodgovarajuće oblačenje; neadekvatan smeštaj; hronične infekcije; poremećaji ishrane; napuštanje deteta; odsustvo standardne pedijatrijske nege (neredovne vakcinacije, nedavanje terapije) itd. Emocionalni i bihejvoralni pokazatelji zanemarivanja deteta su: zaostajanje perceptualnih i motornih sposobnosti; drastičan zastoj u detetovom emocionalnom razvoju; oskudna socijalna interakcija ili preterano vezivanje za nepoznate osobe; bežanje od kuće; kašnjenje govora; nisko samopoštovanje, apatija, omalovažavanje; neodgovarajuće traženje naklonosti; teškoće u koncentraciji; nepohađanje škole itd.

Neophodno je u svakom konkretnom slučaju utvrditi da li je zaostajanje u telesnoj težini posledica zanemarivanja deteta ili je uzrok druge prirode. U literaturi se ukazuje da su "greške u dijagnozi najčešće u slučajevima zapuštenog deteta, gde je jedini simptom zaostajanje u telesnoj težini i visini."²² Međutim, telesna težina je važan parametar koji upotpunjuje sliku pravilnog fizičkog razvoja dece najmlađeg uzrasta, ali i ukazuje na zanemarivanje ukoliko je poremećena. Postoje teškoće i u razlikovanju indikatora zanemarivanja od pokazatelja nasilja. U teoriji se ističe da su kako fizički, tako i psihološki znaci zanemarivanja, veoma slični indikatorima nasilja.²³

POSLEDICE ZANEMARIVANJA DETETA U PORODICI

Zanemarivanje deteta mlađeg uzrasta može dovesti do težih oštećenja njegovog fizičkog i emocionalnog razvoja.²⁴ Zanemarivanje, koje se karakteriše hronicitetom, može izazvati ozbiljno ugrožavanje zdravlja i razvoja, sa dugotrajnim posledicama u socijalnom funkcionisanju, emocionalnim odnosima, kao i u školskim rezultatima deteta. Kod svih oblika zanemarivanja dece, pored nepo-

²² Frleta, M., i dr, "Zlostavljano dijete kao socijalno medicinski problem, *Arhiv za zaštitu majke i djeteta*, br. 2-3, Zagreb, 1973, str. 109.

²³ Stojaković, V, op. cit., 1984, str. 45.

²⁴ U mnogim zemljama, od Južne Azije do Severne Afrike, od Bliskog istoka do Kine, devojčice ne dobijaju dovoljno hrane i medicinsku negu, a ponekad im se uskraćuje čak i pravo da dođu na svet. Na primer, roditelji zanemaruju žensku decu na taj način što je najbolja hrana namenjena sinovima, devojčice dobijaju ono što ostane. Harold Hakli, lekar u Čunčuri, u Zapadnom Bengalju kaže: "Kad su devojčice u pitanju, sve se prepušta prirodnoj selekciji... Devojčica koju sam usvojio nije imala ni jedan zdrav zub i bila je neuhranjena." (*Blic*, 2001).

srednjih posledica, moraju se uzeti u obzir i dugotrajne posledice. Bez ukazane stručne pomoći mnoga zanemarena deca doživljavaju patnju do kraja života. Često je ponašanje zanemarene dece u kasnijem dobu samodestruktivno i kriminogeno. U najtežim slučajevima zanemarivanje može izazvati smrt deteta.²⁵

Dečiji lekar je prvi koji identifikuje fizičko zanemarivanje, odnosno propust da se zadovolje osnovne detetove fizičke potrebe (hrana, smeštaj, higijena).²⁶ On treba da konstatuje, one povrede koje ukazuju na zanemarivanje ili propuste u zaštiti deteta. Dečiji lekar bi trebalo da bude obazriviji kad su u pitanju deca ometena u razvoju, obzirom da su ona izložena povećanom riziku od zanemarivanja, kako u okviru porodice, tako i izvan nje. Deca ometena u fizičkom i psihičkom razvoju su češće izložena zanemarivanju u porodici nego zlostavljanju. Zanemarivanje ove dece često može biti rezultat predrasuda roditelja i sredine u kojoj žive, a ponekad se radi o neznanju, siromaštvu i drugim razlozima.

Savremene antropološke studije ukazuju da su ishrana dece mlađeg uzrasta i briga o njihovoj higijeni, ne samo važni činioci dečijeg razvoja, nego su i od psihološkog značaja.²⁷ Tako autor O. Arežina ističe da je ishrana dece ranog uzrasta "važan činilac dečijeg napredovanja, ali i od psihološkog značaja kao emocionalna komunikacija između majke i deteta". Briga o higijeni deteta je, iznosi autor, pored svoje uloge u formiranju higijenskih navika, "od značaja za uobličavanje karaktera deteta". Aspekt nege dece ranog uzrasta je i staranje o njihovom zdravlju.²⁸ Prema tome, radnjama zanemarivanja povređuje se i ugrožava, kako fizičko, tako i psihičko zdravlje deteta. Nepravilna ishrana, na primer, može oz-

²⁵ Zanemarivanje deteta za posledicu može da ima i smrt deteta. Štampa navodi takve slučajeve. Amerikanac Č. E. (23) iz Kolumbusa optužen je za ubistvo šestomesečne kćerke. Patolozi su obdukcijom utvrdili da je beba umrla zato što nije nedeljama dobijala dovoljno, ili ni malo vode i hrane. (*Nacional*, 2002).

²⁶ Iz medicinske literature izdvajamo i zapažanje da je u najranijem dobu "prvi sumnjivi simptom o zapuštanju deteta" njegovo nenapredovanje koje traje 6 do 10 nedelja bez odgovarajućeg uzroka". Potvrda da je reč o zapuštanju je "brzo oporavljanje u toku hospitalizacije". (Frleta, M., Brož-Čović, M., Mirošević, M., op. cit., 1973, str. 104). Zbog toga neki autori predlažu da se svako dete uzrasta od 6-8 nedelja, čija je telesna masa i rast ispod normalne, obavezno hospitalizuje. (Vranješević, D., op. cit., 1991, str. 47.)

²⁷ U literaturi se iznosi da "nepravilna ishrana, bilo da se radi o nedovoljnom unosu pojedinih sastojaka ili o njihovoj nepravilnoj korelaciji, za kraće ili duže vrijeme dovodi do obolevanja a ponekad i do trajnih posledica na rast i razvoj". (Abramović-Savić, Lj., Maglajlić, M., "Ishrana djece kao osnovni ekološki faktor za pravilan rast i razvoj", *Socijalna politika - Funkcije organa starateljstva u porodičnim odnosima*, br. 1, Beograd, 1988, str. 293).

²⁸ Arežina, O., *Mala deca u velikom gradu*, antropološka studija porodičnih odnosa ISP, Beograd, 1989, str. 56-64.

biljno da ugrozi fizički razvoj deteta i ostavi posledice u emocionalnom razvoju deteta. Pošto je porodica sredina u kojoj dete stiče prva iskustva i emocionalne veze (prvo s majkom), zanemarivanje može da ostavi teške i dugotrajne posledice u socijalnom funkcionisanju i emocionalnim odnosima. Međutim, neophodno je naglasiti da i emocionalno zanemarivanje deteta od strane roditelja ili onih lica koja se o detetu staraju, može dovesti do poremećaja zdravlja, rasta i razvoja, a ne samo do emocionalnih i bihevioralnih posledica.

Moguće posledice zanemarivanja u detinjstvu su: trajni fizički hendikep; emocionalne smetnje i izmenjen doživljaj sebe (depresivnost, nisko samopoštovanje, agresivnost), kognitivne smetnje (zastoj u razvoju kognitivnih funkcija kao globalni poremećaj, tj. retardacija i kao selektivni poremećaj, tj. razvojna disharmonija, teškoće u koncentraciji), poremećaji socijalnog funkcionisanja (kriminalno ponašanje, zloupotreba alkohola i droga).²⁹ Posledice zanemarivanja u detinjstvu, međutim, mogu se ispoljavati i u kasnijem dobu kao depresija, granična organizacija ličnosti kao "transgeneracijsko prenošenje" nasilja. Adler u okviru svoje socijalne teorije ličnosti ističe: "Zanemarivanje deteta od strane roditelja ima veoma negativne posledice za ukupan dečji razvoj, jer dete koje je u porodici doživljavalo jedino grubosti i samo će postati grubo, pa će čak biti i neprijatelj društva".

Na kraju, iznosimo da postoje faktori koji doprinose tome da su neka deca u okviru jedne populacije ugroženija od druge. Okolnosti koje povećavaju rizik od zanemarivanja su: neželjeno dete, prevremeno rođeno dete, dete ometeno u razvoju, hronično bolesno dete. Studije u Velikoj Britaniji pokazale su da su ova deca izložena povećanom riziku od zlostavljanja i/ili zanemarivanja.³⁰ Roditelji koji zanemaruju decu često su samohrani, mladi roditelji, oni koji su takođe bili zanemareni kao deca, roditelji niskog samopoštovanja, sa nerealnim očekivanjima od deteta i njegovog razvoja, lica iz konfliktnih i razvedenih brakova, neobrazovani roditelji, alkoholičari, narkomani. Dodatni faktori rizika su nepovoljne socijalne prilike kao što su: niski prihodi, nezaposlenost i socijalna izolacija.

²⁹ U literaturi se opisuje izgled fizički zanemarenog deteta: "Ono može imati "tup, prazan", ukočen pogled i znake slabe higijene, bledilo koje ukazuje na anemiju, naboranu i osušenu kožu, posebno na zadnjici, uzrokovanu neuhranjenošću, propadanje potkožnog tkiva, naduvenost stomaka; primetne su stare zagađene povrede i opšta nečistoća, a visina i težina deteta su vrlo često ispod proseka, normalnog za taj uzrast." (McNeese, C., Margret, M. D., Hebel, Joan R., M. D., *The Abused Child A Clinical Approach to Identification and Management*, Clinical Symposia (CIBA), vol. 29, No 5, New Jersey, 1977).

³⁰ Linč, A. M., "Zlostavljanje i zanemarivanje dece: prepoznavanje, zbrinjavanje i sprečavanje", *Psihologija danas*, br. 6, 2002, str. 14–17, 2002, str. 17.

ZAKLJUČAK

Roditelji zanemarivanjem povređuju pravo deteta na potpun i pravilan razvoj koje je jedno od osnovnih prava deteta. Pravo je deteta da mu budu obezbeđeni najbolji mogući životni i zdravstveni uslovi za pravilan i potpun razvoj. Reč je o pravu deteta koje ima karakter najopštijeg principa koji prožima primenu svih drugih prava deteta. Osnovnu ulogu u obezbeđivanju optimalnog razvoja deteta imaju njegovi roditelji.

Zanemarivanje deteta podrazumeva teže oblike zapostavljanja njegovih osnovnih fizičkih, emocionalnih i socijalnih potreba koji imaju za posledicu ugrožavanje njegovog psihofizičkog i moralnog razvoja, a u najtežim slučajevima i smrt deteta. Ono se prevashodno ispoljava kao psihofizičko zanemarivanje.

Osnovni oblici zanemarivanja deteta u porodici su: fizičko, edukativno, zdravstveno i emocionalno. Najčešće je fizičko zanemarivanje deteta, koje postoji kada se neadekvatno zadovoljava detetova potreba za hranom, odećom, smeštajem i higijenskim potrebama. Često je i emocionalno zanemarivanje, jer danas većina roditelja zbog sopstvenih ekonomskih problema, stavlja u drugi plan svog življenja, ono što je najvažnije i najprirodnije, ljubav prema detetu i zadovoljavanje emocionalnih potreba deteta.

Zanemarivanje deteta mlađeg uzrasta može dovesti do težih oštećenja njegovog fizičkog i emocionalnog razvoja. Zanemarivanje, koje se karakteriše hronicitetom, može izazvati ozbiljno ugrožavanje zdravlja i razvoja, sa dugotrajnim posledicama u socijalnom funkcionisanju, emocionalnim odnosima, kao i u školskim rezultatima deteta. Kod svih oblika zanemarivanja dece, pored neposrednih posledica, moraju se uzeti u obzir i dugotrajne posledice. Bez ukazane stručne pomoći mnoga zanemarena deca doživljavaju patnju do kraja života. U najtežim slučajevima zanemarivanje može izazvati smrt deteta.

Radnjama zanemarivanja povređuje se i ugrožava, kako fizičko, tako i psihičko zdravlje deteta. Međutim, neophodno je naglasiti da i emocionalno zanemarivanje deteta od strane roditelja ili onih lica koja se o detetu staraju, može dovesti do poremećaja zdravlja, rasta i razvoja, a ne samo do emocionalnih i bihevioralnih posledica.

Prema dobijenim podacima u našem istraživanju, koje je obavljeno u Centru za socijalni rad Novog Sada, u periodu od 1998 do 2003. godine, zanemarivanje dece je oblik koji je najrašireniji – 69,0% dece svrstano je u ovu formu.

NADEŽDA LJUBOJEV, Ph.D.
Assistant Professor, University of Novi Sad
Technical Faculty "Mihajlo Pupin", Zrenjanin

FORMS OF CHILD NEGLECT IN THE FAMILY AND THEIR CONSEQUENCES

Summary

In the paper the author points out that the child neglect in the family is neglect of its basic physical, educational, medical and emotional needs, which can lead to the serious damage of the child's health or sometimes it may result in the child's death. Accordingly, the basic forms of child neglect, investigated by the author, are the: physical, educational, medical and emotional. In addition to defining the basic forms of child neglect in the family and determining the consequences of the neglect the author determines the term neglect of the child. The child neglect includes the more serious forms of neglect of its basic physical, emotional and social needs which have for a consequence the endangering its psychophysical and moral development, and in the hardest case its death.

The author points out that parents' neglect of the child is violation of the child's right for the complete and proper development which is one of the basic child's rights. The child's right is to have the best possible living and health conditions for the proper and full development. It concerns the child's right that has the character of the general principle that permeates the implementation of all other child's rights. The basic role in ensuring optimum child's development have parents, but it is emphasized within their abilities and financial possibilities.

ALENKA POLAK

ŠKOLA KAO PROSTOR SAZNAVANJA, POŠTOVANJA I POUČAVANJA PRAVA DETETA

U V O D

“Deca su naša budućnost”, često se čuje dok odrasli debatiramo o dilemama sadašnjih i budućih vremena. Ali su zahteve savremenog društva koje nas svakodnevno ekonomski, socialno i etički testiraju, baš zbog brzog tempa života i potreba da se preživi ili zbog većeg ekonomskog blagostanja, sve aktuelnije. Deklaracija o pravima deteta, usvojena i razglašena sa strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija, 20. Novembra 1959., predstavlja pravnu podlogu za njihovo poštovanje u praksi, ali možemo uz svaku sudbinu deteta stalno da proveravamo da li se reči zapisane u toj Deklaraciji za društvo kao celinu dosledno poštuju, ili su samo deklarativno zapisane. Sva deca trebala bi imati srećno detinjstvo i uživati u pravima i slobostini koje spominju načela Deklaracije. Zadnja u vezi toga poziva roditelje, pojedince i dobrovoljne organizacije, mesne zajednice i nacionalne vlade da ta prava poznaju i bore se za njihovo pribavljenje. Važan socialni prostor za njihovo ostvarivanje je škola koja svojim formalnim (zakoni-
ma uslovanim) i neformalnim (npr. skrivenim kurikulumom, pristupom vasp-

Dr Alenka Polak, docent Pedagoškog fakulteta Univerziteta u Ljubljani, Slovenija.

tanja vaspitača) mehanizmima otvara mogućnosti kako i poštovanja tako i (nažalost) nepoštovanja prava deteta.

20. novembra 1989 Generalna skupština Ujedinjenih naroda usvojila je Konvenciju o pravima deteta, koja je stupila na snagu 2. septembra 1990 (Otrokove pravice v Evropi 1999). Cilj konvencije bio je utvrditi pravila za zaštitu dece od zanemarivanja i zloupotrebe. 53 člana Konvencije u prvi plan postavlja korist deteta, a njegova prava objavljena u Konvenciji sadrže tri grupe prava: područje nege (engl. *Privision*: pravo deteta na posedovanje, primanje i dostup do nekih stvari i usluga kao npr. ime i državljanstvo, zdravstveno osiguranje, obrazovanje, odmor i igra, briga dece s posebnim potrebama i nezbrinute dece...), područje zaštite (engl. *Protection*: pravo do zaštite od zlonamernog postupanja i delovanja, kao npr. odvajanje od roditelja, saradnja u oružanom sukobu, ekonomsko i seksualno iskorištavanje, fizička i/ili psihička zloupotreba...) i područje učešća odnosno participacije (engl. *Participation*: t.j. pravo deteta da saraduje kot odluka, povezanim s njegovim životom (sloboda govora, pravo do mišljenja, kulture, veroispovesti i jezika). Kroflič (2001) misli da su druga i treća grupa prava jedna drugoj suprutne uz određenu interpretaciju zato je umetnost kompleksnog poštovanja potreba i prava deteta u ispravnom modelu vaspitanja u velikoj meri povezana uravnoteženom traženju za dete odgovarajućih rešenja vaspitanja. Avtor kaže (baš tamo) da npr. preterano zaštitničko vaspitanje može da dovede do paternalizma, t.j. kad u ime deteta odrasli preuzmu svu odgovornost o odlukama za deteta, a preterano naglašavanje prava deteta po suodlučivanju dovede do situacije, kada je dete preopterećeno zahtevima po odgovornom odlučivanju na pitanja za koja još nije dorastao, zato pravo doživljava kao pritisak i smanjen osećaj čuvanja. Međunarodna konvencija o pravima deteta dakle opozorava na protivrečje prirode vaspitanja, koje u obliku prevelike zaštite kao i u obliku prevelikog popuštanja detetu vlastitim odlukama "predstavlja represivni pritisak koji na dete ne deluje optimalno u smislu podrške njegovim razvojnim potencialom" (Kroflič 2001: 18). Istovremeno moramo biti svesni da sasvim represivno vaspitanje i obrazovanje bez pritiska na dete/učenika ne postoji zato što su vrtići i škole formalno konstruisani kao javne institucije, a njihovo delovanje zakonski je uslovljeno različitim pravnim aktima kao: Zakon o organizaciji i finansiranju vaspitanja i obrazovanja (Službeni glasnik Republike Slovenije, br. 16/07), Zakon o vrtićima (Službeni glasnik RS, br. 100/05), Zakon o osnovnoj školi (Službeni glasnik RS, br. 81/06), Zakon o usmeravanju dece s posebnim potrebama (Službeni glasnik RS, br. 3/2007 - 58/2011) sa svim svojim podzakonskim aktima.

TEMELJNA NAČELA DEKLARACIJE O PRAVIMA DETETA (1959)
I ŠKOLSKA PRAKSA

U preambuli deklaracije (Otrokove pravice v Evropi, 1999, str. 23–25) ispostavljenih je 10 temeljnih načela o pravima deteta. Temeljna polazna tačka za oblikovanje navedenih načela Deklaracije bilo je uopšte prihvaćeno mišljenje da su detetu, sa obzirom na njegovu fizičku i mentalnu nezrelost, potrebni posebna zaštita i briga, uključujući odgovarajuću pravnu zaštitu kako pre, tako i posle rođenja. Potreba za posebnu brigu za decu izražena je i u drugim aktima povezanim s pravima deteta (npr. Ženevska deklaracija o pravima deteta iz 1924. godine, Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, “Pekinška pravila”, Deklaracija o zaštiti žena i dece u slučaju vanrednog stanja i oružanog sukoba i dr.) koji su formirani pod zaštitom Organizacije ujedinjenih nacija (The Right to Human Rights Education, 1999).

Nastavićemo citiranjem nekih od načela Deklaracije o pravima deteta, koje se direktno ogledavaju u školskih sadržajima i pristupima poučavanja i napravićemo koleracije s pravnim aktima iz slovenačkog školskog zakonodavstva. Prva načelo naglašava univerzalnost prava deteta: prava obezbediti svakom detetu bez ikakve diskriminacije i bez obzira na rasu, boju kože, pol, jezik, verispovest, političko ili drugo uverenje, nacionalno, etničko ili socijalno poreklo, imovinsko stanje, rođenje ili drugi status deteta ili njegove porodice. Drugo načelo naglašava korist deteta kao polaznu tačku socialnog delovanja: dete mora uživati posebnu zaštitu; zakonom ili na drugi način obezbediti da je u slobodi i dostojanstvu izložen normalnom psihičkom, fizičkom, moralnom verskom i socijalnom razvoju. Za vreme stvaranja pravničkih aktova za zaštitu deteta glavno pravilo mora da bude korist deteta. Peto načelo naglašava fizičko, mentalno ili socialno poremećenu decu kao grupu koja zbog svoje ranljivosti treba da primi posebnu pozornost društva: njima je potrebno ponuditi posebnu negu, obrazovanje i brigu. Ovo načelo realizuje se posebno u okvirima poštovanja Zakona o usmeravanju dece s posebnim potrebama (Službeni glasnik RS, br. 3/2007 - 58/2011). Sedmo načelo usmerava se na područje vaspitanja i obrazovanja, a detaljnije ćemo ga razmotriti u nadaljnjem tekstu: dete ima pravo na obrazovanje, a trebalo bi učiniti osnovno obrazovanje obaveznim i besplatnim za sve. Deseto načelo sadrži funkciju zaštite: dete je potrebno zaštititi od običaja i navika, koje mogu stvarati rasan, verski ili kakav drugi stepen diskriminacije. Treba ga vaspitati u duhu razumevanja, tolerancije, prijateljstva među narodima, mira i opšteg bratstva te svesti da su njegove sile in njegov talenat u službi društva. Citirana načela bila su sadržajna polazna tačka za oblikovanje Bele knjige o vaspitanju i

obrazovanju u Republici Sloveniji (1995), koja je postala temeljni strateški dokument koji služi za obnovu osnovnog školovanja na početku ovog milenija i osnova za oblikovanje školskog zakonodavstva.

PRAVA DETETA POVEZANA VASPITANJEM I OBRAZOVANJEM

Tu ćemo detaljnije ispostaviti sedmo načelo prava deteta (Otrokove pravice v Evropi 1999: 25) koje glasi: "Dete mora da ima vaspitanje koje će razvijati njegov opšti kulturni nivo in koje će ga usposobiti da na osnovi istih mogućnosti razvija svoje sposobnosti i mogućnosti za ličnu procenu, osećaj za moralnu i socialnu odgovornost kako bi bogao da bude koristan član ljudskog društva. Onima koji su odgovorni za vaspitanje i obrazovanje deteta – u prvom redu to su roditelji, osnovno pravilo mora da bude korist deteta. Detetu treba da se osigura igra i zabava kojih namera je isto tako vaspitanje. A društvo i vlast neka nastoje da rade na tome da deca mogu što više uživati u tim pravima." Strategije vaspitanja i obrazovanja te systemska uređenost vaspitanja i obrazovanja obično su osnovane na razvojno pedagoškim karakteristikama dece i tome odgovarajućim didaktičkim načelima, koje detetu garantuju da se njihovo školsko učenje uklapa u taj sadržaj i proces. Predškolsko i školsko doba su naime u životu deteta razvojno najosetljivije godine zbog toga što se u tom periodu najintenzivnije kognitivno, socialno i emotivno formira (Martin & Fejbs, 2006). Zbog toga moramo osetljivo i društveno odgovorno da osiguramo poštovanje prava deteta u kontekstu škole. T. Devjak (2008) naglašava da su ljudska prava vrednosni i konceptualni temelj vaspitanja i obrazovanja u javnim školama i da mora edukacija ubrzati razumevanje, toleranciju i solidarnost među svim ljudima, narodima, rasama i verskim grupama. Isti tako Kroflič (2001) naglašava da se Međunarodna konvencija o pravima deteta iz 1989. godine vse više uvažava kao jedan od ključnih neosporljivih standarda koje moramo da uzimamo u obzir kot traženja odgovarajućih koncepta i praktičkih rešenja u vaspitanju i obrazovanju. Punovažan program vaspitanja i obrazovanja na području predškolskog vaspitanja te nastavni plan osnovnoškolskog obrazovanja u Sloveniji je Kurikulum za vrtiće (1999) zasnovan uz uzimanje u obzir razvojno-psihološke karakteristike dece i adolescenata, a kombinacija su nastavno-ciljnog i procesno-razvojnog planiranja, i kao takvi nude brojne mogućnosti za uvažavanje prava deteta i njihovo poučavanje. Kroflič (baš tamo) u vezi toga opozorava da se iz Konvencije o pravima deteta ne može direktno izvesti odgovarajućeg i važećeg koncepta vaspitanja i obrazovanja. Dosta načela vaspitanja iz Kurikuluma za vrtiće (1999) koja izlaze

iz logike zaštite prava i potreba deteta (npr. načelo jednakih mogućnosti, načelo poštovanja privatnosti i intime, načelo saradnje s roditeljima ipd.) po njegovom je mišljenju jako kompleksnih i protirečivih.

Uzimanjem u obzir načelo jednakih mogućnosti, brzo može nešto da se razume kao egalitarizam, a to važi kad to načelo pravedno uzimamo u obzir kao obavezu za jednako tretiranje sve dece, unatoč na sposobnosti, iskustva, kulturno zaleđe, motivaciju za učenje. Slične dileme postoje i na drugim područjima i nivojima školovanja, npr. na području rada sa učenicima s posebnim potrebama, na području individualizacije i diferencijacije kao dva didaktičko-organizacijska oblika poučavanja i dr.

PRISTUPI, NAČINI I DILEME KOD SAZNAVANJA, POŠTOVANJA I POUČAVANJA PRAVA DETETA U ŠKOLI

Konvencija o pravima deteta promenila je perspektivu na dete i ugazila je put novim pristupima saznavanja, poštovanja i poučavanja prava deteta u različitim socialnim okolinama – i u školi. Ali je praksa rada na tom području vrlo različita. Džons i Velh (2010) kažu da poštovanje ljudskih prava u praksi u velikoj meri zavisi od razlika u kompetencijama i avtonomiji odraslih, od prepoznatih kompetencija na različitim područjima čak i kot jako male dece te od vrednosti koju pripisujemo razumskoj avtonomiji kao poželjnom končanom rezultatu. Konvencija o pravima deteta dala je doprinos k promenjenom pogledu na dete i detinjstvo, zato što sa jedne strane priznava *“da je dete ranljivo ljudsko biće koje treba zaštitu i pomoć porodice, društva i države, a istovremeno vidi dete kao subjekat prava koje je sposoban oblikovati i izraziti svoje mišljenje, sarađivati u donošenju odluka, uticati na rešenja, partnersko uticati na procese u društvenim promenama i sarađivati kot građenja demokratije”* (Pavlović & Rutar Leban 2008: 10). Džons in Velh (2010) kažu da se pre usvajanja Konvencije o pravima deteta decu saznavalo kao nekompetentne, ovisne, nemoćne i politički tihe, a temelj za intervencije odraslih bili su dobrovoljnost, nejasne ideje o zaštiti dece (zaštiti decu i ostale od dece), potreba po izolaciji dece od sveta odraslih. Isto tako, prisutno je načelo da se decu mora gledati, a ne slušati. Nakon usvajanja Konvencije o pravima deteta 1989. godine više se naglasivalo dostojanstvo i kompetence dece, branilaštvo i pravo na to da se čuje njihove poglede i mišljenja, a dečje su organizacije počele sa zahtevima po političkom značenju.

U kontekstu vaspitanja i obrazovanja na saznavanje prava deteta u velikoj meri utiče i način na koji vaspitači saznavaju svoj lični identitet i na koji način

identitet učenika (Olser & Starki 1996). I jedno i drugo naime direktno utiče na način suočavanja i održavanja ljudskih prava, sa jedne strane potom dispozicije i razvoja formalnog kurikuluma, a sa druge strane potom odnosa između vaspitača i učenika. Oba avtora (baš tamo: 181.183) ističu važnost da se sledi preporukama Saveta Evrope (Recomendation No. R (85)7), kojim se može zagarantovati sistematičnije poučavanje i nastavu na području ljudskih prava u vaspitanju i obrazovanju. Jedna od važnijih preporuka je npr. (1) preporuka da bi ljudska prava planski uključili u kurikulum zato što su važan element pripreme mladih na život u demokratskim i pluralističnim društvima, (2) da bi na području ljudskih prava sistematski razvijali različite intelektualne (pisanje, čitanje, slušanje, izražavanje mišljenja, identifikovanje predrasuda, rasuđivanje i sl.) i socialne veštine (prepoznavanje i primanje različitosti, oblikovanje pozitivnih odnosa, rešavanje konflikta na nenasilan način, preuzimanje odgovornosti, saradnja kod donošenja odluka i sl.), (3) da bi nastava i poučavanje bili na osnovi proučavanja teorije i činjenica istraživanja o ljudskim pravima, (4) da bi se poštovanje ljudskih prava ogledalo u pozitivnoj školskoj klimi koja temelji na poštovanju i participaciji te na saradnji vaspitača, učenika i roditelja, (5) da bi se područje ljudskih prava uključilo u dodiplomsko obrazovanje vaspitača na svim nivojima te (6) da bi se 10. decembar prepoznao i obeležio kao međunarodni dan ljudskih prava.

U stručnoj literaturi na području ljudskih prava i/ili prava deteta možemo naći i druge ideje i preporuke o tome kako da ih uključimo u rad s mladim osobama. U priručniku ABS nastave o ljudskim pravima (1989.: 13–22) nabrojani su brojni konkretni pedagoški prihvatili i aktivnosti za rad s mladima na tom području. Cilj takvog "poučavanja" pre svega je kako motivisati osećaj poverenja i društvene tolerancije, za koje važi da su preduslov da se predškolska i školska deca nauče da izraze, saopšte svoje mišljenje i doživljavanja u vezi s pravima te brinu se za druge. Pre svega preporučuje se upotreba različitih priča i primera situacija iz direktnog života uz koja se deca upoznaju sa terminom prava, razmišljaju o okolnostima i o moralnim posledicama različitih postupanja. U tome jako je važna ličnost učitelja i vaspitača te ostalih stručnih radnika u organizacijama za vaspitanje i obrazovanje koji rade sa decom, a to zato što baš kroz svoj odnos do učenika posvedoče svoju saznanju, poštovanje i poučavanje prava deteta. Na tom području različitim aktivnostima potrebno je stimulisati svu decu, a važno je izbegavati grupiranje dece, prijateljstvo među njima potrebno je razvijati sistematično kako bi razlike bile prihvatljive i prirodne.

Jedna od oblika implementacije prava deteta u Sloveniji jest Dečji parlament, koji je osnovan u istoj godini kao pravi Slovenački parlament, t.j. 1990. godine. (Dekleva & Žorga, 2004). Osnovan je kao posebna struktura dečje partici-

pacije koja bi trebala da se bavi različitim nivojima saradivanja između školskih razreda i države. "Demokratija bez dece nije inkluzivna" naglasio je Pavlović (1996) u svojoj analizi delovanja Dečjeg parlamenta u Sloveniji. Ovvrsna participacija dece bila je osnovana kao mogućnost neposrednog testiranja snage dijaloga u svakodnevnom životu i ideja "da me se vidi i čuje" na nacionalnom nivou uz simboličko promovisanje koncepta prava deteta. Svake godine u dečjem parlamentu učestvuje oko 100 deteta iz različitih područja Slovenija, a okupe se jednom godišnje u prostorima pravog Slovenačkog parlamenta. Svake godine raspravljaju o jednoj od aktuelnih društvenih tema (npr. zdravlje i okolina, slobodno vreme, deci sklona škola, prijateljstvo bez nasilja...), u tome su kritički usmereni, a formiraju i konkretne predloge i sugestije kako popraviti mesto deteta u Sloveniji.

U praksi možemo da osetimo kritičnije poglede na savremene prakse saznavanja, poštovanja i poučavanja prava dece. Tako npr. Frenklin (1995) opozorava da su neki praktiki na području vaspitanja i obrazovanja postali jako skeptični oko prava deteta, i to u stilu suda: "to je previše". Avtor je mišljenja da se iza toga krije pogrešan koncept, da je u zagarrantovanju prava deteta iza toga neko drugi, dakle u pravcu negiranja prava drugih, npr. roditelja, pedagoških radnika ili drugih zaposlenih koji svakodnevno rade s decom. Unatoč nastojanju da bi na području vaspitanja i obrazovanja dosledno pratili in poštivali pravo pojedinca na obrazovanje, u praksi dolazi do primera gde su prava pojedinca (npr. deteta) i roditelja "da zagarrantuju svojoj deci vaspitanje i obrazovanje u skladu s njihovim verskim uverenjem" te pravo države do javnog školovanja u konfliktu (Gomijen, 1991), npr. kada je reč o odabiru škole, kada je u pitanju želja za verskim vaspitanjem u školi i dr.

Odnosi dete-roditelji-škola-država po mišljenju B. Novak (2004: 14) otvaraju strateške probleme šticeanja ljudskih prava, socialne države, demokratskog i pluralnog društva te smisla i značenja prava. Na konkretnom nivou otvaraju se pitanja slobode, vere, izražavanja, skupljanja i udruživanja, prava do obrazovanja, prava do porodičnog života, do intime, pitanje zabrane diskriminacije in mnoga druga. Organizacijom i izvođenjem školske nastave, škola intervenišu u prava do porodičnog života roditelja i dece (npr. celodnevnom nastavom, nastavom poslepodne, domaćim obavezama, terenskim radom, školom u prirodi, ipd.). Škola teško procenjuje korist dece i kad su njezine odluke stvar veće grupe dece, npr. razreda ili cele školske zajednice. V takvim primerim nemoguće je uzeti u obzir sve konkretne koristi pojedinca deteta. Ista autorka (baš tamo) naglašava da vaspitno-obrazovalna institucija (npr. vrtić i škola) ne može da interpretišu koristi dece samo u korist jednog samog deteta jer su prava pojedinaca uvek ograničena pravima drugih. Komponenta vaspitanja naime ne sadrži samo

individualne komponente vaspitanja, nego i komponentu vaspitanja povezanu sa zajednicom. A prava zajednice možemo uključiti i u međusobno neusklađena ili čak suprotna prava pojedinaca koji sastavljaju tu zajednicu.

ZAKLJUČAK

Unatoč tome da su prava deteta uz pomoć Konvencije Organizacije Ujedinjenih nacija o pravima deteta postale pravno definisane i time transparentnije, na tom se području još uvek susrećemo problemima nedetaljno opredeljenih pojedinih prava i zbog njihove međusobne interaktivne suodvisnosti isto tako sa problemima kojem od subjekata koji učestvuje (deci, roditeljima, vaspitačima, vaspitno-obrazovnim institucijama, državi) dati prednost kod raspravi određenih prava. Područje vaspitanja i obrazovanja je sistematsko, pedagoško-psihološko i didaktičko jako važan prostor prepoznavanja, poštovanja i poučavanja prava deteta, zato jer je zapravo već osnovan uz uzimanje u obzir i ostvarivanje prava pojedinca do obrazovanja. Zbog kompleksnosti područja vaspitanja i obrazovanja odnosno prepletanja njihovih socializacijskih, motivacijskih i pedagoških funkcija, ali i zbog političkih težnji koje imaju političke strukture na vlasti da bi uticale i promenile školsku realnost, na području prava deteta u školskoj situaciji potrebno je pristupati stručno, sistematično i fleksibilno. Stručno – doslednim uzimanjem u obzir pravne, psihološke i pedagoške vidike, sistematičko – uz brižno planiranje i praćenje osvestivanja, poštovanja i didaktički odgovarajućih poučavanja prava deteta, te fleksibilno – uz raspravljanje specifičnosti pojedinca in njegovog trenutnog školskog i/ili životnog konteksta. Formalno-pravno korist deteta uvek treba da bude neosporno pravilo kod postupanja sa detetom te u procesima rešavanja različitih konflikta na području vaspitanja i obrazovanja, ali nam se može u praksi lako dogoditi da je teško utvrditi kakva je korist deteta u pojedinačnom primeru.

LITERATURA

- ABC Pouk o človekovih pravicah. Praktični napotki in gradivo za učitelje osnovnih in srednjih šol. (1991). Ljubljana: Društvo za Združene narode za Republiko Slovenijo.
- Bela knjiga o vzgoji in izobraževanju v Republici Sloveniji (1995). Ljubljana: Ministrstvo za šolstvo in šport.
- Dekleva, B., Žorga, S. (2004): Children's Parliament in Slovenia. V: D. Crimmens & A. West, Having their say. Young people and participation: European experiences. Dorset: Russell House Publishing, 138–145.

- Devjak, T. (2008): Človekove pravice kot vrednotna usmeritev vzgoje in izobraževanja v javni šoli. V: E. Rustja (ur.), Vzgoja in izobraževanje za človekove pravice, zbornik. Ljubljana: Pedagoški inštitut, 103–111.
- Franklin, B. (1995): The Case for Children's Rights: A Progress Report. V: B. Franklin (ur.), The Handbook of Children's Rights. Comparative Policy and Practice. London: Routledge, 3–22.
- Gomien, D. (1991): Kratek vodič po Evropski konvenciji o človekovih pravicah. Strasbourg: Svet Evrope, Publishing and Documentation Service.
- Jones, P. & Welch, S. (2010): Rethinking Children's Rights. Attitudes in Contemporary Society. London: Continuum, New Childhood Series.
- Kroflič, R. (2001): Temeljne predpostavke, načela in cilji kurikula za vrtce. V: L. Marjanovič Umek (ur.), Otrok v vrtcu – priložnost h kurikulu za vrtce. Maribor: Založba Obzorja, 9–24.
- Kurikulum za vrtca (1999): Ljubljana: Ministrstvo za šolstvo.
- Martin, C. L. & Fabes, R. (2006): Discovering Child Development. Boston: Allyn & Bacon.
- Novak, B. (2004): Šola in otrokove pravice. Ljubljana: pravna fakulteta in Cankarjeva založba, zbirka Pravna obzorja.
- Osler, A. & Starkey, H. (1996): Teacher Education and Human Rights. London: David Fulton Publishers with support of the Council of Europe.
- Otrokove pravice v Evropi. (1999). (The rights of the child: European perspective) Ljubljana: Informacijsko dokumentacijski center Sveta Evrope, Nacionalna in univerzitetna knjižnica v Ljubljani, Zveza prijateljev mladine.
- Pavlovič, Z. & Rutar Leban T. (2008): Indikatorji kakovosti življenja otrok v Sloveniji v luči medkulturne študije o otrokovih pravicah. Ljubljana: Pedagoški inštitut, Ministrstvo za šolstvo in šport, Evropski socialni sklad.
- Pavlovič, Z. (1996): Children's Parliament in Slovenia. V: M. John (ed.), The Child's Right to a Fair Hearing. London: Jessica Kingsley Publishers.
- The Right to Human Rights Education. A compilation of provisions of international and regional instruments dealing with human rights education (1999): New York and Geneva: United Nations.
- Zakon o organizaciji in financiranju vzgoje in izobraževanja: Uradni list Republike Slovenije, št. 16/07.
- Zakon o vrtcih: Uradni list RS, št. 100/05.
- Zakon o osnovni šoli: Uradni list Republike Slovenije, št. 81/06).
- Zakon o usmerjanju otrok s posebnimi potrebami: Uradni list Republike Slovenije, št. 3/2007 - 58/2011.

ALENKA POLAK, LL.D.,
Faculty of Education,
University of Ljubljana,
Slovenija

THE SCHOOL AS A SPACE OF PERCEPTION, RESPECTION
AND TEACHING OF CHILDREN'S RIGHTS

Summary

The contribution addresses some of the theoretical, legal and teaching views on children's rights. In the paper some of the principles of the Declaration of the rights of the child (1959) and the Convention on rights of the child (1989) will be analyzed in the view of the school context. Pre-school and primary-school period are very sensitive periods in the life of the child, because in that time children are intensive cognitive, social, and emotional developing. Convention on the rights of the child has influenced the changed view on the child and has emerged some different ways of perception, resection and teaching of children's rights in different social settings, including the school. The child took the role of the entity of rights, he/she gets the right for formulation and expression of own competent views, the right to participate in decision-making and to influence the solutions. However, the practice of perception, respecting and teaching children's rights can be different in different countries. In the year 1989 the Council of Europe constructed some practical recommendations, called *Recommendation No. R (85) 7*: (1) school authorities and teachers should include the topic of children's rights in the national curricula, (2) various intellectual and social skills of students should be developed, (3) some theoretical knowledge and research findings in the field of human rights and children's rights as well should be introduced. The Council of Europe enhance international public and school authorities to understand (4) that human rights are reflected in the positive school climate and based on the participation and collaboration of teachers, pupils and parents, and (5) that the topic of children's rights should be integrated also in the training of teachers at all levels. Due to the complexity of the areas of education, regarding their interlacing social, motivational and educational functions and also because of the political aspirations of the dominant political structure to change existing school policy, it is necessary that to the field of children's rights in a school situation we approach professionally, systematically and flexible.

MELANIJA JANČIĆ

EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA – PRIKAZ SLUČAJEVA U VEZI SA DISKRIMINACIJOM NA OSNOVU SEKSUALNE ORIJENTACIJE

EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA

U okviru Saveta Evrope, najstarije evropske regionalne organizacije osnovane 1949. godine,¹ 1950. godine je doneta Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, koja je stupila na snagu 1953. godine. Članom 19. Evropske konvencije je osnovan Evropski sud za ljudska prava sa sedištem u Strazburu, kako bi se obezbedila kontrola nad izvršavanjem obaveza koje su države preuzele Konvencijom i protoklima koji idu uz nju². Sud je počeo sa radom 1961. godine³. Prvobitno su postojala dva organa koja su bila ustanovljena radi zaštite prava zagwarantovanih Konvencijom, odnosno koja su bila nadležna u slučaju njihovog kršenja. Ti organi su bili Evropska komisija za ljudska prava

Melanija Jančić, asistent Univerziteta Sigindunum – Beograd. Fakultet za evropske pravno političke studije – Novi Sad.

¹ Vojin Dimitrijević, Dragoljub Popović, Tatjana Papić, Vesna Petrović: *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beograd, 2006. godine, strana 98.

² Rodoljub Etinski: *Međunarodno javno pravo, drugo izdanje*, Novi Sad, 2004. godine, strana 315.

³ Bogoljub Milosavljević: *Uvod u teoriju ustavnog prava*, Beograd, 2011. godine, strana 47.

i Evropski sud za ljudska prava. Zadatak Evropske komisije za ljudska prava je bio u tome da ispita uslove za prihvatljivost predstavke i da odluči o tome koji će slučaj biti dostavljen Sudu na odlučivanje u meritumu.

Međutim, 1994. godine je usvojen Protokol 11 uz Evropsku konvenciju, koji je stupio na snagu 1998. godine, a kojim je zapravo Evropska komisija za ljudska prava ukinuta, a kao novi stalni organ ustanovljen je Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski sud ili Sud). Evropski sud je zamenio rad prethodna dva organa.⁴ Nakon usvajanja Protokola 11, Evropski sud za ljudska prava ima zadatak i da ispituje uslove za prihvatljivost, kao i da rešava predmete i odlučuje o samoj osnovanosti određene predstavke.

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda reguliše odredbe o Evropskom sudu za ljudska prava u drugom delu od člana 19. do 51. Konvencijom je regulisano da se Sud sastoji od onoliko sudija koliko ima država ugovornica koje su je ratifikovale, a bira ih Parlamentarna skupština Saveta Evrope većinom glasova, na predlog države potpisnice Konvencije odnosno sa liste od tri kandidata koju ona dostavlja⁵. Sudije se biraju na period od šest godina i mogu ponovo biti birani. Međutim, mandat jedne polovine sudija, koji su izabrani na prvim izborima, traje tri godine⁶. Protokol 14 uz Konvenciju, koji je donet 2004. godine, a stupio na snagu 1. juna 2010. godine predviđa da se sudije biraju na devet godina i da nakon isteka tog perioda ne mogu više biti birani. Članom 27. Evropske konvencije je regulisano da sud razmatra predmete u odborima od tri sudija, veću od sedam sudija i u Velikom veću od sedamnaest sudija. Postoji opšta sednica Suda na kojoj se bira predsednik i potpredsednik Suda, sekretar i njegovi zamenici, ustanovljavaju se veća za određeni vremenski period i biraju predsednici veća i usvaja se poslovnik o radu⁷.

Evropskom konvencijom su predviđena dva osnovna vida zaštite ljudskih prava. Stoga, Sudu može da se obrati svaka država ugovornica koja može da ukaže na bilo koju povredu odredaba Konvencije ili protokola uz nju, a koja je učinjena od strane druge države ugovornice i to su takozvani međudržavni sporovi. Za razliku od takve vrste sporova, postoje i pojedinačne predstavke koju može da podnese pojedinac odnosno bilo koja osoba, nevladine organizacije ili grupe lica koje tvrde da su im povređena prava koja su ustanovljena Evropskom konvencijom ili protokolima uz nju. Međutim, da bi Sud mogao da uzme određeni predmet i da po njemu postupa mora biti ispunjeno nekoli-

⁴ Marija Draškić: *Porodično pravni prava deteta*, Beograd, 2006. godine, strana 39.

⁵ Član 20. i 22. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

⁶ Ibidem, član 23.

⁷ Ibidem, član 26.

ko uslova prihvatljivosti o kojima podnosilac pojedinačne predstavke treba da vodi računa. Pre svega, svi unutrašnji pravni lekovi koji postoje moraju biti iscrpljeni i iskorišćeni, u skladu sa opštepriznatim načelima međunarodnog prava, izuzev pravnih lekova koji nisu dostupni ili jednostavno nisu efikasni. Zatim, predstavka mora da bude blagovremena odnosno podneta u roku od šest meseci od dana donošenja pravnosnažne odluke. Pojedinačna predstavka takođe ne sme da bude anonimna, jer u suprotnom Sud po takvoj predstavnici neće postupati, kao i ako je ona u suštini ista sa predstavkom koju je Sud već razmatrao ili ako je već podneta nekoj drugoj međunarodnoj instanci radi rešavanja, a ne sadrži u sebi neke nove činjenice koje mogu biti relevantne za postupanje. Sud najpre ispituje prihvatljivost predstavke imajući u vidu prethodno pomenute uslove⁸. Prema tome, on može svaku pojedinačnu predstavku da proglasi neprihvatljivom u slučaju da je nespojiva sa odredbama Konvencija ili protokola, zatim ako je očigledno neosnovana ili u slučaju da ona predstavlja zloupotrebu prava na predstavku⁹. Ako Sud proglasi da je određena predstavka neprihvatljiva, on će je tada odbaciti, što može da učini u bilo kojoj fazi postupka. Postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava se može okončati na dva načina, odnosno presudom, koja je obavezujuća za države ugovornice i koje su dužne da joj se povinuju ili postizanjem prijateljskog poravnanja. Ako se prijateljsko poravnanje postigne, Sud tada briše predmet sa svoje liste i to odlukom koja sadrži kratak opis činjenica i postignutog rešenja¹⁰. Pored toga, Sud ima ovlašćenje da, na zahtev Komiteta ministara, daje savetodavna mišljenja i to samo o pravnim pitanjima u vezi sa tumačenjem Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao i njenim protokolima¹¹.

Kao što smo već prethodno pomenuli, 2004. godine je donet Protokol 14, koji je stupio na snagu 1. juna 2010. godine, a koji predviđa značajne novine kada je u pitanju rad Evropskog suda za ljudska prava. Naime, najznačajnije promene i novine odnose se na postupanje sudije pojedinca, zatim na uslove prihvatljivosti predstavki i neke promene u vezi sa postizanjem prijateljskog poravnanja. Jedna od najvažnijih novina jeste što se Protokolom 14 uvodi sudija pojedinac koji ima ovlašćenje da odlučuje o prihvatljivosti predstavke umesto tročlanog odbora kako je to ranije bilo predviđeno. On je, dakle, ovlašćen da određenu predstavku oglasi neprihvatljivom ili da je skine sa liste sudskih pred-

⁸ Bogoljub Milosavljević i Dragoljub M. Popović: *Ustavno pravo, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Beograd, 2009. godine, strana 187.

⁹ Član 35. stav 3. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

¹⁰ Član 39. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

¹¹ Član 47. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

meta u slučaju da je takvu odluku moguće doneti bez daljeg razmatranja¹². Odluka sudije pojedinca je konačna. Funkcija sudije pojedinca je predviđena pre svega radi povećanja efikasnosti rada Suda. Uvođenju sudije pojedinca je znatno doprinela ustaljena sudska praksa po pojedinim pitanjima, koja su veoma često predmet spora pred ovim Sudom, pa je samim tim nepotrebno i neefikasno predmet iznositi pred veće. Ova novina u velikoj meri olakšava i ubrzava sam postupak¹³. Takvi predmeti se nazivaju repetitivni ili klonirani slučajevi. Naziv su dobili upravo zbog svoje učestalosti i jednoobraznosti u postupanju.

Pošto, prema Protokolu 14, sudija pojedinac ne može biti sudija izabran sa liste od tri kandidata koju predlaže država ugovornica protiv koje je predstavka podneta odnosno nije nacionalni sudija, što znači da ne poznaje ili bar ne u dovoljnoj meri ni jezik ni pravo tužene države, pa je zbog toga uvedena ustanova izvestioca. Izvestilac je zapravo pravnik iz sekretarijata, čiji je zadatak da pomogne sudiji pojedincu da se upozna sa pravnim sistemom tužene države ugovornice. Ukoliko, pak, sudija ne odbaci predstavku kao neprihvatljivu, on će dalje predmet uputiti tročlanom sudijskom odboru ili veću koje tada odlučuje o meritumu.

Protokolom 14 se uvodi još jedan osnov za odlučivanje o prihvatljivosti pojedinačne predstavke. Naime, Sud ima ovlašćenje da odbaci predstavku ako njen podnosilac nije pretrpeo značajnije oštećenje. Sam termin "značajnije oštećenje" je dosta neprecizan i ostavlja prostor sudskoj praksi da jasnije i preciznije definiše kriterijume za određivanje ovog pojma i njegovo konkretizovanje u svakom pojedinačnom slučaju.

Najzad, izmena koja se odnosi na postizanje prijateljskog poravnanja jeste da Sud može da preduzima radnje u cilju postizanja prijateljskog poravnanja u svakoj fazi postupka¹⁴, dok je ranije, pre stupanja na snagu ovog Protokola, Konvencija predviđala da to može biti učinjeno samo nakon proglašenja predstavke prihvatljivom. Na kraju izlaganja o novinama koje unosi Protokol 14, treba pomenuti i jednu od najkrupnijih, a to je da se predviđa ratifikacija Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda od strane Evropske Unije. To znači da je omogućeno obraćanje Sudu u slučaju povrede ljudskih prava za garantovanih Konvencijom i od strane nekog organa Evropske Unije. U skladu sa ovim, potrebno je da jedan sudija bude izabiran sa liste koju ona bude dostavila.

¹² Član 7. Protokola 14 – izmena člana 27. Evropske konvencije.

¹³ Više o tome – Dragoljub Popović: *Evropski sud za ljudska prava*, Beograd, 2008. godine, strana 52–53.

¹⁴ Član 15. Protokola 14 – izmena člana 39. Evropske konvencije.

Što se tiče uloge i značaja Evropskog suda za ljudska prava tj. sudske prakse nastale radom ovog Suda, neophodno je naglasiti da je Sud pre svega ima za cilj da unapredi poštovanje ljudskih prava tako što će postaviti određene standarde u ovoj oblasti. Zatim Sud predstavlja poslednju instancu i deluje kada nacionalni organi ne uspeju da obezbede zaštitu ljudskih prava koja su Evropskom konvencijom zagarantovana.

S obzirom da je tema ovog rada između ostalog i prikaz i analiza pojedinih slučajeva Evropskog suda za ljudska prava u vezi sa diskriminacijom na osnovu seksualne orijentacije, u daljem tekstu će naglasak biti upravo na praksi Suda u vezi sa pomenutom oblašću ljudskih prava.

SLUČAJ DUDGEON (DADŽON) PROTIV UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

Slučaj Dadžon protiv Ujedinjenog Kraljevstva¹⁵ iz 1981. godine pokrenut pred Evropskim sudom za ljudska prava predstavlja prvi slučaj u kojem je utvrđeno da je pravo na privatni život homoseksualnih osoba povređeno¹⁶. Naime, podnosilac predstavke je gospodin Džefri Dadžon, koji je državljanin Ujedinjenog Kraljevstva odnosno Severne Irske, a ujedno je i homoseksualac. Pravo Severne Irske je predviđalo da su homoseksualne radnje muškaraca koje su učinjene u javnosti ili privatnosti krivično delo za koje je propisana kazna zatvora do dve godine. Međutim, homoseksualne radnje učinjene od strane žena nisu nikad bile smatrane krivičnim delom. U Engleskoj i Velsu su izmenama zakona dekriminalizovane homoseksualne aktivnosti između odraslih i saglasnih muškaraca učinjene u privatnosti i nisu se dalje smatrale krivičnim delom. Vlada je napravila predlog nacрта u cilju usklađivanja prava Severne Irske sa pravom ostalih država Ujedinjenog Kraljevstva kako bi se izvršila reforma krivičnog zakonodavstva te zemlje, međutim ta reforma nije prihvaćena. Pored toga i sam podnosilac predstavke je sa drugima organizovao vrstu kampanje koja se vodila radi usklađivanja zakonodavstva sa Engleskom i Velsom, kako bi se postiglo da minimalne godine potrebne za davanje pristanka na homoseksualne radnje budu manje od 21. godine. Nakon toga, krajem januara 1976. godine policija je izvršila pretres stana gospodina Džefrija na osnovu naloga u skladu sa Zakonom o zlo-

¹⁵ Case of Dudgeon v. The United Kingdom, Application no. 7525/76.

¹⁶ Ivana Krstić: *Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, član 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Beograd, 2006. godine, strana 25.

upotrebi droge, kojom prilikom je pronađena određena količina marihuane, što je kasnije dovelo do druge osobe koja se tereti za to delo. Pritom su nađena privatna pisma, prepiska i dnevnik koji je vodio podnosilac predstavke, a u kojima su bile opisane homoseksualne radnje koji su mu tom prilikom oduzeti. Oduzeti materijal mu je nakon godinu dana vraćen. Podnosilac predstavke je nakon pretresa odveden u policijsku stanicu gde je dugo bio ispitivan o sadržaju zaplenjenog materijala odnosno o njegovom seksualnom životu.

U maju 1976. godine podnosilac predstavke se obratio Komisiji za ljudska prava tvrdeći da je sprovedenom istragom od strane policije pretrpeo neopravdano mešanje države u njegov privatni život, čime je prekršen član 8. Evropske konvencije¹⁷ koji se tiče zaštite prava na privatni život pojedinca. Takođe je naveo da je bio žrtva diskriminacije na osnovu člana 14.

Komisija je predstavku proglasila dopuštenom, a u svom izveštaju je istakla da zakonska zabrana vršenja homoseksualnih radnji od strane muškaraca starijih od 21 godinu zapravo predstavlja povredu pravo podnosioca na privatni život garantovan članom 8. Konvencije. Komisija takođe smatra da nema potrebe da se ispita i pitanje da li je tom zabranom prekršen i član 14. u vezi sa članom 8. Tužena država je na ročištu potvrdila stavove iznete u svojim podnescima i zatražila od Suda da odluči i proglasi da zakoni Severne Irske koji se tiču homoseksualizma ne predstavljaju kršenje člana 8. Evropske konvencije i da su oni neophodni u demokratskom društvu kako bi se zaštitio moral i prava drugih.

Podnosilac predstavke, međutim, ističe da je na osnovu zakona koji je na snazi u Severnoj Irskoj krivično odgovoran zbog svoje seksualne orijentacije i da je pretrpeo strah, patnju i psihološki stres uključujući i strah od maltretiranja i ucene kao posledica postojanja takvog zakona, posebno navodeći pretres stana od strane policije kao i oduzimanje privatne prepiske, dnevnika i drugih ličnih stvari. Takođe je naveo da je time pretrpeo i da i dalje trpi neosnovano zadiranje u njegovo pravo na poštovanje privatnog života. Sud nije sporio da je prvi uslov od tri ispunjen odnosno da je mešanje u privatni život bilo u skladu sa zakonom. Zatim je utvrđeno da je cilj mešanja zapravo bio zaštita morala i prava drugih, jer je opšti cilj takvog zakonodavstva bio da se zaštiti moralni standardi koji postoje u Severnoj Irskoj. Sud je tako prihvatio stav Komisije i Vlade, prema kome je svrha zakonodavstva da pruži zaštitu ranjivim i ugroženim kategorijama društva od uticaja homoseksualizma, a to su pre svega mladi. Ostalo je još da

¹⁷ Član 8. stav 1. Evropske konvencije glasi: "Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog porodičnog života, doma i prepiske", dok stav 2. glasi: "Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih".

se utvrdi da li je mešanje zaista bilo neophodno u demokratskom društvu. Ovaj pojam neophodnosti ima u sebi dva obeležja, a to su tolerancija i širokounmnost. Međutim, u odnosu na period kada je zakon donet, u većini zemalja članica Saveta Evrope više se ne smatra da homoseksualne radnje treba da budu sankcionisane krivičnim zakonodavstvom, jer sada postoji više razumevanja i tolerancije za homoseksualno ponašanje. Iz toga proizlazi da Sud ne može da previdi promene u vezi sa ovim pitanjem koje su se dogodile u nacionalnim zakonodavstvima zemalja članica Saveta Evrope. Ne postoje dokazi koji bi išli u prilog stavu da je to štetno po moralni standard u Severnoj Irskoj niti da postoji bilo kakav javni zahtev da se povodom ove materije zakon strožije sprovodi. U ovakvim okolnostima, Sud smatra da je neodrživ stav da postoji goruća društvena potreba da se homoseksualne radnje smatraju krivičnim delom niti da za to ima dovoljno opravdanja, a da pritom samo postojanje takvih zakonskih odredaba može da ima štetne efekte na život osobe homoseksualne orijentacije. Naravno da to spada u zadatke države i nacionalnih vlasti da odrede bliže sam taj pojam i da je to stvar slobodne procene u svakom konkretnom slučaju, ali razlozi izloženi od strane Vlade nisu bili dovoljni da bi se opravdalo održavanje takvog zakona na snazi, s obzirom da ono ima opšti i apsolutni karakter i inkriminiše homoseksualne radnje učinjene u privatnosti između odraslih muškaraca koji su sposobni da daju saglasnost za takve radnje. Stoga, Sud je odlučio da je postojala povreda člana 8. Konvencije i da je tom prilikom već odlučeno o širem pitanju od onog što je predviđeno članom 14. Konvencije tako da nema potrebe da se posebno odlučuje o eventualnoj povredi tog člana. Što se tiče pravičnog zadovoljenja na osnovu člana 50. Konvencije, Sud je jednoglasno odlučio da ono još nije sazrelo da odlučivanje.

U februaru 1983. godine Sud je na osnovu člana 50. Konvencije odlučio i o pravičnom zadovoljenju. Naime, podnosilac predstavke je tvrdio da je kao posledica postojećeg zakona za koji je Sud utvrdio da je u suprotnosti sa članom 8. Konvencije, pretrpeo tokom godina znatnu štetu i to u vidu psihološke štete, predrasuda u pogledu njegovog odnosa sa porodicom i društvom, neispunjavanja ličnih potencijala, povrede ugleda i gubitak sposobnosti za zaradu. Kao odgovarajuću cifru za naknadu štete, podnosilac predstavke je predložio 10.000,00 funti. Vlada je u svojim podnescima iznela da je kao pravično zadovoljenje za podnosioca predstavke sasvim dovoljno to što je Sud u svojoj presudi iz 1981. godine odlučio da je član 8. Konvencije prekršen i da nema potrebe za novčanom naknadom, a da je pogotovo cifra od deset hiljada funti preterana. Osim novčane naknade, podnosilac predstavke je zatražio od Vlade formalnu izjavu da ako se bude prijavio za zaposlenje u civilnoj službi u Severnoj Irskoj neće biti diskriminisan po osnovu svoje seksualne orijentacije ili zbog toga što je ovaj

zahtev podneo Komisiji. Međutim, Sud je jednoglasno odlučio da se zahtev za pravično zadovoljenje kojim podnosilac predstavke traži izjavu od Ujedinjenog Kraljevstva da ubuduće neće biti diskriminisan po osnovu svoje seksualne orijentacije prilikom zapošljavanja proglašava neprihvatljivim. Kao drugo, odlučeno je da Ujedinjeno Kraljevstvo treba podnosiocu da isplati na ime troškova iznos od 3.315,00 funti.

SLUČAJ LASTIG-PREJN I BEKET
PROTIV UJEDINJENOG KRALJEVSTVA¹⁸

Podnosioci predstavke su Lastig-Prejn i Beket, obojica državljani Ujedinjenog Kraljevstva i pripadnici Kraljevske mornarice.¹⁹

Prvi podnosilac predstavke, Lastig Prejn je stupio u rezervne snage ratne Kraljevske mornarice, a radio je kao radio operater, da bi 1982. godine počeo profesionalnu karijeru. U službenoj i profesionalnoj oceni istaknuto je da su baš takvi ljudi potrebni Kraljevskoj ratnoj mornarici, da ima mnogo potencijala i velike izgleda da bude unapređen na komandni položaj s obzirom da uživa veliko poverenje po svim pitanjima. On je 1994. godine i unapređen na položaj odnosno u čin poručnika bojnog broda prve klase. Sredinom iste godine je dobio obaveštenje da je Specijalnom istražnom odeljenju Kraljevske ratne mornarice (tzv. vojna policija) anonimno dostavljeno njegovo ime sa navodima da je homoseksualac i da se ceo slučaj o tome istražuje. Podnosilac predstavke, Lastig Prejn, je priznao da je homoseksualac svom pretpostavljenom oficiru. Pripadnici vojne policije su sa njim obavili razgovor, upozorili ga da ne mora da odgovara na pitanja i da ima pravo na savete advokata. Međutim, on je pristao na razgovor i bez prisustva advokata i priznao da jeste homoseksualne orijentacije. Nakon toga su mu postavljali seriju veoma intimnih pitanja u vezi sa tim, dok je podnosilac predstavke pristao da pomogne u istrazi kako bi se celokupna istraga odvijala na najdiskretniji način. Iako je uobičajeno da se izvrši i pretres kabine, to nije urađeno s obzirom da je podnosilac predstavke već prethodno uklonio sve što bi moglo da bude da ga kompromituje. Zatim je obavljen još jedan razgovor sa njim u vezi sa anonimnim pismom koje je bilo adresirano na nje-

¹⁸ Case of Lustig – Prean and Beckett v. The United Kingdom, Application no. 31417/96 and 32377/96.

¹⁹ Tatjana Papić: *Zbirka odluka o ljudskim pravima III, presude Evropskog suda za ljudska prava o zabrani diskriminacije*, Beograd, 2005. godine, strana 140–182.

govog pretpostavljenog oficira sa navodima da je imao homoseksualne odnose sa pripadnikom mornarice, da je on HIV pozitivan i da je takve odnose imao sa još nekolicinom pripadnika oružanih snaga. Od njega je zatraženo da se o tim navodima izjasni. Iako je njegov komandir imao samo reči hvale o njemu, njegovom radu, lojalnosti i posvećenosti, odbor Admiraliteta je doneo odluku da ga otpusti iz mornarice, a kao osnov tome se navodi njegova seksualna orijentacija. Ugovor o zaposlenju u Kraljevskoj ratnoj mornarici je stavljen van snage.

Drugi podnosilac predstavke je Beket, koji je 1989. godine stupio u Kraljevsku ratnu mornaricu sa namerom da se time profesionalno bavi. Godine 1991. je postao samostalni mehaničar-oružar, a u izveštaju o njemu se ističe da poseduje sposobnost da postane natprosečni vođa, te da može biti kandidat za oficira. S obzirom na to da mu je odbijen zahtev za dobijanje slobodnog dana, on je o tome razgovarao sa kapelanom, vojnim sveštenikom, kome je priznao da je homoseksualno orijentisan, a potom mu se obratio pretpostavljeni poručnik pa je i njemu ponovio i priznao svoju seksualnu orijentaciju. Nakon toga, mornarička vojna policija ga je pozvala na razgovor, kojom prilikom mu je predloženo da će biti izvršen pretres njegove kasete na šta je on dao zatraženi pristanak. Tokom pretresa zaplenjeni su slajdovi i privatne razglednice, a zatim je razgovor nastavljen u kojem je potvrdio svoju homoseksualnost. Postavljali su mu niz pitanja koja duboko zalaze u čovekovu intimu i privatnost. U izveštaju koji je policija sastavila izneto je da ne postoje razlozi da se vodi bezbednosni razgovor i da nema osnova da je na prevaru pristupio oružanim snagama. Oficir koji je podržao njegovo otpuštanje je naglasio da bi Beket mogao da ima zavidnu karijeru u mornarici da nije homoseksualno orijentisan, s obzirom na osobine i inteligenciju koju poseduje. Odluka o administrativnom otpuštanju je odobrena krajem jula 1993. godine. Beket je zatim na takvu odluku podneo žalbu, koja je bila odbaćena od strane Administrativnog odbora.

Podnosioci predstavki su naime podneli zahtev za pravnu reviziju odluka o otpuštanju i izneli su tvrdnje da politika Ministarstva odbrane protiv homoseksualaca predstavlja kršenje odredaba Evropske konvencije. Ministarstvo odbrane je iznosilo stavove kako je vođenje takve politike neophodno zarad očuvanja morala i efikasnosti u oružanim snagama. Visoki sud je juna 1995. godine odbacio zahtev za pravnu reviziju, a u osnovnoj presudi se ističe da su profesionalni dosijeji podnosilaca predstavki zaista izvanredni i da nije utvrđeno da je njihova seksualna orijentacija imala ikakvog uticaja na njihov rad ili disciplinu, ali isto tako i da stav ministra nije nezakonit iako ne deluje ubedljivo. Apelacioni sud je krajem 1995. godine odbacio žalbu podnosilaca predstavki. Sledeći korak koji je Lastig Prejn učinio jeste da je pokrenuo postupak pred sudom za radne sporove iznoseći tvrdnje da je otpušten nepravično i žaleći se na seksualnu diskriminaci-

ju. Postupak je prekinut i odložen dok se ne odluči o zahtevu za podnošenje žalbe Domu lordova, ali kako je dozvola za upućivanje žalbe odbijena, podnosilac predstavke je zatražio da se postupak pred sudom za radne sporove obustavi, što je i učinjeno. Drugi podnosilac predstavke, Beket, je takođe pokrenuo postupak pred sudom za radne sporove, ali je i on zatražio da postupak bude obustavljen.

Godine 1967. donet je Zakon o seksualnim prestupima i u članu 1. je predviđena dekriminalizacija homoseksualnih akata, tako da više ne predstavljaju krivično delo, ali su u Zakonu o vojsci i vazduhoplovstvu iz 1955. godine i Zakonu o disciplini u mornarici iz 1957. godine ovakve radnje i dalje predstavljale krivično delo.

Od strane Ministarstva odbrane je osnovana grupa za procenu politike prema homoseksualcima, a koja ima zadatak da izvrši internu procenu takve politike. Grupa je sastavila izveštaj u februaru 1996. godine i većina ispitanika koji su pripadnici oružanih snaga su izrazili stav da homoseksualna orijentacija nije normalna i prirodna, te da zabrana njihovog pristupanja vojsci treba da ostane, jer se kao ključni problem navodi mogućnost negativnih efekata po borbenu moć i moral.

Podnosioci predstavki su naime istakli da sama istraga u vezi sa njihovom seksualnom orijentacijom i otpuštanje predstavlja kršenje prava na poštovanje privatnog života iz člana 8. Evropske konvencije, a što država u pisanim komentarima nije negirala s obzirom da je priznala da je došlo do mešanja u privatni život podnosioca predstavki. Država je zatim naglasila da ustvari njihovo otpuštanje ne može nikako da predstavlja mešanje u privatni život ako su sami podnosioci predstavki znali za zvaničnu politiku koja se tiče homoseksualizma. Na osnovu toga, Sud zastupa stanovište da celokupna istraga vojne policije, kao i otpuštanje iz službe predstavlja neposredno mešanje u privatni život podnosioca predstavki. Da bi mešanje države bilo opravdano, ono mora da bude u skladu sa zakonom, što podnosioci predstavki nisu osporavali, ali i da ima cilj koji je legitiman i neophodan u demokratskom društvu. Država opravdava svoju politiku prema homoseksualcima u oružanim snagama, vršenje istrage i otpuštanje navodima da je neophodno da se održi moral pa samim tim i borbena moć i spremnost pripadnika oružanih snaga. Kao prvo, država je u svojim podnescima navodila da nema dokaza da su ponašanje, dosijei ili seksualna orijentacija podnosioca predstavki na bilo koji način uticali na njihov rad i postignute rezultate ili rad njihovih kolega. Kao drugo, država je i dalje tvrdila da pristupanje homoseksualaca u oružane snage ima negativne efekte na moral i operativnost vojske. Kao treće, na navode podnosioca da su stavovi ispitanika iz Izveštaja samo homofobične predrasude, država ističe da oni zapravo predstavljaju zabrinutost tih

pripadnika oružanih snaga, iako država tu opasnost u vezi sa vojnom disciplinom nije potkrepila nijednim objektivnim dokazom.

Podnosioci predstavki su u svojim podnescima izneli tvrdnje da je mešanje države u njihovom slučaju bilo veoma ozbiljno i da zadire u najdublju intimu pojedinca, kao i da im je isključivo zbog politike koja se vodi protiv homoseksualaca u oružanim snagama zapravo uskraćena dalja karijera, bez obzira na njihov besprekorni službeni dosije i unapređenja. Takođe smatraju da država treba da radi na otklanjanju predrasuda drugih pripadnika oružanih snaga prema osobama homoseksualne orijentacije, a ne da se žrtve takvih predrasuda otpuštaju i kažnjavaju. Ukoliko Ministarstvo odbrane ne bi vodilo takvu politiku prema homoseksualcima, predrasude među pripadnicima oružanih snaga bi se lakše i brže iskorenile.

Sud potvrđuje da nacionalne vlasti treba da procene i odluče da li su razlozi mešanja u privatni život zaista dovoljni i neophodni, ali pritom smatra da oni moraju biti ozbiljni kada se radi o zadiranju u najintimniji deo privatnog života. Ako postoji opasnost po operativnu efikasnost oružanih snaga, stav Suda je da država ima pravo da postavi određena ograničenja kada je u pitanju pravo na privatni život pojedinca, ali nikako ne bi trebalo da im onemogući ostvarivanje tog prava. Međutim, postojanje rizika po operativnu efikasnost mora upotpuniti i obrazložiti konkretnim primerima. Sud, dakle, smatra da je u ovim slučajevima mešanje države bilo izuzetno teško i ozbiljno, počev od same istrage i načina na koji je vođena. Takođe, otpuštanje iz službe isključivo zbog seksualne orijentacije, bez obzira na profesionalni dosije i ponašanje podnosilaca predstavki, je imalo vrlo značajan efekat na njihovo profesionalno bavljenje ovim poslom kao i na buduće karijere. Sud zaključuje da država uopšte nije dala uverljive razloge u korist svoje politike koju vodi prema homoseksualcima u oružanim snagama, a samim tim nije dala ni opravdanje za otpuštanje podnosilaca predstavki. Iako država svoju politiku opravdava medicinskim, disciplinskim i bezbednosnim razlozima i strahovima koji su prikazani i u izveštaju, Sud je stava da ne postoji takva vrsta rizika koja bi bila opravdanje za obim ispitivanja kojem su bili podvrgnuti podnosioci predstavki. Osim toga, Sud tvrdi da otpuštanje i istraga koja je vođena u vezi sa seksualnom orijentacijom prema politici Ministarstva odbrane nije u skladu sa članom 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i shodno tome je ustanovljeno da je došlo do kršenja člana 8. Konvencije.

Podnosioci predstavki, Lastig-Prejn i Beket, su takođe postavili zahtev za pravično zadovoljenje na ime materijalne i nematerijane štete, kao i naknadu troškova u skladu sa članom 41. Konvencije, a u tom cilju su od države zatražili da im dostavi određene informacije. Država je smatrala da su takvi zahte-

vi preterani i da bi sasvim pravično bilo i samo utvrđivanje kršenja Konvencije, ali je ipak zahteva od Suda dodatno vreme kako bi mogla da odgovori na njihove zahteve odnosno predloge, što joj je i odobreno. Stoga, Sud je ustanovio da to pitanje još nije sazrelo za odlučivanje, pa je zaključeno da je potrebno odložiti donošenje odluke po ovom pitanju vodeći računa o mogućnosti postizanja sporazuma između stranaka u postupku. Sud je istovremeno pozvao stranke da ga obaveste ako do međusobnog sporazuma dođe. U presudi iz septembra 1999. godine jednoglasno je ustanovljeno da je postojalo kršenje člana 8. Konvencije koji se odnosi na pravo na poštovanje privatnog života.

Presudom iz jula 2000. godine, Sud je u ovom istom slučaju odlučio o zahtevu za naknadu na ime materijalne i nematerijalne štete, kao i na ime traženih troškova kojima su podnosioci predstavki bili izloženi. Naime, Sud je odlučio sa šest glasova prema jedan da država treba da plati prvom podnosiocu predstavke, Lastig-Prejnu, 19.000,00 funti na ime nematerijalne štete, zatim 94.875,00 funti na ime materijalne štete, 18.000,00 funti na ime troškova koje je imao u postupku pred domaćim sudom i 16.000,00 funti na ime troškova u postupku pred Evropskim sudom za ljudska prava. Drugom podnosiocu predstavke, Beketu, država je odlukom Suda dužna da plati 19.000,00 funti na ime nematerijalne štete, 55.000,00 funti na ime materijalne štete, kao i 15.000,00 funti na ime troškova u postupcima pred organima Konvencije.

ZAKLJUČAK

Dva prethodno izložena slučaja Evropskog suda za ljudska prava prikazuju zadiranje države u ljudska prava pojedinaca, tačnije prava na poštovanje privatnog života. Član 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, koji reguliše pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, takođe određuje u kojim je sve slučajevima odnosno iz kojih sve razloga je zadiranje dozvoljeno i opravdano i koji interesi javnih vlasti se zapravo štite (pa tako se navodi interes nacionalne bezbednosti, zaštita zdravlja i morala, zaštita prava i sloboda drugih itd). Država se često u svojim podnescima Evropskom sudu prilikom spora poziva na takvu vrstu opravdanja koja nastoje da zaštite vitalne državne interese čak i kada oni zaista nisu ugroženi, i to u cilju pravdanja postupaka vlasti i njene politike, što Sud nije prihvatao.

Značaj i uloga Evropskog suda za ljudska prava i njegovih odluka se ogleda u uticaju na nacionalna zakonodavstva kako bi se ona u što je moguće većoj meri uskladila sa odredbama Evropske konvencije i kako bi se time doprinelo

njenoj doslednijoj i potpunijoj primeni. Iz prikazanih odluka se vidi da Evropski sud čvrsto stoji na stanovištu da je potrebno obezbediti adekvatnu zaštitu prava garantovanih Konvencijom i da se povreda tih prava ne toleriše pred ovim Sudom. Dobrovoljne homoseksualne radnje odraslih spadaju u domen privatnog života, u šta država nema pravo da se neopravdano meša.

MELANIJA JANČIĆ,
Assistant, University Singidunum,
Belgrade

THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
– CASE STUDY REGARDING DISCRIMINATION
ON THE GROUNDS OF SEXUAL ORIENTATION

Summary

At the very beginning of my paper, which topic is *The European Court of Human Rights – Case Study Regarding Discrimination on the grounds of sexual orientation*, I am dealing with the establishing of the ECHR in Strasbourg and its pivotal role in the field of human rights. In the main part of my paper, I tried to elaborate and analyze two cases regarding discrimination on the grounds of sexual orientation initiated before the ECHR (*Dudgeon v. the UK* and *Lustig-Prean and Beckett v. the UK*), as well as the significance of the Court's decisions in this field of law. The cases are related to the violation of the right to respect for private and family life from the Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

UROŠ NOVAKOVIĆ

NAJBOLJI INTERES DETETA – ZAJEDNIČKO VRŠENJE RODITELJSKOG PRAVA

U V O D

Porodičnim zakonom Srbije iz 2005. godine uvedena je mogućnost da roditelji i nakon razvoda braka mogu zajednički vršiti roditeljsko pravo. U skladu sa ovom novinom, analiziraćemo zajedničko vršenje roditeljskog prava nakon razvoda braka u kontekstu najboljeg interesa deteta kao jednog od najvažnijih principa porodičnog prava.

Zajedničko vršenje roditeljskog prava može biti posmatrano kao (jedna) trenutna kulturološka interpretacija najboljeg interesa deteta. U okviru pravnog standarda najboljeg interesa deteta može se videti odnos kulturoloških normi i prava. Naime, iako određen kao univerzalni princip, najbolji interes deteta imaće različitu interpretaciju od države do države u zavisnosti od kulturnih normi koje prevladavaju u datom pravnom sistemu. Tumačenjem i konkretizovanjem šta je najbolji interes deteta u materiji vršenja roditeljskog prava, dobili bismo drugačiji odgovor ako bismo posmatrali 70-te godine XX veka kada se smatralo da je u najboljem interesu deteta da jedan roditelj vrši roditeljsko pravo (samostalno vršenje roditeljskog prava) a da dete održava kontakt sa drugim roditeljem.

Uroš Novaković, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

U današnje vreme najbolji interes deteta često se poistovećuje sa ravnopravnim (pravnim i/ili faktičkim) vršenjem roditeljskog prava od strane oba roditelja nakon razvoda braka.

Uvodjenje principa najboljeg interesa deteta pokazalo je jasnu nameru država da se pažnja u odnosima roditelja i dece fokusira na interese deteta. Dete je subjekt koji se postavlja u centar suprotstavljenih interesa u postupku razvoda braka. Kroz princip najboljeg interesa deteta ogleda se uloga kulturnih normi u formiranju i konkretizovanju pravnih normi. Uticaji, stavovi i mišljenja koje deli određeni sudija direktno utiču na popunjavanje sadržine ovog pojma prilikom odlučivanja o vršenju roditeljskog prava. Prema određenim stavovima u teoriji, postavlja se pitanje da li pozivanje na princip najboljeg interesa deteta pruža dovoljno sigurnosti u načelo pravičnosti.¹ U skladu sa tim, možemo podvući dvostruki karakter ovog principa. Jedan, univerzalni, u smislu da ovaj princip poznaje veliki broj pravnih sistema i da se primenjuje univerzalno, ne samo u pravnim sistemima pojedinih država već i na nivou Međunarodnih akata.² Drugi, partikularni, koji predočava različitu primenjivost ovog principa u okviru različitih društava (država) u odnosu na date kulturne, socijalne, ekonomske prilike. Razvijajući ovu podelu i dalje, dolazimo do zaključka da i u okviru jednog pravnog sistema princip najboljeg interesa deteta ima različitu primenu.³ Interpretacija najboljeg interesa deteta ima npr. različite posledice u SAD, Evropi, Južnoj Africi, ili u šerijatskom pravu, iako se radi o primeni istog principa na sličnu (ili gotovo identičnu) životnu situaciju.

Stoga, otkrivanje uzroka koji utiču na određivanje principa najboljeg interesa deteta u ovoj materiji može pomoći u pružanju pravnih kriterijuma kojima se rukovode sudije pri dodeljivanju zajedničkog vršenja roditeljskog prava.

¹ K. Kurki-Suonio, Joint Custody as an Interpretation of the Best Interest of the Child in Critical and Comparative Perspective, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol.14, num.3, December 2000, str. 183.

² Član 18. Konvencije o pravima deteta kaže da države članice ulažu sve napore da uvažavaju načelo da oba roditelja imaju zajedničku odgovornost u podizanju deteta.

³ Različitu primenjivost principa najboljeg interesa deteta u okviru jedne države pruža nam primer istraživanja sprovedenog na Tajvanu. U ruralnoj sredini, u kojoj tradicionalno shvatanje o poveravanju deteta ocu ima veći uticaj, sudovi dodeljuju dete ocu u 51,7% slučajeva, a majci u 48,3%. Suprotno, u urbanoj sredini, Tajpeju, majka se javlja kao staratelj u 87,8% a otac u 12,2% slučajeva. Videti, H. En Liu, Mother or Father: Who Received Custody? The Best Interest of the Child Standard and Judges Custody Decisions in Taiwan, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol.15, num.2, August 2001, str. 192. Smatramo značajnim sprovođenje sličnog istraživanja o interpretaciji najboljeg interesa deteta u praksi naših sudova.

Pitanje regulisanja odnosa roditelja i dece nakon razvoda braka dugo je bilo predmet analize porodičnopravne teorije. Reč je o pretpostavci najboljeg uređenja odnosa roditelja i dece posle prestanka braka razvodom. Ako pretpostavimo da je najbolji interes deteta vrhovni princip u svim postupcima koji se tiču deteta, u ovom radu ćemo posmatrati zajedničko vršenje roditeljskog prava u kontekstu najboljeg interesa deteta. Da li je i u kom slučaju u najboljem interesu deteta zajedničko vršenje roditeljskog prava, koji uzroci utiču na mogućnost i nemogućnost postizanja sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, primenljivost ovog sporazuma na konkretno porodično okruženje samo su neka od pitanja koja su privukla našu pažnju.

SAMOSTALNO VRŠENJE RODITELJSKOG PRAVA

Obzirom da je zajedničko vršenje roditeljskog prava jedna od dve mogućnosti predviđena Porodičnim zakonom, ukratko ćemo izložiti pravila o samostalnom vršenju roditeljskog prava. Naime, jedan roditelj samostalno vrši roditeljsko pravo ako je drugi roditelj nepoznat ili nije živ, potpuno je lišen roditeljskog prava ili poslovne sposobnosti. Ovo su slučajevi gde po prirodi stvari nije moguće zaključiti sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, te se samostalno vršenje roditeljskog prava nameće kao jedina mogućnost. Jedan roditelj samostalno vrši roditeljsko pravo na osnovu sudske odluke kada roditelji nisu zaključili sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava a ne žive zajedno. To je slučaj kada među roditeljima ne postoji saglasnost o zajedničkom vršenju roditeljskog prava i sud donosi odluku o poveravanju deteta jednom roditelju. U još jednom slučaju sud donosi odluku o samostalnom vršenju roditeljskog prava – ako se roditelji saglase o tome ko će od njih samostalno vršiti roditeljsko pravo⁴ a sud (pr)oceni da je to u najboljem interesu deteta.

Postoji mogućnost da roditelji postignu sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava ali da sud ipak ne donese odluku o potvrđivanju takvog sporazuma, ukoliko proceni da sporazum nije u najboljem interesu deteta.⁵

⁴ Ako roditelji zakluče sporazum o samostalnom vršenju roditeljskog prava taj sporazum treba da se sastoji od tri dela: sporazum o poveravanju deteta jednom roditelju, sporazum o visini doprinosa koji plaća roditelj koji ne vrši roditeljsko pravo i sporazum o načinu održavanja ličnih odnosa deteta sa drugim roditeljem.

⁵ Član 77. Porodičnog zakona Srbije.

ZAJEDNIČKO VRŠENJE RODITELJSKOG PRAVA
NA OSNOVU ZAKONA

U najvećem broju pravnih sistema roditelji tokom braka zajednički vrše roditeljsko pravo, i u tom pogledu su potpuno ravnopravni. Tako je u Austriji,⁶ Belgiji,⁷ Bugarskoj,⁸ Češkoj,⁹ Danskoj, Engleskoj, Velsu, Francuskoj, Nemačkoj, Grčkoj, Italiji, Litvaniji, Holandiji, Norveškoj, Portugalu, Rusiji, Španiji, Švedskoj i Švajcarskoj. Isto važi i za naše pravo koje predviđa da roditelji vrše roditeljsko pravo zajednički i sporazumno kada vode zajednički život.¹⁰ U svim navedenim državama, osim u Engleskoj, Nemačkoj i Austriji zajedničko vršenje roditeljskog prava važi u istoj meri za osobe u braku i van braka. U engleskom pravu, vanbračni otac čije je očinstvo upisano u matičnu knjigu rođenih može vršiti roditeljsko pravo ako dobije saglasnost majke deteta ili ako dobije odobrenje za vršenje roditeljskog prava. Slično važi i u Irskoj. U Austriji¹¹ i Nemačkoj¹² vanbračni otac će zajednički vršiti roditeljsko pravo samo ako postoji zajednička izjava roditelja deteta.¹³ Ipak, Ustavni sud Nemačke, 2010. godine proglasio je neustavnom odredbu o neophodnosti pristanka majke za zajedničko vršenje roditeljskog prava i ustanovio automatsko sticanje zajedničkog vršenja roditeljskog prava vanbračnim parovima.¹⁴

ZAJEDNIČKO VRŠENJE RODITELJSKOG PRAVA
NA OSNOVU SPORAZUMA

Zajedničko vršenje roditeljskog prava kada su saglasna oba roditelja

Saglasnost oba roditelja u pogledu sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava vezuje sud da prihvati takav sporazum. Za razliku od velikog

⁶ Član 137. st. 2. Austrijskog građanskog zakonika.

⁷ Član 373 st. 1. Belgijskog građanskog zakonika.

⁸ Član 72. Bugarskog Porodičnog zakona.

⁹ Član 44. Češkog Porodičnog zakona.

¹⁰ Član 75. st.1. Porodičnog zakona Srbije.

¹¹ Član 166. i čl. 167. Austrijskog građanskog zakonika.

¹² Član 1626. st.1. tač.2. Nemačkog građanskog zakonika.

¹³ K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. Gonzales Beilfus, M. Jantera-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny, W. Pintens, Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities, Anverpen-Oxford, 2007, str. 84.

¹⁴ <http://www.euronews.net/2010/08/03/court-ruling-paves-the-way-for-automatic-joint-custody-in-germany/>, 7.7.2011.

broja inostranih prava koja ne ulaze u sadržinu tog sporazuma, naše pravo predviđa da to nije lična stvar roditelja u koju se sud neće mešati. Sud unosi u izreku presude ovaj sporazum samo ako je to u najboljem interesu deteta.¹⁵ Pozdravljamo ovakvo ograničenje slobode ugovaranja roditelja, obzirom da interese deteta po pravilu, ali ne i uvek, najbolje štite roditelji. Zakonodavac polazi od premise da je najbolje da roditelji samostalno urede odnose u vezi sa (zajedničkim) vršenjem roditeljskog prava ali ostavlja mogućnost sopstvene procene, da takav sporazum ne prihvati ili izmeni. Zamislimo primer gde je jedan supružnik u izrazito dobrom materijalnom stanju, a drugi supružnik izrazito loših materijalnih mogućnosti. Supružnik koji ima dosta sredstava može uceniti drugog supružnika da usled nedostatka sredstava pristane na sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava prema kome bi deca imala prebivalište kod imućnijeg supružnika. Ceneći sporazum kroz prizmu najboljeg interesa deteta, sud može doteti odluku da sva ili neka deca budu poverena siromašnijem roditelju i dosuditi plaćanje alimentacije za decu. Ovo jeste jedan hipotetički primer ali smatramo da bi nepostojanje procene sporazuma od strane suda moglo omogućiti nepravilan ishod i izvor zloupotreba i ucena među roditeljima¹⁶ u određenim slučajevima postizanja sporazuma o vršenju roditeljskog prava.

*Zajedničko vršenje roditeljskog prava
kada nema saglasnosti jednog roditelja*

Ukoliko ne postoji saglasnost povodom sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava među roditeljima, verovatno je da će roditelj koji se faktički ne stara o detetu (kod koga dete ne živi) zahtevati da sud dosudi zajedničko vršenje roditeljskog prava. Pod pretpostavkom, da je najčešće majka osoba koja se stara o detetu, otac će biti roditelj koji podnosi zahtev. Iz aspekta roditelja koji postavlja zahtev, ako on ispunjava potrebne uslove (emotivna, ekonomska stabilnost u odgajanju deteta), sasvim je opravdano dosuditi zajedničko staranje obzirom da je poželjno podržati nameru tog roditelja da aktivnije učestvuje u odgajanju deteta. U tom slučaju i detetovi interesi poklapaju se sa zahtevom roditelja da zajednički vrši roditeljsko pravo. Međutim, nesaglasnost roditelja kod

¹⁵ Porodični zakon to naglašava na dva mesta, u članu 75. st. 2. i čl. 225. st.1.

¹⁶ O izvoru pritisaka i zloupotreba ovakvih sporazuma u portugalskom pravu videti, M. C. Sottomayor, *The Introduction and Impact of Joint Custody in Portugal*, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol.13, num.2, August 1999, str. 253.

koga se dete nalazi i u slučaju kada je drugi roditelj podoban za zajedničko vršenje roditeljskog prava može dovesti do toga da interesi deteta budu ugroženi. Nesaglasnost jednog roditelja u pogledu zajedničkog odgajanja usloviće faktičku nefunkcionalnost ovakvog sporazuma i nemogućnost dogovora oko (bitnih) pitanja vezanih za dete. U krajnjem rezultatu interesi deteta mogu biti ugroženi. Stoga, ako nema saglasnosti jednog roditelja i nakon dužeg perioda konsultacija i pomoći medijatora ili drugih nepristrasnih tela, nameće se zaključak o neprimenljivosti ovog sporazuma. Sudu stoji kao mogućnost da neopravdano odbijanje prihvatanja sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava jednog roditelja oceni kao okolnost suprotnu interesima deteta i da pod pretpostavkom jednake podobnosti oba roditelja dosudi samostalno vršenje roditeljskog prava drugom roditelju. Ipak, i u skladu sa principom prvobitnog staratelja, dete će od trenutka prestanka zajednice života do donošenja sudske odluke o poveravanju biti kod jednog roditelja (najčešće majke), tako da je taj roditelj, u hipotetičkoj pretpostavci jednakih uslova oba roditelja, u prednosti jer se dete nalazi(lo) kod njega i steklo izvesnu stabilnost kao odlučujuću činjenicu za donošenje odluke o poveravanju.

*Zajedničko vršenje roditeljskog prava
kada nema saglasnosti oba roditelja*

Usvajanjem principa najboljeg interesa deteta u svim postupcima u kojima se odlučuje o pravima deteta, postavlja se pitanje da li sud može da nametne roditeljima zajedničko vršenje roditeljskog prava ako se oni tome protive. U našem pravu takva mogućnost nije dozvoljena. Ovo pitanje posebno ističemo, obzirom na praksu nekih prava (švedsko, finsko, francusko) prema kojoj sud može odrediti zajedničko vršenje roditeljskog prava i ako nema saglasnosti roditelja. Moguće je da takva odluka u nekim slučajevima, posmatrano u odnosu na dete, ne bi bila u njegovom najboljem interesu, što obrazložimo sledećim: u slučaju gde nema saglasnosti roditelja o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, faktički postoji dvostruka nesaglasnost roditelja, prva, koja je dovela do razvoda braka, koju nije bilo moguće prevazići (medijacijom i drugim pravnim i vanpravnim sredstvima), i druga nesaglasnost, povodom zajedničkog vršenja roditeljskog prava. Ako već nije moguće postići saglasnost oko inicijalnog postupanja povodom (zajedničkog) vršenja roditeljskog prava, postavlja se pitanje kako će roditelji nametanjem sporazuma zajednički donositi (svakodnevne) odluke koje se tiču deteta. Može se prihvatiti stav da nametanje zajedničkog vrše-

nja roditeljskog prava ima izgleda da naknadno dovede do saglasnosti roditelja (i) oko pitanja vezanih za dete. Ovo je moguće samo ako obe nesaglasnosti (povodom razvoda i zajedničkog vršenja roditeljskog prava) nisu znatne, suštinske i nepremostive. Kao što se može videti, navedeni termini su neodređeni i ne pomažu mnogo pri definisanju.

Ako bismo dublje analizirali razloge za nesaglasnost koji bi nametanjem mogli biti prevaziđeni, možemo, *exempli causa*, nevesti apsolutno i relativno isključujuće razloge za nesaglasnost. Apsolutno isključujući bio bi razlog nesaglasnosti oko prebivališta deteta, odnosno ako roditelji imaju različito viđenje ko treba da ima fizičku komponentu zajedničkog staranja. Ovo stoga što i prema Porodičnom zakonu¹⁷ saglasnost oko toga šta će se smatrati zakonskim prebivalištem deteta čini obavezni deo sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava. U tom slučaju, nametanje odluke suda u odsustvu saglasnosti roditelja, pre bi imalo karakter odluke o samostalnom vršenju roditeljskog prava. Relativno isključujući bili bi oni razlozi kad postoji nesaglasnost o bitnim pitanjima koja utiču na život deteta (obrazovanje, raspolaganje imovinom, promena prebivališta). Kod ovih pitanja nesaglasnost je manjeg obima, te je moguće da sud ili druga ustanova pokuša da pomiri stavove roditelja i tako održi mogućnost dosuđivanja zajedničkog staranja. Ipak, u ovakvoj teorijskoj postavci, teško je zamisliti toliko učešće (van)državnih subjekata i organizacija u prevazilaženju svakodnevnih aktivnosti vezanih za dete.

FORMIRANJE INSTITUTA ZAJEDNIČKOG VRŠENJA RODITELJSKOG PRAVA (ISTORIJSKI OSVRT)

Kada se posmatra razvoj ustanove vršenja roditeljskog prava nakon razvoda braka, moguće je uočiti nekoliko etapa koje su prethodile formiranju instituta zajedničkog vršenja roditeljskog prava. Jedna od osnova za uvođenje instituta zajedničkog vršenja roditeljskog prava postavljena je dopuštanjem razvoda braka nezavisno od krivice. U vreme kada je krivica smatrana uzrokom za razvod braka sudovi su vršenje roditeljskog prava prema pretpostavci dodeljivali onom roditelju koji nije skrivio razvod braka. Izostavljanjem krivice kao uzroka za razvod braka javila se mogućnost da se roditelji dogovore oko zajedničkog vršenja roditeljskog prava nakon razvoda braka. Sporazumni razvod braka lak-

¹⁷ Član 76. st. 2 PZS.

še omogućava postizanje ovakvog sporazuma, dok razvod po tužbi, uključujući krivicu, implicira nemogućnost, odnosno znatno smanjenu mogućnost dogovora oko zajedničkog vršenja roditeljskog prava.

Namera nam je da napomenemo jednu značajnu činjenicu: roditelji mogu da zaključe sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava i ako su (samo formalno) u braku. Naime, ako između roditelja ne postoji zajednica života a ne žele da se razvedu oni se mogu dogovoriti o načinu vršenja roditeljskog prava. Kao i u slučaju razvoda braka, roditelji su ograničeni najboljim interesom deteta, obzirom da sud i ovde procenjuje sporazum i prihvata ga ako je u skladu sa vrhovnim načelom najboljeg interesa deteta.

Princip favorizovanja materinske zaštite

U prvim decenijama XX veka preovlađivala je u porodičnoj teoriji pretpostavka da idealni starateljski odnos roditelj – dete, pretpostavlja poveravanje deteta majci. Praksa se u potpunosti priklonila takvim stavovima, posebno ako je reč o malom detetu ili bebi. Iako se tako smatralo u teoriji, u zakonskoj regulaciji dugo vremena je proteklo dok se (određeni) zakonodavci nisu priklonili takvom stavu.¹⁸

U američkoj literaturi ovakva praksa poznata je i pod imenom *tenders year doctrine*. Prema toj doktrini, uvek kada je reč o malom detetu, detetu mlađeg uzrasta (posebno bebi), vršenje roditeljskog prava poveravano je isključivo majci. Doktrina o “prednosti majke” pri vršenju roditeljskog prava u pravnim sistemima Engleske, Švedske, Finske i Nemačke prihvatana je kroz sudske odluke.

Međutim, kao što ćemo podvući kasnije, usvajanjem pretpostavke o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, značajno je izmen pogled na doktrinu o prednosti majčinske zaštite. U svetlosti kasnijeg favorizovanja zajedničkog vršenja roditeljskog prava, podnošenje zahteva jednog roditelja za samostalnim vršenjem roditeljskog prava smatrano je neprimerenim. Tako, ako majka zahteva razvod braka i traži samostalno starateljstvo nad detetom, navedeno ponašanje može se tumačiti kao nepromereno i takva majka (o)karakterisati kao nepodobna.¹⁹

¹⁸ Naime, majka je samostalno vršenje roditeljskog prava mogla ostvariti nakon razvoda u Švedskoj 1915. u Engleskoj 1925. u Finskoj 1930. a u Nemačkoj tek 1959. godine.

¹⁹ M. Fineman, *Dominant Discourse, Professional Language, and Legal Change in Child Custody Decisionmaking*, 1010 *Harvard Law Review*, 1988, str.765 i dalje.

U šerijatskom pravu imamo potpunu primenu pretpostavke o prednosti materinske zaštite. Majci je povereno staranje o detetu nakon razvoda braka i to od rođenja dok dete ne postane sposobno za pravilno rasuđivanje, što je po islamskom pravu sedma godina života deteta. Tada dete ima pravo izbora, da nastavi da živi sa majkom ili da živi sa ocem. Dete može da promeni odluku, a ako ne izabere niti jednog roditelja ili izabere oba roditelja, presuđuje se bacanjem kocke. Slaboumno dete se po pravilu dodeljuje majci, bez mogućnost izbora roditelja. Islamsko pravo razlikuje i polni kriterijum pri dodeljivanju roditeljskog prava: žensko dete ostaje kod majke do prvog hajza (menstruacije) a posle prelazi kod oca.²⁰

Princip polne neutralnosti

Jedan od oblika roditeljskog staranja koji je tokom 70-ih i 80-ih godina XX veka smatran za najoptimalniji bio je princip polne neutralnosti. Princip pretpostavlja da pri dodeljivanju roditeljskog prava nad detetom nakon razvoda braka, majci ne treba davati prednost samo na osnovu pola.²¹ Princip polne neutralnosti promovisan je kao rezultat argumentacija u literaturi da i majka i otac treba da imaju jednake šanse pri dodeli vršenja roditeljskog prava.²² Ipak, iako ravnopravno teorijski postavljen, ovaj princip nije dosledno sproveden u praksi obzirom da je (i dalje) u većini odluka starateljstvo nad decom dodeljivano majci.

Još jedan princip koji je bio prisutan u porodičnoj literaturi druge polovine XX veka bio je znan kao princip "*statusa quo*".²³ Prema ovom principu odlučujući uticaj pri dodeli roditeljskog prava treba da ima kontinuitet u podiza-

²⁰ S. Panov, Porodično pravo, Beograd, 2010, str. 226. Šerijatsko pravo utvrđuje tačan redosled lica koja će se starati o detetu ako majka nije u stanju. Starateljstvo se u tom slučaju dodeljuje majčinoj porodici (baba, prababa), zatim očevoj porodici (baba, prababa), zatim rođena sestra deteta, sestra po ocu, sestra po majci, tetka po majci, tetka po ocu... Tek ako nema nijedne od ženskih osoba dete se poverava ocu, pa dedi, bratu i bratancu. Kao što se da primetiti, postoji izrazito favorizovanje ženskih osoba i to u odnosu na oca koji, za razliku od većine pravnih sistema u kojima on dolazi na red paralelno sa majkom ili odmah nakon nje, u šerijatskom pravu ima pravo na staranje tek ako nema ženske osobe koja je podobna da se stara o detetu.

²¹ Princip je prihvaćen u Minesoti u poznatom slučaju *Pikula v. Pikula* (1985) i Zapadnoj Virđžiniji u odluci *Garska v. McCoy* (1981).

²² O odnosu roditelja i dece kao i pravima dece u porodičnim odnosima videti, M. Janjić-Komar, Prava dece u porodičnim odnosima, Beograd, 1987.

²³ Ovaj princip uveden je u SAD putem sudske odluke *J v C* iz 1970. godine.

nju deteta. Stoga, onaj roditelj koji se o detetu starao nakon prestanka zajednice života, kod koga je dete boravilo pre odluke o vršenju roditeljskog prava, ima prednost u sudskom odlučivanju o dodeli roditeljskog prava. Na osnovu ovog principa, očevima je omogućeno da steknu roditeljsko pravo nakon razvod braka ako su se prethodno starali o detetu.²⁴ Ovaj princip se u literaturi pominje i kao "prvobitni" ili "primarni staratelj". "Primarni staratelj" se definiše kao "roditelj koji je faktički sprovodio većinu starateljskih aktivnosti što podrazumeva blizak odnos sa detetom."²⁵

Kao i u mnogim, i u ovoj oblasti prava, pokazalo se da je život maštovitiji od prava i zakona. Svedočanstvo o toj tezi kao i težini utvrđivanja pojma "prvobitnog staratelja" pruža nam slučaj iz Minesote, *Kennedy v. Kennedy* iz 1985. godine.²⁶ Naime, kada su se Karol i Duan Kenedi razveli imali su četvoro dece strasti, jedanaest, šest, pet i četiri godine. Duan je radio kao advokat a Kerol nije bila stalno zaposlena i radila je na povremenim poslovima od rođenja drugog deteta. U vreme razvoda troje starije dece živelo je kod oca na farmi. Majka se dva puta selila u potrazi za poslom i u vreme odlučivanja o vršenju roditeljskog prava preselila se u drugi grad u kome je za naknadu negovala stariju osobu. Pitanje oko koga je sud odlučivao, bilo je, određivanje najboljeg, optimalnog okruženja za odgajanje dece. Sud je dodelio troje starije dece ocu, navodeći da su se deca u potpunosti prilagodila na ruralnu sredinu i tamošnju školu, da otac pruža potrebnu sigurnost i da je postignut kontinuitet u razvoju dece. Sa druge strane, sud je podvukao da majka nema sigurne planove za budućnost te da ne može da obezbedi potrebnu stabilnost za decu. Apelacioni sud države Minesote poništio je odluku i vratio predmet na ponovno suđenje jer nije pouzdano utvrđeno ko je bio "prvobitni staratelj" u vreme kada je počinjao postupak za razvod braka. Odluka je imala i izdvojeno mišljenje, u kome je istaknuto, da je tačno utvrđeno ko je bio primarni staratelj i to na osnovu dva veštačenja socijalnih radnika. Zaključak tih veštačenja bio je da su oba roditelja učestvovala u podizanju dece i da su oboje pokazivali brigu i izrazitu bliskost sa decom.

Navedeni slučaj nam prikazuje težak zadatak pred kojim se sud našao u utvrđivanju činjenice uloge prvobitnog staratelja. Karol, kao podobna majka, verovatno bi, prema ranijem pravu dobila starateljstvo, ali je usled nedostatka stal-

²⁴ Videti, K. Kurki-Suonio, Joint Custody as an Interpretation of the Best Interest of the Child in Critical and Comparative Perspective, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol.14, num.3, December 2000, str. 186.

²⁵ M. Ann Mason, *From Fathers Property to Children's Rights*, New York, 1994, str. 132.

²⁶ *Kennedy v. Kennedy*, 376 N. W. 2d 702 (Minn. App. 1985).

nog zaposlenja i prihoda, te nemogućnosti obezbeđivanja stabilnog porodičnog doma za nju i decu, izgubila starateljstvo.²⁷

Potrebno je istaći da je princip polne neutralnosti usled prethodne dominacije principa materinske zaštite u izvesnom periodu bio tumačen kao princip prednosti očeva, kao rezultat želje za polnom ravnotežom u dodeljivanju roditeljskog prava. Pokret za prava očeva imao je znatan uticaj u Kaliforniji i Engleskoj a kasnije i Nemačkoj. Kao rezultat protivteže prethodno vladajućem principu favorizovanja materinske zaštite, nastalo je shvatanje o pokušaju uvođenja principa prvenstva očinske zaštite. Ipak, uticaj pokreta očeva bio je manjeg dometa, te se ne može reći da su sudovi makar i u jednom periodu davali očevima prednost pri vršenju roditeljskog prava. Može se govoriti samo o kratkom zaovertu od principa favorizovanja materinske zaštite ka polnoj neutralnosti, gde se većinom u literaturi, a u manjoj meri kroz praksu sudova, prikazala mogućnost favorizovanja očeva pri dodeljivanju roditeljskog prava.

Princip psihološkog blagostanja deteta

Druga strana stavova suprotnih favorizovanju materinske zaštite u teoriji 1970-ih godina, ogleda se kroz princip psihološkog blagostanja deteta. Roditelj koji sa psihološke strane može detetu omogućiti najbolji razvoj ima prednost u vršenju roditeljskog prava. Psihološke karakteristike roditelja uzimaju se kao odlučujuće činjenice pri sudskoj proceni. Ova teorija prezentovana u poznatom delu "Izvan najboljeg interesa deteta" (*Beyond the Best Interest of the Child*) autora Goldsteina, Freuda i Solnita izvršila je snažan uticaj na sudsku praksu u SAD i Nemačkoj.²⁸ Princip psihološkog blagostanja deteta prethodio je formiranju koncepta zajedničkog vršenja roditeljskog prava. Zajedničko vršenje roditeljskog prava ili zajedničko starateljstvo (*joint custody*) ima svoje poreklo i opravdanje u psihološkoj analizi da je za potpun razvoj deteta neophodno prisustvo i učešće oba roditelja.

²⁷ *Ibid.*, 133.

²⁸ Veliki broj psihijatara, psihologa i porodičnih terapeuta kasnije je u svojim analizama podržao koncept zajedničkog vršenja roditeljskog prava (*joint custody*) – Judith Wallerstein, Joan B. Kelly, Mel Roman, William Haddad, Constance Ahrons u SAD, Martin Richards u Engleskoj, Wassilios Fithenakis u Nemačkoj, Bente i Gunnar Oldberg u Švedskoj.

Princip zajedničkog vršenja roditeljskog prava

Institut zajedničkog vršenja roditeljskog prava (*joint custody*) u inostrane pravne sisteme najranije je uveden 70-ih godina XX veka. Od tada, on je postepeno, sve do početka XXI veka uveden u mnoge (van)evropske pravne poretke. Prema shvatanjima u našoj porodičnopravnoj teoriji, iako prema Zakonu o braku i porodičnim odnosima Srbije nije bilo izričito propisano zajedničko vršenje roditeljskog prava, sudovi su mogli nakon razvoda braka dosuditi da oba roditelja budu u istovetnom pravnom položaju prema detetu, odnosno smatralo se da naše pravo nije predviđalo pravne prepreke koje bi sprečavale roditelje da i nakon prestanka braka razvodom zajednički vrše roditeljsko pravo, pod uslovom da mogu prevazići međusobne nesuglasice koje su dovele do prestanka braka.²⁹ Ipak, formalnopravno posmatrano, zajedničko vršenje roditeljskog prava uvedeno je u naš pravni sistem Porodičnim zakonom iz 2005. godine.

U velikom broju pravnih sistema upravo je sudska praksa svojim odlukama prethodeći zakonskoj regulaciji dozvoljavala zajedničko vršenje roditeljskog prava, a kasnije je ta praksa potvrđena zakonskim redigovanjem. Sudovi su svojim odlukama uvodili predmetni institut a zakonodavac je kasnije to potvrđivao. Uglavnom se išlo logičkom argumentacijom prema kojoj, npr. u Francuskoj, ako nije zakonom izričito zabranjeno da se dosudi zajedničko vršenje roditeljskog prava (*garde conjointe*), sudija je ovlašćen da to učini.³⁰

Sa druge strane, paralelno sa uvođenjem zajedničkog vršenja roditeljskog prava, princip najboljeg interesa deteta postaje prisutan u velikom broju inostranih zakona kao vrhovno načelo pri odlučivanju o svim pitanjima koja se tiču deteta. Prilikom razvoda braka jedno od pitanja koje će imati značajan uticaj na dete, ali i na roditelje, jeste kome će dete biti povereno, odnosno ko će vršiti roditeljsko pravo nakon razvoda braka. Ovo pitanje, kao i mnoga druga koja se tiču deteta, podređena su vrhovnim načelom – najboljeg interesa deteta.

Nakon shvatanja o prednosti materinske zaštite, polne neutralnosti i psihološkog blagostanja deteta došlo se do shvatanja da je idealni oblik vršenja roditeljskog prava nakon razvoda braka, zajedničko vršenje roditeljskog prava. Da je u najboljem interesu deteta da roditelji zajednički vrše roditeljsko pravo. Možemo podvući da zajedničko vršenje roditeljskog prava u sebi želi da objedini sledeće: da pomiri suprotne interese roditelja za davanjem prednosti u dodeljivanju roditeljskog prava koji su isticani u teoriji materinske zaštite, da kroz prin-

²⁹ O. Cvejić-Jančić, Zajedničko vršenje roditeljskog prava, *Pravni život* 9/1997, str. 692.

³⁰ *Ibidem*, str. 680.

cip polne neutralnosti uključi očeve u vršenje roditeljskog prava, i da, najzad, u skladu sa teorijom koja joj je prethodila (teorija psihološkog blagostanja) interese deteta stavi u fokus odlučivanja o vršenju roditeljskog prava. Zajedničko vršenje roditeljskog prava jeste rešenje najoptimalnije za dete, ali i predstavlja jedan teško dostizan cilj, jer je ostvarljivo samo ako među supružnicima- roditeljima, nema značajnih nesuglasica i ako postoji saglasnost i volja među njima za ovakav načina staranja o detetu.

Zajedničko vršenje roditeljskog prava podrazumeva dve komponente: pravno staranje (*legal custody*) i fizičko staranje (*physical custody*). Sa pravne strane, roditelji su u potpuno ravnopravnim ulogama po pitanju svih prava iz roditeljskog korpusa. Kada je rač o fizičkom staranju, moguće su tri situacije: da roditelji budu u potpuno ravnopravnom fizičkom položaju prema detetu (dete provodi iste periode vremena kod jednog i drugog roditelja), da roditelji budu u potpuno neravnopravnom fizičkom položaju prema detetu (da dete boravi isključivo kod jednog roditelja) i da, najzad, roditelji budu u manje neravnopravnom položaju prema detetu (dete boravi kod oba roditelja, ali kod jednog znatno duže nego kod drugog).

Pojam zajedničkog vršenja roditeljskog prava pretpostavlja da je razvod braka rezultat psihološke krize supružnika koja na drugi način osim razvodom nije mogla biti rešena, i da se odnosi netrpeljivosti, nesaglasnosti i nerazumevanja završavaju u njihovim međusobnim odnosima, da se neće prenositi na decu. Smatra se da supružnici mogu nastaviti ulogu roditelja u kooperaciji i da njihovi odnosi neće uticati na (zajedničko) vršenje roditeljskog prava. Zajedničko vršenje podrazumeva da se razvod odnosi samo na supružnike, ne i na decu, odnosno da novonastali (brakorazvodni) odnosi treba što manje da imaju uticaj na svakodnevni život dece. Može se sa sigurnošću zaključiti, da koncept zajedničkog vršenja roditeljskog prava podrazumeva podršku države, socijalnih službi i medijatora koji bi pre donošenja sudske odluke o zajedničkom vršenju roditeljskog prava eliminisali postojeće nesporazume i ukazali roditeljima na značaj odluke o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, kako iz ugla deteta, tako i iz njihovog ugla. Postojanje postupka medijacije, koji predviđa i naš Porodični zakon, pravni je okvir u kome bi trebalo da se roditeljima pomogne da u toku brakorazvodnog postupka, ako nije moguće da prevaziđu nesuglasice koje se tiču opstanka braka, bar postignu u najboljem interesu deteta optimalan sporazum o (zajedničkom) vršenju roditeljskog prava.³¹

Promena stava u sporovima oko starateljstva usvajanjem pretpostavke o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, rezultat je pretpostavke da razvod bra-

³¹ Videti čl. 229–246 Porodičnog zakona Srbije.

ka ne ugrožava dotadašnje porodične odnose, da se razvodom braka ne menja odnos supružnika prema deci. Razlozi koji su doveli do razvoda braka su lična stvar za supružnike i ne odnose se na decu. Taj ideal o nastavku porodične (dis)harmonije sastavljen je od više komponenti koje su uticale na njegovo formiranje: ravnopravnosti (u vršenju roditeljskog prava), polne neutralnosti, socijalne kohezije.³²

Zajedničko vršenje roditeljskog prava pretpostavlja da odnosi u porodici počivaju na nekonfliktnim osnovama, da razvod sam po sebi ne sme da predstavlja nepomirljiv proces roditelja po pitanju razvoja i interesa deteta. Ipak, sa druge strane, ako su uzroci koji su doveli do razvoda braka ozbiljni, nepomirljivi, teško će biti moguće da roditelji prevaziđu svoje, već postojeće sukobe. Naravno, namera zakonodavca i države u cilju pomirenja treba biti podržana, ali nametanje ovakvog sporazuma uprkos protivljenju (jednog ili oba) roditelja čini nam se suprotno njegovom cilju. Zajedničko vršenje roditeljskog prava podrazumeva da oba roditelja vrše roditeljsko pravo, *zajednički*. Bez postojanja saglasnosti (i jednog roditelja) nema komponente zajedništva i pojma zajedničkog vršenja roditeljskog prava.

Ističe se, smatramo opravdano, dvostruka korist sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, sa strane deteta i sa strane roditelja. Dete u ovakvom načinu održavanja odnosa ima jednak (i pravni i faktički) odnos sa oba roditelja, dok su i roditelji u ravnopravnom (ili ravnopravnijem) položaju u odnosu na dete, posebno u odnosu na slučaj kada samo jedan roditelj vrši roditeljsko pravo. Time se smanjuje neprijateljstvo između roditelja, pojačano, između ostalog, i činjenicom da je dete povereno jednom od njih a da drugi može viđati svoje dete samo u određenim situacijama. Pokušava se da novonastali poremećeni (brakorazvodni) odnosi roditelja što manje utiču na dete, te se dete stavlja u centar roditeljskih odnosa, a ne supružnici, što smatramo potpuno opravdanim. Argumentujemo to stavom da se često u brakorazvodnim parnicama dete stavlja kao sredstvo za ostvarivanje interesa jednog supružnika prema drugome, dok se dete, njegove potrebe i interesi stavljaju u drugi plan pred naletom međusobnih optužbi i sukoba roditelja. Stoga, detetov najbolji interes jeste da ima odnose sa oba roditelja i da oba roditelja (i dalje) zajednički vrše svoja prava i dužnosti, bez obzira na činjenicu razvoda. U tom kontekstu u najboljem interesu deteta jeste zajedničko vršenje roditeljskog prava. Postoji direktna veza najboljeg interesa deteta i zajedničkog vršenja roditeljskog prava. To je teorijska postavka ove utvrđene veze. Drugi strana te postavke je praktična primena. Ipak, ako nije

³² M. Fineman, Dominant Discourse, Professional Language, and Legal Change in Child Custody Decisionmaking, 1010 Harvard Law Review, 1988, str. 727.

ni posle postupka konsultacija i pomoći od strane stručnih lica (medijatora), ni radi interesa deteta, moguće postići sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, čini nam se poželjnijim da roditelj koji ispunjava uslove za potpuniji i pravilniji razvoj deteta dobije samostalno vršenje roditeljskog prava, nego da sud nameće roditeljima sporazum koji prethodno nisu mogli postići. To bi bilo suprotno interesu deteta.

Zajedničko vršenje roditeljskog prava proizvod je stanovišta da stalan kontakt deteta sa oba roditelja ima manje traumatičan efekat na dete uslovljen razvodom braka njegovih roditelja. Sa strane roditelja, ističe se da zajedničko vršenje roditeljskog prava smanjuje psihološki, socijalni i ekonomski teret majki u pogledu podizanja dece nastao nakon razvoda braka. Dobrobit za očeve ogleda se u dozvoljavanju većeg (ravnopravnijeg) uticaja na vršenje roditeljskog prava i odlučivanju o svakodnevnim pitanjima vezanim za dete.

Smatra se da u obrazovnijim slojevima društva postoje veće mogućnosti za postizanje sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, dok to nije slučaj u nižim (neobrazovnijim) slojevima, gde se razvod braka doživljava kao način da se kazni supružnik za kršenje svojih obaveza u braku.³³

Sa druge strane, ističu se negativni efekti ovakvog sporazuma. Osnovni argument ogleda se u tome da zajedničko staranje podriva potrebu deteta za stabilnošću. Postojanje dva doma, posebno ako se u vremenskim periodima koje dete u njima provodi nastavlja manifestacija konflikata koji su doveli do razvoda braka, dete se podstiče na lojalnost jednom roditelju. Primećeno je da se u mnogim slučajevima kada se do razvoda braka isključivo majka starala o detetu, postavljanje zahteva za zajedničkim starateljstvom od strane oca ima za cilj primoravanje majke da smanji iznos zahteva za izdržavanje postavljen prema njemu.³⁴

Napomenuli smo da se kod zajedničkog vršenja roditeljskog prava, pravi razlika između zajedničkog pravnog i zajedničkog faktičkog vršenja. Zajedničko pravno vršenje roditeljskog prava (*legal joint custody*) odnosi se na slučaj kada se dete faktički nalazi (boravi) kod jednog roditelja a oba roditelja zajednički donose bitnije odluke vezane za dete. To su najčešće pitanja vezana za obarovanje, zdravlje deteta,³⁵ putovanje u inostranstvo, promenu prebivališta, religijsko opredeljenje deteta. Zajedničko faktičko vršenje roditeljskog prava (*physical, re-*

³³ M. C. Sottomayor, The Introduction and Impact of Joint Custody in Portugal, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol.13, num.2, August 1999, str. 251.

³⁴ G. Kovaček – Stanić, *Novo porodično zakonodavstvo*, Zbornik radova, Kragujevac, 2006, str. 272.

³⁵ Povodom preduzimanja medicinske intervencije nad detetom videti slučaj na Novom Zelandu *Re J* (1996) 2 NZLR 134.

sidental joint custody) podrazumeva da je faktičko staranje nad detetom podeljeno – vremenska nega koju roditelji vrše (ravnopravno) je podeljena među roditeljima. To može biti dnevna, nedeljna i mesečna nega, odnosno faktičko vršenje roditeljskog prava. Zajedničko faktičko vršenje roditeljskog prava podrazumeva da dete jedan period vremena provodi kod jednog roditelja a zatim određen (jednak) period vremena provodi kod drugog roditelja. U slučaju da se primenjuje zajedničko faktičko staranje smatra se da dete ima dva doma, te je reč o novom tipu tzv. binuklearne porodice. Zanimljivo je da naspram navedenih stavova, postoji model zajedničkog faktičkog vršenja roditeljskog prava prema kome dete ostaje u porodičnom domu a roditelji su ti koji se menjaju u domu u (jednakim) vremenskim periodima.³⁶ Prema takvom modelu, dete se stavlja u fokus a roditelji su ti koji bi trebali da se prilagodjavaju potrebama deteta. Ovakav model opravdano prezumira kao osnovnu potrebu stabilnost deteta, ali (p)ostavlja pitanje primenljivosti u praksi.

Čini nam se da je zajedničko faktičko vršenje roditeljskog prava moguće ostvariti ako je dete manjeg uzrasta i ako roditelji žive u istom gradu ili manjem mestu. Interes deteta je da ima odnose sa oba roditelja i nakon razvoda braka ali je isto tako interes deteta da ima stabilno okruženje u kome će živeti, pohađati školu, imati prijatelje.

Podela na faktičko i pravno zajedničko vršenje roditeljskog prava izazvala je dosta oprečnih mišljenja, obzirom da izvorni poljam zajedničkog vršenja roditeljskog prava podrazumeva pravno zajedničko staranje a ne (i) fizičko staranje. Možemo zaključiti da zajedničko vršenje roditeljskog prava ima dva elementa, jedan obavezni koji je uslov postojanja ovog pojma a to je zajedničko pravno staranje, i drugi, dispozitivni, u vidu faktičkog zajedničkog vršenja. Dok je zajedničko pravno vršenje poželjno u većini ili nekim slučajevima razvoda braka, zajedničko faktičko vršenje moguće je ostvariti samo pod određenim uslovima, kao što su nepostojanje značajnih sukoba roditelja, stambena situiranost oba roditelja, jer je uslov da se oba roditelja faktički staraju da dete može i u jednom i drugom domu boraviti, zatim, ekonomska stabilnost (zaposlenje) koja omogućava da dete bude izdržavano za vreme dok boravi kod oba roditelja.

U vezi sa navedenom podelom, može se postaviti pitanje razlike između pravnog zajedničkog pravnog vršenja roditeljskog prava i samostalnog vršenja roditeljskog prava, gde drugi roditelj ima pravo da o pitanjima koja bitno utiču na život deteta odlučuje zajedno sa roditeljem koji vrši roditeljsko pravo.³⁷ Vrlo

³⁶ M. Ann Mason, *From Fathers Property to Children's Rights*, New York, 1994, str. 130.

³⁷ Tako, u našem pravu roditelj koji ne vrši roditeljsko pravo ima pravo da odlučuje o pitanjima koja bitno utiču na život deteta, a to su obrazovanje deteta, preduzimanje većih medicinskih

suptilna teorijska razlika među navedenim primerima mogla bi se naći u tome što kod zajedničkog pravnog vršenja postoji saglasnost oko toga da se zajednički vrši roditeljsko pravo i da dete bude kod jednog roditelja, a da drugi bitnije odluke donosi u saradnji sa roditeljem starateljem, ne navodeći koje su to sve odluke i sa pretpostavkom da nema nesaglasnosti roditelja oko odluka, dok kod odlučivanja o bitnim pitanjima koja utiču na dete, kod samostalnog vršenja roditeljskog prava, pretpostavlja se da nema inicijalne saglasnosti o tome ko će vršiti roditeljsko pravo ali se roditelju koji ne vrši roditeljsko pravo daje mogućnost da učestvuje u životu deteta kroz uticaj na donošenje navedenih odluka.

Argumenti u prilog zajedničkom vršenju roditeljskog prava ističu da nov model porodice u kome očevi imaju značajnu ulogu, zahteva da se i oni nakon razvoda braka uključe u život deteta, da ne predstavljaju na osnovu odluka o samostalnom vršenju roditeljskog prava majki i utvrđivanja modela kontakta sa detetom, samo “posetioce” u životu deteta. Norme o ravnopravnosti polova naglašavaju da očevi postaju sve značajniji faktor u životu deteta i da je za pravilan i potpun razvoj deteta neophodno aktivno učešće očeva. Veća uloga očinske figure dovodi do ravnopravnije podele u vršenju roditeljskog prava, jačanja porodice i pravilnijem razvoju deteta čime se želi ostvariti primaran cilj zastupnika *joint custody*, a to je nastavak porodične kohezije i ublažavanje posledica razvoda, primarno iz aspekta deteta.

Navedena teorijska opravdanja i favorizovanje pretpostavke fizičkog zajedničkog vršenja roditeljskog prava nekada nisu podržana empirijskim istaživanjima. Tako, jedna od većih studija o vršenju roditeljskog prava, Stanford studija o vršenju roditeljskog prava, koja je obuhvatila 908 porodica, pokazala je da fizičko zajedničko vršenje roditeljskog prava bira tek 1/5 parova koja se razvodi. Većina od posmatranih 908 slučajeva pokazala je da među (bivšim) supružnicima postoji jak konflikt i da nema želje za postizanjem bilo kakvog dogovora (pa samim tim ni dogovora o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, bilo fizičkom, bilo pravnom). Većina dece u porodicama sa jakim konfliktima živi sa majkom a tri ili više noći provodi kod oca tokom dvonedeljnog perioda. Najveći broj roditelja odlučuje se za pravno zajedničko vršenje roditeljskog prava.³⁸ U nedostaku sličnih studija kod nas, smatramo značajnim sprovođenje istaživanja o zajedničkom vršenju roditeljskog prava u našem pravu, što bi moglo biti predmet posebnog rada.

zahvata nad detetom, promena prebivališta deteta i raspolaganje imovinom deteta velike vrednosti. Videti čl 78. st. 3. i 4. Porodičnog zakona.

³⁸ U nedostaku sličnih studija kod nas, smatramo značajnim sprovođenje istaživanja o zajedničkom vršenju roditeljskog prava u našem pravu, što bi moglo biti predmet posebnog rada.

U advokatskoj praksi, najkama se često ukazuje da pristankom na pravno zajedničko vršenje roditeljskog prava ništa ne gube od svojih ovlašćenja.³⁹ Smatramo ovakav stav opravdanim, obzirom da je razlika između pravnog zajedničkog vršenja roditeljskog prava i odlučivanja o bitnim pitanjima koja utiču na život deteta neznatna. U oba slučaja čini nam se da je sporazum odlučujuća reč. Zaista, ako među roditeljima postoje nepremostive razlike, trajna poremećenost odnosa, nepovratno nepoverenje i nakon odluke o razvodu braka, teško je verovati da će roditelji postići bilo kakav sporazum a posebno ne onaj o zajedničkom vršenju roditeljskog prava. U porodicama sa jakim konfliktima među supružnicima dete se često stavlja u centar konflikta koji traje.⁴⁰ Uloga medijatora jeste neophodna i važna, ali ako i nakon niza konsultacija i stručnih (psiholoških, pravnih) saveta, roditelji ne žele (ne mogu) da postignu sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, čini nam se da nije delotvorno da im sud kao poslednja instanca u nizu medijatora nameće taj sporazum. Rezultat procesa medijacije ne mora nužno u svakom slučaju da bude sporazum o *joint custody*, već prevazilaženje teških razlika roditelja u pogledu vršenja roditeljskog prava, i krajnjeg rezultata – postizanje realno sprovodljivog optimalnog sporazuma (sudske odluke) koji će biti prvenstveno u interesu deteta.

INOSTRANA SUDSKA PRAKSA O ZAJEDNIČKOM VRŠENJU RODITELJSKOG PRAVA

Zajedničko vršenje roditeljskog prava u pravnom sistemu SAD najpre je prihvatano putem sudskih odluka. Navodimo primer Kalifornije koja čiju su zakonodavnu praksu sledile mnoge države SAD. Preduslov za uvođenje instituta zajedničkog vršenja roditeljskog prava nakon razvoda braka bilo je izostavljanje krivice jednog od supružnika kao uzroka za razvod braka.⁴¹ Kalifornija je u svom Porodičnom zakonu iz 1995. godine⁴² predvidela da je državna politika trajan kontakt deteta sa oba roditelja posle razvoda braka i zajedničko vršenje prava i dužnosti vezanih za dete.

³⁹ O tome videti, M. Ann Mason, *From Fathers Property to Children's Rights*, New York, 1994, str. 132.

⁴⁰ K. Laing, *Doing the Right Thing: Cohabiting Parents, Separation and Child Contact*, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol.20, num. 2, August 2006, str. 171.

⁴¹ Kalifornija je 1980. godine uvela zajedničko vršenje roditeljskog prava. Do 1988. godine 36 država SAD predvidelo je ovu ustanovu.

⁴² Par. 3011, 3020, i 3021 Porodičnog zakona Kalifornije (California Family Code).

U sudskoj odluci *Burgess v. Burgess* niži sud je dozvolio da se majka koja samostalno vrši roditeljsko pravo preseli radi novog zaposlenja. Preseljenje, po shvatanju nižestepenog suda, nije onemogućilo kontakt oca koji je mogao da posećuje dete vikendom. Apelacioni sud, primenjujući pretpostavku o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, zauzeo je suprotno stanovište sa obrazloženjem da nije bilo potrebe za preseljenjem i da se time ugrožava pravo oca na stalan kontakt sa detetom.⁴³

Apelacioni sud u Koloradu u slučaju *In re Marriage of Francis*, podržao je stav nižestepenog suda koji nije dozvolio majci da se sa decom preseli u drugu državu. Majka je nakon razvoda braka dobila starateljstvo nad pet ćerki. Godinu dana posle razvoda prihvatila je profesionalno usavršavanje koje joj je ponuđeno u New Yorku. Socijalni radnik je sudu predočio veštačenje na osnovu koga bi usavršavanje bilo "dobra prilika za njen profesionalan razvoj". Sud je zabranio majci da povede decu van države, i podvukao da će ako majka odluči da pohađja kurs van države odluka o samostalnom vršenju roditeljskog prava biti izmenjena u zajedničko vršenje roditeljskog prava, s tim što će se u tom slučaju otac faktički starati o ćerkama koje će imati novo prebivašte kod oca.⁴⁴ Ova odluka direktna je posledica pokreta očeva, 80-ih godina prošlog veka, koji je za cilj imao očuvanje prava na kontakt i bliskost razvedenih očeva sa decom. Šire posmatrano, sudske odluke u kojima se sprečava odlazak majke sa decom imale su za cilj uspostavljanje većeg učešća očeva u odlučivanju usled nejednakog dodeljivanja starateljstva u korist majki. Ravnopravnost prava očeva i majki ostvaruje se suprotno, dozvoljavanjem da se bilo otac bilo majka preseli a ne tako što će se jedan roditelj onemogućiti zato što se drugi tome protivi, da promeni sredinu usled potrebe za zaposlenjem. Prema shvatanju nekih autora, na osnovu istaživanja odluka apelacionih sudova, navedeno uskraćivanje preseljenja predstavlja uzurpiranje prava oca na kontakt uprkos interesu majke deteta na slobodu kretanja.⁴⁵

U saveznoj državi Merilend zakonski okvir nije poznavao zajedničko vršenje roditeljskog prava, a pred sudom se u slučaju *Taylor v. Taylor* postavilo pitanje da li je sud ovlašćen da nametne zajedničko vršenje roditeljskog prava obzirom da je majka četvorogodišnje Kristine i dvogodišnjeg Nila istakla da

⁴³ A. B. LaFrance, *Child Custody and Relocation: A Constitutional Perspective*, University of Louisville Journal of Family Law, Vol. 34, Num.1, 1996, str. 23. U izdvojenom mišljenju, jedan sudija je istakao da je ranija praksa sudova u Kaliforniji dozvoljavala preseljenje majke i kada je u pitanju bila veća udaljenost, nego u ovom slučaju, te da se ovakvim postupanjem suda majci stavljaju velika ograničenja.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*, 25.

sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava koji je postigla sa bivšim suprugom nije moguće sprovesti.⁴⁶ Sud je istakao da raniji pogledi na zajedničko vršenje roditeljskog prava zahtevaju preispitivanje u svetlu značajnih promena koje su se desile tokom poslednjih godina.⁴⁷ Odobravajući pravo nižestepenom sudu da utvrdi zajedničko vršenje roditeljskog prava kad god je to u najboljem interesu deteta, Apelacioni sud je naveo nekoliko kriterijuma koje treba uzeti u obzir pre nego što se dosudi zajedničko vršenje roditeljskog prava. Najvažniji kriterijum (sa kojim se u potpunosti slažemo) predstavlja mogućnost roditelja da komuniciraju, sarađuju i zajednički donose odluke po pitanju deteta. Konstatujući da supružnici ne pokazuju mogućnost da komuniciraju, Apelacioni sud je poništio odluku nižestepenog suda i vratio predmet na ponovno suđenje.⁴⁸

ZAKLJUČAK

Bračne sukobe supružnika (polova) nekada je moguće prevazići u brakorazvodnom postupku ali u određenim slučajevima, opterećenim značajnim sukobima, kako su pokazala i empirijska istaživanja, ni pomoć medijatora i drugih nepristrasnih tela, ne omogućava (pravno) uspešan završetak brakorazvodnog postupka, kako po supružnike tako i po decu.

Kada govorimo o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, poželjno je da supružnici pokažu veći stepen brige za interese dece, a ne svoje interese. Aktivna uloga države u pogledu postizanja sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava nameće se kao imperativ. Međutim, nametanje bilo kakvog sporazuma u odsustvu želje i namere za sporazumom samih glavnih činilaca brakorazvodnog postupka, može se pokazati kao loše rešenje po interese dece. Uloga

⁴⁶ Navodimo kako je izgledao sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava koji su Tejlorovi podneli sudu 1982. godine. Posebno obraćamo pažnju na deo koji se tiče zajedničkog fizičkog vršenja roditeljskog prava. Oba roditelja rade u školi. Očev radni dan traje od 8.30 h do 16.15 h a majčin od 12.30 h do 16.15 h. Deca imaju prebivalište kod oca a majka ih viđa od ponedeljka do petka od 7.30 h do 12.30 h. Deca borave u majčinom domu utorkom od 16.15h do 20.15h i vikendom – subotom od 10.00 h do nedelje u 20.00 h. Očeva baba čuva decu od ponedeljka do petka od 12.30 h do 16.15 h od trenutka odlaska majke na posao do povratka oca sa posla. Otac plaća svojoj majci 29 USD nedeljno za čuvanje. Majka ne daje novac za izdržavanje dece.

⁴⁷ Ovakav stav suda inspirisan je odlukom u Merilendu iz 1934. godine u kojoj je sud odbio *joint custody* istakavši da je to plodno tle za nedisciplinu i stvaranje nepoverenja, kao i izvor mentalne nestabilnosti za dete.

⁴⁸ M. Ann Mason, *From Fathers Property to Children's Rights*, New York, 1994, str. 131.

sudija i tela za medijaciju treba da bude upravljena na ukazivanje mogućnosti i prednosti postizanja sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava.

Supružnici razvodom braka pokazuju nameru da usled (manjih ili većih) neslaganja više ne donose zajedničke odluke vezane za njih. Postavlja se pitanje da li će moći i dalje da postignu saglasnost oko odluka koje se tiču podizanja zajedničke dece. U skladu sa najboljim interesom deteta, prvenstveno potrebom za stabilnošću deteta, jabolje bi bilo postizanje sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava. Ako ne postoji dogovor o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, čini nam se boljim odluka o stabilnom odgajanju deteta od strane jednog roditelja uz održavanje odnosa sa drugim roditeljem. Dakle, u odsustvu saglasnosti roditelja o zajedničkom vršenju roditeljskog prava ne čini nam se ostvarljivim nametanje takvog sporazuma od strane suda.

Možemo zaključiti da sistemi koji usvajaju zajedničko vršenje roditeljskog prava kao pravilo, odnosno gde roditelji i nakon prestanka braka nastavljaju da zajednički, u nepromenjenom obimu vrše roditeljsko pravo, kao da nije bilo činjenice razvoda braka, usvajaju stav da je zajedničko vršenje roditeljskog prava u najboljem interesu deteta, odnosno da je najbolji interes deteta zajedničko vršenje roditeljskog prava. Sa druge strane, postoje sistemi koji smatraju da zajedničko vršenje roditeljskog prava nije, *per se, a priori*, u najboljem interesu deteta. Ovi sistemi smatraju da je zajedničko vršenje roditeljskog prava u najboljem interesu deteta ako roditelji mogu oko toga da se dogovore i ako sud proceni da je to u najboljem interesu deteta. U tim sistemima sud, *ex officio*, ceni sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava. Zajedničko vršenje roditeljskog prava može biti, ali nije po pravilu u najboljem interesu deteta. Stoga, u tim sistemima, nije moguće staviti znak jednakosti između najboljeg interesa deteta i zajedničkog vršenja roditeljskog prava. Takvo rešenje usvaja i naše pravo. Najzad, smatramo za naše prilike i društveni sistem prihvatljivijim drugo navedeno rešenje.

UROŠ NOVAKOVIĆ, LL.M.,
Assistant, Faculty of Law,
University of Belgrade

BEST INTEREST OF THE CHILD – JOINT CUSTODY

Summary

Joint custody is introduced in foreign legal system starting thirty years ago. In our legal system it was formally established in Family Act in 2005.

Legal theory emphasize difference of two main components of joint custody: joint legal custody and joint physical custody. That was confirmed in many court decisions in oversea countries.

After raising questions in this paper regarding best interest of the child and joint custody, we can conclude that some systems adopt a joint exercise of parental rights as a rule, thus identifying joint custody with the best interest of the child, and present solutions where parents after dissolution of marriage continue to jointly exercise parental authority unchanged, as the fact that there was no divorce, adopt the view that the joint exercise of parental rights is in the best interest of the child, or that the best interests of the child is joint exercise of parental rights. On the other hand, some legal systems consider that the joint exercise of parental rights is not, *per se, a priori*, in the best interest of the child. These systems consider that the joint exercise of parental rights might be in the best interest of the child only if the parents can make agreement and if the court determines that joint custody is in the best interest of the child. In these legal systems, the court, *ex officio*, estimate agreement on the joint exercise of parental rights. The joint exercise of parental rights may be, but it is not in the best interest of the child. It is therefore not possible to equate the best interests of the child and the joint exercise of parental rights. Such a solution is adopted by our law. Finally, we consider to our legal reality and to our social system more acceptable solution, where joint custody is not in best interest of the child as a rule, but as a result of assessment of the court upon the fact of each case.

ZEHRA ODYAKMAZ

ADMINISTRATION'S RESPONSIBILITY IN TERROR INCIDENTS

I. INTRODUCTION*

States in some cases pay for the damage of the terror-stricken based on social risk principle, even though there is no causal relation between the action of the administration and the damage of the sufferers. This practice is in question rather for damages caused by terrorist actions.

The *subject* of this article is; to examine how the “social risk principle”, which is referred to within the suits of the sufferers for the compensation of their damages, is implemented in Turkish administrative judiciary and to examine the views of the doctrine.

The *objective* of this article is; to attract the attention of all lawyers to terrorist actions. Today the number of terrorist actions is unfortunately increasing not decreasing. The most important reason for this, is the conflict between states, on the definition of “terror” and “terrorist” concepts. And the reason for that is becau-

Prof. dr. Zehra Odyakmaz, Çağ University, Faculty of Law (Administrative Law), Turkey.

* Abbreviations: ama. above mentioned article, amt. above mentioned thesis, amw. above mentioned work, and cont'd. and continued, Ch. Chamber, D. Docket, Dec. Decision, ECHR. European Court of Human Rights, HMAC. High Military Administrative Court, no. number, p. page, V. Volume, Y. Year.

se the states which have not faced the dramatic consequences of terror yet in their own countries, do not ascribe the necessary importance to this matter, they can not precisely comprehend the dimensions of the damage caused by terrorist actions and they never consider the possibility that it may arrive to their own country one day.

All lawyers especially the experts in the administrative law should focus on the following issue: People are damaged due to death or injury by a terrorist action. These damaged people file suits for their damages. How can compensation of their pecuniary and non-pecuniary damages be maintained in the easiest and fastest way?

Administrative courts, whether they base their decisions on the administration's responsibility with or without fault or to various principles, should state their reasons very strongly in their decisions. Thus, they will have produced decisions which will not be exposed to critiques of the doctrine and which will be available as "prejudication" in later cases. The matter I want to *emphasize* in this article is; the compensation paid by the administration for the sufferer's damage should be both materially and morally (*pecuniary and non-pecuniary*) satisfactory.

II. ADMINISTRATION'S RESPONSIBILITY IN GENERAL

A. Concepts¹

Law; is the rules of social order which provide public peace and comfort.

Responsibility; is the liability to repair any injury it may have caused.

Responsibility in law has three types named as; political, criminal and financial responsibility.

¹ For the concepts concerning our subject, see: ÖZKARSLI, Oğuz: (Administration's Responsibility Without Fault and Risk Principle), Yüksek Lisans Tezi (Master Thesis), Afyonkarahisar July 2008, (X+107 pages) –administration–and–risk–principle; GÖZLER, Kemal: (Administrative Law Lessons), Corrected and Updated Eighth Edition, Bursa September 2009, (XXXII+864 pages), Ekin Kitabevi Yayınları, p. 738–741, p. 744–748; GÖZLER, Kemal: Giriş (Introduction to Administrative Law), Updated and Corrected Fifth Edition, Bursa October 2006, (XVI+352 pages), Ekin Kitabevi Yayınları, p. 274–275; GÜNDAY, Metin: (Administrative Law), 9. Edition, Ankara October 2004, (xxxii+578 pages), İmaj Yayınevi, p. 329–330; GÖZÜBÜYÜK, (Administrative Law), V. 1 General Principles, Updated 6. Edition, Ankara August 2008, (XXII+1187 pages), Turhan Kitabevi Yayınları, p. 835–837; YAYLA, Yıldızhan: (Responsibility of Administration and Force Majeur)", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu III (New Developments Symposium III on Responsibility Law), Ankara 12–13 May 1979, İstanbul 1980, Fakülteler Matbaası, p. 45–59.

Administration does not have political and criminal responsibility, under Turkish law. The most important reason for administration's responsibility is the principle of state being a "state ruled by law".

"State ruled by law" means the state is aware that it is also accountable for the rules put by itself. One of the elements of state ruled by law is administration's financial responsibility.

Administration's financial responsibility differs according to the legal regime which the activities executed are subject to. Administration's financial responsibility born by its activities subject to private law, is subject to provisions of private law. Administration's financial responsibility born by its activities subject to administrative law, is regulated by rules of administrative law.

Administration's administrative responsibility (administrative responsibility); is administration's financial responsibility which is subject to public law and the disputes are settled in administrative judiciary.

B. Reasons for Administration's Responsibility

In terms of reasons of responsibility, administration's responsibility is divided into two as; responsibility with fault and responsibility without fault.

Responsibility with fault;² is the liability of the administration for compensation of an individual's damage caused by an illegal act or action of the administration.

² For responsibility of administration with fault see. ÖZKARSLI, Oğuz: amt., p. 32-43; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK- İsmail ERCAN: (Administrative Judiciary, Subject Question, Legislation), Expanded and Updated 6. Edition, İstanbul April 2011, (584 pages), Themis Dizi No: 4, İkinci Sayfa Basım Yayım Dağıtım, p. 190-192; GÖZLER, Kemal: (Administrative Law Lessons), amw., p. 748-760; GÖZLER, Kemal: (Introduction to Administrative Law), amw., p. 275-280; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: (Constitutional Law Administrative Law For The Candidates of Judges and Sub Governors), Expanded Updated 13. Edition, İstanbul July 2011, (XXXIX+550 pages), Themis, XII Levha, p. 354-361; GÜNDAY, Metin: amw., p. 330-339; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Turgut TAN: (Administrative Law) V. I, (General Principles), amw., p. 859-869; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Turgut TAN: (Administrative Law) V. 2 İdari Yargılama Hukuku (Law of Administrative Judiciary), Updated 3. Edition, Ankara August 2008, (XIV+1245 pages), Turhan Kitabevi Yayınları, p. 749-769; KOÇAK, Yüksel: (Full Remedy Actions In The Light of The Council of State's Decisions)", Vergi Raporu, Y. 15, No. 91, April 2007, p. 54-64; ODYAKMAZ, Zehra: "Administration's Responsibility in Health Services", (p. 263-297), Pravni život, časopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski Broj, Pravo I Prostor, Tom II, 23, godina kopaonicka skole prirodnog prava, Beograd, 2010, p. 265 and cont'd.

Administration's responsibility with fault is explained by the concept of "service failure".

Service failure; is the defect and disruption in the formation, regulation and functioning of a service carried out by the administration. Today it is accepted both in doctrine and in practise that, there is service failure in the malfunctioning, late-functioning, and non-functioning of the service.

Responsibility without fault; is the liability of the administration for compensation of damages caused by legal act or action of the administration "in some cases".

C. Requirements for Administration's Responsibility³

The requirements for administration's responsibility with or without fault are as follows: There must be an administrative attitude and behaviour (administrative act or action). The administrative behaviour must have caused damage. This damage may be pecuniary or non-pecuniary. The damage must have occurred, in other words there should be a certain and real damage. The damages which have not yet been born but possible to arise do not cause administration's responsibility. However, the compensation may be claimed for damages which even have not occurred yet but certain to arise in the future. The damage which generates administration's responsibility must have some features. The damage must be born, certain, specific, directed towards a legally protected value and evaluable by money. The action which causes the damage must be imputable to the administration.

There must be a causal relation between the administrative action and the damage, in other words there must be a reason-consequence relation. For the presence of administration's responsibility the administrative behaviour (administrative act or action) must be faulty. The fault condition is demanded not for the administration's responsibility without fault but for administration's responsibility with fault. In some cases, causal relation between the administrative behaviour and the damage either weakens or totally disappears due to the intervention

³ For the terms of administration's responsibility, see. ÖZKARSLI, Oğuz: amt., p. 16–25; ODYAKMAZ, Zehra – Ümit KAYMAK – İsmail ERCAN: (Administrative Judiciary), amw., p. 190; GÖZLER, Kemal: (Administrative Law Lessons), amw., p. 780–787; GÖZLER, Kemal: (Introduction to Administrative Law), amw., p. 286–288; GÜNDAY, Metin: amw., p. 345–346; ODYAKMAZ, Zehra – Ümit KAYMAK – İsmail ERCAN: (Constitutional Law Administrative Law), amw., p. 365–368; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref–Turgut TAN: (Administrative Law) V. 1 Genel Esaslar (General Principles), amw., p. 891–895; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref–Turgut TAN: (Administrative Law) V. 2 (Law of Administrative Judiciary), amw., p. 785–801.

of another incident.⁴ Primary reasons which cause the total disappearance or diminution of administration's responsibility are; force major, unexpected situations (accident), victim's fault, third person's fault.

III. ADMINISTRATION'S RESPONSIBILITY WITHOUT FAULT

A. Historical Development of Administration's Responsibility Without Fault⁵

Administration's responsibility has developed in 19th century parallel with state ruled by law. In the first period it was accepted that administration (state) was not responsible. In the second period administration's (state's) responsibility was accepted –if it had fault- and it was identified in accordance with provisions of private law. Some theories were developed in that period such as; theory of procurati- on, theory of treasure, theory of distinction of possession and act of management, state's responsibility due to its whole activities according to private law. In the third period, administration (state) started to be kept responsible according to rules of public law. This period is accepted to have started with the Rothschild decision of the French Council of State dated 06.12.1855. Following this decision, with its Blanco decision dated 1.2.1873, the French Court of Conflicts has confirmed that administration's responsibility can not be solved by rules of private law.

Whereas the ground of administration's responsibility has been service failure previously, this basis has been insufficient afterwards. Because services incurred by the administration have increased and have become complex. Especially when administration incurred new services with the adoption of "principle of social state", the possibility for harming individuals have increased. In short, the reasons for emerge of responsibility without fault can be summarised as; developments in in-

⁴ Because it is out of our subject, we only wanted to remind.

⁵ For the historical development of administration's fault with and without responsibility, see. ÖZKARSLI, Oğuz: *amt.*, p. 9–13, p. 48–52; GÖZLER, Kemal: (*Administrative Law Lessons*), *amw.*, p. 742–743; GÜNDAY, Metin: *amw.*, p. 340; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref – Turgut TAN: (*Administrative Law*) V. 1 (*General Principles*), *amw.*, p. 837–838; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref–Turgut TAN: (*Administrative Law*) V. 2 (*Law of Administrative Judiciary*), *amw.*, p. 745–747; KIRTEPE, Ahmet: "5233 Sayılı Yasa Kapsamında Sosyal Risk İlkesi Gereğince Karşılancak Zararlar ve İdarenin Sorumluluğunun Sınırları (Damages to be Compensated Within the Scope of Law No. 5233 As Per Social Risk Principle and Limits of Administration's Responsibility)", *Terazi Aylık Hukuk Journal*, Y. 5, No. 43, March 2010, (p. 145–155), p. 145–146.

dustry and technology, difficulty in proving the fault, lack of fault basis, disproportion between the fault and the damage. As a result of this, in case there is only a single “causal relation” between the administrative behaviour and the damage, without seeking for fault, administration’s responsibility has been accepted. In responsibility without fault there is no need for proving that administration’s behaviour is faulty. Besides, administration’s attitude and behaviour should not necessarily be illegal. And at the latest stage, in some cases – which is the subject of this article- administration is responsible for the compensation of the damage even if there is no causal relation between the administrative’s behaviour and the damage.

B. Features of Administration’s Responsibility Without Fault⁶

Responsibility without fault in the field of administration’s responsibility, comprises not the principle but the exemption. In responsibility without fault, the damaged person does not have to prove that the administration is faulty. And the administration can not exclude itself from the responsibility even if it proves it has no fault. Therefore, in case of responsibility without fault, the administration is responsible even if it has no fault. Responsibility without fault is a considerably favourable responsibility regime for the damaged person, because responsibility without fault is not affected by the action of the third person or by the unexpected situations. Even though these situations exist, administration’s responsibility does not vanish. It vanishes only in case of victim’s fault or force major. For the administration to be kept responsible for a damage, the damage of the victim should be anomalous. To rule the responsibility of the administration in cases where administration is responsible without fault, the damage must be specific and must be exclusive to certain one or more individuals.

Responsibility without fault is related to public order. Therefore, the victim may state reasons of responsibility without fault in every step of the proceedings during trials and the judge takes into consideration ex-officio the reasons of res-

⁶ For the Features of Administration’s Responsibility without fault, see. ÖZKARSLI, Oğuz: amt., p. 44–48, p. 52–56; ODYAKMAZ, Zehra– Ümit KAYMAK–İsmail ERCAN: (Administrative Judiciary), amw., p. 192–193; GÖZLER, Kemal: (Administrative Law Lessons), amw., p. 760 and cont’d.; GÖZLER, Kemal: (Introduction to Administrative Law), amw., p. 280 and cont’d.; ODYAKMAZ, Zehra– Ümit KAYMAK–İsmail ERCAN: (Constitutional Law Administrative Law), amw., p. 361 and cont’d.; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref – Turgut TAN: (Administrative Law) V. 1 Genel Esaslar (General Principles), amw., p. 871–885; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref–Turgut TAN: (Administrative Law) V. 2 (Law of Administrative Judiciary), amw., p. 769 and cont’d.; ODYAKMAZ, Zehra: “Administration’s Responsibility in Health Services”, ama., p. 289 and cont’d.

responsibility without fault. Responsibility without fault is a state of objective responsibility. Administration to be granted for compensation due to responsibility without fault does not cause reprobation of the administration. Responsibility without fault is not something about value judgements. So, in this respect it is also a state of responsibility in favour of the administration. Responsibility without fault has been brought up for the first time by the Cames decision of the French Council of State dated 21 June 1895.

Today, there are two principles in administrative law, which create responsibility without fault: Principle of equal apportionment of public burdens (Balancing of Sacrifices) and principle of danger (risk).

C. Principle of Equal Apportionment of Public Burdens (Balancing of Sacrifices)⁷

If the administration has no fault at all, if some individuals suffer from a relatively specific and uncommon damage by an administrative activity, this damage should be compensated. The administration has executed a service, has carried out an activity to accomplish public benefit and to meet a social need. The whole society shall make use of this service or activity. However, this service or activity has imposed a burden on certain person or people and has obliged them to make sacrifices in favour of public benefit. So the disturbance (breach) of balance in the distribution of public burdens should be re-established by an equalisation. This equalisation can be done by compensation of the damages by the administration for person or people who suffered damage due to a service or activity realized for public benefit. The French Council of State accepts this principle as “a general principle of law”. And the French Constitutional Council appraises it as a constitutional principle which is included in “general principle of equality before law”.

Responsibility which occurs due to the breach of equality before public burdens has a “complementary” feature compared to responsibility without fault and

⁷ For principle of equality before public burdens (Principle of Balancing of Sacrifices) see. ÖZKARSLI, Oğuz: *amt.*, p. 57–64; ODYAKMAZ, Zehra– Ümit KAYMAK–İsmail ERCAN: (Administrative Judiciary), *amw.*, p. 194–195; GÖZLER, Kemal: (Administrative Law Lessons), *amw.*, p. 771–779; GÖZLER, Kemal: (Introduction to Administrative Law), *amw.*, p. 283–286; GÜNDAY, Metin: *amw.*, p. 343–344; ODYAKMAZ, Zehra– Ümit KAYMAK–İsmail ERCAN: (Constitutional Law Administrative Law), *amw.*, p. 364–365; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref – Turgut TAN: (Administrative Law) V. 1 (General Principles), *amw.*, p. 872–874; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref–Turgut TAN: (Administrative Law) V. 2 İdari Yargılama Hukuku (Law of Administrative Judiciary), *amw.*, p. 772–774.

risk-liability. In other words, if responsibility with fault and risk-liability can not be applicable in a damage causing incident, that is only when application or abeyance of responsibility due to breach of equality before public burdens is at issue.

Responsibility due to breach of equality before public burdens is related to “public order”. Therefore, the victim may state reasons of responsibility due to breach of equality before public burdens in every step of the proceedings during the trials and the judge investigates *ex-officio* if there is any reason to apply this responsibility.

Responsibility due to breach of equality before public burdens; is also in question for the compensation of damages which do not arise from accidents, in other words “compensation of damages with non-accidental nature”. The compensated damage in this responsibility is anticipated in advance and is completely the natural consequence of the work done.

This matter also states the difference between the two types of responsibility without fault which is; responsibility due to breach of equality before public burdens and risk-based liability. Risk-based liability can also be implemented in accidents. It should be *anomalous*, in other words the damage should exceed a certain level of severity, should be extraordinary.

As examples for types of principle of equality before public burdens and its fields of practise we can name; responsibility due to permanent damages of public/development works, responsibility due to legal administrative acts, responsibility due to laws, responsibility due to international agreements.

D. Principle of Risk (Danger) or Damage⁸

It is the liability of the administration even it has no fault, for the damages arising due to the dangerous activities it carries out or the dangerous instruments

⁸ For Principle of Risk (Danger) or Damagei see. ÖZKARSLI, Oğuz: *amt.*, p. 65–77; ODYAKMAZ, Zehra– Ümit KAYMAK–İsmail ERCAN: (Administrative Judiciary), *amw.*, p. 192–194; GÖZLER, Kemal: (Administrative Law Lessons), *amw.*, p. 762–768; GÖZLER, Kemal: (Introduction to Administrative Law), *amw.*, p. 281–282; GÜNDAY, Metin: *amw.*, p. 340–342; ODYAKMAZ, Zehra– Ümit KAYMAK–İsmail ERCAN: (Constitutional Law Administrative Law), *amw.*, p. 361–363; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref – Turgut TAN: (Administrative Law) V. 1 Genel Esaslar (General Principles), *amw.*, p. 871–872; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref–Turgut TAN: (Administrative Law) V. 2 (Law of Administrative Judiciary), *amw.*, p. 771–772. There are authors who use concept of “risk” instead of concept of “danger responsibility”: GÖZLER, Kemal: (Administrative Law Lessons), *amw.* ve GÖZLER, Kemal: (Introduction to Administrative Law), *amw.* Oğuz ÖZKARSLI has also preferred to use concept of “risk responsibility”: *amt.*, p. 65 and cont’d.

it uses. It has been transferred from private law to administrative law as a principle of responsibility without fault.

There is difference between the danger principle as a reason for responsibility without fault in private law and the danger principle as a reason for responsibility without fault in administrative law: In private law, people who deal with dangerous activities can exclude themselves from responsibility by bringing a proof of exclusion. In other words, these people can exclude themselves from responsibility by proving that they have paid strict attention. Whereas, in administrative law administration's bringing proof of exclusion is not possible. So, the administration can not escape from the responsibility by proving that they have paid strict attention.

The damage subject to risk-based liability is an extremely "severe" damage. The incident which causes risk-based liability is an "*exceptional*" incident due to its nature. Risk-based liability has been developed owing to insufficiency of service failure in compensating the damages; it is a "*complementary*" principle. In application of risk principle, the damage does not have to rise from public service, a specific civil servant, mal-functioning of the service, in other words *fault condition is not demanded*.

Risk-based liability is a state of responsibility without fault. That is to say, to be able to rule for the risk-based liability of the administration the victim does not have to prove that the administration has fault. This does not mean that the administration has obviously no fault. The administration may have faults such as not taking necessary precautions. We can list the cases where the responsibility for danger principle (risk-based liability principle) is implemented as follows:

Administration's dangerous activities and equipments: (explosives, fire weapons, dangerous public works, blood products, vehicles, explosion of armoury for an unknown reason, airburst of helicopter).

Dangerous methods: (According to jurisprudence of the French Council of State; education of delinquents, test leave of mental patients, leave permits for the prisoners, extremely dangerous medical techniques.)

Dangerous situations: (There has occurred an epidemic measles in a primary school in France. The pregnant teacher at the school has caught measles and the baby has been born disabled. According to the French Council of State the administration is responsible without fault for the damage suffered by the baby.)

Occupational risks: They are the damages such as work accident, occupational disease, suffered by civil servants during their public duty.

The damages suffered by administration's accidental partners (collaborative): Sometimes people other than civil servants participate to the execution of a public service. These people participate the execution of public services upon

the request of public authorities or on their own motion, for a fee or for free, but always as occasional. Damages to third persons due to public artifacts and works. The administration (state) is responsible according to principles of responsibility without fault, for the damages which arise due to meetings and demonstrations, on the ground of “social risk” principle.

The damages suffered by the third persons due to activities undertaken during the fight against terror:⁹ The administration may harm third persons during its activities for combating terror (such as burning the home or land of an innocent person). According to some authors, there is the administration’s responsibility with fault here. Turkey enacted Law on the Compensation of Damages Due to Terror and the Fight against Terror in 2004, for the compensation of damages suffered by third persons by friendly settlement, without applying to administrative judiciary. According to some, for the compensation of these damages there is no need for law.¹⁰ In our opinion, there is need for this law. Because in such cases; whether we depend the case on administration’s responsibility on responsibility with fault or without fault; this law firstly regulates the procedure for administration, to compensate the damage which is caused by itself or the terrorists by “*peaceful settlement*”.

Regarding the administration’s responsibility owing to the damages to innocent people by terrorists, K. Gözler¹¹ expresses that; the administration does not have responsibility with or without fault because of the reason that there is not a causal connection between the damage and the action of the administration.

The author excludes the case that the sufferer is someone who is privately and personally protected by the administration or someone who asked for protection from the administration. He says that these kinds of damages are the subject of insurance law and he gives the “fund” practise in France as an example.¹² And the Law dated 2004 which has been under practise in Turkey anticipates that, not only the damages to third persons by the administration but also the damages to third persons by the terrorists should be compensated by the administration (state).

In our opinion, this is the right practise as a matter of “social state”.

⁹ For the responsibility with/without fault at anarchic and terrorist activities, see. GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref – Turgut TAN: (Administrative Law) V. 1 (General Principles), amw., p. 874–878; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref–Turgut TAN: (Administrative Law) V. 2 (Law of Administrative Judiciary), amw., p. 774–778; GÖZLER, Kemal: (Administrative Law Lessons), amw., p. 768–769.

¹⁰ GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Dersleri (Administrative Law Lessons), amw., p. 768–769.

¹¹ GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Dersleri (Administrative Law Lessons), amw., p. 769–770.

¹² GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Dersleri (Administrative Law Lessons), amw., p. 770.

We shall look for an answer to the question of “Are the damages arising due to terror incidents included in administration's responsibility without fault?”, by examining the social risk principle.

IV. SOCIAL RISK PRINCIPLE¹³

A. The Definition of Social Risk Principle

Another case where responsibility of danger (risk) practised is social risk principle. As a consequence of the development of danger (risk) principle, social risk principle which is the basis of collective responsibility has been arisen.

Social risk principle is a principle of responsibility, first practised in France for the purpose of compensation of war damages by the administration.

Natural disasters, mass actions born by social and economical conditions of the society, the damages due to them, damages which the civilians suffer during wars should not be left on the people who have no fault, this would not be a fair behaviour. This consideration has introduced social risk principle.

Social risk principle is a state of danger due to people living together. It is holding the administration responsible without fault, for the anarchy and terror actions oriented to disturb public order and even destroy constitutional order or for the similar social incidents. And in our country, it has started to be used as the base of administration's responsibility for the compensation of damages arising due to rising terror actions in 1980s.

¹³ For the principle of social risk, see. ÖZKARSLI, Oğuz: amt., p. 78–87; AKYILMAZ, Bahtiyar: “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı (Social Risk Principle and Its Practise)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Journal, V. :IX, No. I–II, (June–December 2005), p. 178–204 (IX 178–204); ODYAKMAZ, Zehra– Ümit KAYMAK–İsmail ERCAN: (Administrative Judiciary), amw., p. 193–194; GÖZLER, Kemal: (Administrative Law Lessons), amw., p. 768 and cont'd.; KIRTEPE, Ahmet: ama.; For the decision of 10th Chamber of the Council of State dated 13. 10. 1993 and no. D. 1992/3372, Dec. 1993/3777, see. Danıştay Journal, No. 89, p. 581 and cont'd.; GÜNDAY, Metin: amw., p. 342–343; ODYAKMAZ, Zehra– Ümit KAYMAK–İsmail ERCAN: (Constitutional Law Administrative Law), amw., p. 363–364; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref – Turgut TAN: (Administrative Law) V. 1 (General Principles), amw., p. 875 and cont'd.; AZRAK, Ali Ülkü: “İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu (The Responsibility of Administration Without Fault According to Social Risk Theory)”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu III (New Developments Symposium III on Responsibility Law), Ankara 12–13 May 1979, İstanbul 1980, Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Fakülteler Matbaası, p. 138.

In short social risk principle has been accepted as a ground for compensation of certain damages arising due to incidents which the administration is liable to avoid in relation to its field of activity but fails to prevent.

B. Features of Social Risk Principle

According to the Turkish Council of State's jurisprudence, what differs social risk principle from other states of responsibility without fault is the lack of causal relation between the damage and the action of the administration.

In cases where administration is ruled to be responsible based on social risk principle, the damage has not been born; by administration's legal activities, administrative personnel's faulty or faultless behaviour, its dangerous activity, administrative facility allocated for service or service equipments. But it has been born by activities; that are outside the administration or completely unfamiliar to the administration, that can not be prevented by the administration or the prevention may cause bigger damages.

In accordance with social risk principle; the risk which causes the damage that the administration is liable of, is the risk which shall create damages that can not be prevented by the administration or the prevention of it may or shall cause bigger damages. There may be several reasons for the non-prevention of the damage by the administration, arising due to the risk that threatens the society: The community oriented threat may have burst all of a sudden. The administration; although had done its part, might not be informed beforehand about the action causing the damage. Although organised to meet usual needs, the administration's personnel and equipment may be insufficient to eliminate this risk. In short the administration; may not be able to prevent the damage even though it has fulfilled current legal liabilities and has done the requirements.

Conception of social risk principle has arisen with reference to sharing of these risks; which are born due to people living together and which exist in consequence of struggles those people have never been involved in. It is an administrative responsibility thinking which has been put forward by sense of social state.

Actions called terrorist incidents are state oriented, aim at destroying state's constitutional order. It is known that such incidents are not caused by a personal hostility against the sufferer. People who suffer due to these actions and have not been involved anyhow in terrorist incidents get harmed not as a result of their own faults and actions but by the social disorder society is in. In short, reason of the damage is being a member of the society.

C. Grounds of Social Risk Principle

The grounds of social risk principle; are provisions about administration's responsibility which have to be included in constitutions of every state ruled by law and special laws, if enacted, on this matter.

V. EXAMPLES FROM PRACTICES IN TURKEY

A. Legislation

The grounds of social risk principle in Turkish positive law are the 1982 Turkish Constitution and various special laws regulated for the sufferers of fight against terrorism.¹⁴

1. *The 1982 Constitution of the Republic of Turkey*¹⁵

i- "Principle of solidarity" in the Preamble (.....The recognition that all Turkish citizens are united in their rights and duties regarding national existence, in blessings and in burdens,").

ii- "...The administration shall be liable to compensate for damages resulting from its actions and acts." (article 125).

iii- " All individuals are equal without any discrimination before the law, irrespective of language, race, colour, sex, political opinion, philosophical belief, religion and sect, or any such considerations....." (article 10).

iv- " The Republic of Turkey is a democratic, secular and social state governed by the rule of law...." (article 2).

v- "Damages incurred by any person through unlawful treatment by holders of public office shall be compensated for by the state. The state reserves the right of recourse to the official responsible." (article 40/last)

2. *Law no. 2330 on Cash Compensation and Appropriation of Salaries dated 03.11.1980*¹⁶

¹⁴ Only some of these laws will be examined. The Law No. 2629 On Compensation For Flight, Parachuting, Diving, Submarine and Frogman Services, is one of the laws oriented for the elimination of damages suffered by civil servants in charge of the service, considering principle of occupational risk.

¹⁵ AZRAK, Ali Ülkü: ama., p. 141 (Principle of solidarity...); KIRTEPE, Ahmet: ama., p. 147 (social state principle).

¹⁶ For Law no. 2330, dated 03. 11. 1980 on Cash Compensation and Appropriation of Salaries, see. Official Gazette dated 6/11/1980 and no. 17152. For the By-Law On Cash Compensation

The purpose of this law is to regulate the basis and procedures for cash compensation, appropriation of salaries and other grants to the people who are dead, injured or permanently disabled due to the cases stated in the Law no. 3713 Fight Against Terrorism and during protection of internal security.

A wide range of civil servants who are charged in activities against terror are a part of this law. The spouse, descendants, parents and siblings of these civil servants, who are exposed to attacks in the line of their duty, are also included in this law.

Even if those mentioned are no longer on duty, the damage they suffer due to being attacked for the sake of duty is also included in this law.

3. Law no: 3713 on Fight Against Terrorism dated 12 April 1991¹⁷

Provisions of the Law 2330 on Cash Compensation and Appropriation of Salaries will be applied to the civil servants or their inheritors who are wounded, maimed or killed in connection with terrorist actions during the performance of their duties within the country or abroad even if they are removed there from or retired subsequently (article 21).

4. Law no. 5233 On the Compensation of Damages that Occurred due to Terror and the Fight Against Terrorism dated 17 July 2004^{18,19}

This law lays down the principles and procedures for the earliest compensation of pecuniary damages suffered by persons due to terrorist actions or acti-

and Appropriation of Salaries enacted for explanation of the Law On Cash Compensation and Appropriation of Salaries dated 3 November 1980 and no. 2330, see. The Council of Minister's decision dated 25. 11. 1992–92/3809. Official Gazette dated 18. 01. 1993 and no. 21469.

¹⁷ For Law no: 3713 on Fight Against Terrorism dated 12 April 1991, see. Official Gazette dated 12. 04. 1991 and no. 20843 (Republished).

¹⁸ Law No. 5233 On the Compensation of Damages that Occur due to Terror and the Fight Against Terrorism dated 17 July 2004, see. Official Gazette dated 27. 07. 2004 and no. 25535. For the By-law On the Compensation of Damages that Occur due to Terror and the Fight Against Terrorism, see. Date of Council of Minister's Decision: 4. 10. 2004, No:2004/7955, The Date of Law it is based upon: 17. 7. 2004, No:5233. Official Gazette dated 20. 10. 2004 and no. 25619.

¹⁹ For explanation about the law, see. GÖZLER, Kemal: (Administrative Law Lessons), amw., p. 766–769; KIRTEPE, Ahmet: ama., p. 148 and cont'd.; GÖZLER, Kemal: İdare (Administrative Law Lessons), amw., p. 769. For more information, see. KOÇAK, Yüksel – Atıl Cem ÇİÇEK: “5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşlanması Hakkında Kanun: Demokratikleşme Yolunda Yeni Bir Açılım mı? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Mahkûmiyetlerinden Kaynaklanan Bir Zorunluluk mu? (Law no. 5233 on Compensation for Damage Arising From Terror and Combating Terror: New Initiative on The Road To Democratization? A Compulsion Emerging From the European Court of Human Rights)”, statement, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, shall be presented on 19–21 October 2011 in Ankara at the meeting KAYFOR IX.

vities undertaken during the fight against terror, by a friendly settlement without applying to judiciary.

Here, the damages suffered by third persons who are not related with the terrorist action is in question. The administration or terrorists had damaged third persons during fight against terror.

The purpose of this law, according to the by-law, is:

- i- regulating the composition and duties of the Damage Assessment Commissions,
- ii- assessment of damages oriented to life, physical integrity and to property and determination of net amounts to meet the damage by friendly settlement,
- iii- calculation of amounts to be absorbed,
- iv- determination of type and amount of cash payment, and rates of injuries and incapacity to work,
- v- setting of procedures for mode of real execution (article 1).

Articles headed under "Content" of the Law and bylaw, are as follows:

- i- the actions falling under Articles 1, 3 and 4 of the Law no. 3713 On Fight Against Terrorism or due to the activities conducted under the fight against terrorism (these articles describe "terror" and "terrorist crimes").
- ii- real persons who suffer due to the activities conducted under the fight against terrorism.
- iii- legal entities of private law, who suffer due to activities conducted under the fight against terrorism.

This law; shall compensate the *pecuniary* damages caused by the activities conducted under the fight against terrorism. To the concept of all kinds of pecuniary damages, bodily injury is included. To the concept of real persons, third persons who the administration and terrorists damaged are included.

In our opinion the state should not compensate for the terrorist's damage to third persons according to service failure. Because the state – no matter what precautions it takes- can not prevent all of the terrorist actions and it is not faulty in all of them. So, the damages to be compensated in this law are; the damages which are not a consequence of an administrative act or action but required to be compensated in terms of social risk principle.

"Non-pecuniary damages" are not included in this law. It can be said that there is an incomplete arrangement in the law.²⁰

Administration's responsibility as stated in the last paragraph of article 125 of the Turkish Constitution covers non-pecuniary damages as well as pecuniary

²⁰ KIRTEPE, Ahmet: ama., p. 150 and cont'd.

damages. (Article 125: The administration shall be liable to compensate for damages resulting from its actions and acts).

Regarding the suits filed on this matter, both administrative courts and also the Tenth Chamber of the Council of State—at the appeal stage— has decided for the acceptance of claims for non-pecuniary compensation.

The European Court of Human Rights, along with article 12 of the Law, has interpreted non-inclusion of non-pecuniary damages among damages to be peacefully and friendly compensated and evaluated the matter as the possibility of compensation claim for the victims at the administrative courts for their non-pecuniary damages.

The European Court of Human Rights thinks that there is a possibility for claiming for compensation in administrative courts for the non-pecuniary damages under this article. ²¹Whereas, the content of this article is limited by the pecuniary damages listed in article 7.

At the first clause of article 7 headed as “damages to be compensated peacefully”, sampling method has been used, not limited numeration. Therefore, it should be accepted that all kinds of movable and immovable which are damaged and have pecuniary value and their fruits are within the scope of law.

Even if not in every case, but especially in cases that are listed in article 7 of the Law as the damages to be compensated, it is clear that the individuals shall also suffer non-pecuniary damage.²²

In 2009, Elazığ Administrative Court witnessed the following claim from one of the parties during a lawsuit: “Only the word **pecuniary** appears in the Law (articles 1, 2, 7). But non-pecuniary respect of terror damages may be stronger. That is why, it is against the equality principle of the Constitution and principles of state ruled by law, to have different practices on these two damages.”

Administrative court has taken this claim serious and applied to the Constitutional Court for the cancellation of the word “pecuniary”. This was an application which would be able to give way to the compensation of non-pecuniary damages besides pecuniary damages born by fight against terrorism.

The European Court of Human Rights in its judgement of M. and others case dated 12.01.1998, awarded pecuniary and non-pecuniary compensation. In its judgement of A.İ.-Turkey case dated 12.01.2006, it states that there is probability of claiming non-pecuniary compensation before administrative courts according to article 12 of the Law no:5233.

²¹ KIRTEPE, Ahmet: ama., p. 150–155.

²² KIRTEPE, Ahmet: ama., p. 150–155.

This article is about the damages which shall be compensated by peaceful settlement. According to the Constitution recourse to judicial review shall be available against all actions and acts of administration. According to this article all damages pecuniary or non-pecuniary can be compensated...²³

The Constitutional Court has refused this objection:

“... The regulation in this law can not conflict fundamental principles of liability law which is guaranteed by the Constitution.... By regulations in this law, lawmaker has brought exemptions to general principles of liability law. The lawmaker has done this by force of social state ruled by law. It is the discretionary power of the lawmaker to decide about the damages which the administration is not found faulty of but to be compensated through peaceful settlement as required by social risk principle...”

According to the Constitutional Court: “There is no such provision in law which states that non-pecuniary damage can not be claimed from the administration.... There is right for application to judiciary for the disputes that can not be resolved by peaceful settlement...”

The article of liability in the Constitution involves both pecuniary and non-pecuniary damages.

The sentence that is the matter of opposition, does not involve a provision which narrows administration's area of responsibility or closes judicial remedy against administrative acts and actions.

In fact, as understood from the debates of The Turkish Grand National Assembly, lawmaker did not want to include compensation of non-pecuniary damage to the law.

B. Practise of Social Risk Principle in Terrorist Activities

There are two high administrative courts in Turkey. The Council of State is the place of appeal for first instance administrative courts and first instance tax courts. Exceptionally it is the first instance court for some cases. High Military Administrative Court is the first and last instance court for the judicial supervision of disputes arising from administrative acts and actions involving military personnel and relating to military service.

²³ For the Constitutional Court's decision dated 25. 6. 2009 and no. D. 2006/79, Dec. 2009/97, see. Official Gazette dated 13. 11. 2009 and no. 27405; KIRTEPE, Ahmet: ama., p. 153–154.

1. Approach of the Turkish Council of State²⁴

In disputes arising from terrorist actions, The Turkish Council of State decides sometimes according to service failure, sometimes to principle of responsibility without fault and sometimes to social risk principle.

– Terrorists busted construction site of the plaintiff, potable water construction company, burned the equipments, kidnapped its workers. The Council of State decided as “... Although application was made before, administration has not taken necessary precautions. The administration has service failure. The state is in charge of preventing terrorist actions from which innocent people get damaged and providing a peaceful community...the administration has *service failure* by not executing this duty.”²⁵

– When district governor was out of town for leave, terrorists assaulted the town and set all his/her goods on fire. According to administrative court; the damage has occurred due to lack of execution of public service which is the security of life and property. There is the administration’s *service failure* in the incident. The Council of State has approved first instance administrative court’s decision.²⁶

– In one of its decisions the Council of State has evaluated responsibility principles together, set clearly forth the relation between these principles and for concrete cases decided on application of principle of responsibility without fault instead of social risk principle as stated in administrative court’s decision.

“... For the implementation of social risk principle the incident should be related with the whole community and the damage must have occurred as a result of a risk with social grade...”²⁷. “Besides... The incident and the damage should not be the direct consequence of the public service being executed, in other words a causal relation should not be established between the damage and the administrative action. In situations where causal relation between the damage and the action can be established, practise of social risk principle is not possible,... first of all lack or existence of service failure should be investigated, if service failure does not exist, then whether the damage could be compensated in accordance with principle of responsibility without fault should be determined.

²⁴ For the Practice of Social Risk Principle in Terrorist Acts and for the Decisions of the Turkish Council of State, see. ÖZKARSLI, Oğuz: amt., p. 87–93; AKYILMAZ, Bahtiyar: ama. ; GÖZLER, Kemal: (Administrative Law Lessons), amw., p. 768–770.

²⁵ For 10th Chamber of the Turkish Council of State’s decision dated 10. 04. 1996 and no. D. 1995/53, Dec. 1996/1913, see. Daniştay Journal, No. 92, p. 757–760; AKYILMAZ, Bahtiyar: ama.

²⁶ 10th Chamber of the Turkish Council of State’s decision dated 09. 03. 1993 and no. D. 1991/3270, Dec. 1993/979; ÖZKARSLI Oğuz: amt., p. 90.

²⁷ 10th Chamber of the Turkish Council of State’s decision dated 18. 11. 1999 and no. D. 1997/1785, Dec. 1999/6186.

The damage has arisen due to death of plaintiff's inheritor during the shootout between security forces and members of illegal group. It has occurred during execution of public service and as a matter of duty. It is obvious that there is a causal relation between the damage and the administrative action. It is not possible to judge based on social risk principle in the suit for damages. The damage should be compensated by *principle of responsibility without fault...*²⁸

– The security forces have laid mines for security reasons. The plaintiff's child has stepped on the mine and has become disabled. The damage has occurred during execution of public service. There is a causal relation between the damage and the administrative action. In the suit for damages the first instance administrative court has decided based on social risk principle. The Council of State has considered this decision as unlawful, as there is a causal relation (*principle of responsibility without fault...*).²⁹

– The police officer working as bomb technician had died due to explosion of the bomb brought to him for disposal. At the suit for damage filed by the relatives of the deceased, administrative court decided for the service failure of the administration on the grounds that; the administration did not prepare a proper place for the disposal of the explosive, did not take necessary precautions and suchlike justifications. But at the appeal stage, the Council of State did not approve administrative court's decision which grants the administration for compensation due to its service failure. The Council of State implied that compensation in this incident should be granted as *per responsibility without fault (liability risk)*.

“Some of the services executed by the administration carry risk within its structure... Bomb disposal are of the risky services... In other words, even if all precautions are taken by the administration, even if equipment and personnel is provided, the result can be the same. Therefore, due to death by bomb disposal, the compensation should be granted not in accordance with principle of service failure – as stated in the administrative court's decision- but according to *principle of responsibility without fault (occupational risk)*.”³⁰

– The village headman has been killed by members of illegal organisation. His inheritors filed a suit for the compensation of their damage.

According to first instance administrative court, it is sufficient for the administration to take general precautions, it is not expected to take special and con-

²⁸ 10th Chamber of the Turkish Council of State's decision dated 08. 2. 2006 and no. D. 2005/6753, Dec. 2006/906.

²⁹ 10th Chamber of the Turkish Council of State's decision dated 25. 2. 2003 and no. D. 2001/4795, Dec. 2003/696.

³⁰ 10th Chamber of the Turkish Council of State's decision dated 23. 6. 1997 and no. D. 1996/3996, Dec. 1997/2544; ÖZKARSLI, Oğuz: amt., p. 77.

stant measures. To this respect, the court rejected the case on the ground that administration does not have service failure and requirements for social risk principle have not been generated.

According to the Council of State: "It is the known principles of law that; specific and extraordinary damages suffered by individuals during execution of public services should be compensated by the administration. Administration's legal liability is the result of Turkish Republic being a state ruled by law. Administration's legal liability does not depend only on principle of service failure but administration can be considered responsible also without having any fault. As a rule, administration is liable of compensation for the damages which are direct consequence of its service and where a causal relation can be established. However as an exception of this rule, administration has to compensate without demanding causal relation, also for some damages which are about administration's field of activity and which the administration fails to prevent although it has liability to. This principle named as social risk based on sense of collective responsibility, has been accepted by scientific and judicial jurisprudence. The terrorist actions concentrated in a specific region of our country are against the state, aims to destroy constitutional order. These actions do not arise due to hostility against the damaged person or institutions. People who suffer by these damages have not been a part of these actions, they suffer damage not because of their own actions and faults but because of the social anarchy the community is in. In short, reason of the damage is being a member of the community. These damages should be compensated as per *social risk principle*, without demanding causal relation. This compensation shall also be conformed to social state principle... First instance administrative court's decision that dismiss the suit for damage on the grounds that administration does not have service failure and social risk principle has not been realized, is not legal.³¹

– A guard at the security directorate gets injured by members of terrorist organization during a security operation. He becomes incapable of doing his duty and he is retired as service disabled. The guard files a suit for compensation of his damage. First instance administrative court judged for non-pecuniary damage based on *social risk principle* and the Council of State approved this decision.

In our opinion here is a causal connection, so compensation should be granted based on principle of responsibility without fault.³²

³¹ For 10th Chamber of the Turkish Council of State's decision dated 13. 10. 1993 and no. D. 1992/3372, Dec. 1993/3777, see. Danıştay Journal, No. 89, p. 581–583; AKYILMAZ, Bahtiyar: ama. ; GÖZLER, Kemal: (Administrative Law Lessons), amw., p. 771.

³² 10th Chamber of the Turkish Council of State's decision dated 14. 06. 2001 and no. D. 1999/4192, Dec. 2001/2332.

– A primary school teacher has been killed on duty by terrorists, his/her inheritors filed a suit for damage. First instance administrative court has decided as follows: “Terrorist actions have been concentrated in specific region of our country. The teacher martyred as a result of these actions was not killed because of his/her own fault or action but just for being an individual of the community and due to social anarchy the community is in. Damage for inheritors should be compensated by the defendant administration, which was supposed to prevent terrorist actions but failed to do so, in accordance with *social risk principle*.” The Council of State has approved this part of the decision.³³

– The bomb placed on gendarmerie station's garden wall has exploded, and consequently the son of an individual who stays in the lodging next to the station gets injured. “Compensation should be granted according to *social risk principle*...”³⁴

– Members of illegal organization have laid mines on the motorway. Due to explosion of the mine the plaintiff's truck has been damaged. “Compensation should be granted according to *social risk principle*...”³⁵

– “Plaintiff's truck has been burned by terrorists. In the decision, which has been reversed by the Council of State, the first instance administrative court says: “For the compensation of personal and extraordinary damages of individuals according to social risk principle, without demanding casual connection, actions which characteristically cause responsibility for compensation should be discriminated amongst the terrorist actions suffered as a factual situation in the country. Otherwise, administration would have to make constant payments to the concerned people due to terrorist actions. The plaintiff whose truck has been burned, although impoverished, have not suffered a damage that would prevent him from continuing his life and the incident does not have a life-changing characteristic nature. Therefore, the damage is not within the scope of damage to be compensated in accordance with social risk principle....” On these grounds the Council of State reversed the administrative court's decision which dismisses the case. (Compensation is required according to *social risk principle*).³⁶

³³ For 10th Chamber of the Turkish Council of State's decision dated 28. 05. 1998 and no. D. 1996/10146, Dec. 1998/2344, see. *Danıştay Journal*, No. 98, p. 572–575.

³⁴ For 10th Chamber of the Turkish Council of State's decision dated 16. 11. 1995 and no. D. 1995/566, Dec. 1995/5746, see. *Danıştay Journal*, No. 91, p. 1134–1137.

³⁵ For 10th Chamber of the Turkish Council of State's decision dated 04. 10. 1996 and no. D. 1995/1102, Dec. 1996/5774, see. *Danıştay Journal*, No. 93, p. 530–532.

³⁶ For 10th Chamber of the Turkish Council of State's decision dated 25. 12. 1997 and no. D. 1996/9012, Dec. 1997/6164, see. *Danıştay Journal*, No. 96; p. 616–619.

– The plaintiffs’ spouse and father has been kidnapped, while working as private security officer in a lignite pit. Later on the court has declared for his absence. The plaintiffs who are deprived of kidnapped’s support have filed a suit for damage at the administrative court. According to the administrative court, the kidnapping has not arisen due to any personal hostility but due to widespread terrorist actions against integrity of the state. Compensation as per *social risk principle* is required. The Council of State has approved this decision.³⁷

– At the terrorist attack by members of illegal organization, the plaintiff’s house, barn, loft have been burned and his/her animals have been wasted. “Compensation as per *social risk principle*...”³⁸

– The plaintiff, which is a construction company, has been constructing Security Directorate’s building in İstanbul. The building has been bombed by the terrorists. The company has filed a suit for compensation of their damages by the administration. Administrative court; reversed the claim on the grounds that the incident has been isolated, there has not been causal relation between the damage and administration’s law-enforcement duty and administration’s service failure has not been proven.

The Council of State reversed the judgement on the grounds that “...The terrorist actions are against state, the incident has not occurred due to personal hostility, consequent extraordinary personal damage should be compensated by the administration as per *social risk principle*”.³⁹

– “.....In Sirkeci-Halkalı local train service, there has been an explosion at Yeşilköy train station and the plaintiffs’ relative has died. It is not possible to determine if Turkish State Railways has any service failure or not. Because the plaintiffs’ damage has not arisen due to defendant administration’s transportation service, but due to a terrorist action against the whole community. Accordingly, the Ministry of Internal Affairs should have been set as adversary (defendant). And the Ministry should be granted for compensation as per *social risk principle*. But instead, administrative court decided that the administration has service failure. This decision of the court has no legal basis.....”⁴⁰

³⁷ 10th Chamber of the Turkish Council of State’s decision dated 10. 12. 2002 and no. D. 2001/1254, Dec. 2002/4679.

³⁸ For 10th Chamber of the Turkish Council of State’s decision dated 08. 10. 1996 and no. D. 1995/2388, Dec. 1996/5893, see. Danıştay Journal, No. 93; p. 520–523.

³⁹ For 10th Chamber of the Turkish Council of State’s decision dated 9.10.1995 and no. D. 1994/1682, Dec. 1995/4256, see. Danıştay Journal, Sayı:91; p. 1137–1140.

⁴⁰ 10th Chamber of the Turkish Council of State’s decision dated 8.2.2006 and no. D. 2005/7845, Dec. 2006/5214.

2. The High Military Administrative Court's Approach⁴¹

– For the lawsuits for damages of members of armed forces who are damaged during their duties due to terrorist actions and their relatives, the High Military Administrative Court generally decides as follows: “... The administration is trying to execute public service for security intensively in southeast and east Anatolia. It executed this duty via civil servants. It is clear that there is a causal relation between the damage which the administrative agent suffers during execution of the public service and the service. As the administration does not have any fault in the occurrence of the damage, it is accepted by our Board that plaintiff's damage should be compensated according to the principle of “responsibility without fault” as developed by the doctrine and court decisions.”⁴²

3. The European Court of Human Rights' Approach

Turkey is among the countries which has accepted jurisdiction of the European Court of Human Rights. The individual who exhausts domestic remedies, can apply to the European Court of Human Rights if he/she is not satisfied with the result of judgement.⁴³ People who are damaged due to terrorist actions, whether they are damaged by terror organization or by the conflict between terrorists and security forces or directly by security forces, administrative judiciary is an effective domestic remedy in suits for damages.

Nevertheless the European Court of Human Rights used to accept the applications made before exhausting domestic remedies in Turkey. And that was a subject matter of criticism. The European Court of Human Rights has stated the reasons for their attitude as follows:

“There is not an effective domestic remedy in Turkey. The concerned people may face some pressure and be suppressed if they apply to court.”⁴⁴

⁴¹ For HMAc judgements, see. AKYILMAZ, Bahtiyar: ama.; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref – Turgut TAN: (Administrative Law) V. 2 (Law of Administrative Judiciary), amw., p. 771–774.

⁴² For 2nd Ch. of HMAc's decision dated 11.10.2000 and no. D. 00/634, Dec. 00/60, see. AYİM Journal, No. 15, p. 984–986.

⁴³ KOÇAK, Yüksel: “İnsan Hakları Avrupa Komisyonuna Bireysel Başvuru Hakkı (Right Of Individual Application To The European Commission of Human Rights)”, Esat Çam'a Armağan, Uluslararası İlişkiler Yıllığı, 2000.

⁴⁴ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref – Turgut TAN: (Administrative Law) V. 1 (General Principles), amw.,p. 878, (footnote 94: AKÇAY, D.: “İnsan Hakları Komisyonu Türkiye'ye Önyargılı mı?

But the European Court of Human Rights has changed this attitude recently. It has agreed that the material damages of terror victims are compensated by the Commission which has been established by the state. It has declared that approximately 300 complaints made in four separate applications have been considered “*inadmissible*”. According to the European Court of Human Rights the Commission has been in service since 2004, paying reasonable compensations to terror victims. The Commission has concluded 230.000 applications over 360.000. Also the Turkish courts listen to complaints about compensations. Based on these reasons, The European Court of Human Rights has not accepted complaints of the applicants.⁴⁵

*C. Assessment of High Courts’ Decisions By The Doctrine*⁴⁶

Following sentences take place in some Turkish Council of State decisions:

“... There are some damages which the administration is liable to prevent in relation to its field of activity but fails to prevent... Administration, which is liable of preventing the terrorist incidents but fails to do so, is liable of compensating the damage without demanding causal relation, as per principle of social risk. Administration’s compensation of damages which arise as a result of terrorist incidents and by this way its apportionment to the community is a requirement of equity and also shall be compatible with the social state principle....”

Some of the authors express following criticism about the mentioned sentences taking place in judgements of the Council of State:

1. First of all, there must be “*service failure*” in damages which the administration is liable for preventing but fails to prevent. In other words, if the administration fails to prevent terror anyhow, this situation is a service failure in the form of “mal-functioning of service”.

(Is The Commission of Human Rights Biased to Turkey?), Milliyet Newspaper, 22. 8. 1996,p. 16); GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref–Turgut TAN: (Administrative Law) V. 2 (Law of Administrative Judiciary), amw., p. 778; (footnote 990: AKÇAY, D. : “İnsan Hakları Komisyonu Türkiye’ye Önyargılı mı? (Is The Commission of Human Rights Biased to Turkey?)”, Milliyet Newspaper, 22.8.1996, p. 16).

⁴⁵ Title Decisions on the admissibility A. and Others v. Turkey (application no:30415/08), F. and Others v. Turkey (no:27501/06), B. and Others v. Turkey (no:18443/08 and others) and B. and Others v. Turkey (no:54788/09 and others). <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=open&documentId=888002&portal=hbkms&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>

⁴⁶ For evaluation of high courts’ decisions by the “Doctrine” see. ÖZKARSLI, Oğuz: amt., p. 87–99; AKYILMAZ; Bahtiyar: ama.; GÖZLER, Kemal: (Administrative Law Lessons), amw., p. 771; GÖZLER, Kemal: (Introduction to Administrative Law), amw., p. 282; GÜNDAY, Metin: amw., p. 343.

The administration is liable for preventing terrorist actions. However, the feature of the relation between the damage which arise due to concrete incident and administration's liability should be displayed. If the administration has any fault in the execution of its duty, it is responsible for this fault. For instance, if there has been a bomb warning to a building but the police has not taken necessary precautions, the police has fault. State may be ordered to pay compensation according to principle of responsibility with fault.

Damages suffered by terrorist actions are too many in our country. These terrorist actions can not be considered as an isolated incident and the damage can not be left on the sufferer, because this situation shall discredit sense of trust for the administration, which fails to prevent its own civil servant. Nobody shall be willing to execute these duties, as it means being under damage threat just because of working as an officer of the state. The administration is not able to provide safety of the public officer due to terrorist actions. Thus, administration shows its weakness in security public service.

So, it shall be more accurate for the Council of State to make a serious "service failure" examination on whether necessary organization and technical equipment are provided and whether all precautions are taken for security and concentrate on whether administration has a fault or not. According to some of the doctrine; administration's responsibility due to terrorist actions can only be available upon terms of responsibility with fault.

2. As in the theory of responsibility with fault, it is also essential in theory of responsibility without fault that for administration's responsibility there should be a "causal relation".

Theory of responsibility without fault, removes not the term of causal relation, but the term of fault. Last paragraph of article 125 of the Turkish Constitution is as follows: "The administration shall be liable to compensate for damages resulting from its actions and acts." In the face of this principle, it is not possible to accept that no causal relation shall be demanded between the damage and administration's activity. So, different approaches are necessary about causal relation in the damages born by terrorist actions.

3. It is not right to use *social risk principle* in the cases related with terrorist attacks.

Keeping the content of social risk responsibility oversize, shall cause the transformation of this responsibility to public insurance. And this shall pave the way for compensation of all damages in accordance with this principle.⁴⁷

⁴⁷ AZRAK, Ali Ülkü: ama., p. 138-139; ÖZGÜLDÜR, Serdar: (Administration's Legal Responsibility and Full Remedy Actions), İl Han Özay (Ed.) in *Günüşığında Yönetim* (p. 809-891),

Availability of the following terms are required, in order to keep administration responsible by applying social risk principle for the damaging attitudes and actions of third persons:

- i. Although prevention of these actions is administration's responsibility it has failed to prevent without fault.....
- ii. The administration has refrained from preventing these actions in order not to cause bigger damages...

But the Council of State sometimes judges for administration's responsibility based on social risk principle, without even searching whether administration has taken safety precautions or not.

4. The sense of "*collective responsibility*", used in decisions, is in need of explanation.

The damage meant by collective responsibility is not left on single person but apportioned to the whole community. In that case sense of collective responsibility can not be considered as a determiner of social risk principle.

5. According to the doctrine; Council of State's application of social risk principle in the damages suffered due to terrorist actions, sometimes does not comply with equity and "*social state principle*".⁴⁸

The Council of State has implemented this principle, in the bombing of Security Directorate building by terrorists in Istanbul, which has been constructed by private legal persons. This decision can not be based upon the article 125 of the Turkish Constitution. The statement of "The compensation of damages arising due to terrorist incidents by the administration... shall be in conformity with social state principle" as takes place in court orders, is not realistic.

When it is considered that as a result of a terrorist action someone very wealthy suffers big amounts of loss, how can the payment of his/her damage being made by the taxes collected be a result of social state principle?

6. "... State being responsible as per *principle of responsibility without fault* due to damages arising from terrorist attacks, in other words being sentenced to pay compensation even if it has no fault in the incident, is not possible according to principles of neither administrative law nor private law. Because there is no causal relation between the subsequent damage and police activity. They are the terrorists, not the police (security forces) who cause the damage... A system for com-

İstanbul 2004, Filiz Kitabevi, p. 851; ÖZKARSLI, Oğuz: amt., p. 84.

⁴⁸ For 10th Chamber of the Turkish Council of State's decision dated 09. 10. 1995 and no. D. 1994/1682, Dec. 1995/4252, see. Danıştay Journal, No. 91, p. 1137-1140; AKYILMAZ, Bahtiyar: ama.

pensation of damages by the state, which people suffer due to terrorist attacks, can be projected only if legislative organ wishes but not the courts...”

7. The High Military Administrative Court has the opinion that causal relation does not disconnect neither in occupational damages nor in damages suffered by the victim in her/his capacity as public officer off-duty. The Court judges for compensation of the damage by the administration as per *principle of equality before public burdens*.

Some authors disapprove the High Military Administrative Court for deciding in such incidents according to principle of equality before public burdens. The authors state that, the High Military Administrative Court bases their decisions on this principle even in disputes which can be attributed to occupational risk or social risk principle. They say “The nature of the generated damage is not like the officer’s being damaged due to its public duty by reason of public liability. The damage generates directly from the risk brought by his/her official capacity”.

8. And some authors approve decisions of both high courts and evaluate as follows:⁴⁹

“... People may suffer from incidents of anarchy and terror which aim at disturbing public order and even destroying constitutional order, or from suchlike social incidents. In such incidents the only accusation against the administration is the administration’s failure in preventing these incidents. Such kinds of incidents can not be considered as a simple city police event. They should be evaluated as social risks and the damages arising due to them should be compensated also by the society ...”

“... People who suffer by these damages and who have not been a part of these acts suffer damages not because of their own faults and actions but because of the social anarchy the community is in. In short, reason of the damage is being a member of the community.

Such damages should be compensated as per social risk principle, considering their special and extraordinary features and not demanding causal relation, by the administration which has the liability to prevent terrorist incidents but fails to prevent, and the apportionment to the community by this way is a matter of equity and it also complies with social state principle...”

9. The former attitude of the European Court of Human Rights has always been a matter of criticism.⁵⁰

⁴⁹ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Turgut TAN: (Administrative Law) V. 2 İdarî Yargılama Hukuku (Law of Administrative Judiciary), amw., p. 774–778; ÖZKARSLI, Oğuz: amt., p. 93.

⁵⁰ V/B/3. ECHR’s Approach and footnote 57.

D. Our Opinion on the Doctrine and Court Orders

The doctrine criticizes decisions of the Council of State in terms of; not concentrating on service failure, not demanding causal relation, basing on concept of collective responsibility, transforming social risk principle to public insurance and using social risk principle even if it does not comply with social state principle. And it criticizes the High Military Administrative Court for basing upon equality before public burdens.

– The Council of State states that service failure should be examined primarily. It decides service failure of the administration, if the sufferer has not been protected by the administration despite his/her advance application. If there is no service failure, it shall be determined whether the damage shall be compensated as per principle of responsibility without fault.

– The Council of State says that it is not possible to practise social risk principle in cases where causal relation can be established between the damage and the administrative action.

“... At the conflict between security forces and the terrorists, the plaintiff’s relative has been dead on duty during the execution of public service. There is causal relation between the damage and the administrative action...”

The Council of State decides for compensation by the administration as per social risk principle, rather to relatives of those who are killed for being a member of the community.

– According to the Council of State; as the Turkish Republic is a state ruled by law, it should compensate some of the damages basing on sense of collective responsibility, without demanding causal relation and as per social risk principle. Besides, victims of the terrorist actions have not participated to the action and there is no personal hostility against those people, they do not have any fault or action. Their damage should be compensated without demanding causal relation and as per social risk and social state principle.

That is to say; the Council of State does not apply to social risk principle immediately. Here we do not agree with doctrine’s critiques. Besides practise of social risk principle is necessary in damages arising from terrorist actions. Events and subjects where the Turkish Council of State applies social risk principle are becoming diversified. Until 1980s the Council of State used to practise social risk principle especially in social incidents and in claims for pecuniary and non-pecuniary damages filed by relatives of martyred security officers and soldiers. But in 1990s the Council of State widened social risk principle further and started applying this principle in suits filed for pecuniary and non-pecuniary damages suffered by civilians due to terrorist actions.⁵¹

⁵¹ ÖZKARSLI, Oğuz: amt., p. 87, p. 90.

The practise has been developing in the field of responsibility without fault because if the administration's responsibility is based upon service failure, proving the fault shall be plaintiff's responsibility. Whereas; if the administration is held responsible as per responsibility without fault, the sufferer will not be obliged to prove administration's faultiness. It is for the benefit of individuals, to keep the administration responsible as per responsibility without fault for terrorist actions.

Thus the administrative law will be protecting the individuals before the state. So, I'm against insistently demanding for the service failure of the administration in every case. According to the High Military Administrative Court:

During terrorist actions, administration enters an action against terrorist activities. This service is executed by public officers. There is causal relation between the public officer who gets damaged during these activities and the service. The administration does not have a service failure. Compensation is required in terms of principle of responsibility without fault. Terrorist activities do not take place all around the country, people only in a certain region of the country are damaged by these activities. Therefore, the damage should be compensated by the administration as per principle of equality before public burdens with special and extraordinary feature. So, the most significant difference between judgements of the Council of State and the High Military Administrative Court is: The High Military Administrative Court thinks that there is a causal relation between the damage and the service executed by the administration, decides as per principle of responsibility without fault or principle of equality before public burdens. But the Council of State believes that there is no causal relation between the damage and the administration especially in terrorist attacks, if the administration does not have service failure. If a state claims that it is a "state ruled by law" and "social state", no matter which principle judicial bodies are based on, the state is obliged to compensate the sufferer's damage caused by the terrorist actions.

Social state is ⁵²"the state which is not satisfied with only providing standard freedoms to individuals but also which makes it its business to meet their material requirements for living humanely". "Social state; has three objectives in terms of national solidarity: Realization of social justice, promotion of individual and social well-being, maintenance of peace, realization of social security..."

When the critiques are reviewed it is seen that most of the doctrine protects the state (administration). It is noticed that, the doctrine is worried that the ad-

⁵² For "Social state", see. EROĞLU, Hamza: (Administrative Law, Administrative Organization and Inspection of Administration), General Principles, , Fourth Edition, Ankara 1984, (XVI+462 pages), Işın Yayıncılık Ltd. Şti., p. 62-63; BALTA, Tahsin Bekir: (Administrative Law General Subjects) I, , Ankara 1970-1972, p. 113; KIRTEPE, Ahmet: ama., p. 147, p. 154-155.

ministration shall pay compensation in more cases if social risk principle is practised.⁵³

However, when meanings of “state ruled by law” and “social state” concepts which are included in the constitutions are considered, the basing point is the protection of “individuals”. Moreover, some of these individuals are damaged coincidentally even they are not public officers, just because they were there.

And some of the sufferers damaged as public officers are attacked by the terrorists not on duty, in other words during armed conflict, but off duty just because they have that official capacity. There are a number of group of people damaged by terror: They are third persons who are not related with the terrorist action but whom the *administration* damage due to its own action during fight with terror. Some of them are third persons who are not related with terrorist action but whom the *terrorists* damage during fight with terror. Some of them are public officers who are commissioned for fight with terror and damaged during armed conflict. And others are those who are not commissioned in armed conflict with terrorists but damaged by the terrorists just because they have public officer capacity. And some of them are those, who has previously functioned at fight with terror, and damaged not on duty but after his/her duty has been over and damaged just because of the duty he/she executed formerly.

Turkey has enacted special laws to reimburse the damages of all these various groups. For those who are not satisfied with these reimbursements or who can not come to agreement, general administrative judicial remedy and military administrative judicial remedy is open.

VI. CONCLUSION

My purpose in this study is; to attract attention to the compensation of sufferers, in other words the casualties (injured) themselves and their relatives, the deaths and their relatives, in short the ones who have been destitute of help, at the shortest notice and in the most satisfactory way, after they file suit for damages.

These concrete sample incidents, court judgements, views of the doctrine are to show both what it costs for a country to mess with “terrorist actions” and also what legal confusions it causes and what kinds of social wounds it inflicts. The specific laws enacted in Turkey for those who are damaged due to fight with terror, also aim for citizen’s offense against the administration. That is why we are against the proposals such as insurance system and fund foundation.

⁵³ See. V/C High Courts’ Decisions Evaluated By The Doctrine.

If the state is unable to prevent its citizens it is liable of protecting, it shall pay for the generating damage. Besides, in incidents where third persons are damaged, we think that even if there is no relation between the doer of the damaging action and the administration there may be a causal relation. We also do not agree with the analogies drawn by some authors; such as if the damage suffered by the victim of a murder should be compensated by the administration with the same humanitarian consideration. State is not a party in a case between two citizens. However, the terrorist action has been made against the state, the country, the nation.

In social state, in terms of state's financial responsibility, arise of damage due to state's action is not essential. The idea of "The state; is liable for preventing terrorist actions, maintaining a peaceful public order and security of life and property" as mentioned by most authors, is true⁵⁴. But, the administration is liable for compensation if it can not maintain this either for various reasons with or without fault. Can the "non-pecuniary damages" in question for third persons, be compensated by force of being a social state within the content of "social risk"? According to A. Kirtepe who has asked this question, this law does not have a legal base today. It should be developed by judicial decisions parallel to the progress in the sense of social state. This need shall be more clear especially in deaths and injuries.⁵⁵

In our opinion, as stated by A. Kirtepe, Law no. 5233 on the Compensation of Damages that Occurred due to Terror and the Fight Against Terrorism regulates only pecuniary damages. A provision regarding compensation of non-pecuniary damages should be included to the law, or the word "pecuniary" which describes damage in the current law should be removed from the law and the damage should be made general which defines both pecuniary and non-pecuniary damages.

We would like to conclude this study by the decision of the Turkish Council of State about the compensation claim filed by the husband of a woman who coincidentally died while sleeping on her house roof during the armed conflict with the terrorists:⁵⁶ During the armed conflict between terrorists and security forces, a woman who has been sleeping on her house roof had died. The plaintiff husband who has suffered due to death of his wife has filed a suit for pecuniary and non-pecuniary damages.

First instance administrative court ruled for the compensation of the damage as per social risk principle, dismissal of claim for pecuniary damage on the grounds that the plaintiff has not suffered any pecuniary damage and part-acceptance of the claim for non-pecuniary damages.

⁵⁴ AKYILMAZ, Bahtiyar: ama.

⁵⁵ KIRTEPE, Ahmet: ama., p. 155.

⁵⁶ 10th Chamber of the Turkish Council of State's decision dated 29. 01. 2007 and no. D. 2004/7285, Dec. 2007/212.

The plaintiff has claimed for appeal. The Turkish Council of State decided as follows:

1. The administration is liable for the compensation of the damages, which have causal relation with the public service it executes, within the framework of rules of administrative law and as per principles of service failure or responsibility without fault.

2. An incident may also occur in cases where there is no causal relation between the damage and the administrative action. The administration shall be responsible for the generating damage as per social risk principle, if this incident arises from current condition of the community, if it is not a direct consequence of execution of public service but can be associated with the whole community, if it occurs within administration's field of activity and also if the damage occurs due to realization of a risk with social nature.

3. In the incident of death of the person, who had been asleep on her house roof, during the armed conflict between the terrorist organization and the security forces, the administration does not have a service failure. However, there is a causal relation between the damage generated from death and the administrative action. The administration is liable for compensation to this respect as per principle of responsibility without fault.

4. In the compensation for destitute of support, the purpose is to try to provide the person who has been deprived of support with his/her former, before the death case, social and economical standard of living.

5. If the dead person has been the assistant, financial supporter of some people when alive, by his/her death those people will have been damaged. It is not possible to accept that a person who does not work, who is a housewife does not have financial support for the family.

The court should have made the expert calculate the amount of pecuniary damage suffered by the plaintiff due to his dead wife.

– The first instance administrative court's judgement for dismissal rather ordering for of pecuniary damage is against law...

– Non-pecuniary damage is not a compensation tool for meeting a deduction in property but a satisfaction tool. It aims reducing even partially the pain due to the incident. The non-pecuniary damage should be determined as not to cause prosperity and should be proportional with administration's fault.

– The non-pecuniary damage granted in accordance with the incident at issue is low.

– Although the administration's service failure in the incident can not be determined, as there is a causal relation between the damage and administration's

action, compensation of the damage as per principle of responsibility without fault should be ordered. But, first instance administrative court's judgement based on social risk principle is against law.

– Although expert examining should be made and pecuniary damage should be ordered, it is against law to decide for the dismissal of pecuniary damage.

– It is against law to judge for a low amount of non-pecuniary damage.

So, it means that; the same court even the same chamber is able to decide also as per principle of responsibility without fault, by rejecting social risk principle – contrary to critiques in doctrine.

ZEHRA ODYAKMAZ, LL.D.,
Professor, Pravni fakultet, Gazi Univerzitet,
Turska

ODGOVORNOST DRŽAVE ZA ŠTETU PROUZROKOVANU TERORISTIČKIM AKTIVNOSTIMA

Rezime

Pod određenim uslovima, države nadoknađuju štetu nastalu terorističkim aktivnostima na osnovu principa naknade štete kao “socijalnog rizika” i u situacijama kada nema kauzalne veze između aktivnosti državne uprave i njenih organa i štete prouzrokovane oštećenom.

Predmet ovog rada odnosi se na uporedno pravnu i teorijsku analizu doktrine “socijalnog rizika” sa posebnim osvrtom na praksu u Turskom pravu. Naročito se pažljivo izučavaju presude sudova u predmetima vezanim za tužbe oštećenih, posebno analizom kompenzacionog postupka i njegovog ostvarivanja.

Cilj je autora članka da skrene pažnju pravnika na opasnosti od terorističkih akcija i na teškoće koje prate procese naknade štete u mnogim zemljama među kojima je i Srbija.

Podrobno se ispituju i osnovni uzroci kao što su: priroda sukoba među državama i definicija koje se aktivnosti smatraju “terorističkim” a u kojim situacijama dolazi do prećutnog ili eksplicitnog prihvatanja stavova terorista iz vanpravnih razloga.

Osnovni je uzrok nesklada između shvatanja pravnika na međunarodnom nivou – činjenica da mnoge države nisu iskusile dramatične posledice terora na svojim teritorijama i da s toga pravnici tih zemalja ne mogu da shvate izuzetan značaj i dejstvo pravnih posledica terorističkih akcija, dimenziju materijalne i nematerijalne štete koja nastaje. Najčešće su stručnjaci nesposobni da ozbiljno shvate da do takve štete može doći i na njihovoj teritoriji. Potrebno je s toga približavanje kriterija na

osnovu kojih se procenjuju terorističke aktivnosti. One moraju biti tretirane pre svega kao povreda ustavom zaštićenih prava građana, bez drugih konsideracija i obzira ma koje vrste.

Pravnici, posebno stručnjaci upravnog prava trebalo bi da se mnogo više usredsrede na pitanja naknade štete koje su građani pretrpeli ili trpe usled terorističkih akcija. **Podnete su ili se podnose tužbe za naknadu usled smrti, ranjavanja i drugih šteta. Kako obezbediti da se nastala šteta pravedno naknadi na najbrži i najlakši način. Suviše sporaj pravdi nedostaje pravednost.**

Upravni sudovi, bilo da presude zasnivaju na osnovama štete nastale greškom organa državne uprave prekoračenjem ovlašćenja, bilo bez ikakve greške državne uprave ("without fault") ili na nekom od principa doktrine dužni su da temeljnim obrazloženjem presuda baziranih na osnovnom uzroku: ilegalnoj terorističkoj akciji – uspostave stanje u kome presude upravnih sudova postaju precedenti za sve buduće slučajeve.

Želja je autora da izuzetno iscrpnom argumentacijom striktno zasnovanom na pravu, obezbedi oštećenima, pravnim ali i moralno zasnovanim razlozima pravednu naknadu i materijalne i nematerijalne štete nastale kao posledica terora. Članak je ilustrovan i bogatom praksom drugih sudova, počev od Francuskog Državnog Saveta do međunarodnih sudova. Najzad skreće pažnju da osnivanje posebnog Fonda za naknadu šteta nije rešenje, kao ni "pokrivanje" šteta kroz sistem osiguranja. Svaka šteta nastala terorom podleže kompenzaciji, jer nije prouzrokovana samo građaninu, nego i državi koja ga nije efikasno zaštitila.

*BORCE DAVITKOVSKI,
DRAGAN GOCEVSKI*

**LEGAL MECHANISMS FOR PROTECTION / NON PROTECTION
AGAINST MOBBING IN THE PUBLIC SECTOR
IN MACEDONIA**

INTRODUCTION

The word mobbing derives itself from the English words “mob” (aggressive crowd) and “mobbish” (rude, vulgar, simple-minded). As a phenomenon mobbing has existed for decades, and has been thoroughly analyzed by countless scientists. It was first diagnosed in the 1980’s by Swedish psychologists Dr. Heinz Leymann, who went on to develop efficient methods for prevention, as well as rehabilitation from the process of mobbing. Through national labor legislation, Finland, Sweden and Norway started a process of support for worker protection in terms of physical and mental health (MOBBING: pages 16–17, 2009).

A research paper shows that 40% of workers polled in the Republic of Macedonia have been victims of mobbing, either through unfair accusation or an exaggerated number of controls. The research went on to state that the

Borče Davitkovski, Ph.D., professor and dean, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University Cyril and Methodius, Skopje.

Dragan Gocevski, MSci, assistant, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University Cyril and Methodius, Skopje.

main cause for the mobbing was found through a frame of political backdrop and in most cases was conducted by supervisors. Consequences that arose after the process of mobbing were: impaired social and emotional balances, as well as impairment of the health of employees (40% felt headaches, heart irregularities and heightened blood pressure) (MOBBING: page 12, 2009). It is key to point out that the European average on mobbing is around 25% of those polled (MOBBING: page 59, 2009). According to research done by Leymann, the percentage of men (45%) and women (55%) being mobbed does not vary by a huge percentage. Another question that also arises, within this process, is who mobs who? Research shows that 76% of males are mobbed by males, while 3% are mobbed by females, and 21% are mobbed by both sexes at the same time. On the other hand, 40% of females are mobbed by females, 30% are mobbed by males, and the other 30% are mobbed by both sexes. Yet the sex aspect should not be interpreted far too deeply. The explanation behind the above stated statistics, related to ratio of sex to sex mobbing, lies behind the existing segregation within the labor market and the division of “male” and “female” professions. As a result, it is realistic for females to be disturbed by males in a smaller percentage, yet we should not ignore that in most cases women have male managers (males are represented in managerial positions in a much higher percentage than females.). From an age perspective, the age groups of 21 to 30, and 31 to 41 are the most common victims of mobbing¹.

Mobbing is defined as the existence of psychological harassment that is continually repeated by conduct through certain behavior, with the final aim of degradation of the employee. Mobbing is an abuse of human rights and integrity, damages physical, psychological and sociological health, as well as acts as a roadblock for career advancement of the abused entity² (MOBBING: Page 14, 2009).

Mobbing represents: long-term psychological harassment, torture, isolation, work-place pressure, inhumane treatment; an unfair method used to distance an honest, worthy, bright employee from the workplace; psychological torture, putting the employee in a situation where they are: humiliated, scared, gossiped of, distanced, made fun of, abused at the workplace; a direct hit on personal respect, a strategy of the incompetent for governing and accomplishing their personal goals on account of some else's integrity.

¹ <http://www.mobbingnet.org/mk/informacii/2009-05-12-03-42-22.html> (poseteno 25. 4. 2010).

² According to EU statistics, every 4.5 minutes a worker is hurt, while every 3.5 minutes a person dies because of reasons connected to their workplace;

Analysts differentiate different types of mobbing: *horizontal* exists between employees with equal status in the hierarchy; *vertical* mobbing is conduct by an entity with higher placement within the hierarchy; *strategic* mobbing is conducted by creating strategic changes to the certain firm or institution (example: rationalization or termination of employment due to budget cuts); *effective or emotional* mobbing is reflected through fear, dependence and malice of the “mobber” (based on personal reasons) or sexual disturbance³. Observed methods through which mobbing is conducted are: the inexistent right to necessary communication, cutting off possibilities for adequate social relations, as well as an attack on the authority of the individual and the quality of their work (MOBBING: pages 20–21, 2009).

LEGAL FRAMEWORK OF EU REGULATION

The fundamental EU Directive 89/391/EEC on workplace health points towards the basic measures for stimulation and implementation of security and health at the workplace, the role of employers and employees within the process, principles related to the prevention of risk at the workplace, the principle of information, consultations, training of employees and their representatives, as well as the basic measures for the application of such principles. A European Commission Communication sent to the Council of the European Parliament (February 2007) under the motto “Improving quality and productivity at work” was the stepping stone through which the EU 2007–2012 Strategy was created.

On the European level, we have been witness to a countless number of efforts aimed at specifically preventing “mobbing”. Directive 8/391 raises the responsibility level of employers in the area of protection at the workplaces “in every aspect of work”. Resolution A5-0283/2001 of the European Parliament recommends that member states of the EU modify their legislation by addressing the phenomenon of mobbing and sexual disturbance at the workplace. According to the Resolution, the most successful approach by which this can be achieved is the harmonization of the definition of the term “mobbing”. The European Parliament report on Harassment at the workplace (2001/2339(INI)) gives responsibilities to the Committee on Employment and Social Affairs. Also in the same Report, the Committee on women’s rights and equal possibilities recommends that member states ask that the private sector, public sector and

³ <http://www.mobbiget.org.mk/informacii/vidovimobing.html> (visited 25.4.2010).

social partners set up effective preventive policies, provide systems for exchange of experience, and set forward solutions to problem of harassment of victims, as well as repeated bullying. The Committee recommends development of training programs for employees, managers, social partners and doctors in both the private and public sectors. The Committee goes on to recommend the idea of putting in place mediators at the workplace (the mediators could be used as a buffer by the employees). A Council Resolution stemming from June 3rd, 2002, related to the new Community Strategy for protection at the workplace (2002/C 161/01), states that the Council recognizes the enlargement process as the greatest challenge of the Union. It adds that the official and effective harmonization of the Acquis in the area of protection at the workplace is vital, as well as using the institutions of the Community to consult, collect, analyze and dissect information, through experience created by the Advisory Committee on security, health and protection at the workplace, the European Agency for protection at the workplace (Bilbao), and the European Foundation for improvement of living and working conditions (Dublin). So that a culture of prevention can be built, it is necessary to include all the basic principles of protection in the education process and in all future training programs, as well as using campaigns for promotion that would raise the level of awareness. To this moment, most research shows an alarming rise of psychological harassment at the workplace. According to the fourth European research on workplace conditions (2007), published by the European Foundation for improvement of living and working conditions, 5% of workers reported that they were subject to bullying and harassment within a timeframe of 12 months. As a result of such research, European partners signed a Framework Agreement on harassment and violence at the workplace, while the European Commission, within the European Strategy on Health and Safety 2007–2013, stressed the importance of mental health at the workplace. Some member states of the EU (especially Sweden) adopted specific legislation related to mobbing, while other states are in the process of doing so, with existent draft-legislation (for example, Italy). The heightened impact of mobbing on workplace conditions is now a motivator for social partners to include it in Collective Agreements and Behavioral Codex's⁴.

Two of the eight International standards of labor (part of the Behavioral Codex related to respecting working conditions through chains of procurement in the apparel industry) call for a ban of workplace discrimination and for specific workplace protection for employees. Specifically, Standard 2 (taken from Conventions 100 and 111 of the International Labor Organization) bans

⁴ <http://www.mobbingnet.org/mk/informacii/regulativi.html> (visited 25.4.2010);

any type of discrimination, while Standard 7 (taken from the Convention for industrial accidents, security and health No. 174 and No.176) specifically states that workplace abuse, threats, and physical use of force, unusual punishment and discipline, sexual and other threats as well as intimidation by the employer, are banned⁵.

LEGAL FRAMEWORK IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Until the end of 2009 the position held by Macedonian experts was that there is an inexistence of concrete legal norms (in force) that ban and sanction procedures through which mobbing is conducted, yet that all fundamental rights related to human rights and freedoms, and the right to anti-discrimination are regulated within: the Constitution of the Republic of Macedonia⁶, the Law on working relations⁷, the Penal law⁸, the Law on security and health at the workplace⁹, the Law on equal possibilities for males and females¹⁰, Collective agreements, while there is an anticipation that the new Draft Law on antidiscrimination will be brought (MOBBING: page 42, 2009).

According to the Constitution of the Republic of Macedonia, as well as the Law on Employment Relations, on the national level Collective agreements can be signed in the private and public sector with the aim of additional regulation of rights that come out of employment. Additionally, the Union of Syndicates advocates the signing of specific Collective agreements that additionally regulate the rights that arise from employment, where the content can be in the area of protection from mobbing, as well as the measures that employers should take, along with the Syndicate, to overcome mobbing (MOBBING: page 49, 2009).

⁵ <http://www.mobbingnet.org/mk/informacii/--.html> (visited 25.4.2010);

⁶ The Constitution of the Republic of Macedonia (No. 08-4642/1, 17 November, 1991, Skopje);

⁷ Articles 6–11, Lawn on Employment Relations (Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 62/2005, 106/2008 and 161/2008);

⁸ Articles 137, 139, 142 and 143 of the Penal Law (Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 37/96, 80/99, 48/01, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 50/06, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09);

⁹ Law on health and safety at the workplace (Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 92/07);

¹⁰ Article 3 of the Law on equal possibilities for males and females (Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 66/06, 117/08);

In accordance with the Law on security and health at the workplace the Government of the Republic of Macedonia brings forward a Program on the national level. The legal basis for the Program on health and security is article 4 of ILO Convention No. 155 on health at the workplace, health protection, and protection at the work-place, as well as article 4 of the Law on security and health at the workplace. As there is the lack of a specific Law on Mobbing, while at the same time it is becoming a larger and larger issue, it has become more common to reference all issues to the Government Program on security and health at the workplace (MOBBING: page 47, 2009).

In September of 2009 the Law on changing and addition to the Law on Employment Relations was brought. It formed a legal completion of sanctions against discrimination at the workplace and raised the rights that arise out of a working affiliation, as part of the sum of human rights in the Republic of Macedonia. A specific target of the Law was psychological harassment at the workplace – an occurrence that is widely existent, yet was not legally regulated.

The novelties in the Law consist of the introduction of two new articles: Article 9 –a, as well as a new part (2) in article 11¹¹. Article 9-a explicitly forbids all types of psychological harassment at the workplace, and specifically states the term mobbing, thus introducing it to the Macedonian legal system. Psychological harassment at the workplace (mobbing) is determined as discrimination¹² and any negative behavior by an individual or group (at least once a week for a period of six months), that represents an injury to integrity, prestige, and the honor of the employee and causes fear, or creates unfriendly, degrading and insulting behavior. The Law determines executors of psychological harassment as one or more individuals with a negative behavior towards other employees, regardless of their capacity¹³ (employer, responsible entity, and/or employee). The second

¹¹ Lawn on Employment Relations (Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 62/2005, 106/2008 and 161/2008);

¹² In the context of article 6 of the Lawn on Employment Relations (1) The employer cannot put the entity requesting employment (from now forth: candidate for employment) or employee in an unequal stature because of race, color of skin, sex, age, health situation, disability, political or any other persuasion, membership in a syndicate, national or social origin, family status, wealth status, sexual orientation, or other personal circumstances; (2) Males and females must be granted equal possibilities and equal treatment in the process of employment, career advancement, training, education, re-qualification, salary, remuneration, absence from work, conditions at the workplace, working time, and nullification of the Contract for work.

¹³ In the context of Article 9-a, part. 3 of the Lawn on Employment Relations: psychological harassment at the workplace (mobbing), in the context of this Law, and any negative behavior by an individual or group (at least once a week for a period of six months), that represents an injury to integrity, prestige, and the honor of the employee and causes fear, or creates unfriendly, degrading

provision of the Law determines that “in the case of a dispute, when someone has acted otherwise than that determined in article 9-a, the burden of proof falls upon the individual or group against which the dispute for conducting psychological harassment (mobbing) at the workplace has been filed, unless it is proven that the specific treatment occurred because of the cases foreseen in article 8 of the Law on Employment Relations”. The explanation given by the submitter of the text of the Law argues that the solutions found within the provisions are intertwined and applicable in practice. The Submitter, with the changes, expects that the protection of workers’ rights will be strengthened, a larger humanization of relations at the workplace will arise, and also, that the changes will contribute towards the construction of a healthy society.

REVIEW OF THE LEGAL FRAMEWORK IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Remarks that could be made on the standing Law on Employment Relations (LER) address the absence of adequate (or any for that matter) provisions to provide measures and mechanisms for detection, determination and prevention of psychological harassment as a form of workplace bullying. As it currently stands, LER uses a very extensive (broad, general) definition of mobbing, bringing in question the applicability of these provisions in specific situations where, due to the general scope of the legal regulation, it is difficult to allocate the responsibility of the executor of psychological harassment. A situation that we can imagine is one where the employee is subject to pressure of a sexual nature. In such a situation is the liability in the area of discrimination, mobbing, or sexual abuse? Also, it is fair to suggest attention towards strategic mobbing as a form of psychological harassment at the workplace that is not regulated with the changes to the Law on Employment Relations¹⁴. The only form of legal protection (it can be interpreted) foreseen with the law is judicial protection, yet there is a lack of provisions that would precisely determine the legal basis for accepting a lawsuit in the case of psychological harassment. Also, the Law does not cover penal provisions and does not regulate the role of Syndicates and

and insulting behavior, that has the final intent of termination of the working relationship, or departure from the workplace.

¹⁴ Here we refer to stress caused upon the employee or a group of employees as a product of fear that that in the foreseen future they will be declared surplus employees in the reorganization of the legal entity.

Chambers of Commerce in the process of protection of employees in disputes related to mobbing.

In relation to the mobbing definition criteria used in the LER we would comment Art. 9-a Part. 3 which defines psychological harassment at a workplace (mobbing) as “any negative behavior (towards an employee) repeated for a period of at least six months”. It is difficult to conclude whether such a legal solution is a double edged blade or a necessary evil. Bearing in mind the nature of the psychological stress exerted on the employee (subject to mobbing) the very time period needed to pass for before he is eligible for judicial protection appear far too long. Also there is no guarantee the insults and deterioration of working conditions won't stop before meeting legal deadline for charges, only to, after some time reoccur and the employee be subjected to a the same or new form of psychological harassment. A comparative analysis of the phenomenon show that examples of intense, highly frequent abuse over an employee or group of employees are scarce, because they become too obvious making the “mobber” liable to regular legal suits. In the eyes of mobber, the goal is to discredit the employee rendering him helpless to harassment portraying him to the environment (working collective) as incompetent, impertinent, uncooperative, and unfit to work in the (respective) organization eventually causing him to willfully resign. To achieve these goals mobbers more often utilize more discrete methods, such as sporadic disciplinary measures with financial fines, verbal insults, threats, unfounded transfers to other sectors of the organization with less adequate working conditions whilst keeping the volume of tasks unchanged or increasing the workload. This produces the workers workload while rendering him less capable to fulfill everything that is expected of him, eventually leading to disciplinary measures for neglect or incompetence. Such measures are usually dispersed over a longer period of time making the tendency behind them less apparent. Most often employees aren't even aware they are subjects to mobbing. All this makes cases of mobbing very difficult to prove in court. What further worsens the situation is an incomplete regulation and imprecise provisions. Without proper legal mechanisms for protection preventing and suppressing cases of psychological harassment is a most difficult task. It really is a “tough” question to answer, are six months long enough to prove mobbing, or short enough to prevent abuse.

When we speak of imprecise provisions, we must note cases where the legislature (not) knowingly adopts defective legal solutions which themselves create headroom for long term psychological harassment at the workplace. One

such example in Macedonia are: Arts. 73, 74 и 75¹⁵ of the Law on Employment Relations. Under circumstances of not fulfilling assigned work tasks and duties, the employer may issue a written notice (warning), before termination of employment (breach of contract) if discipline does not improve. What the Law does not specify is the validity period of such a notice. How long can the employee be under additional supervision before evaluation? Yet another gap in this regulation is absence of criteria under which the employees performance is evaluated I.E. (this is most pronounced in the private sector) fulfillment of tasks is left completely on the discretionary assessment of the employer, which in addition to the absence of a deadline burdened with uncertainty of being fired can put the employee under intense psychological stress for prolonged period of time. We must ask: “Does issuing a notice before termination mean, next mishap regardless of how severe, and you’re fired!?” And can this state of uncertainty (according to standing regulation) last for a month, six months or a year? Such a provision on its own generates (presents a legal mechanism) the means to exert pressure on employees.

What is the implementation rate of the Law on Supplementation on the Law on Employment Relations since its adoption in September 2009 till today? From an interview with an authorized official in the State Labor Inspectorate at the Ministry of Labor and Social Policy we found that so far (April 2010) there have been no reports from employees complaining on mobbing in sense of Art. 9-a and Art. 2 of the regarded Law. After interviewing the President of the Primary Court in Skopje II, and judges appointed to cases of labor disputes we found there hasn’t yet been a judicial decision on mobbing (September 2009 – April 2010). However, during the month of April 2010 there have been five legal suits with elements of psychological harassment two of which were filed under explicit charges of mobbing in the sense of Arts. 2 and 9-a of the Law on Employment Relations. It doesn’t surprise us that the first cases of mobbing originated from the public sector. The legal status, employment and termination of employment of public servants is precisely regulated by *lex specialis* regulations offering better protection (thus) encouraging public servants to fight for their legal rights when put under unlawful psychological harassment. Charges stated in suits are: unfounded disciplinary measures for reduction of wages in the amount of 15% for the current month – the same disciplinary measure has been issued several times throughout the time period

¹⁵ Law on Employment Relations (Official Gazette Republic of Macedonia No. 62/05, 3/06, 44/06, 66/06, 16/07, 57/07, 77/07, 106/08, 161/08, 63/09, 114/09, 130/09, 10/2010, 50/2010, 52/2010, 58/2010);

between 2008 and 2009, confiscation of official equipment, phone calls in late hours of the night with threatening contents and coercion by issuing a notice before termination. What is most curious about this subject, is (though vague) tendency in the official issuing the aforementioned disciplinary measures is that a few months following the notice before termination, the employee received several disciplinary measures for reduction of wage in the amount of 15% and he wasn't given termination of employment. Symptomatic in this case is why did the employee wait so long to file a suit¹⁶, and why didn't he/she appeal to the disciplinary measure through regular administrative proceeding?¹⁷ Cases we were able to analyze carry elements of mobbing and (though subtle) tendency. However, the vague character of provisions in LER regulating mobbing, absence of precise provisions that regulate due process in cases of mobbing and the lack of court practice on this issue leave this few legal suits on the doorstep of a judicial maze. The judges we spoke to predict a very long proceeding especially if parties decide to appeal.

CONCLUSION

Without proper empiric data, it is impossible to measure the success/failure rate of new legislature. It is that more difficult to measure the application of Acts regulating sensitive matters such as mobbing on the workplace. Lack of judicial practice, and the fact that there have been no reported complaints to the Labor Inspectorate indicate several possible scenarios: 1) In the Republic of Macedonia, employees are not being subjected to psychological harassment, this being the least plausible scenario; 2) In the Republic of Macedonia, employees in the public and private sector are not properly informed about the existence of legal regulations offering legal protection from mobbing, and they don't know the mechanisms to utilize such regulation. This being because of insufficient marketing and promotion of the Law on Employment Relations (Arts. 2 and 9-a) and poor cooperation between trade unions, chambers of commerce and employees. This is more plausible scenario; 3) In the Republic of Macedonia,

¹⁶ The first disciplinary measure was issued April 2008. In his suit he stated the causes for filing the suit repeated throughout the following months till the end of 2009;

¹⁷ Against an issued decision on disciplinary measure the public servant had the right to appeal to a Government Appellate Commission which decides in second instance. The exact name of the Commission, as well the specific regulations regulating due process for this case aren't stated due to protection of personal data because this is an ongoing case still in judicial process;

due to better legal protection employees in the public sector benefit more from the Law on Employment Relations (Arts. 2 and 9-a). This assumption is drawn from the fact that the first legal suits filed in court come from the public sector. When making such an assumption however we must emphasize that 2 cases out of a total 5 baring elements of mobbing in the sense of Art.9-a of LER is (to say at best) a “NEGLIGIBLE” sample to draw a conclusion that public servants in Macedonia are protected from mobbing; 4) Regarding the number of legal proceedings brought to court of law in cases of mobbing, being largest from cases coming out of the public sector we must also point to a second or alternate conclusion rather different from the one pointed above (point 3) – making legal protection of employees in the public sector a rather ambiguous one. Although it seems that civil servants being the ones most bold to come out and seek their rights, one can’t but stop and wonder – what does an employee brought to the brink of (employment) termination, having their income dwindle away and jeopardizing his/her existence have to lose by filing a law suit against his/hers employer under circumstance of psychological trauma prior to being laid off? Put in this perspective, we can only suggest another possible explanation to the number of initiated legal proceedings for cases of mobbing coming from the public sector: “civil servants in Macedonia are being subject to psychological harassment! Their superiors, knowing they aren’t competent (legaly) to terminate their positions with simplicity, resort to making their working conditions unbearable through insults, confiscation of office equipment, encumbering them with excessive day to day tasks, public ridicule etc. all with the intent of having them willfully resign.” 5) Comparing our empiric data to previous research in this field (conducted in Macedonia) shows enormous discrepancy. Surveys conducted on workers report more than 500 (out of 1000) cases of mobbing at the workplace, yet six months after the adoption of mobbing provisions in LER, workers in Macedonia haven’t the courage to seek necessary legal protection. This data isn’t a figment of assumptions they are empiric data – a confirmed state which is most alarming! As scientists, we must point out the obvious! The current legal regulation is insufficient and inadequate (simply put it doesn’t work in reality) and we strongly petition our National Assembly and Government to consider drafting (and adopting) a separate Law on Mobbing to regulate in a precise and complete manner, the definition of psychological harassment in all it’s occurring forms, the procedure to seek and obtain legal aid and sanction provisions.

Dr BORČE DAVITKOVSKI,
profesor i dekan Pravnog fakulteta
"Justinijan Prvi" Univerziteta "Sv. Kiril i Metodij"
u Skoplju;
Mr DRAGAN GOCEVSKI,
Asistent Pravnog fakulteta
"Justinijan Prvi" Univerziteta "Sv. Kiril i Metodij"
u Skoplju

PRAVNI MEHANIZMI ZAŠTITE / NE ZAŠTITE
PROTIV MOBINGA U JAVNOM SEKTORU
U REPUBLICI MAKEDONIJI

Rezime

"U ovome radu izlažemo teoretski pregled psihičkog uznemiravanja na radnom mestu (mobing), kao i relevantnu regulativu Evropske unije o ovom pitanju. U radu sprovedena je detaljna analiza pravnog okvira u Republici Makedoniji kojim su uređeni mehanizmi zaštite i prevencije protiv psihičkog uznemiravanja. Za potrebe ovog rada, sprovedeno je empirisko istraživanje u periodu od septembra 2009 do aprila 2010 godine. U analizi podataka sprovedeno je merenje stepena implementacije i primene odredaba Zakona o radnim odnosima usvojene u septembru 2009 godine, sa kojima se trebalo obezbediti bolja zaštita i prevencija pojave mobinga u Republici Makedoniji. Šta je još važnije u ovoj analizi, detektiran je fenomen specifičan pravnom okviru Republike Makedonije kojim je regulisana ova problematika. Reč je o zaštiti javnih i državnih službenika protiv mobinga na radnom mestu. Konkretnije, zaključci se odnose na zaštitu državnih službenika čiji je radni odnos izrično uređen Zakonom o državnim službenicima i za koje se smatra da su zaštićeniji. Međutim empiriski podatci u ovom radu ukazuju da državni službenici podleže većem stepenu psihičkog uznemiravanja na radnom mestu."

*DRAGAN VASILJEVIĆ,
DOBROSAV MILOVANOVIĆ*

OSNOVNA NAČELA U POSTUPANJU POLICIJE

U V O D

U svakoj državi položaj i uloga organa državne uprave zavise, pre svega, od načela koja su primenjena na obavljanje pojedinih funkcija državne vlasti. Najopštiji okvir rada i postupanja ovih organa determinisan je određenim pravnim načelima utvrđenih ustavom, kao najvišim pravno-političkim aktom, kao i nizom zakona koji regulišu organizaciju i funkcionisanje organa državne uprave, ali i brojnim međunarodnim dokumentima, koji su na odgovarajući način inkorporisani u nacionalni pravni poredak.

Moderni koncept uprave, kao skupa autoritativnih i neautoritativnih aktivnosti, zasniva se na principima pravne države. Pri tome ne misli se samo na pravnu državu u formalnom smislu, već na pravnu državu liberalno-demokratskog tipa, odnosno pravnu državu u materijalnom smislu koja, rekli bismo, odgovara onome što se danas podrazumeva pod pojmom vladavine prava. Koncept pravne države pretpostavlja između ostalog, odgovarajući kvalitet važećeg zakonodavstva koje treba da bude izraz kolektivnog razuma društva i ogleda-

Dr Dragan Vasiljević, profesor Kriminalističko-policijske akademije u Beogradu.
Dr Dobrosav Milovanović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

lo pravde, pravičnosti i pravne sigurnosti.¹ U vezi sa tim, od posebnog je značaja sistematsko korišćenje modernih tehnika izrade zakona i drugih propisa koje povećavaju verovatnoću da će se ovim aktima zaštititi vrednosti koje predstavljaju "istinski" javni interes, da će oni biti razumljivi, međusobno usklađeni i sprovodivi.²

Načela su, po pravilu, univerzalne prirode. To se odnosi i na načela upravnog postupanja subjekata uprave, kao najviše standardi, bez kojih nije moguće zamisliti bilo koji, važeći pravni poredak. Ona su interdisciplinarna i mogu se precizno odrediti samo ako se sagledaju u jednom širem kontekstu, u okviru pojava u društvenoj stvarnosti gde nalaze svoju primenu.

I naš pravni sistem predviđa veći broj načela kojih su u svom radu dužni da se pridržavaju organi državne uprave. Među takva načela spadaju: zakonitosti, samostalnosti, odgovornosti, javnosti, nepristrasnosti i političke neutralnosti, srazmernosti, delotvornosti, nediskriminacije i dr. Svi subjekti uprave obavezni su da se u svom radu pridržavaju utvrđenih načela. To se odnosi i na policiju budući da je i ona deo sistema državne uprave.³

U vršenju poslova i zadataka iz svoje nadležnosti, policija u različitom obimu sprovodi više postupaka – upravni, krivični, prekršajni, disciplinski i posebne postupke utvrđene zakonima iz oblasti unutrašnjih poslova. Tako da su za policiju značajna načela opšteg upravnog postupka, krivičnog, prekršajnog, disciplinskog i drugih posebnih postupaka.

Polazeći od činjenice da kriminal ne poznaje granice (posebno organizovani), rad policije na njegovom otkrivanju i sprečavanju sve više poprima internacionalni karakter. Tako je i pola veka evropske integracije nesumnjivo donelo značajne promene u pravu zemalja članica Evropske unije, ali i u pravu onih zemalja koje pretenduju da postanu njeni članovi.

Poslednja decenija evropskih integracionih procesa postavila je upravno-pravnoj teoriji i praksi veliki izazov. Snažna integracija između upravnog prava EU i nacionalnog upravnog prava zemalja članica proizvela je velike promene u nacionalnim upravno-pravnim sistemima i podstakla proces njihove harmonizacije, što je rezultiralo stvaranjem konture osobenog evropskog sistema uprav-

¹ Dragan Vasiljević, *Upravno pravo*, KPA, Beograd, 2009, str. 161–163.

² Dobrosav Milovanović, "Reforma javne uprave i analiza uticaja regulative", *Pravni život* br. 9, Tom I, *Pravo i kulturne razlike*, Beograd, 2006.

³ Saglasno važećim propisima u Republici Srbiji postoji jedan jedini organ kome je Zakonom o ministarstvima povereno vršenje unutrašnjih poslova – Ministarstvo unutrašnjih poslova čiji je deo i policija. Shodno odredbi člana 1. Zakona o policiji, policiju čini zaokružena oblast rada Ministarstva unutrašnjih poslova za koju se obrazuje Direkcija policije.

nog prava, koji neki autori nazivaju “evropski upravni prostor”.⁴ Harmonizacija upravnog prava, prihvatanje zajedničkih evropskih upravnih vrednosti i standarda oličenim u načelima “kvalitetne uprave”, dobija izuzetan značaj i za sve države tranzicije koje nameravaju da se u perspektivi uklope u evropski pravni sistem.

Na EU samitu u Nici, održanom krajem 2000. godine, najviši zvaničnici EU su, po prvi put u istoriji Unije, eksplicitno izjavili da građani EU imaju pravo na “kvalitetnu upravu”. Pravo na “kvalitetnu upravu” proizilazi iz dva, za upravu, suštinski važna principa. Prvi je jedan od osnovnih demokratskih principa – vladavina prava. Uprava mora postupati u skladu sa zakonom. Poštovanje prava je osnova i pretpostavka svakog kvalitetnog upravnog postupanja. Drugi princip delom prevazilazi pravni okvir, proizilazeći iz cilja i svrhe moderne uprave. To je princip (koncept) uprave kao javne službe. Cilj javne uprave jeste pružanje usluga građanima i staranje o njihovom opštem napretku i blagostanju. Građani, stoga, imaju pravo da zahtevaju poštovanje određenih standarda upravnog delovanja.

Sredinom 2001. godine, gotovo svi organi i organizacije Evropske unije, uključujući Evropsku komisiju i Evropski parlament, usvojili su Kodeks “kvalitetnog” upravnog postupanja, koji su njihovi službenici dužni da primenjuju u odnosima sa građanima. Ovaj Kodeks sadrži veliki broj načela “kvalitetne uprave”, koja se uslovno mogu razvrstati na materijalna i procesna.

Najveći broj materijalnih načela “kvalitetne uprave” priznat je kako sudskom praksom Evropskog suda pravde, tako i Kodeksom Evropskog ombudsmena. Interesantno je primetiti da materijalna načela “kvalitetne uprave” predstavljaju u najvećem broju slučajeva i opšta pravna načela Evropske unije. U ova načela možemo uvrstiti: načelo zakonitosti, načelo proporcionalnosti, načelo jednakosti (zabrane diskriminacije) i načelo zaštite legitimnih očekivanja i konzistentnosti.

Procesna načela “kvalitetne uprave” imaju dugu tradiciju u pravu Evropske unije. Njihov razvoj najbolje se može pratiti kroz sudsku praksu Evropskog suda pravde. U ta načela spadaju: načelo donošenja odluke u razumnom vremenskom periodu, načelo saslušanja stranke, načelo dostupnosti informacija (pravo na pristup dokumentima Unije), načelo brižljivog vođenja postupka, pravo na dobijanje odgovora od institucija Unije na jednom od zvaničnih jezika Unije, i dr.

⁴ Aleksandra Rabrenović, Načela kvalitetne uprave u pravu Evropske unije, Javna uprava 1/2002, str. 156.

Ovaj kraći osvrt na načela “kvalitetne uprave” u pravu Evropske unije nesumnjivo otvara pitanje harmonizacije našeg upravnog prava sa upravnim pravom Evropske unije.⁵ U tom smislu, može se primetiti da veliki broj evropskih načela “kvalitetne uprave” u nešto drugačijem obliku egzistira i u našem upravnom pravu. Međutim, jedan broj načela upravnog delovanja nema svoje jako uporište u našem pravu.

Imajući u vidu postavljeni cilj priključenja Evropskoj uniji, veoma je važno da naše upravno zakonodavstvo, teorija i praksa prihvate zajedničke evropske upravne standarde, oličene u utvrđenim načelima upravnog delovanja. Prihvatanje evropskih standarda doprinosi ostvarenju važnog strateškog cilja – članstvo naše zemlje u Evropskoj uniji i zauzimanje ravnopravnog mesta u okviru “Evropskog upravnog prostora”.

Iz mnoštva pomenutih načela u ovom radu obradićemo nekoliko za koje smatramo da su najznačajnija u postupanju policije, s obzirom na njeno mesto, ulogu, kao i zakonom utvrđena ovlašćenja.⁶ To su načela zakonitosti, srazmernosti i oportuniteta. Za rad policije ona su univerzalna, jer prožimaju sve vrste poslova i zadataka koje ona obavlja. Zakoni o policiji, kao i praksa većine zemalja, pored pomenutih, sadrže i neka druga koja se odnose na: pružanje pomoći, povremeno angažovanje drugih lica za izvršavanje policijskih zadataka, usmerenost upravnih radnji policije protiv odgovornih lica, dužnost policije da štiti i čuva život i dostojanstvo ljudi, dužnost policije da vodi računa i zaštiti zdravlje lica prilikom primene radnji prinude i da obezbedi potrebnu pomoć povređenim licima i medicinsku negu i pomoć pritvorenim licima, zabranu primenjivanja torture, ispitivanja pod prinudom, okrutnih i nehumanih postupaka i ponižavajućeg tretmana lica, dužnost čuvanja tajni i drugo.⁷ Poseban značaj ima i tzv. generalna klauzula o policijskim ovlašćenjima. Činjenica da neka od pomenutih načela neće biti predmet naše pažnje, ne umanjuje njihov značaj, već bi njihova detaljnija analiza prevazilazila potrebe ovog rada.

NAČELO ZAKONITOSTI

Ovo načelo ima rang ustavnog načela i znači obavezu usaglašenog postupanja policije sa važećim zakonima koji imaju prevlast nad podzakonskim

⁵ Aleksandra Rabrenović, isto, str. 155–172.

⁶ Dragan Vasiljević, Materijalni akti uprave s osvrtom na radnje policije, *Pravni život*, Beograd, 2009, TOM III, br. 11, str. 75–91.

⁷ Milan Žarković, *Kriminalistička taktika*, KPA, Beograd, 2009, str. 14–20.

i svim drugim pravnim aktima koji su iz njih izvedeni. U pogledu policijskih ovlašćenja, ovaj princip nalaže da sve radnje kojima policija zadire u prava i slobode građana imaju zakonsku osnovu.

Načelo zakonitosti utvrđuje obavezu policije da uvek i bez odlaganja interveniše protiv izvršilaca kažnjivih dela, kako bi osigurala javni red i bezbednost i jednako tretirala sve prekršiocyte (jednakost svih pred zakonom, kako u pravima tako i u dužnostima).

Potrebno je istaći da je jedna od osnovnih funkcija organa koji čine sistem državne uprave, samim tim i policije kao dela toga sistema, da izvršavaju zakone i druge propise i opšte akte, odnosno obezbeđuju njihovo izvršavanje.

Za državu je izuzetno važno da se pravno uređen sistem, koji čini pravo unutrašnjih poslova, primenjuje u realnom životu. Naime, primenom ovog prava država obezbeđuje zaštitu života, lične i imovinske sigurnosti građana, sprečava i otkriva krivična dela i njihove izvršiocyte, održava javni red i mir i vrši druge poslove bezbednosti.

U tom smislu, policija je ovlašćena da u primeni prava unutrašnjih poslova donosi: normativne akte, upravne akte i preuzima upravne radnje i mere.

Poštovanje načela zakonitosti u radu policije znači upravo to da ona mora donositi navedene akte i vršiti upravne radnje i mere u skladu sa odgovarajućim zakonima koje primenjuje.⁸

Obezbeđenje principa zakonitosti postavlja se kao imperativ za svako demokratsko društvo koje želi da stvarno obezbedi poštovanje ustavom propisanih sloboda i prava svojih građana. U tom smislu, veoma je važna kontrola zakonitosti rada policije. Osnovna svrha te kontrole je eliminisanje nezakonitosti koja se može javiti u postupanju policije. Da bi se zakonitost istinski ostvarila, pravo predviđa određene puteve provere kako bi se konstatovale eventualno učinjene pravne povrede i u skladu sa tim preduzele određene pravne intervencije.

Najčešće posledice nezakonitosti u postupanju policije su disciplinska, prekršajna i krivična odgovornost učinilaca, ali i naknada štete oštećenim licima. U našem pravnom ambijentu, u Ministarstvu unutrašnjih poslova posebna pažnja posvećuje se zakonitosti u radu i postupanju, korektnom i profesionalnom odnosu prema građanima i očuvanju moralnog kodeksa. Preuzimaju se energične mere protiv svih pripadnika policije koji su prekršili zakon i pravi-

⁸ Dragan Vasiljević, Contribution to issues regarding law enforcement in a legal state in the function of crime suppression, NBP – Journal of criminalistics and law, Beograd, br. 2/2009, str. 23–36.

la službe ili su ispoljili ponašanje koje nije primereno moralnom liku pripadnika Ministarstva.

Dosledna primena principa zakonitosti u radu policije obezbeđuje ravnotežu između njenih ovlašćenja i sloboda, s jedne strane, i prava čoveka i građanina, s druge strane. Dakle, zakonitost treba da obezbedi da policija primenjuje ovlašćenja radi zaštite bezbednosti ljudi i ostvarivanja njihovih sloboda i prava, a istovremeno i zaštitu tih sloboda i prava od eventualnih prekoračenja ovlašćenja i zloupotreba policije.⁹

Ostvarivanje zakonitosti zahteva da policajci znaju pravo u onoj meri kojom se obezbeđuje da ne dolazi do uzdržavanja u primeni ovlašćenja kada se za to steknu propisani uslovi. Oportunizam, tj. nevršenje zakonom utvrđene obaveze, je suprotan principu zakonitosti. U pravnoj državi principu zakonitosti ne može biti alternativa arbitrarnost, niti oportunizam. Zato ovom principu treba da teže savremene države i njihove policije.

Kada govorimo o načelu zakonitosti koje se odnose na postupanja policije, veliki značaj za izvršavanje policijskih zadataka ima i pitanje zakonskog formulisanja tzv. generalne klauzule o primeni policijskih ovlašćenja. Ovom se klauzulom stvara opšti pravni osnov za primenu ovlašćenja od strane policije u slučajevima gde postoje očigledna ugrožavanja javnog reda i mira i bezbednosti, odnosno situacije koje predstavljaju pojedinačne i evidentne opasnosti za javni red i poredak, a za koje policija nema izričitih zakonskih ovlašćenja. Zbog svoje pravom utvrđene odgovornosti za zaštitu javnog reda i bezbednosti, policija mora otkloniti konkretnu opasnost, čak i kada za njeno postupanje nema u zakonu izričitih ovlašćenja, koja bi se na datu situaciju primenila kao nesporna. Možemo reći da se ovde u suštini radi o sukobu dva različita pravna interesa, od kojih se prednost daje jednom na račun drugoga. Tako posmatrano, povodom odnosa generalne klauzule sa principom zakonitosti moguće je otvoriti određena pitanja i dileme, ali su te dileme u svakom slučaju manje izražene ako se domašaj ove klauzule zakonom precizira i odredi, nego kada nje u zakonu, nasuprot praksi, uopšte nema.

Svakako da generalna klauzula ne oslobađa policiju od svih drugih zakonskih pravila koja se odnose na njeno postupanje, niti od odgovornosti do koje može doći u vezi sa postupanjem s pozivom na ovu klauzulu. Ona samo daje policiji nedostajući pravni okvir za delovanje, koji je izostao bilo zbog propusta

⁹ Dragan Vasiljević; Zorica Vukašinović-Radojičić, Policija (uprava) između poštovanja principa zakonitosti kao nužnosti i njegovog kršenja kao izazova, Zbornik radova "Pravo i forenzika u kriminalistici", drugi naučni skup sa međunarodnim učešćem, Kragujevac 15–17. septembar 2010, KPA, Beograd, 2010, str. 49–59.

zakonodavca ili zbog stalnog razvoja novih vidova ugrožavanja bezbednosti. U svim ostalim pitanjima koja se mogu postaviti u vezi sa postupanjem policije, ona ostaje čvrsto vezana važećim pravom.

Povodom pitanja generalne klauzule i njenog domašaja prisutne su i određene rasprave u policijsko-pravnoj literaturi. Znatno je više sporenja povodom primene generalne klauzule radi zaštite bezbednosti države nego zbog njene primene na terenu bezbednosti građana. U prvom slučaju, ključni argument kritičara primene generalne klauzule koncentriše se na mogućnost zloupotreba ove klauzule radi protekcije interesa određenih političkih snaga. Takve pojave su u praksi moguće, ali valja istaći da eventualno korišćenje policije u političke svrhe prevazilazi značenje generalne klauzule. Takva pojava predstavlja mnogo širi problem u čijim bi okvirima trebalo procenjivati i stvarno mesto ove klauzule.

NAČELO SRAZMERNOSTI ILI PROPORCIONALNOSTI

Ovo načelo ima uporište u idejama pravne države i pravednosti, a u Nemačkoj je podignuto i na rang ustavnog načela. Prema ovom načelu, kako ga je nemački Savezni ustavni sud formulisao, javna vlast sme da ograničava slobode i prava građana samo onoliko, koliko je to neophodno za zaštitu javnih interesa. U sadržini ovog načela utemeljena je i zabrana samovolje u preduzimanju onih ovlašćenja koja su po svojoj sadržini prinudnog karaktera, odnosno zabrana upotrebe prekomerne prinude.¹⁰

Ovo načelo je sadržano u našem i u pozitivnom pravu drugih zemalja. Načelo srazmernosti obuhvata tri uža načela: načelo najmanje moguće intervencije, prema kome policija, od većeg broja mogućih i pogodnih ovlašćenja, ima dužost da preduzme ono za koje postoji verovatnoća da će pojedinca i društvo najmanje da ugroze; načelo srazmernosti u užem smislu, koje znači da nijedno ovlašćenje koje bi policija preduzela ne sme da dovede do štete koja je vidljivo ne-srazmerna uspehu koji se želi postići; načelo vremenskog ograničenja trajanja primenjenog ovlašćenja, prema kome je neko policijsko ovlašćenje dopušteno samo dotle dok se cilj ne postigne ili dok se ne pokaže da taj cilj može da bude postignut.

Nema sumnje da je načelo srazmenosti jedno od osnovnih načela i našeg pozitivnog prava. Tako je odredbom člana 10. stav 1. Zakona o državnoj upra-

¹⁰ Slobodan Miletić; Sreten Jugović, *Pravo unutrašnjih poslova, KPA*, Beograd, 2009, str. 144-157.

vi Republike Srbije utvrđeno da “kada rešavaju u upravnom postupku i preduzimaju upravne radnje, organi državne uprave dužni su da koriste ona sredstva koja su za stranku najpovoljnija, ako se i njima postižu svrha i cilj zakona”. Sličnu odredbu sadrži i odredba člana 263. stava 1. Zakona o opštem upravnom postupku Republike Srbije u smislu da “kada postoji mogućnost da se izvršenje sprovede na više načina i primenom raznih sredstava, izvršenje će se sprovesti na onaj način i primenom onog sredstva koji dovode do cilja a koji su po izvršenika najblaži”. Takođe, i Zakon o policiji Republike Srbije dužnu pažnju posvećuje načelu srazmernosti i odredbom člana 11. stav 3. predviđa da “u obavljanju policijskih poslova mogu se primenjivati samo mere prinude, odnosno upotrebljavati samo sredstva prinude koja su predviđena zakonom i kojima se najprofesionalniji rezultat postiže bez nepotrebnih štetnih posledica ili gubljenja vremena”. Ovim je vršenje pojedinih upravnih radnji sa elementima prinude od strane policije istovremeno ograničeno principom zakonitosti, tj. samo na one radnje koje su predviđene zakonom i principom srazmernosti, tj. samo na one radnje kojima se sa najmanje štetnih posledica postiže izvršenje poslova. Tako je princip srazmernosti stavljen po značaju u istu ravan sa principom zakonitosti. Isto tako i odredba člana 36. ovog Zakona ukazuje na potrebu poštovanja principa srazmernosti, tako što predviđa da “primena policijskog ovlašćenja mora biti srazmerna potrebi zbog koje se preduzima. Primena policijskog ovlašćenja ne sme izazivati veće štetne posledice od onih koje bi nastupile da policijsko ovlašćenje nije primenjeno. Između više policijskih ovlašćenja primeniće se ono kojim se zadatak može izvršiti sa najmanje štetnih posledica i gubljenja vremena. Prilikom primene sredstava prinude nastojaće se da njihova upotreba bude postupna, odnosno od najlakšeg prema težem sredstvu prinude i, u svakom slučaju, uz minimum neophodne sile”. Načelo srazmernosti proklamuje i odredbe člana 84. stavovi 2 i 3. ovog Zakona tako što predviđaju da će “ovlašćeno službeno lice sredstva prinude upotrebiti samo ako se na drugi način ne može izvršiti zadatak i to suzdržano i srazmerno opasnosti koja preti zakonom zaštićenom dobru i vrednosti, odnosno težini dela koje se sprečava ili suzbija. Ovlašćeno službeno lice će uvek upotrebiti najblaže sredstvo prinude koje jamči uspeh, srazmerno razlogu upotrebe i na način kojim se službeni zadatak izvršava bez nepotrebnih štetnih posledica”.

Sličnih primera možemo naći i u drugim propisima iz oblasti unutrašnjih poslova, što ukazuje na činjenicu da je u našem pozitivnom pravu princip srazmernosti primenjen u svom razvijenom obliku. U našem pravu u ovom pogledu za sada preovlađuju rešenja koja podrazumevaju primenu upravnih radnji prinudnog karaktera samo u meri u kojoj se izvršenje policijskih poslova i zadataka postiže sa najmanje štetnih posledica. Time je obezbeđeno da prinuda drža-

ve ne zadire neadekvatno u prava i slobode čoveka i građanina. Istovremeno je obezbeđeno ostvarivanje osnovnih prava i sloboda, ali i neophodna zaštita javnog interesa (bezbednosti) putem ustavom i zakonima dopuštenog ograničavanja tih prava. Na taj način princip srazmernosti onemogućava nesrazmernu prisudu pri zaštiti bezbednosti. Problemi nastaju u praksi kada treba imati osećaj za meru u smislu vrste i količine prinude koja se mora upotrebiti. Od toga zavisi ocena uspešnosti policijske delatnosti i njeno (ne) uvažavanje od strane građana.

U praktičnom pogledu, princip srazmernosti predstavlja važan "filter" za procenu dopuštenosti upravnih radnji policije, sve do zabrane postupanja, odnosno policijske intervencije. Drugim rečima, iz kruga raspoloživih upravnih radnji policija se pre svega opredeljuje za onu koja će najmanje štetno delovati, zatim vrši procenu da li će šteta biti srazmerna željenom uspehu, i na kraju, prekida sa vršenjem radnje odmah čim je cilj postignut ili je očigledno da će taj cilj biti postignut. Međutim, problem može nastati povodom odluke policije da nijednu upravnu radnju ne primeni, odnosno da ne interveniše, jer je procenila da bi intervencijom nanela štetu pojedincu ili društvu koja bi bila nesrazmerna željenom učinku. U principu, mogu se razlikovati delimični i potpuni odustanak od intervencije. U prvom slučaju, policija ograničava svoju intervenciju kako ne bi prouzrokovala nesrazmernu štetu, svakako pristajući pri tome na delimičan uspeh intervencije. Takav se slučaj u anglosaksonskoj praksi i teoriji naziva strategijom ograničene intervencije (ograničene s obzirom na očekivani uspeh) i posebno je uočen povodom pritisaka na policiju zbog povreda ljudskih prava, kao i povodom intervencija u kontroli javnih nereda. U drugom slučaju, intervencija u potpunosti izostaje, tako da policija i ne preduzima upravne radnje, jer nema na raspolaganju ni jednu od njih čija bi primena mogla da odgovara srazmeri između željenog cilja i štete koja bi bila naneta.

Oba navedena slučaja, a posebno ovaj drugi, moraju se posmatrati u odnosu sa principom zakonitosti. U tom se odnosu i vidi sva složenost principa srazmernosti. Sve dok on ne znači delimično ili potpuno odustajanje policije od preduzimanja upravnih radnji, njegova je primena relativno laka i pozitivna, jer on u krajnjem slučaju služi kao korektiv krutom principu zakonitosti. Međutim, kada se zbog principa srazmernosti delimično ili potpuno odustaje od primene radnji koje su potrebne radi odbrane zaštićenih vrednosti (bezbednost, javni red i mir, i dr.), stvari postaju mnogo složenije. U suštini radi se o argumentima koji teže da legitimiziraju preduzetih radnji od strane policije pretpostave zakonitosti, a ova pitanja imaju svoj poseban značaj u vremenu intezivnih društvenih promena.

Princip srazmernosti shvaćen na način kako smo to objasnili, predstavlja ravnotežu između principa zakonitosti i principa oportuniteta. U tom smislu on je korektiv principu zakonitosti, ali ne sme prerasti u oportunizam. To svoje mesto i ulogu mora održati kako u korist zaštite sloboda i prava čoveka i građana, tako i u korist zaštite javnog interesa koji sa aspekta delatnosti policije predstavlja zaštitu bezbednosti države i njenih građana.

NAČELO PROCENE ILI OPORTUNITETA

Ovo načelo se odnosi na pravo policije da pojedina ovlašćenja iz svoje nadležnosti preduzima, na osnovu procene, a u skladu sa svojim zakonskim obavezama. Policija, dakle, raspolaže pravom ne samo da procenjuje koje će od zakonom dopuštenih ovlašćenja preduzeti, već i da načelno ocenjuje da li će uopšte preduzeti bilo koje od zakonom dopuštenih. Ovo pravo policije nije apsolutno, jer se može koristiti samo pod određenim uslovima, ali je važno uočiti da ono postoji u značenju mogućnosti policije da ne preduzima određene radnje u određenim situacijama, iako za to postoje sve pretpostavke (ugroženost javnog reda i mira, bezbednosti).

Međutim, moramo istaći, da zakonodavna rešenja o ovom principu nisu precizna. Tako je i nemački zakonodavac, slično praksi drugih zemalja, izbegao preciznije regulisanje ovog načela, smatrajući da to nije neophodno i moguće, jer su okolnosti pojedinačnih slučajeva odlučujuće za postupanje policije. Ipak, u nemačkoj praksi prevladuje stav da policija ima pravo da odustane od preduzimanja radnji kada istovremeno treba otkloniti više opasnosti, a raspoložive snage i sredstva policije nisu dovoljni da se iste otklone, ili kada se radi o nekim bagatelnim situacijama.

U suštini, ovde je reč o diskrecionom pravu policije da, između više istovremenih situacija koje predstavljaju povod za postupanje, proceni oportunističku primenu nekog ovlašćenja i da, zavisno od ljudstva i sredstava na raspolaganju, preduzima radnje samo u pojedinim, a ne u svim takvim situacijama. Ovakve stvari se u anglosaksonskoj praksi nazivaju načelom izbora prioriteta. Ovaj anglosaksonski naziv u stvari bliže objašnjava suštinu principa oportuniteta. U ovakvim situacijama podrazumeva se da će rukovodstvo policije prednost dati težim oblicima ugrožavanja javnog reda i mira i bezbednosti, posebno onim slučajevima koji predstavljaju intezivniju opasnost, opasnost po život i telo ili koje mogu imati veće posledice po imovinu, dok će odustati od preduzimanja radnji u situacijama koje su manjeg značaja ili su tzv. bagatelni slučajevi.

Rukovodstvo policije mora da bude sposobno da razlikuje stepen važnosti istovremenih situacija, držeći se pomenutih granica principa procene (intenzitet opasnosti, ugroženost života ljudi, veličina moguće materijalne štete i sl.). Međutim, u praksi granice primene principa procene mogu biti sporne, tako da se i ovde mogu postaviti pitanja o odnosu ovog principa prema principu zakonitosti.

U nemačkom Zakonu o policiji, princip oportuniteta uključuje i pravo policije da od više raspoloživih ovlašćenja koja dolaze u obzir, primeni samo jedno kao dovoljno (tzv. sredstvo za zamenu). Pravo policije na tzv. sredstvo za zamenu znači da policija sama procenjuje koju će radnju primeniti kao dovoljnu i da, u skladu sa tim, neće odgovarati za eventualne posledice učinjenog izbora, ukoliko je izbor u profesionalnom pogledu ispravan i sadržajno je u skladu sa važećim normama koje se odnose na postupanje policije. Isto tako, prema nemačkom zakonodavstvu, postoji mogućnost da policija nekom licu (građaninu), na njegov zahtev, dozvoli da primeni neku drugu upravnu radnju koja je isto tako efikasna, pod uslovom da bezbednost ne bude u većoj meri ugrožena (nezavisno od toga da li je odnosno lice time više ugroženo). Naravno, i ovde postoje ograničenja koja predviđa važeće pravo, s tim što se pojam "sredstva za zamenu" proširuje na izbor drugih radnji (na zahtev odnosnog lica) i uvodi opšte ograničenje prema kome taj izbor nije moguć kada dolazi u koliziju sa interesima bezbednosti, javnog reda i mira i sl.

ZAKLJUČAK

Autori u radu posmatraju policiju kao organ državne uprave u čijoj su nadležnosti zakonom utvrđeni poslovi, koji se prvenstveno odnose na bezbednost države i njenih građana.

Uporedno-pravno i istorijski posmatrano, policija u različitim zemljama ima, sa nekim malim izuzecima, gotovo ista ovlašćenja. Međutim, moramo imati na umu veoma važnu činjenicu da sve te zemlje u istom periodu nisu podjednako pravne i demokratske, čak su u tom pogledu moguće i velike razlike među njima. Nije lako biti građanin u "antipravnoj" i "nedemokratskoj" državi gde policija neosnovano tvrdi da postupa u skladu sa zakonom i da poštuje, u ovom radu istaknuta načela, ili pak, gde nije ni obavezna da se pravda u tom smislu pošto sistem kontrole i odgovornosti vršilaca vlasti i ne postoji. Zato je pravi smisao i značaj ovog rada da ukaže na važnost stvaranja ambijenta i uslova prav-

ne države i istinskog poštovanja navedenih načela u skladu sa kojima će policija postupati.

Uloga policije u savremenom svetu je jasna. Od nje se zahteva i sa pravom očekuje da svojim radom štiti bezbednost države i njenih građana, kao i da otkriva i suzbija svaku pojavu koja je usmerena protiv ovih vrednosti. Stvari postaju složenije ako se ima u vidu da su na sceni novi oblici kriminala (organizovani kriminal i dr.). To zahteva od društva da preispita postojeća pravna ovlašćenja policije i drugih državnih organa, u smislu njihovog proširivanja ovlašćenja, kako bi borba protiv kriminala bila uspešna. U svemu tome je potrebno imati meru. Bila bi velika greška ako bi se smatralo da je policija jedina institucija koja treba i može da reši sve društvene probleme. Ona može svojim zakonitim radom zajedno sa drugim institucijama da pomogne njihovom rešavanju. Pri tome, njen rad mora da bude u granicama važećeg međunarodnog i unutrašnjeg prava i mora biti podvrgnut efikasnom sistemu kontrole i to pravne i vanpravne, unutrašnje i spoljašnje, kao i formalne i neformalne.¹¹

Bez obzira na evidentne rezultate koje policija postiže u svom radu, sve teži uslovi u kojima obavlja svoje poslove, ukazuju da problem poštovanja navedenih načela u njenom radu na dužu stazu neće moći adekvatno da se rešava povećanjem ljudskih efektivna, tehničke opremljenosti i sličnim merama. Efikasnost i zakonitost rada policije zavisice, prvenstveno i u većoj meri neko ikada ranije, od stvaranja ambijenta pravne države u kojoj će policija obavljati svoju delatnost. Pred nama je veliki izazov i očekuje nas ulaganje ogromnog napora u tom pravcu.

¹¹ Dragan Vasiljević, Normativni okviri kontrole rada policije, Pravni život, Beograd, 2008, TOM II, br. 10, str. 789–807.

DRAGAN VASILJEVIĆ, LL.D.,
Professor, Criminology and Police Academy, Belgrade
DOBROSAV MILOVANOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Belgrade

BASIC PRINCIPLES IN POLICE CONDUCT

Summary

In this paper, the police are viewed as the state authority in charge of statutory tasks, primarily related to the security of the state and its citizens. In comparative practice, the police have been granted, with some small exceptions, nearly the same authority.

In performing the tasks and duties within its jurisdiction the police to a different extent carries out more procedures – administrative, criminal, misdemeanor, disciplinary and special procedures established by the laws in the field of Interior. Therefore, the important principles for the police are those related to general administrative procedure, criminal, misdemeanor, disciplinary and other special procedures.

Of the many principles in the work authors have covered the principle of legality, proportionality and of opportunity, given that in terms of place, role and powers of the police as provided by law, these principles appear to be universal.

GREGOR VIRANT

**PRAVNI REŽIM SELEKCIJE NAJVIŠIH RUKOVODEĆIH
DRŽAVNIH SLUŽBENIKA SA POSEBNOM OSVRTOM
NA UREĐENJU U DRŽAVAMA
NA TERITORIJI BIVŠE SFRJ**

U V O D

Savremena javna uprava mora da deluje kao profesionalna, efikasna, odgovorna i prema korisnicima usluga okrenuta organizacija. Među načelima njenog funkcionisanja na prvom mestu ostaje “klasično” načelo zakonitosti. Uprava se mora pridržavati zakona i delovati u okvirima koje predpisuje zakonodavac¹. Ali javnost (građani i pravna lica) od nje danas traže mnogo više – traži da ona pruža kvalitetne usluge i da za novac poreskih obaveznika ponudi što veće rezultate i učinke. Ti su zahtevi naročito naglašeni u vremenu privredne i finansijske krize u kojoj su država i lokalne zajednice prisiljene da smanjuju javnu potrošnju, balansiraju budžete i drže javni dug pod kontrolom. Da bi ostvarila te zahteve, javna uprava mora da se služi pristupima, metodama i tehnikama koje su bile razvijene u privatnom sektoru. Ona uvodi moderne pristupe u upravljanju ljudskih potencijala, brine se o optimizaciji i pojednostavljanju svojih proce-

Dr Gregor Virant, docent Fakulteta za javnu upravu Univerziteta u Ljubljani.

¹ Načelo zakonitosti je povezano i sa načelom podele vlasti koje također ulazi u krug klasičnih ustavnih načela modernih građanskih država.

sa², meri zadovoljstvo korisnika usluga, sve veći broj organizacija javne uprave poslužuje se i alata za upravljanje celovitom kvalitetom (*Total Quality Management*), kao što su ISO standardi, EFQM ili CAF³. Sistematske promene u javnoj upravi u pravcu savremenih načela usmerenosti prema korisniku usluga, efikasnosti, otvorenosti, kvaliteta i poslovne odličnosti u svetu počele su u osamdesetim godinama prošlog veka pokretom, koji je bio označen kao novi javni menadžment (*New Public Management*)⁴.

Naravno, sa promenama u okolini sistema javne uprave koje su tražile promene samog tog sistema promenila se i uloga rukovodilaca u javnoj upravi – “upravnih menedžera”⁵. Opisane promene traže sasvim nov tip rukovodioca u javnoj upravi, koji nije samo birokratski izvršilac zakona ili stručni savetnik političkog funkcionera, nego savremeni menedžer sa znanjima, veštinama i sposobnostima u oblasti strateškog menadžmenta, upravljanja ljudskim potencijalima, finansijskim resursima, upravljanja odnosima sa klientima (korisnicima) i komunikacije. Uloga rukovodilaca u javnoj upravi je značajna kao u svakoj drugoj organizaciji. Rukovodioc daje “ton” organizaciji odnosno organizacionoj jedinici kojom rukovodi. Od njegovog pristupa u velikoj meri zavisi način funkcionisanja organa, organizacije ili organizacione jedinice. Zbog toga se u savremenim sistemima javnih uprava stavlja poseban naglasak na selekciju, motivisanje, obuku, ocenjivanje i nagrađivanje rukovodećeg kadra. A u krugu upravnih menedžera posebno mesto imaju osobe na najvišim rukovodećim pozicijama, tako zvani “top menedžeri” u javnoj upravi. Radi se o krugu osoba koje su pozicionirane na samom vrhu upravne organizacije, pa je stoga njihova uloga u sistemu posebno značajna. O njihovoj kompetentnosti (znanjima, veštinama, sposobnostima, menedžerskom stilu, komunikaciji, motivima) u velikoj meri zavisi funkcionisanje javne uprave. Sa druge strane, te osobe po službenoj dužnosti dolaze “u dodir” sa političkim rukovodstvom javne uprave (vladom,

² Sve zemlje članice Evropske unije (u daljem tekstu: EU) pokrenule su projekte smanjivanja administrativnih tereta, a isti proces odvija se i na razini samih institucija EU.

³ CAF (Common Assessment Framework) ili zajednički okvir ocenjivanja u javnom sektoru je alat koji je bio razvijen na Evropskom institutu za javu upravu u Maastrichtu na bazi modela Evropske fondacije za poslovnu odličnost (EFQM) posebno za potrebe javnog sektora. Sastoji se od devet merila i, u okviru tih merila, mnoštva kriterija za ocenjivanje kvaliteta poslovanja jedne organizacije.

⁴ Hood (1994)

⁵ Za potrebe ovog članka pojmom “rukovodilac” ili “upravni menedžer” mišljena je osoba koja rukovodi upravnim organom odnosno organizacijom i odgovara za njen rad, kao i svaka druga osoba na radnom mestu u javnoj upravi, u okviru kojeg se provode ovlašćenja rukovođenja organom, organizacijom ili organizacionom jedinicom.

premijerom, ministrima, gradonačelnicima i tako dalje). Oni su najtesniji saradnici političkih funkcionera, a to povlači za sobom dve posledice: prvo, političko rukovodstvo je zainteresovano da na ta (ključna) mesta postavi ljude u koje ima poverenje, i drugo, politički funkcioner i visoki državni službenik, koji direktno saraduje sa tim funkcionerom, moraju – za dobrobit organizacije u kojoj rade i javnog interesa – da saraduju konstruktivno. Da rezimiramo: uloga najviših upravnih menedžera posebno je značajna u sistemu javne uprave zbog njihovog visokog uticaja na rad javne uprave i zbog njihovog neposrednog kontakta sa politikom. Sva pitanja (i odgovori na njih) vezana za selekciju, imenovanje i razrešavanje osoba na najvišim rukovodećim radnim mestima u javnoj upravi proizlaze iz te dve karakteristike njihovih pozicija. Zbog ta dva razloga status tih lica je posebno zanimljiv i izazovan i u teoriji i u praksi. U vezi sa statusom najviših rukovodećih državnih službenika postavlja se niz pitanja: kako povući granicu između politički postavljenih funkcionera i rukovodećih državnih službenika? Kakvi uslovi i standardi u pogledu znanja, veština, sposobnosti, ličnosti i motiva treba da se postave za ta radna mesta? Ko i na kakav način odnosno po kakvom postupku treba da vrši selekciju tih državnih službenika? Kakva je tu uloga političkog rukovodioca koji će direktno saradivati sa rukovodećim državnim službenikom? Da li te državne službenike treba postaviti na poziciju bez vremenski ograničenog mandata ili jih staviti na ograničeni mandat? Da li promene vlasti na državnom i lokalnom nivou moraju / mogu imati uticaj na njihove mandate odnosno kakav uticaj uopšte ima promena vlade na najviše strukture u javnoj upravi?

ODNOS IZMEĐU POLITIKE I DRŽAVNE SLUŽBE U RUKOVOĐENJU JAVNOM UPRAVOM

U demokratskom društvu javna uprava mora da bude pod kontrolom i vezana na usmerenja političkog rukovodstva. Ona naime obavlja poslove u javnom interesu, a za artikulaciju javnog interesa zadužena je politička vlast. Sam vrh javne uprave na državnoj i lokalnoj razini uvek predstavlja politička vlast – na državnoj razini vlada i njeni pojedini članovi (premijer, ministri), a na lokalnoj razini individualni ili kolektivni izvršni organ (gradonačelnik, lokalni odbor⁶). Funkcionisanje javne uprave u velikoj meri ovisi o političkom ruko-

⁶ U sistemima lokalne samouprave poznata su oba modela – model individualnog izvršnog organa (gradonačelnik – engl. mayor, fr. maire, it. sindaco, slov. župan) i kolektivnog izvršnog

vodstvu, koje postavlja cilje i donosi glavne strateške odluke o formi zakona, drugih propisa, budžeta i tako dalje. Politički nivo izvršne vlasti i javna uprava su u tesnoj vezi. Uprava stručno podržava političku vlast u oblasti kreiranja politika i provodi usvojene politike, a politička vlast usmerava i kontroliše rad uprave i politički odgovara za njene rezultate. Treba naglasiti, da politička vlast nije odgovorna samo za kreiranje politike, već i za provođenje zakona i drugih političkih odluka.

Iako su političko rukovodstvo i javna uprava tesno povezani, moramo uočiti i razlike između ta dva sistema. Političko rukovodstvo ima ograničen mandat i mora periodično proveravati poverenje birača. Dok se politička rukovodstva menjaju na periodičnim izborima, javna je uprava mnogo stabilnija. Rad u javnoj upravi bazira se na sklopljenom ugovoru o radnom odnosu (prevladava zapošljavanje službenika na neodređeno vreme⁷), a odgovornost koju snose državni službenici nije politička nego radnopravna. Oni odgovaraju za rezultate svog rada i za povrede ugovornih obaveza kao osobe u radnom odnosu.

Kod političkog rukovodstva u prvom planu je postavljanje političkih ciljeva i politička odgovornost koja je garant demokratskog sistema, a kod javne uprave u prvom planu je njena profesionalnost i efikasnost. Javna uprava deluje na stručnim osnovama, a političko rukovodstvo na političkim. Politika naravno nije kontradikcija struci – naprotiv, poželjno je da su na primer ministri poznavaoi svojih područja (resora) i u stručnom smislu. Ali ipak, struka nije glavni kriterijum za izbor političkih predstavnika u zakonodavnim i izvršnim telima.

Politika i javna uprava su dakle dva sistema sa bitno različitim karakteristikama koji (naročito u izvršnoj vlasti) moraju tesno sarađivati za dobrobit građana i poslovnih subjekata. Ta saradnja bazira se na međusobnom poštovanju. Pojednostavljivanje i crno-belo slikanje u kojem je politika po definiciji “zla” a javna uprava po definiciji “dobra” (ili obratno), pogrešno je. Pogrešno je i mišljenje, da politika ne sme da se meša u poslove javne uprave i da upravu samo mora da “ostavi na miru”. Naime, u takvoj situaciji može se desiti da se uprava

organa (it. giunta, nem. Gemeindevorstand). Individualni izvršni organi izabrani su na direktnim izborima ili indirektno glasanjem opštinskog veća.

⁷ Treba napomenuti da se i ovaj koncept u poslednje vreme relativizuje. Kao u privredi, također i u javnoj upravi dolazi i do zapošljavanja na određeno vreme. Podaci za slovenačku državnu upravu na primer pokazuju, da je krajem 2008. godine udeo zaposlenih na određeno vreme iznosio 16% . Zapošljavanja na određeno vreme vezano je u glavnom na vremenski ograničene projekte. Treba napomenuti, da i zaposleni na određeno vreme nemaju političku nego radnopravnu odgovornost. Pre istaka ugovora oni mogu biti otpušteni samo zbog lošeg rada ili ozbiljne povrede discipline.

birokratizuje, izoluje i otuđuje od realnih problema društva, da postane sama sebi svrha i da društvo više ne funkcioniše kao demokratsko nego kao birokratsko društvo, u kojem umesto izabраниh predstavnika naroda vladaju birokrati, koji ne snose nikakvu političku odgovornost prema građanima⁸. Javna uprava mora poštovati politiku i njenu ulogu u društvu, a ta uloga je, da postavlja ciljeve i odgovara za njihovu realizaciju. U toj funkciji politika daje upravi strateški okvir i smernice za njen rad, izvodi kontrolu nad upravom i na taj način brine se, da uprava ne bi postala "sama sebi dovoljna", i osigurava, da javna uprava deluje u korist građana.

Sa druge strane, politika mora razumijeti ulogu javne uprave i poštovati je. Mudra politika zna, da je za njen uspeh i za javni interes važno, da je upravni aparat profesionalan, efikasan i kvalitetan. U društvu sa razvijenom demokratskom kulturom i slobodnim medijima politika, da bi bila uspešna na izborima, mora pokazati rezultate. A rezultate će teško postići sama, bez stručne pomoći usposobljenog upravnog aparata. Zato mudra politika, koja razmišlja na dugi rok, uspostavi sistem državne službe koji promovira selekciju najboljih, razvoj njihovih kompetencija, nagrađivanje prema rezultatima i poštovanje profesionalnosti iznad političke lojalnosti. Politika mora imati duboko poštovanje do struke, do profesionalnosti javne uprave.

Možemo rezimirati, da se zdrav, funkcionalan i za društvo koristan odnos između politike i javne uprave, zasniva na međusobnom poštovanju i dobroj saradnji između ta dva podsistema. Ovi principi imaju svoje implikacije i kada se radi o pitanju pravnog režima selekcije, imenovanja i razrešavanja najviših rukovodećih državnih službenika. U nastavku ćemo prikazati, kako je uticaj vlade na kadrovske izmene u vrhu javne uprave nešto sasvim normalno. Normalno je, da ministri moraju imati pravo da utiču na izbor ekipe svojih najužih saradnika, koji će u ministarstvu rukovoditi pojedinim područjima. Normalno je, da na ključnoj poziciji za neku oblast u svom resoru ministar želi imati saradnika koji veruje u ministrove ciljeve i motiviran je da jih realizuje. A sa druge strane, pogrešno i štetno je mišljenje, da promena vlasti mora značiti automatsko "čišćenje" na svom rukovodnim mjestima u javnoj upravi, a još štetnije razmišljanje da je glavno, da se na ta mesta postave verni članovi pobjedničke partije. Pravo razmišljanje daje naglasak na kompetentnost kandidata u najširem smislu te riječi: u smislu znanja, veština, sposobnosti, ličnih karakteristika, motiva i ličnih vrednosti.

⁸ Takva situacija je česta u državama sa niskom razinom stabilnosti vlade ili sa nekim drugim problemima koji stvaraju blokade u političkom upravljanju države.

TIPOVI ORGANA I ORGANIZACIJA JAVNE UPRAVE,
RUKOVOĐENJE NJIMA I RAZGRANIČENJE
IZMEĐU POLITIČKIH FUNKCIJA I POZICIJA
RUKOVODEĆIH DRŽAVNIH SLUŽBENIKA

Javna uprava ima dve glavne funkcije: stručna podrška pri kreiranju javnih politika i stručna implementacija (provođenje) usvojenih politika. U okviru te dve glavne funkcije teorija i zakonodavstvo navode još brojne "podfunkcije", na primer: regulativnu (izdavanje provedbenih propisa)⁹, operativnu (donošenja konkretnih akata i provođenje konkretnih materijalnih radnji), funkciju upravnog odlučivanja (donošenja rešenja u upravnom postupku), nadzornu (provođenje inspekciskog i drugih vidova nadzora), kurativnu (praćenje stanja u svim oblastima društvenog života i analitička (sakupljanje podataka, analitski rad kao osnova za oblikovanje politika). U većini zemalja podela na dve glavne funkcije ima svoj odraz i u organizacionoj strukturi javne uprave odnosno u tipologiji upravnih organa i organizacija. Neki tipovi organa (ministarstva, organi vladinog centra odnosno vladine službe) zaduženi su za kreiranje politika, dok su drugi tipovi organa zaduženi za implementaciju. U ovoj drugoj sferi možemo pronaći organe koji nisu strogo odvojeni od ministarstava ("Behörden" u Nemačkoj, "next step agencies" u Velikoj Britaniji, "kontoret" u Švedskoj, "departmental bureaus and offices" u SAD), kao i samostalne organe sa pravnim subjektivitetom¹⁰. U mnogim zemljama došlo je do velike fragmentacije (naročito centralne) uprave; naročito glasne kritike iscepanosti uprave postoje u Velikoj Britaniji¹¹.

U pravnim sistemima država, koje su nastale na teritoriji bivše SFRJ, nalazimo tipologije upravnih organa i organizacija koje se zasnivaju još na jugoslavenskoj tradiciji. U Sloveniji, Srbiji, Hrvatskoj, Makedoniji i u BiH (na nivou države i na nivou entiteta) postoji tip "organa u sastavu" ministarstva. Radi se o organima sa relativnom samostalnošću, koji u principu nemaju odvojen pravni subjektivitet¹², već funkcionišu kao organi države (u ime i za račun države).

⁹ Ako smo precizni, izdavanje propisa (regulacija) samo u retkim slučajevima je u ruka javne uprave. Većinom provedbene propise izdaju vlada i ministri, znači političko rukovodstvo uprave. Ipak, postoje situacije u kojima preko javnog ovlašćenja upravne organizacije dobiju nadležnost za izdavanje propisa.

¹⁰ Vidi SIGMA (2001).

¹¹ Ziller (1993), str. 331.

¹² Iako na primer u Makedoniji i Republici Srpskoj (BiH) organ u sastavu može imati pravni subjektivitet.

U nekim državama (Slovenija) status tih organa i njihov odnos do ministarstva je detaljno regulisan, dok u nekim drugim državama (Makedonija, BiH) to nije slučaj. Kao poseban tip upravnog organa možemo izdvojiti i organe (neki zakoni zovu jih "službe"), vezane na vladin centar (premijera, vicepremijera ili generalnog sekretara vlade), koje stručno podržavaju koordinacione funkcije vladinog centra ili vrše logističku i tehničku potporu za rad vlade kao kolektivnog tela.

Pored organa u sastavu postoji i tip samostalnije "upravne organizacije", koja u principu ima pravni subjektivitet. U Sloveniji i Srbiji samostalne upravne organizacije zovu se "javne agencije" i regulisane su posebnim zakonom. U BiH, naročito na nivou države, zbog nepostojanja koncepta uprave i pod uticajem međunarodne zajednice nastale su i mnoge "sui generis" upravne institucije koje su, svaka za sebe, regulisane posebnim zakonima.

Uz određenu dozu pojednostavljenja možemo zaključiti, da u zemljama koje su nastale na teritoriji nekadašnje SFRJ postoje sledeći tipovi upravnih organa i organizacija: organi kojima je glavni posao kreiranje politika: ministarstva (i delomično službe u centru vlade); organi i organizacije koji provode politike: organi u sastavu ministarstava i samostalne upravne organizacije (javne agencije u Sloveniji i Srbiji).

Javnu upravu čine i lokalne uprave. Osmim Hrvatske nijedna država na teritoriji bivše SFRJ nije izvršila reformu lokalne samouprave u smislu formiranja širih lokalnih zajednica. Hrvatske županije predstavljaju jedinice regionalne samouprave, a u svakoj županiji postoji i ured državne uprave koji obavlja dekoncentrisane poslove državne uprave. Rukovodioca ureda državne uprave sa statusom državnog službenika imenuje vlada. U Sloveniji bilo je više pokušaja uspostave drugog nivoa lokalne samouprave, ali do sada nije došlo do potrebnog političkog konsenzusa. Usvojene su bile ustavne izmene, ali ustav za sistemski zakon o pokrajinama traži dvotrećinsku većinu, koja nije bila postignuta. Slovenija je krajem 1994. godine izvela reformu lokalne samouprave u smislu redefinisavanja uloge opština u sistemu javnog upravljanja. Izvršena je bila podela poslova lokalne samouprave i poslova državne uprave – ove poslednje preuzele su "upravne jedinice", koje funkcionišu kao dekoncentrisani organi državne uprave, a njihovi su rukovodioci (načelnici) državni službenici, odgovorni ministru javne uprave. I u Srbiji postoji tip sekoncentrisanog organa državne uprave – okrug, kojim isto rukovodi "načelnik". U drugim zemljama veliku većinu dekoncentrisanih poslova državne (odnosno entitetske na teritoriji BiH) još uvek obavljaju opštinski upravni organi pod hijerarhijskim nadzorom centralnih organa. Urede državne uprave u Hrvatskoj, upravne okruge u Srbiji i upravne jedinice u Sloveniji možemo svrstati u red organa koji implementišu (provode) politiku, dok organi opštinskih uprava imaju mešoviti karakter: u Hrvatskoj

i Sloveniji oni obavljaju obe vrste poslova (podrška kreiranju politika i provođenje politika) za lokalnu samoupravu, a u drugim državama pored tih poslova obavljaju i prenesene poslove državne uprave.

Gornja klasifikacija upravnih organa i organizacija¹³ značajna je za središnju temu ovog članka, jer razlike u poslovima upravnih organa i organizacija imaju svoje implikacije i na rukovođenje. Ministarstvima kao organima, koji kreiraju politiku, rukovode politički funkcioneri – ministri i njihovi zamjenici (u Sloveniji i Srbiji državni sekretari)¹⁴. Najviše rukovodstvo ministarstva je političko, a pozicije državnih službenika počinju u “drugom redu” rukovodstva. U nekim državama zakonodavac je pokušao da uspostavi najvišu rukovodeću službeničku poziciju u smislu “vrha upravne piramide¹⁵» – na primer državni sekretar u Makedoniji, sekretar ministarstva na državnom nivou u BiH, ali zbog nedostatka tradicije u praksi sekretar nema ulogu rukovodioca državne službe u ministarstvu. U većini zemalja najviši rukovodeći državni službenici su pomoćnici ministra, koji rukovode osnovnim (najširim) jedinicama. Osnovne jedinice se obično zovu sektori (u Republici Srpskoj “resori”). Sektori pokrivaju pojedine oblasti politika u sferi ministarstva. U Sloveniji najšire su organizacione jedinice u ministarstvu direktorati, kojima rukovode generalni direktori. Potporne službe organizovane su u sekretarijatu, kojim rukovodi generalni sekretar ministarstva¹⁶.

Linija podele između političkih funkcija i pozicija rukovodećih državnih službenika u svim državama, koje su nastale na teritoriji bivše SFRJ, je u glavnom jasna. Ministri i zamjenici odnosno državni sekretari su politički imenovana lica sa političkom odgovornošću, dok su pomoćnici ministra odnosno generalni direktori (Slovenija) državni službenici. Iznimka je Makedonija gde su izmenama i dopunama Zakona o državnim službenicima državni sekretari ispa-

¹³ Iako u različitim zemljama, koje su nastale na teritoriji bivše SFR, termin “upravna organizacija” ima nijansirana značenja, u ovom članku koristim termine upravni organ i upravna organizacija zbog razlikovanja između organa državne uprave koji nemaju vlastiti pravni subjektivitet (već deluju pod pravnim subjektivitetom države ili lokalne zajednice) i organizacija sa vlastitim pravnim subjektivitetom.

¹⁴ Od svih uređenja samo Republika Srpska i federacija BiH ne poznaju drugog političkog funkcionera u ministarstvu (zamenika, državnog sekretara).

¹⁵ Le sommet de la pyramide, vidi Ziller (1993), str. 320. U nekim zemljama postoji jasno određen vrh upravne piramide, kao što je stalni sekretar u Velikoj Britaniji ili državni sekretar u nemačkoj, dok u drugim sistemima (Francuska, Italija) takav jedan vrh piramide ne postoji.

¹⁶ Generalni sekretar nije vrh upravne piramide nego jedan od menedžera u “prvoj liniji”. Rukovodeći tim ministarstva tako čine ministar i državni sekretar kao politički imenovana lica, generalni direktori direktorata i generalni sekretar.

li iz kruga državnih službenika pa se oni sada (pored zamenika ministra) smatraju političkim funkcionerima.

Organima u sastavu i upravnim organizacijama rukovode državni službenici (iznimka je opet Makedonija gde su rukovodioci tih organa politički postavljeni, a iznimka je i Hrvatska, gde rukovodioci – ravnatelji – organa u sastavu i samostalnih upravnih organizacija isto nemaju status državnog službenika.

Možemo zaključiti, da je razgraničenje između političkih funkcija (pozicija na koje pojedinci dolaze političkim putem, to jest preko neposrednih izbora ili preko političkog imenovanja) i pozicija rukovodećih državnih službenika, kod kojih je za selekciju odlučujući faktor kompetentnost (a to razgraničenje je neophodno za jasnu definiciju političke odgovornosti i za osiguranje profesionalnosti javne uprave), u zemljama, koje su nastale na teritoriji bivše SFRJ, bilo korektno izvedeno zakonima o državnoj službi. Politički segment izvršne vlasti sačinjavaju članovi vlade (premijeri i ministri) i zamenici ministara odnosno državni sekretari, dok su pomoćnici ministara (u Sloveniji generalni direktori direktorata), direktori organa u sastavu i samostalnih upravnih organizacija rukovodeći državni službenici. Razgraničenje nije korektno povučeno u Makedoniji (gde su državni sekretari kao vrh upravne piramide u ministarstvu politički postavljeni¹⁷, a isto važi i za direktore upravnih organa u sastavu i upravnih organizacija). U određenoj meri je nejasna i situacija u BiH (na državom nivou) gde su zbog nedostatka jasnog organizacionog koncepta državne uprave nastale mnoge "sui generis" upravne institucije sa rukovodiocima čiji je status uređen posebnim zakonima, a često ti zakoni za rukovodioce ne određuju status državnih službenika. U Hrvatskoj, ravnatelji upravnih organizacija nemaju status državnih službenika, već su u statusu funkcionera (dužnosnika) što znači da krug politički imenovanih lica znatno širi nego u drugim državama (osim Makedonije, gde je, kao što smo videli, taj krug još širi).

IZBOR I IMENOVANJE NAJVIŠIH RUKOVODEĆIH DRŽAVNIH SLUŽBENIKA

Kao što je već bilo naglašeno, politički funkcioneri dolaze na svoje pozicije putem demokratskog procesa. Oni su bilo direktno izabrani (na primer: gradonačelnici u nekim zemljama biraju se na direktnim izborima) ili postavljeni

¹⁷ Zato se svrstavaju u krog političkih funkcionera, pored uobičajenog kruga ministara i zamenika.

sa strane predstavničkog tela. Njihova odgovornost je politička a njihovi mandati vremenski ograničeni i vezani na poverenje birača. Naravno, status političkog funkcionera nije u opreci sa stručnim obavljanjem funkcije – naročito za ministre i njihove zamenike (ili državne sekretare) veoma je poželjno da imaju stručna znanja u oblasti za koju odgovaraju. To nije neophodan uvet za postavljanje na funkciju, ali znatno olakšava razumevanje problema i prihvatanje svrsishodnih odluka. Za razliku od političkih funkcionera državni službenici se biraju prema stručnim kriterijima. Za izbor upotrebljavaju se zakonom propisani sistemi selekcije. U državama na teritoriji nekadašnje SFRJ u tim postupcima glavnu ulogu vrše posebne institucije (agencije) za državnu službu. Te institucije su odgovorne za provođenje selekcijskih postupaka. U uređenjima postoje nijanse u vezi pitanja uloge rukovodilaca organa, gde se popunjava upražnjeno radno mesto, u proceduri izbora kandidata. Te nijanse u glavnom zavise od dva faktora: da li izborna komisija sama bira najboljega kandidata ili je konačni izbor prepušten rukovodstvu organa; i kakav je odnos u broju članova komisija, koje postavlja agencija za državnu službu, i onih članova, koji dolaze iz samog organa gde se popunjava radno mesto.

Za razliku od ostalih država, Slovenija ima relativno fleksibilan sistem selekcijskih procesura, u kojem glavnu ulogu u procesu izbora kandidata ima baš menadžment organa javne uprave, u kojem je upražnjeno radno mesto. Menadžment ima slobodne ruke u izboru i metoda selekcije, tako da u obzir dolaze svi metodi, koje prepoznaje savremena struka upravljanja ljudskim potencijalima.

Izbor najviših rukovodećih državnih službenika koji rukovode organima (direktori organa u sastavu i samostalnih upravnih organizacija) ili osnovnim organizacionim jedinicama u ministarstvima (pomoćnici ministra, generalni direktori direktorata) obično je regulisan na poseban način. Procedura mora da osigura da na ključne pozicije u organima budu imenovani kandidati sa odličnim kompetencijama (znanjima, sposobnostima, veštinama...). Sa druge strane, postavlja se pitanje, kakva neka bude u tim procedurama uloga političkih funkcionera kojima će najviši državni službenici odgovarati.

U zemljama članicama EU postoje, generalno, dva različita modela selekcije najviših državnih službenika. Prvi, britanski, bazira se na nezavisnoj selekciji kandidata u kojoj najviše rukovodeće državne službenike bira odbor za selekciju visokih državnih službenika "senior appointment selection committee" a u tom postupku premijer i ministri nemaju posebnu ulogu. Drugi, prevladavajući model daje pravo na izbor najviših rukovodećih službenika političkom rukovodstvu (vladi, premijeru, ministrima) ali su oni u izboru ograničeni na osobe, koje su već postigle status visokih državnih službenika, ili na vanjske kandidate, koji odgovaraju visokim stručnim standardima. Ti najviši rukovodeći držav-

ni službenici predstavljaju nekakav most između političke sfere i sfere državne službe¹⁸, pa jih zato u Nemačkoj nazivaju “politički činovnici” (politische Beamten), a u Francuskoj “državni službenici po diskreciji vlade” (fonctionnaires a la discretion du gouvernement).

U zemljama na teritoriji nekadašnje SFRJ najviši rukovodeći državni službenici biraju se, uz neke izuzetke, na javnom konkursu. U tim zemljama moguće je prepoznati dva glavna modela selekcije najviših rukovodećih državnih službenika. U prvom modelu selekcijske procedure provode se na takav način, da politički funkcioneri (barem formalno) nemaju nikakav uticaj na izbor. Takva je na primer selekcijska procedura u Republici Srpskoj (BiH). Drugi model kombinira selekciju, koju na osnovu provere kompetentnosti kandidata provode “nezavisna” tela, i konačnu odluku političkog funkcionera odnosno vlade. Takav postupak je na snazi u BiH na državnom nivou (nivou institucija BiH) in na nivou Federacije BiH, u Srbiji¹⁹, Hrvatskoj i Sloveniji. U Sloveniji, postupak izbora je veoma detaljno razrađen. Dok je izbor svih ostalih državnih službenika prepušten menadžmentu u organima, za selekciju najviših rukovodećih službenika²⁰ bio je formisan Savet za državnu službu (“*uradniški svet*”) koji sačinjavaju četiri predstavnika vlade, tri vanjska stručnjaka iz oblasti javne uprave i upravljanja ljudskim potencijalima (imenuje jih predsednik republike), tri predstavnika visokih državnih službenika (izabrani su na posebnim direktnim izborima, u kojima aktivno izborna pravo imaju državni službenici određenog ranga) i dva predstavnika reprezentativnih sindikata javne uprave. Savet za državnu službu brine se o selekciji najviših rukovodećih državnih službenika, i to preko dve svoje glavne nadležnosti: on postavlja standarde kompetencija (znanja, veština, iskustava itd.) za ta radna mesta i za svaki javni konkurs²¹ postavlja izborne komisije. Prve standarde kompetencija Savet za državnu službu postavio je već u 2003. godini, brzo nakon stupanja na snagu zakona o javnim službeni-

¹⁸ Ziller (str. 321) upotrebljava termin “posrednička radna mesta između politike i uprave” (les emplois d’interface entre le politique et l’administratif). Autor navodi ta “politički službenici” na neki način razbijaju veberijanski mit o strogoj odvojenosti politike od sveta kariernih službenika i služe kao transmisija između politike i uprave (u oba pravca).

¹⁹ U Srbiji konkursna komisija, koju imenuje Visoki službenički savet, predlaže najviše tri kandidata.

²⁰ U taj red svrstavaju se generalni direktori direktorata u ministarstvima, generalni sekretari u ministarstvima, direktori organa u sastavu, direktori službi u vladinom centru, načelnici upravnih jedinica (dekoncentrisanih organa državne uprave) i direktori javnih agencija.

²¹ Postoji nekoliko pozicija koje su izuzete iz režima javnog konkursa: generalni direktor Policije, direktor obaveštajne službe, direktor kabineta predsednika vlade i načelnik generalštaba Slovenačke vojske.

cima, a prenovljeni standardi stupili su na snagu početkom ove (2011.) godine. Radi se o tri sklopa standarda: iskustva, menedžerske sposobnosti i stručna znanja. Standardi su detaljno razrađeni i opremljeni kriterijima ocenjivanja. Za svaki javni konkurs Savet za državnu službu imenuje posebnu konkursnu komisiju, koju obično sačinjavaju jedan član Saveta (kao predsedavajući), najmanje jedan "insajderski" (iz državne uprave) stručnjak iz oblasti o kojoj se radi, i najmanje jedan vanjski stručnjak (iz akademskog sveta ili privatnog sektora). Zadatak komisije nije da izabere jednog kandidata, već da napravi listu kandidata koji odgovaraju standardima kompetentnosti (nakon provere ispunjavanja osnovnih formalnih zahteva u vezi stručne spreme i radnog iskustva). Tako prva faza selekcijske procedure završava formiranjem liste adekvatnih kandidata, koji odgovaraju zahtevnim kriterijima Saveta za državnu službu. Broj kandidata na listi nije ograničen: komisija može da konstatuje da nijedan kandidat nije "prošao sito" a može predložiti jednog, dva ili više kandidata. Lista se dostavlja funkcioneru kome će rukovodeći državni službenik da odgovara za svoj rad (premieru, ministru ili generalnom sekretaru vlade). Nakon toga odgovorni funkcioner predlaže vladi kandidata u imenovanje. Kandidat je formalno imenovan od strane vlade, ali je glavnu odluku o izboru donosi odgovorni funkcioner²². Ova dvofazna procedura osigurava sa jedne strane izbor kvalitetnih, kompetentnih kandidata, a sa druge strane omogućava i "lični" izbor funkcionera koji će neposredno saradivati sa rukovodećim državnim službenikom²³.

Izbor najviših rukovodećih državnih službenika od strane nezavisnih komisija bez mogućnosti uticanja ministra li drugog političkog funkcionera (britanski sistem) osigurava kompetentnost kandidata, ali može da prouzrokuje disfunkcije na relaciji ministar – rukovodeći državni službenik. Naročito je to riskantno, kada se radi o rukovodećim državnim službenicima u samim ministarstvima (pomoćnici ministra). Za dobro obavljanje poslova ministar i rukovodna ekipa državnih službenika moraju dobro saradivati, a uslov za to nije samo stručnost državnih službenika, već i motivacija za postizanje ciljeva koji su u glavnom određeni politikom vlade i ministra. Dobro je, da postoji konceptualna usklađenost između ministra i rukovodioca osnovnih jedinica, zaduženih za kreiranje politika u pojedinim oblastima iz nadležnosti ministarstva. Kod organa, zaduženih za implementaciju zakonodavstva, ta potreba je manje izra-

²² U slučaju načelnika upravnih jedinica (okruga) imenovanje nije u nadležnosti vlade već ministra javne uprave.

²³ Vidi detaljne podatke o radu komisija Saveta za državnu službu u: Polona Kovač, Slovenian criteria on top public officials selection: theory, regulation, implementation and case law 2003–2011, članak će biti objavljen u Varni, na ovogodišnjoj konferenciji NISPACEE 2011.

žena, ali i u tom slučaju nije dobro ako postoje nesaglasnosti između ministra, odgovornog za funkcionisanje organa, i direktora tog organa. Ako je na primer ministar finansija kao cilj postavio značajna pojednostavljena poreskih postupaka, a direktor poreske uprave razmišlja na konservativan, birokratski način i ne slaže se sa potrebom po promenama, postizanje političkog cilja će sigurno u praksi biti otežano, iako je direktor poreske uprave stručnjak, koji ne pravi profesionalne greške. Veliki je problem i kada ministar iz bilo kojeg razloga nema poverjenja u rukovodećeg državnih službenika. Dobra saradnja ne ovisi samo o profesionalnosti saradnika, već i o "mekim" elementima, kao što su poverenje, motivacija, dobro međusobno razumevanje, lična kompatibilnost, "hemija" između saradnika. Postoje dobri argumenti, da sistem izbora rukovodećih državnih službenika mora da uzme u obzir i te kriterije (koje je, naravno, teško zahtvatiti pravnim normama), ali pod uslovom, da je u prethodnim fazama procedure obavljena kvalitetna selekcija kandidata na osnovu kompetentnosti (znajanja, veštine, sposobnosti, iskustva).

Dvofazni sistem selekcije u svojoj drugoj fazi otvara opasnost politizacije odnosno izbora rukovodećih državnih službenika po partijskim kriterijima, po "sistemu plena" (spoils system), bez obzira na kompetentnost kandidata. Da bi se sprečile takve anomalije, neophodno je osigurati zahtevan proces prve selekcije koja rezultira listom kompetentnih kandidata. Kao primer može poslužiti slovenački sistem (iako su u praksi, naravno, moguće anomalije u pojedinim postupcima), koji osigurava neutralnu proveru kompetentnosti na osnovu visokih standarda koje postavlja Savet za državnu službu. Sistem, koji bi išao u pravcu britanskog, mogao bi zbog nedostatka tradicije i savesti u sferi politike i u sferi uprave dovesti do disfunkcija u upravi i do izigravanja pravila. Zato se zalažemo za dvofazni sistem, koji kombinuje što objektivniju selekciju na osnovu kompetencija u prvoj fazi sa (ograničenom) mogućnošću ličnog izbora rukovodećeg državnog službenika iz kruga kompetentnih kandidata od strane političkih funkcionera u drugoj fazi. Takav sistem, ruku na srce, ostavlja otvorena vrata izboru po stranačkim kriterijima, ali osigurava kompetentnost i profesionalnost, što je najvažnije, a pored toga kompetibilitet, poverenje i dobru saradnju između političara i najviših državnih službenika. Sistem vodi u uspostavljanje profesionalne upravne elite, koja može da gradi karijeru na profesionalnosti a ne na političkoj pripadnosti, a sa druge strane politici još uvek omogućava, da saraduje u procesu izbora rukovodećih državnih službenika koji su u praksi tesni saradnici političkog vrha javne uprave, a politika i odgovara za njihov rad.

Posebnu pažnju potrebno je posvetiti onoj fazi postupka, koji je namenjen proveru stručnih kvaliteta i drugih kompetencija. Važno je, da na ključna radna mesta budi imenovani kandidati sa vrhunskim znanjem, sposobnošću i isku-

stvima. Od tu dalje nije ni toliko važno, kakva je uloga političnih kriterija u drugoj fazi izbora. Slovenački sistem bi mogao poslužiti kao model, jer u prvoj fazi osigurava neutralno i objektivno postavljanje i proveravanje visokih standarda kvaliteta. U toj fazi postupka postoji širok prostor za stručni razvoj "modela kompetencija", na kojem se temelje moderni sistemi upravljanja ljudskim potencijalima. Taj model mora razvijati institucija sa visokim stepenom stručne samostalnosti, kao što je napr. slovenački Savet za državnu službu. Ta institucija preuzima odgovornost za kvalitet kandidata, koji prolaze prvu fazu procedure, a odgovornost za konačni izbor i rad rukovodećih državnih službenika u svakom slučaju snosi politički vrh javne uprave.

MANDAT I RAZREŠENJE SA POZICIJE RUKOVODEĆEG DRŽAVNOG SLUŽBENIKA

Pitanje mandata rukovodećih državnih službenika sa pozicije je povezano sa pitanjem režima selekcije. U britanskom "civil service" sistemu najviši državni službenici postavljeni su na svoje pozicije za neodređeno vreme (najviša službenička pozicija u ministarstvu se zove "stalni sekretar", permanent secretary), a direktori samostalnih agencija u principu imenovani su za određeno vreme i sklapaju ugovor u kojem se definišu i ciljevi mandata. U francusko – nemačkom sistemu "političkih državnih službenika" odnosno "službenika po diskreciji vlade" rukovodeći državni službenici mogu biti smenjeni odnosno razrešeni sa pozicije i preraspoređeni na neko drugo adekvatno radno mesto (rukovodeće ili nerukovodeće), koje odgovara njihovom statusu. Razrešenje sa pozicije ne mora da bude opravdano nekom disciplinskom greškom, kršenjem ugovora ili nepostizanjem očekivanih rezultata. Ali na njihovo mesto opet mogu da dođu samo osobe koje su postigle visoku poziciju u državnoj službi ili druge osobe koje ispunjavaju visoke standarde.

U zemljama na teritoriji nekadašnje SFRJ prevladava model ograničenog mandata, a mogućnost prevrmenog razrešenja ograničena je na razloge disciplinske povrede, lošeg rada i slične subjektivne razloge na strani rukovodećeg državnog službenika. Ograničeni mandat najviših rukovodećih državnih službenika na snazi je delomično u BiH na državnom nivou (režim ograničenog mandata važi za takozvane "sekretare sa posebnim zadatkom", koji u principu rukovode samostalnim upravnim organizacijama; sa druge strane, za pomoćnike ministara mandat ne postoji) i u Brčko distriktu (na mandatu su rukovodioci nekih upravnih organa, na primer policije). U Republici Srpskoj najviši rukovo-

deći državni službenici (pomoćnik ministra, sekretar ministarstva, rukovodilac republičke uprave i republičke upravne organizacije, njihovi zamjenici i pomoćnici, glavni republički inspektor, sekretar u Agenciji za državnu upravu) imenuju se za petogodišnji mandat. U Sloveniji najviši rukovodeći državni službenici (generalni direktori direktorata u ministarstvima, generalni sekretri ministarstava, direktori organa u sastavu i javnih agencija, načelnici upravnih jedinica) također su na petogodišnjem mandatu. Jedino u Hrvatskoj i u Federaciji BiH mandat najviših rukovodećih državnih službenika nije ograničen.

Mogućnost razrešenja je ograničena na razloge lošeg rada, povrede službene dužnosti i slične subjektivnerazloge. Jedino u Sloveniji postoji mogućnost razrešenja bez takvih razloga. Radi se o sprovođenju principa da vlada odnosno pojedini funkcioneri imaju pravo da sebi biraju saradnike između kandidata iz kruga onih, koji su prošli "sito" Saveta za državnu službu. Zakon, naravno, omogućava razrešenje iz subjektivnih razloga, ali omogućava i razrešenje bez posebnog opravdanja. U slučaju povrede službene dužnosti odnosno ugovornih obaveza ili u slučaju nepostizanja očekivanih rezultata najviši rukovodeći državni službenici mogu dobiti otkaz radnog ugovora (bez naknade), dok u slučaju razrešenja sa pozicije bez takvih razloga oni imaju određena prava. Ako su u vreme imenovanja na poziciju imali sklopljen radni odnos za neodređeno vreme u javnoj upravi, oni imaju pravo da budu premešteni na adekvatno (rukovodeće ili nerukovodeće) radno mesto. Ako su došli na poziciju iz privatnog sektora i sklopili ugovor na određeno vreme (vreme trajanja mandata), oni imaju pravo, da jim se ponudi adekvatno radno mesto ili isplati naknada u visini jedne petine plate za preostalo vreme redovnog mandata. Po odluci ustavnog suda takvo zakonodavac je morao da dopuni zakon odredbom, po kojoj je razrešenje bez krivdinih razloga dopušteno u ograničenom roku godine dana od nastupa funkcije funkcionera, koji predlaže imenovanje i razrešenje rukovodećeg državnog službenika, odnosno u roku godine dana od službenikovog imenovanja na rukovodeće radno mesto. Ovaj rok deluje kako nekakav probni period u kojem se može proveriti mogućnost saradnje između funkcionera i državnog službenika.

Kao što smo već naglasili u prošloj tački, slovenački sistem je najbliži francuskom i nemačkom u tom smislu, da vrh državne uprave sa jedne strane ispunjava visoke profesionalne standarde, a sa druge strane politika ima pravo da bira saradnike. Taj sistem je na snazi od 2003. godine. Od te godine došlo je do dve veće promene vlasti i praksa je pokazala, da se vlade koriste tom mogućnošću u određenoj, ali ne preteranoj meri. Od približno 180 najviših rukovodećih pozicija u oba navrata došlo je do promene na približno jednoj trećini radnih mesta. Najviše promena naravno ima na mestima generalnih direktora direktorata (to su jedinice, koje direktno sarađuju u kreiranju politika i time neposred-

no sprovede političku agendu koalicionog ugovora), dok na mestima direktora organa u sastavu ministarstava i načelnika upravnih jedinica tih promena praktično nema, a pri tome su iznimka “najosetljiviji” organi u sastavu (policija).

Prevladavajuće rešenje, po kojem su najviši rukovodeći državni službenici stavljeni na mandat, argumentovano je u glavnom opasnošću od “uspavanja” na radnom mestu. Radi se o pozicijama za koje su karakteristični velika dinamičnost posla i veliki radni naponi. Upravne organizacije izložene su stalnim pritiscima okoline koja se menja i moraju se stalno prilagođavati i tražiti načine za poboljšanje svog rada. Ti pritisci se najintenzivnije osećaju baš na najvišim rukovodećim mestima. Stalni mandat odnosno imenovanje za neograničeno vreme može da vodi do rutinskog svaćanja rada što može da bide štetno za organizaciju. Vremenski određeni mandat predstavlja vremenski okvir u kojem rukovodeći državni službenik može da pokaže merljive rezultate i učinke svog rada. U nekim sistemima rukovodećem državnom službeniku može se podeliti novi mandat bez javnog konkursa (Slovenija, Srbija). To znači da funkcioner, koji odgovara za rad rukovodećeg državnog službenika (u hijerarhijskoj organizaciji javne uprave svaki funkcioner i službenik imaju nekoga “iznad sebe”, koji odgovara za njihov rad, a oni odgovaraju njemu za svoj rad) može da proceni, da li državni službenik svoj posao obavlja toliko kvalitetno i da postiže takve rezultate, da nije potrebno otvarati javni konkurs i tražiti druge kandidate. U slučaju da rukovodeći državni službenik odlično obavlja svoj posao i da je nastavak rada na istoj poziciji u obostranom interesu, javni konkurs bi bio samo nepotrebno gubljenje vremena i resursa i pesak u oči ostalim kandidatima²⁴.

Naše je mišljenje da je mandat dobro rešenje, a također i praksa petogodišnjih mandata. Nije nevažno, da se petogodišnji mandat rukovodećih državnih službenika u Srbiji, Republici Srpskoj i Sloveniji ne podudara sa mandatom vlade, pa se na taj način stimuliše saradnja između nove vlade i postojećih ekipa rukovodećih državnih službenika (pri tome u Sloveniji, kao što smo videli, vlada ima pravo da jih razreši u prvoj godini svog mandata).

Otvoreno ostaje pitanje mogućnosti razrešenja bez subjektivnih razloga (lošeg rada, povrede dužnosti i slično). Ta mogućnost postoji samo u slovenač-

²⁴ Pitanje, da li je javni konkurs najbolji metod za traženje kandidata za ključna radna mesta, može se postaviti i generalno. U privatnom sektoru javni konkurs za najviša rukovodeća mesta nije uobičajen i na neki način pokazuje nemoć poslodavca da pronade adekvatnog kandidata. U Sloveniji su se pojavile ideje, da bi javni konkurs bio samo jedna od mogućnosti za izbor kandidata za najviša rukovodeća radna mesta, a da bi druga mogućnost bila direktno predlaganje od strane funkcionera i stručna provera kompetentnosti preko komisija Saveta za državnu službu. Takav sistem je podržanim zakonom uveden za generalnog direktora policije.

kom poretku i proizlazi iz logike dvofaznog postupka selekcije. Naime, ako jedna vlada ima pravo da sebi bira saradnike iz kruga kompetentnih kandidata, zašto to pravo ne bi imala i sledeća vlada. Zakon garantuje razrešenom određena prava, tako da razrešenje nije neka mrlja u karijeri državnog službenika, već sasvim normalan "rastanak" i nastavak saradnje na novim temeljima. Uređenje tako omogućava korektan odnos između političkog vrha uprave i rukovodećih državnih službenika. Kao što smo prizakali, promena vlade ni slučajno ne znači automatsko razrešenje svih ili većine rukovodećih službenika. Može se očekivati, da će se procenat razrešenih još snižavati sa podizanjem profesionalne upravne i političke kulture.

Sistemi koji važe u ostalim državama u vezi razrešenja slede, kako kaže Ziller, veberijanskom mitu, iako su taj mit prevazišli u fazi selekcije. U Srbiji, Hrvatskoj i BIH (državni nivo) vlada ima pravo da bira kandidate u koje ima poverenje iz kruga kompetentnih kandidata, koji su prošli konkurs, ali ti kandidati ostaju na pozicijama i u slučaju promene vlasti. U tom sistemu dakle ima nelogičnosti, dok je sistem u Republici Srpskoj konsistentan. Rukovodećeg državnog službenika bira komisija, bez formalnog uticaja ²⁵ vlade, i oni ostaju na poziciji bez mogućnosti razrešenja u slučaju promene vlade. Naglašavam, da se radi o formalnoj konsistentnosti, jer u praksi vlada nesumnjivo ima uticaj na provođenje postupaka (ona imenuje direktora Agencija za državnu upravu, koja sprovodi postupak, a pojedini ministri predlažu članove komisija za izbor kandidata).

Iako se na prvi pogled čini, da slovenački sistem ima manu u smislu moguće politizacije rukovodećih mesta, produbljeno razmišljanje dovodi do zaključka, da je sistem logičan, konsistentan, praktičan, životan i da ima pozitivne učinke na profesionalnost uprave i na kvalitetnu saradnju rukovodećih timova u javnoj upravi koje sačinjavaju politički funkcioneri (ministri i državni sekretari) i državni službenici. Takav jedan sistem smanjuje i potrebu po većem broju političkih savetnika u kabinetima ministara, koji je katrakterističan za vestminster-ski model državne službe, gde rukovodeći političari u izvršnoj vlasti moraju da se okruže politilki lojalnim saradnicima, koji jih "brane" od birokratskog aparata. Ponovimo još jednom, da francuski, nemački i slovenački sistem ni slučajno ne znače automatske promene na vrhu uprave u slučaju promene vlasti, a također ne znače izbor rukovodećih državnih službenika po stranačkim kriterijima.

²⁵ Zašto dostavak "formalnog"? Zbog toga jer vlada nesumnjivo ima mnogo veći uticaj na izbornu odluku komisije za izbor kandidata nego vlada u Sloveniji na uži izbor kandidata od strane komisije Saveta za državnu službu.

ZAKLJUČAK

Status (naročito postupak izbora, imenovanja i razlozi za razrešenje) najviših rukovodećih državnih službenika u pravnoj regulaciji državne službe zaslužuje posebnu pažnju. Radi se o pozicijama, koje su od ključnog značaja za funkcionisanje javne uprave, a ujedno i o pozicijama koje su veoma bliske političkom vrhu javne uprave i sa njima tesno saraduju – bilo u sferi kreiranja politike, koju izvršna vlast usvaja ili predlaže zakonodavnoj, bilo u sferi implementacije politika, za koju je opet (politički) odgovorna politička vlast. U državama, koje su nastale na teritoriji nekadašnje SFRJ, postoje brojne zajedničke crte pravnog režima izbora i mandata najviših rukovodećih državnih službenika, koje proizlaze sa jedne strane iz zajedničke tradicije organizacije i rukovođenja organima, a sa druge strane iz usklađivanja nacionalnih sistema javne uprave i državne službe sa evropskim standardima (naročito takozvanim kopenhagensko-madriidskim kriterijima, koji se odnose na izgradnju upravnih kapaciteta za provođenje *acquis communautaire*). Postoje, *mutatis mutandis*, zajednički tipovi upravnih organa – ministarstva, službe u centru vlade, organi u sastavu ministarstava, samostalne upravne organizacije (u nekim sistemima poznate kao javne agencije), a u nekim državama i dekoncentrisani organi državne uprave (upravne jedinice u Sloveniji, upravni okruzi u Srbiji, županijski uredi državne uprave u Hrvatskoj). Dok se ministarstva pretežno bave kreiranjem politike, ostali organi su zaduženi za njenu implementaciju.

Razgraničenje između političkih funkcija i pozicija rukovodećih državnih službenika u većini država postavljeno je jasno i na takav način, da je krug političkih funkcionera u izvršnoj vlasti sužen na premijera, ministre i zamjenike (ili državne sekretare). Jedino u Makedoniji taj krug je znatno širi, a u Hrvatskoj kao funkcioneri definisani su i rukovodioci upravnih organizacija; po našoj proceni tako definisan krug funkcionera je preširok i nepotrebno “povuče” u politički krug menadžere implementacionih organizacija javne uprave.

U svim zemljama najviši rukovodeći državni službenici biraju se na javnom konkursu (sa nekim iznimkama u slučaju specifičnih pozicija, na primer direktor policije i obaveštajne službe), a izborni proces je u većini sistema podjeljen na dve faze – u prvoj fazi radi se o stručnoj proveru kompetentnosti, a u drugoj vlada odnosno politički funkcioner ima pravo na “lični” izbor. Takav sistem je adekvatan, jer – pod određenim dodatnim uslovima – osigurava kompetentnost osoba na najvišim rukovodećim pozicijama, a sa druge strane omogućava ministrima da sebi izaberu saradnike – rukovodni tim u oblasti za koju su odgovorni. Uslovi, da bi mogli pozitivno oceniti takav sistem, su pre svega sledeći: (1) visok stepen stručnosti, objektivnosti i neutralnosti procedure u prvoj fazi (provera kompetentnosti)

i institucija koje su nadležne za te procedure, i (2) unapred postavljeni visoki standardi kompetentnosti. Čini se, da najjače garancije daje slovenački sistem sa Save-
tom za državnu službu, koji nije pod kontrolom vlade, a postavio je veoma visoke
standarde kompetentnosti i razradio merila i metode za njihovo proveravanje (na-
ravno, i u Sloveniji ima prostora za znatna poboljšanja prakse). Naša bi preporu-
ka bila, da se i u drugim sistemima uvedu garancije po uzoru na slovenački sistem.

Rukovodeći državni službenici su većinom na petogodišnjem mandatu (Sr-
bija, delomično BiH – državni nivo, Republika Srpska, Slovenija). Petogodišnji
mandati su dobra solucija, jer u velikoj meri sprečavaju “uspavanje” na poziciji
i preteranu koncentraciju moći, koja bi mogla ugroziti demokratske principe, po
kojima je u državi vlast u rukama naroda i od njega izabranih političkih organa.

Razrešenje sa pozicije ograničeno je na subjektivne razloge na strani ruko-
vodećeg državnog službenika (nepostizanje očekivanih rezultata, negativna ocena
rada, povreda službene dužnosti i slično). Samo u Sloveniji postoji i mogućnost ra-
zrešenja bez subjektivnih razloga na strani službenika, a pri tome državni službe-
nik ima određene garancije (premeštaj na adekvatno radno mesto, naknada). Naša
je procena, da su u pogledu razurešenja konsistentni samo modeli u Sloveniji (sva-
ka vlada može sebi da bira saradnike za najviša rukovodeća radna mesta iz kruga
kandidata koji su prošli kroz zahtevno sito Saveta za državnu službu) i Republi-
ci Srpskoj (rukovodeće državne službenike biraju komisije bez direktne formalne
intervencije ministra), dok ostali modeli kombinuju sistem izbora, kod kojeg po-
litički funkcioneri imaju značajnu reč, i veoma ograničene mogućnosti razrešenja.

GREGOR VIRANT, Ph.D.,
Faculty of Public,
University of Ljubljana

THE LEGAL REGIME OF SELECTION OF THE HIGHEST-RANKING CIVIL SERVANTS

Summary

Changes in public administration (more emphasis on user orientation, efficiency and
effectiveness, use of modern HRM and TQM tools etc.) call for a new profile of top managers in
administrative bodies. As in private sector organizations, top managers play a key role in functioning
of the institutions of public administration, therefore selection based on competences (knowledge,
skills, psychological profile – character, motivation, values) is crucial. On the other hand, top managers

operate as close collaborators of political leaders of the executive. Political level and top civil service level in public administration should cooperate in harmony, based on mutual respect of different roles they have in the system. Specific position of top managers in public administration raises several issues. What kind of selection procedure is adequate to guarantee high level of competences? What is the role of politicians in these procedures? Should top managers have a permanent position or a limited term? After change of government, should new ministers have the right to appoint new candidates to crucial positions in ministries and agencies?

The article focuses on the legislative solutions and practices of the countries that were established on the territory of ex-Yugoslavia. Traditionally, there are two types of administrative bodies in the public administration systems on central level: ministries (responsible for policy-making) and executive agencies (basically of two types). The delimitation between political position and top managerial civil service position are quite well established in all countries except Macedonia and Croatia. In ministries, the political level consists of ministers and deputy-ministers (or state secretaries) and their top managerial level of secretaries-general and assistant ministers (general directors in Slovenia). Agencies are headed by directors.

For top managerial positions, in all countries an open competition and a special selection procedures are foreseen. Mainly, these procedures have two stages. In the first stage, a relatively independent commissions (the level of independence differs from country to country) select the candidates who meet the competence standards (in practice, the emphasis is on knowledge and some skills), while in the second stage politicians (prime minister, ministers) have the freedom of choice between the candidates who pass the first stage. These procedures, if and when strictly respected in practice, adequately combine selection on the basis of competences and the right of political leaders to form their "team" of top managers. With rare exceptions top managers are appointed for a limited period of time (usually five years) and may not be dismissed without reasons (violation of discipline, failure to meet the targets etc.). Only in Slovenia top managers can be replaced without grounded reasons, with two important consequences: they have the right to be shifted to another high-level position (not necessarily managerial) and a new candidate can only be selected through very strict procedure before a highly independent commission. With this solution, Slovenian law consistently enables the government to influence the structure of the top management, but on the other hand guarantees professionalism.

PRIMENA ZUP-a U GRADNJI I LEGALIZACIJI OBJEKATA

O GRADNJI I LEGALIZACIJI

Posle dužeg vremena najavljivanja izmena Zakona o planiranju i izgradnji¹ – u daljem tekstu Zakona, usvojen je i objavljen Zakon o izmenama i dopunama Zakona o planiranju i izgradnji², u daljem tekstu: izmene Zakona, koji ima dvostruku svrhu; da pojednostavi postupak izdavanja građevinske dozvole i da reši tako dugo nerešavano i odlagano pitanje legalizacije objekata izgrađenih bez odobrenja nadležnog organa.

Pitanja vezana za ubrzanje postupka izdavanja građevinske dozvole treba da omoguće građanima da što efikasnije i uz pojednostavljenu proceduru dobiju odobrenje za izgradnju, a i da prema stranim investitorima, koje na taj način treba privući, objasnimo da smo pravno uređena zemlja u kojoj će državni organi pomoći investitorima da što pre dođu u poziciju da grade.

Rešavanje bespravne gradnje kao dugo odlaganog problema je u istoj funkciji: da se uspostavi sklad faktičkog i pravnog i da vlasnici upisom stvarnih prava u odgovarajućim knjigama, mogu da se koristi ovlašćenjima koje svojina na

Ljubodrag Pljakić, dugogodišnji sudija Vrhovnog suda Srbije.

¹ Službeni glasnik RS 72/09, 81/09.

² Službeni glasnik RS 24/01.

nepokretnosti kao pravni institut ima. Naravno, bespravna gradnja (termin koji je izvorno naš, a teško razumljiv u zemljama razvijene demokratije) je najmanje pravni problem; pre je socijalni, ekonomski, sociološki i politički. Setimo se osamdesetih godina, kada se građenje bez dozvole prećutno tolerisalo uz uslov da se dovoljno udaljite od saobraćajnice i suseda i da ne gradite na parceli predviđenoj za javne namene. Svaka izmena Zakona kojima je regulisana gradnja rokovima kroz izmene Zakona, raniji utvrđeni rokovi su bili pomerani. To se dogodilo i sa Zakonom o planiranju i izgradnji³ koji je mnoga ponašanja u vezi bespravne gradnje predvideo kao krivična dela. Ovaj referat će se baviti pitanjima postupka u izmenama Zakona.

POJMOVI

Još je u Zakonu iz 2003. godine, a i u Zakonu iz 2009. godine, ugrađen podnaslov “pojmovi” i to je jako dobro rešenje jer su na iscrpan način obrađeni pojmovi stručne prirode sa jasnom sadržinom, radi lakše primene Zakona u praksi.

Izmene Zakona u svom podnaslovu unose i nove kategorije, a takođe i menjajući, prilagođavaju sadržinu već datih pojmova, sve u funkciji napred zadatog cilja: pojednostavljenja i jasnoće stručnih termina.

U članu 2. Zakona uvodi se kategorija građevinskog kompleksa kao prostorne celine sa više međusobno povezanih samostalnih, funkcionalnih celina, odnosno katastarskih parcela koje mogu imati različitu namenu.

Preuređena je tačka koja se tiče pojma “objekat” na način da je suština pojma jasnije i preciznije data. Zakonom je pojam pomoćnog objekta obuhvatio i delimično ekonomske objekte, ali je sada kategorija ekonomskih objekata posebno izdvojena i dat joj je sveobuhvatniji značaj.

Izmenjena je odredba koja se odnosi na “linijski infrastrukturni objekat”, za koji nije potrebno da je utvrđen opšti interes, već je dovoljno da je njegova izgradnja predviđena odgovarajućim planskim aktom.

Prečišćen je tekst kod pojma “rekonstrukcija” izostavljanjem “drugih radova”, zbog izbegavanja ponavljanja jer su ti drugi radovi preciznije dati na odgovarajućem mestu. Pojam je na jasan način objasnio njegovu suštinu odavno poznatu u praksi: izvođenje građevinskih radova na postojećem objektu u gabaritu i volumenu kojima se menjaju konstruktivni elementi, menja spoljni izgled objekta ili povećava broj funkcionalnih celina.

Kod pojma “dogradnja” brisano je značenje “ispod objekta” što je etimološki ispravno jer dogradnja ide u širinu i visinu, a ne ispod objekta.

³ Službeni glasnik RS 47/03 i 34/06.

Posle ranijeg pojma “investiciono održavanje” dodaje se pojam tekućeg (redovnog) održavanja objekta što će doprineti lakšem snalaženju u rešavanju praktičnih pitanja.

U članu 3. izmene Zakona, dato je logično rešenje koje daje primat opšte prihvaćenim ugovorima i standardima Evropske unije.

LOKACIJSKA DOZVOLA

Kod podnošenja zahteva za izdavanje građevinske dozvole, prvi uslov je posedovanje lokacijske dozvole. Osnovni tekst iz Zakona dopunjen je rešenjem prema kome se lokacijska dozvola izdaje za izgradnju novih i dogradnju postojećih objekata. Radi olakšanja gradnje, po zahtevu investitora, moguće je predvideti pored fazne i etapnu izgradnju. Zadržano je rešenje po kome zahtev za lokacijsku dozvolu obavezno sadrži podatke o vrsti i nameni objekta koji se gradi, ali više nije obavezno da sadrži podatke o planiranoj dispoziciji i slično, koji mogu biti prikazani i na grafičkom prilogu.

Jedna od značajnih karakteristika izmena Zakona su povećane obaveze organa koji odlučuje u upravnoj stvari gradnje i legalizacije. U nekim situacijama, te obaveze probijaju i sama načela Zakona o opštem upravnom postupku (ZUP).

Izmene Zakona skraćuju rokove za postupanje kod neurednih zahteva.

Ukoliko nadležni organ utvrdi da uz zahtev za izdavanje lokacijske dozvole nije podneta potpuna dokumentacija, obavestiće podnosioca da u roku od osam dana (svaki predmet mora da uzme hitno u rad!) *od podnošenja zahteva* u daljem roku od 30 dana od prijema rešenja, dostavi nedostajuće dokaze. Obaveza je organa da prilikom davanja naloga bude jasan i precizan, s obzirom da posle postupanja podnosioca organ ne može naknadno da traži i drugu dokumentaciju! Da li bi to značilo da lokacijska dozvola može da se izda i bez nužnih dokaza, ako ih organ nije tražio? Svakako da ne, ali bi zbog odbacivanja zahteva kao nepotpunog organ bio odgovoran podnosiocu za nastalu štetu.

Sledeća značajna novina u ovom postupku je da ako planski dokument ne sadrži uslove priključenja na komunalnu i ostalu infrastrukturu, da će ih organ pribaviti *po službenoj dužnosti o trošku investitora*. Ovlašćene organizacije su dužne da po traženju postupe u roku od 30 dana. Nalazim da je ovo rešenje dobro i da ubrzava postupak umesto nalaganja stranci da otklanja nedostatke.

Za razliku od ranijeg rešenja (koji je usporavalo postupak) prema kome se kod izdavanja lokacijske dozvole tražilo da je građevinska parcela formirana, sada je uslov za izdavanje, *da su ispunjeni uslovi za građevinsku parcelu* što utvrđuje sam organ u postupku, po službenoj dužnosti.

Takođe, novina je da lokacijska dozvola mora da sadrži sve urbanističke i tehničke uslove za izradu idejnog (novina) odnosno glavnog projekta kao i naziv planskog dokumenta ili urbanističkog projekta na osnovu koga se izdaje lokacijska dozvola.

I u odnosu na *urbanistički projekat* uneto je rešenje kao kod lokacijske dozvole da za njegovu izradu nije potrebno da je formirana građevinska parcela, već je dovoljno *da je njegova izrada predviđena planskim dokumentom ili odgovarajućim aktom jedinice lokalne samouprave*, uz odgovarajuće podatke.

Ispravka granice parcele pripajanjem postojećoj parceli građevinskog zemljišta u javnoj svojini radi formiranja katastarske parcele koja ispunjava uslove za građevinsku, vrši se na zahtev i o trošku vlasnika odnosno zakupca koji ima prevažadni interes da se njegova parcela zaokruži kao građevinska.

ZEMLJIŠTE ZA REDOVNU UPOTREBU OBJEKATA

Izmenama Zakona je pojašnjena definicija zemljišta za redovnu upotrebu objekta (pitanje je u dugogodišnjoj upravnoj praksi bilo jako nedefinisano). To je zemljište ispod objekta i oko objekta "koje ispunjava uslove za građevinsku parcelu".

Ukoliko je u pitanju otvoreni stambeni blok, onda je to zemljište ispod objekta. Radi ubrzanja postupka legalizacije, po zahtevu podnosioca zahteva organ može odrediti zemljište ispod objekta za redovnu upotrebu, ali se podnosiocu zahteva ostavlja rok od pet godina od pravosnažnosti rešenja o legalizaciji da pokrene postupak utvrđivanja zemljišta za redovnu upotrebu, u skladu sa ovim Zakonom (misli se i na zemljište oko zgrade).

O zahtevu za utvrđivanje zemljišta za redovnu upotrebu i za formiranje građevinske parcele, odlučuje organ za imovinsko-pravne poslove, uz ispunjavanje bliže navedenih uslova između ostalog, da stranka dostavi dokaz o pravu svojine i osnovu sticanja i dokaz *da je po podnetom zahtevu za legalizaciju nadležni organ utvrdio mogućnosti (ili i doneo rešenje) legalizacije*.

Po prijemu zahteva opet nastaju obaveze za organ. On mora po službenoj dužnosti, od organa za poslove urbanizma, da pribavi izveštaj da li postojeća katastarska parcela ispunjava uslove da bude određena za redovnu upotrebu objekta i uslove za građevinsku parcelu, te da li je potrebno izraditi projekat parcelacije. Ako je potrebna izrada projekta parcelacije odnosno preparcelacije, izveštaj mora da sadrži i predlog za formiranje građevinske parcele. Zakonodavac dakle, ide do kraja, ne ostavlja nedovršene situacije.

Rešenje kojim se utvrđuje zemljište za redovnu upotrebu objekta i o formiranju građevinske parcele donosi organ jedinice lokalne samouprave nadležan za imovinske poslove, protiv koga je dozvoljena žalba Ministarstvu za poslove prostornog planiranja i urbanizma. Pravnosnažno rešenje je osnov za provođenje odluke u katastarskom operatu, odnosno osnov da nadležni organ donese rešenje kojim dozvoljava deobu odnosno spajanje svih katastarskih parcela koje čine zemljište za redovnu upotrebu objekta i kojim se formira katastarska parcela koja ispunjava uslove za građevinsku parcelu. Za slučaj da je građevinska parcela formirana do dana stupanja na snagu Zakona (11.09.2009. godine), ta činjenica se prihvata kao stečeno pravo u postupku određivanja zemljišta za redovnu upotrebu.

PROMENA NAMENE ZEMLJIŠTA

Konačno su u članu 39. izmena Zakona prihvaćeni stavovi upravno-sudske prakse od pre četvrt veka. Naime, osamdesetih godina prošlog veka, kod izdavanja odobrenja za gradnju, uz podnošenje zahteva tražen je dokaz da je podnosilac platio naknadu za promenu namene poljoprivrednog u građevinsko zemljište samo zbog toga što se parcela u katastru, po kulturi, vodila kao pašnjak ili njiva i bez obzira na činjenicu što je pravni režim zemljišta već bio građevinsko (na osnovu Zakona i drugog planskog akta). To je bio razlog što su sudovi u upravnom sporu takva rešenja poništavali.

Upravo ovakvo rešenje sudske prakse je ugrađeno u citirani član izmena Zakona prema kome se ova naknada ne plaća ako je zemljište promenilo status na osnovu Zakona ili drugog planskog akta do stupanja na snagu Zakona o poljoprivrednom zemljištu (15. jula 1992. godine), bez obzira što se parcela vodi kao njiva, livada, pašnjak...

URBANA KOMASACIJA

Izmena Zakona, po prvi put u članu 109a uvode pojam "urbana komasacija". Ovaj deo izmena Zakona po mnogo čemu je nejasan. Najpre, etimološko značenje reči "komasacija" se vezuje za ukрупnjavanje poljoprivrednog zemljišta radi lakše obrade. Zato je ovaj institut, kao potpuno nov u oblasti građenja, morao da nađe svoje mesto u članu 2. podnaslova "pojmovi", jer se čini da reč "urbana" ne pojašnjava već je naprotiv, u suprotnosti sa etimološkim značenjem suštine komasacije.

Zakonodavac je morao na drugi način da objasni potrebu da se u javnom interesu objedine, zaokruže, delovi parcela koji u pravu ne mogu samostalno da egzistiraju, radi stvaranja građevinskih parcela. Zakonsko rešenje je da se u tom postupku vrši preraspodela tako objedinjenih i formiranih parcela i istovremeno rešavaju imovinsko – pravni odnosi. Ni reči o procesnim pitanjima, vođenju postupka, učešću stranaka, donošenju rešenja, postupku po žalbi. Rečeno je da će takva pitanja urediti Vlada dakle, podzakonskim aktom, tako da, po ko zna koji put, zakonodavac svoju nadležnost prenosi na izvršnu vlast što je neustavno. Nije potrebno naglašavati da je odredbom člana 17. ZUP-a predviđeno da se stvarna nadležnost za odlučivanje u upravnom postupku određuju po propisima kojima se određuje nadležnost pojedinih organa.

GRAĐEVINSKA DOZVOLA

Izmenama Zakona postupak izdavanja građevinske dozvole je znatno ubrzan. Ako nadležni organ utvrdi da uz zahtev nisu priloženi svi potrebni dokazi, postupaće se kao kod lokacijske dozvole. Dakle, obavestiće podnosioca u roku od osam dana od dana podnošenja zahteva (ponovo zahtevi moraju hitno da se uzmu u rad, a ne da se odlažu), da u daljem roku od 15 dana dostavi nedostajuće dokaze. I kod ovog zahteva organ ne može naknadno tražiti drugu dokumentaciju. O mogućim problemima je već rečeno o lokacijskim dozvolama.

Ukoliko organ utvrdi da idejni ili glavni projekat nije usklađen sa pravilima iz lokacijske dozvole, naložiće podnosiocu, u roku od osam dana od dana podnošenja zahteva, da uskladi dokumentaciju, pod pretnjom odbijanja zahteva. Pravo na žalbu nije dato pa ostaje pitanje da li je zakonodavcu poznato da je odredba člana 214. ZUP-a izmenjena u smislu da se žalba protiv prvostepenog rešenja ministarstva ili posebne organizacije može izjaviti samo ako je zakonom predviđena⁴.

Odredbom člana 138a. izmena Zakona je predviđeno da se građenju može pristupiti po pravnosnažnosti rešenja o građevinskoj dozvoli ili prijavi radova. Odredba je vrlo jasna pa je suvišan stav 2. ovog člana po kome investitor može pristupiti gradnji i po konačnosti rešenja, na sopstveni rizik.

Najveće čuđenje izaziva stav 3. ovog člana. Ukoliko stranka (u dvostranačkom predmetu) pokrene upravni spor pa investitor zbog toga ne može da počne da gradi, imaće pravo na naknadu štete i izgublenu dobit, ako tužba bude neosnovana.

⁴ Službeni glasnik RS 30/10.

Ovakvo rešenje nije smelo da se pojavi u izmenama Zakona. Po prvi put se uvodi kažnjavanje stranke samo zbog toga što se obratila sudu. Time je grubo povredena odredba člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima o pristupu građanina sudu i pravo na pravično suđenje u razumnom roku. S toga je nužno da se čuje stav Ustavnog suda oko ovog pitanja kako građani ne bi bili izloženi neprijatnostima samo zbog toga što su legalno zatražili zaštitu kod suda.

Rešenost zakonodavca u domenu građenja, da se faktičko stanje usaglašava sa pravnim, vidi se i iz činjenice da građevinska dozvola prestaje da važi ukoliko se ne pribavi upotrebna dozvola u roku od pet godina od pravosnažnosti građevinske dozvole, osim objekata iz člana 122. zakona (brane, akumulacije...) i porodičnih stambenih zgrada za sopstvene potrebe. Izdata dozvola može ostati na pravnoj snazi još dve godine ako bi objekat bio 80% završen.

Nejasna je odredba po kojoj se posle isteka važnosti građevinske dozvole nova dozvola može da izda na novog investitora. Da li se odredba odnosi i na fizička i pravna lica kao investitore? Međutim, jasno je da će se nova građevinska dozvola izdati na ime lica koje je po tržišnim uslovima kupilo objekat ili njegove delove. Izmenama su obuhvaćeni objekat i radovi za koje nije potrebno pribaviti odobrenje niti podnositi prijavu.

Kada su u pitanju privremene građevinske dozvole nije potrebno prilagati lokacijsku dozvolu.

Izmenama Zakona je bliže precizirano kada se smatra da je objekat pogodan za upotrebu, a da se može koristiti i bez upotrebne dozvole, ako u roku od 90 dana od dana formiranja komisije za tehnički pregled ne bude odlučeno o upotrebnoj dozvoli.

Citiraćemo tri stava upravno-sudske prakse iz odgovarajućih presuda:

“Potvrda o prijemu dokumentacije investitora za gradnju objekata nema karakter upravnog akta.”⁵ (presuda Vrhovnog suda Srbije U-1500/07 od 18.03.2009. godine)

“Akt o urbanističkim uslovima za izgradnju stambenog objekta, nema karakter upravnog akta.”⁶

Rešenje kojim Opštinska uprava obrazuje komisiju za tehnički pregled objekta nema karakter upravnog akta.

Iz obrazloženja:

“Prema oceni Vrhovnog suda Srbije, prvostepeno rešenje doneto u ovoj upravnoj stvari kojim je već povereno vršenje tehničkog pregleda objekta nema karakter upravnog akta iz člana 6. Zakona o upravnim sporovima i ne predstavlja donošenje odluke u upravnoj stvari, već je u pitanju radnja u postupku koja prethodi donošenju upotrebne dozvole, a ona ima ka-

⁵ Presuda VSS U-1500/07 od 18.03.2009. godine.

⁶ Presuda VSS U-2194/05 od 27.07.2006. godine.

rakter upravnog akta protiv koga je dozvoljena žalba u upravnom postupku i tužba u upravnom sporu.

Kako je upravni spor po svojoj prirodi jedinstven, to ni odlučivanje po žalbi nije rešavanje u upravnoj stvari, a tužba u upravnom sporu nije dozvoljena, bez obzira na datu pravnu pouku”.⁷

BESPRAVNA GRADNJA

Izmenama Zakona se potpunjuju ovlašćenja inspektora u slučaju početka gradnje bez građevinske dozvole. Ako nije poznato ime investitora postupak nalaaganja rušenja objekta koji se bespravno gradi nastavlja se prema nepoznatom investitoru. Naknadnim identifikovanjem investitora ne pokreće se novi postupak, niti počinju da teku novi rokovi već se započeti postupak nastavlja. Novina je da se rešenje o nalaaganju rušenja pribija i na oglasnu tablu organa i objekat koji se gradi, na koji način se dostava smatra urednom. Protiv donetog rešenja jedinice lokalne samouprave u postupku inspekcijuskog nadzora u oblasti izgradnje objekata žalba se izjavljuje ministarstvu nadležnom za poslove građevinarstva.

“Zapisnik o proceni uslova i mogućnosti izdavanja odobrenja za izgradnju i upotrebnu dozvolu za objekte izgrađene, odnosno rekonstruisane bez građevinske dozvole, ne predstavlja upravni akt protiv koga je zaštita obezbeđena u upravnom sporu.”⁸

LEGALIZACIJA OBJEKTA

Čini se da su najznačajnije izmene Zakona od interesa za građane izvršene na planu legalizacije. Prema Zakonu, kriterijume za utvrđivanje naknade za uređivanje zemljišta u postupku legalizacije kod određene vrste objekta utvrđivao je ministar za poslove građevinarstva, sada uz obavezu da kriterijume donese u roku od 30 dana od dana stupanja na snagu izmena Zakona. Izmenama Zakona su predviđeni jedinstveni kriterijumi za stanove i stambene zgrade do 100m², tako što se naknada umanjuje za 99% za svakih 25m² po članu porodičnog domaćinstva, prema kojim uslovima bi četvoročlano domaćinstvo plaćalo neznatnu naknadu, a za sledećih 100m² umanjeno iznosi 60%, osim za objekte u ekstra i prvoj urbanističkoj zoni, gde jedinica lokalne samouprave utvrđuje iznos naknade. Pravo na umanjeno imaju lica koja izgradnjom ili kupovinom građevinskog objekta sama sebi

⁷ Presuda VSS U-1199/09 od 09.10.2009. godine.

⁸ Presuda Upravnog suda 9 UVP-1149/2010 (2008) od 29.04.2010. godine.

rešavaju stambeno pitanje. Dolazimo do jednog rešenja iz izmena Zakona koje je pod sumnjom u pogledu njegove ustavnosti i zakonitosti.

Naime, predviđeno je rešenje da na osnovu pismenog ovlašćenja investitora organ sam može da pribavlja potrebnu dokumentaciju. U tom pravcu, zaključuje se ugovor između vlasnika i jedinice lokalne samouprave, koja je obavezna da u roku od 60 dana od dana stupanja na snagu Zakona, donese o tome opšti akt.

Nalazim da je ovakva odredba u suprotnosti sa položajem organa koji vodi postupak i stranaka u tom postupku, utvrđen načelima ZUP-a, posebno u dvostranačkim upravnim stvarima. Organ može u postupku da ukaže stranci da joj neko pravo pripada (član 6. ZUP-a), ali ne može umesto stranke da preduzima procesne radnje.

Do izmena Zakona, legalizacija nikada nije mogla da se izvrši na zelenim površinama ako je takva njihova namena predviđena odgovarajućim planom. Sada je to moguće, ako se ne radi o parkovskim površinama, a moguće je i na objektima koji se nalaze u zaštitnom pojasu puteva, ako za to dobiju saglasnost organizacije koja njima upravlja, kao i kod zelenih površina. Ako zapisnik o tehničkoj ispravnosti objekta ne sadrži projekte instalacija, u dispozitiv rešenja će se uneti da Republika Srbija ne garantuje stabilnost objekta. Zaista čudno rešenje? Ne radi se o oslobađanju Republike Srbije moguće štete, već se radi o preventivnoj potrebi zaštite života građana i njihove imovine. Ovakva rešenja govore da se u zaštiti investitora u sprovođenju postupka legalizacije izgubila mera koja vlasnike može da košta i života.

Konačno, i jedno dobro rešenje kao rezultat dugogodišnje prakse zasnovanoj na presudi Okružnog suda u Kragujevcu iz 1985. godine, formalno usvojeno na sednici Upravnog odeljenja Vrhovnog suda Srbije 2005. godine. Prema njemu, ako je objekat građen na parceli u suvlasništvu ili sukorisništvu za građenje je uvek potrebna saglasnost suvlasnika ili sukorisnika (a i za legalizaciju) izuzev ako je on znao ili je mogao znati za gradnju pa se nije protivio.

PRELAZNE I ZAVRŠNE ODREDBE

Staro je pravilo da kod izmena i dopuna bilo kog Zakona moraju da se proūe prelazne i završne odredbe, da bi se znalo na koji naēin ēe se okonēati zapoēeti, a nezavršeni predmeti.

Izmene Zakona predviđaju da rešavanje po zahtevima za izdavanje odobrenja za izgradnju, upotrebne dozvole i drugih zahteva za rešavanje o pojedinačnim pravima i obavezama, podnetim do dana stupanja na snagu ovog Zakona, nastaviēe se po propisima koji su važiili do dana stupanja na snagu ovog Zakona. I jed-

na povoljnost za lica koja su dobila pravnosnažno rešenje za izgradnju po ranijim propisima a kasnije planskim aktom bude predviđeno izdavanje odobrenja za isti objekat veće površine; ona mogu podneti zahtev za ukidanje ranijeg rešenja radi dobijanja novog prema izmenjenim uslovima.

Na osnovu rečenog može se

ZAKLJUČITI

1. Izmenama Zakona pojednostavljen je postupak izdavanja građevinske dozvole i znatno ubrzan i olakšan postupak legalizacije;

2. Izmene su doprinele većem poštovanju stranaka u upravnom postupku uz povećanje obaveze organa koji vode postupak da određene dokaze prikupljaju po službenoj dužnosti;

3. Ugradnja u izmene Zakona proverenih stavova upravno-sudske prakse, u mnogome doprinosi kvalitetu samih izmena;

4. Proveriti terminološku upotrebu pojma "urbana komasacija" i pronaći odgovarajući pojam za sadržinu odredaba člana 109a–109v izmena Zakona;

5. Nužno je u odgovarajućem postupku što pre proveriti zakonitost i ustavnost člana 138a. stav 3. i člana 78. stav 8. i 9. izmena Zakona zbog mogućeg nastanka neotklonjivih šteta po stranke u postupku.

LJUBODRAG PLJAKIĆ,
Long-time Judge of the Serbian Supreme Court,
Belgrade

IMPLEMENTATION OF THE LAW ON ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN THE CONSTRUCTION AND LEGALIZATION OF FACILITIES

Summary

In this paper the author has presented the Law on Amendments to the Law on Planning and Construction, and this its implementation of regulations of the Law on the General Administrative Procedure.

In this sense, the amendments to the Law have simplified the procedure of issue of building permits and considerably accelerated and simplified the legalization procedure. Thus the procedural position of the party in procedure has been improved because the authority is obliged to supply many pieces of evidence in the procedure in line of duty. It seems that the protection of the party's rights went too far, especially in bipartite cases in which the authority cannot be the proxy holder of a party.

The author believes that unconstitutional is the decision according to which in the procedure of issue of a building permit the interested party, who conducted the administrative procedure, if they lose it, is liable to the investor for the damage because the latter could not build according to the final decision.

Such a decision punishes the party for approaching the court, which is legally not permitted and which is contrary to article 6 of the European Convention on Human Rights.

JELENA IVANOVIĆ

VANREDNO UKIDANJE REŠENJA U UPRAVNOM POSTUPKU

USTAVNI OKVIR

Jedan od osnovnih postulata pravne sigurnosti, kojoj svaka pravna država teži i pokušava da obezbedi svojim građanima, je ustanovljenje načela zakonitosti i pravnosnažnosti.

Ovi principi su bitni u svim segmentima postupanja državnih organa bez obzira na to da li se radi o sudskom ili postupku pred organima uprave pa je njihovo ustanovljenje u Ustavu Republike Srbije ¹(u daljem tekstu: Ustav) kao i zakonima kojima se regulišu opšte procesne norme (u formi načela), način da i u praksi nađu svoju potpunu primenu.

Osnov za ustanovljenje ovih načela je Osmi deo Ustava u okviru koga se članom 198. daje okvir zakonitog postupanja uprave i to na dva načina: 1) propisivanjem da pojedinačni akti i radnje državnih organa, organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, organa autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave moraju biti zasnovani na zakonu, i 2) propisivanjem sudske kontrole zakonitosti rada uprave kroz ocenu zakonitosti konačnih pojedinačnih akata kojima se odlučuje o pravu, obavezi i na zakonu zasnovanom interesu, u upravnom sporu, koja je najširi i trebalo bi da bude najefikasniji oblik kontrole zakonitosti rada uprave.

Iz navedenog proizilazi da svako postupanje organa uprave mora da bude zasnovano na zakonu kako do pravnosnažnosti donetih odluka, a posebno na-

Jelena Ivanović, sudija Upravnog suda.

¹ "Službeni glasnik RS" br. 98/06.

kon nje, ako tada dolazi do određenih intervencija koje se tiču daljeg opstanka pravnosnažnih odluka u pravnom životu.

Jedan od najočiglednijih primera takvih intervencija u upravnom postupku je primena vanrednih pravnih sredstava. Zbog mogućnosti kršenja načela zakonitosti i pravnosnažnosti (samim tim i pravne sigurnosti građana), njihova primena je veoma delikatna i zahteva kako izvanredno poznavanje ustavne i zakonske regulative, tako i obazrivost u primeni. To podrazumeva da se mogu koristiti isključivo i jedino pod zakonom propisanim uslovima. Njihova primena stvara mnoge nedoumice i dileme što ukazuje na potrebu da se vanrednim pravnim sredstvima posveti posebna pažnja kako od strane upravne nauke i sudske prakse tako i celokupne pravničke stručne javnosti. Zbog toga je povod za pisanje ovog referata da se neke od tih dilema u primeni vanrednog ukidanja kao jednog od vanrednih pravnih sredstava propisanih Zakonom o opštem upravnom postupku ² (u daljem tekstu: ZUP), otklone.

NAČELO ZAKONITOSTI I PRAVNOSNAŽNOSTI PO ZUP-u

Zakonski osnov za postupanje organa uprave kako do pravnosnažnosti odluke tako i nakon nje (u vršenju mogućih pravnih intervencija), propisan je ZUP-om kao i procesnim odredbama posebnih zakona kojima su propisana vanredna pravna sredstva van onih propisanih ZUP-om. Za razumevanje suštine i pravne prirode i za pravilnu primenu svakog pojedinog vanrednog pravnog sredstva, neophodno je poznavati osnovna načela upravnog postupka, a posebno načela zakonitosti i pravnosnažnosti.

ZUP u svojim Osnovnim odredbama, koje se tiču važenja zakona i definicije osnovnih načela postavlja osnov za primenu načela zakonitosti ustanovljenog Ustavom i propisuje da su svi organi državne i nedržavne uprave dužni da postupaju po njemu, a da odredbe zakona kojima se, zbog specifične prirode upravnih stvari u pojedinim upravnim oblastima propisuju neophodna odstupanja od pravila opšteg upravnog postupka (posebni postupci), moraju biti u saglasnosti sa osnovnim načelima utvrđenim ZUP-om. Definicijom dvanaest načela, ZUP je postavio najopštije i najosnovnije, a samim tim i najvažnije norme u postupanju organa uprave.

Načelo zakonitosti definisano članom 5. sadrži dve osnovne odrednice i to: 1) da postoji obaveza organa koji postupaju u upravnim stvarima da rešava-

² "Službeni list SRJ", br. 33/97 i 31/01 i "Službeni glasnik RS", 30/10.

ju na osnovu zakona i drugih propisa i 2) da se u upravnim stvarima u kojima je organ ovlašćen po slobodnoj oceni, rešenje mora doneti u granicama ovlašćenja i u skladu sa ciljem u kome je ono dato. Prva podrazumeva pridržavanje ZUP-a, drugih odgovarajućih posebnih procesnih propisa i drugih pravnih normi na koje oni upućuju. Norma je jasna i njoj ne treba nikakav komentar. Uvek kada rešava u upravnim stvarima, neposrednom primenom propisa o pravima, obavezama ili pravnim interesima fizičkog lica, pravnog lica ili druge stranke ili kad obavljaju druge poslove utvrđene ZUP-om, organ mora da primenjuje zakon i druge propise. Druga situacija podrazumeva takođe da kada je organ ovlašćen da odlučuje po slobodnoj oceni, uvek mora da primenjuje zakon i druge propise, ali obavezno mora da ima u vidu i odgovarajući materijalno-pravni propis radi utvrđenja granica ovlašćenja i cilja u kome je ono dato .

Načelo pravnosnažnosti, sadržano u članu 13. ZUP-a, je definisano tako što je propisano da se rešenje protiv koga se ne može izjaviti žalba, niti pokrenuti upravni spor (pravnosnažno rešenje), a kojim je stranka stekla određena prava, odnosno kojim su stranci određene neke obaveze, može poništiti, ukinuti ili izmeniti samo u slučajevima koji su predviđeni zakonom. Elementi pravnosnažnosti rešenja po ZUP-u, su: da se protiv rešenja ne može izjaviti žalba (kada je ona nedopuštena, kada je iskorišćena ili je za žalbu protekao rok) čime nastaje konačnost rešenja i da o zakonitosti rešenja nije moguće pokrenuti upravni spor (kada je on vođen pa je tužba odbijena, zatim da se on ne može voditi u toj stvari ili je rok za podnošenje tužbe istekao, a ona nije podneta). Ovaj deo definicije predstavlja kategoriju formalne pravnosnažnosti dok je materijalna vezana za sadržinu samog akta odnosno za to da li je rešenjem protiv koga se ne može izjaviti žalba niti pokrenuti upravni spor, stranka stekla određena prava odnosno da li su joj njime određene neke obaveze. Pravnosnažnost po ZUP-u obuhvata obe vrste pravnosnažnosti pa on, samo rešenje koje sadrži elemente i formalne i materijalne pravnosnažnosti definiše kao pravnosnažno rešenje. Ono je nepromenljivo i ne može da se poništi, ukine ili izmeni van onih slučajeva koji su izričito predviđeni zakonom.

Ovakvo određenje načela zakonitosti i pravnosnažnosti obavezno upućuje na to da se samo ZUP-om ili eventualno procesnim odredbama u posebnim zakonima, može izričito propisati posebno vanredno pravno sredstvo kojim se utiče na pravnu sudbinu pravnosnažnog rešenja kojim stranka stiče određena prava ili kojim su njoj određene neke obaveze. Ono je u funkciji kako zaštite pravne sigurnosti tako i zaštite javnog interesa.

VANREDNA PRAVNA SREDSTVA PO ZUP-U

Za razliku od žalbe kao redovnog pravnog sredstva koje se koristi radi ocene zakonitosti rešenja organa u upravnom postupku do konačnosti rešenja, za intervenciju nakon nje odnosno nakon pravnosnažnosti, ZUP-om su propisana vanredna pravna sredstva koja je zakonodavac upravo imao u vidu kada je propisivao načelo pravnosnažnosti. To su: ponavljanje postupka propisano članovima 239. do 250. ZUP-a i šest naročitih slučajeva poništavanja, ukidanja i menjanja rešenja i to: menjanje i poništavanje rešenja u vezi sa upravnim sporom (član 251) zahtev za zaštitu zakonitosti (član 252); poništavanje i ukidanje po osnovu službenog nadzora (član 253. do 254); ukidanje i menjanje pravnosnažnog rešenja uz pristanak ili po zahtevu stranke (član 255) i vanredno ukidanje rešenja (član 256); i oglašavanje rešenja ništavim (član 257). Treba pomenuti takođe da i posebni zakoni kojima se zbog specifične prirode upravnih stvari u pojedinim upravnim oblastima reguliše poseban upravni postupak, propisuju posebna vanredna pravna sredstva (ponavljanje postupka i revizija po Zakonu o penzijskom i invalidskom osiguranju, naknadna kontrola carinske deklaracije po Carinskom zakonu i dr.), ali ove odredbe ne samo što ne smeju biti u suprotnosti sa osnovnim načelima ZUP-a, već moraju biti u saglasnosti sa njima.

Ponavljanje upravnog postupka predstavlja pravnu mogućnost da se još jednom rešava o istoj stvari od strane donosioca rešenja kojim je okončan raniji postupak iz razloga koji su isključivo procesne prirode, a propisani ZUP-om, dok se kod naročitih slučajeva poništavanja, ukidanja i menjanja rešenja radi o vanrednoj kontroli zakonitosti, ali ne i celishodnosti rešenja donesenih u upravnom postupku gde samo vanredno ukidanje, o kome će biti reči u narednom poglavlju, predstavlja izuzetak od ovog pravila. Rokovi kod ovih vanrednih pravnih sredstava su znatno duži u odnosu na rok za žalbu pri čemu rok za pokretanje postupka za vanredno ukidanje, oglašavanje rešenja ništavim i ponavljanje postupka iz razloga propisanih članom 239. tačka 2, tačka 3. i tačka 5. ZUP-a, kao i kod poništavanja i ukidanja rešenja po osnovu službenog nadzora po članu 253. stav 1. tačka 5. ZUP-a nisu oročeni već su bez vremenskog ograničenja. Ove vrste pravnih intervencija vrše se upravnim aktima donetim od strane izdavaoca upravnog akta ili drugostepenog odnosno organa koji vrši nadzor. Predmet analize ovog referata je vanredno ukidanje pa su ostala vanredna sredstva samo pomenuta, pri čemu svako od njih zaslužuje da bude predmet sveobuhvatnog i studioznog proučavanja kako u teoretskom tako i u praktičnom smislu.

Što se tiče pravnih posledica, poništavanje rešenja predstavlja eliminisanje njegovih pravnih dejstava od momenta donošenja uz onemogućavanje daljih dejstava. Ukidanje je takav oblik pravne intervencije koji podrazumeva sprečavanje da upravni akt proizvodi pravne posledice nadalje, u budućnosti, pri čemu nastala dejstva ostaju, dok menjanje ili preinačavanje rešenja deluje ili retroaktivno ili samo za ubuduće. Oglašavanje ništavim se primenjuje kod ništavih akata dok se poništavanje, ukidanje i menjanje primenjuju nad rušljivim aktima. Po zahtevu stranke se može vršiti ukidanje i menjanje pravnosnažnog rešenja uz pristanak ili po zahtevu stranke kao i intervenirati po zahtevu za poništavanje po osnovu službenog nadzora. Zahtev za zaštitu zakonitosti se može pokrenuti samo po zahtevu javnog odnosno državnog tužioca, koji može pokrenuti i postupak po osnovu službenog nadzora, dok se oglašavanje rešenja ništavim može vršiti i po službenoj dužnosti i na osnovu zahteva stranke kao i javnog tužioca.

VANREDNO UKIDANJE

Odredbom člana 256. stav 1. ZUP-a propisano je da se izvršno rešenje može ukinuti ako je to potrebno radi otklanjanja teške i neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi, javnu bezbednost, javni mir i javni poredak ili javni moral, ili radi otklanjanja poremećaja u privredi ako se to ne bi moglo uspešno otkloniti drugim sredstvima, kojima bi se manje diralo u stečena prava. Rešenje se može ukinuti i samo delimično u obimu neophodnom da se opasnost otkloni ili zaštite navedeni javni interesi.

Ovo vanredno pravno sredstvo je krajnje izuzetan način da se stavi van snage rešenje doneto u upravnom postupku. To je jedino vanredno sredstvo koje je upravljeno protiv izvršnog rešenja i podrazumeva nastanak posebnih okolnosti nakon izvršnosti koje više ne opravdavaju njegov opstanak odnosno podrazumeva da bi izvršenje ovog rešenja, za koje je, pri odlučivanju o ispunjenosti uslova za vanredno ukidanje, nebitno da li je u vreme donošenja bilo zakonito ili nije, da li je u toku postupak po žalbi ili nekom drugom vanrednom sredstvu, za posledicu moglo da ima tešku i neposrednu opasnost za zaštićena dobra odnosno poremećaj u privredi.

Kakve su to okolnosti čiji naknadni nastanak može da prouzrokuje ukidanje rešenja, ako je većinom vanrednih sredstava zaštićen činjenični osnov iz vremena nastanka?

Jezičkim tumačenjem norme iz člana 256. stav 1. ZUP-a, jasno proizlazi da se ovo sredstvo može primeniti *samo* ako je to *potrebno* (ako nije potrebno neće

se primeniti) radi otklanjanja: 1) *opasnosti* koja mora da bude *teška i neposredna* za zaštićena dobra: *život i zdravlje ljudi, javnu bezbednost, javni mir, javni poredak, i javni moral* ili 2) *poremećaja u privredi*. Šta je teška i neposredna opasnost i šta je to što može da izazove poremećaj u privredi, mora da se ceni u svakom pojedinom slučaju. To je sigurno velika opasnost koja direktno ugrožava zaštićena dobra, a poremećaj bi bio ono dešavanje koje bi zaustavilo normalno funkcionisanje privrede ne samo kao celine već i u pojedinim oblastima.

Ovakve okolnosti zaista su izvanredne i u primeni ovog sredstva službeno lice organa koji odlučuje, to mora da ima u vidu. Potreba za primenom ovog pravnog sredstva do te mere je izuzetna da u praksi veoma retko nastaje.

Drugi neophodan uslov za pravilnu primenu ovog sredstva je da se teške posledice čiji je nastanak izvestan *nisu mogle uspešno otkloniti drugim sredstvima kojima bi se manje diralo u stečena prava*. Ovo znači da, čak i da postoji stepen težine propisane opasnosti za jedno od zaštićenih dobara, ukoliko je ona, iako takva (teška i neposredna opasnost) mogla da se otkloni drugim sredstvima, nisu ispunjeni uslovi za primenu vanrednog ukidanja. U protivnom krši se načelo zaštite prava građana propisanog članom 6. ZUP-a.

Ovo pravno sredstvo se u praksi najčešće koristi kada proteknu svi rokovi odnosno prestanu sve mogućnosti za korišćenje redovnog odnosno ostalih vanrednih pravnih sredstava i kada se i stranci i organu učini da je ovo jedini način za uklanjanje rešenja iz pravnog prometa bez obzira da li ono zadovoljava uslove propisane zakonom. Takvo postupanje je nezakonito, jer je protivno cilju njegovog ustanovljenja.

Već je rečeno da je ovo jedino vanredno sredstvo upravljeno protiv izvršnog rešenja. Kada rešenje doneto po pravilima upravnog postupka postaje izvršno određeno je članom 261.stav 3., stav 4.i stav 5. ZUP-a. Za ovo pravno sredstvo je bitno da su nakon njegove izvršnosti, koja se ne mora podudariti sa konačnošću (kada žalba ne odlaže izvršenje, rešenje postaje izvršno danom dostavljanja stranci-znači pre konačnosti), nastale okolnosti koje više ne opravdavaju proizvođenje pravnih posledica naloženih dispozitivom, čak i da je rešenje u trenutku donošenja bilo potpuno zakonito. Izvršnost se ne mora podudariti ni sa pravnosnažnošću, a posebnim zakonima može se propisati da rešenje postaje izvršno tek nakon nje.

Posebna dilema u primeni ovog sredstva nastaje u tumačenju kategorije izvršenja u širem i izvršenja u užem smislu i primenjivosti ovog instituta. Član 256. ZUP-a jasno propisuje da se može ukinuti izvršno rešenje, a po ZUP-u su podobna za izvršenje samo ona rešenja čiji dispozitiv sadrži obavezu činjenja, propuštanja ili trpljenja tuđe radnje. Ova rešenja su izvršna u užem smislu i za njih nema dileme da mogu biti predmet vanrednog ukidanja. Međutim, da li

rešenja čiji dispozitiv ne sadrži obavezu činjenja, propuštanja ili trpljenja tuđe radnje, ali se njima menja dotadašnja pravna situacija određenog subjekta prava, njegov dotadašnji pravni status, mogu da budu predmet vanrednog ukidanja, ukoliko nakon toga dođe do nastanka takvih okolnosti koje više ne opravdavaju postojanje tog rešenja iz razloga navedenih u članu 256. ZUP-a? Po stavu autora i ova rešenja, koja podležu izvršenju u širem smislu mogu, i ako su ispunjeni uslovi, treba da budu predmet vanrednog ukidanja. Trenutkom izvršnosti u širem smislu započinje pravno dejstvo rešenja. Iako ne sadrže obavezu na činjenje, propuštanje, trpljenje, ona menjaju pravni status subjekta prava čime dolazi do njihovog izvršenja. U protivnom, primenom vanrednog ukidanja samo na rešenja izvršiva u užem smislu, znatno bi se suzila mogućnost primene ovog sredstva i uskratila mogućnost intervencije organa u nekoj situaciji u kojoj bi ona bila neophodna i nužna.

Za ovo pravno sredstvo nije bitno da li je postupak izvršenja pokrenut i da li je u toku, a po stavu autora nebitno je ni da li okončan, jer čak i ako jeste, uklanja se rešenje iz pravnog prometa i prestaje osnov pravnih i faktičkih posledica za ubuduće, posebno ako se ima u vidu da postoje radnje izvršenja koje traju, pa ih treba prekinuti, a propisana je mogućnost naknade štete stranci koja usled ukidanja trpi štetu o čemu odlučuje nadležni sud u parničnom postupku (član 256. stav 4. ZUP-a). Takođe nije od uticaja ni to da li je okončan postupak po žalbi ni da li je još uvek u toku postupak po nekom vanrednom pravnom sredstvu. Koliko je zakonodavac smatrao da ovo vanredno sredstvo treba primenjivati restriktivno pokazuje i činjenica da je propisao da se rešenje može ukinuti delimično i to samo u obimu koji je neophodan da se opasnost otkloni ili zaštite navedeni javni interesi.

Način na koji se vrši uklanjanje rešenja iz pravnog prometa je ukidanje što znači da pravne posledice ovakvog čina nastaju za ubuduće. Inače nema roka u kome se ovo vanredno sredstvo može primeniti što pokazuje kvalitet dobra koje se njegovim propisivanjem štiti.

Vanredno ukidanje ne može da se vrši po zahtevu stranke, niti je za njega potreban njen pristanak. Stranka je zaštićena mogućnošću naknade štete i ovo je jedino vanredno pravno sredstvo kod koga je zakonodavac propisao obavezu naknade štete u slučaju njegove primene, jer se upravo radi o izvršnom rešenju na osnovu koga je stranka stekla određena prava, koje bez njenog pristanka, pod zakonom propisanim uslovima, može da bude stavljeno van snage. Ovakvim propisivanjem prava na naknadu štete, naglašena je vanrednost primene ovog sredstva i ovlaćenja organa da interveniše u slučaju potrebe. Podnesak stranke kojim traži primenu ovog sredstva smatra se inicijativom, pa ukoliko organ smatra da nisu ispunjeni uslovi za primenu, neće odlučivati rešenjem, već

će o svojim razlozima obavestiti podnosioca. Ovakvo obaveštenje nema karakter upravnog akta protiv koga može da se vodi upravni spor, u smislu člana 3. i člana 4. Zakona o upravnim sporovima (u daljem tekstu: ZUS)³, čak ni kada organ donese odluku u formi rešenja, jer se njime ne rešava o određenom pravu ili obavezi fizičkog ili pravnog lica, odnosno druge stranke u upravnoj stvari. Postupak po ovom pravnom sredstvu pokreće se isključivo po službenoj dužnosti od strane nadležnog organa. To je prvostepeni organ kao donosilac, a može ga ukinuti i drugostepeni. Ako njega nema to može da učini organ koji vrši nadzor nad donosiocem. Ovako utvrđena nadležnost za postupanje različitih organa ukazuje na ozbiljnost primene ovog sredstva.

Inače, protiv rešenja kojim se ranije rešenje ukida dopuštena je žalba samo kad je to rešenje doneo prvostepeni organ. Kada je to rešenje doneo drugostepeni organ ili organ koji vrši nadzor protiv takvog rešenja može se neposredno pokrenuti upravni spor.

SUDSKA PRAKSA

Zbog restriktivnosti primene i posebnosti uslova ovo vanredno pravno sredstvo se retko primenjuje. Zbog toga i sudska praksa ne sadrži veći broj primera iz čije bi se analize lakše moglo uočiti kako i kada ovo sredstvo treba primenjivati. Postojeća praksa većinom ukazuje na neadekvatnu i nezakonitu primenu ovog sredstva od strane organa i uglavnom je primer kako ga ne treba koristiti.

Do stupanja na snagu i početka primene Zakona o uređenju sudova⁴, za postupanje u upravnom sporu, ocenu zakonitosti akata donetih primenom ovog pravnog sredstva vršili su okružni sudovi i Vrhovni sud Srbije, a od 01.01.2010. godine nadležnost u upravnom sporu je ustanovljena za novoformirani Upravni sud u Beogradu.

Ranija sudska praksa zabeležila je samo dva primera karakteristična za primenu ovog instituta. Jedan se tiče mogućnosti nastanka teške opasnosti po život i zdravlje ljudi odnosno njenog nastanka pa je sud zaključio da za primenu ovog sredstva nije potrebno da je ovakva opasnost i nastala, već da je samo

³ "Službeni glasnik RS", br. 111/09.

⁴ "Službeni glasnik RS", br. 116/08 i 104/09.

nastala mogućnost njenog nastanka. O tome se izjasnio Savezni Vrhovni sud u svojoj presudi:⁵

“Za ocenu pitanja da li bi izvršenjem akta nastala teška opasnost po život i zdravlje ljudi nije potrebno da je takva opasnost nastala nekom neposrednom izvršenom radnjom, već je dovoljno da bi izvršenjem akta postojala objektivna mogućnost ugrožavanja života i bezbednosti ljudi”.

O tome da se ova vrsta pravnog sredstva može koristiti i upotrebiti samo po službenoj dužnosti sudska praksa je zabeležila stav izražen kroz Zaključak broj 2 sa savetovanja Upravnih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih sudova i Vrhovnog suda Srbije održanog u Beogradu 09.12.1986. godine u kome su se sudovi izjasnili⁶.

“Nadležni organ za donošenje rešenja o ukidanju izvršnog rešenja u smislu člana 266. (256) stav 2. ZUP-a, je organ koji je doneo izvršno rešenje s tim, ako je izvršno rešenje doneo prvostepeni organ, njega može ukinuti i drugostepeni organ, a ako takvog nema onda nadzorni organi. Postupak za vanredno ukidanje izvršnog rešenja pokreće se i rešenje donosi samo po službenoj dužnosti. Zainteresovani organi, organizacije i pojedinci mogu dati inicijativu za donošenje rešenja o ukidanju izvršnog rešenja, a ako organ takvu inicijativu ne prihvati, ne donosi rešenje već o tome obaveštava podnosioca inicijative.”

U praksi Vrhovnog suda Srbije zabeležena su dva stava izražena u istoj presudi vezana za primenu ovog instituta. Jedan se tiče načina na koji se pokreće postupak za vanredno ukidanje rešenja i on je identičan kao i stav zauzet od strane Saveznog vrhovnog suda i o tome se Vrhovni sud Srbije izjasnio:⁷

“Vanredno ukidanje rešenja iz člana 256. ZUP-a uvek se donosi po službenoj dužnosti.”

Obrazloženje za zauzimanje ovakvog stava proizilazi iz činjenice da je time što je usvojen zahtev zainteresovanog lica za vanredno ukidanje rešenja učinjena povreda pravila postupanja, jer se rešenje o vanrednom ukidanju iz člana 256. ZUP-a uvek donosi po službenoj dužnosti. Zainteresovana lica za primenu ovog sredstva mogu dati inicijativu za donošenje rešenja o ukidanju izvršnog rešenja, ali se ono uvek donosi po službenoj dužnosti, jer se uvek odnosi na izvršna rešenja, a ukoliko se donese takvo rešenje stranka koja je izvršnim rešenjem

⁵ SVS, UŽ. 5398/57 od 19.10.1957. godine.

⁶ Zaključak broj 2 sa savetovanja Upravnih odeljenja SS, Republičkih i pokrajinskih sudova i VVS održanog u Beogradu 09.12.1986. godine.

⁷ Presuda Vrhovnog suda Srbije U.1961/03 od 29.04.2004. godine.

stekla određena prava u smislu člana 256. tačka 4. ZUP-a ima pravo na naknadu pretrpljene štete ukoliko takvu štetu trpi usled ukidanja rešenja. Zbog toga je upravni organ obavezan da oceni da li će po službenoj dužnosti doneti rešenje iz citirane zakonske odredbe, a za slučaj da oceni da nema uslova za primenu ovog sredstva, dostaviće obaveštenje podnosiocu inicijative koje obaveštenje nema karakter upravnog akta pa se protiv njega ne može voditi upravni spor.

U istoj presudi zauzet je još jedan stav koji je bitan za primenu ovog insituta, o čemu se Vrhovni sud Srbije izjasnio:

“Vanrednim ukidanjem rešenja u upravnom postupku se otklanjaju štetne posledice neograničenom broju ljudi, pa se ovo vanredno sredstvo ne može koristiti u slučaju kada se izvršnim rešenjem nanosi šteta zdravlju nekom od suseda”.

Obrazloženje za ovakav stav Vrhovni sud Srbije je našao u tome da izvršnost rešenja koja nastaje na način predviđen odredbom člana 261. tačka 3. ZUP-a treba da se odnosi na rešenje čijim se neposrednim izvršavanjem stvaraju posledice iz člana 256. ZUP-a i to za neograničen broj ljudi. U toj upravnoj stvari rešenje koje je ukinuto po ovom vanrednom pravnom sredstvu, svojim neposrednim izvršenjem ne stvara nikakvu neposrednu opasnost predviđenu citiranim zakonskom odredbom već predstavlja samo jedan od dokaza u postupku pribavljanja odobrenja za gradnju strugare. Takođe, ono se primenjuje samo u situacijama ako se neposredne opasnosti predviđene ovom odredbom ne bi mogle uspešno otkloniti drugim sredstvima kojima bi se manje diralo u stećena prava.

Pored navedenog, prilikom odlučivanja o ovom vanrednom sredstvu, bez obzira što nije potreban pristanak stranke za njegovu primenu i što ono podrazumeva efikasno postupanje organa po dobijanju obaveštenja o potrebi njegove primene, jer je u izgledu nastupanje teških posledica, ne mogu se stranci uskratiti procesna prava propisana ZUP-om, posebno pravo da bude obaveštena o pokretanju postupka po službenoj dužnosti, a posebno da kao stranka bude saslušana i da joj bude omogućeno izjašnjenje u postupku, sve u smislu člana 9. i člana 133. ZUP-a. U tom smislu se izjasnio i Upravni sud :⁸

“Prilikom donošenja osporenog rešenja učinjena je povreda pravila postupanja iz člana 9. ZUP-a koja je bila od uticaja na rešenje stvari, kojom je propisano da se pre donošenja rešenja stranci mora omogućiti da se izjasni o činjenicama i okolnostima koje su od značaja za donošenje rešenja i da se rešenje može doneti bez prethodnog saslušanja stranke samo u slučajevima u kojima je to zakonom dopušteno. Tuženi je smatrao da su se stekli uslovi iz člana 256. ZUP-a za vanredno

⁸ Presuda Upravnog suda I-1 U. 6227/10 (2008) od 14.10.2010. godine.

ukidanje rešenja kojim je odobrena izgradnja poslovnog objekta za preradu kamena i građevinskog materijala. U konkretnom slučaju, osporeno rešenje je doneo bez saslušanja tužioca u svojstvu stranke, pa je na ovaj način učinjena povreda pravila postupanja iz člana 133. ZUP-a, jer je na ovaj način tužilac onemogućen da učestvuje u ispitnom postupku radi ostvarenja cilja postupka, da daje potrebne podatke i brani svoja prava i zakonom zaštićene interese.”

ZAKLJUČAK

Vanredno ukidanje kao jedno od vanrednih pravnih sredstava može se primenjivati samo pod zakonom propisnim uslovima. Njegova primena je izuzetna i ne sme se koristiti kao način za stavljanje van pravnog prometa rešenja za koje su protekli rokovi po žalbi ili ostalim vanrednim sredstvima. Svako suprotno postupanje znači kršenje načela zakonitosti i načela pravnosnažnosti, što za posledicu ima povredu kako pravne sigurnosti tako i očuvanja javnog interesa.

Ovo vanredno pravno sredstvo se uvek pokreće po službenoj dužnosti, a zainteresovana lica mogu samo davati inicijativu za pokretanje postupka.

Ukoliko organ ne prihvati inicijativu za pokretanje postupka po službenoj dužnosti obavestiće o tome podnosioca. Obaveštenje nema karakter upravnog akta protiv kog bi se koristila pravna sredstva, čak i ako je obaveštenje dato u formi rešenja.

JELENA IVANOVIĆ

Judge of the Administrative Court

EXTRAORDINARY RESCINDING OF AN ORDER IN AN ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Summary

One of the basic postulates of legal security, which every country with the rule of law strives and endeavors to secure for its citizens, is the establishment of the principles of legality and irrevocability. These principles are important in all segments of activities of state authorities regardless of whether at issue is a judicial procedure or one before administrative authorities and so their inclusion in the Constitution of the Republic of Serbia and laws that regulate the general procedural norms (in the form of principles), is a way of fully implementing them in practice.

The basis for establishing these principles is the Eighth section of the Constitution which through article 198 creates a framework for lawful actions of the administration in two ways: 1) stipulating that individual documents and actions of state authorities, organizations entrusted with public authority, bodies of autonomous provinces and units of local administration must be based on law and 2) stipulating judicial control of the lawfulness of the work of the administration through assessment of the lawfulness of final individual documents deciding on the rights, obligations and legally based interest, in an administrative dispute, which is the broadest and should be the most efficient form of control of the lawful work of the administration. It stems from the above stated that every action of the administration authorities must be based on law until final decisions are made, and especially afterwards, if there are certain interventions that affect the further survival of final decisions in legal life.

One of the most obvious examples of such interventions in administrative procedures is the implementation of extraordinary legal means. Due to the possibility of violating the principles of lawfulness and irrevocability (and thus the legal security of citizens), their implementation is very delicate and requires exceptional knowledge of constitutional and legal regulations, and caution in implementation. This implies that they can be applied solely and only in legally prescribed circumstances. Their implementation raises many doubts and dilemmas which points to the need to focus special attention on extraordinary legal means both by the administrative scholars and jurisprudence as well as the entire legal profession. The purpose of this text is to resolve some of the dilemmas in the implementation of extraordinary rescinding as one of the extraordinary legal means stipulated by the Law on General Administrative Procedure.

SREČKO DEVJAK,
JOŽE BENČINA

**UVOD OECD SMERNICA ZA
KORPORATIVNO UPRAVLJANJE DRUŠTVIMA
U DRŽAVNOM VLASNIŠTVU U ZEMLJAMA
U TRANZICIJI**

U V O D

Svrha ovog rada je da podstakne nacionalne administracije da počnu da se ekonomičnije bave imovinom građana u posedu kompanija. Pod racionalno postupanje u ovom primeru shvaćamo, da društva uz pružanje dobara i usluga ekonomski posluju sa sličnim kompanijama u zemlji ili u uporedivom međunarodnom okruženju i koji uzima u obzir elemente moderne korporativne društvene odgovornosti. OECD upozorava na te probleme i u vezi tim je usvojila smernice o korporativnom upravljanju, da bi se upravljanje društava diglo na uporedivi nivo među članicama i sa namerom, da država očuva nacionalno bogatstvo i sa njim ostvaruje određene ekonomske i druge koristi. Centralno pitanje je, kako primeniti OECD smernice u upravljanju preduzećima, u kojima je imovina državna, u zemljama u tranziciji. OECD prati razvoj u zemljama članicama i u 2011. godini objavila je izveštaj (OECD, 2011) o napretku rezultata rada iz 2005. godine. Poseb-

Dr Srečko Devjak, profesor Fakulteta za upravu, Univerzitet u Ljubljani.
Dr Jože Benčina, docent Fakulteta za upravu, Univerzitet u Ljubljani.

no su razmatrali četiri nova člana, Čile, Estoniju, Izrael i Sloveniju, koje su postale član OECD posle 2005. godine. Ovaj rad, u svetlu smernica OECD –a i uzimajući u obzir principe korporativne društvene odgovornosti, predstavlja analizu razvoja problema korporativnog upravljanja državnih preduzeća. Na taj način stavlja poseban naglasak na organizacione aspekte upravljanja informacijama, kao rane, razvojne faze sprovođenja korporativnog upravljanja, to je suštinski aspekt. Za razvoj uspešnog korporativnog upravljanja ključna je funkcija države, da razdvoji funkciju vlasništva od izvršne i zakonodavne vlasti. Posebna agencija za upravljanje društvima u državnom vlasništvu može svoj posao da obavlja nezavisno samo ako je procedura biranja supervizora i donošenja odluka transparentna i ako društva i agencije raspolažu sa kvalitetnim podacima i informacijama o poslovnim rezultatima. U nastavku ovog rada najpre predstavljamo opšte činjenice o društvenoj odgovornosti i korporativnom upravljanju društava u državnom vlasništvu. Ovde smo se pored teorijskih definicija društvene odgovornosti naslonili i na smernice OECD (OECD, 2005) za korporativno upravljanje društvima u državnom vlasništvu i na izveštaj (OECD, 2011) o razvoju korporativnog upravljanja društvima u državnom vlasništvu u državama OECD. Potom sledi prezentacija organizacionog modela i predloženo rešenje za informacioni okvir korporativnog upravljanja državnih preduzeća u Sloveniji.

U završnom delu rada analiziraćemo problematiku uvođenja korporativnog upravljanja državnih preduzeća u Sloveniji i dati neke predloge za poboljšanje stanja.

MODEL UPRAVLJANJA KAPITALNIH INVESTICIJA U OKVIRU OECD SMERNICA

Prilikom razmatranja aktivnosti zemlje moramo imati uvek u vidu, da je osnovni cilj obezbeđivanje dobrobiti zemlje, koju možemo postići kroz strogu primenu principa korporativne društvene odgovornosti. Model društvene odgovornosti i korporativnih rukovodioca razvijao se tokom cele druge polovine 20. veka (Carroll, 1999). Četiri modela korporativne društvene odgovornosti (Carroll, 2000) su:

- ekonomska odgovornost: kompanija je komercijalni entitet koja proizvodi robu i usluge koje društvo treba i koje prodaje po povoljnim cenama, cene za koje kompanija veruje da predstavljaju pravu vrednost dobara i usluga;
- pravna odgovornost: kompanija je odgovorna za poštovanje zakona, principi odražavaju stanovište, da su zakoni kodifikovana etika;

– etička odgovornost: kompanija mora uzeti u obzir ponašanje, koje se u socijalnom okruženju očekuje ili zabranjuje, čak i ako ti zahtevi nisu osnovani u zakonodavstvu, to je skup normi, standarda i očekivanja, koji odražavaju očekivanja potrošača, zaposlenih, akcionara i zajednice o pravilnom ponašanju;

– filantropska odgovornost: četvrti deo društvene odgovornosti su volonterske aktivnosti, koje potiču iz želje kompanije i nisu propisane ili zahtevane od bilo koje zainteresovane strane.

Model je opšti i ne razlikuje preduzeća u odnosu na vlasništvo, ali svakako je država kao vlasnik odgovorna da obezbedi da državna preduzeća deluju društveno odgovorno.

Smernice OECD u definisanju elemenata korporativnog upravljanja ne koriste koncept društvene odgovornosti, ali se prilikom razmatranja, kako delovati u skladu sa smernicama, svakako zasnivaju na konceptu korporativne društvene odgovornosti. Smernice OECD su osnova, na kojima svaki član planira i implementira odgovarajuća rešenja.

Smernice OECD za korporativno upravljanje društvima u državnom vlasništvu (OECD, 2005) zasnovane su na tri osnovna principa upravljanja državnim imovinom: a) formulisana jasna politika državnog vlasništva u preduzećima, b) osnovan radni mehanizam odgovornosti za sprovođenje ove politike, i c) direktna odgovornost parlamenta za sprovođenje ove politike.

Polazeći od osnovnih principa smernice su formulisane u sledećih šest oblasti: 1) da se obezbedi efektivni pravni i regulatorni okvir za državne firme, 2) država u ulozi vlasnika, 3) ravnopravni tretman akcionara, 4) odnosi sa zainteresovanim stranama, 5) transparentnost i objavljivanje podataka i 6) funkcije odbora državnih preduzeća.

U obezbeđivanju relevantnosti navedenih oblasti upotrebljavaju se opšti principi korporativnog upravljanja OECD (OECD, 2004). U početnom periodu korporativnog upravljanja državnih preduzeća naročito su važni sledeći aspekti korporativnog upravljanja državnim preduzećima: a) pružanje pravnog i regulatornog okvira, b) država u ulozi vlasnika, c) jednaki tretman akcionara, d) odnos sa interesnim grupama, e) transparentnost i objavljivanje podataka, f) funkcije odbora u državnom vlasništvu.

Neke dobre prakse u transparentnosti i objavljivanju podataka su (OECD, 2011): uspostavljanje parlamentarnog odbora i dužnost supervizora i menadžera u državnim kompanijama, da izveštavaju pred komitetom i objašnjavaju sadržaj izveštaja (Nemačka); za kontinuiran nadzor države u velikim državnim kompanijama je odgovoran interni revizor (Grčka); internetni otvoreni informacioni sistem za javni sektor subjekata, koji je integrisan sistem za pristup informacijama o javnim subjektima i koji pokriva 27 kategorija finansijskih i ne-finansijskih

informacija (Koreja); sistem kontinuiranog izveštavanja režima za najveća državna preduzeća (Novi Zeland); smernice za eksterno izveštavanje preduzeća u državnom vlasništvu, koje određuju sadržaj i način izveštavanja preduzeća u državnom vlasništvu, koje su dužne da objave sve potrebne informacije o preduzeću na sajtu (Švedska); agregatno izveštavanje, Švajcarska je uvela agregatno izveštavanje, gde se trenutno nalaze samo najveće kompanije u državnom vlasništvu, a u planu je sveobuhvatan sistem agregatnog izveštavanja za sve kompanije u državnom vlasništvu i biće implementirane do kraja 2011. godine; ovlašćenja i funkcije trezora podsekretarijata za prikupljanje i objavljivanje informacija o radu i rezultatima državnih preduzeća (Turska).

Dobre prakse o transparentnosti i objavljivanju podataka pokazuju da su zemlje svesne problema i preduzimaju korake ka poboljšanju, ali je jasno da se način razmišljanja menja polako i da sveobuhvatno rešenje zapravo nije uvela nijedna od zemalja OECD-a. Dakle u nastavku ćemo predstaviti sledeća organizaciona rešenja korporativnog upravljanja državnih preduzeća u Sloveniji, što uključuje zakonske odredbe Agencije za upravljanje kapitalnih investicija i organizaciona rešenja, kao i ključna dokumenta. Potom ćemo dati polazišta za kreiranje informacija celovitog modela za potrebe korporativnog upravljanja sa većinskim državnim vlasništvom.

ORGANIZACIONO REŠENJE SPROVOĐENJA OECD MODELA KORPORATIVNOG UPRAVLJANJA U SLOVENIJI

Normativni okvir

U Sloveniji je 2010. osnovana Agencija za upravljanje kapitalne investicije Republike Slovenije (AUKN), kako ju definiše Zakon za upravljanje kapitalne investicije RS (ZUKN, 2010). ZUKN je osnovni pravni akt, kojim se definiše status i rad Agencije. ZUKN sadrži odredbe kojima se propisuju: organizacija, način imenovanja ovlašćenja, odgovornost, osnovnih principa rada i druge odredbe, koji su pravni osnov za Agenciju. AUKN pravni okvir zakona obezbeđuju pored: Zakon o privrednim društvima, Zakon o javnim finansijama, Zakon o preuzimanju, Zakon o tržištu finansijskih instrumenata, Zakon o upravljanju kapitalnih investicija i nekoliko drugih propisa (Komar, 2011).

U skladu sa ZUKN, AUKN je usvojio kodeks o upravljanju kapitalnim investicijama (www.auknrs.si), koji odražava sledeća dokumenta: međunarodne

smernice za dobru praksu korporativnog upravljanja, posebno smernice i preporuke Europske unije, OECD smernice za korporativno upravljanje preduzeća u državnom vlasništvu, OECD principi za korporativno upravljanje i rešenja zemalja OECD, u kojima je sličan sistem već implementiran. Tu su uzete u obzir dobre prakse nekih zemalja, kao što su: Holandija, Švedska, Velika Britanija, Egipat, Malta, Baltske države, Poljska, itd. Takođe su u taj kodeks uključene dobre prakse slovenačkog korporativnog upravljanja (Komar, 2011).

U skladu sa navedenim dokumentima je AUKN samostalan i nezavisan državni organ odgovoran Narodnoj skupštini. AUKN je neposredan budžetski korisnik, dok je u obavljanju zakonskih odredaba samostalan i nezavisan. Kao javno-finansijski korisnik mora delovati u skladu sa propisima, koji se odnose na javno-finansijske korisnike.

Struktura i rad Agencije

Organi AUKN su savet i uprava. Savet ima pet članova, uprava AUKN je tročlana. Članovi saveta su obično stručnjaci za ekonomiju i korporativna upravljanja. Članovi saveta i uprave ne mogu biti u političkoj stranci ili u upravljanju i kontroli preduzeća, u kojima država ima svoj udeo kapitala. Članove oba tela imenuje Narodna skupština na predlog vlade.

Savet agencije je odgovoran za rad agencije: planira i vrši nadzor nad radom, usvaja strategije, godišnji plan upravljanja kapitalnih investicija, kodeks upravljanja i finansijski plan agencije. Savet takođe imenuje članove Komisije za akreditaciju, daje saglasnost za sticanje i raspolaganje sa kapitalnim investicijama i odlukama u vezanim za ostvarivanjem prava glasa u skupštini (www.auknrs.si).

Savetodavno telo AUKN je Komisija za akreditaciju, koja daje mišljenje o podobnosti kandidata za članove organa korporativnih društava, u kojima ima država svoj holding. Kriterijumi za određivanje podobnosti kandidata utvrđuje savet AUKN.

U skladu sa ZUKN agencija do 31. marta svake godine pripremi izveštaj o realizaciji godišnjeg plana upravljanja kapitalnih investicija za prethodnu godinu i dostavlja ga Vladi i Narodnoj skupštini. Transparentnost rada AUKN može da se proveriti na njihovom sajtu. (<http://www.auknrs.si/>).

AUKN zadatak upravljanja kapitalne investicije sprovodi se kroz godišnji plan upravljanja dokumenta i finansijski plan. Ovi dokumenti su dokumenti za sprovođenje razvojne politike i strategije upravljanja kapitalnih investicija, kao dva strateška dokumenta. Strategija se zasniva na sektorskim politikama. Sektor-

ske politike pripremi Vlada, a strategiju razvoja AUKN. Vlada predlaže strategiju Narodnoj skupštini. Iz tako usvojene strategije, AUKN sprovodi svoje godišnje planove upravljanja kapitalnim investicijama.

Savet AUKN je na predlog Komisije za akreditaciju usvojila: Kriterijume i procedure za određivanje podobnosti kandidata za članove nadzornih odbora preduzeća u kojima ima Republika Slovenija kapitalne investicije. (Merila, 2011) in (<http://www.auknrs.si/NADZORNIKI/>).

Kriterijumi su podeljeni u tri oblasti: sistem akreditacije kandidata za članove nadzornih organa, sistem predloga kandidata za članove nadzornih organa, komisija za imenovanje.

Sistem akreditacije i skup kandidata za članove nadzornih organa je zasnovana na: 1) iscrpljujući izabranim putevima, 2) specifičnim zakonskim protokolima, 3) jedinstvenim prijavnim obrascima, i 4) standardizovanim kriterijumima i metodama procene za akreditaciju kandidata za članove nadzornih organa.

Sistem predlaganja kandidata za članove nadzornog odbora vrši Komisija za akreditaciju tako, da predloži kandidate na predlog upravnog odbora, koje posle potvrđuje savet agencije. Pri tome Komisija za akreditaciju sprovodi stručnu ocenu na propisane kriterijume. Kriterijumi za ocenjivanje se sastoje od: opšti kriterijumi za kompetencije (znanje, iskustvo, moralne kvalitete i druge veštine); opšti i posebni zakonski uslovi; specifičnosti za određeno društvo; nezavisnost (kandidat nije ekonomski, lično ili na drugi način usko povezan sa preduzećem ili njegovim menadžmentom) i odsustvo potencijalnih konflikta interesa.

Komisija za predlaganje. – AUKN predlaže preduzećima u kojima država ima susvojину. Predložena komisija bi trebalo da omogućiti integraciju upravljanja i drugih zainteresovanih strana.

Pored ovih kriterijuma su dati elementi evalvacije za akreditaciju za članove nadzornih odbora svetskih preduzeća, u kojima država ima vlasnički interes. Na taj način se ocene razmatraju po sklopovima, po kojima se izračuna krajnji rezultat kandidata sa sledećim ponderima: - 20% formalno i neformalno obrazovanje, - 50% znanje i iskustvo, - 10% stručne reference i nadzorne veštine i 20% drugo.

Informacije okvira kao osnove za uspešan rad AUKN

AUKN je po svom statusu samostalan i nezavisan organ. Samostalnost i nezavisnost (od preduzeća koje upravljaju agenti) može AUKN postići u prvoj fazi sa informacionom nezavisnošću. Ova nezavisnot povezana je sa tim, koje informacije može AUKN da dobije nezavisno, kao što može da identifikuje načine za ra-

zvoj specifičnih informacija, koje su relevantne za misiju i značaj svakog društva u javnosti. Prema tome treba uzeti u obzir (pripomba avtorjev), da su te informacije specifične za performanse preduzeća. U agenciji su kompanije u organizaciji industrije raspoređene po sledećim sektorima: (http://www.auknrs.si/organizacijska_struktura/): Sektor infrastrukture, Sektor energetike, Sektor finansija, Privredni sektor i Sektor portfolio investicija. Podela je posledica poslovanja specifičnosti svakog sektora. Stoga odmah možemo zaključiti, da mora imati svaki sektor svoju specifičnu informacionu potporu. Sigurna je činjenica, da su uporedive u svim sektorima finansijske informacije. Informacije, koje su od strane sektora specifične, potrebno je definisati, na osnovu podataka potencijala kompanija. Svaki sektor je stoga posebna specijalnost, koju moramo da proučavamo nezavisno i da identifikujemo odgovarajući model upravljanja informacijama ili model pokazatelja.

Svaki model indikatora za korporativno upravljanje u državnom vlasništvu treba da se razvija kompleksno, da javlja očekivanja kompanija, koji pokriva koncept društvene odgovornosti. Model korporativne društvene odgovornosti evoluiran je kroz istoriju, a za naše dalje istraživanje zanimljiv je Carroll model (npr. Carroll, 2000) koji ispituje korporativnu društvenu odgovornost po područjima: ekonomsko; pravno, etičko i filantropsko. Pored navedenih oblasti Carroll (prav tam) dodaje u model korporativnog društvenog delovanja i oblast kao što je a) društveni odziv i b) odgovornost do aktera (interni i eksterni). U svakom slučaju treba shvatiti, da je moguća primena modela, kada su indikatori i podaci definisani do te mere da je moguće da se počne sa uvođenjem takvih modela. Uvođenje modela implementirano je kroz definisanje i prikupljanje podataka potrebnih za određene parametre /indikatore o poslovanju kompanije. Konkretnost je zagarantovana korišćenjem modela, koji su pri vrhu i imaju dovoljno dobro definisane oblasti i indikatore. U slovenačkom teritoriju takav je model već uspostavljen u javnom sektoru i poznat je kao CAF model (Kovač, 2002). Model mora omogućiti definisanje kriterijuma, sa kojima ćemo na kvantitativan i kvalitativan način meriti napredak društveno odgovornih kompanija.

Poznato je, da je CAF – **Common Assessment Framework**, (CAF, 2002) model raširen model merenja razvoja kvaliteta u javnom sektoru, zasnovan na konceptu samoocene. Inače je model razvijen na opštem modelu EFQM (European Foundation for Quality Management), sa kojim se sprovodi procena i rangiranje (benčmarking) korporacije.

Model CAF (prav tam) kao osnova razvoja sistema IT podrške, društveno odgovornog korporativnog upravljanja kompanija sa udelom države, može da bude i dobra osnova za razvoj indikatora jer:

– pokriva ključne oblasti kvaliteta i na osnovu univerzalnih vrednosti modernog evropskog društva, kao što su usmerenost na potrošača, liderstvo i plani-

rano traganje za radom, razvijanje partnerstva u užem i širem smislu sa interesnim grupama, razvoj i uključivanje zaposlenih, stalno poboljšanje i optimizacija procesa, kontinuirano učenje i inovacije, društvena odgovornost i fokusiranje na efikasnost, efektivnost i ekonomičnost poslovanja;

– na odgovarajući način strukturisano obračanje finansijskog sistema, čime se omogućava sistemski pristup za procenu svog rada;

– na slovenačkom teritoriju ima već nekoliko primera dobre prakse (javni sektor), što bi značajno doprinelo bržem uvođenju modela u kompanijama u državnom vlasništvu.

U Sloveniji se odvija uvođenje korporativnog upravljanja, u skladu sa OECD smernicama, postepeno, organizacioni proces se razvija brže nego informacijski. Informacijski proces ima u ovom momentu bolju tehnološku selekciju i inventar i praćenje predstavnika agencije u preduzećima. Informacijski operativni sistem manje je razvijen i za razvoj ovog sistema postoji scenario koji može da posluži kao metodološko sredstvo za CAF, a sistem se uvodi fazno i sektorsko. U ovoj informacijskoj fazi plan je da se u isto vreme uvedu (simultani pristup) pokazatelji ekonomske uspešnosti i neki pokazatelji koji imaju sličnu metodologiju za praćenje u svim sektorima (kao što su zaposleni i zadovoljstvo zaposlenih). U drugoj fazi sledi razvoj sektorskih indikatora. Sistem se gradi postepeno i to je slabost ovog pristupa, ali svakako omogućava identifikaciju dobre prakse, koje treba razmotriti u daljem razvoju sistema.

Uprkos različitim dnevnim diskusijama i kritikama o ispravnosti i nezavisnosti agencije, nikada pre nije bilo debate o apolitičnosti i profesionalnosti agencije, koja je bez sumnje dobra referenca metodologije izbora predstavnika agencije u preduzećima. Model indikatora pokazao se kao veoma koristan, jer omogućava razumevanje i razvojno funkcionisanje zaposlenih u agenciji. Predstavnici agencije moraju u odborima delovati stručno i neutralno, jer je po modelu svaki neodgovorni postupak registrovan i zabeležen.

ZAKLJUČAK

Korporativno upravljanje državnih kapitalnih investicija je novo i relativno nerazvijeno područje upravljanja. U radu je prikazan dizajn odgovarajućih organizacionih problema – IT okruženje, koji će omogućiti predstavnicima u preduzećima sa udelom državne svojine, odgovarajući alat za praćenje i analizu preduzeća, za koja su odgovorni. Uvođenje informacionog modela se pokazala kao metodološki problem, koji je i sistemske, organizacione i informacione prirode. Utvrde-

no je da je korišćenje CAF modela adekvatno, jer dozvoljava sveobuhvatno društveno odgovorno gledanje na delovanje korporacija. Slučaj Slovenije je pokazao, da se mogu organizacioni problemi mnogo brže rešavati, nego što je slučaj sa menadžerskim problemima, imajući u vodi informacioni sistem. U tom smislu mnogi problemi su rezultat nedostatka finansijskih sredstava, a prisutni su i značajni poremećaji, zbog funkcionisanja različitih interesnih grupa, koje u toj imovini traže svoje materijalne koristi.

Literatura

1. AUKN; Nadzorniki, (<http://www.auknrs.si/NADZORNIKI>)
2. CAF (2002) The Common Assessment Framework (CAF) 2002, DK-1218 Copenhagen K, (www.2qconference.org >Dostop 15.09.2011).
3. Carroll, A.B., (1999). Corporate Social Responsibility. *Business & Society*, 38(3), str.268 -295.
4. Carroll, Archie B. and Buchholz, Ann K. (2000), *Business and Society: Ethics and Stakeholder Management*, Ohio, South Western College Publishing.
5. Kodeks upravljanja družb s kapitalskimi naložbami države (www.auknrs.si >Dostop 15.09.2011).
6. Komar Dagmar(2011) Novi standardi korporativnega upravljanja v državnih podjetjih, XVIII. Dnevi slovenske uprave 2011, Portorož 2011.
7. Kovač, P. (2002). Zakaj in kako uvesti evropski model kakovosti Common Assessment Framework – CAF tudi v slovensko upravo, Ljubljana: Ministrstvo za notranje zadeve, Urad za organizacijo in razvoj uprave.
8. Merila in postopki za ugotavljanje primernosti kandidatov za člane organov nadzora gospodarskih družb, ki jih upravlja Agencija za upravljanje kapitalskih naložb (Merila, 2011) http://www.auknrs.si/f/docs/PDF_dokumenti/Merila_in_postopki_AK.pdf> Dostop 15.09.2011).
9. OECD, (2004), OECD Principles of Corporate Governance, OECD. < <http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>> Dostop 15.09.2011.
10. OECD, (2005). OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises. OECD, 2005 Izdal: SOCIUS d. d., Ljubljana.
11. OECD, (2011). State-Owned Enterprise Governance Reform: An Inventory of Recent Change. OECD. < <http://www.oecd.org/dataoecd/43/4/48455108.pdf>> Dostop 15.09.2011.
12. Smernice poročanja družb s kapitalskimi naložbami države (www.auknrs.si, > Dostop 15.09.2011)
13. Zakona o upravljanju kapitalskih naložb Republike Slovenije (ZUKN), <https://www.uradni-list.si/1/content?id=97687>.

SREČKO DEVJAK, LL.D.,
Professor, Faculty of Administration,
University in Ljubljana
JOŽE BENČINA, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Administration,
University in Ljubljana

THE IMPLEMENTATION OF GUIDELINES OF THE OECD
FOR CORPORATE GOVERNANCE OF STATE-OWNED
ENTERPRISES IN TRANSITION COUNTRIES

Summary

The paper presents the issue of corporative governance of enterprises in which the state holds a significant ownership share. The OECD adopted the guidelines on managing the governance of this field. A specific problem of such governance lies in transition countries. In light of the directions of the OECD and by taking into account the principles of corporate social responsibility, the paper presents the analysis of issues in the development of corporate governance of state-owned enterprises. Particular emphasis is placed on the organisational and information aspect of governance, as this is crucial at the initial, development phase of the establishment of corporate governance. Furthermore, the paper presents general facts on social responsibility and corporate governance of state-owned enterprises, including the guidelines of the OECD. Finally, the organisational model and the proposed solution for the information framework of corporate governance of state-owned enterprises in Slovenia are presented.

NEVENKA BAČANIN

ZAKON O UPRAVNIM SPOROVIMA I UPRAVNA STVAR

U upravnom pravu, kao i u svakoj drugoj grani prava, mogu se sresti pojmovi i/ili instituti koji nisu precizno definisani. Uglavnom je reč o pojmovima koji nemaju karakter osnovnih pojmova i instituta te grane prava i koji, stoga, nisu bili, niti su, poseban predmet interesovanja njene nauke, prakse ili pravnih propisa. No, za razliku od drugih grana prava, upravno pravo obiluje nizom nedefinisanih ili nepotpuno i delimično određenih pojmova koji imaju svojstvo njenih osnovnih pojmova. Određivanje njihove sadržine i osnovnih obeležja, eventualno i dopunskih, veoma je značajno za upravno pravo, i to iz više razloga. Najpre, reč je o osnovnim pojmovima ove grane prava, pojmovima na kojima se zasniva kako ona, tako i njena nauka. Takođe, oni imaju i svojstvo njenih uvodnih pojmova, onih bez čijeg se preciznog određivanja ne može upoznati i shvatiti sistem upravno-pravnih normi, ili se to ne može valjano učiniti. Ovi pojmovi uvode u upravno pravo i njenu nauku. Konačno, niz pojmova i instituta upravnog prava neposredno se izvodi iz ovih pojmova, pa je njihovo preciziranje uslov potpunog i pravilnog definisanja tih tzv. izvedenih pojmova.

Čini se da je “upravna stvar”, uključujući i termin “uprava”, jedan od takvih pojmova. Doduše, precizno posmatrano, naznačena svojstva imao bi prevashod-

Dr Nevenka Bačanin, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

no izraz “uprava” zato što je on, sasvim sigurno, osnovni pojam upravnog prava i nauke upravnog prava, onaj pojam od čijeg preciziranja neposredno zavisi i sadržinsko određenje njihovih ostalih osnovnih pojmova – upravnog akta, upravne radnje, upravne stvari, itd.¹ No, kako upravna stvar “predstavlja ključni institut upravne procedure i materijalni kriterijum za razgraničenje upravnog postupka od drugih vrsta postupaka, kao i upravnog akta od drugih pojedinačnih akata vlasti”², čini se da je poželjno, čak neophodno, njeno definisanje, odnosno precizno utvrđivanje njene sadržine i svih obeležja, osnovnih i dopunskih. A ovo je moglo i može biti delo tvoraca pozitivnopravnih propisa, upravne i upravnosudske prakse i pravne teorije, upravnopravne, pa i ustavnopravne.

Ukoliko bi se izvršila analiza pozitivnog prava Republike Srbije, uključujući i pozitivno pravo ranijih jugoslovenskih država, njene pravne teorije i prakse, i to ovlašna, moglo bi se zaključiti da je definisanje upravne stvari na samom početku, u povoju, u svojoj prvoj fazi. To ne znači da pokušaja nije bilo, i to onih vrednih pažnje i sa rezultatima. Naprotiv, u našoj pravnoj teoriji i praksi postoji jedan manji broj kvalitetnijih pokušaja da se upravna stvar definiše kao osobena vrsta pravnih stvari, različita od drugih pravnih stvari, posebno sudskih. No, bez obzira na uložene napore, tako se čini, postignuti rezultati nisu bili identični očekivanim.

Pozitivnopravni srpski propisi, kao i ranije važeći jugoslovenski, izuzev novog Zakona o upravnim sporovima, najčešće termin “upravna stvar” upotrebljavaju u dva slučaja – kada preciziraju opštu ulogu organa uprave u pravnom sistemu Republike Srbije i kada definišu upravni akt.³ No, u njima se ne može naći odgovor na pitanje – šta je upravna stvar i koja su njena osnovna obeležja. Izuzetak predstavlja novi srpski Zakon o upravnim sporovima u kome se nalazi zakonska definicija upravne stvari, o čemu će tek biti reči.

Na skoro identičan način postupaju srpska upravna i upravnosudska praksa. Ni oni ne definišu upravnu stvar, niti navode njena obeležja. Najčešće se zadovoljavaju tvrdnjem da se protiv nekog akta ne može voditi upravni spor zato što on nije upravni akt, a on to nije zato što nije donet u upravnoj stvari, bez ikakvog objašnjenja zašto pravna stvar u kojoj je takav akt donet nije upravna stvar. Ovakav stav

¹ Nevenka Bačanin, *Teorija upravnog prava*, Beograd, 1994.

² Zoran Jelić, “U traganju za identitetom upravne stvari”, *Pravni život*, br. 9/96, str. 691. Treba reći da je Z. Jelić pravilno primetio da eksplicitno definisanje upravnih stvari u našem pravnom sistemu nalažu četiri razloga: koncept vladavine prava; statistička istraživanja od interesa za celu zemlju, a značajna za sprovođenje ZUP-a; modernizacija i racionalizacija opšte i posebne upravne procedure i neophodnost ujednačavanja upravne i upravnosudske prakse. O tome više na str. 693–694.

³ Videti, na primer, čl. 1, 18. i 24. st. 2 Zakona o opštem upravnom postupku (“Sl. list SRJ”, br. 33/97) i/ili čl. 6 Zakona o upravnim sporovima (“Sl. list SRJ”, br. 46/96) i/ili čl. 12–21. Zakona o državnoj upravi (Sl. glasnik RS”, br. 79/05).

naše upravnosudske (sudske) prakse još više komplikuju njena nekonzistentnost, često različito, neretko i suprotno, određivanje postojanja upravne stvari u istovrsnim ili sličnim situacijama ili, pak, ad hoc pristup. U svakom slučaju, naši sudovi u svojim odlukama ne govore zašto jednu pravnu stvar smatraju upravnom a drugu ne. No, nešto se ipak mora priznati - Naša upravnosudska praksa je ipak izgradila i prezentirala sopstveni stav o tome kada se jedan akt ne može smatrati aktom donetim u upravnoj stvari i protiv koga se, shodno tome, ne može voditi upravni spor. Najpre su to neautoritativni akti, oni koji nisu doneti u vršenju državne vlasti ili javnih ovlašćenja, ponajpre akti ugovornog karaktera. Zatim, to su svi opšti pravni akti, tj. pravni propisi, odnosno upravni propisi. Takođe, to su i akti kojima se raspravlja neki sporni imovinskopravni odnos, odnosno sudski akti i, konačno, akti koji nemaju rešavajući karakter.⁴

Srpski, odnosno jugoslovenski pravni pisci, pri definisanju upravne stvari prezentirali su brojna i različita, često međusobno oprečna, gledišta, koja su, po pravilu, bila propraćena konstatacijama o sopstvenim nedostacima. Tako naši autori često navode da izloženo shvatanje može da posluži "bar za potrebe prakse"⁵, da su u njemu izloženi samo "opšti i orijentacioni elementi"⁶, ili "samo neke od karakteristika upravne stvari"⁷. Jedan broj autora pojam upravne stvari izvodi osloncem na druge termine, kao što su: uprava, upravna delatnost, upravna materija ili upravna oblast, koje, pritom, nisu definisali.⁸ Ima i autora koji upravnu stvar vezuju za definisanje upravnog akta, što je uobičajena i opravdana pojava, ne upuštajući se u objašnjenje njene suštine, kao i onih koji smatraju da upravna stvar predstavlja suštinu upravnog akta, ali bi njeno određivanje, kao najosetljivije, oduzelo suviše prostora⁹.

Mali broj srpskih pravnih pisaca pokušava da definiše upravnu stvar i utvrdi njena obeležja bez ograđivanja potrebama prakse ili bez oslanjanja na druge pojmove koji su i sami ostajali nerazjašnjeni. Pritom su uglavnom polazili od pojma upravnog ili sudskog akta, težeći da ih pojmovno razdvoje ili definišu upravni akt.

⁴ O stavovima sudova u pogledu upravne stvari videti: Zoran Tomić, Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom, Beograd, 2010, str. 282–284.

⁵ Bogoljub Majstorović, Komentar Zakona o opštem upravnom postupku, Beograd, 1978, str. 6.

⁶ Miodrag Perović, Komentar Zakona o upravnim sporovima, Beograd, 1979, str. 86–87.

⁷ Slavoljub Popović, Upravno pravo, Beograd, 1992, str. 522.

⁸ Videti, na primer, Ivo Krbek, Upravni akt, Zagreb, 1957, str. 16.

⁹ Ivo Borković, Upravno pravo, Zagreb, 1978, str. 333–334; Velimir Ivančević, Institucije upravnog prava, I, Zagreb, 1983, str. 263; Nikola Stjepanović, Upravno pravo SFRJ, Beograd, 1978, str. 790–701; Stevan Lilić, Upravno pravo, Beograd, 1995, str.214.

Njihova gledišta bi se mogla svrstati u dve grupe, bez pretenzija da se linija razdvajanja između njih konsekventno izvede do kraja.

Prvu grupu čine autori koji, pri definisanju upravne stvari, težište stavljaju na prirodu dispozicija sadržanih u upravnom i sudskom aktu, ne zaobilazeći ni njena ostala svojstva. Po njihovom mišljenju, upravna stvar "predstavlja konkretnu, pojedinačnu, nespornu pravnu situaciju koja se uređuje preciziranjem dispozicije (primarnog pravila ponašanja) opšte pravne norme. Upravna stvar je konkretna, pojedinačna i nesporna pravna situacija koju ovlašćeni subjekti autoritativno i neposredno uređuju neposrednom primenom zakona (pravnog propisa)"¹⁰. Kao najznačajnije obeležje upravnog akta i glavna razdelnica upravnog i sudskog akta, upravna stvar je, po shvatanjima ovih pravnih pisaca, pojedinačna, konkretna pravna stvar u kojoj se pravilo ponašanja precizira primarnom dispozicijom na autoritativan način, što sve proizilazi iz pravnih propisa.¹¹

U drugoj grupi se nalaze gledišta autora po kojima je za određivanje upravne stvari najbitnije utvrditi karakter pojedinačne pravne situacije koja se uređuje upravnim aktom, odnosno da li je ova pravna situacija sporna ili vansporna. Rešavanje u upravnim stvarima, po ovim pravnim piscima, sadržinski posmatrano, odnosi se na uređivanje vanspornih pojedinačnih situacija. Tako, ističu oni, "opredeljujući kriterijum razlikovanja "rešavanje u pravnim stvarima" i "sudovanja" ne bi trebalo da bude priroda dispozicije (primarna ili sekundarna) norme sadržane u odgovarajućem pravnom aktu, nego karakter situacije (vansporna ili sporna) u kojoj se dotično odlučivanje vrši, iz čega proizilazi i njegova tome odgovarajuća priroda.... Neposredna pravna intervencija u upravnim stvarima neće se sastojati u razrešavanju spornog odnosa; takav odnos u njima ne postoji... U tom smislu, upravna stvar je pojedinačna životna situacija vanspornog karaktera, sa neposredno (naglašeno) angažovanim javnim interesom, koju je na osnovu zakona neophodno autoritativno i konkretno pravno urediti odnosno korektivno usmeriti njeno pravno uređivanje (po službenoj dužnosti ili povodom zahteva stranke)".¹²

Srpskoj pravnoj doktrini povodom definisanja upravne stvari nije strano ni pitanje – ko treba da definiše upravnu stvar: zakonodavac, pravna teorija ili prak-

¹⁰ Ratko Marković, *Upravno pravo*, Beograd, 1995, str. 196.

¹¹ Pavle Dimitrijević, *Elementi upravnog prava*, Beograd, 1980, str. 97; Ratko Marković, str. 196–197; Dragan Milkov, "Pojam upravnog akta" (doktorska disertacija, neobjavljena), Novi Sad, 1983, str. 194–195; "Pojam upravne stvari", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 5/1986, str. 531–541; Nevenka Bačanić, *Upravno pravo*, Kragujevac, 2000, str. 266–268; "Upravna stvar u jugoslovenskom pravu", *Pravni život*, br. 7–8/93, str. 767–776.

¹² Zoran Tomić, *Upravno pravo*, Beograd, 1991, str. 271; "Rešavanje u upravnim stvarima", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, Beograd, br. 4/84, str. 407–421.

sa.¹³ Na njega mogu biti dati različiti odgovori. No, čini se da ono nije najbolje postavljeno, i da se, u okviru njega, krije pravo pitanje – ko prvi treba da definiše upravnu stvar, tj. čija definicija upravne stvari treba da prethodi ostalim? Naime, upravnu stvar treba da definišu svi, kako zakonodavac, tako i doktrina i praksa, i to svako sa svog aspekta, pri čemu definicije moraju biti međusobno usklađene. Mišljenje, po kome zakonodavac ne bi trebalo da u zakonskim i drugim pravnim propisima definiše upravnu stvar, kao ni druge pravne pojmove, i da taj posao treba da prepusti isključivo pravnoj doktrini, koja bi se u tom poslu imala osloniti na pravnu praksu, teško bi se moglo prihvatiti kao ispravno, i to iz više razloga.

Najpre, kod preciziranja pravnih pojmova kao što je upravna stvar, koji predstavljaju konkretne životne situacije u kojima se donose rešavajući pravni akti, posebno kada su one brojne i raznolike, neophodno je da svoj stav izrekne najpre zakonodavac. Takvi pravni pojmovi, pa i upravna stvar, moraju biti na apstraktan i generalni način definisani u pravnim propisima. Štaviše, to bi trebalo da bude redovna pojava ili bar pojava kojoj teži pravni poredak zasnovan na načelu vladavine prava. Bez zakonskog određenja upravne stvari upravnoppravna teorija i praksa, upravna i sudska, nisu u potpunosti “obezglavljene”, ali su u znatnoj meri bez jasnog i preciznog orijentira, prepušteni sami sebi, i u znatnoj meri slobodni. Teorijske definicije upravne stvari, kao i drugih pravnih pojmova, moraju biti usklađene sa njenom zakonskom definicijom, jer, u suprotnom, svaki teorijski pojam upravne stvari koji se ne oslanja na njen zakonski pojam ili izlazi izvan njega, suprotstavljajući mu se, u većoj ili manjoj meri, ne samo da nije pozitivnopravni, već je i pravno jalov. Takve definicije uglavnom služe same sebi, svom autoru ili, najboljem slučaju, za promociju određenih pravnih opredeljenja. Doduše, čak i takve teorijske definicije upravne stvari imaju određeni značaj. One mogu ukazivati na nedostatke zakonskih definicija, posebno teorijske nedoslednosti ili protivrečnosti u njima, i, svakako, služiti zakonodavcu kao putokaz pri nekom docnijem zakonskom uređenju upravne stvari. No, one u svakom slučaju ne mogu biti oslonac pravnoj praksi, tako da se vršiocu uprave i kontrolori vršenja uprave ne mogu na njih oslanjati pri donošenju određenog upravnog akta, niti pri utvrđivanju njegove zakonitosti. Rečeno ne znači da pravna doktrina ne može i ne sme definisati upravnu stvar, i druge pravne pojmove ako u pozitivnom pravu ne postoji njena zakonska definicija, niti da se teorijski pojam upravne stvari neizbežno mora poklapati sa njenim pozitivnopravnim pojmom, pri čemu se ne dira u praktičnu vrednost takvih pojmova zato što pravna doktrina ima za primarni zadatak svođe-

¹³ Na ovo pitanje se, kako pravilno zaključuje Z. Jelić, nadovezuje i pitanje – šta je objekt definisanja u pravu, pa i kada je reč o upravnoj stvari, značenje termina, sadržaj pojma ili suština pojave? Videti Z. Jelić, str 695–701.

nje pravnih propisa na odgovarajuće pravne pojmove, uključujući tu i uspostavljanje njihovih međusobnih odnosa. Takav pristup "podrazumeva kontinuiranu izgradnju i stalno usavršavanje navedenih misaonih tvorevina, od najelementarnijih do najnačelnijih i najapstraktnijih, uz odgovarajuće povezivanje ovih intelektualnih instrumenata u neprotivrečnu i konzistentnu celinu. Jurisprudencija koja nije u stanju da odgovori pomenutom zahtevu, neizbežno je osuđena da se bavi parafraziranjem propisa i opštih akata, odnosno da svoje umeće svede na deskriptivno izlaganje važećih normativnih rešenja".¹⁴

Takođe, nepostojanje zakonske definicije upravne stvari dovodi u pitanje pravnu sigurnost adresata akta, odnosno onog subjekta koji pretenduje da to bude. Pravna sigurnost ovih subjekata svakako je veća, mada bi trebalo da bude i potpuna, ako je zakonodavac već propisao, na apstraktan i bezličan način, šta je to upravna stvar, tj. koje se pravne stvari smatraju upravnim. Zakonsko uređenje pojma upravne stvari, sa sigurnošću se može reći, sprečava različito tumačenje i primenu važećih upravnopravnih normi u istim ili istovrsnim situacijama, kako u vršenju uprave, tako i kontroli vršenju uprave.

Rečeno važi i za pojmovno određenje upravne stvari od strane upravne i sudske prakse. Za razliku od pravne doktrine, upravna i sudska praksa nisu pod neposrednim uticajem brojnih i različitih, često međusobno oprečnih, teorijskih stremljenja i tešnje su povezani sa pozitivnim pravom. Otuda definicije upravne stvari, koje bi bile delo pravne prakse, ne bi trebalo, niti smelo, da budu različite od njenog pozitivnopravnog pojma, sve pod uslovom da je takvo pozitivnopravno određenje upravne stvari formulisano. Ukoliko nije, sloboda pravne prakse je veća, pa su i realnije mogućnosti da se ovaj upravnopravni institut određuje od slučaja do slučaja, neretko različito, pa i protivrečno. No, ova pojava ne može i ne sme da umanjí doprinos upravne i sudske prakse preciziranju značenja upravne stvari, a on nije mali i zanemariv, pa makar bio rezultat primene tzv. negativnog pristupa, što je, do sada, u nas bio slučaj. Ovo u smislu toga da pravna praksa ne samo da treba da bude značajan orijentir zakonodavcu pri definisanju upravne stvari, ali ne i apsolutni i nepromenljivi sud, već i zvono za uzbunu, kada raskorak između normativnog i stvarnog bude takav da iziskuje njihovo međusobno usklađivanje.

Sve u svemu, definisanje upravne stvari jeste zadatak zakonodavca, upravnopravne doktrine i prakse, pri čemu njeno zakonsko određenje ima prioritet.

Novi Zakon o upravnim sporovima¹⁵, iako donet po hitnom postupku, je zaista potpuno novi zakon i predstavlja značajan i dosta uspešan korak ka civilizovanju upravnog prava. Čini se da je on uspeo da utre put ne spajanju, već značaj-

¹⁴ Z. Jelić, str. 692.

¹⁵ Zakon o upravnim sporovima, "Službeni glasnik Republike Srbije", br. 111/09.

nom približavanju javnog i privatnog prava, i to na polju sudske kontrole upravne delatnosti. Razlozi njegovog donošenja su brojni, a takve su i novine koje uvodi.¹⁶

Najpre, kao oblik sudske kontrole rada javne uprave i zaštite zakonitosti i prava, obaveza i pravnih interesa fizičkih i pravnih lica, upravni spor je od ogromnog značaja za svaku demokratsku državu, pa i Srbiju, i to sa dvojakog aspekta – aspekta interesa države, odnosno javnog interesa i aspekta interesa njenih građana i kolektiviteta. Upravo ovaj značaj upravnog spora uslovio je njegovu potpunu, savremenu, kvalitetnu, objektivnu i preglednu zakonsku uređenost, u pogledu čega je važeći Zakon o upravnim sporovima, svakako, korak napred u odnosu na Zakon o upravnim sporovima iz 1996.¹⁷ Prethodni Zakon o upravnim sporovima, u znatnoj meri zastareo, nedorečen i prevaziđen stvarnošću, morao je biti zamenjen novim zakonskim propisom koji bi svojom strukturom i sadržajem u potpunosti odgovarao potrebama života.

Takođe, novo zakonsko uređenje upravnog spora u Srbiji trebalo je i moralo da srpsko upravno zakonodavstvo dovede u sklad sa Ustavom Republike Srbije, Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i sloboda, Preporukama Saveta Evrope i, i to naročito, sa Zakonom o uređenju sudova, kako vremenski, tako i sadržinski.¹⁸ Štaviše, u tekst Zakona su morali biti uneti savremena upravnosudska praksa, uporedna pravna rešenja i upravna doktrina, naša ili strana.

No, čini se da je najznačajniji razlog potreba za savremenijom, potpunijom, pouzdanijom i efikasnijom zaštitom zakonitosti i prava, obaveza i pravnih interesa fizičkih i pravnih lica u postupku upravnog odlučivanja.

Novi Zakon o upravnim sporovima obiluje velikim brojem novina unutar kojih se posebno izdvajaju predmet upravnog spora i definisanje upravne stvari.

Upravnu stvar zakonodavac je odredio kao pojedinačnu nespornu situaciju od javnog interesa u kojoj neposredno iz pravnih propisa proizilazi potreba da se buduće ponašanje stranke autoritativno pravno odredi¹⁹, a upravni akt, kao pojedinačni pravni akt kojim nadležni organ, neposrednom primenom propisa, rešava o određenom pravu ili obavezi fizičkog ili pravnog lica, odnosno druge stranke u upravnoj stvari.²⁰

¹⁶ Više: Nevenka Bačaniin, "Razlozi donošenja ZUS", *Pravni život*, br. 12/2010, str. 41–55.

¹⁷ Zakon o upravnim sporovima, "Sl. list SRJ", br. 46/96.

¹⁸ Ustav RS, "Službeni glasnik republike Srbije", br. 37/06; Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda, "Službeni glasnik Republike Srbije", br. 9/2003. I Zakon o uređenju sudova, "Službeni glasnik Republike Srbije", br. 116/08.

¹⁹ Zakon o upravnim sporovima, čl. 5.

²⁰ Isto, čl. 4.

Definicija upravnog akta u novom Zakonu o upravnim sporovima neznatno se razlikuje od određenja upravnog akta u Zakonu o upravnim sporovima iz 1996. godine, i to u pogledu načina određivanja mogućih donosilaca upravnih akta. Prema ranije važećem Zakonu, upravne akte su mogli doneti državni organ i preduzeće ili druga organizacija u vršenju javnih ovlašćenja, a prema tekstu novog Zakona donosilac upravnog akta je nadležni organ.²¹

Značajniji iskorak napred novi Zakon o upravnim sporovima je učinio u pogledu upravne stvari. Za razliku od Zakona o upravnim sporovima iz 1996. godine, koji je samo propisivao da se upravni akti donose u upravnim stvarima, ne određujući šta je upravna stvar, važeći Zakon o upravnim sporovima definiše upravnu stvar. Valja primetiti da je zakonsko određenje upravne stvari u novom Zakonu o upravnim sporovima identično sa članom 3 Nacrta Zakona o upravnim sporovima iz decembra 2004. godine, koji nije ugledao svetlost dana u obliku zakonskog teksta iako je bio međunarodno verifikovan.²²

Iz zakonske definicije upravne stvari proizilaze njena obeležja ili svojstva, ona koja, po mišljenu zakonodavca, određuju njenu suštinu, a njih, čini se, najpotpunije i najjasnije iznose tvorci Predloga Zakona, koji su pojam upravne stvari i odredili sledstveno rečenom, vezujući definiciju upravne stvari za rešavanje u upravnim stvarima, odnosno za rešavajući upravni akt, moglo bi se reći da je zakonodavac odredio pet sadržinskih komponenata upravne stvari, tj. pet sadržinskih komponenata rešavajućeg upravnog akta: neposredno pravno dejstvo u primeni prava; autoritativnost; javni interes; pojedinačnost, i nesporni (vansporni) karakter – priroda²³

Tako, upravni akt, “odnosno akt donet u upravnoj stvari poseduje neposredno rešavajući karakter kada proizvodi direktne pravne posledice na pravnu situaciju određenog subjekta. “Rešavanje” ovde znači odlučivanje o nečijem pravu, obavezi ili pravnom interesu na osnovu pravnih propisa i u njihovoj primeni”²⁴

Druga sadržinska komponenta upravne stvari – autoritativnost, shvaćena kao opšta potčinjenost državnoj vlasti, upućuje na to da je reč o “obeležju rešavanja u upravnim stvarima koje ukazuju na to da je u pitanju oblik vršenja državne vlasti, odnosno primene javnih ovlašćenja. Time je istovremeno rečeno da u upravnim stvarima mogu rešavati jedino organizacioni oblici u sastavu držav-

²¹ Videti čl.6, stav 2. ZUS-a iz 1996.

²² Autori Nacrta su bili Zoran Tomić i Dragan Milkov. Prvi je autor i ZUS-a iz 2009.

²³ Zoran Tomić, Komentar Zakona o upravnim sporovima, str. 286–294.

²⁴ Zoran Tomić, str. 286.

nog aparata, a nedržavni subjekti samo kada su im poverena odgovarajuća javna ovlašćenja”.²⁵

Javni interes, pak, kao sadržinska komponenta, ukazuje na činjenicu da upravnoj stvari “u smislu čl. 5. ZUS-a, kao odrednici upravnog akta (čl. 4. ZUS-a), nije primereno ni ugovorno, a ni bilo kakvo drugo slobodno ili čisto voljno pravno dejstvovanje. Njoj je, pak, svojstveno ortodoksno autoritativno pravno uređivanje, u javnom interesu”.²⁶ Zatim, upravna stvar je “uvek pojedinačna, konkretna situacija; opšte su zakonodavna i podzakonska – normativna”.²⁷

Konačno, za razliku od sudske stvari, upravna “se kvalifikuje, u suštini, nespornom – vanspornom situacijom”.²⁸

Mada na prvi pogled nije potpuno jasno čije su navedene sadržinske komponente – upravnog akta, rešavanja u upravnim stvarima ili upravne stvari, nikako se ne bi smelo zaključiti da tvorci važećeg Zakona o upravnim sporovima ne prave pojmovnu i sadržinsku razliku između ovih upravno-pravnih instituta.

Naprotiv.²⁹ Čini se da je naznačena nedovoljna preciznost posledica nesumnjivog prožimanja ovih instituta, ali i činjenice da su tvorci zakonske definicije upravne stvari svesni činjenice da ona nije savršena i da mora doživeti odgovarajuću nadogradnju od strane upravno-pravne doktrine i prakse.

Jedno je sasvim izvesno – zakonsko definisanje upravne stvari je značajna novina važećeg Zakona o upravnim sporovima, i to ona koja zaslužuje sve pohvale. No, ovo zakonsko određenje upravne stvari predstavlja samo pokušaj njenog zakonskog definisanja, koji, da bi predstavljao njeno potpuno i precizno određenje, pretpostavlja da su prethodno precizno određeni i drugi, sa upravnom stvari neposredno povezani, pojmovi upravnog i javnog prava – javni interes, upravni ugovor, upravno-pravni režim, primera radi, a nisu. Upravo zato se ovaj pokušaj zakonskog definisanja upravne stvari mora pohvaliti, ali i konstatovati da utvrđe-

²⁵ Zoran Tomić, str. 287.

²⁶ Zoran Tomić, str. 289.

²⁷ Isto.

²⁸ Zoran Tomić, str. 290.

²⁹ Tako, Z. Tomić ističe da pri analizi “izraza rasčlanjavanje u upravnim stvarima, treba najpre reći da se upravna stvar nikako ne može izjednačiti sa pravnim aktom odgovarajućeg naziva: samo jedna, mada bitna njegova sadržinska odrednica. No, rešavanje u upravnim stvarima predstavlja, svakako, vršenje jedne pravno regulisane državne, javno-pravne delatnosti – upravne delatnosti. Odlučivanje upravnom delatnošću moglo bi da se svede na radnje izdavanja jedne vrste pravnih akata, upravnih akata; preciznije – rešavajućih upravnih akata. Rešavajućim upravnim aktima se, na osnovu zakona i u njegovoj primeni, autoritativno (sa pozicije državne vlasti) odlučuje o izvesnom pravu, obavezi ili pravnom interesu određenog subjekta, stranke. Rešavajući upravni akti imaju za cilj da neposredno urede određeni tip situacije – upravne stvari”. Zoran Tomić, str. 284–285.

na zakonska definicija upravne stvari još uvek nije potpuno precizna, i to ne iz subjektivnih, već, prevashodno, objektivnih razloga. Stoga je naše upravnopravna doktrina i praksa moraju nadograditi u vremenu koje sledi. Uz sve nedostatke, koji će, nadajmo se, u skorijoj budućnosti biti uklonjeni, zakonsko određenje upravne stvari već sada pruža dovoljno pouzdan osnov za delovanje domaće upravne i upravnosudske prakse, kao i upravno pravne doktrine, čiji se povratni uticaj očekuje, i to što pre.

Inače, upravna stvar može biti određena šire ili uže.

“Najšire “upravna stvar” se može izjednačiti sa upravnim poljem delovanja, sa upravnom materijom kao takvom, sa celokupnom sferom društvenog prostiranja javne uprave. U tom smislu, svi akti javne uprave odnosili bi se na “upravne stvari”, bili bi doneti u “upravnim stvarima”.³⁰ Ovako određen pojam upravne stvari bio bi formalne prirode, preciznije – organske prirode, jer bi se upravnim stvarima smatrala svaka životna situacija u kojoj deluje javna uprava. No, ovako široko određenje upravne stvari neminovno nameće pitanje – kakav je njen značaj i domašaj, i čemu ono služi? Sa aspekta upravnog prava, moglo bi se reći, mali. Čini se da bi izraz “upravna stvar”, u navedenom značenju bilo bolje zameniti terminom “stvar uprave”, kao životnim situacijama u kojima javna uprava deluje.

Ovako široko poimanje upravne stvari karakteristično je za vanpravne društvene nauke, jer one upravi prilaze, prevashodno, sa nekog od vanpravnih aspekata.

Upravnom pravu je imanentno znatno uže određenje upravne stvari, ono koje polazi od njenih sadržinskih obeležja, a ono zahteva da prethodno bude utvrđeno značenje izraza iz kojih se termin “upravna stvar” sastoji – reči “uprava” i “stvar”.

Stvar, kao izraz predstavlja sinonim za određenu životnu situaciju koja ima i treba da bude uređena nekom posebnom vrstom pravnih akata – zakonom, podzakonskim opštim pravnim aktom, sudskim, upravnim ili nekim drugim. Termin “uprava” upravo ukazuje na vrstu pravnih akata kojima ove situacije imaju biti uređene - na upravne akte. Izgleda da je upravo rečeno osnovni razlog što pretežni deo upravnopravne doktrine, ako ne i cela, pojam upravne stvari vezuju za pojam upravnog akta tj. za njegova osnovna svojstva.

Najuže i najpreciznije, osloncem na srpsko pozitivno pravo, pravnu doktrinu i praksu, upravna stvar bi bila konkretna pojedinačna nesporna pravna situacija, koju ovlašćeni subjekti u javnom interesu autoritativno i neposredno uređuju preciziranjem primarnog pravila ponašanja – dispozicije. Proizilazi da upravnu stvar odlikuju sledeća obeležja, tj. ona je: konkretna pojedinačna pravna situacija; nesporna pravna situacija; pravna situacija koja se od strane ovlašćenih subjekta-

³⁰ Zoran Tomić, Opšte upravno pravo, Beograd, 2009, str. 197.

ta u javnom interesu neposredno i autoritativno uređuje i pravna situacija koja se uređuje preciziranjem primarnog pravila ponašanja.

Izvesno je da se definisanjem upravne stvari znatno olakšava diferenciranje upravnog od sudskog akta, odnosno lakše utvrđuje razlika između upravne i sudske stvari. Bez namere da se ovim pitanjima pokloni posebna pažnja, tj. ništa više od neophodne minimalne pažnje, jer ona, svakako, zaslužuju posebnu i opsežnu analizu koja bi morala biti predmet posebnog rada, mora se naglasiti da su upravna i sudska stvar konkretne pojedinačne pravne situacije koje ovlašćeni subjekti autoritativno i neposredno uređuju. Razlike su, najsažetije rečeno, prevashodno u tome što je sudska stvar sporna pravna situacija koja se uređuje izricanjem sankcije kao sekundarnog pravila ponašanja, ili konstatovanjem da nezakonitog ponašanja nije bilo, a upravna, nesporna pravna situacija koja se uređuje izricanjem dispozicije, kao primarnog pravila ponašanja.³¹

Po mišljenju autora ovog rada, prezentirana definicija upravne stvari, uključujući i njena osnovna obeležja, nije samo teorijska (iako jeste pretežno), jer je formulisana mnogo pre nego što je novi Zakon o upravnim sporovima ugledao svetlost dana, već je i pozitivnopravna, upravo zato što je u potpunosti usklađena sa važećim Zakonom. Čini se da između nje i zakonske definicije upravne stvari nema značajnih razlika, osim, možda, u pogledu značaja koji se daje pojedinim svojstvima upravne stvari (pravna priroda situacije i dispozicije kojom se ona uređuje). Dok, čini se, zakonodavac težište stavlja na nespornost pravne situacije, autor ovog rada smatra da podjednaku vrednost ima to da se ona uređuje preciziranjem primarne dispozicije. Doduše, primarnu dispoziciju zakonodavac izričito ne spominje, ali je ona utkana u zakonsko određenje upravne stvari.

Sve u svemu, zakonsko definisanje upravne stvari, kao jedna od najznačajnijih novina Zakona o upravnim sporovima iz 2009. godine, zaslužuje posebnu pažnju, ne samo zbog hrabrosti zakonodavca da se upusti u definisanje jednog od ključnih i najspornijih upravnopravnih pojmova, već i zato što se prezentirana zakonska definicija upravne stvari može, i to sasvim sigurno, označiti kao uspešan pokušaj okvirnog određenja upravne stvari. Njome je, konačno, popunjena praznina koja već dosta dugo postoji u srpskim, i ranijim jugoslovenskim upravno-

³¹ Po mišljenju nekih autora, ovakve i slične definicije upravne stvari treba izbegavati, jer njihovi autori "hotimično ili nesvesno redovno gube iz vida činjenicu da se takve karakteristike (upravne stvari – N.B.), i to u kumulativnom obliku, mogu konstatovati i kod određenih vrsta sudskih stvari, odnosno stvari koje se rešavaju u vanparničnom postupku". Z. Jelić, str. 705. Međutim, izvesno je da ovi autori gube iz vida činjenicu da jedna pravna stvar može biti upravna ili sudska prama svojim formalnim ili materijalnim obeležjima, i da, voljom zakonodavca, jedna pravna stvar može formalno biti upravna, nezavisno od njenih materijalnih karakteristika, i obratno, jedna upravna stvar, materijalno određena, može, ako je to propisima izričito propisano, biti sudska stvar.

procesnim normama, što, istine radi, nije nikakva specifičnost našeg prava. Takođe, kao izraz koncepta vladavine prava, koji iziskuje da svaki ključni pravni pojam bude jasno i precizno određen, zakonska definicija upravne stvari može u velikoj meri poslužiti modernizaciji racionalizaciji celokupne upravne procedure, i, posebno, značajno doprineti ujednačavanju naše upravne i upravnosudske prakse, koje su, kada je reč o upravnoj stvari, često nekonzistentne, posebno upravnosudska praksa.

ZAKLJUČAK

Upravna stvar je ključni pojam upravnog prava i njene nauke, ključni institut upravne procedure i materijalni kriterijum za razgraničenje upravnog postupka od drugih pravnih postupaka, kao i upravnog akta od drugih pojedinačnih akata vlasti, onaj pojam od čijeg preciziranja zavisi i određenje njihovih ostalih osnovnih pojmova.

Njeno definisanje, odnosno preciziranje njene sadržine i obeležja može biti delo tvoraca pozitivnog prava, upravnopravne doktrine i prakse, pri čemu njeno zakonsko određenje mora imati prioritet.

Zakon o upravnim sporovima, donet 2009. godine, obiluje velikim brojem novina unutar kojih se posebno izdvajaju predmet upravnog spora i definisanje upravne stvari. Za razliku od Zakona o upravnim sporovima iz 1996. godine, koji je samo propisivao da se upravni akti donose u upravnim stvarima, ne određujući šta je upravna stvar, važeći Zakon o upravnim sporovima je definiše. Prema izričitim odredbama Zakona, upravna stvar je pojedinačna nesporna situacija od javnog interesa u kojoj neposredno iz pravnih propisa proizilazi potreba da se buduće ponašanje stranke autoritativno pravno odredi, a upravni akt, pojedinačni pravni akt kojim nadležni organ, neposrednom primenom propisa, rešava o određenom pravu ili obavezi fizičkog ili pravnog lica, odnosno druge stranke u upravnoj stvari.

Upravna stvar može biti određena šire ili uže. Najšire, kao svaka životna situacija u kojoj deluje javna uprava, i najuže, kao konkretna pojedinačna nesporna pravna situacija, koju ovlašćeni subjekti u javnom interesu autoritativno i neposredno uređuju izricanjem primarne dispozicije. Najširi pojam je organske, a najuži, materijalne prirode.

Zakonska definicija upravne stvari zaslužuje i pohvalu i pažnju, ne samo zato što se njome popunjava jedna odavno postojeća praznina u našim upravnoprocesnim normama, već zato što ona u skladu sa konceptom vladavine prava, predstavlja pouzdan osnov za ujednačavanje naše upravne i upravnosudske prakse.

NEVENKA BAČANIN, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Kragujevac

THE LAW ON ADMINISTRATIVE DISPUTES AND ADMINISTRATIVE MATTER

Summary

Administrative matter is the key term of the administrative law and its science, the key institute of administrative procedure and a material criterion for making a difference between the administrative procedure and other legal procedures, as well as the difference between the administrative act and other government acts. The precise definition of this term is the basis for defining all other terms in this field.

Formulating a definition of this term, that is determining its content and characteristics, can be performed by the authors of positive law and/or administrative legal doctrine and/or administrative legal practice and its legal formulation should be given a priority.

The Law on administrative disputes of 2009 brought many novelties, among which we shall underline the ones related to the subject of the administrative dispute and definition of the administrative matter. Unlike the Law on administrative disputes of 1996 which only regulated that administrative acts were passed in the cases related to administrative matter and did not define what administrative matter meant, the existing Law on Administrative disputes gives the definition of the administrative matter. According to the provisions of this Law, the administrative matter is an individual undisputable situation of public interest in which the need to prescribe the party's future conduct in a legally authoritative way emerges from the legal provisions. As for the administrative act, the Law states that it is an individual legal act which the relevant administrative organ applies in determining certain rights and obligations of natural or legal person, that is of the other party in a dispute.

An administrative matter can be defined in a narrow or a broad sense. In the broad sense it refers to any life situation affected by public administration and in the narrow sense, as a concrete individual, undisputable legal situation which the authorized subjects, acting in public interest, directly and authoritatively regulate by passing a primary disposition. The broad meaning is of organic and the narrow meaning is of material nature.

Legal definition of administrative matter deserves our attention and recognition, not only because it fills a gap that existed for a very long time in our administrative procedural regulations, but also because, according to our concept of the rule of law, represents a reliable basis for the harmonization of our administrative and court practice.

ZORAN LONČAR

USMENA RASPRAVA U UPRAVNOM SPORU

U V O D

Sprovedenom reformom upravnog zakonodavstva u Srbiji prethodnih godina najveće promene su unete u materiji upravnog spora. Nakon što je u okviru nove organizacije pravosudnog sistema predviđeno obrazovanje posebnog Upravnog suda, čiji je početak rada bio određen za 1. januar 2010. godine,¹ na samom kraju 2009. godine donet je i novi Zakon o upravnim sporovima.² Novim Zakonom je trebalo stvoriti sve procesne pravne pretpostavke za ostvarivanje sveobuhvatnije kontrole nad zakonitošću rada uprave i ujedno omogućiti dalje jačanje pravnog položaja stranaka, u skladu sa pravilima novog Ustava i uspostavljenim evropskim standardima u ovoj oblasti. Iz tog razloga su Zakonom o upravnim sporovima u pogledu mnogih pitanja unete suštinske izmene u odnosu na ovaj vid sudske kontrole zakonitosti rada uprave, koji je kod nas funkcionisao u neznatno izmenjenom obliku još iz perioda zajedničke države obrazovane nakon drugog svetskog rata. Sa uvođenjem posebnog Upravnog suda i donošenjem novog Zakona o upravnim sporovima može se reći da su u materiji upravnog spora unete

Dr Zoran Lončar, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

¹ Zakon o uređenju sudova, član 29, "Službeni glasnik Republike Srbije", broj 116 od 22. decembra 2008. godine i broj 104 od 11. decembra 2009. godine.

² "Službeni glasnik Republike Srbije", broj 111 od 30. decembra 2009. godine.

do sada najveće promene u poslednjih šest decenija, odnosno od prvog posleratnog Zakona o upravnim sporovima iz 1952. godine.

Kao najvažnije novine u upravnom sporu se danas javljaju: proširivanje predmeta spora; mogućnost odlučivanja upravnog suda o odlaganju izvršenja osporenog upravnog akta; vrste sudskih odluka koje mogu biti donete i vrste pravnih sredstava koja se mogu upotrebiti protiv odluka upravnog suda. U red najvažnijih izmena koje donosi novi Zakon o upravnim sporovima svakako spada i način utvrđivanja činjeničnog stanja, na osnovu koga upravni sud donosi odluku o zakonitosti osporenog akta. U cilju utvrđivanja činjenice da li su sa izmenom zakonodavstva stvorene i stvarne pravne pretpostavke za kvalitetniju, sveobuhvatniju i efikasniju sudsku kontrolu nad radom uprave, što je trebalo da bude cilj reforme upravnog zakonodavstva u oblasti upravnog spora, predmet naše analize će biti izmene koje su izvršene u pogledu načina utvrđivanja činjenica na osnovu kojih sud donosi odluku u upravnom sporu, a koje su vezane za održavanja usmene rasprave.

UTVRĐIVANJE ČINJENICA U UPRAVNOM SPORU

U pogledu načina utvrđivanja činjenica na osnovu kojih sud u upravnom sporu odlučuje o zakonitosti osporenog upravnog akta teorijski posmatrano razlikuju se tri sistema: sistem u kome sud odlučuje na osnovu činjeničnog stanja utvrđenog u upravnom postupku; sistem u kome sud sam utvrđuje činjenično stanje u upravnom sporu i mešoviti sistem, prema kome sud odlučuje na osnovu činjenica utvrđenih u upravnom postupku, ali ima i mogućnost da pod određenim uslovima sam utvrđuje činjenice u upravnom sporu.

Svaki od navedenih sistema ima određenih prednosti i nedostataka. Osnovna prednost prvog sistema se ogleda u većoj efikasnosti i ekonomičnosti vođenja upravnog spora, dok se nedovoljna pouzdanost utvrđenog činjeničnog stanja javlja kao njegov osnovni nedostatak. Prednost drugog sistema se ogleda u većoj pouzdanosti utvrđenih činjenica, ali se zato kao osnovni nedostatak javlja manja efikasnost i veći troškovi upravnog spora. Prednosti i nedostaci jednog i drugog sistema na najbolji se način koriguju primenom mešovitog sistema.³

Osnovnu tendenciju u upravnom sporu u savremenim državama predstavlja utvrđivanje činjeničnog stanja od strane samog suda tokom usmene rasprave.

³ "U upravnom sudstvu, i dalje dominira pismeni karakter postupka, međutim, on bi trebalo da bude ublažen, pošto često usmena diskusija sa podnosiocem tužbe ili nekim funkcionerom može olakšati utvrđivanje istine, isto kao i saslušavanje ili izlazak na uviđaj". G. Braibant, B. Stirn, *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris, 2002, p. 590.

Ovakav način utvrđivanja činjenica u ovoj vrsti sudskog postupka se javlja pre svega kao posledica primene načela prava na pravično suđenje iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine. Iako se pravo na pravično suđenje, predviđeno članom 6. stav 1. Konvencije,⁴ prvobitno odnosilo samo na suđenja u građanskim i krivičnim stvarima, zahvaljujući praksi Evropskog suda za ljudska prava ono se postepeno tokom poslednje dve decenije proširilo i na upravne stvari.⁵ Štaviše, Komitet ministara Saveta Evrope je 15. decembra 2004. godine državama članicama izdao Preporuku o sudskoj kontroli upravnih akata, u kojoj se predviđa princip po kome sud treba da bude u poziciji da ispita sva pravna i činjenična pitanja koja su od značaja za rešavanje stvari.⁶ U Komentaru ovog principa izričito se navodi da sud mora biti nadležan da sam utvrdi relevantne činjenice ili da bar ispravi greške u pogledu utvrđenog činjeničnog stanja.⁷ Ovakav stav o načinu utvrđivanja činjenica u upravnom sporu, koji je vremenom prerastao u pravni standard, u zakonodavstvima savremenih država ima za posledicu sve veću afirmaciju upravnog spora pune jurisdikcije, koji je dugo u praksi predstavljao samo redak izuzetak.

Do usvajanja novog Zakona o upravnim sporovima osnovno pravilo u Srbiji je bilo da sud u upravnom sporu o zakonitosti osporenog upravnog akta odlučuje na osnovu činjeničnog stanja utvrđenog u upravnom postupku,⁸ s tim što je imao mogućnost i da sam utvrdi činjenično stanje i na osnovu njega reši spor, u slučaju ako bi poništavanje osporenog upravnog akta i ponovno vođenje postupka pred nadležnim organom uprave izazvalo za tužioca štetu koja bi se teško mogla popraviti, ili ako je na osnovu javnih isprava ili drugih dokaza u spisima predmeta bilo očigledno da je činjenično stanje drukčije od onog koje je utvrđeno u upravnom postupku, kao i ako je u istom sporu već bio poništen upravni akt, a nadležni or-

⁴ "Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravično i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona". Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, član 6. stav 1

⁵ Videti detaljnije: H. Mol, K. Harbi, "Pravo na pravično suđenje", vodič za primenu člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima, Savet Evrope, Beograd, 2007; A. Jakšić, "Evropska konvencija o ljudskim pravima" – komentar, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2006; D. Popović, "Autonomni koncept evropskog prava ljudskih prava", Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, broj 4/2009, str. 121–137.

⁶ Recommendation Rec (2004) 20 of Committee of Ministers to member states on judicial review of administrative acts, Principe 4e.

⁷ Comments on principles, paragraf 70.

⁸ "Sud rešava spor, po pravilu, na osnovu činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku". Zakon o upravnim sporovima, "Službeni list SRJ", broj 46 od 4. oktobra 1996. godine, član 38. stav 1.

gan nije u potpunosti postupio po presudi (član 38. stav 3). U tom slučaju, sud je činjenično stanje mogao da utvrđuje na usmenoj raspravi ili preko jednog člana veća ili preko drugog suda ili preko drugog organa (član 38. stav 4). Uprkos ova-
kvoj zakonskoj mogućnosti, dugogodišnja praksa upravnih sporova je ipak poka-
zala da u Srbiji usmene rasprave i samostalnog utvrđivanja činjeničnog stanja od
strane suda, u ovoj vrsti sudskog spora, gotovo da nije ni bilo. Zbog toga se kod nas
veoma dugo razlikovao način utvrđivanja činjenica na osnovu kojih je sud odlu-
čivao u upravnim sporovima, od drugih sudskih sporova (građanskih i krivičnih).

Krajem 2003. godine prilikom ratifikacije Evropske konvencije za zaštitu
ljudskih prava i osnovnih sloboda, Državna zajednica Srbija i Crna Gora, čiji je
Republika Srbija danas pravni sledbenik, iskoristila je pravnu mogućnosti i stavila
je rezervu u pogledu održavanja usmene rasprave u upravnom sporu.⁹ Osnovni raz-
log za stavljanje ovakve rezerve je tada bio sasvim objektivne prirode, s obzirom
na to da sudovi u Srbiji tada još uvek nisu bili organizaciono spremni za samostal-
no utvrđivanje činjeničnog stanja i vođenje usmene rasprave u upravnom sporu.
Tako naprimera, u upravnom odeljenju Vrhovnog suda Srbije, koji je u to vreme bio
nadležan za najveći broj upravnih sporova, postojalo je svega osamnaest sudija, u
Okružnom sudu u Beogradu je postojalo šest sudija, a u Okružnom sudu u Novom
Sadu svega tri sudije. U svim ostalim okružnim sudovima u Srbiji nisu uopšte ni
bila formirana upravna odeljenja, već su u upravnim predmetima postupale, pre-
ma potrebi, sudije raspoređene u građansko-pravnoj materiji.¹⁰

Ni krajem 2004. godine prilikom izrade Nacrta Zakona o upravnim sporovi-
ma, koji je prošao javnu i stručnu raspravu i kasnije predstavljao osnovu za izradu
važećeg Zakona o upravnim sporovima iz 2009. godine, u pogledu načina utvrđi-
vanja činjenica u upravnom sporu nije bitno drugačije postupljeno. Tada je samo
deklarativno bilo navedeno da sud u upravnim sporovima rešava posle održane
usmene rasprave, odnosno na nejavnoj sednici (član 28). Međutim, istovremeno
je bilo predviđeno da veće suda može rešiti da se održi usmena rasprava zbog slo-
ženosti predmeta spora ili ako inače nađe da je to potrebno radi boljeg razjašnje-
nja stvari (član 29), čime je formalno usmena rasprava učinjena potpuno fakulta-
tivnom. Obaveznost utvrđivanja činjenica u usmenoj raspravi je bila predviđena
samo u slučaju ako je u upravnom postupku učestvovalo dve ili više stranaka sa su-
protnim interesima, odnosno u slučaju vođenja višestranačkog upravnog postup-

⁹ Članom 3. tačka 3. Zakona o ratifikaciji Konvencije predviđeno je da "pravo na javnu raspravu propisano članom 6. stav 1. Konvencije neće uticati na primenu načela da u upravnim sporovima sudovi u Srbiji po pravilu ne održavaju javne rasprave".

¹⁰ Videti: M. Savatić, "Osnivanje i organizacija upravnog sudstva u Srbiji", Osnivanje, organizacija i funkcionisanje upravnog sudstva – zakonodavstvo i praksa nekih evropskih zemalja, Vrhovni sud Srbije, Beograd, 2007, str. 10.

ka sa tzv. kontrarnim strankama, što predstavlja jako retku situaciju u praksi (član 29. stav 2). Razlog za ovakvo postupanje pri izradi ovog Nacrta Zakona se tada nesumnjivo nalazio u svesti o potrebi pune primene Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao i Preporuke o sudskoj kontroli upravnih akata Komiteta ministara Saveta Evrope, ali isto tako i u svesti o trenutnom kapacitetu tadašnjeg Vrhovnog suda Srbije i okružnih sudova, a posebno o činjenici da se formiranje novog Upravnog suda očekivalo još od donošenja Zakona o uređenju sudova iz 2001. godine, čija je odredba o obrazovanju ove vrste suda nekoliko puta odlagana.¹¹ Upravo je ta činjenica i predstavljala osnovni razlog zbog koga je donošenje novog Zakona o upravnim sporovima odloženo do usvajanja novog Ustava, bez obzira na plan reforme upravnog zakonodavstva, utvrđen Akcionim planom za sprovođenje Stragegije reforme državne uprave, usvojene od strane Vlade Republike Srbije oktobra 2004. godine.

Prilikom izrade novog Zakona o upravnim sporovima iz 2009. godine u pogledu načina utvrđivanja činjeničnog stanja u upravnom sporu, moralo se voditi računa prvenstveno o pravu na pravično suđenje koje je sadržano u odredbi člana 32. stav 1. novog Ustava iz 2006. godine, kao najvišeg pravnog akta,¹² ali isto tako i u članu 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, koja kao potvrđeni međunarodni ugovor na osnovu člana 194. Ustava ima višu pravnu snagu od zakona. Istovremeno, trebalo je voditi računa i o Preporuci o sudskoj kontroli upravnih akata, bez obzira na to što nije u pitanju pravno obavezujući akt, s obzirom na to da je u njoj predviđen standard koji Savet Evrope smatra poželjnim da bude ostvaren u svim državama članicama. Upravo iz tih razloga jednu od najvažnijih novina u Zakonu o upravnim sporovima danas predstavlja utvrđivanje činjeničnog stanja na usmenoj raspravi, koja je propisana kao osnovno pravilo.

OBAVEZNOST USMENE RASPRAVE

Za razliku od ranijeg perioda kada je osnovno pravilo bilo da sud u upravnom sporu odlučuje na osnovu činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku,

¹¹ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o uređenju sudova, "Službeni glasnik RS", broj 42 od 18. jula 2002 i broj 27 od 19. marta 2003.

¹² "Svako ima pravo da nezavistan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i optužbama protiv njega". Ustav Republike Srbije, član 32. stav 1.

a da je sam mogao da utvrđuje činjenično stanje samo u zakonom izričito propisanim slučajevima, novim Zakonom o upravnim sporovima je kao osnovno pravilo propisano da *sud odlučuje na osnovu činjenica utvrđenih na održanoj usmenoj raspravi* (član 33. stav 1). Izuzetno, bez održane usmene rasprave sud danas može da rešava samo ako je predmet spora takav da očigledno ne iziskuje neposredno saslušanje stranaka i posebno utvrđivanje činjeničnog stanja ili ako stranke na to izričito pristanu (član 33. stav 2). U tom slučaju, sud je dužan da posebno navede razloge zbog kojih nije održao usmenu raspravu (član 33. stav 3).

Propisujući ovakav izuzetak bitno je, međutim, relativizovano osnovno pravilo o obaveznosti usmene rasprave. I danas, baš kao i ranije, način utvrđivanja činjeničnog stanja u upravnom sporu zavisi samo od procene suda. Bez obzira na to što je kao osnovno pravilo izričito propisano da sud odlučuje na osnovu činjenica utvrđenih na održanoj usmenoj raspravi, on uvek može da odluči i bez održavanja usmene rasprave, ako proceni da je predmet spora takav da očigledno ne iziskuje neposredno saslušanje stranke i posebno utvrđivanje činjenica. Procena nepostojanja potrebe za održavanjem rasprave isključivo je stvar suda. Čak ni zakonska obaveza suda da mora obrazložiti razlog zbog koga nije održao usmenu raspravu ništa u suštini stvari ne menja, pošto je uvek u pitanju samo njegova subjektivna ocena. Štaviše, zbog pogrešnog navođenja ili čak nenavođenja razloga za neodržavanje usmene rasprave, ne postoji mogućnost pravne zaštite stranaka, pošto pogrešna procena nepostojanja potrebe za održavanje usmene rasprave nije predviđena kao osnov za upotrebu nijednog od postojećih vanrednih pravnih sredstava. Dakle, pravno posmatrano, navedena novina u pogledu načina utvrđivanja činjenica u upravnom sporu je samo formalno-pravne prirode.¹³

Na potpunu relativizaciju osnovnog pravila u pogledu načina utvrđivanja činjenica u upravnom sporu ukazuje i posebno navođenje (“naročitih”) slučajeva kada je obavezna usmena rasprava. Ako je zaista postojala želja da usmena rasprava bude pravilo prilikom utvrđivanja činjenica u upravnom sporu, onda nakon što su već predviđeni izuzetni slučajevi kada sud može odlučiti i bez održane usmene rasprave, odnosno izuzeci od osnovnog pravila – da sud odlučuje na osnovu činjenica utvrđenih na usmenoj raspravi, nije postojala potreba i posebnog propisivanja “naročitih slučajeva” u kojim je obavezno održavanje usmene rasprave, tim pre što većina od njih opet zavisi od procene suda. Tako je predviđeno da je usmena rasprava “naročito” obavezna kada to zahteva složenost predmeta spora, kada

¹³ “Praktično, u odnosu na prethodni Zakon, u kojem je pravilo glasilo da se ne vodi usmena rasprava, ali da je sud može zakazati ako smatra da je potrebna, promena se sastoji u tome da sada pravilo glasi: sud činjenice utvrđuje na raspravi, osim ako proceni da je predmet spora takav da očigledno ne iziskuje neposredno saslušanje stranaka i posebno utvrđivanje činjeničnog stanja.” D. Milkov, *Upravno pravo*, III, Novi Sad, 2010, str 121.

je to neophodno radi boljeg razjašnjenja stvari, uvek kada je u upravnom postupku učestvovalo dve ili više stranaka sa suprotnim interesima, kao i kad sud sam utvrđuje činjenice radi rešavanja u punoj jurisdikciji i u slučaju rešavanja bez spisa predmeta zbog njihovog nedostavljanja od strane tuženog organa ni u naknadnom roku (član 34). S obzirom na to da su prva dva slučaja stvar isključivo procene suda, a da je treći slučaj jako redak u praksi, utvrđivanje činjenica u usmenoj raspravi će faktički biti obavezno samo u slučaju vođenja spora pune jurisdikcije i u slučaju nedostavljanja spisa predmeta od strane tuženog organa. U svim ostalim slučajevima usmena rasprava će biti stvar procene suda. Dakle, tek buduća praksa novoformiranog Upravnog suda će pokazati šta će zaista biti pravilo u pogledu načina utvrđivanja činjeničnog stanja u upravnom sporu. Danas, gotovo pune dve godine od početka primene novog Zakona o upravnim sporovima ona se još uvek ne može utvrditi, pošto je članom 77. stav 1. Zakona izričito predviđena primena pravila starog Zakona (rešavanje na osnovu činjenica utvrđenih u upravnom postupku) na sve upravne sporove pokrenute pre početka primene novog Zakona (1. januara 2010. godine), a novoformirani Upravni sud je do sada, uglavnom, rešavao samo stare predmete.

Da će usmena rasprava u upravnom sporu biti samo stvar procene Upravnog suda, uprkos rešenjima iz novog Zakona o upravnim sporovima, ukazuju i pojedine sudije tog Suda, ističući pri tom činjenicu da ne bi bilo dobro ako Upravni sud ne bude vodio usmene rasprave kao osnovno pravilo.¹⁴ Međutim, današnje stanje Upravnog suda nikako ne ide u prilog očekivanju da će ovaj sud, kada dospe u fazu da rešava po novoprimitim predmetima, u značajnijoj meri činjenično stanje sam utvrđivati na usmenoj raspravi. Novoformirani Upravni sud organizaciono posmatrano nije u bitno drugačijoj situaciji nego što je bio raniji Vrhovni sud Srbije. Povećan je broj sudija Upravnog suda (36), ali je i zbog proširenog predmeta upravnog spora (svaki pojedinačni pravni akt kojim se rešava o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu stranke za koji nije predviđena druga sudska zaštita) znatno uvećan i broj predmeta. Uprkos duplo većem broju sudija, samo tokom 2010. godine ukupan broj nerešenih predmeta (31.557) ne samo da se nije smanjio, već se i uvećao i to za 2.457 predmeta, odnosno za čitavih 8%. Ako se uzme u obzir da je tokom 2010. godine Upravni sud rešio ukupno 12.142 predmeta i to po odredbama starog Zakona, koje nisu podrazumevale obaveznu usmenu raspravu, a da bi 14.599 novoprimitih predmeta trebalo da rešava na usmenoj

¹⁴ "Evidentno je da do novog ZUS-a, sudovi nisu utvrđivali činjenično stanje na javnoj raspravi. Autor, kao sudija Vrhovnog suda Srbije, nije uočio nijedan takav primer. Ovo znači da odnos sudija prema tom institutu mora da bude promenjen i da se rasprava ne sme zaobilaziti". J. Ivanović, "Utvrđivanje činjenica u upravnom sporu", *Pravni život*, broj 10, 2010, str. 353.

raspravi, onda ovaj podatak izgleda još negativniji.¹⁵ Takođe, ni činjenica da novoformirani Upravni sud raspolaže sa svega pet sudnica u sedištu suda u Beogradu i po jednom sudnicom u odeljenjima u Novom Sadu, Nišu i Kragujevcu,¹⁶ svakako ne idu u prilog očekivanju da bi činjenično stanje u upravnom sporu u budućnosti moglo biti utvrđivano od strane samog suda na usmenoj raspravi.¹⁷

JAVNOST USMENE RASPRAVE

Mogućnost održavanja javne rasprave u upravnom sporu predstavlja jednu od garancija pravičnog suđenja predviđenog članom 32. stav 1. Ustava Republike Srbije, kao i članom 6. stav 1. Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Javnost usmene rasprave u upravnom sporu je istovremeno i jedan od standarda izričito sadržanih u tački 4. Preporuke o sudskoj kontroli upravnih akata Komiteta ministara Saveta Evrope.¹⁸ Do sada je osnovno pravilo bilo da sud u upravnim sporovima rešava na nejavnoj sednici (član 32 Zakona). Mogućnost vođenja usmene rasprave je postojala samo izuzetno. Zbog toga u prethodnom Zakonu o upravnim sporovima nije ni bilo posebno regulisano pitanje javnosti usmene rasprave. S obzirom na to da u praksi usmene rasprave gotovo da nije ni bilo, pitanje javnosti postupka utvrđivanja činjeničnog stanja od strane suda u upravnom sporu se samim tim nije ni postavljalo.

Pošto je novim Zakonom o upravnim sporovima kao osnovno pravilo propisano da sud odlučuje na osnovu činjeničnog stanja utvrđenog na usmenoj raspravi bitnu novinu danas predstavlja regulisanje i pitanja javnosti usmene rasprave. Kao osnovno pravilo je propisano da je usmena rasprava javna (član 35. stav 1). Pored toga, predviđene su i određene situacije u kojima se može odstupiti od ovog pravila.¹⁹ Tako, veće suda može da isključi javnost za celu raspravu ili za određeni deo rasprave u slučajevima kada to zahtevaju razlozi zaštite interesa nacionalne

¹⁵ Videti: Informator o radu Upravnog suda za 2010. godinu, str. 43.

¹⁶ Videti: Informator o radu Upravnog suda za 2010. godinu, str. 51–52.

¹⁷ Interesantno, da i pored činjenice što Upravni sud prema novoj organizaciji pravosudnog sistema može da ima ukupno 36 sudija, trenutno u tom sudu postoji samo 30 sudija koji sude predmete u upravnom sporu! Ostalim sudijama je sudijska funkcija u međuvremenu prestala usled izborna na drugu funkciju ili zbog odlaska u penziju, a nove sudije još uvek nisu izabrane.

¹⁸ Recommendation Rec (2004) 20 of Committee of Ministers to member states on judicial review of administrative acts, Principe 4f.

¹⁹ "Javnost je sredstvo kojim se olakšava kontrola javnog mnjenja, međutim, ona može ugroziti spokojstvo pravde i izazvati probleme u privatnom životu građana. Zbog toga ovo pravilo u radu

bezbednosti, javnog reda i morala, kao i radi zaštite interesa maloletnika ili privatnosti učesnika u postupku (član 35. stav 2). O isključenju javnosti sud odlučuje u formi rešenja. Bez obzira na razlog koji je bio povod odluci o isključenju javnosti sa usmene rasprave, takvo rešenje uvek mora biti obrazloženo i javno objavljeno (član 35. stav 3). Uvođenjem ovakvog pravila znatno se otežava mogućnost zloupotrebe odredbi o isključenju javnosti sa usmene rasprave, odnosno onemogućava veće suda da se pozivanjem na bilo koji razlog koji može biti podveden pod dosta široke pojmove javnog reda ili morala, odnosno zaštite privatnosti učesnika u postupku i sl., izbegne prisustvo javnosti u radu suda kao pretpostavke pravičnosti suđenja. Sud uvek ima pravo na isključenje javnosti sa usmene rasprave ako smatra da je nastupio neki od zakonom propisanih slučajevima, ali zato svaki od tih razloga uvek mora detaljno da obrazloži i takvo rešenje mora javno da objavi.

Unošenje ovakvih pravila u novi Zakon o upravnim sporovima otvara istovremeno i dva veoma važna pitanja: najpre samog pojma javnosti, odnosno kruga lica koja bi mogla biti isključena sa usmene rasprave, a zatim i mesta gde se rešenje o isključenju javnosti mora objaviti. U pogledu lica koja bi mogla biti isključena sa usmene rasprave, nesumnjivo je da se mogućnost isključenja uvek odnosi na javnost u najširem smislu, odnosno na predstavnike sredstava javnog informisanja i sve građane koji iz bilo kog ličnog razloga žele da prate usmenu raspravu, kao i da se ono nikako ne može odnositi na stranke i eventualno njihove pravne zastupnike, kao obavezne učesnike upravnog spora, jer u protivnom uopšte ne bi smeli imali usmenu raspravu. Isključenje javnosti bi se moglo odnositi eventualno još i na treća zainteresovana lica, kao lica koja imaju interes da učestvuju u upravnom sporu radi zaštiti svojih prava i pravnih interesa, odnosno prava koja su stečena upravnim aktom koji se pobija, pošto im je Zakonom o upravnim sporovima priznato svojstvo stranke, u slučaju ako bi im poništaj osporenog upravnog akta neposredno bio na štetu (član 12). Kod isključenja javnosti sa usmene rasprave u upravnom sporu kao jedan od problema koji se može postaviti je i pitanje nemogućnosti pravne zaštite u slučaju neopravdanog isključenja javnosti, s obzirom na to da takva vrsta greške nije predviđena kao razlog za upotrebu ni jednog od postojećih vanrednih pravnih sredstava u upravnom sporu. Eventualno, u slučaju neopravdanog isključenja sa usmene rasprave trećeg zainteresovanog lica, takvo lice bi imalo mogućnost da protiv rešenja o isključenju sa usmene rasprave traži ponavljanje postupka u upravnom sporu (član 56. stav 1. tačka 6).

U pogledu mesta na kome se rešenje o isključenju javnosti mora objaviti, bez obzira na to što Zakon o upravnim sporovima ovo pitanje precizno ne reguli-

administracije mora imati i nekoliko izuzetaka". G. Braibant, B. Stirn, *Le droit administratif français*, p. 587–588.

še, uzimajući u obzir činjenicu da se svrha donošenja rešenja o isključenju javnosti ogleđa u obavezi suda da detaljno obrazloži razloge za isključenje i da ih učini dostupnim javnosti, mišljenja smo da bi za postizanje takve svrhe bilo dovoljno i samo objavljivanje rešenja na oglasnoj tabli suda, a ne obavezno i u sredstvima javnog informisanja.

POKRETANJE I TOK USMENE RASPRAVE

S obzirom na to da je danas usmena rasprava propisana kao osnovno pravilo u pogledu načina utvrđivanja činjenica u upravnom sporu, sasvim je razumljivo što je novim Zakonom o upravnim sporovima nešto detaljnije uređeno pitanje samog pokretanja i toka usmene rasprave.

Usmenu raspravu uvek zakazuje predsednik veća i na nju poziva stranke i sva zainteresovana lica, ako ih ima (član 36). Pri tome, još uvek važi pravilo da se usmena rasprava može odložiti samo iz važnih razloga, o čemu odlučuje veće (član 36. stav 1). Ako neka od uredno pozvanih stranaka izostane sa usmene rasprave, ne samo da se ne može smatrati da je ona time odustala od svog zahteva u upravnom sporu, već to ne sprečava ni samo održavanje usmene rasprave. U takvom slučaju predsednik veća je dužan da pročitata podnesak stranke koja je izostala (član 38. stav 2). U slučaju da na usmenu raspravu ne dođu ni tužilac ni tuženi, sud može da odloži raspravu ili da odluči da raspravi spor i bez njihovog prisustva, u zavisnosti od procene da li je posebno izjašnjavanje stranaka na raspravi neophodno za razjašnjenje stvari (član 38. stav 3).

U Zakonu o upravnim sporovima su određena osnovna pravila o toku usmene rasprave. Sud na raspravi sam odlučuje koji će se dokazi izvesti radi utvrđivanja činjeničnog stanja. Usmenom raspravom uvek rukovodi predsednik veća. Na raspravi reč prvo dobija član veća koji je izvestilac, koji izlaže stanje i suštinu spora, ne iznoseći pri tome i svoje mišljenje. Predsednik veća dalje daje reč tužiocu, pa zastupniku tuženog i zainteresovanim licima, ako ih ima, pri čemu je dužan da uvek vodi računa da se njihove izjave odnose samo na sporna pitanja i okolnosti, koja su od značaja za rešenje stvari (član 39). O toku usmene rasprave se obavezno vodi zapisnik, u koji se unose sve bitne činjenice i okolnosti. Zapisnik o održanoj usmenoj raspravi uvek potpisuju predsednik veća i zapisničar (član 37. stav 2 i 3).

Zakonom o upravnim sporovima nisu izričito uređena brojna druga pitanja koja mogu biti od značaja za održavanje usmene rasprave, kao što je na primer: način pozivanja stranaka i drugih učesnika na raspravu; održavanje reda na raspravi; prekid usmene rasprave i sl. Na sva ta i druga pitanja koje mogu biti od značaja za

održavanje usmene rasprave u upravnom sporu, na osnovu izričitih odredbi Zakona o upravnim sporovima (član 74) i dalje važi pravilo da se shodno primenjuju odredbe iz Zakona o parničnom postupku.

ZAKLJUČAK

Novim Zakonom o upravnim sporovima je kao osnovno pravilo propisano da sud u upravnom sporu odlučuje na osnovu činjenica utvrđenih na održanoj usmenoj raspravi. Iz tog razloga bi se već na prvi pogled moglo reći da je način utvrđivanja činjenica u upravnom sporu usaglašen sa načelom prava na pravično suđenje, predviđenim novim Ustavom Republike Srbije i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao i da je time formalno ispunjen jedan od najvažnijih standarda u oblasti upravnog spora, formulisan u Preporuci o sudskoj kontroli upravnih akata Saveta Evrope. Uprkos tome, za usmenu raspravu u upravnom sporu se ipak ne bi moglo reći da je novim Zakonom o upravnim sporovima u potpunosti na pravno zadovoljavajući način uređena. Usmena rasprava je danas samo formalno postala osnovno pravilo od koga postoje brojni izuzeci. Jedino u slučaju vođenja spora pune jurisdikcije i u slučaju nedostavljanja spisa predmeta od strane tuženog organa, kao i u jako retkim situacijama kada u upravnom postupku učestvuju dve ili više stranaka sa suprotnim interesima, usmena rasprava u upravnom sporu je faktički obavezna. U svim ostalim slučajevima njeno održavanje je isključivo stvar procene suda.

Pošto novoformirani Upravni sud danas uglavnom rešava samo nasleđene predmete po odredbama starog Zakona o upravnim sporovima, koje ne podrazumevaju obavezno održavanje usmene rasprave, za sada se može reći da su donošenjem novog Zakona o upravnim sporovima stvorene samo pravne pretpostavke za utvrđivanje činjeničnog stanja od strane suda u usmenoj raspravi, a da će tek buduća praksa Upravnog suda pokazati da li će usmena rasprava u upravnom sporu kod nas zaista postati pravilo ili redak izuzetak, kao što je to bio slučaj do sada, kada su u upravnim sporovima odlučivali Vrhovni sud Srbije i okružni sudovi. Imajući u vidu da je nezadovoljavajuće stanje pravosuđa predstavljalo osnovni razlog zbog koga je dugi niz godina odlagana reforma upravnog spora, a da je kapacitet današnjeg Upravnog suda u odnosu na broj predmeta samo neznatno proširen, način na koji je određena usmena rasprava navodi na zaključak da je ona svojevremeno predstavljala samo izlazno rešenje koje je trebalo da posluži da se pri izradi Nacrta Zakona o upravnim sporovima dobije pozitivno mi-

šljenje Saveta Evrope, a da će usmena rasprava u praksi verovatno i dalje biti izuzetak, a ne pravilo.

Očigledno je da je reforma pravosuđa bila neposredan povod za reformu zakonodavstva u oblasti upravnog spora, umesto da je prethodno detaljeno reformisano celokupno upravno zakonodavstvo, pa tek onda kreiran odgovarajući pravosudni sistem. Prilikom kreiranja Zakona o uređenju sudova i drugih pravosudnih propisa, nije sa dovoljno pažnje vođeno računa o činjenici da se načelo prava na pravično suđenje, koje je sada propisano, ne više samo Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, već i novim Ustavom kao najvišim pravnim aktom, podjednako odnosi i na upravne sporove kao i na sve ostale vrste sudskih postupaka. Uz to, uočljivo je i da je upravno zakonodavstvo na brzinu prilagođavano novouspostavljenoj organizaciji pravosuđa. Iako je Zakon o uređenju sudova donet još 2008. godine, novi Zakon o upravnim sporovima je usvojen tek 29. decembra 2009. godine, svega dva dana pre početka rada Upravnog suda i Vrhovnog kasacionog suda. Usvojen je po hitnoj zakonskoj proceduri, pošto novoformirani sudovi nisu mogli da otpočnu sa radom u upravnom sporu po odredbama prethodnog Zakona o upravnim sporovima. Izlišno je govoriti o postojanju ustavne obaveze na usaglašavanje svih zakona sa odredbama novog Ustava (prava na pravično suđenje iz člana 32) najkasnije do 31. decembra 2008. godine, koja je bila propisana članom 15. Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava.

Da je pri izradi novog Zakona o upravnim sporovima postojala svest o nedovoljnom kapacitetu Upravnog suda, jasnu potvrdu predstavlja i činjenica da je zakonodavac odlučio da se stari predmeti i dalje rešavaju po odredbama starog Zakona, usled čega skoro pune dve godine od početka rada Upravnog suda još uvek nemamo primenu novog Zakona u pogledu jedne od najvažnijih novina, zbog koje je i trebalo menjati prethodni Zakon.

Ako danas zaista postoji svest o nemogućnosti Upravnog suda da odgovori na zahtev za održavanje usmene rasprave kao osnovno pravilo u pogledu načina utvrđivanja činjeničnog stanja u upravnom sporu, smatramo da ne treba više čekati, već da treba hitno ići u susret neophodnim izmenama propisa. Smatramo da ovog puta treba menjati pravosudni sistem u pravcu uspostavljanja adekvatne organizacije Upravnog suda, a ne upravno zakonodavstvo, kao što je to do sada činjeno. Istovremeno, to bi mogla biti prilika i za otklanjanje nekih drugih nedostataka na koje je ukazivano u dosadašnjim stručnim i teorijskim raspravama, poput nedostatka žalbe kao redovnog pravnog sredstva i uvođenja dvostepenog upravnog sudstva. U suprotnom, ako praksa Upravnog suda bude ista kao i praksa nekadašnjeg Vrhovnog suda Srbije i okružnih sudova, onda reforma upravnog spora u pogledu načina utvrđivanja činjeničnog stanja nije ni bila potrebna, a usmena

rasprava u upravnom sporu će i dalje biti jedan od najvažnijih neostvarenih evropskih standarda u oblasti sudske kontrole uprave.

ZORAN LONČAR, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law, Novi Sad

THE VERBAL HEARINGS IN ADMINISTRATIVE DISPUTE

Summary

The new Law on Administrative Disputes, as basic rule, provides that in administrative dispute the court decides on the basis of the facts established at the held verbal hearing, unlike the previous law, when the court decided on the facts established in the administrative proceedings. Therefore, it would be said that the method of determining the facts in the administrative proceedings is consistent with the principle of a fair trial, as one of the most important European standards in the field of judicial control of administrative acts. But with the new Law on Administrative Disputes verbal hearing is only formally became a basic rule, of which there are numerous exceptions.

Whether a verbal hearing would be held, in many cases is a matter of assessment of the court. Numerous facts indicates that the Administrative Court will not be able to respond to a request for holding verbal hearing (the number of cases, the number of judges and courtrooms...). Priority should be given to providing adequate organization of the Administrative Court, in order to be able to meet the demand for holding an verbal hearing, as a primary way to establish the facts. Otherwise, if the practice of the Administrative Court becomes the same as the practice of the former Supreme Court of Serbia and former district courts, then the reform of administrative dispute was not needed, so the verbal hearings in administrative disputes will continue to be one of the most important unfulfilled European standards in the field of judicial control of administration.

POLONCA KOVAČ

ČUTANJE UPRAVE IZMEĐU ZAŠTITE PRAVA STRANAKA I JAVNOG INTERESA

SAVREMEN UPRAVNI POSTUPAK
U OKVIRU KONCEPCIJE DOBRE UPRAVE

Upravna stvar u kojoj se suočavaju prava stranaka i javni interes mora da bude odgovarajuće regulisana, a regulacija treba da se sprovodi tako što će se postupke u pojedinačnim slučajevima voditi na efikasan način. Naime, efikasna i demokratska uprava predstavlja noseći stub svakog društva koje stremi ka trajnom razvoju. Pri tome je već Veber utvrdio da je reč o tzv. tehničkoj racionalnosti u smislu ostvarivanja ciljeva (*Zweckrationalität*) kada je uprava, odnosno njeno postupanje racionalno ukoliko očekivani rezultati prevazilaze terete, a osim toga je ključna i vrednosna racionalnost (*Wertrationalität*, Kovač i Virant, 2011, str. 211). Odgovornost za takvo postupanje u prvom redu leži na zakonodavcu, ali i na izvršiocima propisa. Kako normiranje tako i implementacija propisa kao osnovne aktivnosti institucionalnog i instrumentalnog javnog upravljanja čine osnov koncepcija savremenog društva, pre svega dobrog vladanja i dobre uprave. Savremeno shvatanje upravnog postupka u kontekstu koncepta *good governance* ili koncepta *good administration* u oblasti uprave iziskuje napo-

Dr Polonca Kovač, docent Fakulteta za upravu Univerziteta u Ljubljani.

rednu i srazmernu zaštitu oba interesa, javnog i privatnih (više u Cardona, 2005; Rusch, 2009; Kovač & Virant, 2011, str. 199). Zato su naročito važni definisanje i tumačenje načela i normi vezanih za rokove za donošenje rešenje koji na osnovu međunarodnih standarda ne smeju da budu nerazumno dugi, odnosno država mora u tu svrhu da uspostavi ograničavajuće mehanizme, npr. žalbu i sudsku zaštitu zbog ćutanja uprave. No pravo na žalbu ima i širi značaj s obzirom da obezbeđuje materijalnu i formalnu zakonitost, kao i implementaciju javnog interesa, odnosno javnih politika, a ne samo zaštitu pravnih interesa stranaka. Zato se, pre svega, pod uticajem Evropskog suda za ljudska prava na osnovu člana 6 i 13 Evropske konvencije o ljudskim pravima o pravu na pošteno suđenje i efikasnom pravnom leku razvilo više međunarodnih standarda sa naglaskom na donošenje rešenja u razumnom roku i pravnu zaštitu od vlasti (više u Ziller, 2005, str. 261, i Schwarze, 2006). Sve to ističe i Povelja EU o osnovnim pravima¹ (koja je stupila na snagu u decembru 2009), naročito u članu 41 i 47 sa utvrđivanjem prava na dobru upravu i efikasan pravni lek kao osnovnim pravima na nivou primarnog prava EU². Suština prava na dobru upravu je da pojedincu i svakom pravnom licu pruža nepristrasno, pravično i vremenski razumno rešavanje njegovog predmeta, pri čemu mora da mu se omogući da bude saslušano i da ima pristup svim podacima u sopstvenom predmetu, a odluka organa uprave mora da bude obrazložena. Proizlazeći iz navedenog, osnovanost potrebe za kodifikacijom upravnog postupka nije izvedena samo radi predvidljivosti za adreseate već i protiv nepravilnosti uprave (*maladministration*) koje pak ne moraju da podrazumevaju nezakonit ili neustavan akt, no koje proizvode necelishodnost odluke u pogledu pravnog poretka u celini. Nepravilnosti goni evropski zaštitnik građana na osnovu kodeksa usvojenog 2001. godine i noveliranog 2005. godine (uz ograničenja, već usled "eklektičnosti" odredaba kako upozorava Hopkins, 2007, str. 725).

Upravni postupak je alat kojim se definiše upravnopravni odnos između vlasti i adresata autoritativne norme na način da se vlast vrši istovremeno i efikasno i demokratski, a zajedničko načelo zaštite javnog interesa i prava stranaka trebalo bi da obezbedi balans. Kako bi se vlast vršila na optimalno celishodan način, a u granicama zakonitosti i bez zloupotreba na uštrb prilično slabije stranke u odnosu u poređenju sa organom uprave koji vodi postupak i koji na-

¹ Službeni list (*Uradni list*) EU, C 83/337, 30. 3. 2010.

² Ta prava su često i materija nacionalnog pravnog poretka na najvišem nivou, npr. Ustav (*Ustava*) Republike Slovenije u članu 25 utvrđuje pravo na efikasan pravni lek, ili finski ustav i ZUP izričito utvrđuju donošenje rešenja bez nepotrebnog otezanja.

stoji da sprovede ciljeve vlasti, srž upravnog postupka (po pravilu) predstavlja razrešenje kolizije između javnog i privatnog interesa stranke. Pri tome je javni interes definisan kao ciljevi i načini ostvarivanja javnih politika koji su predviđeni propisima na snazi. Prisustvo zaštite javnog interesa kao izraz osnovnog načela zakonitosti tako predstavlja izrazitu osobenost rešavanja upravnih, odnosno javnopravnih stvari. Pomenuto ne važi samo u upravnom postupku već i u naknadnom upravnom sporu, odnosno drugim oblicima sudske kontrole zakonitosti (pojedinačnih) upravnih i analognih akata. Zato je upravni postupak kao jedan od glavnih poslovnih procesa javne uprave u većini zemalja sveta regulisan sistemskim propisom, tj. zakonom o opštem upravnom postupku (ZUP) ili bar kodeksom o opštem upravnom postupku (npr. u Rumuniji). Nadalje, države imaju različite sisteme sudske kontrole zakonitosti i pravilnosti rešavanja upravnih stvari, pretežno putem zakona o upravnim sporovima (ZUS), a posebno sti upravnih oblasti uređuje specijalno zakonodavstvo, odnosno zakonodavstvo pojedinačne oblasti (tipično često baš u slučajevima rokova za donošenje rešenja, legitimacije za pravne lekove i dejstava žalbe).

No, u zadnje vreme se u većem broju zemalja zadire u regulaciju ustaljenih instituta upravnog procesnog prava radi efikasnosti, ekonomičnosti, otklanjanja administrativnih prepreka i sl. Značaj racionalnosti i efikasnosti postupaka je, naime, naglašen u smislu potrebe za rešavanjem složenih društvenih problema, naročito u oblasti ekonomskog razvoja i investicione sposobnosti, ograničenja recesije i sl.³ Zato se preko primarnog cilja podsticanja preduzetničkih aktivnosti sve češće uvodi i povećava, između ostalog, i pravna zaštita (žalba) u položaju čutanja uprave ili menja tradicionalna koncepcija fikcije negativnog rešenja (koja je po uzoru Francuske prisutna od 1865. godine) na osnovu koje se smatra da je u slučaju propuštanja roka za donošenje rešenja zahtev stranke odbijen i stranka dobija mogućnost da izjavi žalbu ili podnese tužbu višoj instanci i "prinudi" celokupan sistem na što bržu sadržinsku ocenu i odluku o priznanju zahteva stranke (tj. preduzetnika). Fikcija usvajanja zahteva je postala često rešenje u nacionalnim pravnim porecima u *lex generalis* ili nizu zakona iz pojedinačnih oblasti, naročito pod uticajem Direktive 2006/123/EZ o uslugama na unutrašnjem tržištu (*Direktiva 2006/123/ES o storitvah na notranjem trgu*).⁴ Ta direktiva je dovela do reformi regulacije kako ZUP tako i posebnih upravnih postupaka u Španiji, Francuskoj, Italiji, Holandiji itd., kao i u zemljama kandidatima za članstvo u EU ili Južnoj Americi (u Jansen, 2008; Koprić et al., 2009, str. 201). Druge

³ Detaljnije u Rusch, 2009, str. 5; Hopkins, 2007, str. 713, Barnes et al., 2008, str. 21.

⁴ Službeni list EU, L376 od dana 27. 12. 2006.

zemlje pak traže hibridne načine suočavanja i rešavanja kolizija između javnog interesa i pravnih interesa stranaka.

Kako bi se u upravnim stvarima postupalo efikasno, treba naglasiti odgovornost vlasti na više nivoa, jer će sistem otkazati kao celina u slučaju da bilo koji nivo ne postupa odgovorno. Zato mora zakonito i blagovremeno postupiti prvo svako službeno lice koje je ovlašćeno za vođenje postupka, odnosno preduzimanje pojedinačnih procesnih radnji (tako npr. već odredba jugoslovenskog ZUP-a iz 1956. godine, upor. Kosovac & Kozarčanin, 1986, str. 295). Nadalje, efikasnu organizaciju rada i nadzor nad radom potčinjenih treba da vrši rukovodilac stvarno i mesno nadležnog organa, zato mu je po pravilu već *ex lege* dato ovlašćenje za odlučivanje; on je takođe odgovoran za efikasnu organizaciju i raspodelu rada, kao i za zakonitost u smislu borbe protiv korupcije, a na sistemskom nivou za uspostavljanje povratne petlje informisanja regulatora o neimplementaciji važećih propisa. Upravni menadžment treba da strukturira rad jedinica uprave i preraspodelu kadra za sprovođenje postupaka na način da se isti vode što brže i da predmeti od određenog značaja imaju prednost. Takođe su važni organizacija resora kao celine (zato je žalbeni organ često resorno ministarstvo ili drug vladin organ) i usaglašen rad različitih vlasti sa kojima pojedinac dolazi u kontakt u više upravnih stvari radi rešavanja svoje životne situacije. U upravnim stvarima treba po potrebi da se uspostavi i sudsko rešavanje, jer je puna jurisdikcija suda u slučaju ćutanja uprave prava potvrda pravne zaštite stranke od neaktivnosti uprave (Winkelhofer, 1991, str. 66). Pri tome se postavlja pitanje do koje mere može menjanje opštih pravnih normi (npr. zaokretom iz negativne u pozitivnu fikciju u slučaju ćutanja uprave) da bude efikasno i sistemski podesno (tek) za pokrivanje konkretne loše organizacije ili nedostatka kompetencija pojedinačnih rukovodilaca. Treba naglasiti da institut ćutanja uprave doprinosi efikasno vođenim postupcima već na načelnom i preventivnom nivou. Propuštanja rokova za donošenje rešenje, naime, utiču na efikasnost sistema kao celine, krše načela jednakosti pred zakonom i pravne sigurnosti, a osim toga doprinose i smanjenju konkurentnosti nacionalne privrede.

PROPISANI ROKOVI ZA DONOŠENJE REŠENJA
I PRAVNA ZAŠTITA U SLUČAJU ĆUTANJA UPRAVE
KAO OGRANIČAVANJE VLASTI

Upravni postupak predstavlja način ostvarivanja prava, pravnih koristi, odnosno nametanja obaveza u upravnom odnosu. Budući da je uprav-

nopravni odnos po svom nastanku jednostran, ZUP bi trebalo da zaštiti, pre svega, slabiju stranku u odnosu prema organu, odnosno vlasti. Naime, u prirodi modernog (javnog) prava je da je državi i njenim organima dozvoljeno samo ono što spada u njihovu pravno predviđenu nadležnost. Reč je o tzv. samoograničavanju vlasti (Pavčnik, 2007, str. 53). Zato je upravni postupak osnovni instrument pravne države i demokratije, naročito u vezi sa zaštitom ustavnih prava pojedinačnog subjekta od potencijalne zloupotrebe vlasti od strane organa uprave (Ziller, 2005, str. 261, McCubbins, 2007, str. 19). Mada prvobitne kodifikacije upravnog postupka nisu sadržale propisani rok za donošenje rešenja i posledice njegovog nepoštovanja, institut je kasnije masovno primenjen u vezi sa institutom rešavanja u razumnom roku (Jerovšek et al., 2004, str. 617).⁵

Prvo pravno uređenje koje je uvelo čutanje organa uprave sa fikcijom negativne odluke bilo je francusko, a na području nekadašnje Jugoslavije ZUP iz 1956. godine (koji se ponegde primenjuje i danas) sadržao je posebnu odredbu o žalbi zbog čutanja organa uprave već u trećem stavu člana 11 osnovnog načela prava na žalbu (Kosovac & Kozarčanin, 1986, str. 32). Ipak, o čutanju uprave i njegovim posledicama možemo govoriti tek kada je rok za donošenje rešenja unapred propisan. Ta norma znači naređeno postupanje, pa je zato primarna pravna posledica koju dopunjuje fikcija odluke u slučaju prekoračenja propisanog roka kao sankcija, odnosno sekundarna pravna posledica čija je svrha obezbediti bar sekundarnu efikasnost pravne norme. Naime, stranka se u protivnom ostavlja u neizvesnom položaju, odlaže se priznanje njenog prava (budući da ga može izvršavati tek posle donošenja i izvršnosti rešenja), a stranka se, kako kažu na Myetymology (2011), večno nada (*"hoping eternally"*). Zadire se u predvidljivost pravnih odnosa i, u položajima nametanja obaveza, u prava drugih i javnu korist jer se stranci kasnije nalaže zakonita obaveza. Sve to podstiče, u najmanju ruku, nepoverenje u rad i efikasnost uprave (Anthony, 2008). Propisani rokovi nisu namenjeni samo tome da se unutar njih što pre donese odluka zbog odnosa između pretpostavljene vlasti i pojedinca u upravnopravnom odnosu već da se donese odluka (i u predmetima gde je posebnim zakonom predviđen samo

⁵ U Sloveniji je na osnovu ustavne odredbe o efikasnom rešavanju i pravu na sudsku zaštitu od 2006. godine na snazi Zakon o zaštiti prava na suđenje bez nepotrebnog otezanja (Zakon o varstvu pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja, Službeni list (*Uradni list*) RS br. 49/06) koji je donet na osnovu presude ESLJP u predmetu Lukenda 2005. godine i OdlUS, U-I-65/05 od dana 22. 9. 2005. prema kojoj je celokupan slovenački sistem neefikasan u pogledu obezbeđivanja donošenja rešenja u razumnom roku. Svrha ZZPSBNO je ubravanje postupka putem nadzorne žalbe i predlaganjem roka, kao i obezbeđivanje pravične satisfakcije (npr. novčane naknade štete u iznosu od 300 do 5000 evra ili objave presude).

rok za podnošenje zahteva, a ne za rešavanje stvari) u roku kojim će se obezbediti da stvar sama po sebi ne postane bespredmetna.

Organ mora što pre da reši potencijalnu koliziju između javnog interesa i pravno zaštićenih interesa stranaka, uz što manje troškova i drugih tereta za sve učesnike u postupku i rukovodeći se celishodnošću postupanja. Naime, prava i pravni interesi koje stranke ostvaruju u upravnom postupku predstavljaju prava pozitivnog statusa koja pružaju pojedincu mogućnost da od države traži određene usluge, a koje država pak mora da pruži. Kod ove grupe prava, naročito onih socijalnih i ekonomskih, reč je o pravno zajemčenim očekivanjima koja država mora ne samo da zaštititi već i da stvori mogućnosti za njihovo stvarno uživanje (više u Kovač, 2011). Suština upravnog postupka je da se utvrđivanjem i dokazivanjem postojećih i relevantnih činjenica za donošenje rešenja ipak suoče propisani uslovi u javnom interesu za sticanje prava ili nametanje obaveze pojedinačnoj stranci. Ukoliko se postupak takve vrste ne sprovede, ne možemo govoriti o meritornoj oceni jer se *meritum* tumači kao “zasluga”, tj. sadržinski dokaz ispunjenja propisanih uslova u konkretnom slučaju. Kod fikcije priznanja prava, odnosno pravnog interesa meritorna ocena je po definiciji odsutna, zato svrha norme (bar apstraktno) nije ispunjena. U tom pogledu je besmisleno govoriti o tome kome treba ćutanje uprave da nanese štetu – stranci ili organu uprave (tako npr. Pirnat, 2009, str. 3), jer, pre svega, šteti javnom interesu, tj. (vrednosnim) kategorijama definisanim i zaštićenim propisima na snazi.

Položaj ćutanja i prezumpcija negativnog rešenja su u većini poredaka odvojeni – fikcija odluke neće nastupiti samim istekom roka za donošenje rešenja, pa stranka mora prvo da izjavi žalbu, odnosno podnese urgenciju i tužbu u upravnom sporu ili da upotrebi drugo sredstvo. Stranka koja je podnela zahtev može u slučaju ćutanja uprave da izjavi žalbu odmah posle isteka rokova (ukoliko je izjavi pre, žalba će biti odbačena kao prerana) i bilo kada do izdavanja rešenja. Zbog ćutanja uprave nije vezana na rok za žalbu koji je inače propisan, pa može da izjavi žalbu sve dok ćutanje uprave traje. U slučaju suprotnih stavova da rok ističe posle isteka žalbenog roka, računavši od dana propuštanja organa, svrha instituta ćutanja uprave postala bi bezvredna (Popović et al., 1998, str. 446). S obzirom na prethodno definisanu koncepciju ćutanja uprave kao ograničavanja apsolutističke vlasti, fikciju odluke u slučaju ćutanja uprave može da ostvari samo glavna aktivna stranka.⁶

⁶ Tako naglašeno u Popović et al., 1998, str. 447, i Davitkovski & Pavlovska-Daneva, 2008, str. 24. S druge strane pojedina uređenja, npr. slovenačko (upor. Jerovšek et al., 2004, str. 617, Androjna & Kerševan, 2006, str. 124) uvode ćutanje uprave i u postupcima po službenoj dužnosti, kako radi prekida položaja pendencije stranke tako i implementacije javnog interesa. Šikić (u Ko-

Ako pak pogledamo uređenja u pojedinačnim zemljama vezano za rokove za rešavanje i pravo na žalbu (više u Kovač & Sever, 2011), primetićemo, uprkos trendovima ujednačavanja, nekoliko važnih razlika. U pogledu tematike žalbe u EU je merodavna presuda Suda EU u predmetu *Kuehne i Heintz* (C-453/00 (2004)) prema kojoj je regulacija upravnog postupka prepuštena nacionalnoj autonomiji, no različiti sistemi se pod uticajem prava i judikature u EU međusobno približavaju u pravcu "evropeizacije" (Rusch, 2009, str. 2; Willemsen et al., 2010, str. 5). Zato je očigledna bar normativna konvergencija razvoja upravnog prava u pojedinim zemljama, takođe u oblasti rokova za rešavanje, prava na žalbu i mehanizama za zaštitu stranaka od neaktivnosti uprave. Pri tome je npr. na području II Evrope veoma uticajna organizacija Sigma kao zajednička inicijativa OECD i EU. Sigma je 2005. godine, između ostalog, izradila i model ZUP-a kao podsetnik za nacionalne regulacije upravnog procesnog prava, gde je naglašeno i donošenje rešenja u propisanom roku kao vid pravičnosti postupka (*procedural fairness*).⁷

Blagovremenost donošenja rešenja predstavlja jedan od vidova ispoljavanja načela zakonitosti, pri čemu treba da se uspostavi odgovarajući balans između obezbeđivanja procesnih garancija stranaka i efikasnog postupanja uprave (Cardona, 2005, str. 2). Što se tiče samog vremenskog okvira za donošenje rešenja, može se primetiti da ga ZUP u zemljama germanskog uticaja (npr. Austrija, Slovenija, Hrvatska, Srbija, Makedonija) konkretizuje. Drugačije je na primer u Finskoj i Estoniji gde ZUP standard za donošenje rešenja u razumnom roku uređuje kao "zahtev za donošenje rešenja bez nepotrebnog otezanja" (obe države regulisale su konkretne rokove u zakonodavstvu pojedinačne oblasti), iako je prosečni rok za izdavanje rešenja u uobičajenim upravnim stvarima obično predviđen u trajanju od mesec dana (Statskontoret, 2005, str. 32). Sve u svemu, države uglavnom uspostavljaju negativnu fikciju ili efikasan rad uprave kao etič-

prić & Đulabić, 2009, str. 205) upravo zato smatra hrvatski ZUP sa čutanjem uprave samo u postupcima po zahtevu korakom nazad s obzirom na pređašnje uređenje.

⁷ Cardona (2005) naglašava da je donošenje rešenja u veoma kratkom roku mogućnost koja može da se dozvoli samo u retkim izvanrednim slučajevima, jer se time zadire u načelo zakonitosti kao primarno načelo upravnog prava. Zakonodavac mora u vezi sa rokovima da povede računa o definisanju početka toka roka, načina računanja (npr. u pogledu uračunavanja ili isključenja praznika), mogućnosti produžetka roka i povraćaja u pređašnje stanje. Naročito treba utvrditi rok za donošenje rešenja (što predstavlja dopunu prvobitnim nacionalnim regulacijama kao što je austrijska regulacija prema zakonu iz 1991. godine) – uz mogućnost varijacije s obzirom na složenost predmeta i eksplicitno posledice prekoračenja za stranku sa pravom žalbe i sudskom zaštitom.

ki standard, zato u navedenom slučaju prilikom ćutanja uprave preduzimaju više-manje neformalne mere.

MODELI REŠAVANJA ĆUTANJA UPRAVE UZ ANALIZU KARAKTERISTIKA

U vezi sa položajem u slučaju ćutanja uprave (uzimajući u obzir oćiglednu konvergenciju pod uticajem EU) možemo, generalno gledano, govoriti o tri modela sistemskog uređivanja problema neaktivnosti uprave, odnosno njenog ćutanja. Za razumevanje detaljnog stanja u vezi sa pretežnom afirmacijom negativne, odnosno pozitivne fikcije identifikacija općteg pravila neće biti dovoljna, jer treba poznavati i procesno pravo pojedinaćne oblasti. U tabeli 2 su predstavljene ključne karakteristike tih modela iz kojih se vidi da nijedno rešenje nema samo pozitivne strane. Posledice negativnog ili pozitivnog rešenja su u slučaju ćutanja uprave propisane kao neoboriva pravna fikcija (*praesumptio iuris et de iure*) jer u protivnom njeno dejstvo ne bi imalo smisla, pa bi se vodili sporovi i dokazivalo ko je (bilo službeno lice ili stranka) i kada odugovlaćio tok postupka. Za ostvarenje prezumpcije potrebno je ostvarenje određenih procesnih pretpostavki, npr. mora biti predviđen rok za donošenje rešenja, mora biti predviđena određena pravna zaštita u slučaju ćutanja uprave i mora biti reć o postupku povodom zahteva stranke. Glavna razlika između prva dva (preovlađujuća) modela jeste ta da stranka u slučaju neaktivnosti vlasti u modelu negativne fikcije stiće procesna, a u modelu pozitivne fikcije materijalnoppravna ovlašćenja. Zato prikaz objedinjuje podvarijante pojedinaćnog modela (npr. u Austriji u slučaju ćutanja uprave stranka nema pravo na žalbu, već na njenu inicijativu dolazi do preuzimanja nadležnosti od strane višeg organa uprave ili suda).

U svim zemljama je prisutan problem neaktivnosti uprave pa tako i sistemi prevazilaženja tog problema. Preovlađujući pristup je propisivanje rokova za donošenje rešenja uz fikciju negativne odluke u ZUP-u, pri ćemu se dopušta mogućnost fikcije usvajajućeg rešenja kao izuzetka prema posebnim zakonima (npr. Francuska, Italija, Slovenija, Hrvatska, Srbija...). Uz fikciju negativnog akta određene zemlje dodale su paralelno preuzimanje nadležnosti (npr. Austrija ili Slovenija) ili medijaciju putem ombudsmana (npr. Švedska, Velika Britanija, Holandija). U drugim zemljama se sve više pokušava prevazići neodazivanje uprave fikcijom usvajajuće odluke na osnovu općteg uređenja ili posebnih upravnih propisa. Sporazumno rešavanje sporova se uvodi ćak i tamo gde uopće nema propisanog roka, ali pasivnost uprave zadire u osnovna načela demokratije (npr. u Velikoj Britaniji). Evropska komisija, 2011, str. 14–19). Posledica ukljućivanja

država u različite međunarodne organizacije i ratifikovanje najrazličitijih međunarodnih dokumenata time predstavlja i globalizaciju upravne i upravnopravne teorije i prakse. U savremenom društvu regulacija i njeno izvršavanje moraju da budu u skladu sa načelima zakonitosti i legitimnosti, kao i efikasnosti, jer je dobra uprava ona koja čini i vrši regulaciju ne samo po golom slovu zakona, već i kroz cilj usled kog je usvojena.

ZAKLJUČAK

Sušтина upravnog postupka ostaje meritorno suočavanje i istovremena zaštita javnog i privatnih interesa, kao i instrument za zaštitu ustavnih garancija (Ziller, 2005, str. 261; Barnes et al., 2008, str. 16). Zato bi eventualnu fikciju pozitivne odluke kao korenit zahvat u tradiciju sa različitim ciljevima u pravcu efikasne (organizacije) uprave bilo pogodnije dosledno ostvarivati kroz odredbe posebnih propisa pretpostavljenih ZUP-u. Kada bi se pozitivna fikcija uspostavila kao opšte pravilo, upravni postupak ne bi imao smisla jer bi postupak bez meritorne ocene kroz pravna načela i norme postao administrativna prepreka (stranke bi morale da podnesu zahtev i da sačekaju neaktivnost uprave, posle čega bi bez suočavanja sa javnom korišću i pravima drugih stekle prava; dakle, zakon bi obavezao stranke na aktivnost, ali u formalnom smislu bez dodate vrednosti "s druge strane"). Ako zakonodavac smatra da meritorna ocena nije neophodna, postavlja se izvorno pitanje – zašto uopšte određeni odnos definisati kao upravni odnos s obzirom da – kako izgleda – sadržinsko suočavanje privatnog i javnog interesa nije neizbežno!? Ako je tako, bolje bi bilo deregulisati oblast ili propisati naknadni nadzor. Noveliranje ZUP-a takođe ne predstavlja odgovarajuće rešenje problema sistemske neaktivnosti uprave i predugog rešavanja. Rešavanju takve problematike treba pristupiti putem optimalnije organizacije i razvoja menadžmenta, a ne putem propisa. Sve dok postoji neophodnost proveravanja ugroženosti javnog interesa definisanjem predmeta kao upravne stvari, treba sprovesti sadržinsko odmeravanje interesa u postupku, bar na osnovu uređenja u *lex generalis*. Često (naročito samo parcijalno) menjanje upravnog procesnog prava, naročito ZUP-a, ni u kom slučaju nije preporučljivo i sa aspekta preglednosti, pravne sigurnosti i konsolidacije upravnopravnih odnosa. S druge strane bi u slučaju većih društvenih promena (npr. punopravno članstvo u EU ili vreme globalne ekonomske krize) valjalo izvršiti generalni pretres koncepcije uređenja javne uprave i upravnopravnih odnosa, a zatim po potrebi i na osnovu analize posledica promena osavremeniti kako sistemsko zakonodavstvo tako i zakonodavstvo pojedinačne oblasti.

POLINCA KOVAČ, Ph.D.,
Assistant Professor of Management,
University of Ljubljana

ADMINISTRATIVE SILENCE BETWEEN PROTECTION OF RIGHTS
OF PARTIES AND PUBLIC INTEREST

Summary

The administrative procedure is a tool to define the administrative relation between authorities and the addressees of the authoritative norm. The authority is to be exercised both effectively and democratically, by ensuring the common principle of protection of public interest and of the rights of the parties in a balance. The contemporary concept of administrative procedure within good governance incorporates simultaneous protection and resolution of collision of both benefits – public and private. But the strive for rationality and efficiency of procedures is lately emphasized in order to stimulate economic development and investment capability of states. Therefore the need for fast decision-making or sanctions in the case of administrative silence is emerging more and more. Mainly three possible models to deal with the problem of administrative silence have been known in the individual countries: negative fiction or devolution of competence, acknowledgment of a claim (positive fiction) and mediation through ombudsmen or other alternative dispute resolution method between administrative bodies and the parties. Based on a critical analysis of the latest modifications in the regulation and implementation of general administrative procedure acts, the author in the paper discusses advantages and disadvantages of different models within the concept of understanding an administrative procedure as a tool to implement public policies and guarantee for the constitutional rights of the parties and the public interest. As a prevailing model in several decades of European practice in the field stands the negative fiction model as the most traditional one, whereby the party overcomes the pending status and can assert legal protection as if their claim was denied. Therefore, the positive fiction, emerging oftener lately in numerous countries seems as a radical turn over. However, one must ask itself, is the inactivity of the individual civil servants (officials) a reason that justifies sustaining the party's claim according to the emerging danger for the public interest and the rights of third persons, potential inequality, possible corruption etc. Nevertheless, the time and geographical and historical characteristics of an area will decide which is the most appropriate approach in the certain societal and legal environment to tackle the problem of administrative inactivity – inevitably in some hybrid combination of classical models.

*ANA PAVLOVSKA-DANEVA,
ELENA DAVITKOVSKI*

THE PRINCIPLES WITHIN THE EUROPEAN ADMINISTRATIVE SPACE

INTRODUCTION

While defining the European Administrative Space (EAS), it is fair to point out that this term is used as a metaphor that indicates towards the idea of administrative unification within EU member states, as well as candidate states, at a higher – European level. This is due to the fact that both in the Treaty of Rome from 1957 (EEC), as well as in the Treaty of Maastricht (which led to the creation of the European Union, i.e. its transformation from European Economic Community into European Union), a legally abiding, unified model of public administration for member states was not prescribed. On the contrary, all issues concerning the regulation of administrative matters, left sovereign rights completely within the hands of member states. Namely, member states are free to compose their public administration as they wish, but those public

Ana Pavlovska-Daneva, LL.D. Associate Professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”, University of Ss. Cyril and Methodius, Skopje.

Elena Davitkovska, Teaching Assistant, Faculty of Law and Faculty of Political Science, “UACS” University, Skopje.

administrations must function in a way that secures that their responsibilities towards the Community are fulfilled efficiently, in a manner that political outcomes set by the Community are accomplished. In that direction, the administrative structure of every member state is different and in accordance with its historic, cultural, social, economic and political characteristics.

We can generally group European Administrative Law in three (3) leading models: the French, German and English models. Every model has its own unique characteristics. Thus, for example, the characteristics of the French model are: highly centralized administration, professional civil servants and specialized administrative judiciary. The European countries which have adopted this particular model of public administration are: France, Italy, Spain, Portugal, Greece, Netherlands, Belgium etc. The opposing model is the English model where common law, decreasing of Monarch's competencies in favor of Parliament and local authorities, as well as increased authority of the judiciary dominate. Representatives of the English model are Great Britain, Republic of Ireland, Denmark etc. On the other hand, countries accepting the German model of public administration such as Germany, Austria, Poland etc. started the democratization process after World War Two, introducing government decentralization, administrative court protection and parceling out Administrative Law from Constitutional Law.

EU member states enjoy and enhold administrative structures and legislation built for centuries in different cultural contexts. Thus, through EU law, only basic principles of public administration that comprise democratization and rule of law doctrines are determined. The incorporation of these principles is followed by public administration reforms in EU member states, respectively, changing the traditional model of public administration into a new model referred to as New public management.

UNDERSTANDING THE ACQUIS COMMUNITAIRE

Aspects of the Acquis Communautaire related to public administration represent and put forth a set of principles, way of work, manners of managing different and specific spheres of public administration, through which principles and standards, as well as the unity of functioning of different administrative systems in diversely organized EU member states is achieved. Thus, many factors influence the creation of standards for operating within the administrative structures, which are defined as the European Administrative space. As so, we

would like to emphasize the following significant factors: 1. The development of the European system through judicial practice; 2. The request that the *Acquis Communautaire* is equally respected throughout the whole EU territory; 3. The existence of consensus between member states concerning basic components of good governance; 4. Promotion of joint principles and maxim for legal values of the public administration (Fournier et al. 1998).

The *Acquis* contains the founding Treaties of the EU, regulations, directives, decisions and other acts adopted by EU institutions, as well as decisions from the European Court of Justice, which all together comprise a pillar of the EU legal system. These regulations refer both to the EU institutions (European Parliament, European Commission, Council of Ministers, European Council, European Central Bank, European Court of Justice), as well as to member states and candidate states. Here I would like to mention that member states, as well as candidate states, face difficulties recognizing supremacy and direct application of EU rules, just in the frames of two hypotheses: collision between national constitutional rules and community rules, as well as implementation of EU directives. As a result of these processes some domestic courts hesitated if they should recognize the direct application of the directives, due to the fact that the treaty does not clearly state the application of the directives (depot legal 2006). In that direction, the trend of new governance is undoubtedly under the influence of developing events in the public administration. We can find elements from some practices which we call new governance in domestic administrative law, in some public administration practices in Europe. In those spheres, a growing recognition of borders of traditional regulatory approaches, from top to bottom, exists and repeating calls concerning things like sharing of authorities, participation, governing in accordance with experiment goals also exist (Scott and Trubek 2002).

Through the practice of the Court, regulation of national public services transformed from a monopoly into freedom of initiative and competition. The ECJ is responsible for implementation of the Treaties, revision of the regulations, directives, decisions and other legal acts adopted by the EU institutions, as well as the interpretation of EU law. From that point, we can clearly see the formal and practical implementation of EU law and its influence on member states. For example, if we take a look at the *Carvel* (ECJ 1995), *Netherlands vs. Council* (ECJ 1996) and *Hautala* (ECJ 2001) cases, we can see that the Court generally supports the principle of transparency even before the reforms introduced by the Amsterdam Treaty entered into force, but restrains from far reaching statements concerning principles which would include general right to transparency or access to information. Therefore, by the Regulation 1049/2001 concerning

access to public information, the established judicial practice concerning the implementation of this right was confirmed (it was also confirmed in the *Verin fur Konsumenten Information* case), especially referring to the exceptions from the right to free access of public information (*Sison (2005)*, *IFAW (2004)*, *Turco (2004)*).

Within the framework of the EC Treaty, provisions concerning employment in public bodies are not prescribed, on the contrary, it represents an exception from the right of employment (Article 34, Paragraph 4, Article 45 and Article 55 – these provisions are also kept in the Lisbon Treaty in Article 45, Article 52 and Article 62). The justification for this “public service” aberration is the assumption that some working positions are supposed to have “a special loyalty connection towards the state” and “reciprocity of rights and obligations which create a base for connecting to citizenship” (ECJ 1995). But, in the *Sotgiu* case (ECJ 1974), the Court decided that exceptions from the EC Treaty are applied just in the cases of access to employment, but it doesn’t justify discriminatory conditions for employment as soon as access was once permitted (the German post, based on the exceptions stipulated in the EC Treaty, refused to pay Mr. Sotgiu, an Italian, divorce reimbursement paid to German workers, based on the fact that he was employed in public service). Therefore, the Court decided that the fact that Sotgiu was allowed to work in that position, declines the existence of the interests which are justified by the exception.

In the direction of protecting citizens’ rights and freedoms from malevolent work of administrative institutions and bodies within the EU, according to Article 195 from the EC Treaty (Treaty of Maastricht), the establishment of the European ombudsman institution is prescribed. Thus, the European ombudsman investigates possible cases of malevolent administrative work, within the activities of EU institutions and bodies (in accordance with Article 195 from the EC Treaty and the Statute of the Ombudsman). “Malevolent administrative work occurs when a public body doesn’t act in accordance with the given rule or principle which is obligatory for him” (European ombudsman 1998).

One of the most important documents is the Resolution of the European parliament (September 6th 2001) that approves the European Code of Good Administrative Behavior (European ombudsman), which should be respected by EU bodies and institutions, their administrations and their civil servants during public relations. In the Statute of the Code, the European Charter of Fundamental Rights which was proclaimed during the Nice Summit in December 2000 is incorporated. According to the Charter, fundamental rights of EU citizens are: right to good administration (Article 41) and right of appeal

before the European ombudsman because of malevolent work from the EU bodies' and institutions' administration (Article 43). Furthermore, the term "good administration" refers to the following rights: 1. Every person has the right to have his or her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions and bodies of the Union. 2. This right includes: The right of every person to be heard, before any individual measure which will affect him or her adversely is taken. The right of every person to have access to his or her file, while respecting the legitimate interests of confidentiality and of professional and business secrecy. The obligation of the administration to give reasons for its decisions. 3. Every person has the right to have the EC make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties, in accordance with the general principles common to the laws of the member states. 4. Every person may write to the institutions of the EU in one of the languages of the Treaties and must have an answer in the same language.

"Good administration" is based on the principles of: legality, non-discrimination, proportionality, absence of authority abuse, impartiality and independence, objectivity, fairness, accessibility, obligation for forwarding to the competent institution department, hearing of the parties, personal data protection, access to public information etc.

The European ombudsman, Mr. Nikiforos Diamandouros, referring to his work, stated (Diamandouros 2005):

Since I was named Ombudsman, on April 1st 2003, I work hard to promote good administration in the frames EU bodies and institutions. This job has a double dimension. On one hand, the Ombudsman acts as an external control mechanism, investigating upon complaints for maladministration, giving recommendations for corrections where needed. On the other hand, the Ombudsman serves as a tool for the institutions which helps them improve their level of work and directs attention towards spheres where improvement is needed. In both cases, the ultimate goal is improvement of services provided to European citizens.

It is particularly important to point of the criteria set forth at the Copenhagen Summit in 1993 (commonly referred to as the Copenhagen criteria), as they provide crucial guidelines for nations wishing to integrate within the Union: stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities; – the existence of a functioning market economy as well as the capacity to cope with competitive pressure and market forces within the Union; – the ability to take on the obligations of membership including adherence to the aims of political, economic & monetary union.

These criteria were further complemented by the principles from Madrid in 1995 (reform of the administrative and judicial systems in compliance with the EU), Luxembourg in 1997 (strengthening of institution stability and certitude) and Helsinki in 1999 (obligation of member states to respect EU values and responsibilities as stipulated in the Treaties).

For example, during implementation of public administration reforms in Central and East European countries (their pre-accession period) and their adaptation to European standards, one of the most important and most discussed elements of EU policy was the enacting of the Law on Civil Servants, by which basic mechanisms for protection of objectivity, professionalization of civil servants and principles of openness and certainty were introduced (Hungary – Act on the Legal Status of Civil Servants – 1992, Estonia- Act on Public Services – 1995, Slovakia – Act on State Services – 2001, Latvia – Law on Civil Servants – 1994 amended in 2000 etc.) (Meyer – Sahling 2009)

THE STATUS OF PUBLIC ADMINISTRATIONS AFTER THE TREATY OF LISBON

After the first massive EU enlargement in 2004 (ten states gained membership and then in 2007 two additional states also became EU members), integration deepened and an attempt for enacting an EU Constitution was made. Although it was signed by all member states, eventually, it didn't enter into force (it didn't pass the referendum threshold in Netherlands and France). Some of the provisions from the Constitution were incorporated in the reform Treaty of Lisbon (EC Treaty, consolidated version 2010) (signed in 2007, entered into force in 2009), by which administrative cooperation is deepened (Article 197): Effective implementation of EU law by the member states, which is essential for the proper functioning of the EU, shall be regarded as a matter of common interest. The EU may support the efforts of member states to improve their administrative capacity to implement EU law. Such action may include facilitating the exchange of information and of civil servants as well as supporting training schemes. No member state shall be obliged to avail itself of such support. The European Parliament and the Council, acting by means of regulations in accordance with the ordinary legislative procedure, shall establish the necessary measures to this end, excluding any harmonization of the laws and regulations of the member states.

The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, may establish specialized courts attached to the General Court to hear and determine at first instance certain classes of action or proceeding brought in specific areas (Article 257 from the Treaty of Lisbon). Based on these authorities, in 2004 the European council brought a decision to form the European union civil service tribunal (regulated in Annex 1, Article 1 from the Treaty of Lisbon) as authorized in first degree proceedings between the EU and its employees, including proceedings between all bodies and agencies and their employees for which authority is transferred to the European court of justice.

THE PRINCIPLES OF THE EUROPEAN ADMINISTRATIVE SPACE

Principles which are regulated by the *Acquis Communautaire* can be divided in four (4) main groups: (legality, trustworthiness and prudence); openness and transparency; legal responsibility and efficiency and effectiveness.

The rule of law principle and the economic liberalism

The principle of legality is a basic maxim of the civil service system, but it also has a wider – constitutional meaning as a pillar of the legal system. Its compulsoriness is expressed through the general obligation *erga omnes*, to obey laws and other regulations while enacting legal acts and performing other actions. In theory and practice, there are two (2) basic types for manifesting the realization of the principle of legality: formal and material legality (Grizo, Gelevski, Davitkovski and Pavlovska – Daneva 2008). Formal legality is the obligation of authorized personnel and institutions to respect the in advance determined procedure based on law and to provide duly prescribed form while bringing legal acts and performing other actions. For example, particularly conferred and territorial jurisdiction, way and form of bringing a decision, process concerning regular and exceptional legal remedies, process of decision execution etc. Material legality is expressed through the obligation of authorized personnel and institutions to bring legally abiding acts and perform other actions legally. A contrario, in case of breach of formal or material legality,

formal and material illegality occurs, which depending on the degree of breach, lead to abrogation or annulment of these act and actions using legal remedies.

This “thin” or procedural version of the rule of the legal doctrine is likely to flourish in economic communities, though the doctrine does not receive identical interpretation everywhere (Neumann 1986 or Cotterell 1995). The rule of law doctrine may also operate to lock the machinery in place through a process of constitutionalization.

The most clear example for this kind of a process in action can be seen at the beginning of the EC treaty, where the reading of the Treaties in the spirit of the German *ordo* – liberal doctrine as a surrogate constitution, paired with the judge – made doctrine of EC law supremacy, has attached member states to capitalist economics, putting them under obligation “to ensure their economies are organized and run in accordance with the principles of the market and competition” (Seidel 1996). According to Stone Sweet, markets “are probably the social institutions which are most dependent upon normative underpinnings; it is indeed impossible to imagine markets absent a highly refined, legally constituted social interest, in the form of civil and property rights, contract and tort law, and mechanisms of formal adjudication by courts” (Sweet 1994). Petersmann also confirms the high importance of “national and international constitutional guarantees of freedom, non – discrimination and the rule of law” as prerequisites for “democratic peace”, claiming for this threesome of economic values the status of “global constitutionalism” (Petersmann 1997). Furthermore, Petersmann connects the World trade organization (WTO), the rule of law and the judicialization, when he states that:

“Recourse to domestic court proceedings offers the most effective and most democratic means for the decentralized enforcement of precise and unconditional WTO rules by, and for the benefit of, citizens interested in defending individual freedom and the rule of law against protectionist abuses of government powers” (Petersmann 2001).

Transparency and openness

Transparency became one of the main characteristics of a successful and accountable public sector (Christensen and Laegreid 2002). This principle refers to the publicity in the work of the public administration, as well as citizens’ access to public information. According to the principle of openness, citizens

should have easy physical access to administration at a time that is convenient for them and they should be offered information in comprehensive language. The SWS “Single Window System” where many public services are incorporated at one place, is a great example for how to make a more pleasant and time saving contact between citizens and public services.

The right of free access to public information, in the frames of the principles of transparency and accountability of public administration, represents an efficient mechanism for control of the public service by the citizens. According to this right, citizens have access to information which bodies and organizations from the public administration have at their disposal. On one hand, this is prescribed in several EU documents i.e. Treaty of Maastricht, Regulation 1049/2001, Directive on free access to environmental information form 2003, Green paper on the European transparency initiative etc., and on the other hand, it represents a part of the judicial practice in the EU. In the last 10 years (Pavlovska – Daneva and Davitkovska 2010) there is also a significant increase in the national tendencies. In addition, the legislation, by which this right is implemented, can have constitutional character, i.e. as a constitutionally guaranteed right (examples: French Constitution, Article 14 – right to know how taxes are used; Argentinean Constitution, Article 41 – access to governmental information concerning the environment; Macedonian Constitution, Article 16 – free access to information and freedom of accepting and transfer of information are guaranteed) which should later be operated by legal provisions. But also, special contribution towards the implementation and realization of this right is given by numerous international CSOs, which within their global campaign for freedom of expression, describe information as *oxygen of democracy* (Pavlovska – Daneva and Davitkovska 2010)

Appropriate implementation of the principle of openness and transparency can be achieved only if adequate understanding concerning citizens’ public needs and requests (detection and definition of problems), appropriate transformation of articulated requests transferred in political goals and programs (political formulation and implementation) and efficient correction of service delivery in case of failure of program or changes in surroundings (learning and reaction based on feedback) exist. That is why appropriate connections between public administration and the public, open channels of communication which can enable citizens integrate their interests in the political system, as well as effective control mechanisms which will guarantee that those interests will not be lost in different phases of the political and administrative process are needed (Потучек, Лелуп, Јенеи и Варади 2003).

Professionalism and competency

Professionalism protects administrative processes from instability, irrationality and inertia “in public policy which can result from a political intervention” and appears in the shape of social control which is “counterpoise and challenge of bureaucratic control” (КИНГ во Дамјановиќ и Џорџевиќ 1995). Only by professionalism and competency, as well as internal non – partisan public administration, an objective impression for state interests can be achieved (Kavaran).

Criteria which refer to professionalism of public administration are: Well developed awareness for creating dignified and moral public administration; Deep sense of responsibility to serve the public honest and well, following regulations for ethic governance as well as numerous sanctions in case of breach of professionalism; Successful public administration holds critical thought for its work, while unsuccessful looks for shortcomings elsewhere.

Efficiency, economy and effectiveness

The principle of efficiency refers to costs and expenditures within the public administration while providing goods and services. From an economic aspect efficiency is defined in two (2) ways i. e. productive efficiency (measured by the average cost for producing products and services) and allocate efficiency (measured by the degree to which the economic system reflects that combination of products and services which represents a reflection of peoples’ preferences expressed through their decisions concerning consumption) (Flynn 2007).

One of the characteristics of allocate efficiency is the principle of loyal competition (by which consumers affect producers in their decisions what to produce) which cannot be implemented in certain public activities i. e. the monopoly of the public administration protects wider public interest. (central government institutions, local self – government etc.). We can measure volume of most public services, for example education (number of enrolled students), healthcare (number of patients, personnel, medical equipment etc.), but this measurement can be difficult concerning some public services, for example, taxation. The problem is that “products” in public sector cannot be measured easily. This is confirmed by Barzelay’s arguments (Barzelay 1992).

Because you exclude the concept of production, the influential concept for efficient government advocated by the reformers was trouble that waited to happen. This inspired the flourishing of established bureaucratic focus and enabled more specialized functions to become their own separate worlds. Precisely, you could have stated that that there was increase of efficiency within the government, every time when input consumption decreased. It was much easier to argument within the industrial surroundings that reduction of costs improved efficiency only if it led to decrease of expenses per product unit.

The governing function, although united, is comprised of many elements – administrative function which includes the global governing function in its unity. We can name its following functions: implementing determined policy and execution of laws, regulations and general acts, following the situation in the sphere for which it is constituted and giving initiative for resolving questions in that sphere, administrative work, conducting governing and administrative control, preparing regulations and general acts and providing other constitutionally and legally prescribed actions such as qualified work for the Parliament and Government. That is why efficiency in the work of the administrative bodies is defined as maximum realization of determined goals of the administrative functions, using minimum time, human and material resources. Further on, this provides maximum effect in the administrative procedure and administrative work, governing and administrative control, qualified and analytical work, normative sphere etc (Гризо и Давитковски 2001).

The principle of economy refers to costs decrease i.e. rational spending of the budget and increasing productivity of public bodies, so that citizens should get services from public bodies with better quality at a lower price (Heinrich and Choi 2007). Generally, measurement of achieved results analyzes in which way, a current organization used its finances in a specific period of time (Flynn 2007). In practice, these measurements gain importance through the financial reports of public bodies.

The principle of effectiveness generally guarantees that a certain organization reaches its goals and that its final results satisfy wider public interest (for example, improvement of healthcare services, building cultural objects, decrease of criminal rate etc).

In the frames of the functional concept, most important instruments for measuring individual effectiveness are the realization contracts – the leader which is in charge of the program will negotiate the contract with his superior, in which detailed objective goals which should be realized for a period of one year, or a different time period will be determined, so at the end of

the given period that person will be assessed for the completed task (Heinrich and Choi 2007). Through assessment of effectiveness of civil servants, changes and modifications of dysfunctional working behavior, transfer of managerial knowledge to the workers concerning quantity of work, evaluation of future working potential of the employee as well as records of disciplinary violations of the civil servant can be perceived (Shafritz, Russel and Borick 2009). There are five (5) basic models for assessing civil servants' effectiveness: Assessment by the senior (the senior assess the work of the inferior); Self assessment (the person conducts self assessment through a complementary standard format, writes a narrative report for its work or sends a working product as a confirmation for realization); Mutual assessment (mutual assessment between employees of same hierarchy within one department – horizontal assessment); Assessment by the inferiors (the inferior assesses the work of the superior); – Group assessments (independent assessors, usually eminent experts which assess the work of a whole working unit, through interviews or visits to some working positions) (Shafritz, Russel and Borick 2009).

Accountability and responsiveness (the superior is responsible for the efficiency of the public body which is measured within the economic and market principles respectively)

Public administration is usually referred to as the “guardian (protector)” of the modern administrative state. From here, the fundamental political question, which is usually used as a phrase in American literature, arises: Who guards the guardians? (Rosenbloom, Kravchuk and Clerkin). Public administration must work respecting the principle of accountability, because some aspects of its work can make a wrong impression for public interest, corruption and control. Thus, administrative law is that branch of law which “disciplines” public administration in its relationship with private parties (Cassese 1995). This is also pointed out by Shapiro (Shapiro 2001):

“Administrative law is the law relating to the control of governmental power. This, at any rate, is the heart of the subject...The primary purpose of administrative law is...to keep the powers of government within their legal bounds, so as to protect the citizen against their abuse. The powerful engines of authority must be prevented from running amok”.

Within the framework of this responsibility, the principle of representative public service is also included (with this term, Donald Kingsley defines public

administration as a representative body by which the characteristics of the population it is working for are defined) (Meier 1975).

The principle of responsiveness declares that government and individual civil servants should answer to public needs, firstly, to users of services. Thus, citizens should be treated as their clients, which is understandable because through taxes and other fiscal fees, citizens have indirectly paid for public body services, according to the words of the famous theorist Marshal Dimock: "satisfaction of consumers is a criterion which should be implemented in the work of the administration, the same as in business" (Lynn 1996). But, the developing dynamic of modern administrative reforms (new public management), which are based on managerial principles in the public sector, contributed towards the development of participatory government. According to this principle, internal regulation of public bodies should be characterized by decreasing strict hierarchy of public body employees and enabling hierarchical lower servants take part in creation of public body policy, as well as proportional representation of minority groups. The external regulation term refers to: citizens' participation in creation of public body policy through public debates and public research as well as the counseling role of the public bodies towards the citizens (Barker and Peters 1993).

Predictability and legal certainty

Legal certainty as a fundamental principle, which on the European administrative space is also based on, includes principles of trust and predictability as well as other numerous principles and mechanisms which protect from arbitrariness in providing public services, i.e. while resolving rights and legal interests of citizens in administrative procedure. Thus, the principle of predictability includes: Material legality; Formal legality; Principle of proportionality in resolving; Prudence in resolving; Reasonable use of discretionary powers in resolving.

Legal certainty means avoiding frequent amending of general legal norms, because every amending produces a new legal situation which means new rights and obligations for citizens that enter into administrative relations, which can lead to doubt and suspense.

CONCLUSION

The principles of European administrative space found within the *Acquis Communautaire* are the groundwork for reforming EU institutions, as well as public administrations of member states and candidate states.

Yet, despite the fact that administrative reforms, which are implemented in member states and candidate states, are influenced by existing institutionalized structures, traditions and continuity, some common tendencies can be identified: Tendency towards a more flexible and decentralized salary system and introducing performance oriented elements; Tendency for modernizing of the employment system and introducing steps for better competition in the private sector; Connecting the system of staff assessment and the criteria for performance measurement; Tendency towards an enhanced and enlarged training of civil servants; Tendency towards decentralization of staff management; Tendency towards methods of evaluation which focus on criteria such as employee motivation and personal performance; Tendency towards enhanced application of collective agreements and social dialogue while defining remuneration; Tendency towards more flexible daily, weekly and yearly working hours; Tendency towards account – efficient pension schemes Reducing the number of employees in public services; Reducing governing structures within public services based on public legislation, and directing towards structures regulated by private law; Gender balance between men and women.

When interpreting EU law, its practical implementation and control, a dominant role is given to the judicial practice. For example, despite the fact that in the EC Treaty, public sector employment is an exception, the Court referring to the functionalist approach decided that workplaces such as: teacher in public school (ECJ 1991), nurse in a state hospital (ECJ 1986), foreign languages teaching assistant (ECJ 1989), workplaces in state rails (ECJ 1982), employees in local self – government (ECJ 1982), workplaces in lower echelons of civil service (ECJ 1987) etc. are not civil service employment's (ECJ 1986). On the other hand, in the *Commission vs. Belgium* case (ECJ 1982), the Court discovered that local workplaces for architects, supervisors (head of technical support control, head of supervisors, procurement supervisor) and night guards are treated as exceptions from EU law, as well as (*Commission vs. Italy* case) those counseling the state concerning scientific and technical research, are treated as public service employees.

CONCLUSION: REFORMING MACEDONIA'S PUBLIC
ADMINISTRATION WITHIN THE CONTEXT OF THE EUROPEAN
ADMINISTRATIVE SPACE

The Government of Republic of Macedonia initiated a public administration reform process through the adoption of the Strategy for the reform of the public administration in the Republic of Macedonia (Strategy 1999). The final goal of the Government, as the Strategy states (Strategy 1999), is to secure the development of the Macedonian public administration system through the adoption of the Strategy, and implementing the following characteristics: 1. Small public administration i.e. small “state” with amended nature of state intervention directed mostly towards regulative and monitoring functions; 2. Simple structure of the public administration system in compliance with the principle of parliamentary democracy – as few as possible divided structures which are not headed by a body whose head official is named by Parliament; 3. Democratized administration which, in the frames of the Constitution, is law oriented when realizing public authority and using public resources; 4. Protection of the administration from political interests and pressures while realizing authority, as well as control through transparent mechanisms by independent institutions; 5. Responsive, citizen – oriented public administration as an efficient service for citizens and private companies in realization of their rights; and 6. Deconcentrated model of public administration.

From these basic characteristics of the public administration, the main, as well as contemporary, principles of functioning of the new system of public administration can be derived: Rule of law; Transparency; Competency; Stability; Accountability; Foresight; Equal treatment of users; Efficiency and Ethics.

A New Strategy for the reform of the public administration was brought for the period 2011–2015. This Strategy refers to the complete reform of the public administration by the end of 2015, reaching the level of quality of the European administrative space, complying with common standards of EU member states and implementation of the *acquis* (Strategy 2010). For these goals to be met, its priorities are: Enhancement of quality of administrative services for citizens and business, highlighting the enhancement and rationalization of administrative procedures through shortening and mutual connection using modern IT solutions (including all the aspects of “e - Government” and “e - governance” concepts); Enhancement of quality of public service by strengthening the function of human resources governance and development through the entire administration (including the forming of a training institution); Enhancement

of the functions of the General Secretariat within the Government – central government for strategic planning and coordination of policies; Enlargement of efficiency and effectiveness of the public finances system through enhancement of the budgetary process, internal and external financial control, further development of program – oriented budgeting and more transparent procurement system; Enhancement of openness and transparency of the public administration through enhanced access to public information.

It is crucial to highlight that the Republic of Macedonia within its European integration process has been highly criticized for its incompacency towards adequate public administration reform. Yet, within this certain period, formal steps towards structural reform of the public administration have been taken, in line with European standards and current global trends. The key issue that persistently lacks adequate reform remains human resource development, or the lack thereof. Politicization of staff and the inexistence of a merit system of employment, as well as a career system for promotion has turned the national public administration into a tool of political elite's. What remains to be seen is a true implementation of any strategy for public administration reform, backed by the political will of leaders, with the aim of fully integrating the Republic of Macedonia into the European Administrative Space.

ANA PAVLOVSKA-DANEVA,
profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi",
Univerzitet "Sv. Kiril i Metodij" u Skoplju,
ELENA DAVITKOVSKA
sistent Pravnog fakulteta i Fakulteta političkih nauka
"University American College Skopje"
u Skoplju

PRINCIPI EVROPSKOG UPRAVNOG PROSTORA

Rezime

Evropski upravni prostor (EUP), *aquis communautaire*, definiše se kao grupa principa, način poslovanja i regulacije određenih upravnih oblasti. Uloga tih principa i standarda je da obezbeđuju jedinstvo funkcionisanja različitih upravnih sistema u okviru raznih institucija Evropske unije.

Primenom više posebnih metoda poput: komparativnog metoda, pravnog metoda i metoda analize, u ovome radu pokušat ćemo izložiti teoretske i pravne osnove za (ne)postojanje EUPa.

Sledeći pravni postulati sačinjavaju EUP: 1. Nacionalna legislativa zemalja članica EU kojim su uređena pitanja funkcionisanja uprave; 2. Regulativa (konvencije, direktive, programi) usvojena u telima i institucijama EU, koja predviđa unikatne principe poslovanja i organizacije uprave, a koja je predviđena sa *acquis communautaire*; 3. Precedentno pravo Evropskog suda za ljudska prava koje se odnosi na rad uprave.

U analizi navedenih osnova za (ne)postojanje EUPa, argumentiraćemo teoretske pristupe kaj definisanju EUP, uključujući teorije koje apsolutno poriču njegovo postojanje i teorije koje ga u potpunosti afirmišu.

Osnov EUPa predstavlja konsensus među državama članicama EU oko pitanja dobrog vladanja (dobrog upravljanja) koje se oslanjaju na načelo vladavine prava: pravna sigurnost, transparentnost, odgovornost, efikasnost, ekonomičnost i efektivnost (3 E principa), no i tehničke i menadžerske kapacitete, organizacijski kapacitet i učešće građana u procesu donošenja odluka.

ALEKSANDRA RABRENOVIĆ

DEPOLITIZACIJA RUKOVODEĆE STRUKTURE DRŽAVNE UPRAVE SRBIJE – NEMOGUĆA MISIJA?

U V O D

Depolitizacija rukovodeće strukture državne uprave jedno je od najosetljivijih i najvažnijih pitanja reforme državne uprave. Razvoj stabilnog i kvalitetnog vrha državne uprave preduslov je za ostvarenje napretka u sveobuhvatnom procesu ekonomske i socijalne reforme. Ukoliko se na najvišim mestima u državnoj upravi nalaze ljudi koji su došli samo na osnovu političkih zasluga, a ne svojih profesionalnih kvaliteta, napredak u bilo kojoj oblasti društva može se lako naći pod velikim znakom pitanja.

Prvi koraci u uspostavljanju pravnog okvira depolitizacije rukovodećih mesta u državnoj upravi u Srbiji učinjeni su donošenjem Zakona o državnoj upravi i Zakona o državnim službenicima 2005. godine. Ovim zakonskim aktima napravljena je jasna razlika između politički postavljenih lica sa jedne strane i profesionalnih državnih službenika sa druge strane, što je bio važan korak ka uspostavljanju valjanog pravnog okvira depolitizacije rukovodeće struktura u državnoj upravi.

Dr Aleksandra Rabrenović, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

Međutim, već na samom početku primene novog službeničkog zakonodavstva pojavili su se očekivani problemi kod popunjavanja rukovodećih radnih mesta. Odredbe Zakona o državnim službenicima već su nekoliko puta menjane kako bi se produžio rok za postavljanje službenika na položajima. Tako je Zakon o državnim službenicima u ovom segmentu menjan najpre 2007, a zatim i 2008. i 2009. godine. Izmenama Zakona o državnim službenicima iz 2009. godine rok za popunjavanje položaja produžen je do kraja 2010. godine.¹

Činjenica je, međutim, da i nakon isteka roka rukovodeća radna mesta nisu popunjena u skladu sa predviđenom konkurnom procedurom, čime je došlo do očiglednog nepoštovanja odredbi Zakona o državnim službenicima. Na ovu povredu nedavno je ukazala i organizacija "Transparentnost Srbija", koja je podnela tužbu Upravnom sudu jer im Vlada Srbije nije, u skladu sa odredbama Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja,² dostavila tražene informacije o broju postavljenih državnih službenika na položaje. Pitanje koje se prirodno postavlja je koji su problemi koji su doveli do zastoja procesa depolitizacije državne uprave i na koji način se oni mogu otkloniti.

Cilj ovog rada je osvetli problem politizacije državne uprave Srbije sa istorijskog, normativnog-pravnog i uporedno pravnog aspekta, radi iznalaženja mogućih rešenja u ovom važnom segmentu reforme. Nakon istorijskog osvrta na problem politizacije u Srbiji, biće analiziran uspostavljeni pravni okvir depolitizacije, koji se sastoji od uvođenja instituta konkursa za rad na najvišim službeničkim radnim mestima u državnoj upravi, kao i jasno utvrđenih razloga za prestanak radnog odnosa službenika na položaju. U radu će takođe biti prikazana i postojeća praksa, kao i uporedna iskustva zemalja Centralne i Istočne Evrope u naporima da depolitizuju svoju rukovodeću strukturu. Zaključna razmatranja pokušaću da pruže odgovore na pitanje da li je depolitizacija državne uprave moguća u bližoj budućnosti u Srbiji ili njeno sprovođenje ipak predstavlja "nemoguću misiju".

POLITIZACIJA DRŽAVNE UPRAVE – TRADICIJA ILI TREND?

Tradicija srpske državne uprave, kao i većine bivših jugoslovenskih republika, sadrži principe pružanja čvrstih garancija stalnosti radnog odnosa držav-

¹ Član 57. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o državnim službenicima, "Službeni glasnik RS", br. 104/09.

² "Službeni glasnik RS", br. 120/04, 54/07, 104/09, 36/10.

nih službenika, uključujući i njihovu rukovodeću strukturu. Brižljivo čuvan karijerni sistem državne uprave koji je postojao za vreme prve i druge Jugoslavije pružao je garancije za postepeno napredovanje u karijeri na osnovu godina radnog staža, ali i kvaliteta obavljanja posla.³ Uticaj partije na rad državne uprave, naravno, nije bio zanemarljiv, ali je državna uprava, posebno saveznog nivoa, uspela da sačuva vidan stepen profesionalnosti i nepristrasnosti, na kojoj bi joj mnoge zemlje u okruženju mogle pozavideti.

Ovi principi bili su primenjivani u velikoj meri sve do 1989. godine, ali su napušteni za vreme 1990-ih, kada je politička lojalnost postala ključni princip za zapošljavanje i napredovanje u karijeri. Visok nivo profesionalnog prestiža koju je državna uprava ranije uživala bio je ozbiljno poljuljan, što je dovelo do velikog odliva kvalifikovanih kadrova iz uprave. Politička lojalnost postala je ključni princip za zapošljavanje i napredovanje, posebno u rukovodećim strukturama državne uprave koje su postale izrazito politizovane.⁴

Politizacija državne uprave nastavila se i nakon demokratskih promena 2000. godine. Kada je nova demokratska vlada došla na vlast u Srbiji 2001, suočila se sa nedostatkom kompetentnog rukovodećeg kadra koji bi bio sposoban da izvede svobuhvatan program ekonomske i socijalne reforme. Takođe, ideološke razlike između dve Vlade bile su toliko velike da je postojala potreba da se napravi radikalni prekid sa prethodnim sistemom uprave, što je podrazumevalo otpuštanje celog rukovodećeg kadra državne uprave. Posle formiranja prve Koštuničine Vlade 2004, situacija se donekle stabilizovala pošto je nova Vlada zadržala oko 40% sekretara ministarstava i manji broj pomoćnika ministara iz prethodne vlade.⁵ To se može objasniti i postojanjem određenog političkog kontinuiteta, jer je nekoliko partija iz prethodne Djindjićeve Vlade nastavilo da učestvuje u vlasti. Nakon formiranja druge Koštuničine Vlade 2007. godine i Vlade premijera Cvetkovića 2008, jedan deo rukovodilaca je takođe zadržao svoje položaje, prvenstveno usled održanja političkog kontinuiteta partija na vlasti, ali takođe i zbog postavljenog novog pravnog okvira depolitizacije, koji je uspostavljen donošenjem novog službeničkog zakonodavstva 2005. godine.

³ Vidi: Sevic, Z., Rabrenovic, A. (1999), "Civil Service of Yugoslavia: Tradition vs. Transition", u: T. Verheijen, (ur.), *Comparative Civil Service Systems: Central and Eastern Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, str. 47–82.

⁴ Sevic Z. (2001), "Politico-Administrative Relations in Yugoslavia", u Tony Verheijen (ur.), *Politico-Administrative Relations: Who Rules?* (NISPAcee, Bratislava), str. 295–319.

⁵ Rabrenovic A. (2007), "Senior Officials in Serbia – Leaders or Followers?", u M. Vintar, P. Kovac (ur.) *Trends in Development of Public Administration in South East Europe*, University of Ljubljana, str. 95–117.

PRAVNI OKVIR DEPOLITIZACIJE DRŽAVNE UPRAVE

Prvi koraci ka depolitizaciji državne uprave Srbije učinjeni su donošenjem Strategije reforme državne uprave Srbije 2004. godine. U Strategiji se posebna pažnja posvećuje principu depolitizacije državne uprave, koji predstavlja jedan od četiri osnovna principa reforme državne uprave.⁶ Princip depolitizacije definiše se kao “jasna podela rada i ovlašćenja između izabranih političara i zvaničnika imenovanih na bazi političkog poverenja, na jednoj strani, i profesionalnih državnih službenika na visokim mestima u državnoj upravi, na drugoj strani.” Konstatuje se da bez preduzimanja ovog koraka, posebno u zemljama u tranziciji gde relativno često dolazi do smenjivosti vlada, nije moguće izgraditi stabilan i efikasan sistem državne uprave koji obezbeđuje kontinuitet u vršenju javnih poslova.⁷

Celovit pravni okvir depolitizacije državne uprave uspostavljen je donošenjem Zakona o državnoj upravi⁸ i Zakona o državnim službenicima⁹ 2005. godine. Novim službeničkim zakonodavstvom uspostavljena je jasna razlika između političkih i službeničkih radnih mesta u državnoj upravi. Ministri i državni sekretari, kao i savetnici ministra¹⁰ rezervisana su za politički postavljena lica, jer je njihov mandat vezan za mandat Vlade. Sa druge strane, radna mesta sekretara ministarstva, pomoćnika ministra, kao i direktora posebnih organizacija, i organa uprave u sastavu ministrstava i njihovih pomoćnika su najviša službenička radna mesta, jer se popunjavaju putem konkursa i nisu vezana za Vladin mandat. Ova radna mesta popunjavaju se na period od pet godina, što je duže od mandata Vlade, što bi trebalo da znatno smanji mogućnosti politizacije. Razdvajanje pravnog režima rukovodećih državnih službenika od političkih funkcionera ujedno predstavlja i fundamentalnu izmenu prethodnih propisa koji su uređivali ovu materiju, čime su stvorene pretpostavke za depolitizaciju uprave.¹¹

Rukovodeća radna mesta nazvana su “položaji” u skladu sa uobičajenom narodskom terminologijom kojom se za lice koje obavlja neku važnu funkciju

⁶ Pored principa decentralizacije, profesionalizacije i modernizacije.

⁷ Vidi: Vlada Republike Srbije, Strategija reforme državne uprave Srbije, usvojena u oktobru 2004. godine.

⁸ Zakon o državnoj upravi, “Službeni glasnik RS”, br. 79/05, 101/07, 95/10.

⁹ Zakon o državnim službenicima, “Službeni glasnik RS”, br. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009.

¹⁰ Član 27. Zakona o državnoj upravi.

¹¹ Sigma Balkans Reports, Republic of Serbia, *Public Service and the Administrative Framework*, 2007, www.sigmaxweb.org

kaže da je “na položaju”, dok se ostala karijerna radna mesta nazivaju “izvršilačkim radnim mestima”.

U narednim odeljcima detaljnije ćemo ramotriti pravni okvir depolitizacije, i njegovu primenu, kroz analizu njegova dva osnovna segmenta: 1) proceduru selekcije putem javnog/internog konkursa; 2) uspostavljanje jasnih pravila za prestanak rada na položaju.

Konkursna procedura – garant depolitizacije?

Prva i najvažnija osnova depolitizacije pri postavljenju lica na položaj ogleda se u obaveznosti sprovođenja konkursa.¹² To je značajna izmena u odnosu na raniju regulativu i praksu da se rukovodioci postavljaju na osnovu odluke Vlade, bez potrebe da zadovolje bilo kakve prethodno propisane uslove i proceduru. Obavezno zapošljavanje putem internog ili javnog konkursa smatra se glavnim elementom procesa depolitizacije koji bi trebalo da minimizira praksu političkog uticaja na selekciju i zapošljavanje rukovodećeg kadra u državnoj upravi. Oglašavanje slobodnim rukovodećim radnim mestima obavezno je i vodi se centralizovano od strane Službe za upravljanje kadrovima.

Druga garancija smanjenja upliva politike u izbornom postupku je propisivanje profesionalnog sastava konkursne komisije, koju postavlja Visoki službenički savet.¹³ Konkursna komisija ima najmanje tri člana, od kojih je jedan član uvek član Visokog službeničkog saveta dok su ostali spoljni eksperti u naznačenoj oblasti.¹⁴ Zakonom je data mogućnost da samo jedan od članova komisije bude državni službenik iz državnog organa u kome se položaj popunjava.¹⁵ Time se smanjuje mogućnost političkog uticaja iz organa u kome se popunjava položaj, jer predstavnik organa ne može nadglasati druga dva člana komisije. Važnost nepristrasnosti članova takođe je podvučena postojećim rešenjem da konkursnom komisijom uvek predsedavaju članovi Visokog službeničkog saveta.¹⁶ Ovakav sastav komisije nesumnjivo garantuje veći stepen nepristrasnosti njenih članova u procesu selekcije kandidata, nego kada su pitanju izvršilač-

¹² Član 66. Zakona o državnim službenicima.

¹³ Član 68. stav 1. Zakona o državnim službenicima.

¹⁴ Član 68. stav 2. Zakona o državnim službenicima.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Član 34. Uredbe o sprovođenju internog i javnog konkursa za popunjavanje radnih mesta u državnim organima, “Službeni glasnik RS” br. 41/07 (prečišćen tekst) i 104/09.

ka radna mesta, gde se u konkursnim komisijama nalaze dva člana iz organa u kome se izvršilačko radno mesto popunjava, i, po našem mišljenju, predstavlja dobro rešenje.

Treći važan pravni osnov depolitizacije jeste propisivanje osnovnih uslova za postavljenje na položaj, a to su stečeno visoko obrazovanje na studijama drugog stepena (diplomske akademske studije – master, specijalističke akademske studije, specijalističke strukovne studije), odnosno završene osnovne studije u trajanju od najmanje četiri godine i najmanje 9 godina odgovarajućeg radnog iskustva.¹⁷

Najzad, detaljno propisana procedura izbornog postupka koja je zasnovana ne samo na proveru znanja, već i veština i sposobnosti kandidata bi takođe trebalo da smanji mogućnost politizacije. Konkursna komisija vodi izbornu proceduru u skladu sa odredbama Pravilnika o stručnim osposobljenostima, znanjima i veštinama koje se proveravaju u izbornom postupku, načinu njihove provere i merilima za izbor na radna mesta.¹⁸ Stručne osposobljenosti, znanja i veštine kandidata u postupku za popunjavanje položaja procenjuju se najpre na osnovu sadržaja prijave kandidata, a zatim na osnovu rezultata testa i intervjua.¹⁹ Pored testiranja znanja kandidata iz oblasti iz delokruga organa za koji se bira, posebno se proverava znanje iz prava Evropske unije koje je potrebno za rad na položaju.²⁰ Veštine koje se testiraju tokom procedure selekcije su analitičko rezonovanje i logičko zaključivanje, veština komunikacije, organizacione sposobnosti i veština rukovođenja.²¹ Logičko i analitičko zaključivanje, organizacione sposobnosti i veštine rukovođenja proveravaju se na početku proces selekcije putem standardizovanih testova.²² Provera znanja i stručnih osposobljenosti kandidata vrši se putem razgovora, tj. intervjua.²³ Svaki član komisije

¹⁷ Član 45, stav 2. Zakona o državnim službenicima.

¹⁸ Pravilnik o stručnim osposobljenostima, znanjima i veštinama koje se proveravaju u izbornom postupku, načinu njihove provere i merilima za izbor na radna mesta. "Službeni glasnik RS", br. 64/2006, 81/2006, 43/2009, 35/2010.

¹⁹ Članovi 18, 19. i 20. Pravilnika o stručnim osposobljenostima, znanjima i veštinama koje se proveravaju u izbornom postupku, načinu njihove provere i merilima za izbor na radna mesta. "Službeni glasnik RS", br. 64/2006, 81/2006, 43/2009, 35/2010.

²⁰ Član 19, stav 2. Pravilnika.

²¹ Član 19, stav 3. Pravilnika.

²² Član 19a Pravilnika.

²³ Član 20. Pravilnika.

vrednuje ocenama od 1 do 3 podatke iz prijave kandidata i odgovore na pitanja koja su postavljena kandidatima koja konkursna komisija unapred određuje.²⁴

Na završetku izbornog postupka, konkursna komisija predlaže ministru listu od najviše tri kandidata koji su dobili najbolje rezultate, a ministar ima pravo diskrecione ocene da (ne) izabere jednog od njih. Ministar potom predlaže svoj izbor kandidata Vladi, koja formalno postavlja lice na položaj. Suprotno proceduri selekcije kandidata na izvršilačkim radnim mestima ministar nije obavezan da odabere nijednog predloženog kandidata, ali mora da obrazloži takvu odluku Visokom službeničkom savetu i Službi za upravljanje kadrovima.²⁵ Iako konkursna komisija ima važnu ulogu kako bi uverila u transparentnost i poštovanje procedure selekcije, ministar ima poslednju reč i može da stavi veto na predlog Konkursne komisije tako što neće izabrati nijednog od predloženih kandidata. U tom slučaju obavezno je sprovođenje novog konkursa.

Važno je naglasiti da je Zakon o državnim službenicima dao jasan prioritet internom konkursu u odnosu na javni konkurs kada je reč o izboru kandidata na položaje, čime se takođe smanjuju mogućnosti politizacije. Naime, za popunjavanje položaja uvek se sprovodi interni konkurs, a tek ukoliko interni konkurs nije uspeo sprovodi se javni konkurs.²⁶ Ideja zakonodavca bila je da uvođenjem obaveznosti internog konkursa smanji mogućnost dolaska ljudi koji nemaju iskustvo rada u državnoj upravi, a koji najčešće dolaze pod snažnim uticajem politike, a da se da prioritet državnim službenicima kojima bi se pružila prilika za puni razvoj karijere u državnoj upravi. Jedini, i veoma važan izuzetak od ovog pravila predviđen je prelaznim odredbama Zakona o državnim službenicima, kojima je propisano da će se prvo postavljenje na položaje u skladu sa odredbama novog Zakona obaviti na osnovu javnog konkursa,²⁷ kako bi se obezbedio što širi krug ljudi mogu imati tražene kvalifikacije i potrebna znanja i veštine kako iz javnog tako i iz privatnog sektora.

²⁴ Ocenom 3 vrednuje se kandidat koji u potpunosti ispunjava zahteve za izbor na radno mesto, ocenom 2 vrednuje se kandidat koji delimično ispunjava zahteve za izbor na radno mesto, a ocenom 1 vrednuje se kandidat koji ne ispunjava zahteve za izbor na radno mesto. Rezultat kandidata dobija se tako što se izračunava prosečna vrednost ocena kojim je kandidat vrednovan, osim u slučaju kada je član konkursne komisije vrednovao kandidata sa ocenom 1. Član 20, stavovi 3, 4. i 5. Pravilnika.

²⁵ Član 71. stav 2. Zakona o državnim službenicima.

²⁶ Član 72. Zakona o državnim službenicima.

²⁷ Član 55. Zakona o državnim službenicima, "Službeni glasnik RS", br. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009. Takođe ranije član 180. Zakona o državnim službenicima, "Službenik glasnik RS", br. 79/2005, koji je prestao da važi donošenjem Zakona o izmenama o dopunama Zakona o državnim službenicima, "Službeni glasnik RS", br. 104/2009.

Jasno definisani razlozi za prestanak rada na položaju

Jasno definisanje razloga za prestanak rada na položaju jeste takođe važna pretpostavka procesa depolitizacije. Ako razlozi za prestanak rada na visokim mestima u hijerarhiji državne uprave nisu (precizno) navedeni, kao što je to bio slučaj pre donošenja Zakona o državnim službenicima, političko rukovodstvo može u bilo koje vreme odlučiti da smeni državnog službenika na položaju, čime se široko otvaraju vrata politizaciji državne uprave.

Razlozi za prestanak rada na položaju jasno su definisani u odeljku 5a Zakona o državnim službenicima. U članu 76. Zakona predviđeno je da državnom službeniku prestaje rad na položaju iz sledećih razloga: 1) kad protekne vreme na koje je postavljen 2) ako podnese pismenu ostavku 3) ako stupi na funkciju u drugom državnom organu 4) ako bude ukinut položaj 5) ako mu radni odnos prestane navršanjem radnog veka 6) ako da otkaz u pisanoj formi 7) ako bude razrešen.

Razlozi za razrešenje državnog službenika takođe su precizno definisani zakonom. Razlozi su sledeći: osuda na kaznu zatvora od najmanje 6 meseci, konačno rešenje kojim je državnom službeniku određena ocena "ne zadovoljava" na vanrednom ocenjivanju, kao i drugi razlozi predviđeni opštim propisima o radu kojim se uređuje prestanak radnog odnosa nezavisno od volje zaposlenog i volje poslodavca.²⁸ Državni službenik se razrešava sa položaja i ako mu dva puta, ali ne uzastopno, konačnim rešenjem bude određena ocena "ne zadovoljava".²⁹

Poslednja grupa razloga zbog kojih licu na položaju prestaje rad u vezi je sa radom zaštitnika građana i novoosnovane Agencije za borbu protiv korupcije. Naime, rad državnog službenika na položaju može prestati ako neko od ovih tela da javnu preporuku Vladi da razreši rukovodioca na položaju i ako Vlada odluči da prihvati takvu preporuku. Do sada nije bilo slučajeva da su Zaštitnik građana ili Agencija za borbu protiv korupcije dali preporuku za razrešenje državnog službenika na položaju.

Jedini slučaj kada je Vlada bila pozvana da razreši funkcionera iz rukovodeće strukture (koji nemaju, doduše, status službenika) desio se u aprilu 2009. godine kada je tadašnji Republički odbor za rešavanje sukoba interesa preporučio da državni sekretar Ministarstva pravde i državni sekretar Ministarstva ekonomije budu razrešeni zbog uticaja na sudsku vlast i povrede Zakona o sprečavanju sukoba interesa. Vlada, međutim, nije usvojila zahtev Republičkog odbora ne dajući bilo kakvo obrazloženje Odboru. Interesantno je primetiti da su oba

²⁸ Član 78. stav 1. Zakona o državnim službenicima.

²⁹ Član 78. stav 2. Zakona o državnim službenicima.

funkcionera u međuvremenu napredovala nakon rekonstrukcije Vlade premijera Cvetkovića početkom 2011, na funkciju koordinatora Vlade u prvom slučaju i Ministra ekonomije u drugom slučaju.

Nakon prestanka rada na položaju državni službenici imaju mogućnost da nastave rad na nižem, izvršilačkom radnom mestu, ili položaju u drugom organu, čime se u određenoj meri smanjuje nestabilnost pozicije položaja. Zakon predviđa mogućnost da lice na položaju ima pravo da bude premešteno na drugo izvršilačko radno mesto za koje ispunjava tražene uslove, ili na položaj u drugom državnom organu, ukoliko je položaj ukinut usled ukidanja državnog organa.³⁰ Ukoliko, međutim, takvo radno mesto ne postoji, on postaje neraspoređen.³¹ Izuzetak od ovog pravila jeste situacija kada je državni službenik dobio dve uzastopne negativne ocene o radu i kada je razrešen od strane Vlade na preporuku Zaštitnika građana ili Agencije za borbu protiv korupcije. Imajući u vidu da se u ovim slučajevima radi o lošem radu državnog službenika kao razlogu za razrešenje, službenik nema pravo da bude premešten na drugo radno mesto, već odmah dobija status neraspoređenog državnog službenika.³²

Nastavak rada u državnoj upravi nakon prestanka rada na položaju dodatno se motiviše povlašćujućim odredbama Zakona o platama. Naime, državnom službeniku koji je s položaja premešten na izvršilačko radno mesto (zbog toga što je proteklo vreme na koje je postavljen ili zbog toga što je podneo ostavku ili zbog toga što je položaj ukinut) određuje se koeficijent najvišeg platnog razreda platne grupe u kojoj se nalazi radno mesto na koje je premešten.³³ Državni službenik takođe ima pravo i na uvećanje koeficijenta koje, doduše progresivno opada. Naime, prve godine posle premeštaja koeficijent državnog službenika uvećava se za 80% razlike između koeficijenta na radnom mestu s koga je premešten i koeficijenta na radnom mestu na koje je premešten, u drugoj godini uvećava se za 50% te razlike, a u trećoj godini za 20% te razlike. Posle proteka treće godine od premeštaja državnom službeniku prestaje pravo na uvećanje koeficijenta.³⁴

U slučaju prestanka rada, lica na položaju imaju pravo da primaju platu u punom iznosu u narednih šest meseci, kako bi se otklonile posledice nestalnosti njihove funkcije. Ovo pravo može biti prošireno na dodatnih 6 meseci u slučaju da službenik ispunji uslove za penzionisanje tokom prvog šestomesečnog pe-

³⁰ Članovi 80. i 81. Zakona o državnim službenicima.

³¹ Član 80. stav 1. Zakona o državnim službenicima.

³² Član 80. stav 2. Zakona o državnim službenicima.

³³ Član 21. Zakona o platama državnih službenika i nameštenika, "Službeni glasnik RS", br. 62/06, 63/06, 115/06, 101/07, 99/2010.

³⁴ Član 20. Zakona o platama.

rioda. U slučaju prekida radnog odnosa kao posledice disciplinske mere, sa prekidom rada na položaju rukovodilac će izgubiti status državnog službenika i sva prava koja idu uz to.

PRIMENA ODREDBI O DEPOLITIZACIJI
– RASKORAK PRAVA I PRAKSE

Iako je postojeći okvir depolitizacije veoma dobro pravno utemeljen, proces depolitizacije u praksi još uvek je daleko od normativnog, poželjnog stanja. Nedugo nakon donošenja Zakona o državnim službenicima, odredbe o depolitizaciji bile su testirane i menjane prvenstveno usled promene političke strukture na vanrednim izborima početkom 2007. godine, a zatim i narednih godina iz različitih razloga. Čestim izmenama i dopunama Zakona u ovom segmentu ozbiljno je poljuljan započeti proces depolitizacije.

Do usporavanja procesa depolitizacije došlo je putem čestih izmena prelaznih odredbi Zakona o državnim službenicima, kojima se utvrđuju rokovi za postavljanje službenika na položaje na osnovu novih propisa. Naime, član 179. Zakona o državnim službenicima predviđa da do postavljenja državnih službenika na položaje, postavljena i imenovana lica u državnim organima čija radna mesta postaju položaji nastavljaju rad prema propisima koji su važili na dan njihovog postavljenja. Zakonom je takođe precizno (bio) utvrđen rok do koga se državni službenici moraju postaviti na položaju u skladu sa predviđenom konkursnom procedurom. Kada je Zakon o državnim službenicima donet 2005. godine, u članu 180. bilo je predviđeno da će se radi postavljenja na položaje sprovesti javni konkursi do 1. jula 2007. godine. Međutim, nakon opštih parlamentarnih izbora početkom 2007. godine, Zakon o državnim službenicima u ovom segmentu menjan najpre sredinom 2007, a zatim i nakon parlamentarnih izbora 2008. godine, i, najzad krajem 2009. godine.³⁵ Izmenama Zakona o državnim službenicima iz 2009. godine rok za popunjavanje položaja produžen je do kraja 2010. godine.³⁶

Suvišno je možda reći da polovinom 2011. godine sva radna mesta položaja još uvek nisu popunjena u skladu sa procedurama Zakona o državnim službenicima, a veoma je verovatno da do njihovog popunjavanja neće doći ni

³⁵ Zakoni o izmenama i dopunama Zakona o državnim službenicima, "Službeni glasnik RS", 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009.

³⁶ Član 57. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o državnim službenicima, "Službeni glasnik RS", br. 104/09.

u doglednoj budućnosti. Krajnji rok od 31. decembra 2010. nije ispoštovan, a u međuvremenu nije ponovo produžen, tako da je došlo do očiglednog kršenja odredbi Zakona o državnim službenicima koje se odnose na depolitizaciju.

Derogacijom primene zakonskih odredbi koje se odnose na depolitizaciju ostavljen je širok prostor za postavljanje lica na najodgovornija radna mesta u državnoj upravi na osnovu političkih a ne profesionalnih zasluga. Barem polovina radnih mesta položaja (oko 200 od ukupno 400 radnih mesta položaja) još uvek je popunjena u skladu sa prelaznim odredbama Zakona o državnim službenicima, a ne na osnovu konkursne procedure.

Iako su konkursi za sva radna mesta položaja raspisani, ministri imaju mogućnost da zaobiđu zakonsku proceduru odijanjem najuže liste kandidata konkursne komisije, u kom slučaju lica koja su do tada obavljala posao pomoćnika ili sekretara mogu nastaviti svoj rad. Pošto ne postoji ograničenje broja javnih konkursa koji se sprovode za određeni položaj, niti drugog načina da se popuni slobodno mesto u slučaju ponovnog neuspešnog javnog konkursa, ministar ili direktor organa u sastavu ili posebne organizacije se može osloniti na rad svojih pomoćnika/sekretara koji na ta mesta nisu došli putem konkursa, već najčešće prvenstveno na osnovu političkih zasluga.

Međutim, postoje i drugi važni razlozi iz kojih jedan broj rukovodilaca još nije postavljen na položaje putem konkursa. Jedan od njih jesu i relativno strogi uslovi koje Zakon o državnim službenicima propisuje u pogledu potrebnog radnog iskustva za konkurisanje na radna mesta položaja, a to je uslov da službenik ima minimum devet godina radnog iskustva u relevantnoj oblasti. Ovim uslovom jedan broj mladih i obrazovanih kadrova koji su već obavljaju poslove pomoćnika i sekretara ministarstava (odn. pomoćnika direktora organa uprave u sastavu i posebnih organizacija) na sasvim zadovoljavajući način nije u mogućnosti da konkuriše, a ministar koji je zadovoljan njegovim radom ne želi da pravi novi izbor.³⁷ Takođe, Visoki službenički savet u nekim slučajevima veoma rigidno tumači značenje termina "radno iskustvo". Naime, dešavalo se je prijava za konkurs na radno mesto položaja odbijena zato što je podnosilac prijave stekao radno iskustvo u privatnom sektoru, u nevladinim organizacijama ili u međunarodnim organizacijama, tj. izvan sektora državnih institucija, čime se takođe veoma sužavaju mogućnosti mladih i obrazovanih kadrova da njihove prijave uopšte budu uzeti u obzir na konkursu.

³⁷ Jedan od primera u tom smislu koji se najčešće pominje je i primer oblasti javnih nabavki, koja je prvi put uvedena tek 2001. godine, pa je prirodno da nijedan službenik nije mogao imati 9 godina radnog iskustva kada je donet Zakon o državnim službenicima i imati propisane uslove za izbor na položaj. Vidi: Trivunovic M, Devine V, Mathisen H, (2007), *Corruption in Serbia: Overview of Problems and Status of Reforms*, Chr Michelsen Institute, CMI report R 2007.

Što se tiče procedura za prestanak rada na položaju, pokazalo se da su one u velikoj meri poštovane, uz određene "nijanse" koje povlači primena određenog propisa. Naime, najčešće korišćeni način prestanka rada na položaju jeste ostavka na položaj. Ovoj meri pribegavalo je najviše nakon vanrednih parlamentarnih izbora, kada bi nov politički sastav zahtevao od postojećeg službeničkog rukovodstva da podnese ostavku, što bi u najvećem broju slučajeva bilo prihvaćeno bez pogovora. Razlog za to jeste, naravno, postojanja nepoverenja u kadrove postavljene na rukovodeća službenička radna mesta za vreme prethodne političke strukture, i želja da se dovedu kadrovi od sopstvenog političkog poverenja.

POLITIZACIJA U ZEMLJAMA U OKRUŽENJU – IZUZETAK ILI PRAVILO?

Politizacija državne uprave, naravno, nije samo problem Srbije, već i većine zemalja Centralne i Istočne Evrope. Iskustva najvećeg broja zemalja, koje su već postale ili se tek spremaju da postanu članice Evropske unije pokazuju da je jako teško uneti značajne promene u ovom segmentu reforme državne uprave.³⁸ Snažnom trendu politizacije nisu ostale imune čak ni zemlje razvijenih demokratija, posebno na anglo-saksonskom području, nakon uvođenja reformi tzv. novog javnog menadžmenta, što govori o kompleksnosti problema politizacije i potrebi njegovog sveobuhvatnog razumevanja.³⁹

Devedesetih godina prošlog veka nekoliko zemalja Centralne i Istočne Evrope pokušalo je da izvrši potpunu depolitizaciju rukovodeće strukture državne uprave, što, na žalost, nije dalo nikakve rezultate u praksi. Potpuna depolitizacija ogledala se u davanju jednakog statusa rukovodećim službenicima i karijernim službenicima, u smislu prijema u radni odnos (putem konkursa) i stalnosti radnog mesta, čime je njihov pravni položaj bio u velikoj meri pravno

³⁸ Peters, B. G., L. Vass and T. Verheijen (ur.) (2005), *Coalitions of the Unwilling*. Bratislava, NISPAcee; Hacek, M. 2006. "The Relationship between Civil Servants and Politicians in a Post-Communist Country: A Case of Slovenia", *Public Administration* Vol. 84, No. 1, str. 165–184. Peters B. G., Sootla G., Connaughton B. (2006) *Politico-administrative Dilemma: Traditional Problems and New Solutions*, Bratislava: NISPAcee. Verheijen T. (ur.) (2001), *Politico-Administrative Relations: Who Rules?*, Bratislava: NISPAcee.

³⁹ Page, E, Wright V. (1999), *Bureaucratic Elites in Western European States*, Oxford University Press; Pollitt C., Bouckaert G. (1999) *Public Management Reform – A Comparative Analysis*, Oxford: Oxford University Press.

zaštićen od političkog uticaja. Međutim, u zemljama u kojima je napravljen ovakav pokušaj, kao što su na primer Poljska i Ukrajina, došlo je do velikih otpora među političkim strukturama u primeni mera depolitizacije. U slučaju Ukrajine, velike političke tenzije dovele su do ukidanja pozicije državnog sekretara, koja je uvedena kao sredstvo depolitizacije uprave, dok je u slučaju Poljske došlo do potpunog zamrzavanja primene novog Zakona o državnim službenicima kojim je depolitizacija i uvedena.⁴⁰

Važni koraci ka depolitizaciji napravljeni su i u Češkoj, Slovačkoj i Mađarskoj pre ulaska u Evropsku uniju, gde je broj politički postavljenih lica značajno smanjen, a postavljena su jasna ograničenja u pogledu pogućnosti smenjivanja rukovodećih službenika koji su na ta mesta došli na osnovu konkursa.⁴¹ Međutim, nakon ulaska u Evropsku uniju 2004. godine u većini novih država članica došlo je do naglog porasta politizacije državne uprave. Agencija za državnu upravu Slovačke (kao i Poljske) bila je ukinuta, čime su nestale institucionalne pretpostavke za adekvatnu primenu postojećih propisa koji su ograničavali politizaciju. Uloga sektora za državnu upravu u okviru Ministarstva unutrašnjih poslova u Mađarskoj takođe je postepeno marginalizovana, što je takođe imalo za posledicu pojačanu politizaciju.⁴² Češki Zakon o državnim službenicima nikad nije ni stupio na snagu, što je dovelo do politizacije ne samo rukovodećih struktura već i mnogo nižih rukovodećih nivoa u državnoj upravi.⁴³

U Poljskoj, Češkoj, Slovačkoj i Mađarskoj trenutno ne postoje nikakve garancije depolitizacije rukovodeće strukturu državne uprave. U sve četiri zemlje, rukovodioci od nivoa državnog sekretara, pa do načelnika odeljenja i odseka mogu biti razrešeni dužnosti bez ikakvog razloga u bilo koje vreme. U Češkoj, Slovačkoj i Mađarskoj situacija je nešto povoljnija jer rukovodeći državni službenici imaju pravo da budu premešteni na odgovarajuće niže radno mesto (ukoliko postoji, kao što je i slučaj u Srbiji), dok ova mogućnost nije garantovana u Poljskoj, koja trenutno nudi najmanje garancija svojoj rukovodećoj službeničkoj strukturi.⁴⁴

⁴⁰ The World Bank (2004), Policy Note, *Serbia and Montenegro – Public Administration Development: Creating Conditions for Effective Economic and Social Reform*, The World Bank, Washington DC.

⁴¹ The World Bank (2006), *Administrative Capacity in the New Member States: The Limits of Innovation?* The World Bank, Washington, DC, str. 9.

⁴² Ibid, str. 34.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ SIGMA Paper No 44, (2009) *Sustainability of Civil Service Reforms in Central and Eastern Europe Five Years After EU Accession*, prepared by Jan Meyer Sahling (SIGMA/OECD, Paris), str. 39–40.

Slučaj Slovenije je takođe interesantan. U Sloveniji su državni sekretari, kao i u Srbiji, politički postavljena lica koja mogu biti razrešena u bilo koje vreme bez navođenja razloga. Direktori organa uprave i službi Vlade, pomoćnici ministra i sekretari ministarstava, sa druge strane, mogu biti razrešeni samo tokom prve godine mandata Vlade, ali su nakon isteka prve godine zaštićeni do kraja njihovog petogodišnjeg mandata. Ovim rešenjem garancije depolitizacije su značajno smanjene, ali je ipak izbegnut model potpune politizacije, kojim bi ministru bilo omogućeno da razreši rukovodećeg državnog službenika u bilo koje vreme, a koji je pokušao biti nametnut nakon izbora 2004. godine.

Svetli primer depolitizacije, i jedini izuzetak od pravila politizacije, dale su baltičke zemlje – Litvanija, Letonija i Estonija. U Litvaniji, razlozi za razrešenje rukovodilaca istovetni su kao i za sve ostale državne službenike, a to su reorganizacija organa uprave i disciplinske sankcije. Slučajevi nepoštovanja ovih odredbi su retki, iako to naravno, ne znači da u Litvaniji uopšte nema politički motivisanih razrešenja rukovodeće strukture. I u Litvaniji su zabeleženi slučajevi da su rukovodioci dali ostavke na rukovodeća radna mesta ukoliko bi to od njih zatražio ministar, što je slično postojećoj praksi u Srbiji.⁴⁵ U Letoniji postoji i veoma sličan pravni okvir depolitizacije kao i u Srbiji, jer se rukovodioci postavljaju na period od pet godina, a ne neograničeni period, kao što je to slučaj u Litvaniji. Međutim, za razliku od Srbije, taj pravni okvir se u Letoniji u velikoj meri i poštuje.⁴⁶ Estonija takođe ima nešto drugačiju i veoma interesantnu regulativu u segmentu depolitizacije. Naime, u Estoniji rukovodeći državni službenik može biti razrešen dužnosti tek nakon godinu dana od dolaska novog ministra. Na taj način, rukovodeći državni službenici u Estoniji imaju na raspolaganju period od godinu dana da se dokažu svoje znanje i sposobnosti novom ministru i pokušaju da zadrže svoj prestižni položaj.⁴⁷

ZAKLJUČAK

Depolitizacija državne uprave Srbije, započeta donošenjem novog službeničkog zakonodavstva, naišla je na značajne otpore već na gotovo samom početku primene novih propisa. Zakon o državnim službenicima koji je donet 2005. godine već nekoliko puta je menjan gotovo samo u ovom segmentu, kako bi se prolongirale procedure za postavljanje službenika na položaje putem konkursa.

⁴⁵ Ibid, str. 39.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

U poslednjih godinu dana zakonske odredbe su i prestale biti poštovane, pošto Vlada nije još postavila gotovo polovinu službenika na položaje, a rok za njihovo postavljenje nije produžila.

Međutim, ni u ovom segmentu života i reforme državne uprave, stvari nisu sasvim crne ili bele. Pravni okvir depolitizacije uspostavljen je na voma dobrim osnovama, kojima gotovo da nije moguće naći primedbu. Učinjeni napori i rezultati u procesu depolitizacije jesu takođe vidljivi, jer na oko polovini najviših radnih mesta u državnoj upravi trenutno rade službenici koji su na ta mesta došli putem konkursa. Iako se i u konkretnoj proceduri politički uticaj sigurno i dalje oseća, sprovođenje celog ovog postupka uz postojanje minimuma kriterija koje lice treba da ispuni da bi uopšte moglo da se prijavi na konkurs, predstavlja značajan napredak u odnosu na jednostavno postavljenje na rukovodeće radno mesto od strane Vlade bez ikakvih kriterijuma i procedure koje je bilo uobičajena praksa pre donošenja Zakona o državnim službenicima.

Uporedna iskustva zemalja Centralne i Istočne Evrope u procesu depolitizacije nisu, na žalost, nimalo ohrabrujuća i ne daju gotove recepte za rešavanje ovog problema. Najbolji rezultati u depolitizaciji državne uprave postignuti su u baltičkim zemljama (Litvaniji, Letoniji i Estoniji), dok su druge zemlje, kao što su Poljska, Slovačka, Češka i Slovenija napravile korak nazad nakon pristupanja Evropskoj uniji i značajno politizovale svoje rukovodeće službeničke strukture. Razlog za povećanu politizaciju najverovatnije leži u promeni političkog rukovodstva u ovim zemljama u periodu od 2004. do 2006. godine, kada su na vlast došle partije koje nisu imale nikakvog udela u stvaranju pravnog i praktičnog okvira depolitizacije. U Estoniji, Letoniji i Litvaniji je takođe došlo do političkih promena, ali te promene nisu bile sveobuhvatne (u smislu promene svih partija na vlasti), što je doprinelo očuvanju postojećeg pravnog okvira depolitizacije i njegove lakše primene u praksi. Zbog toga se može smatrati da je politički kontinuitet bio jedan od važnih uslova za uspeh depolitizacije rukovodeće strukture u novim zemljama članicama EU.⁴⁸

Sličan zaključan može se izvući posmatrajući razvoj procesa depolitizacije u Srbiji, koji je zaustavljan nekoliko puta zbog političkih previranja, najpre na vanrednim parlamentarnim izborima 2007. i 2008. godine, a zatim i usled rekonstrukcije Vlade početkom 2011. godine. Vlada premijera Cvetkovića je trenutno na kraju svog mandata, pa ne ulaže gotovo nikakve napore da završi započete procedure konkursa, jer je veliko pitanje da li će i ljudi koji trenutno zauzimaju radna mesta položaja, ostati na njima nakon sprovođenja parlamentarnih izbora početkom 2012. godine.

⁴⁸ Ibid, str. 81.

Veliko je pitanje i da li će postignuti rezultati u depolitizaciji koji se trenutno ogledaju u postavljenju gotovo polovine lica na položajima na osnovu konkursa biti održani nakon stvaranja nove Vlade sledeće godine. U tom smislu, moguća su načelna dva scenarija. Ukoliko bi došlo do potpune promene političke strukture na vlasti vrlo je moguće da postignuti rezultati budu sasvim izbrisani. Ukoliko bi, pak došlo do određenog ili potpunog kontinuiteta u političkom smislu, rezultati depolitizacije mogli bi biti očuvani, uz očekivanje daljnjeg sporog napretka u tom pravcu.

Krajnji zaključak koji se može izvesti kako iz dosadašnjeg iskustva Srbije tako i iz iskustava zemalja u okruženju je da dobar pravni okvir depolitizacije predstavlja neophodan, ali ne i dovoljan uslov depolitizacije. Nerealno je očekivati da donošenje bilo kakvog zakona ili drugog pravnog akta može državnu upravu depolitizovati i profesionalizovati.

Uporedno iskustvo ukazuje da osiguranje uspeha u ovom segmetu reforme državne uprave zahteva mnogo više od donošenja zakona, a to je uspostavljanje poverenja i saradnje između političkih partija i interesnih grupa koje bi imale zajednički interes da uspostave profesionalnu upravu i smanje politizaciju.⁴⁹ Kako je Srbija još daleko od uspostavljanja ovog političkog konsezusa, čini se da je trenutno najbolje rešenje prihvatanje realnosti i određenog nivoa politizacije, pre nego insistiranje na potpunoj i sveobuhvatnoj depolitizaciji, koja će na ovim prostorima za još dugo godina biti, na žalost, nemoguća misija.

ALEKSANDRA RABRENOVIĆ, LL.D.,
Research Fellow, Institute of Comparative Law,
Belgrade

DEPOLITICISATION OF SENIOR CIVIL SERVICE IN SERBIA – MISSION IMPOSSIBLE?

Summary

The process of depolitisation of the Serbian senior civil service, which commenced by adoption of the new civil service legislation in 2005, has experienced significant problems in its early implementation. The provision of Civil Service Act which concern depolitisation have already

⁴⁹ The World Bank (2003), *International Public Administration Reform: Implications for the Russian Federation*, The World Bank, Washington, DC.

been amended several times in order to extend the deadline for appointment to senior civil service positions in accordance with newly introduced competition procedures. Up to mid 2011, the Serbian Government has managed to fill in only half of senior civil service positions on the basis of the competition. It is also not likely that these positions will be adequately filled before parliamentary elections expected in early 2012.

Drawing on the experience of other Central and Eastern European countries, which are also facing significant difficulties in the process of depoliticisation, the author points out the obvious unrealistic expectations of achieving major outcomes of restructuring politico-administrative relation simply through passing civil service legislation. It looks that securing of outcomes from reform activities in this area requires much more than that: an establishment of specific alliance-building with political parties and interest groups to provide sufficient incentives for joint tackling of patronage and politicization. The solution for now seems to be acceptance of the reality and allowing certain level of moderate and managed politicization, instead of insisting on a comprehensive depoliticisation of the top level civil service positions, which is, for the time being, a mission impossible.

MARKO DAVINIĆ,
IGOR TODOROSKI

ELEKTRONSKA UPRAVA U REPUBLICI SRBIJI

– Trenutno stanje i pravci razvoja –

U V O D

Rad koji se nalazi pred čitaocima rezultat je aktivnosti na projektu “Podrška razvoju e-uprave”, koji je finansiran u okviru EU/IPA programa 2010, i koji ima za cilj da omogući podršku reformi državne uprave u Republici Srbiji. Projekat se sastoji od četiri komponente: pravne, infrastrukture e-uprave, izgradnje institucija i kapaciteta, kao i e-usluga. Nosioci projekta su Ministarstvo za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu i Ministarstvo kulture, informisanja i informacionog društva Republike Srbije, uz podršku Delegacije Evropske unije u Republici Srbiji i stručnu pomoć međunarodne konsultantske organizacije AAM consulting. Projekat je započeo u februaru 2011. godine i planirano je da bude sproveden do kraja 2012. godine. Osnovni cilj projekta jeste da se unapređenjem zakonodavnog okvira u oblasti elektronske uprave, jačanjem kapaciteta državnih organa, kao i unapređenjem postojećih i razvojem novih elektronskih servisa poboljša kvalitet usluga koje se pružaju građanima i privredi.

Dr Marko Davinić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i konsultant na projektu “Podrška razvoju e-uprave”.

Mr Igor Todoroski, koordinator razvoja e-uprave u Ministarstvu za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu i rukovodilac projekta “Podrška razvoju e-uprave”.

Paralelno sa ovim projektom, uz podršku Delegacije Evropske unije u Republici Srbiji, sprovodi se nabavka tehničke opreme u vrednosti od 2,5 miliona evra. Ova oprema treba da ojača informaciono-komunikacionu infrastrukturu za uspostavljanje i održavanje javnih elektronskih servisa organa državne uprave. Pored navedenih ministarstava, u sprovođenju projekta učestvuju i Ministarstvo unutrašnjih poslova, Poreska uprava, Republički geodetski zavod, Uprava za zajedničke poslove republičkih organa, Uprava za digitalnu agendu i Javno preduzeće PTT saobraćaja "Srbija".

INFORMACIONO KOMUNIKACIONE TEHNOLOGIJE I E-UPRAVA

Informaciono komunikacione tehnologije (u daljem tekstu: IKT) pružaju velike mogućnosti za različite institucije da svoje usluge pružaju na bolji i efikasniji način.¹ Termin elektronska uprava (e-uprava), odnosi se na korišćenje IKT kao sredstva za uspostavljanje bolje uprave. Kako se ističe, e-uprava je nekada predstavljala hrabri eksperiment, dok danas podrazumeva sredstvo transformacije javnog sektora i učešća građana u odlučivanju, kako na nacionalnom, tako i na lokalnom nivou.² To znači da e-uprava nije sama sebi svrha, već teži transformaciji strukture, procesa, pravnog okvira i, što je najvažnije, odnosa države prema građanima i preduzećima. S tim u vezi, e-uprava treba da omogući i uveća saradnju između tri glavne strane u društvu – države, fizičkih i pravnih lica, kako bi se stimulisao politički, socijalni i ekonomski razvoj države. Ove strane se javljaju i kao glavni korisnici e-uprave i mogu se svrstati u sledeće kategorije: G – Government – vlada, uprava; B – Business – privredni subjekti (pravna lica); C – Citizen – građani (fizička lica).

Oni stupaju u međusobne odnose koji se obično određuju na sledeći način: G2G (vladini/upravni komunikacioni podsistemi, razmena informacija, servisi, komunikacija uprave sa državnim službenicima); G2B (komunikacija uprave sa privrednim subjektima); G2C (komunikacija uprave sa građanima).³

Za primenu e-uprave veoma je važno u kojoj meri pomenuti subjekti koriste usluge na internetu. Da bi primena e-uprave bila uspešna, korisnici moraju da

¹ Kako se ističe, iako je biznis u najvećoj meri doprineo razvoju IKT, zasluge za početak njihovog razvoja pripadaju državnim i vojnim strukturama, koje su ih unapredile za potrebe hladnog rata. Videti: Predrag Dimitrijević, *Umrežena javna uprava*, Pravni život, br. 11/2009, str. 117.

² *United Nations E-Government Survey 2010, Leveraging e-government at a time of financial and economic crisis*, United Nations, New York, 2010, str. iii.

³ *E-Government: Creating Digital Democracy*, META Group, 2000.

imaju poverenja u nju i da prednosti koje ona pruža koristite redovno. Takođe, države koje su uspešne u oblasti otvorenosti javne uprave i spremnosti za uvođenje e-uprave, ostvaruju dobre rezultate i u oblastima ekonomije i opšte konkurentnosti.

IKT imaju potencijal da transformišu upravu i pružanje javnih usluga. Tako dolazimo do paradoksa da uprava poprima "ljudski lik", baš uz pomoć informacione tehnologije.⁴ Moderna IKT predstavlja preduslov nesmetanog kretanja informacija u okviru javnog sektora. Takođe, ubrzavanje administrativnih procedura i smanjivanje troškova poslovanja stvara bolje poslovno okruženje, posebno za mala i srednja preduzeća. Konačno, mogućnost da svi zainteresovani građani imaju elektronski pristup javnim uslugama, učestvuju u procesu donošenja odluka i prate aktivnosti uprave doprinosi demokratizaciji društva, kao i borbi protiv korupcije.

Međutim, izazovi uspostavljanja e-uprave nisu dominantno tehničke prirode. Uvođenje e-uprave deo je okruženja u kome se reforma državne uprave sprovodi, što podrazumeva da reforma može da bude ograničena onim što je administracija sposobna, i voljna da uradi.⁵ Zbog toga, e-upravu ne treba posmatrati kao tehniku koja će omogućiti "brza rešenja" za državu koja ima temeljne probleme. Za uspešno uvođenje e-uprave često su potrebne godine da bi postala deo pravnog sistema, vrednosti i kulture jedne države.

OSNOVNI STRATEŠKI DOKUMENTI ZNAČAJNI ZA OBLAST E-UPRAVE U REPUBLICI SRBIJI

Strategija reforme državne uprave, kao sistemski dokument u ovoj oblasti, usvojena je od strane Vlade Republike Srbije u novembru 2004. godine. Osnov-

⁴ Navedeno prema: P. Dimitrijević, *op. cit.*, str. 119.

⁵ Ujedinjene nacije od 2003. godine analiziraju indeks razvijenosti e-uprave (e-government development index) u svim zemljama sveta. Ovaj indeks predstavlja zbir tri indeksa koji se odnose na razvijenost elektronskih servisa, stanje telekomunikacione infrastrukture, kao i na ljudske resurse. 2010. godine objavljen je peti po redu izveštaj, u kome je Srbija zauzela 81 mesto, u konkurenciji 192 zemlje (2008. godine Srbija je bila na 77 mestu, 2005. godine na 156. mestu, dok je 2004. i 2003. godine Državna zajednica Srbija i Crna Gora zauzimala 87, odnosno 89 mesto). Od bivših jugoslovenskih republika ispred Srbije se nalaze Slovenija na 29. mestu, Hrvatska na 35. mestu, Makedonija na 52. mestu, Crna Gora na 60. mestu i Bosna i Hercegovina na 74. mestu. Svih pet izveštaja nalaze se na adresi: http://www2.unpan.org/egovkb/global_reports/index.htm (30. 9. 2011); U izveštaju za 2010. godinu je istaknuto da prvih 20 mesta na listi pripadaju, uglavnom, visoko razvijenim zemljama, što ne čudi s obzirom da dva, od ukupno tri analizirana indeksa (telekomunikaciona infrastruktura i ljudski resursi) zahtevaju velika i dugotrajna finansijska ulaganja. Drugim rečima, postojanje odličnog portala e-uprave, malo znači stanovnicima zemlje u kojoj vlada nepismenost, ili u kojoj su retki internet priključci. Videti: United Nations E-Government Survey 2010, *op. cit.*, str. 60.

ni ciljevi utvrđeni ovim dokumentom odnose se na izgradnju demokratske države zasnovane na vladavini prava, kao i na izgradnju državne uprave usmerene ka građanima. U ostvarivanju ovih ciljeva Strategija se oslanja na pet osnovnih principa reforme, koji se mogu okarakterisati kao glavni pravci delovanja u reformskom procesu. Principi decentralizacije, depolitizacije, profesionalizacije, racionalizacije i modernizacije srpske državne uprave treba da dovedu do ispunjavanja osnovnih ciljeva reforme, odnosno do usklađivanja srpske državne uprave sa principima "Evropskog administrativnog prostora".⁶

Strategija reforme državne uprave uvodi i prvu zvaničnu upotrebu pojma "e-uprava" u jedan vladin dokument. Ovaj dokument prepoznaje e-upravu kao značajan instrument povećanja efikasnosti državne uprave.⁷ Tekuća finansijska kriza samo je naglasila potrebu da Srbija brzo i sveobuhvatno sprovede proces reforme državne uprave.

Nacrt novog Akcionog plana za sprovođenje reforme državne uprave za period od 2013. do 2016. godine priprema Ministarstvo za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu, kroz širok konsultativni proces koji uključuje sve organe državne uprave i zainteresovane strane. Planirano je da Vlada usvoji novi Akcioni plan do kraja 2011. ili početkom 2012. godine.

Takođe, Vlada je 2006. godine donela Strategiju razvoja informacionog društva u Republici Srbiji ("Službeni glasnik RS", broj 87/06) što je prvi akt državnih organa kojim se celovito uređuje oblast informacionog društva. U dokumentu se naglašava da reforma državne uprave koja se bazira na rasprostranjenoj upotrebi IKT predstavlja ključni element za celokupnu tranziciju Republike Srbije. U oktobru 2009. godine Vlada je usvojila Strategiju razvoja elektronske uprave u Republici Srbiji za period od 2009. do 2013. godine sa akcionim planom za njeno sprovođenje (Službeni glasnik RS, br. 83/09 i 5/10). Ovim aktom se na celovit način definišu osnovni ciljevi, načela i prioriteti unapređenja stanja u ovoj oblasti i utvrđuju aktivnosti koje treba preduzeti u narednom periodu. Takođe, pod izrazom elektronska uprava, u smislu Strategije, podrazumeva se primena IKT kojom se postiže efikasniji i efektivniji rad organa uprave i imalaca javnih ovlašćenja u funkciji vršenja vlasti, ekonomskog rasta i smanjenja tereta administracije.

Strategija naglašava da je i pored parcijalnih rezultata u razvoju e-uprave, stepen razvijenosti elektronskih javnih usluga nizak. Pri tome, postojeće stanje u

⁶ Videti: Strategija reforme državne uprave sa akcionim planom za sprovođenje reforme državne uprave u Republici Srbiji za period od 2009. do 2012. godine, Ministarstvo za državnu upravu i lokalnu samoupravu, 2009, str. 20: http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678 (27. 9. 2011).

⁷ Isto, str. 57–59.

ovoj oblasti karakteriše: nedovoljno razvijena zajednička računarsko-komunikaciona mreža; nerazvijenost službenih evidencija u elektronskom obliku, kao jezgra podataka neophodnih za razvoj elektronske uprave; nezaobilaznost papirnih dokumenata u gotovo svakom postupku; nedovoljna standardizacija i koordinacija razvoja informacionih sistema u organima vlasti, kao i nedostatak kompetentnih kadrova.⁸

Konačno, u julu 2010. godine Vlada je usvojila novu Strategiju razvoja informacionog društva do 2020. godine ("Službeni glasnik RS", broj 51/10), gde su definisani osnovni ciljevi i zadaci u razvoju informacionog društva u narednom periodu.⁹ U Strategiji je naglašeno da se razvojem e-uprave omogućava svim građanima i privrednim subjektima da poslove pred organima vlasti završavaju jednostavnije, brže i jeftinije. S tim u vezi, razvoj e-uprave je usmeren ka sledećim ciljevima: visoko zadovoljstvo korisnika javnih usluga, koje su dostupne svim građani; smanjenje tereta administracije za privredne subjekte i za građane; povećanje efikasnosti organa uprave i imaoca javnih ovlašćenja upotrebom IKT; prekogranična interoperabilnost, posebno sa zemljama EU; pozitivan uticaj na slobodu kretanja ljudi, roba, kapitala i usluga; uvećanje transparentnosti i odgovornosti kroz inovativnu upotrebu IKT; jačanje participacije građana u demokratskom odlučivanju; zaštita privatnosti i bezbednost.¹⁰

Zajedno sa Strategijom razvoja elektronskih komunikacija u Republici Srbiji od 2010. do 2020. godine (Službeni glasnik RS, broj 51/10),¹¹ ova strategija čini Digitalnu agendu za Srbiju.¹²

⁸ Videti: Strategija razvoja elektronske uprave u Republici Srbiji za period od 2009. do 2013. godine (Službeni glasnik RS, br. 83/09 i 5/10), str. 1 - 3; Celokupan tekst Strategije, može se naći na sledećoj adresi: http://www.mtid.gov.rs/wp-content/uploads/Dokumenti/Strategije_akcioni_planovi/Strategija_i_akcioni_plan_za_razvoj_elektronske_uprave.pdf (23. 9. 2011).

⁹ Tekst Strategije, može se naći na sledećoj adresi: <http://www.dis.org.rs/www2/home/pdf/strategija-id-2020.pdf> (27.9. 2011).

¹⁰ Strategija razvoja informacionog društva u Republici Srbiji do 2020. godine, (Službeni glasnik RS, br. 51/10), str. 8 – 9; Isti ciljevi naglašeni su i u Strategiji razvoja elektronske uprave u Republici Srbiji za period od 2009. do 2013. godine.

¹¹ Tekst Strategije, može se naći na sledećoj adresi: http://www.mtid.gov.rs/wp-content/uploads/Dokumenti/Strategije_akcioni_planovi/Strategija_razvoja_elektronskih_komunikacija_2010-2020.pdf (24. 9. 2011).

¹² Digitalna agenda za Srbiju je izrađena po uzoru na Digitalnu agendu za Evropu (Digital Agenda for Europe), koja predstavlja strategiju EU u oblasti informacionog društva. Digitalna agenda za Evropu je jedna od sedam vodećih inicijativa strategije Evropa 2020 (Europe 2020), koja je usmerena na pametan, održiv i inkluzivan ekonomski rast. O Digitalnoj agendi za Evropu, videti opširno: http://ec.europa.eu/information_society/digital-agenda/index_en.htm (30. 9. 2011). O strategiji Evropa 2020, videti opširno: http://ec.europa.eu/europe2020/index_en.htm (30. 9. 2011).

Pored pomenutih dokumenata, za razvoj e-uprave posređan ili neposređan značaj imaju i Strategija zaštite podataka o ličnosti (Službeni glasnik RS, br. 58/10), Strategija naučnog i tehnološkog razvoja Republike Srbije u periodu od 2010. do 2015. godine (Službeni glasnik RS, br. 13/10), Strategija usposavljanja infrastrukture prostornih podataka u Republici Srbiji za period od 2010. do 2012. godine (Službeni glasnik RS, broj 81/10),¹³ kao i Strategija e-uprave pokrajinskih organa, (Službeni list APV, br. 18/07).¹⁴

PREGLED PRAVNIH PROPISA ZNAČAJNIH ZA RAZVOJ E-UPRAVE U REPUBLICI SRBIJI

Akcionim planom za sprovođenje reforme državne uprave u Republici Srbiji za period 2004–2008. godine bilo je predviđeno usvajanje 10 zakona, od kojih je usvojena velika većina, iako sa određenim kašnjenjima. Usvojenim zakonima je, na novim osnovama i u skladu sa načelima Evropskog administrativnog prostora, uređen sistem državne uprave i službenički sistem u Republici Srbiji (Zakon o Vladi, Zakon o državnoj upravi, Zakon o državnim službenicima, Zakon o platama državnih službenika i nameštenika, itd.). Takođe su uspostavljeni kontrolni mehanizmi za stvaranje otvorene i odgovorne državne uprave (Zakon o zaštitniku građana, Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja, Zakon o sprečavanju sukoba interesa pri vršenju javnih funkcija). Zakon o upravnim sporovima usvojen je 2009. godine, a usvajanje novog Zakona o opštem upravnom postupku očekuje se krajem 2011. godine.

U Akcionom planu naglašen je značaj uloge e-uprave u procesu modernizacije države. S tim u vezi formirana je posebna Radna grupa za e-upravu koja se sastoji od predstavnika Ministarstva za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu, Ministarstva kulture, informisanja i informacionog društva,¹⁵ Ministarstva unutrašnjih poslova, Poreske uprave, Republičkog zavoda za statistiku, Nacionalne agencije za informacione tehnologije i internet, Uprave za

¹³ Svi pomenuti strateški dokumenti, mogu se naći na sledećoj stranici: http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678.

¹⁴ Videti: http://www.region.vojvodina.gov.rs/index.php?option=com_content&view=article&id=26&Itemid=78&lang=sr&limitstart=1

¹⁵ Uprava za digitalnu agendu osnovana je Zakonom o ministarstvima (Službeni glasnik RS, br. 16/2011) u martu 2011. godine, kao organ uprave u sastavu Ministarstva kulture, informisanja i informacionog društva. Uprava je usmerena na uređenje, unapređenje i podsticanje razvoja oblasti IKT u Republici Srbiji, kao i približavanje evropskim i svetskim standardima u ovoj oblasti. Prethod-

zajedničke poslove i Generalnog sekretarijata Vlade.¹⁶ Zadatak ove Radne grupe je da planira i koordinira sprovođenje aktivnosti organa državne uprave u oblasti e-uprave kao sastavnog dela opšteg procesa reforme državne uprave.

Takođe, polazeći od toga da je jedna od osnovnih pretpostavki za razvoj e-uprave prilagođavanje propisa i formiranje pravnog okvira kojim bi se omogućio prelazak na elektronsku komunikaciju organa državne uprave, 2009. godine formirana je i posebna Radna grupa za uspostavljanje pravnog okvira za razvoj e-upravu, koja se sastoji od predstavnika Ministarstva za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu, Ministarstva kulture, informisanja i informacionog društva, Republičkog sekretarijata za zakonodavstvo i Generalnog sekretarijata Vlade,¹⁷ koja sagledava obim neophodnih promena i predlaže mere za uspostavljanje pravnog okvira za e-upravu. Najznačajni rezultati rada ove Posebne Radne grupe su doneta Uredba o elektronskom kancelarijskom poslovanju organa državne uprave (Službeni glasnik RS, 40/10)¹⁸ i Uputstvo o elektronskom kancelarijskom poslovanju (Službeni glasnik RS, 102/10)¹⁹.

U studiji “Stanje razvoja e-uprave u Republici Srbiji za 2009. godinu”²⁰ dat je pregled ključnih događaja koji su obeležili napredak u oblasti uvođenja elektronske uprave u Republici Srbiji. Na ovom mestu izdvojićemo samo neke od njih, značajne, prventveno, za izgradnju pravnog sistema u ovoj oblasti.²¹

no se ovim aktivnostima bavilo Ministarstvo za telekomunikacije i informaciono društvo. Više o Upravi za digitalnu agendu: <http://www.digitalnaagenda.gov.rs/uprava> (24. 9. 2011).

¹⁶ Radna grupa za e-upravu formirana je rešenjem Ministra za državnu upravu i lokalnu samoupravu u skladu sa odlukom Vlade o reviziji Akcionog plana za reformu državne uprave (05 br: 020-5015/2008 od 20. novembra 2008. godine).

¹⁷ Radna grupa za uspostavljanje pravnog okvira za razvoj e-upravu je formirana rešenjem Ministra za državnu upravu i lokalnu samoupravu u skladu sa odlukom Vlade o reviziji Akcionog plana za reformu državne uprave (05 br: 020-5015/2008 od 20. novembra 2008. godine).

¹⁸ Videti: http://www.digitalnaagenda.gov.rs/wp-content/uploads/Dokumenti/Podzakonski_akti/ZED-Uredba_o_elektronskom_kancelarijskom_poslovanju.pdf (6. 9. 2011).

¹⁹ Videti: http://www.digitalnaagenda.gov.rs/wp-content/uploads/Dokumenti/Podzakonski_akti/ZED-Uputstvo_za_elektronsko_kancelarijsko_poslovanje.pdf (6. 9. 2011).

²⁰ Republički zavod za informatiku i internet, Stanje razvoja e-uprave u Republici Srbiji za 2009. godinu, dostupno na: <http://www.rzii.gov.rs/FileSystem/SiteDocuments/publikacije/Stanje%20razvoja%20eUprave%20u%20RS%20-%202009.pdf>, (6. 9. 2011).

²¹ Jun 2010 – Zakon o elektronskim komunikacijama. Decembar 2009 – Zakon o tajnosti podataka. Decembar 2009 – Zakon o upravnim sporovima (po prvi put omogućeno strankama da predaju tužbu i drugi podnesak Upravnom sudu i u obliku elektronskog dokumenta). Decembar 2009 – Zakon o jedinstvenom biračkom spisku. Mart 2009 – Zakon o matičnim knjigama (najznačajnije novine su izdavanje izvoda iz matičnih knjiga bez ograničenog roka trajanja i omogućavanje podizanja izvoda iz matičnih knjiga bez obzira na mesto vođenja matične knjige). Jul 2009 – Zakon o elek-

U pripremi je Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku, čije usvajanje se očekuje krajem 2011. godine. Nacrt Zakona, između ostalog, predviđa upotrebu elektronskog dokumenta i elektronskog potpisa u upravnom postupku. Pri tome, elektronska komunikacija ne sme da bude na štetu stranke, koja daje izričit pristanak na ovakav vid komunikacije. Značajnu novinu predstavlja i uvođenje službi za pružanje usluga na jednom mestu, preko kojih se, na izričit zahtev stranke, sprovode sve usluge neophodne za postupanje u upravnoj stvari.

Da bi se unapredio postojeći pravni okvir koji se odnosi na e-upravu u Republici Srbiji, nepohodno je da se pažljivo sagleda i analizira trenutna situacija u ovoj oblasti, i da se ukaže na moguće pravce razvoja u narednom periodu.²²

JAVNI ELEKTRONSKI SERVISI U REPUBLICI SRBIJI

Javni elektronski servis je skup poslova koje građani ili privredni subjekti mogu obaviti sa službama javne uprave uz posredovanje elektronskih sredstava za komunikaciju. Nesporno je da nivo razvoja ovih usluga odražava nivo razvoja e-uprave uopšte. Na žalost, Republika Srbija se nalazi iza evropskih zemalja u pogledu razvoja i korišćenja javnih elektronskih servisa. Mnogi faktori, kao što su politička situacija, nedovoljna budžetska sredstva, nedostatak odgovarajuće zakonske regulative, stručnih kadrova, slaba promocija (i sl.) usporavaju Srbiju u ovoj oblasti.

tronskom dokumentu (predviđa da se elektronskom dokumentu ne može osporiti punovažnost ili dokazna snaga samo zato što je u elektronskom obliku, osim u zakonom predviđenim slučajevima). Maj 2009 – Zakon o elektronskoj trgovini. Novembar 2008 – Zakon o zaštiti podataka o ličnosti. Decembar 2004 – Zakon o elektronskom potpisu (definiše, između ostalog, elektronski potpis i kvalifikovani elektronski potpis, kao i elektronski sertifikat i kvalifikovani elektronski sertifikat). Novembar 2004 – Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja.

²² S tim u vezi, Ministarstvo za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu je sredinom septembra 2011. godine poslalo dopis svim ministarstvima sa molbom da sagledaju mogućnost uspostavljanja, odnosno daljeg razvoja e-uprave u oblastima koje su u njihovoj nadležnosti. Od ministarstva je traženo i da analiziraju potrebu za izmenama i dopunama propisa, kao i o nužnosti donošenja novih propisa koji se posredno, ili neposredno tiču e-uprave. Između ostalog, postavljena su i sledeća pitanja: “Koje vrste e-usluga su omogućene u oblastima iz nadležnosti Vašeg organa”, “Koje vrste novih usluga planirate, odnosno smatrate da je moguće da budu uvedene?”, “Kako ćete (pravno i tehnički) obezbediti njihovo nesmetano funkcionisanje?”, “Koje prioritete treba utvrditi u početnom periodu?”, “Kako ćete unaprediti postojeće usluge da bolje odgovaraju potrebama građana, ali i mogućnostima uprave”, i sl. Dobijene informacije predstavljale su osnov za sastavljanje pravne analize od strane konsultantskog tima na projektu “Podrška razvoju e-Uprave”.

Teorijski posmatrano razvijenost servisa e-uprave ima nekoliko mogućih nivoa:

Nivo 1 – Informacija: onlajn informacija o javnom servisu; Nivo 2 – Jednosmerna interakcija: omogućeno preuzimanje formulara sa internet sajta, koji se potom klasičnim putem popunjavaju i dostavljaju nadležnim organima; Nivo 3 – Dvosmerna interakcija - postojanje elektronskih formulara, tako da se ceo proces obraćanja korisnika organima uprave završava putem interneta; Nivo 4 – Transakcija - sve poslove sa organima uprave korisnik obavlja putem interneta, uključujući i plaćanje i isporuku traženih dokumenata, kao i podnošenje zahteva putem interneta uz autentifikaciju i autorizaciju; Nivo 5 – Personalizacija: podrazumeva proaktivno dostavljanje servisa korisnicima, odnosno pomeranje inicijative za korišćenje servisa sa korisnika na pružaoce servisa.²³

U Srbiji se postojanje e-uprave uglavnom svodi na dobijanje informacija o uslugama javne uprave (koji organi su nadležni, koja dokumentacija je potrebna), kao i preuzimanje formulara sa internet sajtova (nivo 1 i 2). Međutim, mogućnost potpunog završavanja posla elektronskim putem (nivo 3) gotovo da je zanemarljiva.

Preduslov za efikasno pružanje elektronskih usluga podrazumeva uspostavljanje kvalitetnih nacionalnih registara - baza podataka od nacionalnog interesa, uz jasno definisanje nadležnosti - ko šta sme, odnosno mora da čuva i pod kojim uslovima podatke stavlja na uvid drugim organima. U osnovi sistema nacionalnih registara su centralni registri koji sadrže četiri grupe podatka: Podaci o građanima (fizičkim licima) – njihovo vođenje je, trenutno, u nadležnosti velikog broja organa; Podaci o pravnim licima – njihovo vođenje je, prevashodno, u nadležnosti Agencije za privredne registre (APR); Prostorni podaci – njihovo vođenje je u nadležnosti Republičkog geodetskog zavoda (RGZ). Podaci o imovini fizičkih i pravnih lica – njihovo vođenje je, trenutno, u nadležnosti velikog broja organa.

PRAKSA KORIŠĆENJA ELEKTRONSKIH SERVISIA U REPUBLICI SRBIJI

Nedavno istraživanje²⁴ Republičkog zavoda za statistiku Srbije ukazuje na dostupne elektronske servise javne uprave u 2011. godini i utvrđuje da je ove ser-

²³ Navedeno prema: <http://www.zvezdara.com/e-uprava.html> (24. 9. 2011).

²⁴ Republički zavod za statistiku Srbije, *Upotreba informaciono-komunikacionih tehnologija u Republici Srbiji*, 2011. Videti: <http://webzrzs.stat.gov.rs/WebSite/public/PublicationView.aspx?pKey=41&pLevel=1&pubType=2&pubKey=728> (30. 9. 2011).

vise koristilo više od 680 000 lica, što je značajno povećanje u odnosu na 2010. godinu kada je ove servise koristilo oko 325 000 lica. Ipak, ove apsolutne brojke relativizuje podatak da među internet populacijom samo 17,3% ispitanika koristi servise umesto da ostvaruje lične kontakte ili da posećuje javne ustanove. Od tog broja, 78,1% ispitanika je koristilo internet za dobijanje informacija s veb-sajta javnih institucija, 46,5% za preuzimanje zvaničnih formulara i 30,3% za slanje popunjenih obrazaca. Takođe od ukupnog broja preduzeća koja imaju internet priključak, 79,8% preduzeća je koristilo elektronske servise javne uprave (što čini povećanje od 9,2% u odnosu na 2010. godinu).²⁵

U junu 2010. godine počeo je sa radom Portal eUprava Republike Srbije,²⁶ koji predstavlja jedinstvenu tačku pristupa većem broju elektronskih javnih usluga. Svaki korisnik koji pristupi Portalu, trebalo bi da pronađe uslugu koja mu je potrebna u tom trenutku, prijavi se na sistem uz pomoć elektronskog sertifikata, popuni elektronski formular, elektronski ga potpiše, plati sve neophodne takse i preda ga nadležnom organu na rešavanje.

Na taj način bi bio zamenjen dolazak na šalter i čekanje redova, odnosno omogućeno ljudima da poslove sa državom obavljaju na jednostavniji način.²⁷ Naravno, izvršavanje nekih elektronskih usluga dostupno je samo korisnicima prijavljenim putem elektronskog sertifikata, u zavisnosti od potrebnog stepena autentifikacije koji zahteva organ državne uprave koji pruža uslugu.²⁸

Tokom 2011. godine na Portalu je bilo prisutno više od trideset organa državne uprave, i preko šezdeset opština. Pri tome, neki od ovih organa pružaju samo nekoliko usluga, dok su drugi prisutni i sa više od dvadeset usluga, čime se njihov ukupan broj od, početnih 50, popeo na čak 250.²⁹

Ipak, i pored ogromnog značaja elektronskog portala za pružanje javnih usluga, neophodno je težiti potpunom integrisanju e-uprave u proces reforme državne uprave i u celokupan pravni i institucionalan okvir države.

²⁵ Pomenuto istraživanje ukazuje i na druge zanimljive podatke. Tako, 52, 1% domaćinstava u Republici Srbiji poseduje računar, dok 41,2% domaćinstava poseduje internet priključak. Alarman-tan je podatak da čak 40,1% lica nikada nije koristilo računar, dok 53% ispitanika nikada nije koristilo internet. Takođe, istraživanje pokazuje i da 98,1% preduzeća u Republici Srbiji koristi računar u svom poslovanju, dok 97, 2% preduzeća ima internet priključak.

²⁶ Više o portalu e-uprave, videti: <http://www.euprava.gov.rs/>.

²⁷ Videti: <http://www.euprava.gov.rs/vesti/euprava/33/Promocija-portala-eUprava-u-Vladi-Srbije.html> (25. 9. 2011).

²⁸ <http://www.euprava.gov.rs> (25. 9. 2011).

²⁹ http://www.euprava.gov.rs/vesti/euprava/70/damir_internet_ogledalo.html (27. 9. 2011).

ZAKLJUČAK

Republika Srbija je učinila značajan napredak u poslednjih deset godina kako na razvoju informacionih tehnologija, tako i u njihovih primeni u radu javne uprave. Takođe, u Srbiji je donet veliki broj strateških dokumenata i pravnih propisa koji omogućavaju dalji razvoj u ovoj oblasti. Međutim, uvođenje e-uprave karakteriše i nedovoljno usklađen i neujednačen razvoj u različitim sredinama.

Srbija, kao i svaka druga zemlja u razvoju, mora i dalje da investira, kako u jačanje tehnoloških kapaciteta, tako i u obrazovanje kadrova i opšte populacije. Takođe, Portal e-uprave predstavlja značajno čvorište za većinu elektronskih usluga, ali se nivo njihove razvijenosti mora znatno unaprediti. Pri tome, potrebno je voditi računa da usluge u oblasti e-uprave moraju biti dostupne svima, ali i da one treba da predstavljaju isključivo mogućnost, a ne obavezu za korisnike usluga. Ovo dodatno dobija na značaju ako se uzme u obzir činjenica, da u Srbiji više od polovine stanovnika nikada nije koristilo internet.

Konačno, e-uprava se mora realno sagledati i njeni dometi se ne smeju pre-naglašavati. To znači da se od nje ne može očekivati više od onoga što je ona u stanju da pruži. Zbog toga se sa pravom ističe da je ona neophodna u pojedinim oblastima uprave, ali da to ne znači da je ona potrebna i primenjiva u svim delatnostima države, a još manje u svakoj sferi društva.³⁰ Takođe, ona nije i «nikada neće biti, magično rešenje koje će jednom zauvek eliminisati sve probleme s kojim se građani susreću pri kontaktu sa upravom».³¹ Što pre to shvatimo i sagledamo na realističan način prednosti i nedostatke koji su njen sastavni deo, imaćemo veće šanse za uspeh.

³⁰ Videti: Borče Davitkovski, Ana Pavlovska-Daneva, Dragan Gocevski, *E-uprava*, Pravni život, br. 11/2009, str. 64.

³¹ *Isto*, str. 65.

MARKO DAVINIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law, University of Beograd
IGOR TODOROSKI, LL.M.,
Coordinator of e-government, Ministry of Human
and Minority Rights, Public Administration and
Local Self-government

E-GOVERNMENT IN THE REPUBLIC OF SERBIA
– Current state and development directions –

Summary

The Republic of Serbia has made a significant progress in the last decade in terms of development of information technologies and their application in the work of public administration. Furthermore, Serbia has adopted a number of strategic documents and legal regulations that allow further development in this area. However, the introduction of e-government is characterized by fragmentation and uneven development in different parts of the country. Serbia, like any other developing country, has to invest more in the development of technological capacity, training of personnel and education of the general population. E-government portal has been a major hub for most of electronic services, but their level of sophistication must be substantially improved. In doing so, care must be taken that the services in the field of e-government have to be accessible to everyone, but that they should be only the option, not an obligation for all subjects. This further gains in significance if one takes into account the fact that more than half of the population in Serbia has never used the Internet. Finally, e-government must be observed in a realistic way, and its effects should not be overemphasized.

ZORICA VUKAŠINOVIĆ-RADOJIČIĆ

NAČELA RADA SLUŽBENIKA U INSTITUCIJAMA EVROPSKE UNIJE

U V O D

Principi rada službenika u institucijama Evropske unije (*Officials of the European Communities*) snažno utiču na prilagođavanje i razvoj službeničkih sistema država članica i zemalja koje se pripremaju za članstvo. Načela rada “evropskih” službenika, iako nastala iz nacionalnih službeničkih sistema služe i kao korektivni mehanizam formulisanja i primene standarda statusa državnih službenika u nacionalnim upravnim sistemima. Prilikom definisanja zajedničkih principa i prakse, pošlo se od toga da se stvore pretpostavke za koherentno i uspešno sprovođenje evropskih politika i omogući razvoj principa mobilnosti službenika u okviru Evropske unije. S jedne strane, princip mobilnosti se odnosi na angažovanje službenika institucija Evropske unije u državama članicama, dok, s druge strane podrazumeva “kretanje” službenika iz uprave jedne države članice u drugu. U ovom smislu, usaglašavanje elemenata statusa i načela rada službenika sa evropskim na-

Dr Zorica Vukašinić-Radojičić, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd. Ovaj rad je rezultat realizovanja naučnoistraživačkog projekta pod nazivom *Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija*. Projekat finansira Ministarstvo nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije (br. 179045), a realizuje Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu (2011–2014).

čelima, od izuzetne je važnosti sa aspekta procesa pridruživanja i sticanja članstva u Uniji.

Institucije Evropske unije imaju za cilj prvenstveno definisanje, kao i koherentno i delotvorno sprovođenje evropskih politika, te je “evropski” interes u radu primaran. Stoga, službenici u institucijama Evropske unije predstavljaju posebnu kategoriju zaposlenih, čiji se položaj, načela delovanja i uslovi rada, uređuju na specifičan način, aktima Evropske unije. Svakako, sličnosti u statusu službenika u institucijama Unije i nacionalnim službeničkim sistemima postoje, imajući u vidu konvergenciju administrativnih sistema i uspostavljanje zajedničkih principa rada službenika.¹ S druge strane, priroda aktivnosti, kompleksna struktura briselske administracije i mehanizmi rada, broj zaposlenih u institucijama i telima Unije, saradnja između institucija, zahtevaju specifično uređenje njihovog statusa. Standardi rada službenika zaposlenih u institucijama Evropske unije snažno utiču na usvajanje, usklađivanje i primenu principa rada službenika u nacionalnim administracijama.

SPECIFIČNOSTI REGULISANJA STATUSA SLUŽBENIKA U INSTITUCIJAMA EVROPSKE UNIJE

Osnovni elementi položaja službenika u institucijama Evropske unije, uređuju se pravnim aktima Unije – “Pravilnikom o radu službenika u institucijama Evropske unije” (*Staff Regulations of Officials of the European Communities*).² Osnovni cilj usvajanja novih propisa u ovoj oblasti je bio usmeren na uspostavljanje novih procedura zapošljavanja i selekcije kadrova, uspostavljanje karijernog

¹ Direktorati Evropske komisije (*Directorates General*) su organizovani na način koji je kompatibilan načinu organizovanja ministarstava u nacionalnim administracijama a tipični poslovi koji se obavljaju su razvoj politika, priprema propisa, raspodela prihoda, praćenje primene regulative i pružanje stručnih saveta i podrška političkoj egzekutivi. Videti: S. Hix, *The Political System of the European Union*, second edition, Palgrave, Macmillan, Houndmills, Hampshire, Basingstoke, 2005, str. 46.

² *Staff Regulations of Officials of the European Communities, European Commission, Legal issues and questions relating to the Staff Regulations Unit*, 2004, <http://europa.eu.int/eur-lex/>. Status zaposlenih koji radni odnos zasnivaju ugovorom, kao što su privremeni službenici (temporary staff), pomoćni službenici (auxiliary staff), ugovorni službenici (contract staff), lokalni službenici (local staff) i specijalni savetnici (special advisers), regulišu se aktom “Uslovi za zasnivanje radnog odnosa drugih službenika” (*Conditions of Employment of other Servants of the European Communities*). *Conditions of Employment of other Servants of the European Communities, European Commission, Legal issues and questions relating to the Staff Regulations Unit*, 2004, <http://europa.eu.int/eur-lex/>.

sistema u kome se napredovanje službenika zasniva na zaslugama, objektivnom i pravičnom ocenjivanju kao i stručnom usavršavanju. Pravilnik se primenjuje na zaposlene u svim institucijama Unije, kao i telima koje osniva Evropska unije (Evropskom ombudsmanu, Evropskom komitetu za ekonomska i socijalna pitanja, Komitetu regiona, agencijama, itd.).

Standardi rada i postupanja državnih službenika, bliže su uređeni Kodeksom dobrog upravnog postupanja (*The European Code of Good Administrative Behavior*), kojim se obezbeđuje valjan, kvalitetan i transparentan rad uprave. Takođe, *Regulativa o dostupnosti dokumenata javnosti* (iz 2001. godine), garantuje pravo pristupa dokumentima svim građanima Evropske unije.³ Institucije Evropske unije imaju obavezu usvajanja i primene odredbi ovih akata, nakon konsultacija sa Evropskom komisijom i nadležnim komisijama za pripremu akata kojima se reguliše položaj zaposlenih u samim institucijama (*Staff Committee, Staff Regulations Committee*). Institucije se moraju starati o jednoobraznoj primeni uslova rada i standarda položaja svih kategorija službenika. Takođe, u cilju kvalitetne primene pravila, ustanovljena je obaveza međusobne saradnje i konsultacija institucija Evropske unije (njihovih organizacionih jedinica). Za sva pitanja pravnog položaja službenika, nadležne su same institucije.

Imajući u vidu da je “evropski interes” primaran, službenici u institucijama Evropske unije imaju obavezu da obavljaju poslove u skladu sa interesima Unije; oni ne smeju postupati po instrukcijama nacionalnih vlada, drugih organa ili organizacija. Poslove moraju obavljati nepristrasno, objektivno i sa odnosom lojalnosti prema Uniji.⁴ Jedno od ključnih načela rada službenika je načelo odgovornosti, te službenici imaju odgovornost za obavljanje poslova i pružanje stručne pomoći i saveta nadređenima. Ustanovljena je obaveza poštovanja nadređenih i izvršavanja naređenja, a odgovornost podređenih ne oslobađa rukovodioce njihove lične odgovornosti. Za povredu radnih dužnosti službenika, sa umišljajem ili iz nehata, ustanovljava se disciplinska odgovornost službenika. Izričito se zabranjuje sticanje bilo kakvih koristi (poklona, počasti, usluga ili novca) od nacionalnih vlada ili drugih organa i lica. Takođe, službenici ne smeju postupati u stvarima u kojima direktno ili indirektno imaju interes za sebe ili povezana lica, a naročito finansijski interes, koji bi ugrozio nezavisno obavljanje poslova.⁵ Ustanovljena je i zabrana obavljanja aktivnosti (profitabilnih ili neprofitabilnih) koje su nespojive sa

³ European ombudsman, *The European Code of Good Administrative Behaviour* (2005), <http://www.euro-ombudsman.eu.int/code/pdf/en/code2005>.

⁴ Član 11 (96) *Pravilnika*.

⁵ O postojanju takvog interesa, službenici moraju odmah obavestiti Komisiju za prijem službenika (*Appointing Authority*) koja će preduzeti neophodne mere.

obavljanjem dužnosti u interesu Unije.⁶ U cilju zaštite integriteta i položaja službenika, zabranjuje se svaki vid psihičkog (*psychological harassment*) ili seksualnog uznemiravanja (*sexual harassment*).⁷ Ovaj vid uznemiravanja službenika predstavlja povredu načela zabrane diskriminacije zaposlenih. Povodom bilo kakvog uznemiravanja, službenici imaju pravo na sudsku zaštitu kao i pravo da se pritužbom obrate Evropskom ombudsmanu. Zloupotreba ovlašćenja od strane službenika u institucijama Unije često je predmet pritužbi koje fizička i pravna lica mogu upućuju Evropskom ombudsmanu. Ombudsman je u situacijama koje predstavljaju kršenje odredbi *Kodeksa* koje se odnose na razuman i ljubazan odnos službenika prema građanima, utvrdio postojanje slučaja loše uprave u radu institucije i formulisao kritičko zapažanje tim povodom.

Osim odgovornosti za rad, službenik odgovara i za štetu koju pričini instituciji Unije u vezi sa obavljanjem svojih poslova. Sudu Evropske unije za službeničke sporove i Prvostepenom sudu (Sudu pravde) je takođe poverena nadležnost za sporove o naknadi štete, te Unija nadoknađuje štetu koju su prouzrokovali njeni organi ili službenici u vršenju svojih dužnosti. Obzirom da organi rade preko službenika, Unija odgovara za radnje i propuste službenika u vršenju svojih dužnosti, koji se ogledaju u neizvršavanju uputstava, nepažljivom, nezakonitom ili zlonamernom postupanju.⁸

Službenici imaju obavezu poštovanja prava stranaka u postupku, kao što je "pravo na odbranu", donošenje obrazloženih odluka, i obaveza pažljivog postupanja sa strankama. *Kodeksom dobrog upravnog postupanja* (članom 16) je propisano da će se "u slučajevima u kojima su angažovani prava ili interesi pojedinaca, službenik starati da u svakoj fazi postupka donošenja odluka, pravo na odbranu bude poštovano." Pravo na odbranu podrazumeva ovlašćenje lica da bude posavetovano o konkretnom slučaju, da ima pristup informacijama u vezi sa svojim slučajem, da mu se pruži mogućnost da bude saslušan, kao i da odgovori na sve navode suprotne strane.

Svaki službenik koji prilikom obavljanja svojih dužnosti sazna za moguće vršenje nezakonitih aktivnosti, uključujući prevaru ili korupciju, na štetu interesa Unije ili za drugo ponašanje koje predstavlja povredu profesionalne dužnosti, bez odlaganja mora obavestiti neposrednog rukovodioca ili starešinu organa, a ukoliko smatra da je potrebno i Komisiju za borbu protiv prevara (*The European An-*

⁶ U cilju angažovanja na drugim poslovima, službenici se moraju obratiti Komisiji za prijem koja daje odobrenje ukoliko ne postoji sukob interesa.

⁷ Službenik koji je bio žrtva psihičkog ili seksualnog uznemiravanja ne sme, usled toga snositi štetne posledice u instituciji u kojoj radi.

⁸ Slučaj 145/83, *Adams v. Commission*, ECR, 1985, str. 3539.

ti-Fraud Office). Službenik koji ukaže na takvo ponašanje i učini informacije dostupnim (predsedniku Komisije, Evropskom ombudsmanu, Revizorskom sudu, Savetu ili Parlamentu) ne sme zbog toga snositi štetne posledice od strane institucije u kojoj je zaposlen (*whistleblowers*).

ZAPOŠLJAVANJE SLUŽBENIKA U INSTITUCIJAMA EVROPSKE UNIJE

Zapošljavanje službenika ima za cilj prijem sposobnih i kompetentnih kadrova koji će efikasno obavljati poslove u institucijama Evropske unije. Osnovni cilj Unije je definisanje zajedničke politike zapošljavanja zasnovane na međuinstitucionalnoj saradnji.⁹ Osnovni princip zapošljavanja službenika je *zabrana diskriminacije* kandidata na osnovu različitih svojstava. U skladu sa aktima Unije, kandidati za prijem u radni odnos su državljani svih država članica, te se eksplicitno propisuje da “nijedno radno mesto ne može biti rezervisano za državljane određene države članice.”¹⁰ Uslovi za zapošljavanje su državljanstvo države članice Evropske unije, ispunjene obaveze u pogledu služenja vojnog roka u nacionalnim sistemima, podobnost (odgovarajuće sposobnosti) za obavljanje poslova u okviru radnog mesta na koje se zapošljava, položen prijemni ispit (testovi, kvalifikacije), fizička spremnost, potpuno znanje jednog zvaničnog jezika Evropske unije i dobro znanje drugog jezika (na nivou potrebnom za obavljanje poslova određenog radnog mesta).¹¹ Za imenovanje rukovodilaca, definisani su posebni uslovi.¹² Za zapošljavanje službenika, u skladu sa njihovim sposobnostima i uslovima za rad na određenim radnim mestima, nadležne su isključivo institucije Unije, odnosno izborne komisije (*Appointing Committee*) u njima.

Praksa Evropskog ombudsmana, ukazuje, međutim na čestu povredu načela zabrane diskriminacije u vezi sa zapošljavanjem u institucijama Unije.¹³ Stoga, ombudsman je inicirao promene sistemskih rešenja u politici zapošljavanja i svo-

⁹ Opširnije na http://ec.europa.eu.reform/2002/chapter02_en.htm#2_2.

¹⁰ Pravila o zapošljavanju su regulisana Pravilnikom, od člana 27 (77) (96) do člana 35 (96).

¹¹ Član 28. Pravilnika.

¹² To su: profesionalno iskustvo u rukovođenju i potrebno obrazovanje, stručno znanje, poznavanje procedura rada (administrativnih i finansijskih), komunikacione sposobnosti, poznavanje evropskih politika i prava, probni rad (do devet meseci).

¹³ Najčešći osnov diskriminacije i isključivanja kandidata sa konkursa su godine starosti kandidata. Osim godina starosti, diskriminacija u konkursnoj proceduri se odnosila na nacionalnost kandidata, ekvivalentnost univerzitetskih diploma, poništavanja pojedinih pitanja u pismenoj fazi

jim zalaganjima i inicijativom uticao na punu primenu i afirmaciju načela zabrane diskriminacije i uspostavljanju nove prakse.

U cilju standardizovanja, harmonizacije i racionalizacije procesa selekcije kadrova, obezbeđenja jednakog tretmana svih kandidata, obezbeđenja transparentnih procedura, pojednostavljivanja i ubrzanja procedura zapošljavanja i uvođenja obaveznih provera znanja (testiranja) kandidata, osnovano je međuinstitucionalno telo za zapošljavanje službenika - Služba Evropske unije za selekciju kadrova (*European Communities Personnel Selection Office*). Služba je osnovana neposredno pre proširenja 2004. godine, sa glavnim ciljem sprovođenja javnih konkursa i zapošljavanja građana novih država članica u institucijama Unije (Komisiji, Savetu, Parlamentu, Sudu pravde, i drugim institucijama i telima).¹⁴ Rad Službe, svakako obezbeđuje jednoobraznu primenu savremenih standarda procedure zapošljavanja.

Osnovni princip procesa selekcije je *jednak tretman* kandidata bez obzira na razlike u polu, rasi, nacionalnom i socijalnom poreklu, jeziku, religiji, političkim ili drugim uverenjima, imovini, rođenju, godinama starosti, invaliditet, ili seksualnoj orijentaciji. Kršenje pravila u postupku selekcije u smislu povrede principa *jednakog tretmana* (član 11 Pravilnika) i *ocene zasluga* kandidata, predstavlja osnov za ostvarivanje sudske zaštite službenika. Sud za službeničke sporove je u slučaju *Georgios Yannoussis v. European Commission* ukazao na nepoštovanje principa nepristrasnog i objektivnog odabira kandidata (politizaciju izbora službenika), kao i povredu principa jednakog tretmana kandidata.¹⁵

provere znanja, postavljenih pitanja na usmenom delu testa, tvrdnji o rasnoj diskriminaciji i druga pitanja.

¹⁴ Služba je započela sa radom u januaru 2003. godine i ima oko 150 zaposlenih, sa sedištem u Briselu. U nadležnosti Službe je sprovođenje javnih konkursa na zahtev institucija; obezbeđenje stručne podrške za sprovođenje internih konkursa na zahtev institucija; određivanje sadržaja i konzistentnog sprovođenja ispita u smislu napredovanja službenika u svim institucijama, propisivanje i organizovanje provere jezičke sposobnosti službenika u cilju jednoobraznog i konzistentnog sprovođenja. Videti član 7 Aneksa III *Pravilnika*. Opširnije na http://en.wikipedia.org/wiki/European_Personnel_Selection_Office.

¹⁵ Službenik Komisije Georgios Yannoussis zahtevao je poništenje odluke kojom se odbacuje njegova kandidatura i postavljenje na radno mesto direktora predsedništva Evropske komisije u Atini, kao i poništenje odluke kojom se imenuje drugi kandidat. Tužilac u tužbi ukazuje na povredu člana 35, 36, 37 i 38 *Pravilnika*, koji se odnose na status službenika koji se privremeno angažuju (upućuju na rad) van institucija Evropske unije. Tužilac je ukazao na nezakonitost i neobjektivnost u postupku selekciju, obzirom da je direktor predstavništva izabran na osnovu odluke kojoj je prethodilo uplitanje članova komisije koji su imali podršku iz kabineta direktora Generalnog direktorata, te ukazuje na to da postupak selekcije ne može biti objektivna, obzirom da nemaju ovlašćenje ni odgovornost za postavljenje na ta radna mesta. Tužilac je ukazao na nepoštovanje formalne procedure i političke uticaje na izbor za ovo radno mesto. Tužilac, dakle, ukazuje na "kršenje pravila u postup-

Transparentnost procesa selekcije takođe, mora biti zagarantovana kandidatima. Na punu primenu principa *transparentnosti* u proceduri zapošljavanja i selekcije, u velikoj meri je uticao Evropski ombudsman.

OCENJIVANJE I NAPREDOVANJE SLUŽBENIKA

Glavni kriterijumi za napredovanje službenika su zasluge (*merit sistem*), odnosno rezultati rada zaposlenih, služenje jezicima¹⁶ i ukoliko je potrebno, stepen odgovornosti za obavljanje poslova. Ocenjivanje predstavlja osnov napredovanja, a službeniku za koga se na osnovu izveštaja o ocenjivanju utvrdi da je nekompetentan za obavljanje poslova, može prestati radni odnos. U Evropskoj komisiji, ocenjivanje ima za cilj jačanje motivacije zaposlenih i podsticanje timskog rada kao i staranje o tome da su svima jasni zadaci i veza između ličnih i organizacionih ciljeva. U okviru novog sistema ocenjivanja "Kontrola razvoja karijere" (*Career Development Review*), ne postoji mogućnost napredovanja zaposlenih u viši razred automatski, a cilj sistema je napredovanje zaposlenih na osnovu njihovih rezultata rada. Ocenjuju se ključni pokazatelji uspešnosti rada – rezultati rada, sposobnosti i ponašanje.¹⁷ Na osnovu dosadašnjih ocenjivanja, najčešće je 15 % službenika ocenjeno iznad proseka i oko 10% ispod proseka. Najveće ocene dobija 15% službenika od ukupnog broja zaposlenih u direktoratu (ocene iznad proseka, od šest do deset), dok ostali dobijaju slabije ocene (između nula i četiri poena). Na ovaj način se naglašavaju razlike u ocenama zaposlenih. To je tzv. *sistem kvota*. Ono što

ku selekcije", odnosno da je odluku o odbacivanju kandidature doneo nenadležni organ za postavljanje (*college des commissaires*). Sud na osnovu navoda stranke i drugih dokaza smatra da je došlo do nepoštovanja pravila selekcije kandidata u izbornom postupku, odnosno nezakonitosti u sprovođenju postupka, kao i povrede principa jednakog tretmana kandidata (član 11 Pravilnika) i nezakonitost ocene zasluga kandidata. Sud je u presudi ukazao na politizaciju izbora službenika i kršenje nadležnosti, što ugrožava nepristrasni i objektivni izbor kandidata. Presudom Suda se poništava odluka o odbacivanju kandidature tužioca, kao neosnovana, a sa druge strane, Sud smatra da nema osnova za poništaj odluke o imenovanju drugog lica. Presuda *Georgios Yannoussis v. European Commission*, Civil Service Tribunal, 2. april, 2009. Arret Du Tribunal De la Fonction Publique de l'Union Européenne, F-143/07, <http://curia.europa.eu/jurisp/>.

¹⁶ Nakon zapošljavanja, pre prvog napredovanja proverava se sposobnost služenja trećim jezikom u skladu sa članom 314 ugovora o Evropskoj uniji.

¹⁷ U zavisnosti od dobijenih poena, službenici se rangiraju u kategorije: iznad proseka, prosek, ispod proseka.

proceduru ocenjivanja čini objektivnijom je detaljan opis poslova koji se obavljaju u okviru radnih mesta.¹⁸

Ocenjivanje rukovodilaca je slično ocenjivanju ostalih zaposlenih, a kriterijumi za ocenjivanje su dopunjeni (veštine komunikacije, pregovaranja, međuljudski odnosi i sl). Tek postavljeni rukovodioci moraju biti podvrgnuti probnom radu, te nakon pet meseci se ocenjuju u cilju provere njihovih sposobnosti za rukovođenje. Novi sistem ocenjivanja rukovodioca je počeo da se primenjuje 2004. godine. Primenjuje se metodologija ocenjivanja *360 stepeni*, najmanje svake druge godine, što ujedno predstavlja osnovu reforme procesa ocenjivanja. Uvedena je kao rezultat najbolje prakse u javnom i privatnom sektoru. Ocenjivanje je u direktnoj vezi sa zadacima i ciljevima rukovodioca definisanim na početku perioda za ocenjivanje. Ova metoda ocenjivanja obuhvata samoocenjivanje rukovodioca, ocenu koju daje njegov neposredni rukovodilac, kao i ocene zaposlenih koji su podređeni rukovodiocu koji se ocenjuje i sa kojima saraduje.¹⁹ Ocena sadrži kvantitativne i kvalitativne pokazatelje uspešnosti rada, a predviđeno je i pravo na žalbu. Rezultati ocenjivanja utiču na napredovanje i mobilnost. Na ovaj način se rukovodioci postavljaju imajući u vidu njihove sposobnosti za obavljanje poslova i potrebe institucije. Ukoliko rukovodilac nakon jedne godine ne pokaže pozitivne rezultate, može biti premešten na drugo radno mesto u istom ili nižem razredu ili biti ranije penzionisan.

MOBILNOST SLUŽBENIKA U OKVIRU EVROPSKE UNIJE

Mobilnost je institut koji ima punu primenu u okviru Evropske unije. Imajući u vidu razvoj novih politika, kao i neočekivana politička dešavanja i promenu političkih prioriteta, institucije Unije moraju reagovati brzo i kompetentno. Mobilnost službenika utiče na održanje dinamike rada institucija. Politika mobilnosti službenika u okviru institucija Unije podrazumeva: obaveznu mobilnost službenika koji rade na osetljivim poslovima (odlučuju o pravima i obavezama, odlučuju o

¹⁸ Opis poslova daje osnovu za identifikovanje sposobnosti zaposlenih i nedostataka u sposobnostima i sugeriše adekvatne obuke i dalji razvoj službenika, kao i precizno definisanje plana razvoja karijere. Opis poslova doprinosi jasnom utvrđivanju kompetencija zaposlenih, ali i pruža informacije o zahtevima posla i stručnom profilu zaposlenih koji je potreban za obavljanje tih poslova. Takođe, pomaže potencijalnim kandidatima da ocene u kojoj su meri podesni za rad na odgovarajućem radnom mestu (putem zapošljavanja ili mobilnosti).

¹⁹ Videti http://ec.europa.eu.reform/2002/chapter02_en.htm#2_2.

zaključivanju ugovora, odlučuju o dodeli subvencija), kao i obezbeđenje transparentnosti i objektivnosti u popunjavanju slobodnih radnih mesta. Mobilnost podrazumeva premeštaje u druge institucije Unije ili druga tela i agencije i razmenu zaposlenih između institucija (Komisije) i službenika u zemljama članicama u interesu pojedinaca ili službe (potreba rada).²⁰

Ukoliko je to u interesu efikasnog obavljanja poslova, službenici se, ukoliko postoji potreba mogu periodično premeštati na druga radna mesta, bez obzira na to da li postoje upražnjena (slobodna) radna mesta. Mobilnost službenika na rukovodećim radnim mestima omogućava sticanje novih znanja i sposobnosti korisnih za rukovođenje i nove političke izazove, jača motivaciju i fleksibilno razmišljanje i eliminiše nacionalni interes. Tako, kada je reč o mobilnosti rukovodioca u Komisiji, ono je uspostavljeno kao pravilo – krajem 1999. godine, usvojena je *Odluka o rotaciji službenika na rukovodećim radnim mestima*. Načelnici odeljenja se nakon pet godina rada na jednom radnom mestu obavezno premeštaju na drugo radno mesto. Osnovni cilj uvođenja sistema rotacije radnih mesta je sprečavanje jačanja “birokratskog duha” i nacionalnih uticaja, imajući u vidu da donošenje odluka na najvišim nivoima jača kredibilitet Komisije. Mobilnost kao princip rada službenika Komisije obezbeđuje funkcionisanje Komisije kao neutralnog čuvara poštovanja ugovora Unije. S druge strane, službenici stiču nova znanja i iskustva u određenim oblastima.

Službenici institucija Unije mogu biti radno angažovani u zemljama članicama (*third country*). Samo službenici koji su državljani država članica Evropske unije se mogu zaposliti u drugim zemljama. Premeštaji službenika su detaljno uređeni procedurom koja je poznata kao “procedura mobilnosti” (*mobility procedure*), za koju se utvrđuju pravila, nakon konsultacija sa Komisijom za službenička pitanja. O premeštajima odlučuju izborne komisije u institucijama.

Uspešno pohađanje programa stručnog usavršavanja, je povezano sa mobilnošću službenika, napredovanjem, odnosno nagrađivanjem. Zaposleni u institucijama Evropske unije imaju obavezu stalnog usavršavanja. U Komisiji je usvojena *Strategija usavršavanja službenika* koja obezbeđuje koherentnu politiku obučavanja i kojom se identifikuju potrebe za obučavanjem u skladu sa interesom Komisije kao celine.²¹ Stručno usavršavanje zaposlenih je takođe, ključni element za napredovanje u karijeri. Uspostavljen je institucionalni okvir za razvoj ovih mehanizama – osnovana je Evropska upravna škola (*European Administrative School*).

²⁰ Videti na http://ec.europa.eu.reform/2002/chapter02_en.htm#2_2.

²¹ Takođe, za svaki Direktorat se usvaja strateški okvir za stručno usavršavanje koji se fokusira na specifične potrebe i prioritete. Definiše se i mapa treninga (“*Training map*”) kao sredstvo kojim se identifikuju potrebe za obučavanjem zaposlenih službenika u kontekstu razvoja karijere.

Osnovni ciljevi rada Škole su obezbeđenje stručnog usavršavanja i razvoja kadrova u institucijama Evropske unije.²²

PRAVNA ZAŠTITA POLOŽAJA ZAPOSLENIH U INSTITUCIJAMA EVROPSKE UNIJE

Službenici institucija Evropske unije mogu pokrenuti radne sporove pred Sudom Evropske unije za službeničke sporove (*The European Union Civil Service Tribunal*), ukoliko su nezadovoljni odlukama o pitanjima vezanim za njihov pravni položaj – zasnivanje radnog odnosa, plate, napredovanje, vođenje disciplinskih postupaka i druga pitanja, a svoje pravo nisu ostvarili u internoj proceduri (doneta je negativna odluka ili se institucija nije izjasnila u određenom roku).

Nadležnost Suda Evropske unije za službeničke sporove je ustanovljena Aneksom I Protokola (br. 3) o *Statutu Suda pravde Evropske unije*, kojim je propisano da je Sud nadležan da u prvom stepenu odlučuje u sporovima između Unije i njenih službenika, a u skladu sa članom 270. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije,²³ uključujući i sporove između svakog organa i tela i njega lično, za koje je nadležnost dodeljena Sudu pravde Evropske unije. Iako se nadležnost Suda za službeničke sporove odnosi na rešavanje radnopravnih sporova službenika zaposlenih u institucijama Evropske unije, sporovi se ne odnose samo na pitanja u vezi sa radnim odnosom u užem smislu (plate, napredovanje u karijeri, zapošljavanje, izricanje disciplinskih mera itd.), već i na sistem socijalne zaštite – “*social security system*” (za slučaj bolesti, starosti, invaliditeta, povrede na radu, porodičnih primanja, itd). U praksi su to najčešće sporovi službenika protiv Komisije, Saveta, Parlamenta i protiv Suda ukoliko je tužilac u njemu zaposlen.²⁴

Sud takođe ima nadležnost u rešavanju sporova između svih tela ili agencija Unije (na primer Europol, Evropske investicione banke, Službe za harmonizaciju internog tržišta i drugih) i zaposlenih u vezi sa pitanjima koja su preneti u nadležnost Sudu pravde. Postupak pred Sudom je regulisan Naslovom III *Statuta Suda*

²² Opširnije na http://europa.eu/eas/index_en.htm.

²³ Prema članu 270. *Ugovora*, Sud pravde Evropske unije je nadležan da odlučuje o svakom sporu između Unije i njenog osoblja u granicama i pod uslovima utvrđenim u Statutu lica zaposlenih u Uniji i režimu koji se primenjuje na druga zaposlena lica u Uniji.

²⁴ S. Lilić, *Upravno pravo Evropske unije*, Zbornik radova “Pravo Evropske unije”, str. 201.

pravde,²⁵ koji se, ukoliko je potrebno, dopunjuje *Poslovníkom Prvostepenog suda*.²⁶ Na odluke Suda, u roku od dva meseca, može se izjaviti žalba kojom se može ispitivati zakonitost akta.²⁷

Službenici institucija Evropske unije, za razliku od službenika u većem broju država članica, takođe imaju pravo da podnose pritužbe Ombudsmanu u vezi sa službeničkim radnim odnosima. U skladu sa članom 2. *Statuta Evropskog ombudsmana*, podnosilac pritužbe mora najpre iskoristiti sva unutrašnja pravna sredstva koja mu stoje na raspolaganju. Razvijenim internim procedurama se omogućava službenicima rešavanje nesporazuma, bez spoljnih mehanizama (sudova Evropske unije ili Ombudsmana). Ukoliko službenik, svoje pravo ne ostvari u internoj proceduri (doneta je negativna odluka ili se institucija nije izjasnila u određenom roku), službenik se može obratiti Sudu za službeničke sporove, odnosno Ombudsmanu.²⁸

Pravilo o iscrpljivanju unutrašnjih sredstava se odnosi samo na radne odnose između službenika i institucija u kojima su zaposleni. Tako, ako službenik podnese pritužbu koja se ne tiče njegovog statusa, već drugih pitanja, nije potrebno da budu isprpljena unutrašnja pravna sredstva, već da je prethodilo odgovarajuće administrativno obraćanje, kao i kod drugih pritužbi. Ukoliko neko lice spada u kategoriju službenika institucija ili tela Unije, odredbe o iscrpljivanju pravnih sredstava će se rigorozno primenjivati prilikom ocene dopuštenosti pritužbe od strane Ombudsmana. S obzirom da lica koja konkurišu za rad u institucijama Unije još uvek nisu njihovi službenici, odredbe o iscrpljivanju pravnih sredstava se na njih ne odnose.²⁹

²⁵ Videti: Naslov III Protokola br. 3 *Statuta Suda pravde Evropske unije* – Postupak pred Sudom pravde. Postupak obuhvata pismenu i usmenu fazu (pismena faza se sastoji od pisane komunikacije između strana i institucija, organa ili tela Unije, a usmeni postupak od čitanja izveštaja, saslušanja ovlašćenih lica, svedoka i eksperata). Za vreme usmene rasprave, Sud može ispitivati eksperte, svedoke i same strane u sporu.

²⁶ Videti: Naslov IV Protokola br. 3 koji se odnosi na Prvostepeni sud. Stupio je na snagu 2007. godine.

²⁷ Po žalbama protiv presuda Suda za službeničke sporove odlučuje Sud Prvog stepena Evropske unije (*Generalni sud – General court*). Pravni lek koji je podnet Prvostepenom sudu je ograničen na pravna pitanja (može biti zasnovan na nenadležnosti Suda, proceduralnim greškama pred prvostepenim Sudom i povredi prava Unije od strane Suda za službeničke sporove).

²⁸ Obraćanje službenika Sudu, isključuje mogućnost kasnijeg obraćanja Ombudsmanu.

²⁹ Videti slučaj 869/10.9.96/EP/IT/DT, EOAR 1997, str. 165–168. Prijava podnosioca pritužbe koji je učestvovao u konkursu koji je organizovao Sud prve instance je odbačena, obzirom da nije priložio dokaz o poznavanju drugog jezika. Sud je u odgovoru Ombudsmanu istakao da je pritužba morala da bude odbačena, imajući u vidu da podnosilac nije iscrpeo sva unutrašnja pravna sredstva. Ombudsman je međutim istakao da se te odredbe odnose samo na službenike institucija ili tela Uni-

Evropski ombudsman ima ovlašćenje da pokrene postupak (istrage) za koje oceni da su opravdane, na osnovu prigovora (žalbi) ili po sopstvenoj inicijativi,³⁰ ovlašćenje da istraži stvarno stanje i činjenice slučaja i ovlašćenje da uloži odgovarajuća pravna sredstva.³¹ U slučaju da je istraga dala pouzdan dokaz da postoji slučaj lošeg rada uprave, ombudsman će pokušati da nađe rešenje sa određenom institucijom u cilju otklanjanja upravne nepravilnosti.³² Ukoliko se ne može naći prijateljsko rešenje, moraće izabrati između dve mogućnosti – da zatvori predmet uz kritičku napomenu ili da drži slučaj otvorenim i izda preporuku (*draft recommendation*). Iako preporuke nemaju pravno obavezujući karakter, svojim aktivnostima Ombudsman pomaže institucijama da unaprede i poboljšaju svoj rad.

ZAKLJUČAK

Položaj i načela delovanja službenika u institucijama Evropske unije se uređuju na specifičan način, imajući u vidu nadnacionalni karakter Unije, institucionalni okvir, pravnu prirodu akata, politiku i njeno sprovođenje, procese donošenja odluka, mehanizme saradnje između institucija, uslove rada. Proces administrativne konvergencije, utiče na razvoj principa mobilnosti službenika u okviru EU, razmenu iskustava i dobre prakse, kao i harmonizaciju položaja službenika u institucijama Unije i službenika u nacionalnim upravnim sistemima.

S obzirom na to da su principi rada službenika u institucijama Unije zasnovani na opšteprihvaćenim evropskim upravnim principima, oni imaju uporište i u nacionalnim službeničkim sistemima (nepristrasno obavljanje poslova, načelo odgovornosti u radu, zaštita integriteta službenika, sistem zapošljavanja i napredovanja na osnovu zasluga, zabrana sukoba interesa, itd.). S druge strane, službenici imaju specifične obaveze (zaštita evropskog interesa, poštovanje prava stranaka, pružanje saveta strankama, obezbeđenje pristupa informacijama, ukazivanje na

je, te je kandidat na konkursu imao jedino obavezu da realizuje prethodna administrativna obraćanja.

³⁰ Osim ako su predmet sudskog postupka. Videti član 3 (3) Statuta.

³¹ Prema podacima iz 2004. godine, prigovori na rad uprave se uglavnom odnose na povredu principa otvorenosti i transparentnosti u institucijama EU. Videti govor Ombudsmana *The European Ombudsman: The Guardian of Good Administration*, Athens, October 2004, <http://www.euro-ombudsman.eu.int/speeches/en/2004>.

³² Videti član 3(5) Statuta Ombudsmana.

vršenje nezakonitih aktivnosti, uključujući prevaru ili korupciju i njihova zaštita, itd.). U cilju obezbeđenja jednoobrazne primene savremenih standarda zapošljavanja na osnovu zasluga, osnovano je međuinstitucionalno telo za zapošljavanje i selekciju službenika (*Služba Evropske unije za selekciju kadrova*), čime se izbegava dupliranje poslova zapošljavanja i selekcije na nivou institucija EU. Ocenjivanje službenika predstavlja osnov za napredovanje u karijeri, stručno usavršavanje, mobilnost službenika, nagrađivanje, te sistemi ocenjivanja (metodologija "360 stepeni", "sistem kvota", ocenjivanje rukovodilaca, itd.), postaju dobra praksa u nacionalnim službeničkim sistemima. Stavovi i praksa Suda za službeničke sporove kao i mišljenja Komisije, podstakli su izmene u zakonodavstvima država članica i uticali na proces harmonizacije propisa o položaju službenika. Za razliku od službenika u većem broju država članica, zaposleni u institucijama Unije imaju pravo da podnose pritužbe Ombudsmanu u vezi sa službeničkim radnim odnosima, koji svojom inicijativom utiče na punu primenu principa odgovornosti i transparentnosti u radu institucija Unije.

Usvajajući zajedničke standarde, države članice menjaju i unapređuju svoje sisteme pod jakim uticajem evropske koherentnosti. Saradnja između službenika država članica i službenika Evropske unije putem razmene najbolje prakse i iskustava i poređenje uspešnih metoda, utiče na opšte poboljšanje rada organa uprave (kao i sudskih i drugih organa) u zemljama članicama i zemljama koje se pripremaju za članstvo. Harmonizacija nacionalnih službeničkih sistema je od posebne važnosti za obezbeđenje pune primene principa mobilnosti službenika u okviru Evropske unije.

ZORICA VUKAŠINOVIĆ-RADOJIČIĆ, LL.D.,
Criminalistic and Police Academy, Belgrade

THE STANDARDS OF PUBLIC OFFICIAL'S STATUS IN THE EUROPEAN UNION INSTITUTIONS

Summary

Considering supranational character of the European Union, its institutional framework, legal nature of the acts and documents, European policies and enforcement, decision making proce-

ss, cooperation between institutions and working conditions in the institutions, the status of Public Officials of the European Union is regulated in a specific manner. The paper analyzes the basic elements of the European Union Public Officials status, principles and standards of work, administrative practice in the EU institutions. The process of administrative convergence and the implementation of the mobility principle within the European Union, have strongly encouraged the harmonization of national civil service systems.

The paper points out to the influence of the general administrative principles on the administrative practice and standards in the European Union institutions, emphasizing also their influence on the practice in national civil service systems. In the process of harmonization, the cooperation between civil servants in member states and servants of the European Union, through the exchange of best practice and experience, shall be of essential importance, which is especially important for the candidate and potential candidate countries preparing its administrative systems for the EU accession. The adoption and implementation of modern European principles in member states shall result with the efficient enforcement of the mobility principle, within the European Union.

ZORICA UROŠEVIĆ

NORMATIVNA OVLAŠĆENJA GRADA I RAD KOMUNALNE POLICIJE

U V O D

Neki autori smatraju da je stepen centralizacije vlasti u Srbiji toliki da je kvalifikuje kao najcentralizovaniju zemlju u Evropi.¹ Ne samo zbog organizacije vlasti i obima ingerencija u posedu državnih organa, nego i usled nedovoljnih autonomnih ovlašćenja i finansijske zavisnosti užih teritorijalnih jedinica. Radi se i o koncentraciji značajnih ovlašćenja i institucija iz oblasti nauke, obrazovanja, kulture na centralnom nivou.²

Ove ocene su iz vremena usvajanja Ustava 2006.godine kojim je Republika Srbija konstituisana kao samostalna država. Iako su poslednje ustavne promene nastupile u reformskim uslovima³ sa još uvek svežim sećanjem, iskustvom i posledicama iz perioda snažne centralizacije vlasti u Srbiji s kraja XX veka, ima uverenja da važeći Ustav Srbije “nije u dovoljnoj meri otvoren za model orga-

Zorica Urošević, Gradska uprava za inspekcijske poslove Grada Novog Sada.

¹ Vučetić, D., Janićijević, D.: *Decentralizacija kao polazište daljeg razvoja Srbije*, Centar za razvoj građanskog društva PROTEKTA, Niš, 2006, str. 9–10.

² Autori ističu da demografska kretanja u korist većih urbanih sredina i ekonomski pokazatelji upozoravaju – ozbiljno je ugrožen ekonomski razvoj pa i opstanak nekih manjih zajednica. *Ibid.*

³ Strategiju reforme državne uprave u Republici Srbiji usvojila je Vlada RS novembra 2006. g, a Akcioni plan za period od 2009. do 2012. g. u julu 2009. g.

nizacije vlasti koji će dovesti do prave decentralizacije Srbije, zbog čega će se to morati činiti novim zakonskim okvirom”.⁴ Strategijom reforme državne uprave u Republici Srbiji decentralizacija je utvrđena kao jedan od ključnih principa reforme državne uprave za period od 2009. do 2012. godine. Međutim, strategija decentralizacije još nije usvojena.

Za uspešnu decentralizaciju nije dovoljno da se država “odrekne” vlasti u korist lokalne samouprave i prenese nadležnosti i poslove u odgovarajućem normativnom okviru. Neophodni su i materijalni, kadrovski i drugi resursi za kvalitetnu primenu i izvršenje propisa, primenom principa depolitizacije i profesionalizacije lokalne uprave. Zato želimo da ukažemo na značaj koji imaju normativni poslovi koji se obavljaju na lokalnom nivou, posebno kvalitet opštih akata kojima se izvršavaju zakoni i utvrđuju i štite lokalni interesi i prava građana. U izvršenju prava neophodni su i odgovarajući nadzorni poslovi i ovlašćenja, kao značajan instrument u zaštiti pravom utvrđenog interesa. Od normativnog okvira koji ga uređuje i u kome se ostvaruju na lokalnom nivou u konačnom će zavisiti i ukupni efekti decentralizacije.

Za potrebe ovog rada analiziraćemo osnovne elemente normativne i nadzorne funkcije grada kao jedinice lokalne samouprave u Srbiji, sa posebnim osvrtom na položaj i ulogu komunalne policije u sistemu nadzora i izvršenju propisa. Pravo gradova da obrazuju komunalnu policiju uvedeno je Zakonom o lokalnoj samoupravi 2007. godine⁵ i jedina je suštinska novina u sistemu lokalne samouprave od njenog ustrojstva 1990. godine.⁶ Srbija je poslednja u regionu uvela komunalnu policiju i praksa je na početku. To nam daje priliku da uporedno sagledamo druga iskustva i modele i upotrebimo kao inspiraciju za dalji razvoj komunalne policije i unapređenje postojećih rešenja kod nas.

LOKALNA SAMOUPRAVA I EVROPSKA PERSPEKTIVA

Fenomen lokalne samouprave predmet je brojnih radova i analiza u naučnoj i stručnoj literaturi. Kompleksnost pojma i njegove suštine uvek krije opa-

⁴ *Ibid.* Slično, Milosavljević, B.: *Novi elementi u pravnom uređenju lokalne samouprave*, Lokalna samouprava – Propisi i praksa, SKGO, 2008.

⁵ “Službeni glasnik RS”, broj 129/07.

⁶ Ustavom iz 1990. g. u Srbiji je napušten komunalni sistem koji je sadržao potpuno drugačije principe za organizaciju i vršenje vlasti u lokalnoj samoupravi, a u izvršenju zakona i drugih propisa pretpostavku nadležnosti u korist opštine. Ustrojstvom sistema lokalne samouprave, počinje primena tzv. “duplog koloseka” po kome je svaki nivo vlasti nadležan da sprovodi svoje propise preko svojih organa.

snost da se u konkretnoj analizi zanemari ili nedovoljno obradi neki njegov aspekt.⁷ Mnogi je smatraju jedinom pravom decentralizacijom, a po liberalnoj političkoj misli i “školom demokratije”.⁸ Možda i zato, kako navodi Slobodan Jovanović, što termin i pojam “samouprava” dolazi iz Engleske⁹, kao i kovanica “lokalna (samo)uprava” (*local government*).¹⁰ Tokvil je smatrao da je lokalna politika kamen temeljac američke demokratije jer omogućava najveći stepen participacije, zapisujući utiske iz tzv. novog sveta s početka XIX veka.¹¹ Dakle, razvijenost moderne lokalne samouprave pokazuje priznavanje prava i sposobnosti građanima užih teritorijalnih zajednica da samostalno rešavaju probleme koji ih okružuju.

Svrha decentralizacije nije samo prenos donošenja političkih odluka o javnim poslovima i približavanje funkcija vlasti građanima, nego i stvaranje realnog ambijenta za efikasno i efektivno upravljanje javnim poslovima na lokalnom nivou¹². Centralni (država) i lokalni nivo vlasti (lokalna samouprava) pojavljuju se kao konkurenti ali i kao partneri u vršenju javnih poslova. Ovde na značaju dobijaju principi i merila za utvrđivanje koji su poslovi po svom karakteru lokalni.¹³ Jedan od osnovnih principa je supsidijarnost,¹⁴ koji je utvrđen

⁷ Pravno-teorijske koncepcije lokalne samouprave kojima su uglavnom obuhvaćeni svi njeni aspekti nalazimo kod Pusić, E.: *Lokalna zajednica*, Zagreb, 1963.

⁸ “Opštinske institucije daju snagu slobodnim nacijama. Gradski zborovi su za slobodu isto što i osnovne škole za nauku: uče kako da je koriste i uživaju u njoj. Nacija može ustanoviti slobodnu vladu, ali bez opštinskih institucija nema duh slobode”. Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, New York: A. S. Barnes & Co., 1851, str. 8.

⁹ Jovanović, S.: *O državi – Osnovi jedne pravne teorije*, Beograd, 1990, str. 404.

¹⁰ Kao autor termina lokalna uprava – *local government*, smatra se engleski filozof, vodeći teoretičar anglo-saksonske teorije prava Džeremi Bentam (*Jeremy Bentham*), a u pravno-politički govor ga uvodi lord Džon Rasel (*Lord John Russell*) 1835. g. kada kada je Donjem domu Parlamenta predstavljao Zakon o opštinskoj organizaciji (*Municipal Corporations Act*). Navedeno prema: “*Local government*”, *International Encyclopedia of Public Policy and Administration*, 1998, str. 1296.

¹¹ Američku demokratiju tog vremena (“*american life*”) video je kao uspešan balans između slobode i jednakosti, odnosno brigu za pojedinca jednako kao i za zajednicu. Tocqueville, *Ibid*.

¹² U literaturi ćemo često naći da autori citiraju Napoleona III “da se sa daljine može vladati, ali se samo izbliza može dobro upravljati.” Videti, Marković, R.: *Federacija i federalizam*, 1988, str. 337.

¹³ Pogledati: Milosavljević, B.: *Sistem lokalne samouprave u Srbiji*, SKGO, Beograd, 2009, str. 57–59.

¹⁴ Vodi poreklo iz uređenja katoličke crkvene organizacije, gde važi pravilo da hijerarhijski najviši nivo odlučivanja treba se baviti samo onim pitanjima koje ne mogu celishodno da rešavaju niži nivoi.

u Evropskoj povelji o lokalnoj samoupravi¹⁵ po kome se prvenstvo u obavljanju pojedinih javnih poslova daje onom nivou vlasti koji je najbliži građanima – a to je nivo lokalne samouprave. Supsidijarnost je, uz princip srazmernosti¹⁶ osnova i za delovanje organa Evropske unije.¹⁷

Harmonizacija ekonomskog i društvenog razvoja postala je osnovni cilj EU, koji se u dokumentima naziva “teritorijalna kohezija”. Postiže se instrumentima regulatorne politike Unije. Evropska komisija je obavezna da pre predlaganja svakog novog propisa obavi šire konsultacije uvažavajući regionalne i lokalne specifičnosti članica Unije. Lisabonskim ugovorom Komitet regiona¹⁸ dobija značajnu ulogu u procesu donošenja odluka,¹⁹ a nacionalni i regionalni parlamentari mogućnost za prethodno ispitivanje regulatorne politike i uvid u donošenje evropske regulative. Na taj način lokalni i regionalni organi vlasti postaju instrument za “rano upozorenje” na eventualne finansijske ili administrativne prepreke ili ograničenja koja pogađaju određeni region ili lokalnu zajednicu.²⁰

Tzv. evropska agenda Srbije i aktuelnost iščekivanja dobijanja statusa kandidata za članstvo Srbije u Evropskoj uniji zahteva razvoj kapaciteta lokalne samouprave i lokalnog liderstva u Srbiji koja treba da se pripremi za novu ulogu lokalnih zajednica u Evropi.²¹ Potrebe i interesi građana sada dobijaju dodatnu

¹⁵ EPLS predstavlja međunarodni ugovor (ETS No. 122) koji je stupio na snagu 1. septembra 1988.g.. Ratifikovale su je 33 države, Republika Srbija je 2007. godine donela Zakon o potvrđivanju Evropske povelje o lokalnoj samoupravi (“Sl. glasnik RS” broj 70/07).

¹⁶ Značajan princip za vladavinu prava, zahteva se proporcija (srazmera) između akata javne vlasti kojima se zadire u prava pojedinaca i cilja koji treba da se postigne tim aktima.

¹⁷ Prema ugovoru iz Mاستrihta 1993.g. i Protokolu o primeni načela supsidijarnosti i srazmernosti, organi EU će u određenim oblastima preduzimati korake samo ako se merama na nivou države članice ne mogu postići zacrtani ciljevi, odnosno ako se zbog obima i dejstva mera ti ciljevi pre mogu ostvariti na nivou Unije.

¹⁸ Komitet regiona Parlamenta EU koga čine predstavnici regionalnih i lokalnih vlasti, osnovan je 1994.g. a Lisabonskim ugovorom koji je stupio na snagu 1. decembra 2009.g. učinjen je krupan napredak u afirmaciji regionalne i lokalne dimenzije u Evropi: svi nivoi vlasti u državama članicama treba da “rade zajedno” – čime se jača princip da se i odluke u organima EU donose što bliže onim građanima na koje se odnose. To i čini suštinu principa “supsidijarnosti” u EU.

¹⁹ Lisabonski ugovor je Komitetu regiona dao jasnu ulogu predstavnika regionalnih i lokalnih interesa na nivou Unije, jer je svaki organ i institucija obavezna na saradnju sa Komitetom u procesu pripreme i donošenja propisa. Osim toga, propisanom procedurom obezbeđena je i zaštita ovlašćenja Komiteta regiona pred Evropskim sudom pravde. EU, Committee of Regions: *A new treaty: a new role for regions and local authorities*, Bruxelles, 2010. www.cor.europa.eu/

²⁰ *Ibid.*

²¹ Unija eksplicitno priznaje četiri nivoa vlasti za ostvarivanje principa supsidijarnosti, uvažavajući pored nacionalnih, i regionalne i lokalne nadležnosti.

dimenziju – uvažava se pripadnost određenom, užem i po sebi karakterističnom području. Ta “evro-regionalno-lokalna” specifičnost daje veće šanse i ulogu lokalnoj samoupravi, a lokalnim vlastima veću odgovornost.

Praktično, za nas pitanja decentralizacije nisu samo modeli po kojima će se uspostaviti odnosi centralne i lokalne vlasti, niti sam obim nadležnosti po nivoima odlučivanja. Važnije pitanje su realni kapaciteti lokalnih samouprava za upravljanje javnim poslovima iz dodeljene nadležnosti i zaštitu prava i interesa građana, sada i u evropskom okruženju. Podsetimo se da je još Aristotel smatrao da neobrazovana većina u Atini tog vremena nema kapacitete da donosi valjane odluke. I savremena lokalna demokratija, iako nakupljenog iskustva i razvijenih oblika, može imati probleme. Nerealno sagledavanje okruženja, u kome opstaje odsustvo odgovornosti zbog neracionalnog poslovanja javnog sektora, nedovoljni efekti anti-korupcijskih mera, nerazvijen službenički karijerni sistem i “partokratska” kadrovska politika, značajno umanjuje potencijal lokalne samouprave za uspešnu decentralizaciju. Sve to ima nepovoljne posledice i po ekonomiju države u celini. Odražava se i na dosledno ostvarivanje i zaštitu prava i interesa građana, a imaće i posledice na efekte evro-integracionih procesa.

Sadržaj, kvalitet i efektivnost opštih akata i način upotrebe instrumenata za izvršenje propisa na lokalnom nivou prvi je pokazatelj kapaciteta lokalne samouprave za doslednu primenu prava i spremnost za vreme koje joj donosi nove zadatke. Ali i odgovornost za razumevanje i primenu tzv. evropskog prava i dostignute standarde u ostvarivanju i zaštiti prava građana.

NORMATIVNA FUNKCIJA LOKALNE SAMOUPRAVE

Grad i Grad Beograd kao jedinice lokalne samouprave imaju isti ustavni položaj kao i opština,²² zbog čega je kod nas zastupljen model monotipne i jednostepene lokalne samouprave.²³ Ustavnim rešenjem da je “skupština najviši organ autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave” (član 180. stav 1.) u Srbiji je na decentralizovanom nivou države ustanovljen skupštinski sistem koji se

²² “Grad ima nadležnosti koje su Ustavom poverene opštini, a zakonom mu se mogu povereti i druge nadležnosti.” (član 189. stav 3. Ustava). “Grad Beograd ima nadležnosti koje su Ustavom i zakonom poverene opštini i gradu, a zakonom o glavnom gradu mogu mu se poveriti i druge nadležnosti.” (član 189. stav 5. Ustava).

²³ Marković, R.: *Ustav Republike Srbije od 2006 – kritički pogled*, IPD Justinijan, Beograd, 2006, str. 61.

zasniva na principu jedinstva vlasti u korist skupštine.²⁴ To je dosledno preuzeto u članu 28. stav 1. Zakona o lokalnoj samoupravi iz 2007. godine.²⁵

Nadležnosti opštine/grada čini široka lepeza poslova izvornog i poverenog delokruga.²⁶ Izvorni poslovi koje je opština/grad obavezna da obavlja utvrđeni su u Ustavu i Zakonu taksativno, metodom enumeracije,²⁷ a oblasti u kojima se ti poslovi obavljaju su brojni i značajni.²⁸ Za većinu se uređuje i obezbeđuje osnivanje i rad ustanova, službi i drugih organizacija koje obavljaju poslove od javnog interesa i vrše poverena javna ovlašćenja.²⁹ Gradovi i Grad Beograd³⁰ obrazuju i komunalnu policiju, obezbeđuju i organizuju vršenje poslova komunalne policije u skladu sa Zakonom o komunalnoj policiji od 2009. godine.

Krug poverenih poslova nije propisan, već je utvrđen kao ustavno načelo (član 137. stav 1. i član 178. stav 1. Ustava). Nisu određene ni oblasti u kojima će se vršiti poveravanje poslova državne uprave,³¹ ali do sada poverene nadležnosti, bez obzira na sadržaj, obuhvataju skoro sve oblasti.³²

U obavljanju izvornih i poverenih poslova organi grada donose opšte pravne akte (propise), koji predstavljaju sadržinu normativne funkcije lokalne samouprave. U oblasti poverenih poslova propisi se donose isključivo na osnovu i u okviru zakonskih ovlašćenja sa ustanovljenom posebnom kontrolom organa

²⁴ U takvom sistemu vlasti sve organe bira i razrešava skupština.

²⁵ "Skupština opštine je najviši organ opštine koji vrši osnovne funkcije lokalne vlasti, utvrđene Ustavom, zakonom i statutom."

²⁶ Prvi je rezultat političke, a drugi administrativne (upravne) decentralizacije.

²⁷ Član 20. Zakona sadrži 39. tačaka u kojima su utvrđeni poslovi opštine, što je proširenje i preciziranje člana 190. Ustava.

²⁸ Planiranje razvoja, urbanističko planiranje, komunalne delatnosti, lokalni javni prihodi, lokalni saobraćaj i putevi, građevinsko i poljoprivredno zemljište i poslovni prostor, osnovno obrazovanje, zdravstvena, socijalna i dečja zaštita, javno informisanje, zaštita ljudskih i manjinskih prava, i dr.

²⁹ Poveravanje javnih ovlašćenja znači da ih jedan subjekt, koji ih originerno poseduje, dodeli drugome, putem opštih pravnih akata, u zakonom uređenom postupku. Uporediti, Tomić. Z., *Opšte upravno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2009, str.173.

³⁰ Položaj Grada Beograda uređen je i Zakonom o glavnom gradu ("Sl. Glasnik RS", broj 129/07), u kome su propisane i posebne nadležnosti Grada Beograda (član 8. Zakona).

³¹ Jedino je u članu 22. Zakona o lokalnoj samoupravi propisano da opština obavlja kao poverene poslove pojedine poslove inspekcijuskog nadzora u određenim oblastima, s tim što je prepušteno da se konkretnim zakonima utvrdi koji će od inspekcijuskih poslova u tim oblastima biti poveren.

³² "Procenjuje se da se oko tri četvrtine svih propisa primenjuje na lokalnom nivou, i da organi lokalne samouprave na ovaj ili onaj način mogu doći u kontakt sa predmetom gotovo svih propisa u zemlji". Jerinić, J., *Lokalna samouprava – Propisi i praksa*, SKGO, 2008.

državne uprave i Vlade i njihovom odgovornošću za te poslove (član 52. i dr. Zakona o državnoj upravi) jer su po svojoj suštini deo državnog prava.

Opšti akti iz oblasti izvornog delokruga čine centralnu sadržinu normativne funkcije lokalne samouprave. Samostalnim donošenjem propisa realizuje se pravo samoupravnosti na načelima ustavnosti i zakonitosti.^{33,34} Jedinica lokalne samouprave deo je sistema državne organizacije i elemenat funkcionisanja države kao celine. Pravno uređena autonomnost i samostalnost lokalne samouprave ne isključuje kontrolu ustavnosti i zakonitosti³⁵ opštih akata koje donose njeni organi, već omogućava da se lokalna uprava i poslovi organizuju u skladu sa specifičnim i promenljivim potrebama i interesima.

Normativnu funkciju prati i donošenje pojedinačnih akata (upravni akti) kojima se rešava o pravima, obavezama i pravnim interesima građana i pravnih lica, u upravnom postupku i po pravilima tog postupka.³⁶ Njima se izvršava pravo, jer određuju pojedinačna i konkretna pravila, odnosno opšte pravne norme primenjuju na konkretnu životnu situaciju.³⁷

NADZORNI POSLOVI I OVLAŠĆENJA LOKALNE SAMOUPRAVE

Upravni nadzor, kao pravna kontrola,³⁸ autoritativna je delatnost proveravanja pravilnosti (zakonitosti i/ili celishodnosti) akata i radnji kontrolisanih subjekata.³⁹ Uređen je dvojako, Zakonom o državnoj upravi i posebnim zakoni-

³³ Slično, Milosavljević, B.: *Ibid.*, str. 69.

³⁴ Pravo na samostalno uređivanje određenih pitanja, kao i sve veći značaj koji lokalna samouprava dobija u pravnom regulisanju brojnih oblasti, čini da se propisi jedinica lokalne samouprave, kao deo pravnog sistema, izdvajaju u posebnu kategoriju prava – ni potpuno autonomno ni državno pravo.

³⁵ Propisi lokalne samouprave hijerarhijski su niži od propisa države i sa njima moraju biti usaglašeni.

³⁶ U članu 61. Zakona o lokalnoj samoupravi propisano je da se u postupku pred opštinskom upravom, u kome se rešava o pravima, obavezama i pravnim interesima građana i pravnih lica, primenjuju propisi o upravnom postupku.

³⁷ “Rešavanje u upravnim stvarima, u svom užem smislu, jeste neposredna primena propisa na konkretne životne slučajeve. To rezultira postavljanjem pojedinačnog autoritativnog pravila o tome kako glasi opšta norma prilagođena (individualizirana) datoj situaciji određenog lica. To je vansporna konkretna situacija od javnog interesa koju je, na osnovu zakona i u njegovom izvršenju, potrebno autoritativno pravno urediti.” Tomić, Z., *Ibid.*, str.221.

³⁸ O pravno-teorijskim stavovima terminološke i pojmovne sličnosti “kontrole” i “nadzora” opširnije u Bačanin, N., *Upravni nadzor u pravnom sistemu Republike Srbije*, Pravni život, 11/2009. str. 75.

³⁹ Tomić, Z., *Ibid.*, str.222.

ma koji uređuju upravni nadzor po oblastima.⁴⁰ Ostvaruje se upravnim aktima i upravnim radnjama organa državne uprave i lokalne samouprave.⁴¹ Opštinska (gradska) uprava obavlja upravni nadzor u skladu sa ovlašćenjima iz odredbi člana 60. stav 1. Zakona o lokalnoj samoupravi, s tim da je u stavu 2. istog člana propisano da se ovlašćenja i organizacija za obavljanje tih poslova *bliže* uređuju odlukom skupštine opštine (grada).

Grad obrazuje gradsku upravu kao jedinstven organ ili gradske uprave za pojedine oblasti, u okviru kojih organizuje i obavljanje poslova inspekcijeskog nadzora u oblastima iz svoje nadležnosti.⁴² Npr, karakteristični poslovi izvornog delokruga su u oblasti komunalnih delatnosti, koji su Zakonom⁴³ takstativno navedeni kao nezamenljiv uslov života i rada građana i drugih subjekata na određenom području⁴⁴ uz mogućnost da se i druge delatnosti od lokalnog značaja mogu odrediti kao komunalne i propisati uslovi i način njihovog obavljanja (javna parkirališta, pijace, postavljanje objekata i uređaja na javnim površinama, i sl.).⁴⁵ Nadzor nad primenom zakona i zakonitošću rada javnih komunalnih preduzeća i drugih subjekata koji obavljaju komunalne delatnosti vrši gradska uprava, a poslove inspekcijeskog nadzora nad primenom zakona i propisa doneatih na osnovu zakona, vrši komunalni inspektor.⁴⁶

Dakle, u konkretnom postupanju gradska uprava i komunalni inspektor će imati, pored zakonskih, i ovlašćenja konkretizovana opštim aktima skupštine grada. Ovde dobija značaj jasnoća normi koje uređuju upravni i inspekcijiski nadzor, ali i ukupan kvalitet opšteg akta čije se izvršenje kontroliše, odnosno preciznost pravila i ostvarivost ciljeva koji se štite. Njih treba da prati odgovarajuća sadržina nadzornih ovlašćenja koja ulaze u okvir normativne funkcije lokalne samouprave. Tom okviru sada pripada i pravno uređivanje obrazovanja komunalne policije, saradnje sa gradskim inspekcijским službama i uslova

⁴⁰ Opširnije u: Vlatković, M., *Upravni nadzor u pravnom sistemu Republike Srbije*, Beograd, 1997.

⁴¹ Zakon o državnoj upravi (čl. 45–50.) sadrži odredbe o nadzoru koji sprovode državni organi uprave, a Zakon o lokalnoj samoupravi propisuje da opštinska/gradska uprava obavlja poslove upravnog nadzora nad izvršavanjem propisa i drugih opštih akata skupštine opštine/grada (član 52.tačka 4.).

⁴² Član 20. tačka 36. Zakona o lokalnoj samoupravi.

⁴³ Zakon o komunalnim delatnostima ("Službeni glasnik RS", br. 16/97 i 42/98).

⁴⁴ Član 4. stav 1. istog Zakona.

⁴⁵ Član 4. stav 2. istog Zakona.

⁴⁶ Član 25. istog Zakona. Ovde treba napomenuti da su Zakonom o komunalnim delatnostima bliže uređena pojedina pitanja upravnog i inspekcijeskog nadzora, uz dato ovlašćenje da se opštim aktima konkretizuju.

za vršenje komunalno-policijskog nadzora i upotrebu ovlašćenja komunalnih policajaca u skladu sa Zakonom.⁴⁷ Uspostavljena valjana koordinacija komunalno-policijskih i inspekcijских poslova obezbediće veću delotvornost njihove preventivne i kontrolne uloge. Naravno, uz pažljivo izbalansirane, jasne i precizirane uslove za upotrebu komunalno-policijskih i inspekcijских ovlašćenja i primenu represivnih mera.

KOMUNALNO-POLICIJSKI NADZOR

Najčešće istican uzrok neefikasnosti lokalnih inspekcijских službi je odsustvo odgovarajućih mera i instrumenata prinude (utvrđivanje i provera identiteta, oduzimanje predmeta, zabrana obavljanja delatnosti, i sl.) što uz inertnost prekršajnog postupka pruža nizak stepen prevencije i olakšava nepoštovanje propisa.⁴⁸ Inspekcijские službe su delovale efikasno uglavnom uz tzv. asistenciju policije.⁴⁹ Stoga se s pravom očekuje da komunalna policija ostvari svrhu osnivanja, odnosno da se olakša izvršavanje nadležnosti grada u oblastima utvrđenim Zakonom o komunalnoj policiji⁵⁰ i obezbedi nesmetano obavljanje drugih zakonom određenih poslova iz nadležnosti grada.⁵¹ Ali i da doprinese zaštiti ljudi i dobara i ukupnom održavanju reda.

Današnje društvo obeležavaju složeni, raznovrsni i veoma promenljivi odnosi pod snažnim uticajem neverovatnih mogućnosti savremene tehnologije. Poseban izazov za državu i policiju su sve složeniji i internacionalizovani zadaci u oblasti javnog reda i bezbednosti. U održavanje reda, obezbeđivanje neophodne sigurnosti i zaštite na tzv. mikro planu država uključuje i lokalne zajednice primenom različitih oblika i metoda saradnje sa policijom,⁵² ali i organizacijom policije i dodelom policijske funkcije lokalnim vlastima.

⁴⁷ Čl. 16–26. Zakona o komunalnoj policiji (“Sl. glasnik RS”, broj 51/09)

⁴⁸ Tipičan primer je nepoštovanje lokalnih propisa o radnom vremenu ugostiteljskih objekata ili tzv. ulična prodaja. Prekršajni postupak traje mesecima (pod uslovom da ne nastupi zastarelost), iznos izrečene novčane kazne “pokrije” ostvarena zarada, a problem ostaje.

⁴⁹ Pogledati: Urošević, Z., *Lokalna samouprava, inspekcija i komunalna policija*, “Pravni život”, br. 11/2009

⁵⁰ Ovo se odnosi na poslove iz izvornog delokruga i druge oblasti navedene u članu 1. Zakona.

⁵¹ Ovu formulaciju razumemo kao podršku vršenju poverenih poslova državne uprave.

⁵² U Evropi sve popularniji anglo-saksonski koncept “*communitu policing*” terminološki je prilagođen kontinentalnom razumevanju ideje i nazvan “*police- public partnership*”

U našem okruženju uočavamo u osnovi dva osnovna pristupa u organizaciji komunalne policije. Prvi u osnovi predstavlja komunalnu inspekciju “pojačanih” ovlašćenja, a drugi obrazovanje policijske organizacije sa uređenim nadležnostima i ovlašćenjima iz okvira policijske funkcije.

Komunalna policija u Crnoj Gori obavlja poslove komunalnog nadzora u oblasti komunalnih i drugih delatnosti utvrđenih Zakonom o lokalnoj samoupravi (2003.g.). Obavezno se obrazuje kao organizaciona jedinica lokalne uprave odlukom skupštine opštine, kojom se biže uređuju nadležnosti, oprema, legitimacija, uniforma i druga pitanja. U postupku komunalnog nadzora primenjuje Zakon o inspekcijskom nadzoru, vodi upravni postupak, donosi upravne akte i vrši upravne radnje iz okvira ovlašćenja utvrđenih tim zakonom.⁵³

Slično rešenje ima i Republika Srpska. Zakonom o lokalnoj samoupravi⁵⁴ uređeno je da organizovanje komunalne policije pripada samostalnim poslovima opštine, u okviru “regulatornih radnji i upravljanja opštinom” (član 12. Stav 1.

Zakona). Načelnik opštine samostalno utvrđuje unutrašnju strukturu opštinske administrativne službe u okviru koje se obrazuje i služba komunalne policije. Zakonom o komunalnoj policiji⁵⁵ uređene su njene nadležnosti,⁵⁶ obaveze i ovlašćenja komunalnih policajaca, postupak kontrole, izvršenje mera i druga pitanja od značaja za vršenje komunalno-policijske kontrole. U postupku donošenje pojedinačnih upravnih akata i vršenje određenih upravnih radnji primenjuje se Zakon o opštem upravnom postupku.

U oba primera komunalna inspekcija je isključena iz sistema nadzora i te poslove obavlja komunalna policija, kojoj ipak nisu dodeljena ovlašćenja koja karakterišu policijsku funkciju, a to su mere i sredstva fizičke prinude. Komunalna policija ovde sprovodi inspekcijski nadzor, “pojačan” merama i kaznenom politikom u inspekcijskom postupku, ali i autoritetom naziva i uniforme. Ističemo da je u obe države postupak inspekcijskog nadzora uređen posebnim zakonom, a uveden je i službenički sistem i na lokalnom nivou.

⁵³ Zakon o lokalnoj samoupravi (“Sl. list RCG”, br. 42/03, 28/04, 75/05,13/86), Zakon o opštem upravnom postupku (“Sl. list RCG”, br. 60/03), Zakon o inspekcijskom nadzoru (“Sl. list RCG”, br. 39/03), Odluka o komunalnoj policiji Glavnog grada Podgorica (“Sl. list RCG-opštinski propisi” br.8/98 i 9/07).

⁵⁴ “Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 101/04 i 118/05

⁵⁵ Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 85/03

⁵⁶ U članu 9. Zakona propisane su delatnosti nad kojima se vrši nadzor, i po svom karakteru pripadaju tipičnim poslovima izvornog delokruga lokalne samouprave.

Slovenija ima nešto drugačije rešenje.⁵⁷ Zakonom o opštinskom redarstvu (2003.g, 2007.g) uređeno je da opština samostalno ili sa drugom opštinom obrazuje opštinsko redarstvo (na veb-sajtu propisa Republike Slovenije prevedeno kao *local police*) koje ima sva organizaciona i funkcionalna obeležja policijske organizacije. Propisano je da je opštinsko redarstvo opštinski prekršajni organ (član 4.) i da vodi evidencije u skladu sa zakonom koji uređuje prekršaje (član 28). Opština je obavezna da u skladu sa zakonom donese opštinski program bezbednosti, a opštinsko redarstvo će u skladu sa njim sprovoditi nadzor nad primenom zakona i u skladu sa zakonom donetih propisa opštine (član 3. stav 1.) u oblasti bezbednosti saobraćaja, održavanja puteva i javnog reda na području opštine. Krug ovlašćenja (čl.10–19.) pripada tipičnim policijskim ovlašćenjima sa pravom na upotrebu fizičke sile (npr. zadržavanje lica zatečenog u vršenju prekršaja) i određenih sredstava prinude (sredstva za vezivanje i gasni raspršivač). Nadzor nad primenom Zakona vrši ministarstvo unutrašnjih poslova i druga nadležna ministarstva (član 29.) a nadzor nad izvršavanjem naloga opštinskog redarstva izdatih na osnovu opštinskih propisa nadležni organ opštine (član 30).

UPRAVNI, INSpeKCIJSKI I POLICIJSKI NADZOR U PROPISIMA GRADOVA U SRBIJI

Grad ne uređuje komunalno-policijske poslove ni upotrebu ovlašćenja komunalne policije, ni principe rukovođenja i odgovornosti za izvršenje poslova komunalne policije. Grad obrazuje komunalnu policiju kao unutrašnju organizacionu jedinicu organa gradske uprave i stvaranjem uslova za njen rad (opreme i sredstava) osigurava ostvarivanje njene funkcije.⁵⁸ Smatramo da se radi o jednom kombinovanom modelu prenosa nadzornih poslova sa centralnog na niži nivo vlasti, kao policijsko pojačanje nadzornih ovlašćenja grada.⁵⁹

Zakonom o komunalnoj policiji propisano je da komunalna policija saraduje sa gradskim inspekcijским službama u skladu sa Zakonom i propisima grada kojima se uređuje obavljanje inspekcijских poslova (član 7. stav 1), a oblike i način ostvarivanja te saradnje bliže propisuje skupština grada (stav 3. istog

⁵⁷ Slično rešenje nalazimo i u Slovačkoj koja je još 1991. godine donela Zakon o opštinskoj policiji.

⁵⁸ Opširnije, Urošević, Z., *Lokalna samouprava, inspekcija i komunalna policija*, Pravni život, 11/2009

⁵⁹ Urošević, Z., *Komunalna policija i razvoj lokalne samouprave*, Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva – Zbornik radova, Budva, 2011.

člana). U okviru priprema za obrazovanje i početak rada komunalne policije, nadležna ministarstva i Stalna konferencija gradova i opština izradili su modele gradskih odluka, kao tehničku pomoć gradovima u pripremi gradskih propisa koji treba da uredi obrazovanje komunalne policije, ali i nove odnose u saradnji nadzornih službi. Komunalna policija je potpuna novina u sistemu lokalne samouprave i za mnoge predstavlja nepoznanicu i iz upravno-organizacionog i upravno-nadzornog ugla. Veliki izazov i odgovornost za nosioce normativnih poslova u gradovima.⁶⁰

Već smo govorili o centralnoj sadržini normativne funkcije lokalne samouprave u oblasti izvornih nadležnosti i potrebi posebne pažnje pri normiranju nadzornih ovlašćenja i prekršajne odgovornosti. Značajan deo poslova i javnih službi grada pokriven je komunalno-policijskim nadzorom (član 9. Zakona) i može se stvoriti nepotrebnna konfuzija oko toga koja služba nadzora i u kojim slučajevima je konkretno nadležna. Komunalna inspekcija nije ukinuta, komunalni sistem nije reformisan, a krug izvornih i poverenih poslova u oblasti inspekcijiskog nadzora stalno se proširuje (zaštita životne sredine, javni prevoz, taksi prevoz, javna parkirališta, promet robe, držanje i zaštita domaćih životinja, i sl.). Poseban oprez nalaže i činjenica da ovlašćenja komunalne policije⁶¹ predstavljaju snažan instrument u rukama lokalne vlasti zbog mogućnosti primene mera i sredstava prinude⁶² i pored toga što ne obuhvataju i ovlašćenje za službenu upotrebu vatrenog oružja.

Treba imati u vidu da je osnovno upravno-pravno obeležje ovlašćenja komunalne policije da pripadaju grupi autoritativnih upravnih radnji i materijalnih akata uprave.⁶³ Bez sopstvenog pravnog dejstva ipak posredno imaju pravne efekte. Primenjuju se ili neposredno i samostalno tokom obavljanja komunalno-policijskih poslova ili ih kao *ultima ratio* koriste druge gradske službe u cilju izvršenja prava iz svoje nadležnosti (kao pomoć u izvršenju – tzv. asistencija komunalne policije). Ovim je komunalna policija ozbiljno sredstvo vlasti za iz-

⁶⁰ Pored Grada Beograda imamo još 23 grada: Valjevo, Vranje, Zaječar, Zrenjanin, Jagodina, Kragujevac, Kraljevo, Kruševac, Leskovac, Loznica, Niš, Novi Pazar, Novi Sad, Pančevo, Požarevac, Priština, Smederevo, Sombor, Sremska Mitrovica, Subotica, Užice, Čačak i Šabac – član 20. Zakona o teritorijalnoj organizaciji Republike Srbije ("Službeni glasnik RS", broj 129/2007.).

⁶¹ Čl.16–25. Zakona o komunalnoj policiji uređuju ovlašćenja komunalne policije.

⁶² Čl. 24. Zakona o komunalnoj policiji propisuje vrste i način upotrebe sredstava prinude, jasno upućujući na Zakon o policiji i podzakonske akte koji uređuju način i uslove za njihovu upotrebu.

⁶³ Službene radnje koje su preduzete na osnovu i u primeni prava, materijalni (faktički) akti prinude kojima se izvršava pravo. Prinuda je u smislu jednostranog savladavanja tuđe volje koja je protivna pravu. Pogledati, Tomić, Z., *op. cit.*, str. 216–219.

vršenje propisa i njima definisanog javnog interesa. Zato insistiramo na kvalitetu lokalnih propisa i jasnom definisanju određenih lokalnih interesa,⁶⁴ jer će od toga zavistiti efekti rada komunalne policije, ali i kvalitet života i ostvarivanje i zaštita prava i interesa građana.⁶⁵

Ne ulazeći u analizu organizacije komunalne policije u gradovima, koja nije bez značaja po efikasnost i ukupnu efektivost, zadržaćemo se ukratko na nekoliko osnovnih karakteristika koje uočavamo u odredbama o nadzoru koje sadrže opšti akti (odluke) koje su donele skupštine gradova u Srbiji.

Upravni nadzor, kao nadzor gradske uprave nad opštim aktima i radom organizacija kojima je povereno obavljanje komunalnih i drugih delatnosti od javnog interesa, uglavnom nije normiran, ili je naveden načelno bez konkretizacije koja akta i poslovi mogu biti predmet upravnog nadzora.⁶⁶ U praksi je teško sprovediv, jer su nadzirani subjekti javna preduzeća i druge službe osnovane za obavljanje komunalnih i drugih delatnosti u kojima kadrovsku politiku, kao i u gradskoj upravi, vodi ista lokalna vlast.

Ima primera da je inspeksijski nadzor normiran kao pravo i obaveza "nadležnog inspektora" bez opredeljivanja ko je stvarno nadležan u konkretnoj upravnoj stvari. Nadležnost ne može biti "očigledna" ili "po prirodi stvari" ne samo iz razloga pravne sigurnosti, već određena dobra i odnosi mogu biti pod različitim pravnim režimom nadzora u lokalnoj samoupravi (javna parkirališta, gradski i prigradski prevoz, postavljanje objekata i uređaja na javnim površinama, održavanje zelenila u putnom pojasu, i sl).⁶⁷ Osim toga, uočavamo da se, uz ređe izuzetke, prilično skromno normiraju konkretna prava, obaveze i ovlašće-

⁶⁴ Ovde želimo da naglasimo da je pravna norma, bez obzira na nivo koji odlučuje o njenom sadržaju, uvek rezultat kompromisa između suprotstavljenih interesa i da ni jedan neće u potpunosti biti ispunjen.

⁶⁵ "Tendencija prema širenju kruga legitimnih interesa i legitimnih interesenata deluje na nivou obaveznosti odluka koje donosi država, a smatramo da će ih i ubuduće donositi analogni politički mehanizmi. U javnoj upravi ta se tendencija odražava u širenju delatnosti koje su direktno namenjene zadovoljavanju legitimnih interesa građana, dakle javnih službi. To je pritisak na organizacije javne uprave i njihove članove da prihvate nove vrednosti koje odražavaju tendenciju širenja kruga legitimnosti interesa u pojedinostima. Građanin je sve manje podanik, a sve više potrošač." Pusić, E., *Organizacija i upravne organizacije*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2005, str. 216.

⁶⁶ Verujemo da je nerazumevanje odredbe čl. 60. Zakona o lokalnoj samoupravi o upravnom nadzoru unelo zabunu u shvatanje upravnog i inspeksijskog nadzora i njihovo normiranje na lokalnom nivou.

⁶⁷ Česta je dilema da li pomenuta pitanja spadaju u oblast komunalne nadležnosti ili saobraćaja, naročito u sredinama koje imaju skromniji kadrovski potencijal, posebno u inspekciji za saobraćaj i puteve.

nja inspektora, što u praksi nije dobro. Ostavlja prostor za oportunističke i neradne, ali i upotrebu inspekcije po "nalogu starešine".

Odredbes o komunalnoj policiji su najslabiji deo. Ima primera da se odlukama uopšte ne propisuju zadaci komunalnih policajaca, iako je služba obrazovana. Inače, uglavnom se svode na načelno saopštavanje da će komunalno-policijske poslove ili nadzor obavljati komunalna policija u skladu sa zakonom. Tu se ne greši puno (!) ali se očigledno ne razume razlika između komunalne policije kao organizacije i poslova koji joj pripadaju s jedne strane, i komunalnih policajaca kao vršilaca ovlašćenja komunalne policije u okviru komunalno-policijskih poslova, s druge strane. Ipak, parafraziranje zakonskih normi ne rešava suštinu, odnosno ne propisuje pravo da komunalni policajac primeni represivnu meru predviđenu kaznenim odredbama, kako je utvrđeno u odredbi člana 16. Stav 2. Zakona: "Pored ovlašćenja iz stava 1. ovog člana, *komunalni policajac može, kada je za to ovlašćen zakonom, drugim propisom i opštim aktom grada, izreći mandatnu kaznu, podneti prijavu nadležnom organu za učinjeno krivično delo, podneti zahtev za vođenje prekršajnog postupka i obavestiti drugi organ da preduzme mere iz svoje nadležnosti.*" Ako je i propisano ovlašćenje za izricanje mandatne kazne, dato je generalno, za sve povrede propisane odlukom, a ne u kojim slučajevima i pod kojim uslovima, kako bi se razdvojilo od istog ovlašćenja datog nadležnom inspektoru i otklonila mogućnost dvostrukog kažnjavanja u istoj stvari.

Na kraju, želimo da ukažemo da je ovim elementarnim i po obimu pregledanim propisima prilično skromnim analizama gradskih odluka ukazano i na primere prilično niskog nivoa poznavanja znanja pravila normativne tehnike. Nije čudno, višegodišnja "razvlašćenost" lokalne samouprave svela je normativnu funkciju na određen krug istorodnih propisa, uspavala kreativnost i potrebu učenja. Iako je normativna tehnika u najvećoj meri veština pisanja propisa, a manje naučna disciplina,⁶⁸ ima važno mesto u praktičnom bavljenju pravom.⁶⁹ Predmet normativne tehnike obuhvata konceptualne, jezičke i logičke principe kako bi se u izradi propisa postigla jasnoća i razumljivost i olakšala njihova primena. U tom kontekstu utiče na stabilnost pravnog poretka, pravnu sigurnost, poštovanje i zaštitu ljudskih prava.

Dugogodišnje iskustvo na raznovrsnim normativnim poslovima u pokrajinskoj i gradskoj upravi u Novom Sadu ohrabruje autora da naglasi da normativnotehničke veštine i poznavanje metodoloških pravila značajno ubrzava pro-

⁶⁸ Nenadović, G, Duka G., *Jedinstvena metodološka pravila za izradu propisa*, Pravni život, 11/2009.

⁶⁹ Pogledati: Lukić, R., *Metodologija prava*, Beograd, 2000.

ces pripreme i usvajanja opštih akata, skraćuje formalne i nepotrebne procedure i eliminiše greške i neproduktivan rad koji opterećuju i poskupljuju upravu. I to nije bez značaja.

ZAKLJUČAK

Propisi koje skupština grada donosi iz delokruga izvornih nadležnosti čine centralnu sadržinu normativne funkcije grada u čiji okvir spada i organizacija i način obavljanja komunalno-polijskih i inspeksijskih poslova. Uspostavljena valjana koordinacija u njihovom obavljanju uticaće na veću delotvornost, preventivnu ulogu i efikasnost u otkanjanju posledica prekršaja.

Naravno, uz pažljivo izbalansirane, jasne i precizirane uslove za upotrebu komunalno-polijskih i inspeksijskih ovlašćenja i primenu represivnih mera.

Uspešno ostvarivanje misije komunalne policije zavisiće i od kvaliteta propisa čije se izvršenje kontroliše, odnosno jasnoće pravila i ostvarivosti ciljeva koji se propisom štite. Pravilima normativne tehnike i određenim metodološkim pravilima u izradi propisa može se ublažiti i delimično prevazići normativna neusklađenost koju uočavamo u propisima koji uređuju rad i ovlašćenja gradskih inspekcija i komunalne policije.

MIHOVIL ŠKARICA

**DJELOKRUG LOKALNE SAMOUPRAVE
U REPUBLICI HRVATSKOJ U KONTEKSTU
DECENTRALIZACIJSKIH REFORMI
I NAČELA SUPSIDIJARNOSTI**

U V O D

Lokalna samouprava u suvremenom svijetu postaje sve važnijim dijelom političko-upravnih sustava. Ujednačavanje sustava lokalne samouprave kroz decentralizacijske procese u europskim zemljama u drugoj polovini 20. stoljeća je po najprije rezultat harmonizirajućeg djelovanja dokumenata nastalih u krilu Vijeća Europe, prvenstveno Europske povelje o lokalnoj samoupravi¹ (dalje: Povelja). Njome je stvoren pravni temelj međunarodnopravne snage za rješavanje problema raspodjele funkcija između različitih teritorijalnih razina upravljanja u mnogim europskim državama. U državama koje su je ratificirale, ili koje su implemen-tirale njene odredbe u domaće zakonodavstvo, pravnu su snagu dobila načela *opće klauzule, supsidijarnosti, cjelovitosti lokalnih ovlasti, različitosti i konzultiranja* lokalnih vlasti pri sektorskoj regulaciji nekih upravnih područja. Osim opće klauzu-

Mihovil Škarica, asistent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

¹ Europska povelja o lokalnoj samoupravi je usvojena od strane Vijeća Europe 1985. i od tada predstavlja temeljni harmonizacijski instrument sustava lokalne samouprave diljem Europe. Republika Hrvatska prihvatila je dio odredbi Povelje 1997 (na snazi od 1. 1. 1998), a ratificirala ju je u potpunosti 2008.

le, Povelja u dijelu koji se odnosi na djelokrug lokalnih jedinica sadržava i načela supsidijarnosti, učinkovitosti i ekonomičnosti, ograničenosti nadzora na ustavnost i zakonitost te zagovara da lokalne nadležnosti moraju, u pravilu, biti potpune i cjelovite. Potpunost i cjelovitost ovlasti favorizira i jača političku dimenziju lokalne samouprave i neophodna je pretpostavka političkoj decentralizaciji zemlje. Olakšava politički nadzor uprave i sudjelovanje građana, čineći linije odgovornosti za pojedine javne službe preglednijima i razumljivijima te na taj način jača legitimitet političko-upravnog sustava ne samo lokalnog, nego i viših razina. Ovlasti koje su samo provedbene, tehničke, parcijalne i pomoćne čine lokalnu samoupravu produženom rukom centralnih političkih i upravnih organa te pridonose birokratskoj sklerozi lokalnog upravnog sustava čineći ga reaktivnim i pasivnim. Građani, s druge strane, drže lokalne političke čelnike odgovornima za stanje u nekim područjima javnih službi, ne znajući da oni u većini slučajeva nisu uopće ili nisu pretežno odgovorni za stanje u lokalnim bolnicama, školama, knjižnicama ili muzejima.

Ovaj članak pokušava utvrditi stvarno stanje djelokruga lokalne samouprave u Hrvatskoj, sravnjujući ga s temeljnim načelima Povelje te na taj način identificirati učinke i postignuća dosadašnjih decentralizacijskih reformi. Pravna i institucionalna analiza imaju za cilj definirati kritične točke dosadašnjeg procesa decentralizacije te iznjedrati tumačenja koja ih mogu rasvijetliti i barem donekle objasniti.

NAČELO SUPSIDIJARNOSTI I SUVREMENE DECENTRALIZACIJSKE REFORME

Načelo supsidijarnosti dugo je vremena figuriralo tek kao filozofsko-sociološka ideja organizacije društva, odnosno kao kriterij i mjera zadiranja javne sfere u osobnu slobodu i autonomiju pojedinca. Osnovna ideja koju to načelo sadrži jest ta da politička vlast treba intervenirati u druge društvene entitete (od pojedinca, preko obitelji, do širih zajednica) samo (tek) tada kada oni nisu u stanju sami zadovoljiti svoje različite potrebe. Smatra se da je supsidijarnost organizacijski princip, koji se više odnosi na moduse organiziranja društva i države, nego na same funkcije, odnosno djelatnosti koje se u društvu obavljaju.

Načelo supsidijarnosti se počelo koristiti kao kriterij prosudbe pri vertikalnoj distribuciji javnih ovlasti i poslova između različitih razina vlasti. Javne bi se ovlasti trebale obavljati na razini najbližoj građanima, ukoliko ih je ona u stanju obavljati. Tek kada javni posao prelazi kapacitete niže razine, dodjeljuje se višoj razini vlasti.

Afirmaciju načela supsidijarnosti treba promatrati u suvremenom društvenom kontekstu koji karakteriziraju javni problemi sve šireg obuhvata. Da bi upravni sustavi mogli na vrijeme i efikasno detektirati i riješiti probleme, moraju djelovati sinkronizirano i koordinirano. Sve je više zadaća za čije rješavanje su zainteresirane sve države podjednako. Zagađenje okoliša, međunarodni kriminalitet, borba protiv prirodnih nedaća, komunikacijsko umrežavanje, poslovne transakcije su samo neke društvene pojave koje zahtijevaju ujedinjeno djelovanje najviših političkih razina. Pomalo suprotno ideji supsidijarnosti, sve više javnih funkcija prelazi na više razine, koje imaju brojnije i bolje resurse za efikasno rješavanje problema suvremenih društava. No, unatoč tome, ili upravo zbog toga, lokalne jedinice treba osposobiti da pravovremeno detektiraju javne probleme te da u partnerskom duhu djeluju na otklanjanju istih zajedno s višim razinama; svaka prema svojim mogućnostima. Načelo supsidijarnosti podrazumijeva i odgovornost viših razina za stanje nižih, ono ih ne amnestira od obveze da jačaju kapacitete nižih razina da bi doista mogle obavljati što više javnih poslova za koje im ne bi trebala pomoć. Više razine osiguravaju solidarnost na širem prostoru te zadržavaju opću odgovornost za zadovoljavanje javnih potreba i interesa². Dužne su pružiti pomoć lokalnim jedinicama pogotovo kad one nisu u stanju dostići ni minimalne standarde obavljanja pojedinih javnih službi.

Načelo se supsidijarnosti ne afirmira samo stoga jer je 'pošteno' ili 'prirodno' da javne poslove obavljaju tijela koja su građanima kao izvoru svake vlasti, najbliža. U optimalnom slučaju, ono bi trebalo proizvesti i sasvim opipljive, praktične koristi. Smatra se da mogućnost odlučivanja o bitnim elementima poslova koji se na lokalnoj razini obavljaju doprinosi većoj kvaliteti tih službi, jer su lokalni akteri spremni brže i točnije uočiti preferencije lokalnog stanovništva te djelovati u skladu s njima.

Uključivanje građana, njihovih udruga i privatnog sektora u djelovanje javne uprave, za što je najpogodniji lokalni milje, rezultira pojačanim legitimitetom čitavog sustava te omogućuje da se bolje iskoristi institucionalni kapital društva te da se dolazi do boljih rješenja za javne probleme.

Kako inzistiranje na supsidijarnosti ne bi kolidiralo sa potrebom stvaranja sve širih platformi rješavanja javnih problema, prilikom primjene tog načela i njegove pravne artikulacije potrebno ga je uskladiti s nekoliko dopunjujućih načela: jedinstvom djelovanja svih razina vlasti, efikasnošću, jedinstvom primjene i solidarnošću viših razina prema nižima. Jedinstvo djelovanja unutar države podrazumijeva usklađenost aktera i javnog sektora u provedbi javnih politika. Inzistiranje

² Koprić, Ivan (2005): Djelokrug lokalne i područne (regionalne) samouprave. Hrvatska javna uprava, 5(2005) 1. 35-80.

na dosljednoj primjeni načela supsidijarnosti može osujetiti djelotvornost mehanizama rješavanja javnih problema. Tu se javlja središnja država kao koordinator i jamac jedinstvenog i usklađenog javnog djelovanja. Uklapanjem načela supsidijarnosti u domaći pravni poredak ne bi se smjelo zanemariti zahtjev da se javni poslovi obavljaju efikasno, odnosno učinkovito. Načelo supsidijarnosti upravo to i zagovara: iznalaženje one najniže razine koja je javne funkcije sposobno obavljati djelotvorno. Učinkovitost u ovom smislu označava zahtjev da se postavljeni standardi neke javne politike doista i dosegnu pri njenoj provedbi.

Zagovarajući donošenje općeobveznih društvenih odluka na što nižim razinama, načelo supsidijarnosti otvara vrata značajnim razlikama među lokalnim jedinicama. Razlike koje među različitim područjima unutar jedne države postoje, kao što su razlika u ekonomskoj razvijenosti, razlika u socijalnom i humanom potencijalu, u sustavu načela supsidijarnosti se intenziviraju i institucionaliziraju.

Zahtjevi za jednakošću svih ljudi i za ravnomjernošću razvoja svih područja jedne države u stalnoj su opreci prema zahtjevu za lokalnom autonomijom. Legitimno je pravo i obveza središnje države da brine o životnom standardu svih građana i da ta briga bude ujednačena. Solidarnost viših razina prema nižima je naizgled protivna ideja u okružju gdje se uvodi načelo supsidijarnosti. Ipak, u temeljima ideje supsidijarnosti se nalazi i pomoć³ pri izgradnji kapaciteta razina vlasti da se osposobe za obavljanje šireg kruga poslova. Ujednačavanje kapaciteta lokalnih razina nema namjeru ugušiti lokalnu inicijativu ili supstituirati samoupravne jedinice u obavljanju poslova. Načelo supsidijarnosti je svoju najснаžniju pravnu afirmaciju dobilo usvajanjem i potpisivanjem Europske povelje o lokalnoj samoupravi u okviru Vijeća Europe.

Pojava Povelje koincidirala je sa primjetnom tendencijom ka decentralizaciji upravnih funkcija u mnogim europskim državama. Ideje da se smanje pritisci na državne proračune te da decentralizirana uprava brže i bolje reagira na promjene u svojoj globaliziranoj okolini dovela je do traženja optimalnog načina (re)alokacija javnih funkcija i ovlasti potrebnih za njihovo obavljanje.

Načelo supsidijarnosti predstavlja okosnicu Povelje i sadržano je u njenom 4. članku koji regulira djelokrug jedinica lokalne samouprave. Kategorijalno i sadržajno Povelja se naslanja na germanski model lokalne samouprave koji karakterizira politička decentralizacija.

³ U latinskom jeziku, iz kojeg etimologiju vuče pojam supsidijarnosti, dva su značenja te riječi: prema prvom ona označava sekundarnu, odnosno manju važnost nečega (podrednost), dok prema drugom (*subsidiium*) označava pomoć, intervenciju (Council of Europe: Definition and Limits of the Principle of Subsidiarity: 1994: 10).

ANALIZA DJELOKRUGA LOKALNIH JEDINICA
U OPĆEM I POSEBNOM ZAKONODAVSTVU RH

Lokalni djelokrug u općem zakonodavstvu

Djelokrug jedinica lokalne i područne samouprave u Hrvatskoj u značajnoj je mjeri fiksiran najvišim pravnim i političkim aktima: Ustavom Republike Hrvatske (dalje: Ustav) te Poveljom koja kao ratificirani međunarodni ugovor ima nadzakonsku pravnu snagu. Ustavnim promjenama iz 2000. i 2001. položaj jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave značajno je poboljšan. Prihvaćeno je načelo supsidijarnosti koje nije preuzeto prilikom ratifikacije dijela Povelje 1997.⁴ Možda najsnažnije jamstvo prava na lokalnu samoupravu je u Ustavu regulirano člankom 134. koji nekoliko skupina poslova navodi osobito kao poslove lokalnog djelokruga. To su: uređenje naselja i stanovanja, prostorno i urbanističko planiranje, komunalne djelatnosti, briga o djeci, socijalna skrb, primarna zdravstvena zaštita, odgoj i osnovno obrazovanje, kultura, tjelesna kultura i šport, zaštita potrošača, zaštita i unapređenje prirodnog okoliša te protupožarna i civilna zaštita. Ustav postulira da se konkretni poslovi jedinica lokalne samouprave uređuju zakonom. Takva formulacija upućuje na zaključak da će se pri zakonskoj razradi samoupravnog djelokruga primijeniti metoda enumeracije, koja, iako sadrži neke prednosti, nije kompatibilna načelu supsidijarnosti, ni podesna za njegovo stvarno oživotvorenje. Na to upućuje i odredba članka 4. Povelje koja kaže da *'Jedinice lokalne samouprave imaju, u zakonskim okvirima, slobodu pokretati inicijativu o svakom pitanju ako nije isključeno iz njihove nadležnosti ili dodijeljeno nekoj drugoj vlasti'*.

Iako je Zakon o lokalnoj i (područnoj) samoupravi⁵ (dalje: ZLP(R)S) kao osnovnu metodu određivanja samoupravnog djelokruga usvojio opću klauzulu i time pojasnio ustavnu nedoumicu, mnogobrojni su drugi zakoni, određujući krug

⁴ Članak 134., stavak 3. Ustava RH: Poslovi lokalnog i područnog (regionalnog) djelokruga uređuju se zakonom. *Prilikom dodjeljivanja tih poslova prednost će imati ona tijela koja su najbliža građanima.*

⁵ Zakon o lokalnoj i područnoj samoupravi (NN 33/01, 60/01, 129/05, 109/07, 125/08, 36/09) usvaja metodu opće klauzule koja je vidljiva iz odredbe čl. 19: Općine i gradovi u svom samoupravnom djelokrugu obavljaju poslove lokalnog značaja kojima se neposredno ostvaruju potrebe građana, a koji nisu Ustavom ili zakonom dodijeljeni državnim tijelima i to osobito poslove koji se odnose na (istaknuo M.Š.): uređenje naselja i stanovanje, prostorno i urbanističko planiranje, komunalno gospodarstvo, brigu o djeci, socijalnu skrb, primarnu zdravstvenu zaštitu, odgoj i osnovno obrazovanje, kulturu, tjelesnu kulturu i šport, zaštitu potrošača, zaštitu i unapređenje prirodnog okoliša, protupožarnu i civilnu zaštitu, promet na svom području te ostale poslove sukladno posebnim zakonima.

poslova lokalnoj samoupravi, ostavili vrlo malo mjesta lokalnoj inicijativi, odnosno fakultativnom širenju lokalnog samoupravnog djelokruga. Nije pretjerano na ovom mjestu kazati da opća klauzula iz ZPLS u Hrvatskoj ne funkcionira kao metoda određivanja lokalnog samoupravnog djelokruga. Spomenuta ustavna formulacija, iako nije uzročnik, stimulira postojeću atmosferu po kojoj lokalne jedinice sve svoje ovlasti i nadležnosti crpe iz zakona. Djelujući u ambijentu u kojem se čeka na odredbu zakona *‘da vidimo što nam je činiti’*, jedinice lokalne samouprave se pasiviziraju i ne preuzimaju inicijativu.

Uloga u kojoj lokalne jedinice figuriraju prvenstveno kao izvršna tijela nacionalnog zakonodavstva, zanemaruje onu političku, demokratsku dimenziju lokalne samouprave. Članak 23. istog zakona određuje da se poslovi državne uprave koji se prenose na obavljanje jedinicama lokalne samouprave također određuju posebnim zakonima. Očito je da zakon ne diferencira određivanje poslova samoupravnog i prenesenog djelokruga jer za oba propisuje tehniku određivanja zakonom. U tim odredbama leži razlog zbog kojeg je nemoguće odrediti koji poslovi, stavljeni posebnim zakonima u djelokrug lokalnih jedinica, spadaju u samoupravni, a koji u preneseni djelokrug⁶. Posljedice takve neodređenosti su velike. Doktrinarna razlika samoupravnog i prenesenog djelokruga, osim vrste poslova se odnosi i na dimenziju opće regulacije, financiranja, vrste nadzora te krajnje odgovornosti⁷. Zamućivanje jasne granice između dvije vrste lokalnog djelokruga odgovara centralističkim tendencijama.

Posebni zakoni u nizu slučajeva poslove koje povjeravaju lokalnim jedinicama smatraju prenesenim poslovima državne uprave što je vidljivo kod propi-

⁶ Na nekoliko je načina moguće implicitno doći do zadovoljavajućeg tumačenja koji bi razlučio samoupravni i preneseni djelokrug poslova lokalnih jedinica. Nažalost, svaki je parcijalan i odgovara samo nekim situacijama ne rješavajući problem sustavno i cjelovito, a u nesuglasju je s drugim načinima tumačenja.. Prvo, moguće je sve ovlasti koje lokalne jedinice imaju u područjima koja su generalno određena čl. 19. ZLPRS smatrati dijelom samoupravnog djelokruga. Takvo tumačenje ne rješava nedoumicu kad je u nekom od tih područja posebni zakon propisao upravni nadzor središnjih državnih tijela nad tijelima lokalne samouprave. Drugo, vice versa: sve oblasti u kojim je propisan upravni nadzor, bi trebalo smatrati poslovima prenesenog djelokruga, jer bi u protivnom svi takvi zakoni bili u nesuglasju sa odredbom članka 136. Ustava RH prema kojem ‘u obavljanju poslova iz svojeg djelokruga tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave podliježu samo nadzoru ustavnosti i zakonitosti ovlaštenih državnih tijela. Treće; Sistemskim tumačenjem zakona koji reguliraju lokalnu samoupravu uviđamo da lokalne jedinice mogu osnivati javne ustanove u okviru svog samoupravnog djelokruga. Kako je nekim posebnim zakonima određeno kako lokalne jedinice mogu biti osnivači javnih ustanova, moguće je tumačenje da su te funkcije, odnosno poslovi tih ustanova poslovi lokalnog samoupravnog djelokruga, dok su poslovi koje u nekim područjima lokalne jedinice imaju, ali nisu ovlaštene osnivati javne ustanove, poslovi prenesenog djelokruga.

⁷ Koprić, I. (2005): Djelokrug lokalne i područne (regionalne) samouprave. Hrvatska javna uprava 1(2005), 35–80.

sivanja upravnog nadzora, pridržavanja opće regulacije te osiguranja novčanih sredstava potrebnih za njihovo obavljanje. Ustavna garancija samoupravnog djelokruga iz članka 134. Ustava RH u ovom režimu određivanja lokalnog djelokruga ostaje tek demokratski ukras.

Blaga, stidljiva diferencijacija samoupravnog djelokruga između lokalnih jedinica različitih kapaciteta je usvojena izmjenama ZLPRS 2005, kada su kao poslovi novog tipa lokalnih jedinica - velikih gradova, dodani još i: održavanje javnih cesta te izdavanje građevinskih i lokacijskih dozvola, drugih akata vezanih uz gradnju, te provedbu dokumenata prostornog uređenja.

Sve u svemu, temeljni propisi koji reguliraju lokalnu samoupravu te njen djelokrug u velikoj su mjeri u skladu sa suvremenim međunarodnim trendovima i standardima (Povelja, preporuke, mišljenja i rezolucije Vijeća Europe) te sa položajem koji lokalna samouprava uživa u drugim zemljama Europe. No, za ozbiljan uvid i znanstveno utemeljenu ocjenu stvarnog djelokruga hrvatskih lokalnih jedinica te prilagođenosti djelokruga novoj, razvojnoj funkciji lokalne samouprave, potrebno je proučiti niz posebnih zakona koji utvrđuju konkretne nadležnosti, ovlasti i dužnosti jedinica lokalne samouprave u područjima koje su kao samoupravni djelokrug fiksirane Ustavom i ZLP(R)S.

Razlikovanje samoupravnog i prenesenog djelokruga poslova u posebnim zakonima

Jedino područje javnih službi u kojem su lokalne jedinice doista samoupravne (autonodne) jest ono komunalnih djelatnosti.⁸ Naime, u članku 2. Zakona o komunalnom gospodarstvu je propisano da su jedinice lokalne samouprave i pravne osobe kojima je povjereno obavljanje komunalnih usluga dužno osigurati trajno i kvalitetno obavljanje komunalnih djelatnosti.

U pogledu nadzora, člankom 39. je propisan isključivo nadzor zakonitosti rada od strane Vlade RH i nadležnog ministarstva. Osim djelatnosti pobrojanih u zakonu, predstavničko tijelo lokalne jedinice može i drugu djelatnost od lokalnog značaja odrediti kao komunalnu. Iako sukladna općoj klauzuli, ova odredba nepotrebno ponavlja ono što je u tom sustavu lokalnim jedinicama imanentno – da

⁸ Ipak, i neke su komunalne djelatnosti posebnim zakonima stavljene pod stroži nadzorni režim države: vodoopskrba i odvodnja Zakonom o vodama (traženje suglasnosti, propisivanje upravnog nadzora) te odlaganje komunalnog otpada Zakonom o otpadu (propisivanjem upravnog nadzora u čl. 63).

svoj djelokrug fakultativno šire dok time ne zadiru u izričitu nadležnost viših teritorijalnih razina.

U pozitivnom zakonodavstvu koje uređuje lokalni djelokrug nema pouzdanog kriterija kojim možemo razlučiti samoupravni od prenesenog, odnosno povjerenog djelokruga. Čini se kako je razina autonomije, odnosno diskrecije, različita od zakona do zakona tako da diferencijacija lokalnog djelokruga na samoupravni i preneseni nije dovoljna da izrazi šarolikost ovlasti lokalnih jedinica u različitim javnim poslovima. Ni u jednom posebnom propisu ne nailazimo na eksplicitnu odredbu pripada li neka ovlast, tim zakonom stavljena u djelokrug lokalne jedinice, u samoupravni ili preneseni dio. Čini se da moramo obrnuti redoslijed, te na temelju doktrinarnih karakteristika samoupravnog djelokruga (slobodna opća regulacija, vlastito financiranje, vlastita odgovornost, nadzor zakonitosti) razlučiti lokalne javne poslove u hrvatskom zakonodavstvu. Odredbe većine analiziranih zakona govore u prilog tezi da je pretežiti dio poslova i ovlasti jedinica lokalne samouprave shvaćen kao povjereni djelokrug, to jest da su ti poslovi izvorno u djelokrugu države, odnosno njezinih političkih i upravnih tijela. Poslove prostornog planiranja i zaštite okoliša teško možemo držati poslovima samoupravnog djelokruga kad u uvodnim odredbama tih zakona naiđemo na identičnu odredbu (čl. 4. *Zakona o prostornom uređenju i gradnji* te čl. 5. *Zakona o zaštiti okoliša*): "Način rada u tijelima državne uprave, tijelima jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravnim osobama koje imaju javne ovlasti u vezi s provedbom ovoga zakona propisuje ministar naputkom". Takve su odredbe u koliziji s Ustavom zajamčenim opsegom poslova lokalne samouprave (čl. 134) te sa ustavnim odredbama o načinu određivanja poslova zakonom i proklamiranom samostalnošću u obavljanju poslova iz svoga djelokruga (čl. 136. Ustava RH). Sličnog je smisla i odredba Zakona o vodama (čl. 6) po kojoj je nadležno ministarstvo nositelj vodne politike. Jedinice lokalne samouprave mogu u formuliranju i provedbi te politike sudjelovati kao i sve druge zainteresirane fizičke i pravne osobe.

Iako *Zakon o zdravstvenoj zaštiti* u čl. 4. generalno ovlašćuje lokalne i područne jedinice da 'osiguravaju uvjete za zaštitu, očuvanje i poboljšanje zdravlja stanovništva te da organiziraju i osiguravaju ostvarivanje zdravstvene zaštite na svom području', daljnje odredbe uglavnom prešućuju ulogu lokalnih jedinica zauzavljajući decentralizaciju zdravstvenog sektora na županijskoj razini. Lokalne jedinice mogu jedino povećati standarde pružanja zdravstvenih usluga (v. fusnotu 37. te na ugovornoj osnovi suorganizirati i sufinancirati provođenje mjera zdravstvene zaštite za vrijeme povećanog broja korisnika za vrijeme turističke sezone (čl. 9).

Većina ovlasti je obveznog karaktera, no ni one fakultativne se uglavnom ne prepuštaju lokalnoj regulaciji, što bi bilo logično u sustavu opće klauzule nego se

pokušavaju enumerirati zakonima. To dovodi do nemogućnosti da se istaknu lokalne specifičnosti i razlike te da se lokalni djelokrug autonomno dimenzionira imajući u vidu sposobnosti i kapacitete pojedinih jedinica. Takve su odredbe zakona koje dopuštaju lokalnim jedinicama da povise standarde obavljanja javnih službi iznad zakonom utvrđene razine⁹. Zakonske formulacije spomenutih odredbi, a u svjetlu već argumentiranog stava o zamučivanju razlike samoupravnog i prenesenog lokalnog djelokruga, daju realan temelj za pitanje nije li namjera zakonodavca (u kojoj se reflektira prevladavajući stav političko-upravne elite na središnjoj razini) bila da *de facto* izjednači samoupravni i fakultativni djelokrug lokalnih jedinica. Moguće je tumačenje da su jedinice lokalne samouprave doista samostalne samo u poslovima koje zakonodavac propisuje kao fakultativne.

U načelu su za one obligatorne podložne upravnom nadzoru i regulaciji središnjih tijela. U zakonima koji uređuju spomenuta područja, kao i druga područja javnih službi poput kulture, poljoprivrede, prometa itd. često se propisuje upravni nadzor nad provedbom zakona od strane resornog ministarstva pri čemu se ne radi distinkcija među tijelima nad kojima se nadzor vrši¹⁰ (središnja tijela državne uprave, uredi državne uprave u županijama, tijela jedinica lokalne i područne samouprave, javne ustanove). Ako ovlasti koje su takvim zakonima dodijeljene spadaju u samoupravni djelokrug kako je postavljen Ustavom i ZLPRS, onda upravnom nadzoru nema mjesta jer on, uz nadzor zakonitosti rada i postupanja, obuhvaća i nadzor svrhovitosti djelovanja nadziranih tijela¹¹. Upravni nadzor je neustavan. Smatramo da bi sve poslove koji se dodjeljuju lokalnim jedinicama ta-

⁹ Izrazit je primjer Zakona o odgoju i obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi koji detaljnije razrađuje fakultativni djelokrug nego što doista konkretne ovlasti povjerava lokalnim jedinicama *ex lege*. Čl. 143. Čl. 7. st. 2. Zakona o socijalnoj skrbi: Jedinica lokalne samouprave može osigurati sredstva za osiguranje drugih prava utvrđenih ovim Zakonom u većem opsegu, te druge vrste pomoći pod uvjetima i na način propisan njihovim općim aktom. Čl. 9. st. 5 Zakona o zdravstvenoj zaštiti: Jedinica područne (regionalne) samouprave i jedinica lokalne samouprave može osigurati sredstva za zdravstvenu zaštitu stanovnika na svom području iznad standarda utvrđenih obveznim zdravstvenim osiguranjem. Čl. 45. st. 5. Zakona o vatrogastvu: Predstavnička tijela općine, grada ili Grada Zagreba može odlukom povećati iznos sredstava, ukoliko to zahtijevaju specifične potrebe zaštite od požara njihovog područja.

¹⁰ Tako primjerice: čl. 71 Zakona o javnim cestama, čl. 63 Zakona o otpadu, čl. 40 Zakona o vatrogastvu, čl. 277 Zakona o prostornom uređenju i gradnji, čl. 180 Zakona o zaštiti okoliša, čl. 86. Zakona o poljoprivrednom zemljištu, čl. 94 Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama, čl. 223 Zakona o vodama, čl. 70 Zakona o šumama, čl. 39. Zakona o ugostiteljskoj djelatnosti.

¹¹ Čl. 20 Zakona o sustavu državne uprave: U provedbi upravnog nadzora, tijela državne uprave nadziru osobito: 1. zakonitost rada i postupanja, 2. rješavanje u upravnim stvarima, 3. djelotvornost, ekonomičnost i svrhovitost rada u obavljanju poslova državne uprave, 4. svrhovitost unutarnjeg ustrojstva i osposobljenost službenika i namještenika za obavljanje poslova državne uprave te 5. odnos službenika i namještenika prema građanima i drugim strankama.

kvim zakonima, a spadaju u skupine poslova samoupravnog djelokruga kako su određene čl. 134 Ustava ili čl. 19. ZLPRS trebalo smatrati poslovima samoupravnog djelokruga, koji, prema Ustavu, podliježe samo nadzoru ustavnosti i zakonitosti. Područja koja nisu obuhvaćena čl. 19 ZLPRS, a u kojima pojedine ovlasti imaju i lokalne jedinice, ne treba a priori shvatiti kao poslove koji spadaju u državni djelokrug, jer se u čl. 19. poslovi navode primjerice, stoga lista nije iscrpna. U skladu s presumpcijom lokalnosti poslova koja se izvlači iz doktrinarnog tumačenja načela supsidijarnosti i opće klauzule, takve bi slučajeve trebalo tretirati kao dio samoupravnog lokalnog djelokruga¹². Većina ovlasti lokalnih jedinica koje predviđa posebno zakonodavstvo spada u obligatorni samoupravni djelokrug te je njihovom brojnošću, ali i parcijalnošću, jako smanjena mogućnost širenja fakultativnog djelokruga kojeg zakoni obično smatraju načinom na koji će se postavljeni standardi reguliranih javnih službi eventualno podići inicijativom pojedinih lokalnih jedinica, a u skladu s njihovim mogućnostima. Paradoksalno je da obligatorni dio djelokruga koji to zapravo i nije sputava širenje lokalne autonomije kroz fakultativne aktivnosti. Rijetko se predviđaju sankcije za neobavljanje poslova iz obligatornog djelokruga¹³ tako da ništa ne sili jedinice da ojačaju svoje kapacitete i prihvate dodijeljene im poslove. Poslovi se dodjeljuju lokalnim jedinicama po inerciji i 'reda radi' iako ne postoji razlog zbog kojeg manje važne i izvršne poslove u spomenutim sektorima ne bi mogli obavljati i uredi državne uprave u županijama, čak bolje i efikasnije.

Supsidijarnost, cjelovitost i potpunost lokalnih ovlasti

U službama kao što su zdravstvo, obrazovanje, socijalna skrb i vatrogastvo, ovlasti su lokalnih jedinica mahom provedbene, tehničke i pomoćne u odnosu na ovlasti središnjih tijela državne uprave. Zakonodavac nije vodio računa o načelu

¹² Zakon o vodama, Zakon o poljoprivrednom zemljištu, Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama, Zakon o ugostiteljskoj djelatnosti, Zakon o zaštiti i spašavanju dodjeljuju brojne ovlasti lokalnim i područnim jedinicama koje, strogo gledano, ne spadaju u enumeraciju čl. 19. Zakona o lokalnoj i područnoj (samoupravi).

¹³ Suprotan, ali u praksi neprovediv, primjer nalazimo u Zakonu o komunalnom gospodarstvu (čl. 4., st. 5): Ukoliko jedinica lokalne samouprave nije organizirala trajno i kvalitetno obavljanje pojedinih komunalnih djelatnosti... županija na čijem se području nalazi jedinica lokalne samouprave organizirat će obavljanje pojedine ili sviju komunalnih djelatnosti... na teret jedinica lokalne samouprave. Za pretpostaviti je da jedinica nije organizirala navedene djelatnosti zbog nedostatka sredstava te nije jasno odakle će namaknuti sredstva za županiju.

supsidijarnosti te je mnoge ovlasti pridržao tijelima državne uprave, iako bi ih lokalne i područne jedinice bile sposobne obavljati ekonomičnije i kvalitetnije. Analiza relevantnih zakona dokazuje iznesenu tvrdnju¹⁴. Prema Zakonu o odgoju i obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi ured državne uprave u županiji ili nadležni ministar donose plan upisa djece u osnovnu školu, odlučuje o prijevremenom upisu ili odgodi upisa u prvi razred osnovne škole, daje suglasnost za ustrojenje posebnog razrednog odjela za djecu s posebnim potrebama, odobrava nastavu u kući, odnosno zdravstvenoj ustanovi, utvrđuje broj razrednih odjela u osnovnim školama, odlučuje o broju učenika u razrednom odjelu srednje škole, donosi program za darovite učenike itd. Izneseni primjeri su samo mali dio sličnih ovlasti, koje su po inerciji ili namjerno zadržane u djelokrugu tijela državne uprave. Ovlasti jedinica lokalne i područne samouprave prema navedenom zakonu su sljedeće: izrada plana aktivnosti i osiguravanje uvjeta za njihovu realizaciju u vrijeme učeničkih odmora, osiguranje prijevoza učenika u školu, financira smještaj i prehranu učenika u učeničkim domovima, financira naknade za prijevoz na posao i s posla radnicima srednjoškolskih ustanova, kao i rashode za materijalne troškove i održavanje zgrada.

Mogućnost strateškog planiranja lokalnih javnih službi značajno je sužena mnogim zakonskim odredbama koje predviđaju prethodnu suglasnost ili naknadno odobrenje središnjih državnih tijela i/ili njihovih čelnika. Takve odredbe na neki način krše i načelo da se ovlasti lokalnim jedinicama mogu dodjeljivati samo zakonom. Ovlast dodijeljena zakonom ne bi smjela ovisiti o nahodaženju izvršne vlasti, odnosno aktu volje čelnika tijela državne uprave.

Prema Zakonu o socijalnoj skrbi traži se odobrenje nadležnog ministarstva za osnivanje doma socijalne skrbi (čl. 96). Zakon o vatrogastvu u čl. 14 propisuje suglasnost MUP-a za osnivanje profesionalne vatrogasne postrojbe u gospodarstvu. Prije osnivanja školske ustanove, osnivač (jedinica lokalne ili područne samouprave) dužan je pribaviti pozitivno mišljenje nadležnog ministarstva o opravdanosti osnivanja školske ustanove (čl. 90 Zakona o odgoju i obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi). Članci 97. i 98. Zakona o prostornom uređenju i gradnji zahtijevaju suglasnost nadležnog ministarstva na prostorne planove županija i Grada Zagreba te suglasnot župana na protorne planove općina i gradova. Ipak, propisuje se i obveza obrazlaganja, odnosno navođenja razloga neizdavanja suglasnosti. Sukladno čl. 15. Zakona o predškolskom odgoju i naobrazbi, dječji vr-

¹⁴ Ne problematizira se pravo državnih političkih i upravnih tijela da propisivanjem standarda i uvjeta obavljanja analiziranih društvenih službi osiguravaju građanima prava na jednak pristup i standard konkretne javne službe; upozorava se na ovlasti koje, mimo toga, i dalje pripadaju državnoj upravi, iako bi ih lokalne jedinice obavljale u skladu s lokalnim prilikama i bliže građanima, daleko u skladu s načelom supsidijarnosti.

tići ne mogu realizirati nijedan svoj odgojno-obrazovni program bez suglasnosti nadležnog ministarstva¹⁵. Zakon o športu u člancima 66. i 68. propisuje prethodno mišljenje odnosno suglasnost ministarstva prije izdavanja lokacijske dozvole za športsku građevinu (66.) te za prenamjenu površine na kojoj je planirana športska građevina (68). Odluka o prestanku i statusnim promjenama muzeja kojem su osnivači gradovi i općine može se donijeti samo uz prethodnu suglasnost ministra kulture (Zakon o muzejima, čl. 20).

Prema Zakonu o vodama opseg korištenja vodnog dobra za odmor i rekreaciju određuje nadležno tijelo jedinice lokalne samouprave, ali uz prethodnu suglasnost Hrvatskih voda (čl. 17). Također, Hrvatske vode daju prethodno mišljenje odluci predstavničkog tijela jedinice lokalne samouprave o odvodnji otpadnih voda (čl. 67) te odluci o općem režimu korištenja voda (čl. 78). Ministarstvo nadležno za poljoprivredu daje suglasnost na programe raspolaganja poljoprivrednim zemljištem u državnom vlasništvu koje donose jedinice lokalne samouprave te na odluke o prodaji i zakupu tog istog zemljišta (članci 30. i 32. Zakona o poljoprivredi). Ni u jednom analiziranom zakonu, prethodna suglasnost ili mišljenje ne predstavlja pravno vezani akt, to jest ne postoje kriteriji prema kojima bi takvi akti trebali biti dati ili odbijeni. Ne propisuje se ni obveza obrazlaganja davanja ili odbijanja suglasnosti. Sve to upućuje na tumačenje po kojem traženje suglasnosti predstavlja značajno ograničenje lokalnim jedinicama u vršenju njihovih zakonskih ovlasti i politizaciju centralno-lokalnih odnosa.

Primjetna je tendencija tehničkog prijenosa ovlasti lokalnim jedinicama isključivo radi obavljanja (i financiranja) istih, a da pri tome izostaje prijenos bitnih ingerencija u odlučivanju. Poslovi su često nabrojani samo tamo gdje se govori o financiranju, odnosno obvezi jedinica da za nešto osiguraju sredstva u svom proračunu. Na takve odredbe nailazimo primjerice u Zakonu o odgoju i obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi¹⁶, Zakonu o športu (čl. 46), Zakonu o vatrogastvu (čl. 43). Upitno je može li se uopće govoriti o ovlastima lokalnih jedinica odnosno širenju njihovog djelokruga u područjima u kojima ih zakoni obvezuju samo na financiranje određenih izdataka, a bez ikakvih ovlasti u odlučivanju. Tu se događa

¹⁵ Radi se o zaista benignim, i po centralnu razinu 'nezanimljivim' programima: programima rada s darovitim djecom, programi prehrane, zdravstvene zaštite i socijalne skrbi, itd.

¹⁶ U članku 143. jedinica lokalne samouprave dužna je u svom proračunu osigurati sredstva, bez obzira je li osnivač Republika Hrvatska ili ta jedinica, za sljedeće aktivnosti: prijevoz učenika osnovnih škola, smještaj i prehranu učenika u učeničkim domovima, nadoknaditi troškove prijevoza na posao i s posla radnicima srednjoškolskih ustanova, materijalne i financijske rashode škola koji obuhvaćaju i rashode za materijal, dijelove i usluge tekućeg i investicijskog održavanja, rashode za izgradnju, dogradnju i rekonstrukciju školskog prostora te opremanje školskih ustanova prema standardima i normativima koje propisuje ministar, a u skladu s državnim pedagoškim standardima.

decentralizacija obveza odnosno tereta, a ne decentralizacija javnih poslova, odnosno ovlasti.

Svim se posebnim zakonima derogiraju odredbe Povelje koje postuliraju da lokalne jedinice uz vlastitu odgovornost, uređuju i upravljaju *bitnim* dijelom javnih poslova (čl. 3, st. 1) te da nadležnosti povjerene lokalnim jedinicama moraju, u pravilu, biti potpune i cjelovite, dakle uključivati sve dimenzije neke javne funkcije: planiranje, regulaciju, obavljanje, financiranje i nadzor. Takve ovlasti potvrđuju jedinice lokalne samouprave kao doista *političke* teritorijalne jedinice, a ne samo, ili pretežito upravne.

Velika većina lokalnih jedinica ne može preuzeti obavljanje decentraliziranih funkcija u područjima zdravstva, obrazovanja i socijalne skrbi i vatrogastva¹⁷. Tim se promjenama prvenstveno izvršila decentralizacija nekih ovlasti i dužnosti na županijsku razinu. Iako je propisima o financiranju lokalne samouprave i pojedinim poreznim zakonima izvršena i preraspodjela sredstava potrebnih za obavljanje decentraliziranih djelatnosti, u praksi se pokazalo da je ona nedostatna. Unatoč upozorenjima iz stručnih i znanstvenih krugova pa i samih lokalnih jedinica te njihovih udruženja, funkcionalna decentralizacija se i dalje provodi uniformno.

Politika decentralizacije i kapaciteti jedinica lokalne samouprave

Dimenzioniranje djelokruga lokalne samouprave u Hrvatskoj nije bilo dijelom neke smišljene sekvencijalne politike ili strategije. Na valu političkih promjena s početka stoljeća, propuštena je prilika da se utemelji snažna decentralizacijska orijentacija političko-upravnog sustava. Decentralizacija se otada provodi na načelnoj i općenitoj razini; usklađujući opće zakonodavstvo s relevantnim međunarodnim dokumentima i donošenjem kvazistrategijskih dokumenata decentralizacije (Okvirni program decentralizacije Vlade Republike Hrvatske iz 2004¹⁸, kao

¹⁷ U skladu s proklamiranom politikom decentralizacije, koalicijska Vlada je 2001. pripremila paket zakonskih promjena kojima je decentralizirala niz ovlasti na spomenutim područjima. Većinom se radilo o prenošenju osnivačkih prava i obveza ustanova koje obavljaju te djelatnosti, decentralizaciji financiranja materijalne infrastrukture i tekućeg održavanja te investicijskom ulaganju. Prema podacima Ministarstva financija samo su 53 jedinice preuzele financiranje decentraliziranih djelatnosti (33 grada i 20 županija) u područjima obrazovanja, zdravstva i socijalne skrbi. Ukupno je 126 općina i gradova utemeljilo vatrogastvo koje i financiraju.

¹⁸ Okvirni program decentralizacije je na temelju resorne analize konkretnih funkcija predložio decentralizaciju (pretežito se radilo o dekoncentraciji) preko 100 različitih ovlasti lokalnim i

primjer). Izostaje ili kasni konkretiziranje takvih planova kroz izmjenu potrebnog zakonodavstva te kroz pripremu lokalnih jedinica da decentralizirane funkcije doista i preuzmu¹⁹. Oživotvorenje načela supsidijarnosti u praksi nužno ovisi o stvarnoj volji države da političku vlast doista i podijeli s nižim razinama, ali i o spremnosti lokalnih jedinica da preuzmu veću odgovornost u zadovoljavanju javnog interesa. Načelo solidarnosti stoga, mora biti nužni suplement supsidijarnosti: država mora kontinuirano jačati kapacitete nižih teritorijalnih razina da bi se javni poslovi i odgovornost za njih doista mogli 'spustiti' bliže građanima. Jačanje kapaciteta ne obuhvaća samo, a čini se ni pretežito, jačanje financijskog (fiskalnog) položaja nižih razina, iako ni to nije manje važno. Ono podrazumijeva kontinuiranu brigu za profesionalizaciju lokalnog službeničkog osoblja te uvođenje modernih upravljačkih tehnika i alata. Ono zasigurno znači i konsolidaciju, odnosno horizontalnu integraciju sustava lokalne samouprave, bilo stvaranjem većih lokalnih jedinica, bilo poticanjem njihovog dobrovoljnog horizontalnog funkcionalnog povezivanja. Upravo su ta pitanja organski povezana sa samim procesom decentralizacije, jer je za nju nužno ustrojiti snažan sustav lokalne samouprave. Nepovezano reguliranje različitih aspekata lokalne samouprave samo povećava ionako složenu sliku centralno-lokalnih odnosa. U tom smjeru je išlo i uvođenje neposrednog izbora lokalnih izvršnih čelnika i prijelaz sa odborskog tipa izvršnog sloja (poglavarstvo) na monokratski tip (načelnik, odnosno gradonačelnik). To je pitanje zaokupiralo posljednjih godina velik dio znanstvene, stručne i političke javnosti, ostavivši marginalizirano pitanje jačanja lokalnih kapaciteta.

Pojedine se ovlasti dodjeljuju svim jedinicama jednako, ma kolika bila stvarna razlika u njihovim veličinama te u financijskom i upravnom kapacitetu. Uvođenje kategorije velikih gradova u ZLPRS donekle je omogućilo diferencijalan, odnosno selektivan prijenos ovlasti, no i dalje se zanemaruju razlike koje postoje između jedinica koje ne pripadaju toj kategoriji, a kojih je oko 520. Ipak, stvarna slika je nešto drugačija. U decentralizacijskom paketu iz 2001. u područjima socijalne skrbi, školstva i vatrogastva bilo je predviđeno da se određeni poslovi i financiranje istih prenese na sve jedinice lokalne samouprave. Nijedna zakon-

područnim jedinicama. Za to je bilo potrebno izmijeniti i dopuniti četrdesetak zakona i podzakonskih akata. U smislu predloženih promjena, do danas ih je izmijenjeno manje od 10 i to uglavnom nebitnih stvari.

¹⁹ Poslovi izdavanja građevinskih dozvola, provedba dokumenata prostornog uređenja te uređenja javnih cesta koji su ZLP(R)S-om 2005 preneseni županijama i velikim gradovima zahtijevali su i izmjene posebnih zakona koji reguliraju te djelatnosti te su ih nadležne jedinice mogle početi doista i obavljati tek kad su se relevantni zakoni u tom smislu izmijenili: Zakon o prostornom uređenju i gradnji 2007, Zakon o javnim cestama unatoč brojnim izmjenama i dopunama još se nije uskladio sa ZLP(R)S-om te veliki gradovi još ne mogu uređivati javne ceste na svom području.

ska odredba ne razlikuje lokalne jedinice niti određuje kriterije prema kojima će neke preuzeti te poslove, a neke ne. Taj je zakon derogiran podzakonskim aktima (Uredba Vlade²⁰) koji su uređivali kriterije za izračun povećanog udjela u porezu na dohodak, a na koji pravo imaju jedinice koje su obavljanje decentraliziranih funkcija preuzele.

Građenje i održavanje kapitalnih infrastrukturnih objekata, bez kojih je nezamisliv lokalni gospodarski rast, se ne može financirati iz ograničenih poreznih i neporeznih prihoda. Bajo i Bronić²¹ smatraju da su tom položaju sve lokalne jedinice koje imaju bruto dohodak po stanovniku manji od 75% prosjeka svih općina i gradova, a kojih je oko 30%. Dug period centralizacije i sveopćeg državnog nadzora je onemogućio lokalne jedinice da osvijeste u kakvom se kompetitivnom okruženju nalaze te da, u skladu s tim, prilagode svoju teritorijalnu i organizacijsku strukturu tim izazovima. Ovisnost o središnjoj državi je djelovala nepoticažno na razvijanje strateškog razmišljanja na načelnoj, a na financijske i personalne kapacitete na konkretnoj razini²².

Slab financijski kapacitet lokalnih jedinica jedan je od faktora uskog samoupravnog djelokruga. Unatoč čestim promjenama u fiskalnoj politici spram lokalnih jedinica, kompleksom sustavu državnih potpora i pomoći te mjerama financijskog izravnjanja, udio prihoda lokalnih proračuna u ukupnom domaćem bruto društvenom proizvodu nije prešao 7% nijednom od 1993²³. Nedostatnost vlastitih prihoda te ovisnost o državnoj pomoći koja uvijek intenzivira neizvjesnost, faktori su koji u velikoj mjeri priječe obavljanje obligatornih lokalnih poslova, a potpuno onemogućuju fakultativno širenje samoupravnog djelokruga te srednjoročno i dugoročno planiranje lokalnih javnih službi. Notorno je da nedostatak političke volje za obuhvatnijom decentralizacijom javnih poslova presudno utječe na obuhvat djelokruga jedinica lokalne samouprave. Navedena se konstatacija ne odnosi samo na političke aktere na nacionalnoj razini, nego, kako je već spomenuto, i na mnoge lokalne igrače u malim jedinicama. Upravo se izostanak mjera solidarnosti s nacionalne razine čini glavnim uzrokom relativne pasivnosti i nevoljkosti većine lokalnih jedinica prema daljnjoj funkcionalnoj decentralizaciji. U tom smislu valja reći

²⁰ Uredba o načinu izračuna iznosa potpora izravnjanja za decentralizirane funkcije... (NN 75/01). U njoj se prvi put navode gradovi koji su ih preuzeli stupanjem na snagu navedenih zakona, a dva mjeseca prije stupanja na snagu ove uredbe.

²¹ Bajo, A., Bronić, M. (2007): Mogu li sve općine i gradovi u Hrvatskoj pružati adekvatne javne usluge? Newsletter – povremeno glasilo Instituta za javne financije, broj 30 (2007).

²² Rogić-Lugarić, Tereza (2005): Normativna decentralizacija u Hrvatskoj i njezine granice. Društvena istraživanja 14(2005) 6, 1175-1198.

²³ Podaci iz serije Godišnjaka Ministarstva financija Republike Hrvatske.

kako decentralizacijska politika koju ne podržava većina jedinica lokalne samouprave ima jako male šanse za uspjeh. Analizirano zakonodavstvo samo je pravni izričaj maćehinskog odnosa koji država gaji prema lokalnoj samoupravi, smatrajući vertikalnu distribuciju ovlasti kao neku vrstu igre s nultim ishodom, gdje nužno postoje gubitnici i dobitnici. Mišljenja smo da bi ojačani lokalni institucionalni kapacitet za rješavanje javnih problema doprinio boljem funkcioniranju čitavog upravno-političkog sustava jer bi se država mogla skoncentrirati na temeljne funkcije imanentne suvremenoj državi, a ne trošiti svoje kapacitete na nadzor i supstituiranje jedinica lokalne samouprave. Teritorijalna konsolidacija nema realnog uporišta s obzirom na recentno osnažen politički legitimitet jedinica lokalne samouprave (uvođenje neposrednog izbora inokosnog izvršnog funkcionara). Inicijative s lokalne razine za daljnjom decentralizacijom su sporadične i nesustavne. Javni istupi i javne rasprave se u velikoj mjeri svode na pitanja financiranja decentraliziranih funkcija, povećanja udjela lokalnih jedinica u ovom ili onom porezu. Stav je ovog autora da je velika većina lokalnih jedinica zadovoljna s opsegom svojih ovlasti sve dok država osigurava dovoljno sredstava da se one i izvrše. Decentralizacija odgovornosti i opće regulacije u nekim sektorima ne dolazi na dnevni red. Mnoge neusklađenosti regulacije lokalnog djelokruga u posebnim zakonima, sa općim zakonodavstvom ili Ustavom i Poveljom nikad nisu bile predmet ocjene ustavnosti pred Ustavnim Sudom Republike Hrvatske.

Iznimku donekle predstavlja aktivnost Udruge gradova²⁴, koji su, razumljivo, glavni proponenti decentralizacije. Ta je udruga donekle prepoznata kao nezaobilazan partner državnim tijelima u procesu pripreme ili implementacije zakonodavstva koje se odnosi na lokalnu samoupravu. Udruga je pripremila i nekoliko nacрта propisa i niz amandmana na prijedloge propisa u zakonodavnoj proceduri. Ipak, rijetki od njih su usvojeni. Udruge lokalnih jedinica se moraju profilirati u obvezatne konzultante u procesu pripremanja zakona koji se direktno ili indirektno odnose na sustav lokalne samouprave.

Prošle je godine Vlada usvojila dokument naziva "*Smjernice i načela za funkcionalnu decentralizaciju i teritorijalni preustroj*". Dokument je shvaćen kao startni impuls nizu aktivnosti koje će rezultirati strategijom reforme lokalne samouprave. Po prvi put su u jednom dokumentu objedinjeni svi aspekti lokalne samouprave u koje se dosada zahvaćalo odvojeno i nekoherentno. Određen je i okvirni plan aktivnosti potrebnih za funkcionalnu decentralizaciju i teritorijalni preustroj. Još nema službenih podataka o provedenim i pripremljenim aktivnostima ni o radu Povjerenstva koje je Vlada imenovala. Vremenski, plan aktivnosti zahvaća i u mandat neke buduće Vlade te ostaje vidjeti u kolikoj mjeri će se reformske aktiv-

²⁴ <http://udruga-gradova.hr/Default.aspx>.

nosti nastaviti i nakon parlamentarnih izbora. Potrebno je napomenuti da se i moderne decentralizacijske reforme sve više odvijaju u skladu s načelom supsidijarnosti tako da se jedinice lokalne samouprave kooptiraju u formuliranje rješenja na ravnopravnoj osnovi.²⁵

ZAKLJUČAK

Analiza djelokruga jedinica lokalne samouprave u republici Hrvatskoj dopušta nam da argumentirano utemeljimo zaključne napomene. Primjetna je osjetna razlika između deklarativnog prihvaćanja suvremenih postulata o lokalnoj samoupravi i decentralizaciji s jedne, te zakonodavne i ine prakse s druge strane. Mnogim su posebnim zakonima, implicitno ili eksplicitno, derogirana načela sadržana u Povelji ili u Ustavu.

Može se zaključiti kako još uvijek u javnom diskursu prevladava shvaćanje lokalne samouprave kao produžene ruke centralnih tijela i izvršnog mehanizma državnih javnih politika. Proces decentralizacije koji je otpočeo 2000. godine ustavnim promjenama nije daleko odmakao. Čini se kako se decentralizacija u Hrvatskoj još uvijek shvaća kao dekoncentracija izvršavanja i financiranja nekih lokalnih poslova, a ne kao prenošenje regulatornih ovlasti i odgovornosti za pojedine javne poslove.

U nedostatku obuhvatne i široko prihvaćene decentralizacijske strategije, svi su zahvati u djelokrug lokalnih poslova rađeni nesustavno i sporadično, tako da su ovlasti lokalnih jedinica mnogobrojne, ali razasute u brojnim propisima i pretežitom izvršne i tehničke te parcijalne i necjelovite. Uniformnost regulacije djelokruga u općem zakonodavstvu (uz iznimku velikih gradova) donekle skriva činjenicu da se lokalne jedinice drastično razlikuju, kako po svojim ovlastima iz posebnog zakonodavstva, tako i po stvarnom kapacitetu obavljanja lokalnih poslova, stavljajući građane u nejednak položaj. Smatramo kako bi daljnji koraci u funkcionalnoj decentralizaciji trebali uslijediti nakon čvrstog definiranja standarda lokalnih službi, to je propisivanja obligatornog djelokruga te posljedica njegovom neobavljanja. Sve posebne zakone treba uskladiti s načelom supsidijarnosti i općom klauzulom tako da ne idu u nepotrebne detalje enumeriranja svih aktivnosti lokalnih jedinica jer tako razvijamo lokalnu samoupravu koja je pasivna i reaktivna.

²⁵ To se posebice odnosi na reforme teritorijalnog ustrojstva lokalne ili regionalne samouprave. Recentna konsolidacija nižih razina vlasti u Danskoj je najbolji primjer. Više o tome vidi u: Swianiewicz: *Territorial Consolidation Reforms in Europe* (2010) LGI, Budapest.

Mišljenja smo kako je buduća decentralizacija, koja će poštovati najviše pravne i političke vrijednosti, moguća samo u redefiniranom teritorijalnom okviru uz manji broj lokalnih jedinica te uz njihovu intenzivniju i poticanu funkcionalnu suradnju.

MIHOVIL ŠKARICA, LL.M

Assistant, Faculty of Law, University of Zagreb

FUNCTIONS OF LOCAL SELF-GOVERNMENT IN CROATIA
IN THE CONTEXT OF DECENTRALIZATION REFORMS AND
THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY

Summary

This paper analyzes the scope of competences of self-government units at the local level in Croatia. In the first part, author presents the theoretical framework of the analysis: modern roles of local self-government, process of harmonization of local affairs inspired primarily by the relevant principles of the European Charter of Local Self-Government: subsidiarity, substantial share of public affairs and fullness and exclusiveness of local competences. Main body of the article contains chronological and institutional analysis of the decentralization process in Croatia in the last decade. The present state of distribution of public competences among different territorial levels is presented and analyzed, according to general and special (sectoral) legislation. This part of the paper identifies main discrepancies and inconsistencies between general principles embedded in Constitution and ECLSG and special legislation that determines competences of local units. Constitutionality and legality of some provisions is examined as well. Final part of the paper tries to find main reasons for lagging decentralization in Croatia, although politicians repeatedly proclaim their devotion to decentralization issuing different strategies or decentralization plans.

TREĆA KATEDRA

**PRAVO
NA IMOVINU**

**Kodifikacije – Svojina – Ugovor i odgovornost za štetu
– Porezi**

GALE GALEV,
JADRANKA DABOVIĆ-ANASTASOVSKA,
NEDA ZDRAVEVA
NENAD GAVRILOVIĆ

**PREDMET I METOD GRAĐANSKOG PRAVA
KAO OSNOVNE DETERMINANTE I VODILJE
U PRIPREMI I IZRADI GRAĐANSKOG ZAKONIKA
REPUBLIKE MAKEDONIJE**

I

Vlada Republike Makedonije je na 28.12.2010. godine donela odluku sa kojom je formirana Komisija za pripremu Građanskog zakonika Republike Makedonije.¹ Komisija je održala svoju prvu svečanu sednicu 29.04.2011. godine čime je formalno počela rad na stvaranju makedonske kodifikacije građanskog prava. Činu početka bilo kakvog posla uvek prethodi odgovor na pitanje: *Zašto je ovaj posao potreban?* U tom kontekstu, i pre donošenja Odluke o kodifikaciji Makedonskog građanskog prava, se postavilo pitanje: *Zašto je Republici Makedoniji potrebno donošenje Građanskog zakonika?* Odgovor na ovo pitanje je višekratan:

Dr Gale Galev, profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju.

Dr Jadranka Dabović-Anastasovska, profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju.

Mr Neda Zdraveva, asistent Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju.

Mr Nenad Gavrilović, asistent Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju.

¹ Odluka za formiranje na Komisija za izgotvuvanje na Građanski zakonik na Republika Makedonija ("Služben vesnik na Republika Makedonija", br. 4/2011).

(1) Makedonija, kao deo kontinentalnog evropskog prostora, civilizacijski i kulturno pripada upravo tom delu. Odatle, ako je na tom prostoru, od davnina do današnjih dana, pravo ostavilo i ostavlja duboke tragove, koji, rekli bismo, imaju planetarnu vrednost i uticaj na ukupan njegov razvoj, onda, po ugledu na druge evropske zemlje, treba biti više od obaveze da i *Republika Makedonija izvrši kodifikaciju svog građanskog prava*.

(2) U kontekstu gore izloženog, zaslužuje da bude naglašena i činjenica da je još pre Hrista rimsko pravo bilo primenjivano na makedonskim prostorima, i nekoliko vekova posle Hrista, prvo kao rimsko, a onda kao vizantijsko pravo. Ovo poslednje se posebno odnosi na *Justinijanovu kodifikaciju* (donesenu u periodu 528-534), poznata više kao *Corpus iuris civilis*. Ovo nije moglo ostati bez uticaja u takozvanom rano i ranorazvijenom feudalizmu. Poznato je da je Makedonija u ovom relativno dugačkom periodu, osim u vreme Samoilovog carstva, više puta promenila gospodara: Vizantija, Bugarska i Srbija. U okvirima njihove političke vlasti, kada je reč o pravu, zaslužuje da se istakne da su pored čisto vizantijskog prava, (*Ekloga* od 726, *Zakon o poljoprivredi*, krajem 7. i početkom 8. veka, *Sintagma* i dr.) nastali i prvi slovenski pisani pravni akti, kao što su: *slovenski Ekloga, Zakon o poljoprivredi i Sintagma*, doneti na primeru pomenutih vizantijskih pravnih akata (u srednjovekovnoj Srbiji, svi ovi su u vidu kompilacije sačinjavali *Zakon Konstantina Justinijana*, koji je kasnije pridodan *Dušanovom zakoniku*, donetom u Skoplju (1349) i dopunjenom u Seresu (1354). Ali posebno treba napomenuti da je prvi slovenski originalni zakon, pod naslovom *Zakon sudnim ljudem (Zakon za suđenje ljudima)*, bio je donesen upravo u Makedoniji, u vreme *Bregalnčke misije solunske braće Ćirila i Metodija* (845-855). To je ta tradicija što podstiče, ali istovremeno i obavezuje, današnju generaciju samostalne i suverene Makedonije da takođe da svoj doprinos izgradnji prava, a u tom kontekstu i makedonskog građanskog prava, kao jednog od glavnih stubova celokupnog pravnog sistema i pravnog poretka.

(3) Obaveza više da se pristupi kodifikaciji našeg građanskog prava, gledano sa aspekta *današnjih potreba i globalnih procesa*, u čijem okviru ulazi naša predstojeća integracija u Evropsku uniju, je to što *ove potrebe i procesi zahtevaju izgradnju modernog pravnog sistema i poretka koji bi bio saobrazan, a samim tim i kompatibilan (od načelnog, preko institutskog, pa do sadržajnog nivoa), sa sistemom Evropske unije i država članica Unije, ali i šire*.

(4) Čak i kad ne bi postojala ova potreba, više nego potrebno je da se što pre pristupi unutrašnjoj harmonizaciji našeg prava. Utoliko više što se u njemu još uvek prepoznaju *recidivi bivšeg jugoslovenskog prava, koje je saglasno Ustavnim zakonom za sprovođenje Ustava iz 1991. bilo prihvaćeno da se primenjuje kao republičko*. To jedno, i drugo, nakon osamostaljivanja Republike Makedonije (1991),

prihvatajući u osnovi *parcijalan pristup* u izgradnji pravnog sistema, a da prethodno opšta (sistemska) pitanja nisu uređena na nekom načelnom nivou, danas smo svedoci *mnoštvu parcijalnih zakona i kojima su često pomešani opšte i posebno*, što svakako njihovu primenu čini teškom i problematičnom. I ne samo to, nepostojanje jasno definisanog pristupa u uređenju pravnog sistema je dovelo do drugih brojnih nedoslednosti koje se provlače u našem aktuelnom zakonodavstvu. Nedoslednosti koje bi posebno izdvojili su: lako i prečesto *izmenjivanje i dopunjavanje zakona*; uređivanje *podzakonskim aktima pitanja koja po materiji mogu da budu uređena samo zakonom* (tipičan primer takvih propisa su uredbe o prodaji izgrađenog i neizgrađenog građevinskog zemljišta); *postojanje kontradiktornosti između pravnih rešenja iz dva ili više zakona koji uređuju isto ili slično pravno pitanje* (na primer, pitanje povezano sa formom ugovora i posledice u slučaju nepoštovanja forme (*Zakon o obligacionim odnosima*² nasuprot *Zakona o notarijatu*³); ili pitanja u vezi sa zastupanjem (*Zakon o obligacionim odnosima, Zakon o privrednim društvima*⁴, *Zakon o parničnom postupku*⁵); uređivanje istih građansko pravnih odnosa u više zakona, bez vođenja računa o opštoj uređenosti tog odnosa (takav slučaj predstavlja, na primer, ugovor o dugotrajnom *zakupu*, koji je uređen *Zakonom o građevinskom zemljištu*,⁶ *Zakon o poljoprivrednom zemljištu*,⁷ itd, nasuprot *Zakonu o obligacionim odnosima u kojim je uređen opšti tip ugovora o zakupu*, čiju modifikaciju predstavlja spomenuti ugovor o dugoročnom zakupu), i sl.

Gore izneseno se poklapa i sa stanovištima Vlade, koja su izrasla do nivoa njene utvrđene politike, da je potrebno da se u Republici Makedoniji sprovede takozvana *“giljotina u pravnom sistemu Republika Makedonija”*, kao što je opisno Vlada formulirala ovu svoju politiku. Ona bi prihvaćanjem projekta o kodifikaciji građanskog prava, direktno ili indirektno, sigurno obuhvatila ne manje od stotinu pravnih propisa (zakona i podzakonskih akata).

² Zakon za obligacionite odnosi (“Služben vesnik na Republika Makedonija”, br. 18/2001; 4/2002; 5/2003; 84/2008; 81/2009 i 161/2009).

³ Zakon za notarijatot (“Služben vesnik na Republika Makedonija”, br. 55/2007; 86/2008 i 139/2009).

⁴ Zakon za trgovskite društva (“Služben vesnik na Republika Makedonija”, br. 28/2004, 84/2005; 25/2007; 87/2008; 42/2010; 48/2010 i 24/2011).

⁵ Zakon za parničnata postupka (“Služben vesnik na Republika Makedonija”, br. 79/2005; 110/2008; 83/2009 i 116/2010).

⁶ Zakon za gradežnoto zemjište (“Služben vesnik na Republika Makedonija”, br. 17/2011 i 53/2011).

⁷ Zakon za zemjodelskoto zemjište (“Služben vesnik na Republika Makedonija”, br. 135/2007, 17/2008; 18/2011 i 42/2011).

(5) Kodificiranje građanskog prava, sa svoje strane, ne samo što će pomoći izgradnji i stabilizaciji građansko pravne materije već će, sa svoje strane, kao jedan od nosećih stubova pravnog sistema i poretka u zemlji, istovremeno imati i svoj pozitivan uticaj na izgradnju ostalih delova ovog sistema i poretka. U tom smislu, dobro odabrana i pravno uređena materija iz domena građanskog prava će sprečiti da određene sadržine budu nekritički pravno prenesena i uređivane u drugim pravnim područjima, iako prema svojoj pravnoj prirodi pripadaju civilno pravnoj oblasti. Takođe, i obrnuto, da sadržine tih područja budu inkorporirane u civilnom pravu.

(6) S obzirom na nivo ugrađenog znanja i iskustva (domaćeg i komparativnog, teorijskog i praktičnog) u Građanski zakonik, ne treba da bude sporno da će on doprineti *jačanju pravne sigurnosti*, i to ne samo u domenu privatno pravne sfere, koja je alfa i omega u svakoj tržišno orijentisanoj društveno-političkoj zajednici, nego takođe i u ostalim domenima društvenog života.

(7) U svakom slučaju, jedna od posebno značajnih vrednosti kodifikacije, shvaćena kao završen pravni čin (čime i završava ovaj kratki uvod), pored njene civilizacijske vrednosti koja je *tesno povezana sa samim suverenitetom zemlje*, je i ta što će se sa njenom realizacijom verifikovati i potvrditi zrelost i *svesna težnja institucija sistema naše zemlje* (posebno Vlade, Parlamenta i sudstva, kao predstavnika izvršne, zakonodavne i sudske vlasti), usmerena u pravcu jačanja demokratije i vladavine prava i pravne države. Ovo poslednje naročito posmatrano kroz prizmu sudskih institucija koje će se najneposrednije služiti Građanskim zakonikom i primenjivati ga. Nadamo se da će se oni, imajući u rukama ovaj bespogovorno vredan i značajan Zakonik, njegovom primenom izdići na nivo drevne ali i savremene paradigme: *da se odlazak u sud, ili bolje rečeno, odlazak kod sudije, doživljava kao istinski odlazak pravdi*.

*
* *

Polazeći od gore iznesenih razloga za izradu Građanskog zakonika Makedonije, treba reći da je za njegove izrađivače, (ali ne i samo za njih) od osobitog značenja je pitanje vezano sa predmetom i metodom građanskog prava, zato što te dve komponente ovog prava, ako se tako može reći, predstavljaju osnovne determinante i vodilje bez čijeg dobrog znanja, poštovanja i pridržavanja, teško je očekivati da se dođe do uspešnog završetka rada ovog Zakonika. Zbog toga, u daljem tekstu ovog rada naš cilj biće da u potrebnoj meri izložimo pitanje o pomenutom

predmetu i o metodu, pri tom, svakako, ukazujući na njihovu esencijalnu bit, o kojoj pisci Zakonika ne trebaju ni za mah prestati voditi računa. U kontekstu ovog, zaslužuje da se kaže još i to da su ova dva obeležja osnovni markeri po kojima se ovo pravo (građansko), a još šire privatno, shvaćeno kao izvanredno značajan deo pravnog i ustavnog poretka svake zemlje, razlikuje od drugog dela istog tog pravnog sistema i poretka i to relativno veliki deo, nazvan i opšte poznat kao: javno pravo.⁸

II

Kada je reč o predmetu građanskog prava, najopštije rečeno, to su društveno-ekonomski odnosi, i to oni koji se pojavljuju kao robno-novčani odnosi. – Pri tom, u njihovim okvirima, nije sporno da se kao osnovni pojavljuju *svojinski odnosi*, ili, drugim rečima, *svojina shvaćena kao ekonomska kategorija* i iz nje izvedeni odnosi (*zaloga, službenosti, itd.*). Svojina, shvaćena kao ekonomska kategorija, predstavlja prisvajanje predmeta iz prirode i, naravno, sve ono što je rezultat (produkt) ljudskog rada, znanja, inventivnosti i iskustva. Dok smo na ovom (ekonomskom) nivou prisvajanja predmeta, imamo stanje uspostavljanja *faktičke vlasti* nad ovim predmetima od strane njihovih prisvajача čija se spoljna manifestacija ogleda u

⁸ Javno pravo, kao pandan privatnog prava, karakterišu potpuno različite vrste odnosa od onih u privatnom pravu. Naime, uprkos društveno-ekonomskim odnosima ili, tačnije, robno-novčanim odnosima i bliskim sa njima drugim vrstama imovinskih odnosa, koji predstavljaju važnu karakteristika privatnog prava i koji se pravno uređeni pojavljuju kao građansko-pravni odnosi u čijem je centru privatni interes njihovih nosioca, javno prava regulira društvene odnose kod kojih je uvek bar jedan od njihovih nosioca (subjekata) u javnoj sferi (država, lokalna samouprava, subjekt deriviran iz njih (ministarstvo, nadležni državni organ, komisija, autoritet inspekcijski organ, javno preduzeće, javna ustanova, itd.)). Ovi pravni odnosi u prvom planu, umesto privatnog, imaju javni interes. Inače, ova podela prava na privatno i na javno je poznata još od *Ulpijana (Ulpianus)*, poznatog i uglednog pravnika klasičnog rimskog prava. Po njemu: "Javno pravo je ono koje štiti interese države" ("Publicum ius quod ad statum rei romanae spectat"), a "privatno pravo je ono što štiti interese pojedinaca" ("Privatum ius est quod ad asingularum utilitatem"). S obzirom na interes koji je pod zaštitom javnog, za razliku od privatnog, prava, razumljiv je i metod koji ovo pravo koristi u regulisanju javnih-pravnih odnosa. Reč je o takozvanom *administrativno-pravnom metodu uređivanja*, čija je glavna karakteristika subordinacija ili hijerarhijska struktura (nadređenost i podređenost) subjekata u javno-pravnom odnosu. U ovim odnosima, *slobodna dispozicija, jednakost i ravnopravnost i prometljivosti prava i obaveza* (kao osnovne crte *metoda koordinacije*, koji je karakterističan za građansko-pravne odnose, i o kojima će u produžetku posebno biti reč), ukoliko ih uopšte ima, jesu krajno ograničeni i, u svojem pojavnom obliku, modificirani. Primeri takvih odnosa su: *odnosi povezani sa javnim nabavkama, odnosi nastali na osnovu koncesijskog akta, na osnovu akta za eksproprijaciju, na osnovu akta za dodeljivanje poljoprivrednog zemljišta ili građevinskog zemljišta u državnoj svojini i dugotrajni zakup*, i sl.

mogućnosti njihovih prisvajača (imalaca) da slobodno koriste te predmete i da sa njima slobodno raspolažu. Ovo znači da je samim činom slobodnog korišćenja ovih predmeta od strane prisvajača, njima omogućeno da dođu do njihove *upotrebnе vrednosti* a, preko mogućnosti da slobodno sa njima raspolažu, dođu još i do prometne (razmenske) vrednosti navedenih predmeta.

No, da bi to bilo i realno ostvarljivo, nužno se traži da se prisvajači (imaoci) ovih predmeta međusobno priznaju kao takvi. Kada ovako ustanovljena i međusobno priznata i poštovana faktička vlast prisvajača bude priznata i od države, samim tim se istovremeno pojavljuje i kao njihova *pravna vlast* na prisvojenim predmetima. U tom smislu, slobodno korišćenje i slobodno *raspolaganje* predmetima, kao ekonomske kategorije, sada postaju i *pravne kategorije*. Drugim rečima, ono što je na ekonomskom nivou značilo faktičko korišćenje sada, pravno uređeno, postaje *pravo korišćenja*, a faktičko *raspolaganje* postaje *pravo raspolaganja*. Uzeta, pak, zajedno, ova dva pravna ovlašćenja, pojavljuju se kao *pravo svojine*. Iz ovog jasno proizilazi da je svojina, kao pravna kategorija, u suštini *pravni izraz* one strane robno-novčanog odnosa koji se javlja kao njegovo *mirujuće stanje* ili *statika*. *Svojina*, shvaćena na ovaj način, zajedno sa pravima koja iz nje proizilaze,⁹ sačinjava *stvarno pravo* kao sistem normi kojima se uređuju stvarno-pravni odnosi.

Nasuprot stvarnom pravu je *obligaciono pravo* koje je, takođe, kao i svojina, pravni izraz spomenutog *robno-novčanog odnosa*, kao *ekonomska kategorija*, ali sada njegova druga strana koja se pojavljuje kao njegova *dinamika*. Ovo, zapravo, znači da obligaciono pravo reguliše *prometljivost prava i obaveze* iz obligacionih odnosa, odnosno prelazak (cirkulaciju) dobara, robe i usluga sa njihovog dotadašnjeg posednika (najčešće vlasnika) u imovinu drugog lica. Drugim rečima, to znači da je obligaciono pravo, posmatrano kroz *dinamičnu stranu robno-novčanih odnosa*, (pojednostavljeno rečeno), regulator *ekonomskog prometa*, koji se regulisan njime, po pravilu, *pretvara u pravni promet*.

Svojina i promet, međutim, kao ekonomski odnosno robno-novčani odnos, uzeti u svojoj *celini, kao statika i dinamika*, pravno uređeni javljaju se kao *građansko-pravni odnos*. Odvojeno, *svojina* se javlja kao *svojinsko-pravni odnos*, odnosno *pravo svojine* (uključujući tu i iz nje izvedene stvarno-pravne odnose - *zalogu, hipoteka, službenosti, realne terete, i sl.*), a *promet* kao *obligaciono-pravni odnos*, čiji su pravni instrument *ugovori*. Pri tome, pored prometnih odnosa, koji se kao pravno uređeni pojavljuju kao *obligacioni ugovori*, *objektivno obligaciono pravo* uređuje, još, i druge odnose, kao što su, na primer: *odnosi koji nastaju povod prouzrokovanja štete; sticanje bez osnova; posloводства bez naloga; jednostrane izjave volje*, itd.

⁹ Poznato je da, osim svojina, postoje stvarna prava koji se pojavljuju kao teret na njoj, pa se još nazivaju *strana prava na tuđim stvarima* (zaloga, službenosti, realni tereti, dugotrajni zakup, itd.).

Ovo iz razloga što i kod njih, na određeni način, postoji neka vrsta kretanja vrednosti od jednog subjekta ka drugom. Tako, kod *sticanja bez osnova* postoji prenos određene vrednosti sa vlasnika na sticaoca, s tom razlikom što sticaoc do nje dolazi bez *pravnog osnova* za to (kao na primer, *postojanje nekog ugovora, recimo, ugovor o prodaji, razmeni, i sl., zbog njegovog izvršenja ili proglašenja za ništavog, već je prestao ili uopšte nije nastao kao takav*). Pored drugih, u red ovih odnosa ulaze, još, i situacije kada neko stekne neku vrednost, bez postojanja *zakonske obaveze* lica koje je nešto izvršilo u korist sticaoca (na primer dvostruka isplata penzije, autorskog honorara, podmirenje neke vrste komunalnih usluga, itd.).¹⁰

Kod *posloводства bez naloga*, takođe, postoji promet ili prenos vrednosti: sa gospodara posla, kome je poslovođa bez ovlašćenja uradio neki posao (na primer ugasio požar koji je izbio u njegovom podrumu, ili sanirao krov kuće koji je bio odnet tokom oluje, za vreme dok je gospodar rada bio na odmoru, na primer, van mesta boravka). Prenos vrednosti se ovde sastoji u podmirivanju troškova nastalih u vezi nepozvanom radnjom u korist gospodara rada, uključujući i nagradu poslovođi, ako bude zatražena.¹¹ Međutim, kod *odnosa koji su nastali prouzrokovanjem štete* postoji kretanje vrednosti unatrag: sa počinioca štete (štetnika) na oštećenog. Vrednost koja se ovde prenosi je ili *naturalni ili novčani iznos* (poznati i kao *naturalna ili novčana restitucija*), kojim se uklanja nastala šteta i uspostavlja početno stanje u imovini oštećenog.¹²

Stvarno-pravni odnosi i obligaciono pravni odnosi, odnosno *stvarno pravo i obligaciono pravo*, posmatrani preko već izloženog, predstavljaju dve odvojene (posebne), ali u suštini bliske celine koje, uzete zajedno, čine *objektivno građansko pravo*. Pri tom, njemu kao blizak treći deo, pripada još i *nasledno pravo*. Kod njega, isto kao i kod obligacionog prava, dolazi do prenosa ekonomskih dobara, imovine i drugih vrednosti sa jedne osobe na drugu, odnosno prenos prava na ta dobra, stvari i vrednosti, ali u ovom slučaju umesto za vreme života, to se događa nakon smrti nosioca tih dobara, stvari i vrednosti ili prava. Drugim rečima, ovo pravo reguliše odnose koje nastaju nakon smrti (*mortis causa*), pomoću kojih svojina i druga građanska subjektivna prava (obligaciona prava, prava intelektualne svojine, itd.) prelaze od njihovog prethodnog nosioca (ostavioca) na njegove naslednike. U ovom slučaju imamo situaciju koja se svodi samo na promenu nosioca prava. Naime, poziciju prethodnog nosioca (ostavioca) sada zauzimaju njegovi *naslednici*, kao novi nosioci tih prava. Pravno posmatrano, to nije ništa drugo, već predstavlja neku vrstu *zakonske cesije*, a delu u kom se obaveze ostavioca takođe prenose

¹⁰ Vidi, član 201 makedonskog ZOO.

¹¹ Vidi član 212–213 makedonskog ZOO.

¹² Vidi, član 174–181, član 174 i član 191 makedonskog ZOO.

na naslednike, predstavlja *zakonsko preuzimanje duga*. Jednom rečju, ovde srećemo pravni institut *promene strana građansko-pravnog odnosa, shvaćenih kao nosioce prava i obaveza tog odnosa*.

III

Polazeći od prirode građansko-pravnih odnosa, posebno svojinsko-pravnih i obligacionih, kao pravni izraz robno-novčanih odnosa, neminovno dolazimo do drugog obeležja građanskog prava, a to je metod kojim se vrši njegovo uređenje. U slučaju je reč o takozvanom *građansko-pravnom metodu regulacije*, koji je još poznat i kao *metod koordinacije*. Karakteristične su crte ovog metoda: a) *ravnopravnost strana*; b) *sloboda inicijativa*; v) *prometljivost subjektivnih imovinskih prava i obaveza*, kao, i g) *imovinska sankcija*. Ova vrsta karakteristika, koje čine jezgro ili suštinu ove metode uređenja, nisu slučajne, već su uslovljene prirodom odnosa kojima se sa njim pravno uređuju – *robno-novčani odnosi*. *Ovi odnosi, videli smo već u prethodnoj tački*, u njihovom statičkom delu (svojina) označavaju da držalac stvari mirno i nesmetano vrši njihovo korišćenje i raspolaganje. U dinamičkom delu (promet) to označava da on može objekat prenositi drugima. Status držaoca objekta, u sferi ekonomskih odnosa, sa njihovim pravnim uređenjem, kao što smo videli, transformiše se od državinskog (mirno i nesmetano držanje objekta) u svojinski. To praktično znači da dotadašnji držalac sada postaje vlasnik objekta koji, kako je bilo rečeno, stiče dva odvojena pravna ovlašćenja: *pravo korišćenja i pravo raspolaganja*.

Raspolaganje projektovano (preneseno) na teren prometnih odnosa javlja se kao *pravo ugovaranja*. Iz ovoga postaje jasno da bi određeni subjekt, na pravnom planu, postao *jednak i ravnopravan* sa drugim u pogledu njegovog prava na korišćenje ili raspolaganje objektom koji je predmet njegovog prava svojine, on je pre toga morao da bude vlasnik tog objekta u ekonomskom smislu (da drži objekat, da ga koristi i da s njim raspolaze). Dalje, mogućnost da se drži, koristi i raspolaze objektom, na pravnom terenu, nalaže *slobodnu inicijativu (autonomiju volje)* držaoca u vezi sa ovim objektom. Ovo, drugim rečima, znači da je subjektu ostavljeno da sam odlučuje dali će sam držati i koristiti objekat, ili će njime raspolagati (pustiti u promet). Raspolaganje, kao poseban segment slobodne dispozicije, u obligacionom pravu, osobito u njegovom ugovornom delu, pojavljuje se kao *sloboda ugovaranja*.

Prometljivost subjektivnih prava i obaveza na objektu, koja je tesno povezana sa činom raspolaganja, ne bi trebalo da bude sporno da je uslovljena samim objek-

tom kao *ekonomsko dobro*. Ovo u tom smislu da ovo dobro postoji nezavisno od njegovog držaoca (odnosno od njegove ličnosti) i kao takvo omogućava da se prenosi od njega na bilo kog drugog pravnog subjekta (cirkulacija ekonomskog dobra). Mogućnost cirkulacije ekonomskog dobra, pravno izražena, nije ništa drugo nego mogućnost *prometljivosti subjektivnih prava i obaveza*, koje postoje na tom objektu.

I, na kraju, tesno povezana sa karakterom robno-novčanih odnosa je i poslednja karakteristika metoda koordinacije – *imovinska sankcija*. Ona, imajući za cilj da omogući uklanjanje štetnih posledica koje proizlaze iz neizvršenja ili nepravilnog izvršenja obaveza iz građansko-pravnih odnosa, koji su imovinske prirode, je usmerena ka *imovinu subjekta* koji je povredio ovaj odnos, a *ne na ličnost ovog subjekta*, kao što je slučaj sa krivičnim pravom. Drugim rečima, *odgovornost u oblasti građanskog prava*, za razliku od krivičnog, znači da lice koje je povredilo građansko-pravni odnos ili obavezu, po pravilu, za ovu povredu odgovara materijalno. Ovo i nije drugo već predstavlja prirodno ili vrednosno vraćanje stvari u njihov prvobitni položaj.

Kad smo kod izloženih karakteristika metoda koordinacije njih u nikom slučaju ne smemo shvatiti kao apsolutne, već suprotno tome kao *relativne*. Ovo u tom smislu da sve one, bez obzira na to u kojoj su meri determinirane prirodom predmeta kojeg uređuju, ipak to uređivanje sprovode u okviru već uspostavljenog *pravnog sistema i poretka* određene pravno-političke zajednice (u našem slučaju Republike Makedonije). Karakteristično za svaki pravni sistem i poredak je to što je on, manje ili više, *istkan određenim brojem principa ekonomske, političke, filozofske, verske, socijalne, kulturne, tradicionalne, moralne i druge prirode*. Ti principi, posmatrani optikom njihove međusobne povezanosti, sačinjavaju takozvani *javni poredak* koji u nikom slučaju ne sme biti povređen od kojeg bilo pravnog subjekta (kao učesnika u građansko-pravnom saobraćaju).

Kada je reč o javnom poretku, valja posebno pomenuti da nema kodifikacije, starijeg ili novijeg datuma koja, na jedan ili na drugi način, ne sadrži izrazni oblik kojim se upućuje i zahteva poštovanje *javnog poretka kao opšta (osnovna) granica* i čiji okvir i do čijih granica se može vršiti nesmetano uređivanje građansko-pravne materije i zasnivanje građansko-pravnih odnosa baziranih na ovo uređivanje. Tako, u vreme ranog (starog) rimskog prava, ona se izražavala preko prisustva strogog *formalizma (forma dat esse rei – forma sačinjava suštinu stvari)*. Kasnije, u vreme klasičnog prava, mesto formalizma zauzima nova granica poznata kao “*mores*” odnosno “*boni mores*”.

Napuštanjem robovlasničkog sistema i njegovom zamenom feudalizmom, na istorijskoj sceni se kao opšta granica ponovo pojavljuje *formalizam*, prosleđen

izrazitom simbolikom i različitim ritualima¹³. Ako su simbolika i rituali bili karakteristika ranog feudalizma i arhaičnih varvarskih zakonika tog vremena, u sledećim fazama, a pogotovo u periodu takozvanog kasnog feudalizma, krajem prve polovine XVI-tog veka, kao opšta granica pojavljuje se “*duhovno dobro*” shvaćeno u smislu metafizičkog poretka besmrtnosti duše. Tako, prema ovom poretku, onaj koji se pri stupanju u građansko-pravne odnose (najčešće ugovore) pridržava njegovih pravila, on spasava svoju dušu. Postupanje suprotno ovome značilo bi počinuti greh, pa je spas duše izostajao. Glavni instrument, preko koga se ovo obezbeđivalo bila je *promisorna zakletva*¹⁴. No, zasluži pomenuti da je i sama zakletva imala određene granice. Najpre, one su bile postavljene *kanonskim pravom* (u čijem je okviru ona i nastala), a nešto kasnije i *svetovnom pravom*. Prema Kanonskom pravu, zakletva je gubila svoju snagu ukoliko je bila suprotna *dobrim običajima* (*boni mores*), shvaćenih u smislu prirodne pravičnosti (*boni mores naturalis*), ali ne u smislu *boni mores civilis*. Počinuti određeni greh zakletvom, uvek se smatralo povredom *prirodne pravičnosti*. U svakom slučaju, zakletva je ostajala bez svog dejstva ukoliko je bila suprotna *zakonu* ili *drugom aktu*, koji su se bazirali na takozvanom *javnom interesu* koji je, sa svoje strane, uvek bio poistovećen “*interesom Crkve*”. Treba obeležiti da su od druge polovine XVI-tog veka, kada Crkva polako počinje da gubi svoju političku moć, *dobri običaji* i *javni interes*, kao granice *promisorne zakletve*, dobili i svoje *svetovno značenje*. Njihovim prihvatanjem u svetovno pravo, a podržanih i od pravne teorije, oni se više ne poistovećuju prirodnom pravičnošću i interesom Crkve, već istovremeno znače i *boni mores civilis*, odnosno *instrument zaštite društvenog poretka*. Ovo je, dalje, povlačilo i *ništavost zakletve* (ona shvaćena kao određena vrsta *apstraktnog ugovora*, slično *stipulaciji u rimskom pravu*), ali i svega onoga što je iz nje proizlazilo kao sadržaj.

Kada je reč o društvenom poretku, kao opšte granice, zasluži da se podseti da on dobija posebno mesto u učenju poznatog, u to vreme, francuskog teoretičara Doma (*Domat*). Prema njemu, povreda društvenog poretka, koja dalje dovede i do ništavosti građansko-pravnog odnosa, postoji uvek kada nisu ispoštovani *dobri običaji*, *zakonske zabrane* (*kako one koje proizlaze iz prirodnih zakona odnosno prirodnog prava, tako i one koje proizlaze iz pozitivnog, svetovnog prava*), *pravičnost kao moralni i pravni princip*, i sl. Pri ovome, bez obzira na to koliko Doma prebacuje težište sa kanonskog na svetovno pravo, on se ipak ne oslobađa sasvim

¹³ Na primer, prilikom zaključenja ugovora to je bilo preko predaje odrađenog specijalnog predmeta (*štapa – festuc*).

¹⁴ Forma ove zakletve iscrpljivala se time što je dužnik u građansko-pravnom odnosu izgovarao sledeće reči: “*Per deum iure et sic me deus ad iuvet*”. Pri ovome, bitno obeležje zakletve predstavljalo je to što dužnik, davajući zakletvu, nije preuzimao obavezu prema drugoj strani odnosa, već prema *Bogu*.

kanonskog prava. Tako, u pravnoj teoriji srećemo i sledeću konstataciju: “U njegovim društvenom poretku, religiozni principi nadvladavaju principe pozitivnog prava”. U potkrepi ove tvrdnje uzima se i sledeća misao Dome: “Uzimajući da je svaki pojedinac vezan za određenu društvenu grupu čiji je član, on ne može da preuzme ništa čime bi se povredio poredak te grupe” i dodaje se: “Sadržaj njegove potčinjenosti grupi je utvrđen zakonima poretka te grupe i moći Boga”.¹⁵

Liberalni kapitalizam, u čijem su središtu postavljeni pojedinac i njegova individualna i slobodno izražena volja (svakako ovo inspirirano školom prirodnog prava), bez obzira na to koliko je ova volja postavljena i ispred zakona, ipak nju ograničava. Ovo u tom smislu da *sloboda određenog subjekta, koja je primarna, može da se ograniči samo slobodom drugog subjekta*. Drugim rečima, to bi značilo da je pravo kog bilo subjekta zaštićeno dokle god njime nije ugroženo ili povređeno pravom drugog subjekta (shvaćen kao pojedinac ili zajedno u užoj ili široj zajednici kojoj pripada).¹⁶

Na planu zakonodavstva, §138 od *nemačkog Građanskog zakonika* kao opštu granicu predviđa samo “*dobar običaj*”, slično kao i § 879 stav 1 *Austrijskog Građanskog zakonika*. *Švajcarski Zakonik o obligacijama* pored “*dobrog običaja*” i “*javnog poretka*” ovde uključuje i “*prava vezana za ličnost*” (član 19 i 20). *Italijanski građanski zakonik*, pored “*javnog poretka*” i “*dobrih običaja*”, u krug opštih granica obuhvata još i zakon odnosno “*imperativne propise*” (član 1322, član 1343 i član 1354). *Srpski Građanski Zakonik*, premda skraćena verzija austrijskog, u pogledu pitanja opšte granice razlikuje se od njega. To, u tom smislu što on, pored “*blagonaravljia*” shvaćeno u smislu “*dobrog običaja*”, predviđa i “*javni poredak*” (§ 13). *Crnogorski opšti imovinski zakonik*, govori o “*dobrom karakteru i poštenju*” ili “*narodne saveznosti*” kao moralnim opštim granicama (član 15, 513, 785 i član 915).

Anglo-saksonske zemlje u svojim pravnim sistemima poznaju kategoriju opšte granice, u čijem okviru se obezbeđuje punovažnost nastalih građansko-pravnih odnosa. Iz slučaja *Mitchell v. Reynolds* iz 1711, može se videti da ovo pravo kao takvu granicu poznaje “*javni poredak*” (*public order*).

U pravo socijalističkih zemalja, gde specifika sistema interese društva stavlja ispred interese pojedinaca, ta granica su pravila socijalističke zajednice.¹⁷

¹⁵ Slobodan Perović, *Zabranjeni ugovori*, Beograd, 1975, str. 7–16.

¹⁶ Slobodan Perović, *op. cit.*, str. 17.

¹⁷ Na primer u bivši SSSR, ova se granica svodi na “pravila socijalističke zajednice i moralne principe društva koje gradi komunizam” (član 4 i 5, *Građanskog Zakonika RSFSR iz 1964*). Opšta granica je opredeljena, na isti ili sličan način, i u ostalim socijalističkim zemljama tog vremena (videti član 5 i član 35 *Građanskog zakonika Čehoslovačke iz 1964*, § 200 stav 2 *mađarskog Građanskog zakonika iz 1959*, § 13-15 i § 68 *Građanskog zakonika DR Nemačke iz 1975*). Mada relativno modificiranim jezičnim izrazom, i *Poljski Građanski Zakonik iz 1964* predviđa odredbe kojim se oprede-

Što se tiče *saveznog Zakona o obligacionim odnosima iz 1978 godine*, svih ranijih *jugoslovenskih republika*, može se reći da je on izrazio opštu granicu tako da se ona na određeni nivo približava klasičnim kodifikacijama zapadnoevropskih zemalja, ali i na način koji je blizak i kodifikacijama istočnoevropskih zemalja. Naime, on za nju koristi složenu formulaciju, koja se svodi na to da učesnici u obligacionim odnosima slobodno uređuju ove odnose, pri tome vodeći računa da to uređenje ne bude suprotno *“načelima državnog uređenja utvrđenim Ustavom, prinudnim propisima i moralu socijalističkog samoupravnog društva”* (član 10). U postojećem makedonskom Zakonu o obligacionim odnosima iz 2001 godine, sadržaj saveznog zakona je promenjen i sad norma kojom se postavlja granica slobodne volje glasi *“Učesnici u prometu slobodno uređuju obligacione odnose saglasno Ustavu, zakonima i dobrim običajima”* (član 3). U srpski Zakon o obligacionim odnosima,¹⁸ izmenom iz 1993 godine, je takođe promenjena prijašnja formulacija, pa sada ona glasi *“Strane u obligacionim odnosima su slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja, da svoje odnose urede po svojoj volji”* (član 10). U Hrvatskoj je, takođe, izvršena promena člana 10 prijašnjeg saveznog zakona. Novo rešenje, sada član 2 hrvatskog Zakona o obveznim odnosima¹⁹ glasi: *“Sudionici u prometu slobodno uređuju obvezne odnose, a ne mogu i uređivati suprotno Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima i moralu društva”*.

Koliko je *javni poredak*, kao opšta granica u domenu građanskog prava, prisutan i u savremenom pravu, makar formalno izražen na različiti način i različitim jezičkim izrazom, može se najbolje videti ako se proslede rešenja prisutna u nekim od građanskih zakonika ili zakona posvećenim ovom pravu. U ovom smislu upućujemo, samo, na: član 6 i član 1133 *Francuskog građanskog zakonika*, koji se odnose na *javni poredak*, uključujući ovde i *dobre običaje* (koji, po piscu ovog Zakonika, *Portalisu*, jeste *“najviši zakon u jednom društvu, u smislu da predstavlja cement svake društvene zgrade”*).²⁰

ljuje opšta granica i to “društvenim normama” (član 58), koje prema prof. Peroviću imaju isti sadržaj kao i formulacija “pravila socijalističke zajednice” upotrebljena u navedenim socijalističkim zemljama. Vidi, dr Slobodan Perović, *op. cit.*, str. 47.

¹⁸ Zakon o obligacionim odnosima (“Sl. list SFRJ”, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ 57/89, “Sl. list”, br. 31/93 i “Sl. list SCG”, br. 1/2003 – Ustavna povelja).

¹⁹ Zakon o obveznim odnosima, “Narodne novine” br. 35/05, 41/08.

²⁰ Kada smo kod javnog poretka, ostaje da uputimo da se vidi kod: Slobodan Perović, *op. cit.*, posebno str. 21–48 (opšta ograničenja principa slobode ugovaranja); Borislav Blagojević, *Ugovori po pristanku*, Beograd, 1934, str. 12, 18–19, itd; Jelena Vilus, *Opšti uslovi formularnih ugovora*, Beograd, 1976, str. 58–62 i dr.; Dragoljub Stojanović, *Sloboda ugovaranja i javni poredak*, Arhiv..., br. 3, 1968, str. 387–397; Vrleta Krulj, *Sloboda uređivanja obligacionih odnosa*, Komentar Zakona o obligacionim odnosima I, Savremena administracija, Beograd, 1980, i Gale Galev i Jadranka Dabović-Anastasovska, *Obligaciono pravo*, Skopje, 2009, str. 371–426, a posebno str. 398–413.

Kako i da je, javni poredak u svom istorijskom postojanju shvaćen kao sintetički izraz svih napred spomenutih principa, koji se ne smeju povrediti, ima ulogu opšte pravne granice do koje i u okviru koje se mogu ostvariti spomenuti bezezi metoda koordinacije (jednakost, privatna autonomija, prometljivost i imovinska sankcija). Ovo, praktično, znači da, pri uređivanju građansko-pravne materije, sa tačke javnog poretka, potrebno je napraviti dobru procenu do kog se nivoa ovi bezezi mogu inkorporisati u opšti i u posebne delove Zakonika. Ukoliko se ova procena ne bi ispravno napravila, postoji realna opasnost da Zakonik bude, manje ili više, loše izrađen. Posledica ovoga bila bi ta da Zakonik bude neprimenjiv ili, i ukoliko bi bio primenjen, on umesto da stabilizuje odnose u građansko-pravnoj oblasti, da obezbedi njihovu efektivnu zaštitu i da obezbedi prostor za njihovo nesmetano postojanje i razvoj, postao bi generator nestabilnosti u ovim odnosima. Ovo bi, na kraju krajeva, naravno, dovelo do štetnih posledica, kao za subjekte pravnih odnosa, tako i za širu društvenu zajednicu.

Ali, kada smo kod ovoga, zaslužuje se podvući da i dobro izrađeni zakonik ne isključuje mogućnost njegove povrede. Ovakav bi bio slučaj kada bi subjekti građansko-pravnih odnosa, u uređivanju sadržine ovih odnosa, izašle van granica koje postavlja Zakonik. Međutim, dobra je strana dobrog zakona u tome što ovaj predviđa, u zavisnosti od vrste povrede, delimičnu ili potpunu ništavost odnosa kojim je povreda učinjena, i to bez obzira na to u čijem je interesu ova povreda učinjena.²¹ Ništavost, u svakom slučaju, dovodi do uspostavljanja stanja koje je postojalo pre povrede zakonske norme.

Od onog što je dosad izneseno o javnom poretku kao opšta granica, ako se može tako reći, vodi nas do njegove dvojne funkcije. Ovo u smislu da javni poredak, s jedne strane i do nivoa postavljene granice, dopusta relativno široku upotrebu metoda koordinacije u uređivanju građansko-pravnih odnosa, odnosno njihovog sadržaja (posebno prava iz ovih odnosa). S druge strane, javni poredak prebacuje težište sa ovlašćenja na zaštitu prava koja pripadaju užoj ili široj društvenoj zajednici, kada dolazi do povrede njegovih granica. Pri tom, ostaje i mogućnost da se javnim poretkom štite i interesi neke od strana građansko-pravnih odnosa, čemu je dosta primera. U krajnjem slučaju, baš je u zaštiti ovih prava i razlog za ustaljeni javni poredak u smislu opšte granice, u smislu poznate pravne maksime da "moje pravo ide do prava drugih". Potrebno je spomenuti da ti "drugi" podrazumevaju kako svakog pojedinca, tako (možda i još više) užu i širu društvenu zajedni-

²¹ U svakom slučaju, ako se povređenim zakonskim rešenjem u osnovi štiti individualni interes (interes jednog od nosioca građansko-pravnog odnosa), tada ne dolazi do ništavosti nego do rušljivosti konkretnog odnosa (vidi čl. 50–54, 57, 104–106, 108–109 i 128 ZOO. O ovome vidi i kod Galev i Jadranka Dabović-Anastasovska, *op. cit.*, str. 538–547.

cu u kojoj svako fizičko ili pravno lice jedino i može da postoji i da ostvaruje svoje ekonomske i pravne interese.²²

Pri tom, postoji više razloga koji nalažu razna ograničenja prava subjekata građanskog prava. Tako, u nekim slučajevima, to može biti nedostatak potrebne sposobnosti da se bude strana građansko-pravnog odnosa (slučaj za bolesnim licima i licima sa zaostalim mentalnim razvojem). U drugim slučajevima, to može biti nedostatak zahtevane forme u kojoj se mora izraziti saglasnost o prenosu, najčešće, prava na nekretninama. Dalje, posredi može biti i socijalna funkcija konkretnog subjektivnog građanskog prava. Ovo i nije ništa drugo do odgovarajuće obaveze koju nosilac nekog prava ima, pored samog prava koje mu pripada. Za ovu se obavezu čak može reći i da predstavlja deo tog prava. Ovakvi razlozi postoje kod *svojine*, koja je osnovno i, rekli bi, zbog toga i najznačajnije, građansko subjektivno pravo. Tako, član 30 stav 1 Ustava Republike Makedonije predviđa da: "Svojina stvara prava i obaveze i mora da služi pojedincu i zajednici". Ovim se rešenjem jasno i nedvosmisleno potvrđuje ustavno opredeljenje da svojina paralelno podrazumeva stvarno-pravna ovlašćenja (prava) i iste takve obaveze, za njenog nosioca. Upoređenja radi, može se spomenuti da ovakvo rešenja našeg Ustava, na određeni način, izgleda da je blisko *Digijevoj sociološkoj teoriji* o subjektivnim pravima. I, po ovoj teoriji, kao što je i u našem slučaju, kao drugi element subjektivnog prava, pored ovlašćenja, javlja se i odgovarajuća obaveza koja postoji u okviru samog ovog prava.²³

ZAKLJUČAK

Polazeći od navedenog o predmetu uređenja građanskog prava i o metodu kojim se ovo uređivanje sprovodi, ne bi trebalo da bude sporno da ova vrsta prava, sa svoja tri klasična dela (stvarno, obligaciono i nasledno pravo), jeste najzna-

²² U ovom smislu, još je Aristotel, govoreći o čoveku kao fizičko lice, pravilno primetio "da je čovek društveno biće". O ovome vidi kod: Borislav Blagojević, *op. cit.*, str. 12 i dr. Na kraju krajeva, pitanje i pravu i o potrebi prava se postavlja jedino u uslovima realne društvene sredine. Bez postojanja ovakve sredine, čovek je kao individualno biće lišen mogućnosti da uspostavi određeni pravni odnos sa drugima, zato što ovaj drugi i ne postoji. Kao tipični primer može poslužiti primer *Robinzona Kruso*, iz istoimenog romana. Tako, sve dok se Robinzon Kruso nije, na pustom ostrvu, susreo sa *Petkom*, on nije mogao da u odnosu na stvari koje su mu pripadale ostvari pravo svojine prema nekim drugim. Drugim rečima, baš zbog ovoga, može se reći da on ovo pravo nije ni imao. Društveni susret između Robinzona i Petka, međutim, menja stvari. Bilo je nužno, naime, da se na određeni način uredi njihovi uzajamni odnosi, što je polazna tačka pojave prava kao sistema kojim se uređuju odnosi u kojima se svakodnevno stupa.

²³ Duguit, *Traite de droit constitutionnel*, t. I, Paris, No, 134.

čajniji normativno-pravni korpus domena privatnog prava. Privatno pravo, s jedne strane, sa svim svojim pravnim instrumentarijumom, jeste *pravni okvir* u kome i putem kojeg se omogućava postizanje *tržišne privrede*, shvaćene u najširem smislu. S druge strane, što je posebno važno, građansko pravo je *pravna osnova* na kojoj počiva i koja se koristi za zaštitu privatnih pravnih interesa svih učesnika u građansko-pravnim odnosima, bilo da su to fizička ili pravna lica.

Odavde, jasno je da građansko pravno svoje prve početke (naravno ne po obliku i sadržaju kao današnje) ima još u vremenu kada se na pravno-istorijskoj sceni pojavila privatna svojina, a s njom i višak vrednosti roba koje dalje same tenderaju ka razmeni.²⁴ Kolko se rečeno odnosi na prvobitno doba, još više se odnosi i na vreme u koje su nastale prve civilizacije, a u njihovom okviru i prvi pokušaji da se privatno-pravna sfera, normativno-pravno izdiže do nivoa svoje manje ili veće kodificiranosti. Istorijski razvoj građanskih kodifikacija, na tlu Evrope, produžava sa Justinijanovom kodifikacijom (*Corpus Iuris Civilis*), a svoj zamah dobija u XIX-tom i početkom XX-tog veka, kada su one pored svoje dimenzije pravnog izvora, postale i izraz nacionalne svesti. Ove kodifikacije su ostavile trajan i neizbrisiv trag svog postojanja i bile su i još su dragoceno blago kondenzovanog pravničkog znanja i iskustva koje inspiriše do dan danas.

Sve rečeno o predmetu građanskog prava i metodu koordinacije, o načinu njihove upotrebe pri regulisanju građansko-pravne materije i, u ovom kontekstu naročito, o javnom poretku kao opštoj granici metoda koordinacije, jasno ukazuje da se nalazimo na zaista složenom i suptilnom terenu. Zato se i očekuje, ali se i treba, pri izradi Zakonika, uložiti mnogo znanja i pažnje pri izgradnji opštih i posebnih pravnih rešenja. Ova rešenja trebaju obezbediti dovoljan prostor za jednakost i autonomiju subjekata koji su učesnici pravnog prometa, ali i šire. Toliki je prostor potreban da bi bilo moguće nesmetano ostvarivanje prometljivosti subjektivnih prava, a odatle i nesmetane cirkulacije robe, usluga i drugih vrsta vrednosti. Istovremeno, potrebno je posedovati krajnje pažljiv stručni oset o tome kada, u kojim slučajevima i kojem obimu napustiti metod koordinacije i upotrebiti imperativni pristup, pomoću kojeg bi se opredelilo mesto javnog poretka shvaćenog kao opšta granica jednakosti i autonomije spomenutih učesnika u građansko-pravnom prometu. Naročito je bitno imati u vidu da se javni poredak nikako ne može shvatiti kao *opšta sintagma* koja se ima primeniti sama po sebi. Mora se, naime, polaze-

²⁴ Kod Karla Marksa (u delu *Kapital*) srećemo da se prva razmena robe dogodila još u prvobitnoj zajednici i to na granici između dva plemena, na kojoj granici je, na primer, pleme koje je proizvodilo poljoprivredne proizvode iste razmenjivalo sa plemenom koje je proizvodilo meso i kožu od ulovljene divljači i obrnuto.

ći od javnog poretka, posedovati sposobnost prepoznavanja slučajeve i obima imperativnosti u njenoj primeni.

GALE GALEV, Ph.D.,

Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Skopje

JADRANKA DABOVIĆ ANASTASOVSKA, Ph.D.,

Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Skopje

NEDA ZDRAVEVA, M.Sci.,

Assistant Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Skopje

NENAD GAVRILOVIĆ, M.Sci.,

Assistant Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Skopje

THE SUBJECT-MATTER AND THE METHOD OF THE
CIVIL LAW AS BASIC DETERMINANTS AND CHIEF GUIDELINES
FOR DRAFTING AND PREPARATION OF THE CIVIL CODE
OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Summary

The article "The subject-matter and the method of the Civil Law as Basic Determinants and Chief Guidelines for Drafting and Preparation of the Civil Code of the Republic of Macedonia" aims at presenting what should be taken into consideration when it comes to the subject-matter and the method of the civil law in the process of development of a Civil Code. In the article, the authors first present the reasons for codification of the Macedonian civil law. Further they analyze the subject-matter and its specificities from the aspect how they affect the process of codification. In the third part special attention is paid to the characteristics of the method of coordination and its limitations imposed by the public order as general framework. The authors conclude that the specificities of the subject matter and the method necessitate particular knowledge and attention in the development of the general and the specific rules of the civil law.

EMILIJA STANKOVIĆ

UTICAJ RIMSKOG PRAVA NA KODIFIKACIJE GRAĐANSKOG PRAVA

1. Recepcijom, bilo posrednom ili neposrednom, pravila rimskog prava su se počela primenjivati i postala su sastavni deo nacionalnih zakonodavstava. U zavisnosti od stepena recepcije zavisila je i neposredna primena pravila rimskog građanskog prava. Naravno, da je svaka zemlja imala sopstveno pravo koje se pretežno zasnivalo na običajnom pravu. Nastanak nacionalnih država izazvao je veće interesovanje i za nacionalno građansko pravo, počeli su da ga neguju i razvijaju, protivstavljajući ga rimskom pravu.¹ Verovatno da su ga suprotstavljali rimskom pravu da bi sprečili prodor univerzalizma Svetog rimskog carstva.²

Prva knjiga koja se bavila odnosom rimskog i “nacionalnog” prava pojavila se 1653. godine, pod nazivom, “*De usu et auctoritate iuris civilis Romanorum in dominiis principum Christianorum*”. Delo je engleskog civiliste Artura Daka (Arthur Duck). U ovom delu su izneti podaci u kojoj meri su pravila rimskog prava bila prihvaćena u evropskim zemljama. Autor takođe nastoji da se spoznaju i iznesu opšte ideje o prirodi prava koje je stvarano u evropskim zemljama. Dalje, autor govori da se nisu primenjivali samo običaji, već da se tragalo za pravičnošću i da se stvaralo nadnacionalno pravo koje je bilo primerenije od rimskog gra-

Dr Emilija Stanković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ Taranovski, F. V., *Enciklopedija prava*, Beograd, 2003, 47.

² Ibidem.

đanskog prava, koje je sadržalo najpotpunija pravila u oblasti kontrakata, testamenta, delikata i tužbi.³

Usvajanje i primena pravnih pravila rimskog prava nije bila ista u svim zemljama. Do usvajanja i primene pravila rimskog prava dolazilo se na dva načina: putem izučavanja rimskog prava na univerzitetima i kroz rad sudova. Sudovi su donoseći presude obično polazili od običajnog prava, ali su se sve više pozivali na pravila rimskog prava. Sudske presude su dugo odražavale specifičnu mešavinu rimskih pravnih pravila iz oblasti građanskog prava i običajnog prava. Na univerzitetima je pak uvek isticana povezanost pravila rimskog prava sa novonastalim građanskim pravom, pri čemu je zanemarivan uticaj običajnog prava. Međutim, sredinom XVII veka, na pravnim fakultetima evropskih univerziteta, došlo se do saznanja koja su ukazivala na činjenicu da su nacionalna prava mešavina pravila rimskog prava i običajnog prava. Tako je već 1650. godine, profesor Michael Wexionius, profesor Univerziteta u Abu (*Abo*), Finska, potom dela Švedskog kraljevstva, objavio studiju o Rimsko-Švedskom građanskom pravu (*iuris civilis Sveco-Romani*).

2. Izuzetno veliku ulogu u stvaranju modernih pravnih sistema imala je je tzv. "Nizozemska revolucija", koja se smatra izuzetno važnim događajem i od koje se zapravo računa početak nove, moderne države. Prostor na kome su se odvijale promene koje su dovele do "Nizozemske revolucije" obuhvatao je znatno više teritorija nego što je teritorija današnje Holandije. Tu su spadale i teritorije današnjeg Luksemburga, severne Francuske i velikog dela Belgije. Holandija je bila tek jedna od provincija, koja je mora se reći imala leadersku poziciju. Teritorija današnje Holandije u XV veku pripadala je vojvodstvu Burgunda, a u XVI veku potpala je pod vlast španskog kralja Karla V. Druga polovina XVI veka obeležena je velikim brojem pobuna različitih provincija⁴ protiv španske vlasti. U tim borbama sedam provincija se otrglo i 1579. godine formiralo Savez Utrehta (*Utrecht*), tzv. "Utrehtsku uniju". Lider ovog saveza bila je provincija Holandija koja je proizvodila više od polovine bogatstva čitavog Saveza. U tom periodu Amsterdam (*Amsterdam*) je zamenio Antverp (*Antwerp*) kao glavni centar trgovine. Trgovci iz Holandije postaju dominantni u svetskoj trgovini. Svaka provincija zadržala je sopstveni sud i svoje, partikularno pravo.

Pre osnivanja Utrehtske unije, 1575. godine, u Lajdenu (*Leyden*), provincija Holandija, osnovan je univerzitet, na kome je pravni fakultet imao posebno mesto. Potom su osnovani univerziteti u Franekeru (*Franeker*), Frislandu (*Friesland*),

³ Stein, P., *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, 1999, 104.

⁴ Teritorija Nizozemske bila je sastavljena od sedamnaest provincija, od kojih je Holandija bila samo jedna.

1585. godine; u Groningenu (*Groningen*), 1614. godine; u Utrehtu (*Utrecht*), 1636. godine i Hardvijku (*Hardewijk*), Gelderland (*Gelderland*), 1648. godine. Pravo Saveza provincija u najvećoj meri stvarali su profesori prava, naročito profesori Pravnog fakulteta u Lajdenu i sudije viših sudova provincija, naročito suda u Hagu. Dobrom sintezom nauke i prakse stvoren je pravni sistem zahvaljujući kome u XVII veku Holandija dobija vodeću ulogu.

Univerzitet u Lajdenu, posebno Pravni fakultet na njemu, od samog početka svog postojanja uspevao je da privuče vrsne profesora prava i filozofije. Jedan od njih bio je i francuski protestant, humanista, Hugo Donellus (*Hugo Donnellus* 1527–1591), koji je bio profesor u periodu 1579–1587. godine. Budući da je reč o naučniku perioda humanizma, on je uporedo sa izučavanjem i istraživanjem originalnih tekstova (izvora) rimskog prava uočio i ukazao i na istorijsku komponentu pravila rimskog prava. Istovremeno, verovao je u dalji sistematski razvoj prava. Njegovi komentari originalnih rimskih tekstova postali su model koji su sledile generacije studenata građanskog prava.⁵ U svojim analizama pravnih tekstova i prava uopšte prihvatio je pravnički metod interpretacije, koji mu je bio bliži, nego sholastički.⁶ Svoje zaključke donosio je na osnovu izučavanja i analize originalnih rimskih izvora, a ne posredno, proučavajući ono što su originalni dobili izučavanjem glosatora i posglosatora. U želji da rekonstruiše istoriju rimskog prava, zajedno sa svojim istomišljenicima i sledbenicima, nije se oslanjao samo na Justinijanovo zakonodavstvo već je proučavao i ranije zakonodavstvo tumačeći originalne manuskripte, kao i brojne vizantijske autore. Dakle, područje istraživanja bilo je zaista široko: *Corpus Iuris Civilis*, *Codex Teodosianus*, varvarski zbornici rimskog prava i postklasični zbornici rimskog prava. Može se reći da je njegovo učenje bilo kombinacija i moderna verzija učenja poznatih kao “italijanski način učenja” (*mos docendi italicus*) i “francuski način učenja” (*mos docendi gallicus*). U skladu sa svojim teoretskim stavovima formiranim nakon veoma studioznih i opširnih istraživanja, kao profesor prava smatrao je da studente treba pripremati za praktičan rad u sudovima, ali da je neophodno pre tih praktičnih treninga upoznati ih sa principima prava. Dakle, mora se poći od opštih načela prava, upoznati studente sa njima, pa tek nakon toga obučavati ih za praktičan rad.

Everard Bronhorst (*Everard Bronchorst*) profesor prava na Univerzitetu u Lajdenu, pravnom fakultetu, posebno je istakao važnost poznavanja osnovnih principa prava za studente prava. Po njemu osnovni principi prava sadržani su

⁵ Stanojević, O., Stanković, E., *Savremeni pravni sistemi*, Kragujevac, 2010, 141.

⁶ Yiannopoulos, A.N., *Civil Law System Louisiana and Comparative Law*, Claitor's Publishing division, Baton Rouge, 1999, 31.

u pravilima koja se mogu naći u *Digestae* 50.17. “Ona na sažet i jezgrovit način prikazuju sve diskusije o pravu i prikazuju opšte principe univerzalnog prava”.⁷

Najpoznatiji student Univerziteta u Lajdenu bio je svakako Hugo Grocije (*Hugo Grotius*, 1583/1645). Student je postao sa samo jedanaest godina, doktorat je dobio sa petnaest godina na Univerzitetu u Orleanu. Na učenje Grocija u priličnoj meri uticalo je učenje Donelusa. On na holandskom jeziku piše i 1631. godine objavljuje delo pod nazivom “Uvod u holandsku pravnu nauku” (*Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheit*). U tom delu Grocije pravo Holandije predstavlja kao poseban sistem. Reč je, po njemu, o specifičnoj mešavini nemačkih običaja i pravila rimskog prava. Zapravo, to je bio pokušaj unifikacije pravnog sistema svih provincija u kojima je do tada postojala mešavina običajnog, rimskog i prirodnog prava. Grocije i njegovi učenici su tražili rešenja za mnoga novonastala praktična pitanja. Rešenja su nalazili u tumačenju pravnih pravila rimskog prava koja su dovodili u vezu i sklad sa postojećim običajima. Tako je nastao specifičan pravni sistem, koji je dobio naziv “rimsko-holandsko pravo” (*Roman-Dutch law*). Baš kao što je Gaj (*Gaius*) u svojim Institucijama (*Institutiones*) uočio i dao sistem triparticije, tako i Grocije sve pravo deli po istom principu.⁸

Vreme Grocija je vreme kada novonastali sloj u gradovima, trgovci i bankari osećaju da su okviri postojećeg političkog i pravnog sistema neadekvatni. Mladi građanski stalež teži da promeni postojeći politički i pravni sistem. To su razlozi brzog prihvatanja i razvoja učenja Huga Grocija. Postoji pravni poredak dat istorijom, pozitivno pravo, nesavršeno i narod u njemu živi. Nasuprot njemu, postoji razumom dato, savršeno pravo. Sledeći načela razuma, narod ima pravo da se pobuni protiv nesavršenog prava, želeći da živi u savršenom političkom i pravnom sistemu. Na ovaj način shvaćeno učenje o prirodnom pravu bilo je početak pobune protiv postojećeg političkog i pravnog sistema. Do revolucije je brzo i došlo. Najpre se ona dogodila u Holandiji, postojbini Grocija, potom u Francuskoj, a onda i u drugim zemljama.

Naravno, da Grocije i njegove pristalice nisu prihvatili mnoge ustanove antičkog Rima, pre svega ropstvo. To nije bio slučaj sa institutima imovinskog rimskog prava, koje su najvećim delom prihvatili i u njima videli ovaploćenje svojih ideja. Pripadnici ovog učenja su u rimskom privatnom pravu našli punu potvrdu svog učenja, vrativši se na postavku da je rimsko privatno pravo *ratio scripta*.

Građanski zakони koji su donošeni nastali su kao potomci rimskog prava i ideja Huga Grocija, kao i njegovih sledbenika. Te ideje su bile: ljudi se rađaju

⁷ Prema, Stein, P., nav. delo, 98.

⁸ Dakle, on prihvata Gajev sistem triparticije.

slobodni, imaju slobodu kretanja, pravo na sreću, pravo na privatnu svojину, državom treba da vlada narod i to preko predstavnika koje sam izabere, neophodno je izvršiti podelu vlasti u državi⁹, i mnoge druge.

Nakon Grocija pojavili su se mnogi drugi mislioci, kao i druge škole. Neke od njih su imale, kao na primer, istorijskopravna škola u Nemačkoj, sasvim suptan karakter. Ipak učenje Grocija, kao i drugih pripadnika ove pravne filozofije, vidljivo je i danas. Prve građanske kodifikacije sačinjene su upravo na idejama učenja ovog pravno-filozofskog pravca.

Grocijev savremenik Arnold Vinius (*Arnold Vinnius*) takođe je studirao na Univerzitetu u Lajdenu, gde je nakon završetka studija ostao da radi kao profesor. Delio je ideje Grocija, a smatra se utemeljivačem holandske pravne nauke, koju je shvatao kao mešavinu pravila rimskog prava, običajnog prava i prirodnog prava. Njegovo značajno delo su opširni komentari Justinijanovih Institucija (*Institutiones*), koje je objavljeno 1642. godine. Komentari su pisani tako da u sebi imaju teorijske, ali i praktične elemente. Zasnovani su na idejama francuskih humanista, učenju glosatora i važnim presudama sudova. Nije izostalo ni korišćenje dva najvažnija dela Grocija: *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheit* i *De iure belli ac pacis*, prilikom nastajanja rada, te su tako i njegove ideje utkane.

Za dalji razvoj "rimsko-holandskog prava" zaslužan je još jedan profesor Univerziteta u Lajdenu, Johan Vout (*Johannes Voet*). On je u dva toma, 1698. i 1704. godine objavio Komentare Pandekta (*Commentarius ad Pandectas*). Neobično, a jako korisno je to što su komentari sledili tituluse u Digestama, ali tako da su prvo sledila objašnjenja rimskih pravila, a potom pravila pozitivnog prava uz navođenje svih relevantnih autora. Upravo ovakav pristup omogućio je novi pogled na rimsko pravo, koje nije tretirano kao apstraktno pravo, već isključivo u kontekstu iznalaženja rešenja u rešavanju novonastalih pravnih situacija i na taj način stvaranju modernog pozitivnog prava. Ideje prirodnog prava preuzete od Grocija se pominju, ali njihov uticaj je umeren.¹⁰

Možda je najinventivniji pravnik "rimsko-holandskog prava" bio Ulrik Huber (*Ulrik Huber*). On nije bio holanđanin, već je bio iz Frizije, provincije u kojoj je rimsko građansko pravo bilo prihvaćeno više no u drugim provincijama. Takođe je bio profesor prava u Friziji, svojoj provinciji. Objavio je više dela: *De iure civitatis lib. III* iz 1672. godine, u kome je na osnovu rimskog prava formirao novu pravnu disciplinu koju je nazvao "nova disciplina univerzalnog jav-

⁹ Montesquije u svom delu Duh zakona, deli vlast na izvršnu, sudsku i zakonodavnu, pri čemu smatra da one moraju biti nezavisne.

¹⁰ Stein, P., nav. delo, 100.

nog prava”;¹¹ *Praelectiones iuris civilis* objavio je između 1678. i 1690. godine, gde je takođe na osnovu pravila rimskog prava ponovo formirao novu pravnu disciplinu koja se bavila sukobima u pravu; *Heedendaegse Rechtsgeleertheyd* objavio je 1698. godine, po uzoru na Grocijevu delo *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheit*, ali su primeri iz prakse bili uzeti iz sudova Frizije. Definitivno je dao opis i objašnjenje postojećeg pravnog sistema, nastalog na pravilima rimskog prava, običajnog prava i prirodnog prava.

Uticaj ovih pravnika i profesora na stvaranje prava u Holandiji u XVII veku bio je izuzetno veliki, čak toliki da je postojao i mimo njenih granica. Budući da je veliki broj Škotlanđana u to vreme studirao na holandskim univerzitetima to se i uticaj rimskog prava širio i u Škotskoj. Taj uticaj je bio toliki da u Škotskoj postoji tzv. “mešovit” sistem prava, tj na njega je više uticalo kontinentalno pravo nego *common law* koji je postojao na ostrvu. U svim holandskim kolonijama takođe je bio veliki uticaj “rimsko-holandskog prava”, naročito u Južnoafričkoj republici.

Holandija je 1838. godine dobila svoj građanski zakonik, treći po redu u Evropi, koji je sadržao, tj. kodifikovao “rimsko-holandsko pravo”.

3. U XVII veku u nemačkim državama je, kao i u Holandiji, bilo dosta učinih pravnika školovanih na evropskim univerzitetima koji su se bavili izučavanjem nemačkog prava, nastalog na osnovama rimskih pravnih pravila koja su putem recepcije postala sastavni deo novog sistema prava. U tom periodu nastala su i objavljena dva značajna dela koja su predstavljala sintezu običajnog i rimskog prava: *Jurisprudentia Romano-germanica forensis*, objavljena je 1670. godine, a autor je Džordž Adam Struv (*Georg Adam Struve*); a 1676. godine, objavljeno je i delo austrijanca Nikolasa Bekmana (*Nicholaus von Beckmann*), čiji je naziv *Jus novissimum Romano-Germanicum*.

U XVIII veku nemački pravници koji se bave izučavanjem prava i pisanjem svojih opažanja i rezultata istraživanja napuštaju tradiciju svojih prethodnika i ne pišu o pravu kao jedinstvu rimskih elemenata i običajnog prava. Naprotiv, ističe se različitost elemenata rimskih pravnih pravila, nemačkog običajnog prava, kao i elementi statutarnog prava, naročito u austrijskim provincijama.¹² Tako je došlo do razdvajanja elemenata rimskog prava od elemenata nemačkog običajnog prava.

Jedan od veoma značajnih nemačkih pravnika tog doba bio je Džon Gottlieb (*Johann Gottlieb Heineccius*, 1681–1741). Bio je romanista na koga je učene “rimsko-holandskog prava” uticalo u najvećoj mogućoj meri. U svom delu,

¹¹ Ibidem.

¹² Stein, P., nav. delo, 105.

objavljenom 1719. godine, pod nazivom *Antiquitatum Romanarum sytagma*, dao je opširan opis brojnih instituta rimskog prava pozivajući se na antičke izvore i Justinijanove Institucije (*Institutiones*). Ono što nedostaje njegovom radu, pa i objavljenom delu je to što nije pratio razvoj tih instituta nakon Justinijana, kao ni njihovu povezanost sa institutima savremenog prava. Ipak ovo njegovo delo je doživelo dvadeset izdanja.

4. Nakon pada Zapadnog rimskog carstva rimsko pravo je imalo različitu sudbinu u novostvorenim državama. U državama koje su stvorili Vizigoti i Burgundi rimsko pravo je preživelo i primenjivano je pre svega na stanovnike koji nisu bili germanskog porekla (starosedeoce), reč je o teritoriji današnje Španije i Južne Francuske. Donošenjem zakonika *Lex Romana Visigothorum*, koji je većim delom sadržao pravila rimskog prava, omogućen je opstanak tog prava u južnom delu Francuske. Na severu Francuske pak dominira uticaj običajnog franačkog prava (taj deo teritorije pripadao je Franačkoj državi). Običajno pravo je sistematizovano kroz statute gradova.

Iako su ova dva pravna sistema bila odvojena, granicu između njih ne treba shvatiti kao isključivu. Naime, i na severu Francuske gde su prevagu imala običajna pravila, u nekim situacijama su korišćena i pravila rimskog prava (kada su ugovori bili u pitanju na primer). Moglo bi se reći da je francusko pravo u nekim delovima u većoj, a u nekim u manjoj meri zapravo uvek imalo kontakt sa pravilima rimskog prava. U Francuskoj je kao i u mnogim zemljama Evrope došlo do posredne recepcije rimskog prava.

Zakonodavna delatnost apsolutnog monarha bila je znatna i značajna u domenu kodifikacije prava. Propisi apsolutnih monarha važili su na čitavoj teritoriji države, a ne samo u pojedinim oblastima. Veliki ordonansi je naziv za kodifikacije apsolutnih monarha. Ove kodifikacije pripremale su komisije učenih pravnika. Luj XIV doneo je ordonanse: o građanskom postupku, o krivičnom postupku, o trgovini i o pomorstvu. Luj XV doneo je ordonanse: o testamentima, o poklonima i fideikomisarnim supstitucijama.

Naučnik koji je doprineo znatnom širenju ideja prirodnog prava i pravila rimskog prava bio je Domat (*Domat* 1625–1696). Iako je bio više filozof no praktičar on je svojim radom značajno doprineo sistematizaciji pravnih pravila. Shvatio je potrebu da se građansko pravo kodifikuje i radio je na tome. Imao je ideju da pravni sistem treba da počiva na pravilima rimskog prava, običajnog prava i kraljevske legislative. Njegove ideje kao i rad na njihovoj realizaciji značajno su doprineli naučnoj osnovi Francuskog građanskog zakonika. Ideja o unifikaciji prava realizovana je nakon Francuske buržoaske revolucije zahva-

ljujući jakom autoritetu Napoleona.¹³ Napravljen je dobar spoj tradicionalnih instituta rimskog prava *droit écrit* koji su primenjivani i važili na jugu Francuske i običajnog prava *droit coutumier* koje je važno na severu.¹⁴

5. U onim delovima Španije koji nisu bili pod arabijskom okupacijom učene pravnik školovanih u Bolonji brzo je uzimalo maha. Međutim uticaj ovog učenja na praksu je bio beznačajan. Španci su pretežno zadržali svoje pravo koje je najvećim delom proizilazilo iz Teodosijevog kodeksa, postklasičnog prava, običaja i statutarnog prava. Međutim u Španiji je nastao i važan zbornik srednjevekovnog rimskog prava pod nazivom *Siete partidas* iz 1265, zasnovan na Justinijanovoj kodifikaciji i doktrini glosatora, ali i institucijama običajnog prava, stupio je na snagu 1348. godine. Delo je vladara Sevilje i Leona, a želja je bila da se stvori jedinstven pravni sistem u zemlji. Od sredine XIV veka rimsko pravo ima sve veći uticaj i počinje njegova praktična primena u vidu propisa u carskim ediktima. U svakom slučaju rimsko pravo je uticalo na razvoj romanističke nauke u Španiji koja je ustanovljena krajem XVI veka. Kodeks je primenjivan ne samo u Španiji, već i u njenim kolonijama u Latinskoj Americi, kao i u Luizijani (Severna Amerika). U španskoj pokrajini Kataloniji rimsko pravo je i danas pomoćni izvor prava.

6. Pravo koje se primenjivalo bilo je u zapadnoj Evropi mahom običajno ili kanonsko pravo, na Istoku vizantijsko. Razvojem gradova i trgovine, razvija se trgovačko pravo, utemeljeno na pravilima rimskog prava. Viševjekovnim izučavanjem na univerzitetima rimskog prava, njegovom recepcijom, pojavom humanizma i renesanse, kao i škole prirodnog prava došlo se do ideje da se otpočne sa kodifikacijama. Racionalna filozofija prirodnog prava proklamovala je donošenje novih zakona, koji bi bili jednostavni i razumljivi, a njihov cilj bi bio da ograniče volju vladara. Na drugoj pak strani vladari su bili zainteresovani da učvrste vlast na svim svojim posedima. Kako je pravo predstavljalo, na svakoj od tih teritorija, posebnu mešavinu rimskog i običajnog prava, to su neki vladari nametnuli donošenje zakonika koji bi važili na čitavoj teritoriji i koji bi unifikovali pravo. Kodifikacije su takođe videli kao način da ograniče nezavisnost sudova, čije su sudije često zastupale interese lokalne aristokratije. Koncept kodifikacija XVIII veka nije bio samo da postojeće pravo sistematizuju. Naime, intencija je bila da se obnove neka stara pravila, ugrade u novo pravo i tako zadovolje potrebe novog vremena. Naravno uvek se postavljalo pitanje šta od starog prava treba

¹³ Neretko u istoriji velike kodifikacije nastaju kao delo izuzetno velikih i autoritativnih vladara (Justinijanova kodifikacija).

¹⁴ Kod ugovora svojinu na stvari nije prenosila predaja stvari kao što je to bilo u rimskom pravu, već sam ugovor, što je preuzeto iz običajnog prava.

zadržati, a šta ne. U svakom slučaju, ideja o potrebi kodifikacija stvorila je i svest o poreklu raznolikosti elemenata različitih prava. U početku je rimsko pravo zauzimalo važno mesto u razmišljanjima i radu kodifikatora. Vremenom to mesto biva dovedeno u pitanje. Na rimsko pravo se sve manje gleda kao na deo prava *ius commune*, ili deo prirodnog prava, a sve više kao na pravo antičkog društva.

U drugoj polovini XVIII veka u svom delu *O duhu zakona (De l'esprit des lois)*, Monteskije iznosi svoj blagonalon stav prema rimskom pravu. U svojoj drugoj knjizi O veličini i dekadenciji Rimljana, on sve njihove vrline vezuje za period republike, a mane i dekadenciju za period monarhije.

Kako je recepcija već, može se reći, okončana i pravila rimskog prava u većini evropskih zemalja postala "važuća", trebalo je nastaviti sa radom ali tako da se postojeći pravni sistemi sastavljeni od pravila rimskog prava i običajnih pravila teoretski obrade i urede. Može se reći da su velike buržoaske kodifikacije nastale na temelju učenja škole prirodnog prava, recipiranog rimskog prava i običajnih pravila.

ZAKLJUČAK

Recepcija rimskog prava počela je školom glosatora i nastavila svoj put. Bila je posredna i neposredna. Ipak, u svakom slučaju, pravila rimskog prava su na dva načina postajala sastavni deo modernih pravnih sistema. Izučavana su na univerzitetima širom Evrope i tako posredstvom učenih ljudi postajala sastavni deo života, time i prava. Na drugoj strani, sudovi su rešavajući novonastale situacije i tražeći rešenja za njih koristili i primenjivali pravila rimskog prava. Tako je nastupio period kada su pravni sistemi bili sastavljeni od rimskog prava, običajnog prava starosedeoaca, a od šesnaestog veka na stvaranje prava uticale su i ideje prirodnog prava. Razvoj prava doveo je do stvaranja potrebe za kodifikacijom istog. Uticaj rimskog prava na kodifikovanje prava bio je značajan.

EMILIJA STANKOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law,
Kragujevac

THE INFLUENCE OF ROMAN LAW IN THE CODIFICATION
OF CIVIL LAW

Summary

Reception of the Roman Law became with the work of the glossators school, and after that it continued its path. However, there were two ways on which the regulations from Roman Law have been incorporated in the modern legal systems. They have been studied on the universities across the Europe, and over the influence of scholars it becomes the part of everyday life, and indirectly the part of the modern law. On the other side the courts, through the solving of the new situations and searching for the solutions for them, often used the rules of the Roman Law. That is how the period where legal systems were made – up of Roman Law, custom law of natives, and, during the 16th century, the ideas of natural law that also had their influence on the creation of the legal systems. Development of law led to the need for codification. Roman Law had enormous influence on the codification of the law.

NINA KRŠLJANIN

KOLEKTIVNA ODGOVORNOST U DUŠANOVOM ZAKONIKU

U V O D

Stručnjaci iz različitih oblasti, a tim pre laici, na institut kolektivne odgovornosti gledaju sa jasnim rezervama, smatrajući ga zastarelim, primitivnim i neprimerenim. Krivičar će tome možda pristupiti sa superiorne pozicije pristalice moderne individualne subjektivne odgovornosti, dok će pravni istoričar pre delovati kao da skrušeno prihvata nepobitne činjenice, ali suština ostaje. Proučavajući srednjovekovno pravo, većina će slučajeve kolektivne odgovornosti u Dušanovom zakoniku (pa i drugim izvorima) videti kao nešto negativno, ali zbog stepena razvoja tadašnjeg srpskog prava neizbežno, pa se posle kratkog prepričavanja neće ni upuštati u detaljnije proučavanje. Čak i Taranovski, koji u svojoj *Istoriji prava u Nemanjićkoj državi* daje detaljnu analizu prirode i evolucije ovog instituta u Srbiji, izlaganje započinje na način koji implicira inferiornost ovog starijeg oblika krivične odgovornosti.¹ On tek uzgredno napominje da razvojni put krivične odgovornosti “ipak... u istoriji pojedinih nacionalnih prava pru-

Nina Kršljanin, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, master prava.

¹ Iako se može zaključiti da se autor ne slaže sa nekim odveć strogim stavovima koje nameće krivičnopravna nauka.

ža više različitih varijanata”, pa je zato treba razmotriti “sa strane sviju osobina, koje se sadrže u starom srpskom pravu.”²

I Dolenc, jedini istoričar sa prostora bivše Jugoslavije koji je ovom pitanju posvetio zaseban rad, prihvata da je kolektivna odgovornost “splošni znak neke primitivne stopnje narodnega, socialnega in kulturnega razvoja.”³ Analizirajući njeno postojanje ove vrste odgovornosti kod Srba, Hrvata i Slovenaca počev od Srednjeg veka, pa sve do njenih novovekovnih ostataka, Dolenc zaključuje da funkcija načela kolektivne odgovornosti ima dve strane: pasivnu i aktivnu. Pasivna označava da će za prestupe pojedinaca i štetu koju oni pričinu odgovarati zajednica kojoj oni pripadaju. Aktivna, pak, predstavlja okretanje te odgovornosti u korist zajednice, tako što će njoj pripasti deo kazne ili naknade koju je pojedinac za učinjeno nedelo dužan da plati.⁴ Ova druga strana se ne uključuje redovno u pojam kolektivne odgovornosti, ali Dolenc svoju ideju izvodi evolutivno. Po njegovom mišljenju, ovaj institut isprva nastaje kako bi slomio solidarnost zajednice koja bi u suprotnom često bila motivisana da prikrije krivca iz svoje sredine. Kasnije, kada visoko solidarne zajednice postaju retkost i kolektivna odgovornost već uzmiče pred individualnom, ona služi osiguranju interesa pojedinca koji, za razliku od zajednice, ne može lako da podnese štetu ili trošak koji su posledica dela. Konačno, zajednica zauzvrat obezbeđuje u svoju korist globe naplaćene za kažnjive aktivnosti pojedinca, čime je “dobilo načelo kolektivne odgovornosti čisto drugo lice, moderno pravno obliko.”⁵

Iako je napisao zaseban članak o pitanju kolektivne odgovornosti, Dolenc nije smatrao za shodno da joj posveti previše pažnje u svom monografskom delu o Dušanovom zakoniku. “Predmeti kaznovanja so bile posamezne osobe, pa tudi “kuće” in sela, primerno temu, kakor je bila odrejena individualna ali kolektivna odgovornost,” jedina je rečenica u poglavlju posvećenom opštem delu krivičnog prava u kojoj se ova ustanova pominje.⁶

² Teodor Taranovski, *Istorija srpskog prava u Nemanjičkoj državi*, Beograd 1996, 376.

³ Metod Dolenc, “Kolektivna odgovornost za kazniva dejanja pa naše narodno pravo”, Ljubljana, bez godine izdanja, 4.

⁴ *Ibid.*, 12–13. Doduše, Dolenc tvrdi kako je aktivna strana kolektivne odgovornosti najslabije izražena upravo u srpskom pravu, što bi se saznanjima do kojih je nauka u međuvremenu došla možda moglo osporiti.

⁵ *Ibid.*, 13.

⁶ M. Dolenc, *Dušanov zakonik*, Ljubljana 1925, 141. U posebnom delu, kada govori o kažnjavanju pojedinih krivičnih dela, on, naravno, ne zaobilazi kolektivnu odgovornost, ali njeno razmatranje svodi na prosto prepričavanje odredbi Dušanovog zakonika, ne zalazeći u detalje. *Ibid.*, 151–152.

Solovjev u svojim radovima ne pridaje naročito negativan ton kolektivnoj odgovornosti, ali ipak implicitno priznaje da je ona, kao stariji izvorno srpski institut, bila manje napredna od individualne odgovornosti koja stiže iz Romejskog carstva.⁷ Doduše, on pojedine slučajeve kolektivne odgovornosti (odgovornost sela, grada ili župe) smatra krivičnom odgovornošću pravnih lica,⁸ ali o ovom zanimljivom shvatanju će biti više reči kasnije.

I mišljenja stručnjaka za krivično pravo su slična. Oni kolektivnu odgovornost pominju u radovima istorijskog karaktera i udžbenicima iz opšteg dela krivičnog prava, ali i tu ukratko i gotovo uzgredno, čak i kada je reč o našoj najkvalitetnijoj udžbeničkoj literaturi.⁹ Nešto detaljnije o ovom institutu govore jedino Bačić i Kambovski, objašnjavajući njegovu funkciju i razvoj.¹⁰

Uprkos ovome, ne može se reći da je kolektivna odgovornost u srednjo-vekovnoj Srbiji jednoznačna i jednostavna. Nisu svi njeni oblici nastali ni u istom periodu, ni iz istih razloga. Neki zaista predstavljaju zaostatak starog običajnog prava, ali neki su zapravo rezultat njegove modernizacije i inovacije; kod nekih je reč o kolektivnoj odgovornosti zajednice kojoj krivac (pojedinaac) pripada, dok je kod nekih u pitanju delikt koji je učinila čitava zajednica ili barem veći deo njenih pripadnika. Ovi slučajevi se ne smeju izjednačiti.

⁷ Vidi Aleksandar Vasiljević Solovjev, *Zakonodavstvo Stefana Dušana, cara Srba i Grka*, Skopje 1928, 145–148.

⁸ *Ibid.*, naročito 145–146. Dok u ovom delu prilično detaljno razmatra krivičnu odgovornost uopšte, Solovjev u svom komentaru Dušanovog zakonika skoro da ne iznosi opšte stavove o njoj, čak ni u okviru komentara članova koji je regulišu. Vidi npr. A. V. Solovjev, *Zakonik cara Stefana Dušana 1349. i 1354. godine*, Beograd 1980, 187–188, 216–217, 257–258, 268, 293–295, i sl.

⁹ Vidi npr. Milenko R. Vesnić, *Krivična odgovornost u svetlosti današnje nauke*, Beograd 1890, 40; Laza Urošević, *Pravosuđe i pisano pravo u srednjovekovnoj Srbiji u svetlosti današnjeg pisanog prava*, Beograd 1939, 178, 198–201, 214; Nikola Srzentić, Aleksandar Stajić, Ljubiša Lazarević, *Krivično pravo Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije: opšti deo*, šesnaesto izdanje, Beograd 1990, 34–39; Zoran Stojanović, *Krivično pravo: opšti deo*, XI izdanje, Beograd 2005, 42–43.

¹⁰ Vidi Franjo Bačić, *Krivično pravo: opći dio*, drugo izdanje, Zagreb 1980, 38–39 i Vlado Kambovski, *Kazneno pravo: opšti del*, treće izdanje, Skopje 2006, 121–131, a i tu se radi o pregledu na nivou studenta osnovnih studija. Iako je izvesno da ovakvi stavovi ne bi mogli nastati bez odgovarajućeg temelja na nivou teorije, to bi ovaj rad udaljilo od njegove teme. *Exempli causa* vidi Mah Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, edited by G. Roth and C. Wittich, vol. 1–2, Berkeley – Los Angeles 1978, 22–24 i dalje; H. D. Lewis, “Collective Responsibility (A Critique)”, *Collective Responsibility: Five Decades of Debate in Theoretical and Applied Ethics*, edited by L. May and S. Hoffman, Lanham 1991. Naravno, ova shvatanja nisu poslednja reč nauke. Postoji veći broj dela koja ovo pitanje razmatraju sa tačke gledišta filosofije, sociologije ili užih pravnih oblasti u kojima pitanje njene primenljivosti i korisnosti ponovo postaje aktuelno, o čemu vidi fn. 67.

KOLEKTIVNA ODGOVORNOST U DUŠANOVOM ZAKONIKU

Po mišljenju Taranovskog, kolektivna odgovornost u DZ se može podeliti na opštu i posebnu: opšta se odnosi na sva krivična dela, dok se posebna propisuje za pojedina tačno određena.¹¹ Opšta se odnosi na odgovornost porodice (“kuće”) za delo koje je učinio njen član. Regulisana je u čl. 52. Zakonika, ali tako što joj se postavlja ograničenje: srodnici koji su žive u odvojenim kućama *ne* odgovaraju jedan za drugog.¹² Očigledno je da se po običajnom pravu ta odgovornost odnosila na krvne srodnike uopšte, ali je Dušan ograničava na one koji žive u istom domaćinstvu.¹³ Položaj ovog člana u Zakoniku i činjenica da na prvom mestu pominje neveru upućuju na to da se on odnosio samo na vlastelu.¹⁴ Novaković pruža osnov za drugačije tumačenje. “Kao što je selo najmanja upravna jedinica u državi, tako je kuća najmanja upravna jedinica u selu. Na kuću se, u staro vreme, više polagalo nego na ličnost,” kaže on, navodeći primere ubiranja poreza i feudalnih rabota, dok samu kolektivnu odgovornost naziva sistemom krivičnog jemstva.¹⁵ Proizlazi da se možda ne radi o naročitoj staleškoj povlastici.

I čl. 71, koji analogno reguliše odgovornost lica sebarskog staleža, kao jedinicu (nosioca, titulara) odgovornosti uzima kuću. Novaković ne smatra da se ijedan član odnosi na poseban stalež, tvrdeći da se ovde javlja “ista misao o odgovornosti kuće za sve svoje članove kazana... drugim načinom”.¹⁶ Solovjev, iako zapaža mesto ovog člana, navodi da on “cilja pre svega na seljačke zadruge, jer su one bile u većini, ali možemo slobodno pretpostaviti da je isti potupak važio i za vlasteoske velike kuće, ukoliko nisu bile podeljene”.¹⁷ Taranovski smatra da između ovih članova postoji suštinska razlika, jer čl. 52. ne predviđa mogućnost kuće da se oslobodi obaveze predajom krivca, i izvodi zaključak da se obavezno plaćanje odnosi na neveru, kao delo koje samo vlastela može učiniti.¹⁸ Da-

¹¹ T. Taranovski, 377.

¹² Svi članovi DZ su navedeni prema Stojan Novaković (izd.), *Zakonik Stefana Dušana, cara srpskog, 1349 i 1354*, Beograd 1898.

¹³ Novaković, doduše, misli da se ovaj oblik odgovornosti primenjivao samo “kad se moglo znati da je zločinstvo učinjeno iz jedne kuće, a samo se nije znalo ko ga je baš poimence iz te kuće učinio.” S. Novaković, *Selo*, Beograd 1965, 70.

¹⁴ Vidi T. Taranovski, 378 i A. V. Solovjev 1980, 216–217.

¹⁵ S. Novaković 1898, 179. Vidi i S. Novaković 1965, 69–70.

¹⁶ S. Novaković 1898, 190.

¹⁷ A. V. Solovjev 1980, 235.

¹⁸ Vidi detaljnije T. Taranovski, 378.

kle, odgovornost kuće za krivična dela postoji u svim staležima – jedino je novitet što se tu vlasteli ubraja i nevera, za koju ostaje donekle specifičan tretman.

Lj. Krkljuš primećuje da iznosi globa u DZ svedoče o tome da je kolektivna odgovornost kuće bila opšti oblik odgovornosti. “Čak i novčani deo globe za srazmerno laka krivična dela, kakva je bila uvreda vlastelina od strane sebra, koji je iznosio 100 perpera, bila je veoma visoka svota, koju je teško mogao da izmiri pojedinac,” tvrdi ona.¹⁹ Iako bi se moglo diskutovati o težini dotičnog dela u očima srednjovekovnog čoveka, suština ostaje: skoro sve globe u DZ su tako visoke, da ih pojedinac, pogotovo sebar, ne bi mogao lako sam platiti. Zato je verovatno da su propisivane upravo imajući na umu kuću, često zadrugu sa velikim brojem članova, te da stoga nisu toliko stroge kako se na prvi pogled čini.

Posebni slučajeva je više. U svima se kao subjekt javlja administrativno-teritorijalna jedinica – selo ili grad. Postoji i odgovornost “okoline” ili “okolnih sela”, ali je jasno da to ne označava određenu teritoriju, već neodređen broj sela u blizini mesta izvršenja dela.²⁰ Razlike među subjektima ne upućuju na različite osnove za uvođenje kolektivne odgovornosti, već je kod svakog krivičnog dela njome obuhvaćen onaj kolektiv koji ga je u praksi mogao učiniti.²¹ Daleko je bitnija podela po osnovu odgovornosti.

U nekim slučajevima zajednica odgovara za delo koje je učinio pojedinac, nalik na opštu odgovornost kuće. U drugima, iako postoji veza između dela pojedinca i odgovornosti zajednice, on ne mora njoj pripadati, već postoji zasebna obaveza kolektiva u vezi sa delom. U trećima se pretpostavlja da je većina pripadnika zajednice učestvovala u izvršenju dela, pa se zato ona kao celina i poziva na odgovornost.

U *prvu kategoriju* spadaju slučajevi paljevine, krađe i razbojništva, neovlašćenog kovanja novca i ubijanja konja. Čl. 99. DZ predviđa da u slučaju paljevine kuće, gumna, slame ili sena selo mora predati krivca vlastima: ako to ne učini, moraće da plati ono što bi on platio, dok po čl. 100. slično važi za okolinu i onoga koji je van sela zapalio gumno ili seno. Kolektivna odgovornost ovde postoji jer se radi o opšte opasnom delu koje je moglo izazvati veliku štetu i stradanje; a kako je učinilac mogao ostati nepoznat, kazna – barem imovinska – je pogađala kolektiv kojem je on pripadao i, još bitnije, koji je imao dužnost da ga nađe i preda državnom sudu. Solovjev i Taranovski smatraju da zajednica može po raz-

¹⁹ Ljubomirka Krkljuš, “Kolektivna odgovornost u Dušanovom zakoniku”, *Dušanov zakonik – 650 godina od njegovog donošenja*, Banja Luka 2000, 150.

²⁰ Jer delo nije učinjeno *unutar* sela ili grada, već na obližnjoj (tuđoj ili državnoj) teritoriji.

²¹ Taranovski, naprotiv, posebne slučajeve grupiše upravo po subjektima. T. Taranovski, 379–380.

matranju okolnosti slučaja sama odlučiti da li da preda učinioca ili plati štetu, u zavisnosti od toga da li ovaj zaslužuje zakonom propisanu kaznu.²²

Slična je i odgovornost sela u čl. 199, koji postoji samo u Rakovačkom prepisu. "I ako konj lipše u kom selu, a ne bude ga selo ubilo ni odgnalo, no umrlo ot Boga, da ne plate ništa." Deluje da je po običajnom pravu postojala odgovornost sela za smrt konja, a da se sada od nje izuzima slučaj kada konj umre ne nasilno ili zato što je oteran, već prirodnom smrću ili slučajem. Učinilac verovatno nije celo selo: mada broj seljana može oterati konja sa svoje zemlje, samo ga pojedinac može ubiti. Verovatno je i ovde kolektivna odgovornost propisana zbog teškog utvrđivanja pojedinačnog krivca i vrednosti zaštitnog objekta.

Čl. 145, koji započinje poznatu novelu o tatima i gusarima, predviđa da se selo u kojem se neki od njih nađe raspe (raseli sa dotadašnjeg mesta), i to ne umesto, već *pored* telesne, odnosno smrtne kazne koja pogađa samog zločinca. Gospodar sela se takođe ima kazniti kao lopov ili razbojnik, a biće dužan i da plati odštetu i globu za sve što je ovaj učinio.²³ Novaković lepo primećuje da su ovako stroge kazne uvedene zbog jake težnje vlasti da se krađa i razbojništvo iskorene, ali izražava sumnju u njihovu primenu u praksi.²⁴ Taranovski zapaža da se ova novela verovatno ne odnosi na pojedinačne slučajeve krađe ili razbojništva, već na poznate, "profesionalne" zločince.²⁵ Povlačeći paralelu sa nekim stranim pravima, on smatra da se ovde implicira *inquisitio terrae generalis*, i da kazna rasapa pogađa selo tek ako ono ne preda učinioca, a on potom bude nađen u okviru generalne istrage, što podržava i Solovjev.²⁶ Z. Mirković navodi da "pošto srednjovekovna srpska država, kao i srednjovekovne evropske države uopšte, ima skroman državni aparat, ona nameće postojećim teritorijalnim zajednicama i njihovim organima vlasti obavezu da sprovedu generalnu istragu."²⁷

²² Vidi A. V. Solovjev 1980, 257–258 i T. Taranovski, 463–464.

²³ Čl. 146. i 147. proširuju ovu odgovornost na starešine sela (knezove, premičure, vladalce...), ako nisu izvestili gospodara, i same gospodare, ako su ignorisali obaveštenja. U ovom poslednjem slučaju se misli na vlastelina kome to selo pripada, ali koji se, po logici stvari, neće nalaziti u samom selu, pa odgovara tek ako je obavešten o postojanju zločinca. Vidi i A. V. Solovjev, 295.

²⁴ S. Novaković 1898, 233.

²⁵ T. Taranovski, 458. To se može zaključiti i po karakteru same kazne, koja je oštrija od ranije postojećih po običajnom pravu i Skraćenoj Sintagmi.

²⁶ A. V. Solovjev 1980, 294.

²⁷ Zoran S. Mirković, "O merama protiv lopova, razbojnika i hajduka u srpskoj pravnoj istoriji", *Istražne radnje i pomoćna sredstva u sudskim postupcima kroz povijest* (ur. M. Gardaš), Osiijek 2010, 52. Zanimljivo je da se po čl. 149. podjednako jakim dokazom kao hvatanje na delu ili pronalaženje lica (ukradene stvari) smatra i predavanje učinioca vlastima od strane "župe, ili se-

Kumulativno sa kažnjavanjem samog krivca kazna rasapa pogađa selo i po čl. 169. DZ, ako se u njemu nađe ilegalni zlatar koji tajno kuje novac. Ako se to desi u gradu, grad će morati samo “da plati globu što reče car” Logično je da se gradovi, kao trajnije naseobine, nisu mogli rasturiti, a s obzirom na njihovu ekonomsku i odbrambenu ulogu, to ne bi državi bilo isplativo sve i kada bi bilo lako moguće. Zanimljivo je što DZ ovde ne određuje fiksni iznos kazne, već ostavlja caru da ga u svakom konkretnom slučaju odredi. Taranovski smatra da je tu, kao i u slučaju krađe, postojala dužnost sela i grada da ilegalnog zlatara prijave vlastima.²⁸

Očigledno je da su ove odredbe nastale zbog potrebe da se ojača prevencija i represija ozbiljnih i opasnih krivičnih dela čije učinioci je često teško uhvatiti. Iako podaci o primeni DZ nisu sačuvani, očito je da su ove mere bile efikasne, jer su neke od njih – pogotovo one o suzbijanju krađe i razbojništva²⁹ – preuzimane u brojnim kasnijim izvorima na ovim prostorima. Od Sulejmanove Kanun-name³⁰, preko prakse magistrata u ustaničkoj Srbiji³¹, do Karađorđevog zakonika³², lako je zapaziti postupanje sa lopovima, razbojnicima i hajducima koje nalikuje na ono predviđeno u DZ. Ipak, reći da je potreba za efikasnom zaštitom od opasnih zločina razlog za uvođenje kolektivne odgovornosti u ovim slučajevima bi bilo preskakanje koraka u logičkom nizu. Zbog potrebe za efikasnošću koju tadašnja država nije mogla da obezbedi uvedena je obaveza zajednice da pronade krivca i preda ga vlastima. Tek ako zajednica ne uspe u tome, pogađa je kazna, specifična ili ona koja je predviđena za učinioca, a kolektivna odgovornost u ovim slučajevima predstavlja sankciju za kršenje *zakonom predviđene kolektivne obaveze*. Dakle, navedena dela nisu suštinski različita od onih iz sledeće grupe, već se istim odredbama propisuju sankcije za pojedinca koji izvrši

lom ili gospodarem, ili vlastelinu koji je nad njim”, u kojim slučajevima ne bi imali pravo na pomilovanje. Moguće je da se upravo u takvim slučajevima računalo da je zajednica, istražujući samostalno krivično delo, sigurno našla dokaze koji neposredno terete krivca, inače ga ne bi predala na izvršenje smrtne ili teške telesne kazne. Zanimljivo je i što se kao subjekt koji predaje učinioca javlja župa, iako se ne pominje njena obaveza istrage niti adekvatna odgovornost.

²⁸ T. Taranovski, 380.

²⁹ Osim sopstvenom kvalitetu, ove odredbe se za svoju višestruku reinkarnaciju mogu zahvaliti neprekidnoj aktuelnosti problema hvatanja lopova i razbojnika u Srednjem i Novom veku.

³⁰ I pojedinačnih akata donetih pre i posle nje; vidi detaljnije Z. S. Mirković 2010, 52–53.

³¹ Vidi S. Novaković 1898, 234 i A. Solovjev 1980, 295, a takođe Z. S. Mirković 2010, 53–54.

³² Vidi Z. S. Mirković, *Karađorđev zakonik (krivično, porodično i državno pravo ustaničke Srbije)*, Beograd 2008, 141–153. Doduše, sama kazna nije preuzeta iz srednjovekovnog srpskog, već iz savremenog austrijskog prava: vidi *ibid.*, 152–153 i Z. S. Mirković 2010, 58–59.

određeno krivično delo i za kolektiv koji nije izvršio svoju obavezu da pojedinca preda vlastima.

U drugoj kategoriji je obaveza kolektiva eksplicitno izražena, verovatno zato što ju je potrebno naglasiti kada učinilac ne pripada zajednici. Tu spadaju nepredavanje lopova, krađa i razbojništvo na gradskoj zemlji i na pustom brdu među župama, kao i krađa carskih svinja. U čl. 92. se zapravo radi o propisanom balansu samopomoći i poštovanja sudskog postupka: čovek koji u divljini i pustoši prepozna kod drugoga svoju stvar ima pravo da ovoga samostalno uhapsi, ali samo da bi ga odveo do najbližeg sela, gde ga mora ostaviti na čuvanje, dok sam ode da pozove sudije. Tek se u drugom delu javlja obaveza i moguća odgovornost sela: ako ono ne sačuva osumnjičenog i ne može ili neće da ga preda sudu, biće dužno da plati šta sud odredi. Ovaj propis je drugačiji od odredaba o lopovima i razbojnicima po tome što osoba ostavljena na čuvanje ne mora biti iz sela. Mada se sigurno nisu svi seljani faktički starali da uhapšeni ne pobjegne, na svima, to jest na selu kao zajednici, je bila obaveza da ga sačuvaju.

Čl. 126. naređuje da okolina plati naknadu za sve što se na gradskoj zemlji ukrade ili otme od strane razbojnika. Novaković smatra da je tu reč o jemstvu za krivična dela čiji krivac nije uhvaćen³³, dok Solovjev ovde vidi "antagonizam između grada i sela", jer su susedni seljaci često pljačkali takve posede bogatijih građana.³⁴ U oba shvatanja ima istine: izgledno je da su mnogi lopovi i razbojnici poticali iz obližnjih sela, ali da je okolina imala dužnost da štiti gradsku zemlju od zlonamernika i odgovarala ako je ne izvrši. Jer, građani ne bi mogli dobro voditi računa o dešavanjima izvan zidina, pogotovo noću, dok su okolna sela bila u daleko boljoj poziciji za to. Sličan je i čl. 158, gde se naređuje da ukoliko među župama postoji neko pusto brdo, okolna sela moraju na njemu čuvati stražu. Ako u toj obavezi ne uspeju, moraju nadoknaditi svaku štetu koja na tom brdu nastane usled krađe, razbojništva ili drugih razloga.³⁵

Čl. 191, još jedan kojeg nema van Rakovačkog prepisa, određuje sličnu vrstu odgovornosti pomalo konfuzno: "I ako gusar ukrade svinje careve, da plati okolina; ako li se ukradu svinje, da se sudi svinjar s župom, što reče sud." Može

³³ S. Novaković 1898, 223.

³⁴ A. V. Solovjev, 280. Ovaj podatak autor uzima iz dubrovačkih sudskih knjiga.

³⁵ Prethodni čl. 157. reguliše obavezu čuvanja straže na putevima (doduše, nju moraju postaviti i za nju odgovaraju kefalije) i odgovornost nadležnih, dok ništa ne propisuje za teritoriju sela i grada. Izgledno je da se tu obaveza stražarenja podrazumevala po običajnom pravu, pa i malo pre pominjani čl. 126. samo propisuje sankciju, ne osećajući potrebu da napomene samu obavezu, odnosno njeno kršenje koje bi do sankcije dovelo. O običajnopравnim korenima ovih obaveza svedoči i povelja kralja Stefana Dragutina Hilandarar. Vidi S. Novaković (izd.), *Zakonski spomenici srpskih država srednjega veka*, Beograd 1912, 387, kao i A. V. Solovjev 1980, 303–304.

se zaključiti da prvi deo propisuje već poznatu odgovornost okoline, a da je ovaj slučaj naglašen zbog ekonomskog značaja svinjarstva za državne prihode.³⁶ U vezi sa drugim delom Solovjev iznosi dve hipoteze: on se ili odnosi na krađu (a prvi na razbojništvo), ili samo pojašnjava postupanje u slučaju iz prvog dela: da “svinjar treba da tuži župu kao celinu pred sudom, a sud će odrediti koja su okolna sela dužna da plate.”³⁷ Prvo tumačenje nije dosledno, pošto se u oba dela koristi reč *ukrasti*, te se ne može odsustvo pomena razbojnika u drugom razumeti tako da se nužno radi o lopovu. Drugo tumačenje je zato verovatnije; iako se može prigovoriti da DZ nigde ne određuje župu za subjekta kolektivne odgovornosti, treba imati na umu da takvih primera ima u poveljama i ugovorima³⁸, da se župa i u DZ javlja kao subjekt prava ili obaveza, kao i da se ovde ne radi o odgovornosti župe, već o njenom pojavljivanju u ulozi procesnog subjekta čiji je zadatak da pomogne sudu da suzi opseg primene ove norme i odredi odgovorne subjekte. Osim toga, Novaković napominje da je žiropađa (pravo napasanja svinja) “bila podeljena ne po selima, nego po župama, jer se nije nalazila u selima nego po šumama, između sela. Prema tome je i odgovornost dolazila ne na sela nego na župe.”³⁹

Treća kategorija, gde nema pojedinca-učinioca, već delo vrši zajednica kao takva, obuhvata iskopavanje i spaljivanje mrtvacu, napad na selo umrlag i imanje odbeglog vlastelina, potku između sela, osramoćenje sudije i odbijanje priselice trgovcima. Čl. 20. DZ predviđa dve kategorije učinilaca i kazni za praznoverno iskopavanje i spaljivanje mrtvacu za koje se veruje da su vampiri, odnosno vukodlaci: selo koje to učini je dužno da plati vraždu, a ako pop učestvuje u tome, biće raščinjen. Pop je potencijalni saučesnik: glavni učinilac je selo. Ovo nije čudno: i u novijim običajima se vidi da je u ovakvim “poduhvatima” obično učestvovalo ako ne celo selo, ono većina odraslih ljudi.⁴⁰

Čl. 58. predviđa odgovornost okoline za paljevinu ili kakvu drugu štetu pričinjenu selu koje je pripadalo umrlom vlastelinu. Moglo se desiti da se stanovnici iz okoline okrenu protiv sela koje je ostalo bez zaštite, bilo zarad pljač-

³⁶ Vidi *ibid.*, 262 i A. V. Solovjev 1980, 327–328.

³⁷ *Ibid.*, 328.

³⁸ Vidi povelje Stefana Dečanskog Dubrovčanima iz 1321. i 1326. u Ljubomir Stojanović (izd.), *Stare srpske povelje i pisma, Knjiga I: Dubrovnik i susedi njegovi, prvi deo*, Beograd – Sremski Karlovci 1929, 40–41. Uporedi S. Novaković 1912, 163 i Franja Miklosich (izd.), *Monumenta Serbica: spectantia historiam Serbiae Bosnae Ragusii*, Vienna 1858, 85. Vidi takođe A. V. Solovjev 1980, 328.

³⁹ S. Novaković 1965, 26–27.

⁴⁰ Vidi S. Novaković 1898, 158–159 i A. V. Solovjev 1980, 187–188.

ke, bilo kao osvetu za tlačenje koje su doživeli za vlastelinovog života.⁴¹ Budući da se radi o napadu na čitavo selo, očito je da je bio potreban veći broj učinilaca iz okoline, koja zato i odgovara kolektivno. Čl. 144. predviđa naizgled sličnu situaciju – napad na imanje odbeglog vlastelina – ali ovde se radi o kući i imovini samog vlastelina, biće dela nije pričinjavanje štete, već pljačka, a kao učinioци se određuju okolna sela i župa – dakle, šira oblast. Član se završava rečima “oni-zi koji to-zi učine da se kažu kako nevernici carstva mi”, što upućuje na kažnjavanje neposrednih učinilaca. Taranovski zato tvrdi kako se župa u DZ “nikad ne uzima na odgovornost, iako se na jednom mestu (čl. 144) navodi kao učinilac krivičnog dela.”⁴² Ali, nije li ovo objašnjenje kontradiktorno? Ako se župa navodi kao učinilac, zar i ona ne spada upravo u “one koji to učine” koji će se kazniti kao nevernici? Očigledno je i ovde reč o pravom kolektivnom deliktu, ali su učinioци, iako je upotrebljen veznik “i”, zapravo navedeni alternativno: to mogu biti okolna sela *ili* čak čitava župa, a oni od njih koji budu odgovorni će biti kažnjeni na propisan način.⁴³

Čl. 77, koji reguliše potku (povredu seoske međe), predviđa dva slučaja ovog dela: jedan je potka među selima, za koju je kazna 50 perpera, a drugi je povreda međe od strane Vlaha i Arbanasa, gde iznosi čak 100. U prvom slučaju se kao učinilac uzima čitavo selo, što na prvi pogled može delovati nelogično i može se pomisliti da je reč o odredbi iz prve kategorije – da selo odgovara za delikt pojedinca. Ipak, nije reč o granici malog ličnog poseda, već o međi koja razdvaja dva sela, za koju su korišćene krupnije oznake, uključujući i postojeće geografske objekte: shodno tome, bio bi potreban kolektivan trud za njenu povredu.⁴⁴ I kod Vlaha i Arbanasa je reč o povredi međe od strane grupe pasti-

⁴¹ Vidi S. Novaković 1898, 182 i A. V. Solovjev 1980, 221–222.

⁴² T. Taranovski, 380.

⁴³ Kaznu za neveru DZ ne određuje, iako na nekoliko mesta određuje da se ona primenjuje i na druga dela, svakako jer je po običajnom pravu već bila poznata. U nauci se smatra da je učinioца pogađala konfiskacija celokupne imovine, a možda i smrtna kazna. Vidi T. Taranovski, 477–480. Ipak, izgledno je da se u slučaju primenjivanja ove kazne na kolektiv koristila samo konfiskacija.

⁴⁴ Detaljnije o izgledu i funkciji seoskih međa vidi u S. Novaković 1965, 65–67, Mirko R. Barjaktarović, *O zemljišnim međama u Srba*, Beograd 1952, 7–16 i naročito 38–42, Snežana Božanić, “O zemljišnim međama srpskog srednjovekovnog sela”, *Istraživanja* 20/2009, naročito 58–63 i S. Božanić, “Srpsko srednjovekovno vlastelinstvo: mikrotoponimija prostora”, *Istraživanja* 21/2010, 111–115. O značaju međa vidi i Miloš Blagojević, “Sporovi oko srednjovekovnih međa”, *Zbornik Matice srpske za istoriju* 71–72/2005, 7–28 i Branko Peruničić, *Srpsko srednjovekovno selo*, Beograd, bez podataka o godini izdanja, 8.

ra koji sprovode svoje stado na pašnjake ili su u selidbi između letnjih i zimskih staništa.⁴⁵

Čl. 111. predviđa sankciju za osramoćenje sudije: konfiskaciju imovine ako je učinilac vlastelin, rasap i zaplenu ako je u pitanju selo. U pitanju je pravi kolektivni delikt. Po Taranovskom, “da jedan vlastelin, jedna vrsta vladaoca na svoje vlastelinstvu, drži se oholo prema državnom sudiji te ga osramoti, to je moguće, ali da se na isto odvaži jedan seljak, to skoro sasvim nije moguće te ne valja ni da se predviđa. Međutim celo selo, gomila istih seljaka, može da u izvesnim prilikama izađe iz obične pokornosti prema vlasti, o čemu je socijalna stvarnost Dušanovog doba sigurno pružala dovoljno empiričkog materijala.”⁴⁶

Trgovci su imali pravo priselice, to jest noćišta po selima na putu. Po čl. 159, ako ih vladalac ili gospodar sela uprkos tome ne pusti da u selu prenoće, onda on i samo selo imaju obavezu da nadoknade štetu koju putnici pretrpe. Na prvi pogled deluje nelogično da čitavo selo odgovara za samostalan postupak njegovog upravnika. Ipak, moguća su dva objašnjenja. Prvo, radi se o obavezi sela, pa se vladalac može pojaviti u ulozi zastupnika kolektiva. Drugo, moguće je – kako Solovjev navodi – da selo i njegov gospodar nisu odgovarali zajednički, već alternativno, to jest da je odgovornost samog sela bila predviđena “u slučaju da u selu nije bio prisutan ni gospodar ni njegov upravnik.”⁴⁷

Može se zaključiti da se u svim slučajevima kolektivne odgovornosti u DZ zajednica pojavljuje kao celina koja nadilazi skup slučajno povezanih pojedinaca, koja ima određena prava i obaveze i u skladu sa time odgovara za svoje delikte. U slučaju opšte kolektivne odgovornosti (porodice, odnosno kuće), kao i u prve dve kategorije posebne, delikt se sastoji u kršenju specifične obaveze koja pripada zajednici: da spreči⁴⁸ svoje članove u vršenju protivpravnih radnji, da ih preda vlastima ukoliko ipak učine delikt ili da se stara o čuvanju određenog lica ili teritorije. Zakon ne zalazi u raspodelu faktičkog vršenja tih dužnosti među pojedincima: to je unutrašnja stvar kolektiva, i on kao celina će odgovarati ako ne izvrši svoju obavezu. Iako se vidi da tu postoji razlika između odgovornosti kuće, kao uske porodične zajednice, i širih kolektiva poput sela, ta razlika je u trenutku *nastanka* ove vrste odgovornosti morala biti izuzetno mala, ako

⁴⁵ Ovo je u skladu i sa odredbom čl. 79, gde se sela pojavljuju kao stranke u parnici oko međa. Vidi T. Taranovski, 379. Ovde se ne radi o kolektivnoj odgovornosti, već o procesnoj legitimaciji sela.

⁴⁶ T. Taranovski, 453.

⁴⁷ A. V. Solovjev 1980, 304.

⁴⁸ I to na nivou kako generalne (vaspitanjem, utvrđivanjem moralnih normi i vrednosti), tako i specijalne (vođenjem računa o postupcima pojedinca) prevencije.

je i postojala. Umesto uske kuće, nekada je odgovarala velika zadruga, a selo u prvo vreme nije bilo sastavljeno od međusobno nezavisnih domaćinstava, već je predstavljalo teritoriju na kojoj su se naselili pripadnici jednog roda.⁴⁹ Oboje se sa vremenom izmenilo, ali suština je da se radi o zajednicama sa visokim stepenom bliskosti i uzajamne povezanosti članova, gde je normalno da kolektiv odgovara (i pravno i moralno) za postupke svojih pripadnika.⁵⁰ U trećoj kategoriji posebne odgovornosti zajednica kao celina se javlja kao učinilac delikta. Reč je o krivičnim delima koja je samo veća grupa u stanju da izvrši ili su dodatno opasna ako se vrše kolektivno. S obzirom na (ograničenu) pravnu sposobnost zajednice, ona se i ovde kažnjava kao celina, bez obzira na to da li su svi njeni pripadnici direktno učestvovali u izvršenju dela.

Naravno, kolika god da je solidarnost zajednice, kolektivna odgovornost ne bi bila efikasna bez odgovarajućih regulativnih mehanizama unutar nje, to jest takve organizacije da ona može obavezivati svoje članove na određeno ponašanje i kažnjavati ih za delikte.⁵¹ U porodici je ta vlast ležala u rukama glave kuće, a država se u interne stvari među srodnicima većma nije mešala. Ipak, takvih propisa nema ni za selo ili župu: svakako, jer je ta materija odavno bila uređena običajnim pravom. O tome posredno svedoči i krivično delo zbora sebara iz čl. 69. DZ, pokazujući da su, u prisustvu vlastelina ili njegovih predstavnika, ovi zborovi bili ne samo legalni, već i redovan način raspravljanja pitanja bitnih za selo. Ima i indicija da je selo moglo suditi svojim stanovnicima.⁵² Nameće se pitanje kakav je bio status tih kolektiva kada su oni, makar i samo u nekim stvarima, imali autonomno unutrašnje uređenje, kao i pravnu, poslovnu i deliktnu sposobnost?

Novaković, kao što je već navedeno, smatra da selo u državi, a kuća u selu, predstavljaju upravne jedinice, korišćene u fiskalne svrhe i za potrebe krivičnog

⁴⁹ Vidi S. Novaković 1965, 72. O ovome svedoči i postojanje većeg broja sela i zaselaka, još i u Novom veku, koja nose ime, odnosno prezime, roda ili porodice od kojih su nastala – npr. Popovići, Ivanovci i sl. Vidi *ibid.*, 102.

⁵⁰ Novaković zastupa suprotno gledište, po kojem je solidarnost šireg kolektiva (konkretno sela) nastala usled kolektivne odgovornosti nametnute od strane države (vidi *ibid.*, 82), ali teško je zamisliti da je razvoj zaista tako tekao. Da je kolektivna odgovornost nametnuta zajednici čiji su članovi bili međusobno potpuno otuđeni i u kojoj nije postojala svest o zajedničkim potrebama, pravima i obavezama, pre bi kao rezultat imala pobune i negodovanje stanovništva nego izazivanje takvog kolektivnog duha. Može se Novakovićevoj logici priznati da je dotični oblik odgovornosti sigurno pogodovao *opstanku*, pa možda čak i učvršćivanju ovakve organizacije unutar sela, ali on je nije mogao izazvati da je ranije uopšte nije bilo.

⁵¹ "Inače bi zločinci mogli upotrebiti selo kao siguran zaklon, i iza njega mirno i bez kazne činiti zla po okolini, ostavljajući selu da ih naknada i odgovornost za njih tegli. *Ibid.*, 82.

⁵² Vidi Taranovski, 497–499, a naročito A. V. Solovjev 1980, 230–233.

jemstva.⁵³ Ipak, on to ne povezuje sa drugim vrstama obaveza ovih zajednica, pa ne izvodi opšti zaključak. Peruničić, govoreći o kolektivnoj odgovornosti i zajedničkim odlukama donošenim na seoskim zborovima, zaključuje da je selo “u svojim okvirima pretstavljalo neku autonomiju, iako teritorijalno malu.”⁵⁴

Solovjev, pak, iznosi tezu da ovi kolektivi imaju status pravnih lica. Nažalost, on je ne argumentuje, ali kategorički podvodi razmatrane slučajeve kolektivne odgovornosti pod krivičnu odgovornost pravnih lica.⁵⁵ Iako se pojam pravnog lica kao takav nije koristio u Srbiji, nesumnjivo je da su ona postojala, pre svega u liku crkava i manastira.⁵⁶ Što se pak svetovnih pravnih lica tiče, mišljenja su duže vreme podeljena.

Prvi je njihovo postojanje u Srbiji razmatrao Zigelj. On zaključuje da se svojstvo pravnog lica može priznati gradovima, budući da im DZ u čl. 124. garantuje nepovredivost imovine⁵⁷ i da su izdavane povelje u njihovu korist.⁵⁸ Selima on, iako navodi brojne argumente u prilog toga, ne priznaje ovo svojstvo, smatrajući za presudne činjenice to što su ona uvek direktno potčinjena položaju feudalca i što im nisu izdavane povelje, te zaključuje da na njih treba gledati “какъ на цондоминиум, а не какъ на юридическое лице.”⁵⁹ A ako se selo ne može smatrati pravnim licem, tim pre to važi za župu i okolinu. Zigelj kao neophodan uslov za konstituisanje pravnog lica smatra akt vrhovne vlasti – hrisovulju.⁶⁰

Taranovski smatra da ima više argumenata u prilog ovakvog statusa sela nego gradova. On obrazlaže kako Zigeljeva hipoteza ne može obuhvatiti sve gradove u državi, pogotovo srpske gradove u unutrašnjosti “jer nisu ti poslednji bili kakva autonomna tela, niti su uopšte bili u javnopravnom odnosu izuzeti od opšteg režima za župe i sela.”⁶¹ Primećujući kod sela kako privatnopravni subjektivitet, tako i procesnu legitimaciju, on ističe da je Zigeljevo shvatanje o neophod-

⁵³ S. Novaković 1898, 179.

⁵⁴ B. Peruničić, 8.

⁵⁵ A. V. Solovjev 1928, 145 i dalje. On ističe kako je ova institucija postepeno prodirala i u romejsko pravo, isprva samo u fiskalnoj, ali kasnije i u krivičnopravnoj materiji. Vidi *ibid.*, 148.

⁵⁶ O njihovom statusu i organizaciji kao pravnih lica vidi T. Taranovski, 539–552.

⁵⁷ Po starom izdanju čl. 148. Treba imati na umu da se ovaj član odnosi samo na romejske gradove.

⁵⁸ Θ. Зигель, *Законникъ Стефана Душана*, Санктпетербургъ 1872, 166–167.

⁵⁹ *Ibid.*, 167–168.

⁶⁰ *Ibid.*, 169.

⁶¹ T. Taranovski, 553. Ipak, i sam na istom mestu navodi nekoliko argumenata koji upućuju na to da je grad mogao biti subjekt prava.

nosti akta vlasti za nastanak pravnog lica suviše rigorizno za Srednji vek koji i dalje mnogo polaže na običajno pravo, te da je moguće “da je selo bilo starije od države te se njegov pravni položaj opredeljivao mimo neposredne intervencije države i njenog zakonodavstva.”⁶² Na kraju zaključuje da je selo moglo “u izvesnom krugu odnosa istupati kao pravni subjekt, kao pravno lice.”⁶³ Ovaj stav je čak suviše oprezan: jer, osnovno obeležje pravnih lica jeste upravo to da je njihova pravna i poslovna sposobnost ograničena na određeni krug odnosa u kojima mogu učestvovati s obzirom na svoju prirodu i delatnost.

Šarkić smatra da su romejski i primorski gradovi, kao i sela, imali status pravnih lica. U pogledu gradova u unutrašnjosti tvrdi da se ne može sa sigurnošću odrediti njihov status zbog oskudnosti očuvanih podataka, dok se u slučaju župa priklanja stanovištu da one nisu bile pravna lica.⁶⁴

Dakle, ima dosta osnova da se zaključi da su sela i navedene dve kategorije gradova imali status pravnih lica. Za srpske gradove i župe se to ne može sa sigurnošću tvrditi, ali je izvesno da im je priznavan bar određeni stepen subjektiviteta. O okolini ne može biti reči, ali ona i ne označava nikakvu zasebnu konstrukciju, već samo zbirnu odrednicu za veći broj sela.

Koliko god možda smatrana upravnom jedinicom, kuća teško da je bila pravno lice u klasičnom smislu. A odgovornost ostalih kolektiva je izrasla iz odgovornosti kuće. Svima je unutrašnja organizacija nastala na patrijarhalnoj osnovi brige o zajedničkim interesima: o većini najbitnijih pitanja odlučuje ceo kolektiv, odnosno njegovi odrasli članovi, ali se neka pitanja nalaze u isključivoj nadležnosti poglavara.⁶⁵ Zato, kolektivna odgovornost u DZ se može razmatrati sa dva aspekta: klasičnog shvatanja kolektivne odgovornosti i krivične odgovornosti pravnih lica. Prvi aspekt je za istorijsku disciplinu podobniji, budući da se i moderna shvatanja o kolektivnoj odgovornosti zasnivaju dobrim delom što na njenom istorijskom razvoju, što na teorijsko- filozofskoj opravdanosti.⁶⁶ Ipak, oboje bi zahtevalo analizu koja prevazilazi opseg ovog rada.

⁶² *Ibid.*, 554.

⁶³ *Ibid.* U pogledu položaja župe i okoline se pretežno slaže sa Zigeljem.

⁶⁴ Srđan Šarkić, “Natural Persons (Individuals) and Legal Persons (Entities) in Serbian Medieval Law”, *Zbornik radova Vizantološkog instituta* XLV, 2008, 226–227.

⁶⁵ “Od zadruge, odnosno kuće kao njenog središta, polazilo se u svakom poduhvatu *državnom i narodskom*. [Podvukla N. K.] Na čelu zadruge stajao je njen starešina koji je vršio raspored rada, brinuo se o zadržnoj [*sic!*] imovini, zastupao zadrugu pred sudom i bio njen pretstavnik na seoskom zboru i drugim manifestacijama narodnim.” B. Peruničić, 88. Da li je ovo toliko različito od uobičajenog položaja predstavnika, odnosno zastupnika pravnog lica?

⁶⁶ Vidi npr. D. E. Cooper, “Collective Responsibility”, *Collective Responsibility: Five Decades of Debate in Theoretical and Applied Ethics*, edited by L. May and S. Hoffman, Lanham 1991; Peter

ZAKLJUČAK

Kolektivna odgovornost nije samo široko prisutna u Dušanov zakonik, već se može reći da predstavlja primarni i dominantni oblik odgovornosti.⁶⁷ Kod većine krivičnih dela odgovornost za postupak pojedinca snosi kuća kojoj on pripada, a u određenim posebnim slučajevima to može biti i šira zajednica, najčešće selo.

Objašnjenje njenog uređenja se, međutim, ne može svesti na nekoliko rečenica o zastarelom i nerazvijenom obliku odgovornosti, niti o nepravednom rešenju izazvanom samo praktičnim potrebama države koja nije imala volje ili mogućnosti da traži pravog, individualnog učinioca. Ako se Srbiji Dušanovog vremena u vezi sa ovim može staviti u teret nerazvijenost, to će biti privredna, a ne pravna. Ekonomski razlozi su većini stanovništva i dalje diktirali neophodnost pripadanja zajednici radi opstanka; potkrepljeni ovim razlozima, običaji i tradicija su tretirali kolektiv, a ne pojedinca, kao glavnog subjekta društvenih odnosa, što će reći i prava – pa samim time i glavno odgovorno lice u krivičnom pravu.

Sa pravne tačke gledišta se ovoj regulativi ne može prigovoriti ni nerazvijenost, ni, kada se gleda iz ugla srednjovekovnog pravnika, nepravičnost. Zajednice koje se pojavljuju kao subjekti krivične odgovornosti su, po svemu sudeći, imale status pravnih lica i mogle posedovati prava i obaveze kako u javnom, tako i u privatnom pravu. Kod svih krivičnih dela gde postoji kolektivna odgovornost, bila to ona opšta ili jedan od posebnih slučajeva, kao učinilac se zaišta javlja zajednica, koja je kao telo koje nadilazi prosti skup pojedinaca učinila neku kažnjivu radnju ili, pak, propustila da izvrši zakonom propisanu obavezu. Možda bi neko, gledajući očima modernog posmatrača, samu činjenicu da je zajednica imala brojne obaveze u prevenciji i suzbijanju kriminaliteta nazvao nazadnom. Ali tu se, treba ponovo podvući, radi o uslovima slabe *ekonomske* razvijenosti; pravna regulativa, pak, koja je usled toga nastala, je sasvim logična i kvalitetna. U očima srednjovekovnog čoveka je ideja da zajednica može biti subjekt odgovornosti bila podjednako razumna i pravična kao i (današnjem čove-

French, *Collective and Corporate Responsibility*, New York: Columbia University Press 1984 i Joel Feinberg, "Collective Responsibility", *Collective Responsibility: Five Decades of Debate in Theoretical and Applied Ethics*, edited by L. May and S. Hoffman, Lanham 1991.

⁶⁷ Nije na odmet podsetiti da u DZ, uostalom kao i drugde u većem delu Srednjeg veka, nije bila izdiferencirana krivična od odgovornosti za štetu, što se reflektuje i na kolektivnu odgovornost, na šta ukazuje i Dragaš Denković, "Odgovornost javnih službenika u srednjovekovnom srpskom pravu", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1–3/1972, 169–171.

ku razumljivije) univerzalno načelo da samo odgovorno lice snosi pravne posledice svojih postupaka. To ne treba gubiti iz vida pri proučavanju, pa i pri površnijem posmatranju srednjovekovnog prava.

NINA KRŠLJANIN, LL.M.,
Assistant, Faculty of Law,
University of Belgrade

COLLECTIVE RESPONSIBILITY IN DUSHAN'S CODE

Summary

The paper addresses the issue of collective responsibility in the XIV century Serbian Code of Emperor Stephan Dushan. The author stresses that it is often falsely assumed to be an unfair institute that signifies an immature legal system, whereas it is in fact strongly based in the legal understanding of that era. Any community (a house (family) at the basest level, but also a village or a city) was considered responsible for the wrongdoings of its members. The author reveals that communities themselves, many of which have had (speaking in modern terms) the status of legal entities, were considered guilty. For they were either obliged to control their members' behaviour (both through preventive and repressive measures), or to perform some sort of collective duty (such as maintaining safety in the village surroundings). It was then normal and just for the ones who failed in those duties to be adequately punished. Finally, some of the cases in which collective responsibility is prescribed are true collective crimes that can only be committed by an organised group. Thus collective responsibility in Dushans Code must be regarded as a finely developed, fair and adequate institute for its time and circumstances.

ANGEL RISTOV

EVROPSKI GRAĐANSKI ZAKONIK – Utopija ili realnost –

U V O D

U savremenim uslovima globalizacije, internacionalizacije poslovanja i tržišta kapitala, povećanje mobilnosti transporta robe, usluga i radnih odnosa u kojima stupaju građani Evrope, dolazi do prevaziđenja nacionalnih granica i barijere postaju složenije. Masovne migracije ljudi, za razliku od prošlosti, doprinose da oni poseduju imovinu, u nekoliko zemalja u Evropi. Pored toga, sve je veći broj fizičkih i pravnih lica koji ulaze u obligacionim odnosima sa pojedincima i pravnim licima iz drugih zemalja u Evropskoj uniji. Značajan je porast broja građana i pravnih lica koja stiču vlasništvo nekretnina u nekoliko država Evrope, a sve veći je i broj brakova između građana različitih zemalja u Evropi. Zbog ovih razloga, u porastu su i ostavinski postupci u kojima je strani element sve više prisutan, što otežava ostvarivanje prava nasleđivanja naslednika. Uprkos ovim savremenim trendovima u Evropi, počevši od osnivanja Evropske zajednice, postoje velike razlike između pravnih sistema zemalja u Evropi. Raznolikost građanskog prava u Evropi, postoji pre svega zbog razlike koje postoje između engleskog i evropskog pravnog modela.¹ Ove razlike u sferi privatnog prava stvaraju velike probleme i poteškoće

Dr Angel Ristov, asistent Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju.

¹ Videti R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains (Droit compare)*, Dalloz, Paris, 1964, str. 27–28.

na pravnom tržištu, kako u pogledu pravnih tako i u pogledu finansijskih aspekata.² Pravni pluralizam u Evropi povećava se ukoliko se uzmu i specifičnosti pravnih sistema zemalja koje pripadaju skandinavskom pravnom krugu.³ Pojava ideje o osnivanju ujedinjene Evrope i stvaranje Evropske unije,⁴ bili su od velike važnosti za pojavu ideje ujedinjenja privatnog prava i stvaranje jedinstvenog Evropskog građanskog zakonika (EGZ). Prema Alessio Zakarija, Evropsko privatno pravo, u najširem smislu, znači sistem pravnih pravila i načela prihvaćen sa strane pravnih sistema u svim evropskim zemljama.⁵ Sve do danas, u Evropi još nije imenova-

² Anglo-saksonski pravni sistem u Evropi je zastupljen u Velikoj Britaniji i Irskoj. Izuzetak je Škotska gde postoji značajan uticaj rimske pravne tradicije. U uslovima globalizacije, uska granicu između anglo-saksonskog i kontinentalno-evropskog prava postepeno opada. U tom smislu, usklađivanja građanskog prava i običajnog prava u Evropi nije više "projekat budućnosti", već je više poduhvat sadašnjosti. U okviru evropskog kontinentalnog pravnog sistema, zemlje u Evropi, uprkos tome što su pod uticajem rimskog prava, su podeljene na dva pravna kruga, ili dve pravne porodice – romanska i nemačka. Romanska pravna porodica je sastavljena od zemalja koje su pod uticajem Francuskog građanskog zakonika. Ovde, osim Francuske spadaju i Španija, Italija, Belgija, Luksemburg, Portugal i druge zemlje. U nemačkom pravnom krugu države su bili pod uticajem nemačkog prava i pandektnog sistema uređivanje građanskog prava. Pod uticajem Justinijanove Pandekte, Nemački građanski zakonik (BGB) po prvi put predviđa odvajanje opšteg dela građanskog prava. U ovoj grupi zemalja, uključujući Nemačku, Austrija, Švajcarska, Grčka, Lihtenštajn, Slovenija i Turska. Vide ti opširnije kod H. Kötz, "The Value of Mixed Legal Systems" 78 *Tulane Law Review* 2003–2004, str. 436.

³ Iako su deo Evrope, zbog svog geografskog položaja u ovim zemljama nije došlo do primene *ius communae*, jer nemaju klasične građanske kodifikacije, već je građansko pravo regulisano posebnim zakonima. Sa druge strane, pravni sistemi tih zemalja ne mogu se upoređivati niti sa *common law* sistemom. Ipak, kod skandinavskim zemalja prisutan je naročito uticaj nemačkih zakona, koji se manifestuje prisustvom nekih pravnih instituta. Imajući u vidu ovu "raznolikost" unutar Evrope, unifikacije privatnog prava, tačnije građanskog prava ima veliki praktični značaj. Više o ovome vudeti kod Verica Trstenjak, "Evropski civilni zakonik-možnost, nužnost ali utopija?" *Pravnik*, Revija za prvo teorijo in prakso, številka 11–12/2001, str. 677–680.

⁴ Prema Hju Kolins: "Evropska unija pretstavlja političku strukturu bez unificirane zajednice. Ona je sistem vladanja na velike teritorije, a ovaj prostor je fragmentisan u mnogo političke i kulturne zajednice. I pored toga što nacionalne države prenele određena suverena prava institucija Evropske unije, na nivo svakodnevne socijalne interakcije nacionalne granice još pretstavljaju ozbiljnu prepreku u formiranju jedine zajednice – transnacionalne civilne zajednice." Hugh Collins, *Why Europe Needs a Civil Code: European Identity and the Social Model*, str. 2.

⁵ Ono se može podeliti u tri sektora: 1) unifikovano pravo (*Uniform Law*), koje proističe iz pristupanja i ratifikacije međunarodnih konvencija sa strane evropskih zemalja, 2) Pravo EU (*European Union Law*), koje proizlazi iz pravila usvojenih od organa EU koja imaju ovlašćenja da donose vlastite propise koje su obavezujuće za države članice kao i *directive* o harmonizacije prava u Evropi i 3) Evropsko običajno pravo (*European Common Law*), intelektualni proizvod koji proističe iz studije pravnika. Alessio Zaccaria, "The Basis and the Development of European Private Law", *China Law Review*, Volume 3, june 2006, str. 24.

na jedna jedinstvena institucija odgovorna za realizaciju složenog i teškog zadatka ujedinjenja i kodifikacije privatnog prava. To se postiže kroz rad više stručnih grupa.⁶

RAZVOJ IDEJE O KODIFIKACIJI GRAĐANSKOG PRAVA U EVROPI

Ideja unifikacije privatnog prava u Evropi, istorijski posmatrano, nije novijeg datuma. U većini zemalja zapadne i centralne Evrope vekovima se primenjivalo običajno pravo, poznato kao *Ius Comune Europeum* – običajno pravo Evrope.⁷ Tokom srednjeg veka, rimsko i kanonsko pravo nikada nije zamenjeno sa lokalnim pravom. Međutim, oni su stalno bili tumačene kroz “svetlo” običajnog prava *ius commune*, s obzirom na brojnu pravnu literaturu koja je bila dostupna pravnicima širom Evrope. Ovo iz razloga što su bili pisane na latinskom jeziku. Ali, takođe i predavanja svih evropskih univerziteta su se održavali na jedinstveni pravnički jezik – latinski. *Ius commune* je važno i primenjivalo se u državama zapadne i centralne Evrope celih pet vekova, sve do kraja XVIII veka i početka Francuske revolucije.⁸ Prvi znaci napuštanja običajnog prava pojavile se tokom XVII veka, kada u Francuskoj knjige više nisu bile pisane na latinskom jeziku, već na francuskom i kada su ljudi koji nisu imali akademsko obrazovanje počeli da traže učešće u pravorazdavanju. Od ovog perioda veći broj zemalja u Evropi, počinju pripremati svoje građanske kodifikacije, kao što je Bavarija (1756), Pruska (1794) i druge. Jedna od najvažnijih kodifikacije građanskog prava, zasnovana na idejama pri-

⁶ Videti kod Andrea Pinna, *Drafting a Civil Code for Europe, Aims and Methods*, University of Tilburg, Neatherlands, str. 2.

⁷ Verica Trstenjak, *op. cit.*, str. 677–678. Postaje reč o rimsko-kanonsko pravo koje datira iz XII veka. U ovom periodu, sedam vekova nakon pada Rimskog carstva, “svet je bio preplavljen teško razumljivima, nelogičnim zakonima i bila je prisutna potreba od učenih ljudi koji će biti u stanju da efikasno saraduju u uspostavljanju i upravljanju različitim teritorijalnim entitetima – novim državama i gradovima”. U takvim okolnostima stvorili su se uslovi za ponovno proučavanje prava u italijanskim univerzitetima, među kojim se isticao Univerzitet u Bolonji. Univerzitetaska programa koje je tokom XI i XII veku bila široko prihvaćena i na univerzitetima širom Evrope sastojala se uglavnom od proučavanje *Corpus Iuris Civilis* i *ius canonicum*. Za njenu ekspanziju u tadašnjim uslovima uticaj je imala moćna katolička crkva. Kao rezultat ovoga, tokom XIII veka, ovaj univerzitetiski program postaje opšte prihvaćeni model za proučavanje prava svih evropskih univerziteta. Videti kod Alessio Zaccaria, *op. cit.*, str. 25.

⁸ Verica Trstenjak, *op. cit.*, str. 678.

rodnog prava i Francuske revolucije je Francuski građanski zakonik – iz 1804, u početku poznat kao *Code Napoleon*, a kasnije preimenovan u *Code civil*.⁹ U ovom periodu zanimljiva je i posvećenost carice Marije Terezije unifikaciji građanskog prava, posebno zbog pravnog partikularizma koji je postojao u Habsburškoj državi.¹⁰ To će doprineti usvajanju Opšteg građanskog zakonika (ABGB) 1811 godine. U pravnoj istoriji od velikog značaja je i usvajanje Nemačkog građanskog zakonika iz 1896. godine.¹¹ Posle serije amandmana koja su bila usvojena sa strane nemačkog Rajhštata u 1896. godinu, Građanski zakonik stupio je na snagu prvog januara 1900. godine. Polazeći od dosadašnjih istorijskih pravnih izvora može se premetiti da kodifikacija ostaje osnovna konstanta civilne tradicije u Evropi.¹² U tom smislu, pravni sistemi zasnovani na tradiciji građanskog prava u suštini se zasnivaju na principu kodifikacije opštih pravila od kojih se vrši dedukcija.¹³

⁹ Reči njegovog tvorca – Napoleona, izrečene tokom njegovog izgnanstva na ostrvu Svete Helene, potvrđuju da je *Code civil* njegovo najveće životno dostignuće. U tom smislu, Napoleon je istakao: “Moja istinska slava nisu dobijene četrdeset bitaka, Vaterlo je izbrisao spomen na te pobe- de. Ono šta ništa ne može izbrisati, što će večno živeti, je moj *Code civil*” (*Ma vrai gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code Civil*). I pored toga što od donošenja *Code civil-a* prošle su više od 200 godina, važnost i značaj ove kodifikacije u savremenim uslovima potvrđuju misao čuvenog generala i kodifikatora Napoleona.

¹⁰ Verica Trstenjak, *op. cit.*, str. 678.

¹¹ Posle Francuskog *Code civil-a*, u nemačkim državama pojavila se ideja o stvaranju Nemačkog građanskog zakonika, koji će predstavljati sistematizaciju i unifikaciju različitih zakona koji su se primenjivali u različitim nemačkim državama. Međutim, realizacija ove ideje nije bila moguća u okviru Nemačke konfederacije, jer nije bilo odgovarajućeg zakonodavnog tela. Ipak, ideja o kodifikaciji nemačkog prava dobila je novi impuls 1871 godine kada su se ujedinili nemačke države i kada je bilo osnovano Nemačko carstvo. Nekoliko komisija su bile formirane ciljem stvaranja jedinstvenog nemačkog građanskog prava, koji je trebalo da zameni odvojena civilna zakonodavstva pojedinih nemačkih država. Prva verzija Građanskog zakonika, iz 1888 godine nije bila prihvaćena. Zatim je bila osnovana nova Komisija sastavljena od 22 člana, u kojoj su bili uključeni ne samo pravnici već i predstavnici finansijskih institucija i političkih partija, i koja je napravila novi nacrt Građanskog zakonika.

¹² Aude Fiorini, “The Codification of Private International Law in Europe: Could the Community Learn from the Experience of Mixed Jurisdictions?” *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12.1. May 2008, str. 5.

¹³ U poslednjih decenija prošlog i početkom ovog milenijuma, u državama Evropske unije ideja kodifikacije privatnog prava i stvaranje jedinstvenog Evropskog građanskog zakonika (*European Civil Code*) je sve više aktuelna ne samo u pravničkim krugovima, već i u telima Evropske unije. Ipak, treba napomenuti da je ideja o kodifikaciji privatnog (građanskog) prava u Evropi nije nova, već postoji nekoliko decenija unazad. Polazeći od osnivanja Saveta Evrope 1949 godine, donose se više parlamentarnih rezolucija, preporuke Komiteta ministara i međunarodnih konvencija koje podstiču usklađivanje i unifikaciju pravnih sistema država članica.

UNIFIKACIJA GRAĐANSKOG PRAVA
U EVROPSKOJ UNIJI

Stvaranjem Evropske unije stvorili su se uslovi za postepeno uspostavljanje *Ius communae Europeaum* i unifikaciju privatnog prava. U tom smislu, čuveni prof. Kristian Fon Bar primećuje da je “velik broj odavno ustanovljenih međunarodnih ugovora (regulative EK imaju podređenu ulogu) i evropskih direktiva koje su na snazi kao instrumenti pravne harmonizacije i standardizacije. To bogatstvo resursa, prirodno će biti u potpunosti iskorišćeno u naporima da se stvori EGZ”.¹⁴

Za ovaj cilj doprinele su aktivnosti u vezi olakšanja zajedničkog tržišta, poboljšana konkurentnost, povećanje pravne sigurnosti i smanjenja troškova koji izazivaju različite pravne norme država članica. Polazeći od ovih potreba, organi Evropske unije poduzele su niz aktivnosti u pogledu unifikacije privatnog prava, sa posebnim naglaskom na pripreme za stvaranje Evropskog građanskog zakonika.¹⁵

U tom smislu, 1989. godine Evropski parlament je usvojio Rezoluciju o radu ujednačavanje privatnog prava država, koja je nastojala da pripremi radove za izgradnju koncepta zajedničkog EGZ.¹⁶ Kompleksnost i veličina ovog projekta doprineli su da Komisija nije mogla uopšte početi sa radom na izgradnji konceptu EGZ. Ovo iz razloga što je njegova sadržina bila opširnija, po uzoru holandskog novog Građanskog zakonika iz 1992. godine, čija priprema je trajala skoro pet decenija. Ipak, i pored početnih neuspeha, aktivnosti na kreiranje EGZ produžile su i dalje.¹⁷

Naime, Evropski je parlament 1994 godine, sada sa skromnim ciljem, usvojio Rezoluciju o harmonizaciji određenih sektora privatnog prava. Ona predlaže da radna grupa razmotri razvoj zajedničkog EGZ, kojim će biti pokriveni samo pojedini segmenti privatnog prava. Komisija eksperata je bila zadužena da predloži

¹⁴ Christian von Bar, “A European Civil Code, international Agreements and European directives”, *Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code*, European Parliament, Directorate General for Research, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103 EN (june 1999) str. 155, dostupno na internet adresi <http://www.cisg.law.edu/cisg/biblio/vonbar1.html>

¹⁵ Verica Trstenjak, *op. cit.*, str. 686.

¹⁶ Resolution on action to bring into line the private law of the Member States of 26 May 1989, O.J.C.E. 26 june 1989 C 158–401.

¹⁷ Resolution on the harmonisation of certain sectors of private law of the Member States of 6 May 1994, O.J.C.E. 25 july 1994 C 205/519.

prioritete za delimičnu kodifikaciju u kratkom roku i širu harmonizaciju usklađivanje na duži rok. Shvatajući značaj ovog pitanja, Evropski parlament 2000. godine, u okviru svog zakonodavnog programa, predvideo je da je potrebna intenzivna harmonizacije u oblasti građanskog prava.

U tom smislu, Evropska komisija Saveta Evrope i Evropskog parlamenta u 2001 godinu dostavila je poseban materijal u vezi evropskog ugovornog prava. U okviru ovog materijala su bile predstavljene trenutne aktivnosti, sugestije i smernice za dalje aktivnosti EU u oblasti ugovornog prava sa strane Landove komisije. U tom smislu, Komisija je ponudila četiri predloga.¹⁸

Pored organa EU, određene aktivnosti u pogledu unifikacije građanskog prava imaju određene komisije i odbori – ekspertske grupe. Bez obzira na to dali su uspostavljene od strane organa EU ili na inicijativu građana u Evropi (NVO, itd.), one imaju za cilj da kroz uporedno istraživanje ponude jedinstvena rešenja za konkretna pitanja privatnog prava.

Prvi korak ka postizanje ovog cilja bio je objavljivanje principa međunarodnih komercijalnih ugovora (*Principles of International Commercial Contracts*) 1995 godine, sa strane Međunarodne organizacije UNIDROIT. Ovi principi, poznat kao *Unidroit principi*, bili su pripremljeni u formi zakonika i odnose se na trgovinske ugovore između trgovaca gde postoji neki međunarodni elemenat.¹⁹ Jedna od najznačajnijih komisija u Evropi u oblasti unifikacije privatnog prava, je svakako Komisija evropskog ugovornog prava (*Commission of European Contract Law*).²⁰ Pod vođstvom profesora Ole Lando-a (Univerzitet u Kopenhagenu), Komisija evropskog ugovornog prava, je formulisala osnovne principe *Principles of European*

¹⁸ Prema *prvom predlogu*, EU ne bi trebalo da preduzme nikakve mere ili radnje u pogledu unifikacije ugovornog prava. *Drugi predlog* se zalaže da EU treba da podrži razvoj principa ugovornog prava, uz čiju pomoć će se omogućiti usklađivanje nacionalnih zakonodavstava. *Treći predlog* je predviđao unapređenje kvaliteta važećih propisa, dok *četvrti* predlaže stvaranje i usvajanje propisa na nivou EU. Ipak, prema stanovištu na kome je stala Evropska komisija, najbolje rešenje u vezi ponuđenih predloga je da odluku donese naučna javnost, privreda, advokati i potrošača, a ne tela EU. Verica Trstenjak, *op. cit.*, str. 686.

¹⁹ Videti opširnije kod Andrea Pinna, *op. cit.*, str. 2...

²⁰ Komisija evropskog ugovornog prava osnovana je 1980 godine, kao udruženje profesora iz država članica EU, i pored toga što je finansirana sa strane EU. Uz nekoliko izuzetaka, svi članovi ove komisije su članovi akademske zajednice. Ali takođe, većina njih su i praktičari. Kao rezultat napora ove Komisije u oblasti ugovornog prava, jednog od najvažnijih aspekata potrebnih za funkcionisanje zajedničkog tržišta, postignuti su značajni rezultati. Videti opširnije o ovome The Commission on European Contract Law, "Introduction to the Principles of European Contract Law" dostupno na http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law

Contract Law, 1995. – prvi deo, 1998. – drugi deo 2002. – treći deo, takođe poznati kao Lando principi.^{21,22}

Pored ove komisije, u oblasti ugovornog prava je značajan i rad Akademije evropskih advokata (*Academy of European Private Lawyers*), koju je predvodio Đuzepe Gandolfi, koja je radila na projektu *European Contract Code*.²³ Za razliku od Landove komisije koja je imala u obziru samo principe ugovornog prava, ova grupa je imala više kreativniji i težak zadatak, s ogledom na činjenicu da su pravila u vezi sa ugovorima u različitim pravnim sistemima mnogobrojnija i specifičnija. Za ovu namenu, najadekvatniji primer za rad ove grupe je bio Italijanski građanski zakonik, imajući u vidu da je “on u centru francuskog i nemačkog iskustva, a ogledom na njegova moderna rešenja, on bi mogao biti najbliže do common law-a.”²⁴ Uzimajući u obziru ove napore, Komisija je pokušala da pronađe najbolja zakonska rešenja na osnovu detaljnih komparativnih istraživanja.²⁵ U poređenju sa UNIDROIT principima, Principi evropskog ugovornog prava su šireg opsega pri-

²¹ Ova komisija, poznata kao Landova, u čast njenog rukovodioca, predstavlja nevladinu organizaciju koja se sastoji od eminentnih profesora prava iz nekoliko evropskih zemalja. Principi evropskog ugovornog prava, formulisani sa strane Landove komisije su od velikog značaja jer se očekuje da budu temelj budućeg EGZ. Međutim, sve do tada oni imaju određeni praktični značaj, s obzirom da ovi principi mogu biti izabrani sa strane ugovornih strana, kao nadležno pravo u vezi ugovornih odnosa. U određenim aspektima, principi (načela) Evropskog ugovornog prava mogu se uporediti sa američkim *Restatements of the Law of Contract*, čije drugo izdanje je bilo publikovano 1981 godine. Razlog tome je to što principi, kao američke restatements, su dopunjeni komentarima i zapažanjima. Druga sličnost je njihov cilj, s obzirom da oba imaju za cilj da razreše probleme vezane za obligaciono pravo, s tim što se jedni odnose na SAD, dok drugi za Evropu. Najzad, kao i američke restatements, principi Evropskog ugovornog prava imaju karakter mekog prava (soft law), “s obzirom da je njihova osnovna svrha da posluže kao prvi nacrt deo Evropskog građanskog zakonika.” Videti The Commission on European Contract Law, “*Introduction to the Principles of European Contract Law...* str. 3.

²² Trebalo bi naglasiti da ovi principi ne predstavljaju kodifikacija postojećih evropskih direktiva i pravila “već oni sadrže novi, kompletan i koherentan, skup pravila za regulisanje zaključenja, izvršenja i punovažnost ugovora (...) pravila koja su u velikoj meri predmet uređivanja nacionalnih prava. Andrea Pinna, *op. cit.*, str. 2.

²³ O ovome videti više kod Alessio Zaccaria, *op. cit.*, str. 27.

²⁴ *Ibid*, str. 28.

²⁵ U tom smislu, Principi evropskog ugovornog prava kao “soft law” instrumenti, će biti od velike koristi za Evropski sud pravde u odlučivanju u slučajevima koji se odnose na ugovornog pravo. Osim Suda, Principa evropskog ugovornog prava (u daljem tekstu: PECL), biće od velike koristi i za evropskog zakonodavca prilikom donošenja budućih direktiva i propisa, ali i za akademsku zajednicu u Evropi. Na duže staze treba napomenuti da Principi evropskog ugovornog prava “će obezbediti koherentan okvir za budući zakonodavni posao, imajući u vidu da je cilj PECL da posluže kao prvi nacrt deo Evropskog građanskog zakonika. Više o ovome videti kod Anastasia Vezyrtzi, *The way towards the unification of civil law in the European Union: Reflections and Questions Raised*, str. 2, dostupno na internet adresi <http://www.cjel.net/online/>

mene, jer se njima reguliraju sve vrste ugovornih odnosa. Međutim, oni zadržavaju samo opšta pravila za potpisivanje ugovora, ali ne i posebne vrste ugovora.²⁶ Polazeći od ovih aktivnosti, preduzetih sa strane akademske sredine, Evropska komisija je 11 jula 2001. godine publikovala Komunikaciju o evropskog ugovornog prava.²⁷ Ovim dokumentom (*Communication on European Contract Law*)²⁸ je započeo proces mogućeg razvoja Evropskog ugovornog prava, putem konsultacije i diskusije o osnovnim problemima koji proizilaze iz različitih zakonskih propisa pojedinih zemalja članica Unije. Komunikacija sadrži nekoliko predloga.²⁹

Navedeni predlozi su bili pozitivno prihvaćeni sa strane velikog broja naučnika.³⁰ Ovakve reakcije su delovale ohrabrujuće prema članovima grupe koji su pripremile predloge. Ipak, i pored ovog, u određenim naučnim krugovima bila je prisutna određena doza skepticizma.³¹ Malo kasnije, u istoj godini, u mesecu novembru Evropski parlament je prihvatio “Rezoluciju o aproksimacije građanskog i trgovinskog prava državama članica” (*Resolution on the Approximation of the Civil and Commercial Law of the Member States*). Ovom rezolucijom, Evropski parlament je pozdravio Komunikaciju Evropske komisije, uz zapažanja da aproksimacija ne treba da se odnosi samo na privatno i dogovorno pravo i da je potrebno da se odredi detaljni akcioni plan na kraćem, srednjem i dužem roku i mere njegovog ostvarivanja. U tom smeru, Evropski parlament je predložio donošenje i prihvatanje obaveznog Evropskog ugovornog prava kao krajnji cilj do 2010 godine. Na osnovi navedenih aktivnosti u februaru 2003 godine, Komisija je predvidela “Akcioni

²⁶ Andrea Pinna, *op. cit.*, str. 3.

²⁷ Više o ovome videti kod Martijn W. Hesselink, *op. cit.*, str. 686.

²⁸ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law: COM (2001) 398 final, 11 July 2001.

²⁹ Prema *prvom* predlogu Evropska komisija ne bi trebalo da preduzme bilo kakve aktivnosti u pogledu rešavanja problema u vezi sa ugovornim pravu. U tom smislu, rešavanje ovih problema treba biti ostavljeno zajedničkom tržištu kroz uvođenje nove komercijalne prakse. *Drugi* predlog se zalaže za promociju uporednopravnih istraživanja i saradnje pravne nauke i pravne prakse u cilju stvaranja neobaveznih načela obligacionog prava. Oni će biti od višestruke koristi, kako strankama prilikom zaključivanja ugovora, tako i domaćim sudovima i arbitrima u donošenju odluka vezanih za ugovorno pravo. Ali, i pored ovog, oni će biti i od koristi nacionalnim zakonodavstvima prilikom izmene zakonske regulative. *Treći* predlog odnosi se na reviziju i poboljšanje postojeće legislativne Evropske komisije u oblasti ugovornog prava, sa namerom da postane što koherentnija, i da budu uređene i situacije i odnosi koje nisu ranije bile uređene. Poslednji, *četvrti* predlog u okviru ove komunikacije podržava usvajanje i prihvatanje novog sveobuhvatnog zakonodavstva na nivo Evropske komisije. Međutim, u pogledu zadnjeg predloga bilo je prihvaćeno stanovište da se naknadno dogovori priroda akta koji treba da bude donesen (regulativa, direktiva ili preporuka) i njeno obavezujuća priroda. Anastasia Vezyrtzi, *op. cit.*, стр. 2.

³⁰ Martijn W. Hesselink, *op. cit.*, str. 686.

³¹ *Ibidem*.

plan za koherentnijeg Evropskog ugovornog prava” (*Action Plan for More Coherent European Contract Law*).³² U svoju sadržinu Akcioni plan, najprije je prezentirao ukratko sumirane reakcije kao odgovor prvične Komunikacije Komisije, a zatim su sledili mešovite neregulatorne i regulatorne mere u pravcu razrešenja problema u ovoj sferi. Pri tom je bilo istaknuto da je neophodno da se poveća koherentnost u sadašnjem i budućem *acquis communautaire* u oblasti ugovornog prava. Kao rezultat nasoke predviđene u akcionom planu bila je stvorena t.z. Zajednička ramka referenca (*Common Frame of Reference*, u daljem tekstu: *CFR*) koja u sebe sadrži zajedničke principe i terminologiju.³³

Prvi korak prema standardizaciji pravnih termina u okvirima EU je bio donošenje *CFR*, kao nužan korak prema ustanovljenju Pan-evropskog jezika. Sledeći korak je bilo osnivanje EU mreže o Unifikaciji terminologije Evropskog privatnog prava (*EU Research Network “Uniform Terminology for European Private Law”*). Osnovan cilj ove mreže je da doprinosi u stvaranju koherentnog seta pravnih termina postojnih nacionalnih privatnih prava i pravo Zajednice.³⁴ Kao rezultat rada različitih timova sastavljene od profesora i doktoranta koji su učestvovali u stvaranju ovog projekata stvorena je data baza *“Legal Taxonomy Syllabus”*.³⁵ Osim aktiv-

³² Commission, *A More Coherent European Contract Law: Action Plan*, COM (2003), 68 final, 12 February 2003.

³³ Osnovni cilj Zajedničkog okvira referenci je da obezbedi nasoke razvoja procesa harmonizacije Evropskog privatnog prava, sa posebnim akcentom na ugovornom pravu. Ovaj dokumentat je Komisija ocenila kao značajan korak koji je imao za cilj podobrenje *acquis* – a. Prema mišljenju nauke, *CFR* treba da posluži kao “kutija alata” koja treba da posluži Komisiji prilikom pripreme predloga, “revidiranje važećeg *acquis*-a i nove instrumente, kao i poboljšanje kvaliteta i koherentnosti u sferi ugovornog prava.” Ona će biti i od pomoći Evropskom sudu pravde prilikom interpretacije i primene *acquis* (zajedničkog) ugovornog prava. Dalje, *CFR* može biti korisna i nacionalnim zakonodavstvima u primeni direktive EU. Ona će biti korisna i arbitrima u odlučivanju, a takođe i ugovornim stranama koji mogu u ugovorima umetnuti određene predloge. Takođe, sa ovim instrumentom (*CFR*), Komisija ohrabruje druge institucije i tela da u ugovorima umetnu kad su ugovorne strane i treća lica. Najzad, ističe se da *CFR* treba poslužiti kao osnova koja bi mogla prerasti u opcioni instrument u oblasti Evropskog ugovornog prava. Gianmaria Ajani, Martin Ebers, *Uniform Terminology for Europe Contract Law*, str. 17.

³⁴ Istraživačka mreža Unificirane terminologije Evropskog privatnog prava u 202 godinu je odobrena sa strane Komisije kojom rukovodi profesor Gianmaria Ajani sa Univerziteta u Turin (Italija). Mreža ovog projekta sastoji se od sedam akademskih insitucija, i to: Univerzitet u Turin, Univerzitet u Barceloni, Univerzitet Lion III, Univerzitet u Minsteru, Univerzitet u Najmingtonu, Univerzitet u Oksfordu i Univerzitet u Varšavi.

³⁵ Malo kasnije, u oktobru 2004 godine, Komisija je publikovala svoju Komunikaciju *“European Contract Law and revision of the acquis: the way forward”*, kao sledeću fazu nakon donošenja Akcionog plana Cilj komunikacije, *inter alia*, bio je da ističe osnovnu ulogu, pravnu prirodu, moguću strukturu i sadržinu Zajedničkog okvira referenca (*CFR*) koja je trebala biti prihvaćena sa strane Komisije 2009 godine. Prema mišljenju Komisije, *CFR* treba obezbediti jasne definicije pravnih ter-

nosti u sferi ugovornog prava, za obeležavanje je i rad Evropskog centra oštetnog i osiguriteljnog prava u Beču (*European Centre of Tort and Insurance Law*) predvođen od Helmuta Koziola, koji je izradio i predložio pricipie Evropskog oštetnog prava (*The Principles of European Tort Law*). Nije za zanemarivanje ni rad Centra za istraživanje i obrazovanje Evropskog privatnog prava u Univerzitetu u Veroni, predvođen sa strane Alesije Zakarije. Ovo iz razloga što on je učestvovao u dvoje ranije pomenute komisije, doprinoseći kako u pogledu opredeljenja principa, tako i u definisanju pravila ugovornog prava. Od velike važnosti za realizaciju ideje o stvaranju EGZ je svakako rad Studijske grupe o EGZ (*Study group on a European civil code*).³⁶

Kao rezultat dosadašnjih napora sa strane radnih ekspertskih grupa, dosad su izrađene i publikovane Principi evropskog prava o trust-u (*Principles of Euro-*

mina, fundamentalne principe i koherentnija pravila ugovornog prava, na osnovi najboljih rešenja pravnim sistemima država članica Posle 2004 godine Komisija je u dva navrata, u 2005 i u 2007 godini, publikovala izveštaje u kojim je sumirala rezultate u pogledu rada Evropskog ugovornog prava i Zajedničkog okvira referenca. Kao rezultat rada *Study Group on a European Civil Code* i *Reserch Group on EC Private Law (Acquis Group)*, u 2008 godinu *Joint Network on European Private Law* izradila je Nactr Zajedničkog okvira referenca (*Draft Common Frame of Reference*). Na osnovi navedenih aktivnosti, u septembru 2008 godine Evropski parlamenat je doneo Rezoluciju o zajedničkom okviru referenci (*Resolution on the Common Frame of Reference*). U istoj, potencira se da prilikom odlučivanja o sadržini Zajedničkog okvira referenca (CFR), Komisija treba imati u vidu da, osim kao zakonodavni instrumenat, ona bi mogla biti prihvaćena i kao opcioni instrumenat.

³⁶ Ona je sastavljena od pedesetak eminentnih profesora prava iz država članica Evropske unije predvođena od strane nemačkog profesora Kristijana Fon Bara (iz Univerziteta u Osnabruku). S obzirom na kompleksnost privatnog prava i složenost procesa kodifikacije, u okvirima ove Komisije formirane su nekoliko radne grupe, locirane u različitim država Evrope u kojima učestvuju, takođe, naučnici od različitih država članica EU. Oni rade na kodifikaciji određenih područja privatnog prava, koja trebaju postati deo budućeg Evropskog građanskog zakonika. U tom smeru Centar o Evropskom pravu Univerziteta u Insbruku u Austriji je posvećen istraživanja u pogledu osiguravajućih ugovora. Centar u Osnabruku u Nemačkoj ima za predmet rada pravila oštetnog prava, sticanje bez osnova i neovlašćenog vršenja tuđih radova. Centri u Amsetrdamu, Utrehtu i Tilburgu u Nizozemskoj rade na ugovorima o prodaju, ugovoru o dugotrajnom zakupu, ugovorima o građenju i usluga sa strane određenih profesija (advokata, doktora i dr.) Tako Tilburški tim, u okvirima budućeg Evropskog građanskog zakonika, predlaže 10 novih kategorija, u dopunjenju opšteg ugovornog prava. Institut Maks Plank iz Hamburga radi na deo posvećen ličnim obezbeđenjem na pokretnim stvarima. Na kraju trebamo napomenuti i centar u Salcburgu, koji je posvećen prenosom svojine na pokretnim stvarima. Rad svake od radnih grupa je koordiniran sa strane Komiteta koordinacije, sastavljenog od naučnika koji su priznati u međunarodnim okvirima u sferi komparativnog prava. Konačna odluka u odnosu završenog rada kodifikacije određenim pitanjima donosi se sa strane ovih komiteta. Videti više o *Study group on a European civil code* na sledećoj adresi: <http://www.ufsia-ac.be-estorme/CECL.html>; The Commission on European Contract Law, "Introduction to the Principles of European Contract Law...str. 4; Martijn W. Hesselink, *The Structure of the New European Private Law...*, str. 20; Andrea Pinna, *op. cit.*, str.3.

pean Trust Law), kao i Evropske principe oštetnog prava (*European Principles of Tort Law*).³⁷

U odnosu na stvarnopravne odnose ni od daleko nije završen rad na njihovoj harmonizaciji. Međutim, imajući u vidu važnost kreditnih odnosa za razvoj zajedničkog tržišta, prvi koraci u pogledu unifikacije stvarnog prava manifestiraju se u sferi realnih sredstava za obezbeđenje potraživanja. Prvična ideja za kreiranje jedinstvenog instrumenata obezbeđivanja potraživanja, koji bi se pod istim uslovima mogao koristiti i u drugim državama na prostoru Evrope, potiče sa strane banaka.³⁸ Ova fascinantna ideja veoma brzo je prihvaćena i u širim akademskim krugovima u Evropi.

Začetak ideje o evrohipoteci, jedino založno pravo nekretnina na prostori- ma EU, po prvi put se pojavljuje u izveštaju Segreove komisije 1966. godine.³⁹ U daljem razvoju, značajna je i uloga Međunarodne unije latinskog notarijata (*International Union of Latin Notaries*), iz razloga što ona u svom izveštaju od 22. maja 1987. godine, zajedno sa Komisijom o evropskim pitanjima, po prvi put upotrebljava termin “evrohipoteka” (*Eurohypothèque, Euro-mortgage, Eurohypothek*), kao zajednički naziv za sve predloge ustanovljavanja jedinog evropskog stvarnog prava obezbeđivanja potraživanja nekretninama.⁴⁰ 1998. godine, na inicijativu Asocijacija nemačkih hipotekarnih banaka (*Verband Deutscher Hypothekenbanken-VDH*) formirana je radna grupa sa ciljem postavljanja osnovnih postulata jedinog založ-

³⁷ U svome radu Studijska grupa EGZ je ispravljena pred poduhvatom kako naći adekvatnu ravnotežu u odnosu na rešenja anglosaksonskog i kontinentalnog prava. Najzad treba istaći da rešenja koja predlaže ova studijska grupa se pre svega odnose na ugovorno pravo i na stvarna prava nad pokretnim stvarima. Ličnopravni odnosi i proceduralna pitanja nisu predmet kodifikacije.

³⁸ Opširnije o evrohipoteci videti kod Miroslav Lazić, *Prava realnog obezbeđenja*, Punta, Niš. 2009, str. 175–184.

³⁹ Pod rukovodstvom profesora *Claudio Segré*, određena grupa eksperata bila je zadužena sa strane Komisije Evropskih zajednica da istraži probleme koje potiču od liberalizacije kretanja kapitala i implikacije integrisanja tržišta kapitala. Od napravljenog istraživanja nastao je dokument “Razvoj Evropskog pazara kapitala” (*Development of a European Capital Market*), poznat još kao Segreov izveštaj, u kome, između ostalog, se predlaže harmonizacija odredaba za obezbeđenje prava nekretnina u državama članica Zajednice. Pritom kao model harmonizacije predložena je nemačka neakcesorna hipoteka – zemljišni dug (*Briefgrundschuld*) sa hartijom vrednosti, kao fleksibilnijeg i jeftinijeg sredstva od hipoteke.

⁴⁰ Zatim, dalje se predlaže, pored važećih prava obezbeđenja, u pravima država članica na jedinstven način da se reguliše evrohipoteka kako bi ona bila dostupna finansijskim institucijama. Kao najadekvatniji model po kome bi evrohipoteka trebalo biti uređena predlaže se švajcarski *Schuldbrief* – dužničko pismo, kao vid neakcesornog prava obezbeđivanja potraživanja. Ovim bi se izbegle praktične i ekonomske nedostatke konvencionalne akcesorne hipoteke.

nog prava u Evropi.⁴¹ Za dalji razvoj evrohipoteke od velikog je značaja rad ekspertske grupe “Evrophipoteka – zajednička hipoteka Evrope” (*The Eurohypothec: a common mortgage for Europe*), koja je radila na korigovanoj verziji prethodnog predloga modela jedinog Evropskog instrumenta obezbeđenja potraživanja.⁴² U decembru 2005 godine Evropska komisija sa Belom knjigom finansijskih usluga iz 2005–2010. godine, između ostalog, podržala je aktivnosti usmerene na podršku ideje uvođenja novih instrumenata obezbeđenja, pored one što postoje u nacionalnim pravama, kreditnim potraživanjima. Ovo se radi sa ciljem da se obezbedi dalja integracija finansijskih tržišta. Sveukupni naponi sa strane radnih grupa koji su radili u vezi integrisanja finansijskih tržišta jula 2005. godine, rezultirale su donošenjem Zelene knjige finansijskih usluga, u kojoj se potvrđuje da za jedinog tržišta kapitala u EU, još nisu stvoreni uslovi za jedinstvene hipotekarne kredite.⁴³ U

⁴¹ Pri tom u obzir su uzeti pravni propisi i sudska praksa nekoliko država koje predviđaju neakcesorno založno pravo, sa posebnim akcentom na švajcarskom dužničkom pismu (*Schuldbrief*) i nemačkoj neakcesornoj hipoteci, poznatija kao zemljišni dug (*Grundschuld*).

⁴² 2005 godine ova grupa, u suradnji sa članovima podgrupe Forum grupe hipotekarnog kredita (*Forum Group on a Mortgage Credit*), Evropskim zemljišnim informacionim sistemom (*European Land Information System*) i Evropskim univerzitetskim institutom (*EU*) izradili su materijal koji sadrži osnovne konture Evrohipoteke “*Basic Guidelines for a EuroHypothec*”. Ove konture “ideje vodi-lje” razrađene su u formi određenog modela zakona, koji uređuje pitanja načela uređivanja, zasnova-nja, publikovanja, raspolaganja, pravo namirenja zaštite i dr. Ovaj predlog model zakona, predstavlja jedan vid kombinaciju rešenja nemačkog zemljišnog duga *Grundschuld* i švajcarskog *Schuldbrief* duž-ničkog pismo. Kao rezultat izveštaja ekspertske grupe *Forum Group Mortgage Credit* preporučuju se Evropskoj komisiji buduća integracija hipotekarnog tržišta kredita. S tim bi se omogućile više pred-nosti potraživačima kredita i bankama, u smislu većeg izbora različitih kredita i smanjenja troško-va povezanim sa postupkom davanja kredita, kao i kamatnih stopa, ali i smanjenje troškova uprav-ljanja rizicima i refinansiranja. U tom smeru, preporučuje se svojstvo neakcesornosti evrohipoteke, sa ciljem da se omogući odvojeno raspolaganje obezbeđenog potraživanja i hipoteke. Ovo je potreb-no radi ostvarivanja mogućnosti refinansiranja hartija od vrednosti i realizacije novih kredita. Ipak je dozvoljena akcesornost evrohipoteke, ukoliko su se tako ugovorile ugovorne strane, načelom slo-bode ugovaranja. Videti više kod Miroslav Lazić, *op. cit.*, str.178–184.

⁴³ U teku 2006 godine pitanja povezana evrohipotekom bile su predmet istraživanja i ek-spertskih grupa *Mortgage Funding Expert Groupe-MFGE* i *Mortgage Industry and Consumers Dialo-gue Group-MICDG*. Za ostvarenje ideje evrohipoteke, jedinog založnog prava u okvirima Evropske unije, nužno se nameće pitanje jedinog registra nekretnina. Opšte je prihvaćeno stanovište o njego-vu potrebi. U tom smeru je i postojni pilot projekat “Evropski zemljišni informacioni sistem” (*EULIS – European Land Information System*) čiji osnovni cilj je da omogući dobijanje podatka i informa-cija povezanim sa nekretninama na teritoriju EUOn ne predstavlja poseban registar, već predstavl-ja određeni portal koji povezuje zainteresovane građane sa postojećim registrima državama članica EU. Osnovne pripreme projekata bile su završene u junu 2004 godine, dok je njegovo funkcionisa-nje započelo 2005 godine. U okviru EU dosad, kao partneri projekta su Austrija, Engleska i Vels, Fin-ska, Litvanija, Nizozemska, Norveška, Škotska i Švedska. Uskoro se očekuje ovom projektu da se pri-ključe i druge države članice EU (Španjolska, Poljska i dr.). Pored ovog projekta, u Italiji, na Pravnom

novoj programi istraživanja naslovljenoj “The Prospects of European Private Law” obuhvaćeni su veći broj pitanja povezana sa harmonizacijom privatnog prava.⁴⁴ Prema stajalištu istraživačke grupe koja radi na ovom Programu, ističe se da je stvarno pravo još u velikoj meri uređeno nacionalnim zakonodavstvima. U državama članica EU stvarno-pravni odnosi uređeni su na osnovi prava gde je nekretnina locirana. Iz tog razloga postoji veliki diverzitet različitih materijalnih pravila kojima se uređuje prenos svojine.⁴⁵ Na osnovi toga, ističe se da je stvarno pravo oblast u kojoj su harmonizacija i unifikacija problematični zbog različitih materijalnih pravila i osnovnih principa prihvaćenih sa strane država članica.⁴⁶

STRUKTURA BUDUĆEG EVROPSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA

Budući EGZ, isto kao i ostali klasični građanski zakonici, treba biti sveobuhvatniji i koherentniji.⁴⁷ Zakonik mora biti sveobuhvatniji, i treba se odnositi na celu materiju privatnog prava, ali u isto vreme on mora biti i koherentniji, što znači da ne treba da postoji kotradiktornost između njegovih odredaba.⁴⁸ Pored ovih karakteristika, građanski zakonik treba biti sistematičniji i sadržiti apstraktna pravila i koncepte. Što se tiče pitanja sadržine EGZ, u naučnoj misli prevlađuju stanovišta da on treba da uredi stvarna prava, ugovore, oštetno i trgovinsko pravo, dok porodično i nasledno pravo kao specifičnije, trebaju biti ostavljeni nacionalnim zakonodavstvima.⁴⁹

fakultetu u Trentu, jedna grupa istraživača predvođena od Marka Busonija i Ugo Mateijau u okviru t.z. Projekta Trento (*The Common Core of European Private Law*) traže zajedničke osnove evropskog ugovornog, oštetnog i stvarnog prava. *Ibidem*.

⁴⁴ Videti više kod Ljiljana Spirović Trpenovska, Dejan Micković, Angel Ristov, *Nasledovanje u Evropi*, Blesok, Skopje, 2011, str. 456.

⁴⁵ Ovo je glavna prepreka za međunarodnu trgovinu, zbog čega dolazi do povećanje troškova međunarodnih transakcija. Sa druge strane, neznanje stranog materijalnog prava utiče na nespretnost stranaka da stupe u međunarodne transakcije nekretninama. *Ibidem*.

⁴⁶ Više videti *The Prospects of European Private Law 2006–2011*.

⁴⁷ Opširnije videti: Martijn W. Hesselink, *The Structure of the New European Private Law*, strana 1.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Opširnije o promenama u porodici i reformama porodičnog prava u evropskim zemljama videti Dejan Micković, *Semejstvoto vo Evropa XVI-XXI vek*, Blesok, Skopje, 2008, str. 91–157. U ovom smislu u “mnogim evropskim državama privatno pravo ubrzano se dezintegriše u funkcionalnim poljima prava. Uobičajeno, ova funkcionalna polja su najdinamičnije grane prava: trudovo pra-

Pitanje šta treba da sadrži u svojoj strukturi budući EGZ je jedno od spornijih i nauci. Pored ovog, u naučnoj javnosti prisutna su suprotna gledišta koja navode više razloga *pro et contra* izrađivanja EGZ.⁵⁰ Sa druge strane, u odnosu na njegovu sadržinu, u teoriji prevladavaju stanovišta da on pre svega treba urediti ugovore, oštetno pravo, stvarna prava i trgovinsko pravo.⁵¹

Prema dosadašnjim aktivnostima u okvirima EU čini se da je ugovorno pravo najadekvatnije za harmonizaciju. U tom smeru, poznati holandski profesor Martin Van Heselink ističe da “u tržišnoj ekonomiji blago se distribuira, najpre preko ispunjenja ugovora (...) i da distributivna uloga ugovornog prava postaje sve značajnija”⁵² Zbog toga, napori su usmereni pre svega prema stvaranju unificiranog Evropskog ugovornog prava, a kasnije, sledeća faza bi bila donošenje EGZ.

Što se tiče porodičnog i naslednog prava, pošto su oni tesno povezani sa nacionalnom kulturom, tradicijom i istorijom država članica, prevladuje stajalište da nije moguće izvršiti unifikaciju u ovim specifičnim oblastima, koja bi se odnosile na celu Evropsku uniju. Zbog toga, prisutno je stajalište da oni ipak trebaju i dalje biti ostavljeni nacionalnim zakonodavstvima. Međutim, i pored ovog stajali-

vo, medicinsko pravo, pravo životne sredine, građevinsko pravo (...) njihova glavna karakteristika je da oni obično sadrže mešavinu privatnopravnih i javnopravnih aspekata.” U mnogim evropskim državama različita pravila (ili dopunska) pravila se primenjuju u odnosu na to dali strane imovinsko-pravnog odnosa su građani ili privrednici. Kao rezultat ovoga, nedavno se pojavila i jedna nova kategorija, pored navedenih, a to je potrošač. U periodu osamdesetih i devedesetih godina prošlog veka, u mnogim evropskim državama potrošačko pravo razvilo se u veoma važnu granu prava, kao posledica mnogobrojnih evropskih direktiva. Više država pokušali su da integrišu potrošačko pravo, koliko je moguće, u njihovim građanskim zakonima. Takav je primer sa novim Holandskim građanskim zakonikom iz 1992 godine. Nasuprot ovom rešenju, u Francuskoj 1997 godine, sve regulative koje se odnose na potrošače bile su kodifikovane u posebni kodeks *Code de la consommation*. Martijn W. Hesselink, *The Structure of the New European Private Law*, str. 8.

⁵⁰ Opširnije videti kod C. V. Bar, *A European Civil Code, international agreements and European directives* (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisgw3/biblio/vonbar1.html>); C.U. Schmid, Florence/Munich, *Legitimacy for a European Civil Code*; A. Pinna, *Drafting a Civil Code for Europe, Aims and Methods*; M.W. Hesselink, “The politics of a European Civil Code”, *European Law Journal*, Vol. 10, No. 6, November, 2004, strp. 675–697; P. Legrand, *Against a European Civil Code* (<http://www.jstor.org/pss/>).

⁵¹ U naučnoj javnosti prisutna su suprotstavljena gledišta koja navode više razloga *pro et contra* za izradu Evropskog građanskog zakonika. Opširnije videti: C. V. Bar, *A European Civil Code, international agreements and European directives* (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisgw3/biblio/vonbar1.html>); C.U. Schmid, Florence/Munich, *Legitimacy for a European Civil Code*; A. Pinna, *Drafting a Civil Code for Europe, Aims and Methods*; M.W. Hesselink, “The politics of a European Civil Code”, *European Law Journal*, Vol. 10, No. 6, November, 2004, strp. 675–697; P. Legrand, *Against a European Civil Code* (<http://www.jstor.org/pss/>); Anastasia Vezyrtzi, *The way towards the unification of Civil Law in the European Union: Reflections and questions raised* (<http://www.cjel.net/online/>).

⁵² Martijn W. Hesselink, “The Politics of a European Civil Code”, *European Law Journal*, Vol. 10, No. 6, November, 2004, str. 677.

šta u EU preduzimaju se određene aktivnosti na harmonizaciji određenih segmenata u porodičnom i naslednom pravu.⁵³

Najzad, i pored ideje i dosadašnjih aktivnosti, ipak odluka o unifikaciji građanskog prava i stvaranja EGZ je političkog karaktera. Ovaj stav potvrđuje i latica poznatog holandskog profesora Pola Šoltena, izrečena povodom stogodišnjice starog Holandskog građanskog zakonika, prema kojoj “(novi) Građanski zakoni su uvek rezultat političke prinude (...) zbog toga Građanski zakonik je oduvek bio simbol novog (ili obnovljenog) jedinstva. I Evropski građanski zakonik svakako će imati istu simboličku važnost.”⁵⁴ Kao osnova za izradu EGZ navodi se član 95 Sporazuma Evropske zajednice kao i članovi 43–45 iz sporazuma Evropske unije iz 1992. godine.⁵⁵

U procesu unifikacije privatnog prava, kao i stvaranje jedinog EGZ, veliki značaj ima u uloga nauke. Mnogobrojni autore, širom Evrope, u svojim radovima i studijama obrađuju pitanje potrebe unifikacije privatnog prava i donošenje jedinog EGZ. U tom smislu, vredi napomenuti prvu i značajniju studiju u odnosu na ovo pitanja, naslovljena “Prema Evropskom građanskom zakoniku” (*Towards a European Civil Code*), u kojoj su za prvi put obrađena pitanja mogućih područja unifikacije građanskog prava.⁵⁶

⁵³ O harmonizaciji porodičnog i naslednog prava opširnije videti kod Ljilana Spirović Trpenovska, Dejan Micković, Angel Ristov, *op. cit.*, str. 464–495.

⁵⁴ Martijn W. Hesselink, *op. cit.*, str. 678.

⁵⁵ Osim područje građanskog prava, predmet harmonizacije u okvirima EU su i druga područja privatnog prava. Neke od njih su delimično već harmonizovane, kao na primer pravo društava, potrošačko pravo, pravo javnih nabavka, autorsko pravo, pravo osiguranja i dr. Određena područja su u potpunosti unifikovana. Verica Trstenjak, *op. cit.*, str. 689 Danas, u okvirima Evropske unije regulišu se dva procesa u odnosu uređenja položaja trgovinskih društava. Prvi proces odnosi se na harmonizaciji internih prava društava, dok se drugi odnosi na uvođenje pravna lica Evropske unije. U tom smeru, 1985 godine, stvorena su unifikovana pravila evropske interesne zajednice, dok su 2001 godine konačno bile unifikovane i odredbe evropskog deoničkog društva, evropske zadruge i evropskog uzajamnog društva. Opširnije videti kod Milan Nedkov, Tito Beličanec, Elena Gradiški-Lazarevska, *Pravo na društva, knjiga prva*, Sigma pres, Skopje, 2003, str. 155–156. Pored napora za unifikaciju privatnog prava u okvirima EU, značajan je i proces unifikacije određenih područja javnog prava. Reč je o kaznenom pravu, pravu životne sredine, uređenje prostora, policijskog prava, pravo stranaca i pravne norme povezane azilom, upravnog prava, prava iz oblasti kulture, zdravlja i dr. Osim navedenih, aktuelna su i pitanja povezana sa evropskim državljanstvom, evropskim putnim ispravama i evropskim ličnim dokumentima.

⁵⁶ Ona proizlazi kao rezultat konferencije naslovljene istim nazivom iz 1997 godine, organizovane pod pokroviteljstvom holandske Vlade, koja je u tom momentu bila predsedavajući EU. Holandska Vlada je jedna od ređih koja je u odnosu na ideju kodifikacije građanskog prava, pored moralne podrške uložila i određene konkretne napore.

OPRAVDANOST STVARANJA EVROPSKOG
GRAĐANSKOG ZAKONIKA

Da li je potrebna kodifikacija građanskog prava u Evropi? Dali je u sadašnjim uslovima ona moguća? Dali je potrebno donošenje EGZ? To su najčešća pitanja koja su predmet interesa stručne i naučne javnosti u Evropi. U odnosu na ova sporna pitanja pravne nauke u evropskim okvirima ne postoji saglasnost.⁵⁷ Određeni broj autora zastupaju stajalište da nije potrebno i nije moguće donošenje jednog EGZ. Ipak, veći deo autora zalaže se za donošenju EGZ i zastupa stajalište da je potrebno da njegova sadržina bude opširnija.

Autori koji se zalažu za zadržavanje nacionalnih i pravnih tradicija, pre svega svojih građanskih zakonika (Francuska, Nemačka, Španija, Italija i dr.), smatraju da stvaranje jedinog EGZ nije potrebno. U tom smislu, sa pravom poznati bugarski civilista, prof. Vladimir Petrov ističe da “za njihove narode one predstavljaju spomenike nacionalnog pravničkog genija, koji su deo njihove kulturne istorije i osnova nacionalnog digniteta i samosvesti. Zbog toga, nije slučajna činjenica da i po stvaranja EU i širokim procesima unifikacije pravnih sistema evropskih država, ni Francuska, ni Nemačka i Italija nemaju nameru da se razdvoje od svojih kodeksa, u kojim neprestano unose izmene i dopune, kako bi ih doveli u skladu sa izmenjenim društvenim odnosima i da podobre njihovu funkciju.”⁵⁸ Da nacionalne kodifikacije predstavljaju “kulturne spomenike” koje su ukorenjene u kolektivnoj svesti kao deo nacionalnog identiteta, govori i poznati nemački civilista Flume, ali i drugi autori.⁵⁹

Pored ovog, značajniji argumenat protiv unifikacije građanskog prava u Evropi je i činjenica da postoji velika razlika između anglo-saksonskog i evropsko-kontinentalnog prava. U tom smeru, biće teško državama koja pripadaju anglo-saksonskom pravu da prihvate ideju donošenja EGZ i pored toga što je pisano pravo u zadnjim decenijama u porastu.⁶⁰

⁵⁷ Verica Trstenjak, *op. cit.*, str. 692.

⁵⁸ “Dali u Bugarskom pravu postoji ideja o stvaranju Građanskog kodeksa” *Kodifikacija makedonskog građanskog i trgovinskog prava*, Zbornik naučne rasprave održane u Skopju na 18 juna 2007 godine, Makedonska akademija nauke i umetnosti, Skopje, 2008, str. 105–106.

⁵⁹ Christoph U. Schmid, Florence/Munich, *Legitimacy for a European Civil Code*, 2000, Brussels, str. 7.

⁶⁰ Više o ovome videti kod Andrea Pinna, *op. cit.*, str. 6.

Kao argumenat protiv donošenja EGZ navodi se i to da bi njegovo donošenje dovelo do gubljenje nacionalnog identiteta i suvereniteta država članice EU. U tom smislu, ističe se argumenat da je evidentan nedostatak zajedničke pravne kulture. Različiti jezici i nacionalna istorija su takođe jedan od argumenata protiv donošenja EGZ, kojim bi se zamenile nacionalni zakonici. Sa druge strane, takođe se primećuje da u EU nedostaje konstitucionalni okvir da bi se moglo doneti zajednički kodeks. U tom smeru, ističe se da “put prema EGZ biće dug i mukotrpan”, zbog toga što su glavne prepreke jezik prava, termini, i koncepti.⁶¹

Prema mišljenju Martina Heselinka, “države, prihvatanjem EGZ, ili bilo kog drugog vida Evropskog zakonodavstva koji se odnosi na unifikaciju privatnog prava, jasno će preneti svoja ovlašćenja sa nacionalnog na Evropski nivo. Sa ovim procesom značaj će dobiti Evropski zakonodavac, dok nacionalna zakonodavstva će izgubiti svoje nadležnosti.”⁶² Negativna mišljenja i otpor prema ideji o donošenju EGZ su osobito izražena u francuskoj naučnoj javnosti, prema kojoj njegovo eventualno donošenje zamenilo bi slavni i dostojni za poštovanje *Code civil*.⁶³ Najzad, prisustvo EGZ neizbežno će otvori pitanja povezana sa ostalim delovima prava.⁶⁴

Nasuprot ovom, privrženici ideje unifikacije privatnog prava i donošenja jedinog EGZ, ističu da bi se ovim na ovaj način povećala pravna sigurnost, značajno bi se smanjili transakcioni troškovi, povećala bi se konkurencija na tržištu u okvirima EU van njenih granice i povećala bi se trgovina. Ovo iz razloga što “zajedničko tržište ima potrebu uniformnog privatnog prava koje će biti sposobno učiti u globalnoj konkurenciji sa pravom SAD.”⁶⁵

Istovremeno postojanje unitarnog prava i nacionalnog prava češće dovodi do sukoba zakona i do pravne neizvesnosti i nesigurnosti. Unifikacija bi imala uticaj u stvaranju jedinog evropskog identiteta i smanjenja značaja nacionalnih granica.⁶⁶ Donošenjem EGZ ponovo bi se uspostavilo pravno jedinstvo u sferi prava, kao što je to bilo u prošlosti. Prema Hju Kolins-u prvi razlog zašto je Evropi potreban jedan zajednički građanski zakonik je da će on pomoći u građenju tran-

⁶¹ Gianmaria Ajani, Martin Ebers, *Uniform Terminology for Europe Contract Law*, str. 11.

⁶² Martijn W. Heselink, *op. cit.*, str. 681.

⁶³ *Ibid*, str. 686.

⁶⁴ Videti više kod Martijn W. Hesselink, *The Structure of the New European Private Law...*, str.13.

⁶⁵ Christoph U. Schmid, *op. cit.*, str. 2.

⁶⁶ Andrea Pinna, *op. cit.*, str. 4–6.

snacionalne zajednice i u građenju zajedničkog identiteta ljudi u Evropi.⁶⁷ Zatim, autor ističe da “socijalni i ekonomski progres i kohezija takođe krucijalno zavise od privatnog prava.”⁶⁸ Za Alesija Zakarija, stvaranje EGZ “više se zasniva na ekonomskim razlozima, nego na političkim ili pravnim.”⁶⁹ U tom smeru je i mišljenje Adreje Pinna prema kome “jedinstvo pravne regulative, ne samo što će umanjiti transakcione (tržišne troškove), nego će pridoneće za efikasno uspostavljanje jedinog Evropskog tržišta.”⁷⁰ Više naučnika su saglasni da “tržište mora biti regulisano” zbog čega je EGZ neophodan.⁷¹ Odsustvo unificiranog prava, odnosno unificiranog sistema rešavanja sukoba zakona, dovodi do neizvesnost koji zakon će biti nadležan za rešavanje nastalih odnosa. Kao rezultat toga, može doći do problema i u sudskoj zaštiti.

Prema mišljenju Rafala Manka postoje mnogobrojni argumenti u prilog donošenju EGZ. On će olakšati operacije u zajedničkom tržištu, poboljšati će se kvalitet sistema privatnog prava, i on će postati simbol Evropskog jedinstva, modernizirati će pravni sistem i poboljšati će život potrošača.⁷² Najzad, sledeći argument koji se ističe u korist EGZ je da će on “izraziti aspiracije pravnog poretka za postizanje normativnog integriteta.”⁷³

Prema tome, može se zaključiti da u Evropi sve više preovlađuje stajalište da je neophodno da se radi na stvaranje EGZ, koji, pored ostalog, treba predstavljati sledeći korak u stvaranju ujedinjene Evrope, projekat koji je u zadnjih godina, zbog ekonomske krize i ozbiljnih finansijskih problema sa kojima su se suočile nekoliko članice Unije, ali i zbog “zamora proširenja” i “krize liderstva” u Evropskim zemljama seriozno doveden u pitanje.

⁶⁷ Hugh Collins, *Why Europe Needs a Civil Code: European Identity and Social Model*, str. 1.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Alessio Zaccaria, *op. cit.*, str. 24.

⁷⁰ Andrea Pinna, *op. cit.*, str. 5.

⁷¹ Tako Martijn W. Hesselink, *The Structure of the New European Private Law...*, str. 17; Thomas Wilhelmsson, “Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?” 10 *ERPL* (2002).

⁷² Rafal Manko, *Private Law in the European Union: Perspectives for the Future*, Social Science Research Network, dostupno na sledećoj internet adresi <http://papers.ssrn.com/sol3/papers>

⁷³ Martijn W. Hesselink, *The Structure of the New European Private Law...*, str. 17.

Angel Ristov, Ph.D.,
Assistant, Faculty of Law
“Iustinianus Primus”, Skopje

EUROPEAN CIVIL CODE
– WISHFUL THINKING OR REALITY –

Summary

The idea of unification of private law in Europe has a long history. In the last decades of the last and the beginning of the new millennium in the states of the European Union the need for codification of private law and a creation of a single European Civil Code is becoming more timely, not only in the academic environment, but also in the bodies of the European Union. In this paper the author analyze issues that require codification of civil law in Europe, whether in present conditions it is possible and if there is a need to create a European Civil Code.

The author consider that the codification of Civil Law in Europe is not utopia and just wishful thinking, but reality. Considering the current activities in the process of unification, in the coming decades can be expected to be created European Civil Code. However, because of the present economic crises in some of the countries of EU this project can be seriously put on question mark and delaied for better times.

Svojina

Svojina i druga stvarna prava

PETAR SIMONETTI

OBLICI VLASNIŠTVA, PRETVORBA DRUŠTVENOG VLASNIŠTVA, JAMSTVO I ZAŠTITA PRIVATNOG VLASNIŠTVA U USTAVNOM PORETKU REPUBLIKE HRVATSKE

USPOSTAVLJANJE PRIVATNOG VLASNIŠTVA NA NEKRETNINAMA

Ovaj tekst se ograničava na skiciranje posljedica uspostavljanja privatnog vlasništva na svim stvarima koje su bile u društvenom vlasništvu. Uspostavljanje prava vlasništva na nekretninama i na građevinskom zemljištu iscrpno je obrađeno na drugom mjestu.¹

Posljedice uspostavljanja privatnog vlasništva

Ukidanje ustanove društvenog vlasništva i reintegracija isključivo ustanove privatnog vlasništva i vlasništva javnopравnih osoba u pravni sustav Republike Hrvatske uspostavljanje prava vlasništva fizičkih i pravnih osoba na svim stva-

¹ Simonetti, P., Denacionalizacija, izd. Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2004; Simonetti, P., Prava na nekretninama (1945–2007), Knjiga 3, str. 641–753; i Simonetti, P., Prava na građevinskom zemljištu (1945–2007), Knjiga 2, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008, str. 331–515.

rima koje su bile u društvenom vlasništvu, ako po prirodi ili po zakonu mogu biti objekti prava vlasništva, proizvela² je ne samo takve pravne promjene koje su bitno utjecale na oblikovanje pravnog poretka, već je istovremeno proizvela vrlo krupne strukturalne društvene i ekonomske promjene s dugoročnim posljedicama, društvenim, ekonomskim i pravnim. Time se mijenja cjelokupna ekonomska i društvena struktura u Republici Hrvatskoj. O tome se do sada raspravljalo uglavnom pragmatički, više publicistički, rjeđe znanstveno. Nije objavljeno još ni jedno sveobuhvatno sustavno znanstveno djelo o promjenama ekonomske i društvene strukture koje su prouzrokovane uspostavljanjem privatnog vlasništva i slobodnog poduzetništva u Republici Hrvatskoj, a ni u ostalim državama nastalim raspadom SFRJ, što je veliki nedostatak i za pravnu obradu ove materije.

Općenito, promatra li se vlasnički prevrat kao društveni i ekonomski proces u Republici Hrvatskoj i u drugim državama koje su nastale raspadom SFRJ, taj je prevrat posljedica sloma cjelokupne društvene strukture (i pravnog sustava) zasnovane na udruženom radu na sredstvima za proizvodnju u društvenom vlasništvu, kojim se htjelo administrativno i ideološki negirati pravo vlasništva na kome počiva cjelokupna struktura građanskog društva: gospodarska, politička, pravna i kulturna. Ekonomski slom prouzrokovao je slom sustava udruženog rada, samoupravljanja i dogovorne ekonomije, prava rada i socijalne sigurnosti, cjelokupnosti društvenog vlasništva (u ekonomskom i sociološkom smislu) s dalekosežnim učincima na sve društvene strukture.³ Otvoren je put povratka građanskom (privatnom) vlasništvu i tržišnom gospodarstvu zasnovanom na tržišnoj i poduzetničkoj slobodi na način koji je prouzročio pogubne društvene i gospodarske posljedice. Na razvalinama sustava društvenog vlasništva i samoupravljanja uspostavlja se vladavina kapitala neadekvatnim pravnim ustanovama koje su u uvjetima kada ne djeluje pravna država (vladavina prava) omogućile sveopću pljačku radom stvorenog i prirodnog bogatstva.

Nakon raspada društvenog vlasništva (tobože svačijeg i ničijeg), narodnog bogatstva stvorenog teškim radom milijuna neimara tadašnjih i ranijih pokoljenja i privatizacije društvenog kapitala s pretvorbom prava na nekretninama u društvenom vlasništvu u privatno vlasništvo u Republici Hrvatskoj kao i u ostalim državama nastalim dezintegracijom SFRJ, omogućeno je beskrupulozno bogaćenje pojedinaca prisvajanjem "ničijeg" dobra tj. mukotrpnih rezultata rada milijuna osiromašenih građana, često bez ulaganja radi stvaranja novih vrijednosti na štetu onih koji su stvorili to društveno bogatstvo sada privatizirano u vlasništvu malobrojnog društvenog sloja. Posljedica tog procesa je stagnacija gospodarskog razvo-

² Simonetti, P., op. cit., Knjiga 3.

³ Sistematsko istraživanje uzroka ovog sloma predmet je drugih znanstvenih disciplina, prvenstveno sociologije, politikologije i političke ekonomije.

ja, nezaposlenost, siromaštvo i prezaduženost države, užih zajednica i privrednih subjekata kao i građana, kriminal, i korupcija koja razjeda cjelokupno društvo. Godinama se troši više nego što se proizvodi zaduživanjem kod stranih banaka (domaćih gotovo i nema) da bi se kupovao strani proizvod čime se guši domaća proizvodnja i povećava broj nezaposlenih. Najteže posljedice su stotine tisuća nezaposlenih pretežno mladih ljudi koji se po završetku školovanja ne mogu zaposliti, lišeni ljudskog prava da svojim radom privređuju sredstva za život i oblikuju svoju budućnost. Društvena zajednica je izgubila veliki kreativni radni potencijal, možda vrjedniji od tranzicije opljačkanog radom stvorenog kapitala.

Na drugom mjestu se iscrpno istražuje konstituiranje društvenog vlasništva i prava na nekretninama i građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu te uspostavljanje prava vlasništva na tim nekretninama nakon raspada sustava društvenog vlasništva i samoupravljanja.⁴ Prema suvremenim pravnim sustavima kontinentalne Europe, gdje spada i hrvatski pravni sustav, kao i pravni sustavi ostalih država nastalih raspadom SFRJ, zemljište je objekt prava vlasništva: fizičkih, građanskopravnih i javnopravnih osoba: države, jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, javnih ustanova i javnih poduzeća, osim onih površina koje su po namjeni ili po zakonu isključene iz vlasničkopravnog režima (opće dobro i po pravilu javno dobro u općoj uporabi)⁵. Ove površine nisu ničije zato što ne pripadaju i ne mogu pripadati određenoj osobi, kao njeno isključivo pravo, već su podvrgnute javnopravnom režimu i njima upravlja Republika Hrvatska, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave: općine, gradovi, županije. Prirodni izvori uključujući i zemljište ekonomski ovisnih zemalja jesu plijen stranog kapitala: velikih javnih korporacija i društava kapitala. Stoga se zakonom mora zabraniti otuđenje tih dobara u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava i omogućiti njihovo korištenje pomoću zakonom uređenih koncesija, te pravnih ustanova prava građenja i dugogodišnjeg zakupa uz odgovarajuću periodičnu naknadu koja bi se propisom usmjeravala u gospodarski razvoj.

⁴ Simonetti, P., *Prava na nekretninama (1945–2007)*, nakladnik Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2009; isti: *Prava na građevinskom zemljištu (1945–2007)*, izdanje Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, u pripremi je izdanje za Bosnu i Hercegovinu. Obrada ove kompleksne pravne strukture podijeljena je u tri knjige. U Knjizi prvoj se raspravlja općenito o vlasništvu i o nekretninama kao objektima prava vlasništva i društvenog vlasništva; u Knjizi drugoj – o društvenom vlasništvu i prijenosu nekretnina iz privatnog u društveno vlasništvo, o pravima na nekretninama u društvenom vlasništvu, stjecanju, prijenosu i prestanku tih prava i o njihovim nositeljima kao i o pretpostavkama za iznimni prijenos nekretnina iz društvenog u privatno vlasništvo. U Knjizi trećoj obrađuje se uspostavljanje prava vlasništva na nekretninama koje su do ove vlasničke transformacije bile u društvenom vlasništvu.

⁵ Vidi povijesno–komparativnu studiju, Grossi, P., *Il dominio e le cose (per la storia del pensiero giuridico–moderno)*, Giuffrè, Milano, 1992.

*Posljedice uspostavljanja privatnog vlasništva
na građevinskom zemljištu*

Na specifičan način izgubljeno je građevinsko zemljište koje je bilo u društvenom vlasništvu u svim gradovima i naseljima gradskog karaktera. Cjelokupno izgrađeno građevinsko zemljište u društvenom vlasništvu preneseno je po samom zakonu u vlasništvo vlasnika zgrada, po pravilu bez naknade. Pravne sljednice nekadašnjih općina koje su upravljale cjelokupnim građevinskim zemljištem u gradovima i naseljima gradskog karaktera, kao i na području namijenjenom za stambenu, komunalnu i drugu kompleksnu izgradnju, izvan gradova i naselja gradskog karaktera, imaju pravo vlasništva samo na zemljište na kojem one imaju zgrade u svom vlasništvu. Tako se golem društveni kapital inkorporiran u komunalnu infrastrukturu zajedno sa zemljištem koje u tržišnim odnosima daje stalno rastuću rentu "preselio" u privatnu imovinu osoba koje nikad nisu bile njegovi vlasnici, a nisu dužne graditi i održavati komunalnu infrastrukturu. Zato jedinice lokalne samouprave stalno povećavaju naknade za uređenje i korištenje zemljišta u privatnom vlasništvu da bi prikupile sredstva za proširenje, modernizaciju i održavanje komunalne infrastrukture i time, neizravno, povećavale gradsku rentu koju prisvajaju vlasnici zemljišta bez ulaganja i rizika.

Trajno pravo korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu koje je pripadalo vlasniku, odnosno nositelju prava raspolaganja zgrade ili posebnih dijelova zgrade, moglo se pretvoriti u pravo građenja kao u bivšoj Demokratskoj Republici Njemačkoj⁶ čime bi bila osigurana trajna sredstva za komunalnu infrastrukturu iz stalno rastuće rente koja pripada vlasniku zemljišta, a plaća je nositelj prava građenja. U tom slučaju bila bi moguća i restitucija prava vlasništva na izgrađenom građevinskom zemljištu u postupku denacionalizacije bez predaje posjeda, pa bi ovlaštenik prava na denacionalizaciju sa stjecanjem prava vlasništva na izgrađeno građevinsko zemljište bez neposrednog posjeda stekao pravo na gradsku rentu koju mu duguje vlasnik zgrade odvojene od zemljišta pravom građenja (čl. 280. i 281. st. 2. Zakona o vlasništvu...).

Većim dijelom je otuđeno stvoreno narodno bogatstvo, prodaju se svi prirodni resursi, na koje se po zakonu može uspostaviti privatno vlasništvo, uključujući i preostalo neizgrađeno građevinsko zemljište u državnom vlasništvu, vla-

⁶ U novim njemačkim pokrajinama (područje bivše DR Njemačke) po Zakonu o pročišćenju stvarnih prava (Sachenrechtsbereinigungsgesetz) vlasnici zgrada, koji su imali pravo korištenja na zemljištu u narodnom vlasništvu, imali su pravo izbora: tražiti osnivanje nasljednog prava građenja (Erbbaurecht) ili kupiti zemljište po tržišnim cijenama koje su se smanjivale do 50%. Šire: Karl-Friedrich Thone, Raffale Knauber, Beden – und Gebäudeeigentum in den neuen Bundesländern, Verlag Kommunikationsforum GmbH Recht Wirtschaft Steuern, Köln, 1994, str. 116–118.

sništvu jedinica lokalne samouprave i vlasništvu drugih javnopravnih osoba u gradovima i urbaniziranim naseljima na atraktivnom području jadranske obale i otoka i na područjima namijenjenim za sport i rekreaciju, turističku djelatnost i druge gospodarske djelatnosti u unutrašnjosti, naročito na planinskom području. Posljednji je čas da se ovaj pogubni proces zaustavi zakonskom zabranom otuđenja zemljišta i drugih prirodnih dobara u vlasništvu države, jedinica lokalne samouprave i drugih javnopravnih subjekata jer postoje četiri ustanove koje omogućavaju korištenje zemljišta uz plaćanje obročne naknade (rente) koja predstavlja trajni prihod od tih zajedničkih dobara, to su: pravo građenja, koncesije, dugogodišnji zakup i pravo služnosti. Time će se smanjiti troškovi izgradnje za cijenu zemljišta i osigurati trajni izvori prihoda od periodičnih naknada za pravo građenja, koncesije, dugogodišnji zakup i pravo služnosti koja (prava) odvajaju od zemljišta zgrade i druge građevine kao i ostale naprave i uređaje komunalne infrastrukture, itd.⁷

Na nekretninama u društvenom vlasništvu uspostavljeno je pravo vlasništva: denacionalizacijom, pretvorbom društvenog kapitala društvenih poduzeća ili neposrednom pretvorbom na osnovi samoga zakona (*ex lege*), prelaženjem nekretnine iz društvenog vlasništva u državno vlasništva, odnosno u vlasništvo jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, te otkupom stanova kao i pretvorbom prava korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu uz ograničenu restituciju u postupku denacionalizacije (*supra*).⁸ O tomu se iscrpno raspravlja u drugim radovima⁹. U ovom radu skreće se pažnja na uspostavljanje prava vlasništva na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu, iako je i ta tema iscrpno raspravljena u drugom radu¹⁰ jer ova vlasnička promjena ima kobne posljedice koje su se samim zakonom mogle izbjeći. Na ovo se nedovoljno obraća pažnja u znanstvenoj i stručnoj literaturi. Pravna struka uglavnom šuti, a druge struke (znanosti) ne bave se ovom temom jer prelazi granice predmeta njihovih istraživanja.

Kritika pretvorbe prava korištenja u pravo vlasništva na građevinskom zemljištu. – Kao što je naprijed navedeno, pretvorbom trajnog prava korištenja građe-

⁷ Šire o tomu: Simonetti, P., *Prava na građevinskom zemljištu (1945–2007)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008, str. 459–545.

⁸ Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme komunističke vladavine, NN 92/97, 91/99, 80/02, ispr. 81/02; čl. 16–19. I 52–55; Simonetti, P., *Denacionalizacija*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2004, str. 226–246.

⁹ Simonetti, P., *Denacionalizacija*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2004, Simonetti, P., *Prava na nekretninama (1945–2007)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2009, str. 461–753; isti, *Prava na građevinskom zemljištu (1945–2007)*, 2008, str. 331–503.

¹⁰ Simonetti, P., *Prava na građevinstom zemljištu (1945–2007)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008, Knjiga II.

vinskog zemljišta u pravo vlasništva (suvlasništva) vlasnika zgrada ili posebnih dijelova zgrada¹¹ te restitucijom neizgrađenog građevinskog zemljišta koje nije privedeno namjeni ili pretvorbom prava na tom zemljištu u pravo vlasništva trgovačkih društava konstituiranih u postupku pretvorbe društvenog kapitala društvenih poduzeća ili pretvorbom prava na neizgrađenom građevinskom zemljištu na temelju prijelaznih odredbi hrvatskog Zakona o vlasništvu u vlasništvo njegovih nositelja, odnosno pravnih sljednika (čl. 359, 361, 362, 363, 365), gotovo cjelokupno građevinsko zemljište preneseno je u vlasništvo osoba koje nisu dužne izravno ulagati u komunalnu infrastrukturu, a jedinice lokalne samouprave, koje moraju osiguravati sredstva za te svrhe, vlasnice su samo onog izgrađenog građevinskog zemljišta na kojem su njihove zgrade i vrlo malih površina neizgrađenog građevinskog zemljišta. Umjesto da kupuju neizgrađeno građevinsko zemljišta, kako to čine preko sto godina jedinice lokalne samouprave od Beča do Stockholma, jedinice lokalne samouprave u Hrvatskoj prodaju posljednje ostatke tog neponovljivog zajedničkog dobra, a mogle su ga zadržati u vlasništvu osnivanjem prava građenja uz periodičnu naknadu dok to pravo traje i na taj način osigurati bar dio sredstava za potrebe komunalne infrastrukture i ujedno sniziti troškove izgradnje za cijenu zemljišta. Jedinice lokalne samouprave, s druge strane, prisiljene su otkupljivati zemljište za komunalnu infrastrukturu, često po astronomskim cijenama (u urbanim središtima) kojim su raspolagale njihove prednice (općine) i to od onih koji su na njemu stekli vlasništvo bez naknade ili uz simboličnu naknadu.¹² Ova problematika je obrađena na drugom mjestu.¹³

Raspolaganje građevinskim zemljištem u državnom vlasništvu i vlasništvu jedinica lokalne samouprave. – Spekulativni promet građevinskog zemljišta postao je unosni izvor privajanja gradske rente bez ulaganja i rizika vlasnika zemljišta (fruges consumere nati, kako ih naziva Karl Marx), jedno od najvećih žarišta korup-

¹¹ Čl. 9. Zakona o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, NN 53/91 i čl. 367–373. Zakona o vlasništvu

¹² Sve o tomu, Simonetti, P., Prava na građevinskom zemljištu (1945–2007), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008, str. 459–503.

¹³ Šire o tome: Simonetti, P., Prava na građevinskom zemljištu (1945–2007), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008, str. 457–477; Simonetti, P., Uspostavljanje prava vlasništva na izgrađenom građevinskom zemljištu u društvenom/državnom vlasništvu u Republici Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini, u zborniku radova Forum za građansko pravo za jugoistočnu Europu, izbor radova i analiza, Prva regionalna konferencija, Cavtat, 2010, Knjiga I., GTZ, Beograd, 2010, str. 561–638. I 661–667. U istom zborniku vidi radove Ilija Babić, Pravo svojine na izgrađenom građevinskom zemljištu (Srbija); Nada Dollani: Regulisanje svojine nad zemljištem prema albanskom zakonodavstvu: Borislav P. Rašović, Pravni režim izgrađenog građevinskog zemljišta u Crnoj Gori, Rodna Živkowska i Tina Prževska: Uspostavljanje prava vlasništva i pravo dugoročnog zakupa izgrađenog građevinskog zemljišta u državnom vlasništvu R. Makedonije.

cije koja potkopava cjelokupno društvo. Zato je krajnje vrijeme zakonom zabraniti otuđenje građevinskog zemljišta u vlasništvu države, njenih entiteta i jedinica lokalne samouprave. Postoje četiri pravne ustanove koje omogućavaju iskorištavanje građevinskog zemljišta bez prijenosa prava vlasništva, a osiguravaju trajni izvor prihoda vlasnika zemljišta i smanjuju troškove izgradnje za iznos cijene zemljišta (pravo građenja, koncesije, dugogodišnji zakup – za privremene zgrade i služnosti).¹⁴

USTAVNO JAMSTVO PRAVA VLASNIŠTVA KAO OSNOVNOG LJUDSKOG PRAVA

Općenito

Ustavi suvremenih demokratskih država jamče pravo vlasništva kao osnovno ljudsko pravo. Ustavno jamstvo ima dvije komponente: jamstvo ustanove prava vlasništva, i jamstvo prava vlasništva kao individualnog prava određene osobe, fizičke ili pravne (subjektivno pravo).

Ustav RH propisuje: “Jamči se pravo vlasništva” (čl. 48. st. 1).¹⁵ Na to se navodezuju ustavne odredbe iz čl. 8. st. 2–4. i čl. 50–52. koje predstavljaju temelj vlasničkopravnog uređenja Republike Hrvatske.

Nepovredivost prava vlasništva po Ustavu RH spada u red najviših vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske (čl. 3).

Jamstvo ustanove prava vlasništva

Svaki oblik vlasništva, kako je naprijed izloženo, izraz je društvenih procesa, koji se odvijaju po društvenoj zakonitosti neovisno od ljudske volje, na određenom stupnju društvenog razvoja formira se odgovarajući oblik prava vlasništva.¹⁶ Privatno vlasništvo je društveno uslovljeno tržišnom razmjenom dobara. Tamo gdje je tržište – tamo je i privatno vlasništvo; ono ima ta obilježja i kad pripada državi i drugoj javnopravnoj osobi. ZV propisuje: “Republika Hrvatska i druge pravne osobe javnog prava koje su nositelji prava vlasništva imaju kao vlasnici u prav-

¹⁴ Simonetti, P., Prava na građevinskom zemljištu (1945–2007) *ibid.*, str. 478–503.

¹⁵ Gavella et al., *Stvarno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2007, svezak 1.

¹⁶ Vidi Četrdeset godina sovjetskog prava *op. cit.*

nim odnosima jednak položaj kao i privatni vlasnici, ako zakonom nije što drugo određeno” (čl. 35 st. 1).

Negacija privatnog vlasništva u uvjetima tržišnog gospodarstva je *contradictio in adiecto*. Pokušaj ukidanja tržišta (u doba ratnog komunizma za vrijeme međunarodne oružane intervencije u Rusiji nakon Oktobarske revolucije 1917. do Nove ekonomske politike 1922. u SSSR-u) kao ni koncepcije ograničenja tržišta državnim privrednim planovima ili društvenim dogovorima i samoupravnim sporazumima u samopravnom sustavu SFRJ nije se mogla održati.

Uostalom, na stvarima u društvenom vlasništvu na temelju pravnog posla o otuđenju, vlasničkopravni subjekt (domaći ili strani) stjecao je pravo vlasništva, koje nije imao otuđivatelj – društvenopravna osoba, a s druge strane, pravo vlasništva se gasilo prijenosom privatnog vlasništva u društveno vlasništvo na temelju pravnog posla, ali se istovremeno konstituiralo osnovno pravo na stvari u društvenom vlasništvu (upravljanja, korištenja, raspolaganja) koje je pripadalo određenoj društvenopravnoj osobi. Ono se nakon derogiranja ustanove društvenog vlasništva pretvorilo u pravo vlasništva u postupku pretvorbe društvenih poduzeća ili po samom zakonu pa su društvenopravne osobe postale vlasničkopravni subjekti.

Ustav jamči upravo onaj oblik prava vlasništva koji proizlazi iz tržišne ekonomske strukture, tj., privatno vlasništvo. Ustavno jamstvo ustanove prava vlasništva odnosi se ne samo na to da se ni zakonom ne može isključiti pravna ustanova privatnog vlasništva iz pravnog sustava (koji je nezamisliv bez nje), nego i na to da se ova ustanova u cijelosti reintegrira (vrati) u pravni sustav nakon raspada sustava društvenog vlasništva.

Kako bi se održao kapitalistički sustav u suvremenoj demokratskoj državi ustanova prava vlasništva mora uspostaviti nužni sklad općih interesa unutar određene državne zajednice s osnovnim ljudskim pravima. U suvremenim uvjetima ovo znači da se egoistička komponenta privatnog vlasništva, koja se toliko isticala u liberalističkim koncepcijama kao pokretačka snaga društvenog progressa (“sveti egoizam”), mora ograničiti i da se uporaba prava vlasništva mora usmjeriti prema općem dobru tj., općem (javnom) interesu.

U protivnom, stalno se produbljuje jaz između vlasnika i nevlasnika, između rada i kapitala, između bogatih i siromašnih i zaoštavaju društvene suprotnosti do neminovnih socijalnih sukoba koji vode ka revolucionarnom ukidanju ustanove prava vlasništva sa svim društvenim posljedicama koje iz toga proizlaze. Slijedeći modernu koncepciju socijalno usmjerenog prava vlasništva, Ustav RH propisuje: “Vlasništvo obvezuje. Nositelji vlasničkoga prava i njihovi korisnici dužni su doprinostiti općem dobru” (čl. 48. st. 2). Socijalno usmjereno pravo vlasništva je

bitna komponenta programa socijalne države¹⁷ koji se teško ostvaruje u neprekidnom sukobu s tržišnim poduzetništvom koje se opire svakom ograničenju o opterećenju prava vlasništva jer mu time smanjuje konkurentnu sposobnost na tržištu.

Ustav u načelu jamči da se ustanova prava vlasništva neće zakonom ili bilo kojim drugim državnim aktom kvantitativno ograničiti, osim u slučaju potrebe zaštite drugih najviših vrijednosti ustavnog poretka. Ustavno jamstvo prava vlasništva, s druge strane, onemogućava prekomjerno ograničenje ovlaštenja prava vlasništva u općem interesu. U kapitalističkom sustavu vlasnička ovlaštenja smiju se ograničavati razmjerno zaštititi drugih Ustavom priznatih i zaštićenih ljudskih vrijednosti, ali ne u tolikoj mjeri da se poništi suština prava vlasništva (u objektivnom smislu) svodeći ga na privid prava bez realnog sadržaja.¹⁸

Vlasništvo kao subjektivno pravo

Druga komponenta je jamstvo prava vlasništva određene osobe, kao njenog najpotpunijeg prava na određenu stvar ili drugi pravni entitet koji u određenom pravnom sustavu može biti objekat prava vlasništva (npr prirodne sile u ljudskoj vlasti, čl. 2. st. 5. ZV-a). Suvremeni demokratski ustavi jamče da se bilo kojim aktom javne vlasti, pa ni zakonom, neće oduzimati pa ni ograničavati individualno pravo vlasništva, osim u slučaju kad za ovo postoji zakonom utvrđeni opći interes. Ustav RH propisuje da je zakonom moguće u interesu Republike Hrvatske ograničiti ili oduzeti vlasništvo na određenoj stvari uz naknadu tržišne vrijednosti (čl. 50. st. 1).

Prema tome, samo zakonom se utvrđuje interes RH za oduzimanje ili ograničenje prava vlasništva, a ni zakonom se ne može utvrditi naknada niža od tržišne vrijednosti oduzete nekretnine, pokretne stvari ili prava. U ovom slučaju interes Republike Hrvatske nije interes javnopravne osobe nego državne zajednice građana (javni interes).

Kriterij za oduzimanje ili ograničenje prava vlasništva, dakle, postavljen je na visoku razinu općeg interesa koji se u konkretnom slučaju utvrđuje zakonom što isključuje arbitrarnost javne vlasti.¹⁹

¹⁷ Finžgar, A., Komparativni prikazi lastnine kot socijalne funkcije, *Pravnik*, Ljubljana, vol. 46, br. 3–4, 1991; Stojanović, D., Privatna svojina i koncept socijalne pravde, *Pravni život*, Beograd, 2002, str. 105–116; Šinkovec, J., Socijalna funkcija lastnine, *Pravnik*, Ljubljana, vol. 46, br. 3–4, 1991.

¹⁸ Stojanović, *ibid.*, Promene u svojinskom poretku i učenju o svojini, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, NIU Službeni list SFRJ, Beograd, 1978, Tom II, str. 1136–1176.

¹⁹ Vidi Zakon o izvlaštenju, NN 9/94, ispr. 35/94, 114/01, 79/06, 45/11.

*Ustavno jamstvo prava vlasništva kao pravni temelj
denacionalizacije i pretvorbe društvenog vlasništva u privatno vlasništvo.
Kritika zakonskih ograničenja denacionalizacije i restitucije*

Iz jamstva ustanove privatnog vlasništva, njene reintegracije u pravni sustav i abrogacije ustanove društvenog vlasništva i jamstva prava vlasništva kao subjektivnog prava određene osobe (fizičke ili pravne), proizlazi pravni imperativ denacionalizacije (restitucije prava vlasništva ili naknade po tržišnoj vrijednosti kad je restitucija nemoguća ili zakonom isključena); ovo su i pretpostavke za pretvorbu društvenog vlasništva, odnosno osnovnih prava na stvarima (nekretninama) u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva.

Budući da je abrogirana ustanova društvenog vlasništva i sve pravne osnove prisilnog prijenosa imovine iz privatnog u društveno vlasništvo, prijašnji vlasnici, odnosno njihovi pravni sljednici po ustavnom pravu (*ex iure constitutione*) stekli su pravo vraćanja (restitucije) oduzete imovine, odnosno naknade po tržišnoj vrijednosti, ako je restitucija nemoguća ili zakonom isključena, jer se u protivnom za njih produžavaju učinci prisilnog prijenosa njihove imovine u društveno vlasništvo, kada više nema društvenog vlasništva, pa ni osnova prisilnog prijenosa u društveno (državno) vlasništvo, i to u pravnom sustavu u kome Ustav jamči pravo vlasništva i njegovu nepovredivost. Zakon o naknadi²⁰ koji nije slijedio ovo ustavno načelo povrijedio je i načelo zaštite prava vlasništva. Nakon vlasničkog prevrata u skladu s Ustavom Republike Hrvatske, neodrživa je zvanična teza zakonodavca i Ustavnog suda Republike Hrvatske²¹ da bivši vlasnici (i njihovi nasljednici) nisu vlasnici a i da po Ustavu RH nemaju pravo na povrat oduzete imovine, već da je to samo “poželjno” pravo koje određuje zakonodavac vodeći računa o dostignućima demokratskog sustava uzimajući u obzir i ekonomske mogućnosti države da obešteti bivše vlasnike.²²

²⁰ Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme Jugoslovenske komunističke vladavine, NN 92/96, 92/99, 80/02, ispr. 81/02.

²¹ Odluka i rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske od 21.4.1999, NN 39/99.

²² Šire o pojmu, prirodi i osnovi denacionalizacije, Simonetti, P., Denacionalizacija, izdanje Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2004, str. 21–35, gdje se pobija suprotan pravni stav zakonodavca i Ustavnog suda RH. O osnovama i oblicima pretvorbe vidi: Simonetti, P., Prava na nekretninama (1945–2007) izd. Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2009; i Simonetti, P., Prava na građevinskom zemljištu (1945–2007), izd. Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2008. Nešto potpunije se izlaže gledište da je Ustav RH, a ne zakon, osnov denacionalizacije, u raspravi, Simonetti, P., Pravna osnova i zakonske pretpostavke denacionalizacije u Republici Hrvatskoj, u: Spomenica akademika Rajka Kuzmanovića, Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka, 2006, str. 524–538.

Kako restituciju prava vlasništva kao primarni oblik denacionalizacije ograničava pretvorba društvenog vlasništva, odnosno osnovnih prava na stvarima (nekretninama) u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva njihovih nositelja, odnosno pravnih sljednika, logički denacionalizacija prethodi pretvorbi.

Pretvorbom društvenog vlasništva, odnosno osnovnih prava na nekretninama u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva njihovih nositelja, odnosno njihovih pravnih sljednika, u Republici Hrvatskoj povrijeđeno je ustavno jamstvo privatnog vlasništva jer su bivši vlasnici, odnosno ovlaštenici prava na denacionalizaciju umjesto restitucije nekretnina koje su im bile oduzete, dobili po pravilu simboličnu naknadu u vrijednosnim papirima, tj. dionice ili udjele u kapitalu pravnih sljednika (trgovačkih društava) često ekonomski posrnutih društvenih poduzeća, pa su njihovi sljednici kasnije završili u stečaju ili su jedva održavaju ne donoseći nikakvu dividendu iz dionice ili dobit iz uloga koje su dobili bivši vlasnici na ime naknade nacionaliziranog poduzeća. Isto vrijedi i za ona poduzeća koja su propala nakon pretvorbe.

Ograničenje denacionalizacije se ne može pravno obrazložiti ograničenim financijskim mogućnostima države jer je obveza naknade za oduzetu imovinu javni dug. Po Ustavu, u podmirenju javnih troškova dužan je svatko sudjelovati “u skladu sa svojim gospodarskim mogućnostima” (čl. 51. st. 1).

Zakonom o naknadi pogođeni su, prema tome, oni bivši vlasnici čije nekretnine nisu predmet restitucije, a još više oni čije nekretnine nisu predmet ni denacionalizacije (npr. izgrađeno građevinsko zemljište).

Predmet denacionalizacije (“naknade”) po Zakonu o naknadi... u načelu je samo neizgrađeno građevinsko zemljište (čl. 15. st. 1. t. 1).

Vrlo je širok krug zakonskih nasljednika izvan prvog nasljednog reda koji su isključeni iz kruga ovlaštenika prava na denacionalizaciju. Budući da je pravna osnova denacionalizacije Ustav, Zakon o naknadi...²³ koji je ograničio krug ovlaštenika prava na “naknadu” (denacionalizaciju) na prvi nasljedni red zakonskih nasljednika bivših vlasnika (čl. 9) i krug predmeta denacionalizacije (čl. 15)²⁴ nije u skladu s načelom ustavnog jamstva prava vlasništva i nasljeđivanja (čl. 48. st. 1. i 4 Ustava RH). Ovaj zakon nije u skladu ni s ustavnim načelom: “Svi su pred zakonom jednaki” (čl. 14. st. 2), jer da nekretnine nisu prisilno prenesene u društve-

²³ Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslovenske komunističke vladavine, NN 92/96, 92/99, 80/02, ispr. 81/02

²⁴ Šire, Simonetti, P., Denacionalizacija, str. 119–180. (ovlaštenici prava na denacionalizaciju) i 181–200. (predmet denacionalizacije), te 295–313. (oduzeta imovina koja nije predmet denacionalizacije).

no vlasništvo, danas bi ih nasljeđivali zakonski nasljednici svih zakonom utvrđenih nasljednih redova po pravilima nasljednog prava po zakonskom redoslijedu.²⁵

U duhu Ustava koji jamči pravo vlasništva i nasljeđivanja, u objektivnom i subjektivnom smislu, prijašnji vlasnici i njihovi vlasnici svih nasljednih redova (onako kako dolaze na red po pravilima nasljednog prava) imaju pravo na denacionalizaciju (restituciju ili naknadu) svih dobara koja su im silom zakona bila oduzeta i prenesena u društveno vlasništvo.

Ako se ograničimo na nekretnine postojeće na dan zakonske zabrane prijenosa...²⁶ (14.12.1990), a ne na dan donošenja Zakona o naknadi (11.10.1996)²⁷, što je bilo jedino logično rješenje, moguća su samo dva ograničenja restitucije prava vlasništva: zaštita do tada stečenih prava trećih osoba; interes Republike Hrvatske, utvrđen Zakonom, uključujući i nekretnine koje su po namjeni opće ili javno dobro, pa je njihova restitucija Zakonom o naknadi (čl. 55. toč. 2) isključena.

Tradicionalno načelo zaštite stečenih prava ozakonjeno je i Zakonom o vlasništvu...²⁸ (čl. 389).

Ako se u interesu Republike Hrvatske može zakonom ograničiti ili oduzeti pravo vlasništva uz naknadu tržišne vrijednosti (čl. 50. st. 1. Ustava RH), zakonom su se mogle odrediti i pretpostavke za isključenje restitucije određenih dobara (pokretnih i nepokretnih stvari) u interesu Republike Hrvatske. U ovom slučaju, kao i u slučaju kad stečena prava isključuju restituciju ovlaštenik prava na denacionalizaciju imao bi pravo na naknadu tržišne vrijednosti oduzete nekretnine prema stanju u kojem je ta nekretnina bila na dan prisilnog prijenosa u društveno vlasništvo, a po tržišnoj vrijednosti na dan donošenja rješenja o određivanju naknade kada je restitucija isključenja u postupku denacionalizacije, ako nagodbom između ovlaštenika prava na denacionalizaciju i "obveznika vraćanja" nije određeno što drugo u skladu sa zakonom (čl. 8. Zakona o naknadi...).

Međutim, po Zakonu o naknadi, u slučaju kad je restitucija isključena zbog zaštite stečenih prava (čl. 52), ili iz drugih razloga (čl. 1. st. 3, te čl. 53, 54, 55. i 56. st. 4), prijašnjem vlasniku priznaje se naknada sukladno odredbama Zakona, a

²⁵ Čl. 10–29. Zakona o nasljeđivanju, prečišćeni tekst, Sl. list SFRJ 42/65, 44/65, 47/65 i NN 47/78, odnosno čl. 9–19. sadašnjeg Zakona o nasljeđivanju NN 48/03, 165/03.

²⁶ Zakon o zabrani prijenosa prava raspolaganja i korištenja određenih nekretnina u društvenom vlasništvu na druge korisnike u vlasništvo fizičkih i opravnih osoba, NN 53/90, 61/91 i 25/93, stupio na snagu 14.12.1990, danom objavljivanja u "Narodnim novinama" (čl. 7).

²⁷ Zakon o naknadi, međutim, propisuje da se njegove odredbe ne odnose na imovinu "koja na dan donošenja Zakona ne postoji" (čl. 7) kao da nije bilo Zakona o zabrani prijenosa...

²⁸ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN, 91/96, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09.

mjerila za utvrđivanje naknade ne utvrđuje Zakon, pa čak ni Vlada RH, nego nadležni ministar pravilnikom (čl. 63).²⁹

Prijašnjem vlasniku (ovlašteniku prava na denacionalizaciju) ne vraćaju se nekretnina (neizgrađeno građevinsko zemljište, poslovni prostori, i sl.), koje su u skladu sa Zakonom unesene u društveni kapital poduzeća, već im umjesto prava vlasništva “pripada pravo na naknadu u dionicama ili udjelima društva u čiji kapital je u postupku pretvorbe unesena ta imovina” (čl. 53. st. 1). Samo u slučaju kad ostvarenje prava na naknadu nije moguće na gornji način zbog stečenih prava trećih osoba, prijašnji vlasnik “ostvaruje pravo na naknadu u dionicama ili udjelima društava iz portfelja Hrvatskog fonda za privatizaciju, na način propisan Zakonom o pretvorbi društvenih poduzeća u obveznicama Republike Hrvatske” (čl. 53. st. 2). Dionice ili udjeli trgovačkih društava konstituiranih u postupku pretvorbe, najčešće propalih društvenih poduzeća, po pravilu su obezvrijeđene, ali su ostale vrijedne nekretnine, posebno površine građevinskog zemljišta, čija vrijednost stalno raste bez ikakvih ulaganja i rizika novih vlasnika zemljišta.

PRIVATNO VLASNIŠTVO, PODUZETNIČKA I TRŽIŠNA SLOBODA

Privatno vlasništvo bitna je komponenta poduzetničke i tržišne slobode, a poduzetnička i tržišna sloboda temelj su gospodarskog ustroja Republike Hrvatske (čl. 49. st. 1. Ustava RH). Budući da se na tržištu razmjenjuju ekvivalentne vrijednosti i vlasnici tih vrijednosti su u pravnom odnosu formalnopravno jednakopravni. Postoji, međutim, faktična nejednakost u tržišnoj utakmici između ekonomski moćnih i ekonomski slabijih koja ugrožava i pravnu jednakost čak i preko mjere koju dopušta suvremeno slobodno tržište. Zato, država u načelu osigurava svim poduzetnicima jednak pravni položaj na tržištu. Zabranjeni su monopoli (čl. 49. st. 2). Slobodna utakmica (konkurencija) bitna je pretpostavka tržišnog gospodarstva, poduzetničke i tržišne slobode.

Iz prednjeg izlaganja proizlazi da se i tržišne slobode i vlasnička prava moraju ograničiti kad dođu u sukob s bitnim vrijednostima za čovjeka, za njegove asocijacije, odnosno društva kapitala ili za njegovu užu ili širu zajednicu i njihove pravne osobe. Po Ustavu RH, poduzetničke slobode i vlasnička prava mogu se iznimno ograničiti zakonom samo radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi (čl. 50. st. 2).

²⁹ Šire o tomu, Simonetti, P., Denacionalizacija, str. 208–294.

DOBRA OD INTERESA ZA REPUBLIKU HRVATSKU

Dobra od interesa za Republiku Hrvatsku "imaju njezinu osobitu zaštitu". Ova dobra određuje Ustav bez obzira u čijem su vlasništvu. U krug dobara koja su po samom Ustavu od interesa za RH spadaju: more, morska obala i otoci, vode, zračni prostor, rudno blago i druga prirodna bogatstva. Zakonom se može odrediti da su i zemljište, šume, biljni i životinjski svijet, drugi dijelovi prirode, nekretnine i stvari od osobito kulturnog, povijesnog, gospodarskog i ekološkog značenja od interesa za Republiku Hrvatsku i da "imaju njenu osobitu zaštitu" (čl. 52. Ustava RH).

Zaštitu RH kao dobra od općeg interesa imaju more u državnim granicama kao i u morskim pojasevima (vanjski morski pojas, gospodarski pojas i epikontinentalni pojas) u kojima Republika Hrvatska ima suverena, gospodarska i druga prava³⁰. Morska obala i otoci, kao cjeline su dobra od interesa za RH, jednako kao i druga Ustavom određena dobra u granicama njenog suvereniteta i dobra određena zakonom u skladu s Ustavom.

USTAVNA ZAŠTITA JAMSTVA
PRAVA VLASNIŠTVA

Nepovredivost vlasništva spada u najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske (čl. 3. Ustava RH). Nepovredivost ustanove vlasništva od mogućih zahvata javne vlasti bilo zakonom ili drugim aktom, ostvaruje se pred Ustavnim sudom RH u postupku ocjene ustavnosti zakona, odnosno ustavnosti i zakonitosti podzakonskih akata.

Samostalno i neovisno sudstvo kao treća vlast, u sustavu trojne podjele vlasti, na temelju Ustava i zakona štiti vlasništvo kao individualno pravo fizičke i pravne osobe protiv svakoga (*contra omnes*).

Pored toga svatko može podnijeti Ustavnom sudu ustavnu tužbu ako smatra da mu je odlukom sudbene, upravne vlasti ili drugih tijela povrijeđeno jedno od Ustavom utvrđenih prava, sloboda i prava čovjeka i građanina (čl. 28. st. 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske)³¹. Među ta prava spada i pravo vlasništva (čl. 3. Ustava RH).

³⁰ Degan, V. Đ., Međunarodno pravo, str. 642–681.

³¹ Šire, Crnić, J., Ustavnosudska zaštita prava vlasništva, Godišnjak 5, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i prakse, Organizator, Zagreb, 1998; isti, u: Ustavna tužba (doktorska disertacija), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1999, str. 362–432.

ZAŠTITA PRAVA VLASNIŠTVA PRED
EUROPSKIM SUDOM ZA LJUDSKA PRAVA

Kada su iscrpljena sva propisana pravna sredstva pred domaćim pravnim tijelima, pravni subjekti (fizičke i pravne osobe) mogu tražiti zaštitu ljudskih prava, među koje spada i pravo na mirno uživanje imovine, pa prema tomu i pravo vlasništva, u postupku pred Europskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu³². Prema standardu proporcionalnosti koji je izgrađen u praksi toga suda “svako miješanje u pravo vlasništva mora (se) opravdati ravnotežom između prava pojedinca i općeg interesa kojeg država nastoji postići spornim mjerama”³³.

PETAR SIMONETTI, LL.D.,
Professor Emeritus of Civil Law, Rijeka, Croatia

PROPERTY AND ITS TRANSFORMATION, GUARANTY
AND PROTECTION UNDER THE CONSTITUTIONAL SYSTEM
OF THE REPUBLIC OF CROATIA

Summary

The property is a social product. It does not exist and has never existed an organised social community without a certain form of property: i.e. collective or individual property. The form of property depends on social processes which are in progress regardless of human will. Therefore, any intentional attempt to establish a certain form of property by abolishing the existing and historically not exhausted form of property is short dated.

³² Vidi: Gavella, N., Jamstvo vlasništva iz čl.1. Prvog protokola uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u: Gavella i dr., Europsko privatno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu 2002, str. 43–78; Lazić, M., Zaštita imovine prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, Pravni život, 10/2005.

³³ Citat iz Crnić–Grotić, V., Zaštita vlasništva u međunarodnom pravu, ZPFR, vol 22, br. 1. (2001), str. 361; Kovačević Kuštrumović, R. i Lazić, M., op. cit.; Šaula, V., Europski sud za ljudska prava – Pravci daljnjeg razvoja, Arhiv za pravne i društvene nauke (jubilarni 1906–2006), 3–4, 2006, str. 1975–1996.

The form of property established using force can be preserved only with a force and state repression restricting the human rights and fundamental freedoms in varying degrees. The statement has been proven by history of socialist state property including its self-management form in Yugoslavia. In economic formation of market economy and free enterprise the basic form of ownership is a private property. This form of property has an extremely egoistic nature, and therefore, has to be limited by law to reconcile individual and social interests. Acceptance of the private property over objects previously in public property after the breakdown of socialist society it was a social inevitability. Protecting the right of property and its inviolability, the Constitution, which abrogated the socialist public property, was a legal basis for denationalisation exercised by restitution of ownership right or by adequate compensation if the restitution cannot be performed. By legal (voluntary) transformation of the right to use a built-up land into the property right of a building owner, in most cases without compensation, instead into the equivalent right to build which legally divides a land and a building and imposes the obligation over the owner of the building to periodically pay a rent to the land owner, the restitution of the right of ownership has been precluded as well as the adequate compensation for nationalised land to former owners, i.e. their legal successors. Due to the fact that the private property, market and free enterprise are basis of a modern social (state) organisation, the right of ownership is protected by the Constitution as a legal institute from public legal infringement and as an individual right belonging to anyone (any owner) from infringement of everyone else.

Constitutional protection of the right of ownership has promoted this right placing it among human rights and basic freedoms. The protection of the right of ownership has been given in independent court proceedings.

PRAVO GRAĐENJA U PRAVU REPUBLIKE SRPSKE

U V O D

Pravo građenja je novi institut stvarnog prava u Republici Srpskoj.¹ Uveden je u naš pravni sistem Zakonom o stvarnim pravima (ZSP) kojim je na ovim prostorima konačno izvršena kodifikacija stvarnog prava.² To pravo postoji i ima tradiciju u mnogim zemljama,³ dok u nekim postoji superficijarno pravo koje mu je

Prof. dr Duško Medić, sudija Ustavnog suda Republike Srpske.

¹ Vidi: M. Vuković, *Osnovi stvarnog prava*, Zagreb, 1950, str. 205–209; P. Simonetti, *Pravo građenja*, Sarajevo–Beograd, 1986; P. Simonetti, “Pravo građenja i držanje vlastite zgrade na tuđem zemljištu”, *Pravo u gospodarstvu*, br. 5–6/84, str. 354–370; P. Simonetti, “Pravo građenja”, *Pravni život*, br. 11–12/91, str. 1293–1306; R. Jotanović, *Pravo građenja*, magistarska teza, Beograd, 2006.

² U našem pravnom sistemu važi načelo zatvorenog broja stvarnih prava (*numerus clausus*). To je princip koji uglavnom važi u kontinentalnim pravima. Prema ZSP-u, stvarna prava su: pravo svojine, pravo građenja, založno pravo, pravo stvarne i lične službenosti i pravo realnog tereta (član 1 st. 2). Pravo građenja kod nas do sada nije bilo zakonski regulisano, niti je bila predviđena mogućnost njegovog postojanja.

³ Npr. u Austriji je pravo građenja uvedeno Zakonom o pravu građenja od 26.4.1912. godine, u Njemačkoj Uredbom o nasljednom pravu građenja sa zakonskom snagom od 15. januara 1919. godine, Republika Hrvatska je uvela ovaj institut Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima iz 1996. godine itd. O pravu građenja u uporednom pravu opširno: P. Simonetti, “Funkcije, sadržaj i priroda prava građenja u usporednom pravu”, u *Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava*, Tematski zbornik radova, sveska II, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2010, str. 171–205.

prilično srodno.⁴ Pravo građenja u današnjem obliku se uvodi početkom XX vijeka pod uticajem jakog privrednog i ekonomskog razvoja.⁵ Ovo pravo ima dosta sličnosti sa službenostima i sa zakupom, mada u pogledu njih ima i bitnih razlika.⁶ Postoji više razloga za uvođenje prava građenja u naše stvarno pravo. Ipak, jedan od najvažnijih, svakako je mogućnost rješavanja stambenih potreba socijalno ugroženih slojeva stanovništva, jer se na ovaj način značajno snižavaju troškovi te izgradnje. Nosiocu prava građenja omogućava se sticanje prava svojine na zgradi, a da ne mora prethodno kupiti zemljište na kome se ta zgrada nalazi. S druge strane, pravo građenja je lukrativan posao za samog vlasnika zemljišta⁷ jer mu omogućava da dugoročno stiče koristi od svog zemljišta, a da na njemu ne gubi pravo svojine. Nadamo se da će ovaj institut u praksi imati široku primjenu.

Pojam prava građenja

Pravo građenja je ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu⁸ koje daje ovlašćenje svom nosiocu da na površini toga zemljišta ili ispod nje ima vlastitu zgradu,⁹ a vlasnik tog zemljišta dužan je da to trpi. Ovo pravo je u pravnom pogledu izjednačeno s nepokretnošću. Zgrada koja je izgrađena ili koja bude izgrađena na zemljištu koje je opterećeno pravom građenja pripadnost je tog prava, kao da je ono zemljište.¹⁰

⁴ I pravo građenja i superficijarno pravo razdvajaju zgradu od zemljišta. Međutim, superficijarno pravo samo neutralizuje snagu zemljišta i drži zgradu pravno odvojenu od zemljišta. S druge strane, pravo građenja preuzima funkciju zemljišta. Vidi: A. Romac, *Rimsko pravo*, peto izdanje, Zagreb, 1994, str. 195; P. Simonetti, "Rimski superficies i pravne ustanove koje prethode hrvatskom pravu građenja", u *Rasprave iz stvarnog prava*, Rijeka, 2001, str. 203–258; P. Simonetti, *Prava na građevinskom zemljištu (1945–2007)*, Rijeka, 2008, str. 16–24.

⁵ O tome: L. Tajčić, "Pravo građenja", *Pravni savjetnik*, br. 7–8/05, str. 47.

⁶ Npr. razlika između prava građenja i prava službenosti je u tome što pravo građenja, osim korišćenja tuđe stvari, sadrži i pravo svojine na izgrađenoj zgradi.

⁷ D. Stojanović, *Stvarno pravo*, deveto izdanje, Kragujevac, 1998, str. 285.

⁸ Pošto se pravo građenja može osnovati i na vlastitom zemljištu, ne bi bila adekvatna formulacija na "tuđem" zemljištu. Dakle, pravo građenja i pravo svojine na nekom zemljištu se ne isključuju. Pravo građenja se ne može osnovati na zemljištu na kome niko ne može imati pravo svojine.

⁹ Zgrade treba da budu trajne, jer je trajnost konstitutivni element pravnog jedinstva zemljišta i zgrade. Privremene zgrade nisu sastavni dio zemljišta, one su se samo radi neke prolazne namjene spojile sa zemljištem i smatraju se pokretnim stvarima. Na njih se pravo građenja ne odnosi. Trajnost ili privremenost zavisi od namjene zgrade.

¹⁰ Član 286 ZSP-a.

Dakle, pravo građenja ima vrlo kompleksnu strukturu i specifičnu pravnu prirodu,¹¹ na neki način svoj dvostruki pravni život. S jedne strane radi se o ograničenom stvarnom pravu na nečijem zemljištu (teret zemljišta),¹² a s druge strane je u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom, što znači da se fingira da se radi o zemljištu i smatra se posebnim zemljišnoknjižnim tijelom. Pravo građenja je po svojoj pravnoj prirodi ograničeno stvarno pravo koje se po sadržaju razlikuje od ostalih stvarnih prava.¹³ Ono ima sva značajna obilježja stvarnog prava, jer postoji privatna vlast na stvari, neposrednost, apsolutnost i sljedovanje, njegov objekt je određena nekretnina,¹⁴ a ne činidba dužnika, stiče se i gubi na isti način kao i ostala stvarna prava na nekretninama, ali postoje i specifični razlozi njegovog prestanka.¹⁵ Pošto je u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom (“otjelovljeno” samostalno pravo¹⁶), pa je zgrada njegova neraskidiva pripadnost, pravo građenja sa zgradom čini pravno jedinstvo, bez obzira na to da li je zgrada koja je njegov sastavni dio izgrađena prije ili nakon osnivanja prava građenja. Činjenica da je na zemljištu već podignuta zgrada ne sprečava njegovo opterećenje pravom građenja. Ako do toga dođe, zgrada se odvaja od zemljišta, prirasta pravu građenja i biće u svojini nosioca ovog prava dok to pravo traje. Zgrada je priraštaj prava građenja, njegov bitni sastavni dio.¹⁷ Prema ovoj konstrukciji zgrada je izgrađena na pravu građenja koje je fiktivno zemljište. Zbog postojanja prava građenja omogućeno je razdvajanje između prava svojine na zemljištu i prava svojine na objektu i građevina ne postaje sastavni dio zemljišta i svojina vlasnika zemljišta.

Na ovaj način na prvi pogled narušava se načelo pravnog jedinstva nekretnine, jer su, u pravilu, različita lica vlasnici zemljišta i građevine izgrađene u režimu prava građenja.

¹¹ O pravnoj prirodi prava građenja v. L. Velić, *Pravo građenja u SR Njemačkoj i njegovo uvođenje u pravni sistem Bosne i Hercegovine*, u Zborniku radova “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Mostar, 2006, str. 463–464.

¹² Vlasnik zemljišta je ograničen postojanjem prava građenja, ne smije raditi sa zemljištem ono što bi imao pravo kada prava građenja ne bi bilo i primoran je trpjeti radnje nosioca ovog prava na svom zemljištu.

¹³ Ovako je i po austrijskom i njemačkom pravu, dok švajcarsko pravo građenja smatra kao podvrstu službenosti.

¹⁴ Predmet prava građenja je zemljište i to uvijek cijelo zemljišnoknjižno tijelo.

¹⁵ P. Simonetti, *Ustanova prava građenja prema radnom nacrtu Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske*, u Zborniku radova “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Mostar, 2008, str. 28.

¹⁶ P. Simonetti, “Pravo građenja de lege ferenda”, *Zakonitost*, br. 2–3/93, str. 183.

¹⁷ Dakle, zgrada kao tjelesna stvar je priraštaj prava građenja, bestjelesne stvari, koje je izjednačeno s nekretninom.

Međutim, na osnovu fikcije da je pravo građenja nekretnina, održava se načelo jedinstvenosti nekretnine kao suštinsko načelo novog stvarnopravnog uređenja.¹⁸ Pravna veza između prava građenja i zgrade koja je njegova pripadnost čvršća je nego prirodna veza između zemljišta i zgrade, jer se zgrada može pravom građenja odvojiti od zemljišta, a pravo građenja i zgradu je nemoguće odvojiti.¹⁹ Pravo građenja može postojati iznad ili ispod površine zemljišta. To znači da bi, teoretski, na jednom zemljištu mogla postojati dva prava građenja različitih lica, jedno na površini, a drugo ispod površine zemljišta. Značajno je da se time otvara mogućnost ekonomskog korišćenja i tzv. podzemlja za izgradnju npr. podzemnih garaža, skloništa, proizvodnih pogona i tome slično. Volumen objekta prava građenja po pravilu je manji od volumena objekta prava svojine, jer se proteže samo do one dubine koja je nužna za stabilnost zgrade koju pravo građenja odvaja od zemljišta na njegovoj površini ili ispod nje odnosno do one visine dokle dopire opravdani interes nosioca prava građenja.²⁰ Najveći volumen prava građenja je na onoj površini zemljišta koju pokriva zgrada odvojena od zemljišta pravom građenja ili zgrada koja se na njemu može izgraditi. Manji volumen je tamo gdje su izgrađeni ili se mogu izgraditi sporedni građevinski objekti, koji su pripaci zgrade odvojeni od zemljišta pravom građenja. Najmanji volumen objekta prava građenja je na onom dijelu zemljišta opterećenim pravom građenja na kome njegov nosilac ima prava i obaveze plodouživaoca.²¹

*Sadržaj prava građenja, neodvojivost, nosioci,
prometnost i ograničenja*

Sadržaj prava građenja nije čvrsto određen. Samo bitni dio sadržaja ovog prava se određuje zakonom, jer je to u skladu sa njegovom društvenom svrhom i stranke ga moraju poštovati. Ovlašćenja nosioca prava građenja ne smiju biti veća od ovlasti koja bi imao vlasnik zemljišta da na svom zemljištu izgradi zgradu. Lice

¹⁸ O tome: V. Belaj, "Pravo građenja", u *Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić (1928–200)*, Zagreb, 2009, str. 389.

¹⁹ R. Jotanović, "Pravo građenja prema Zakonu o stvarnim pravima Republike Srpske", u *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Beograd, 2009, str. 86.

²⁰ P. Simonetti, "Pretpostavke, funkcije i priroda prava građenja", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98, str. 424.

²¹ P. Simonetti, "Nekretnine kao objekti prava vlasništva i prava građenja", *Pravni život*, br. 11/09, str. 530.

koje je nosilac prava građenja je i vlasnik zgrade koja je pripadnost tog prava,²² a u pogledu zemljišta koje je opterećeno pravom građenja ima ovlašćenja i dužnosti plodouživaoca.²³ Svaka odredba ugovora i drugog akta koja je sa tim u suprotnosti je ništavna.²⁴ Nosilac prava građenja dužan je vlasniku zemljišta plaćati mjesečnu naknadu za zemljište u visini prosječne zakupnine za takvo zemljište, ako zakon ne određuje drukčije.²⁵ Ovo je lična obaveza nosioca prava građenja, a nije stvarni teret nekretnine.²⁶ Prema tome, to je striktni zakonski okvir u okviru kojeg se stranke prilikom osnivanja prava građenja moraju kretati i on se ne može mijenjati njihovom voljom, a njime se konkretizuje svrha ovog prava. Na taj način štiti se ekonomski slabija strana (nosilac prava građenja). Veći dio sadržaja prava građenja prepušta se strankama koje ga osnivaju, ako je pravni posao osnov sticanja. One u granicama autonomije volje ugovorom uređuju svoja prava i obaveze prema vlastitim interesima. Stranke se, primjera radi, mogu dogovoriti o vrsti i veličini zgrade, roku izgradnje, obavezi snošenja različitih tereta, trajanju prava građenja itd. I sud koji određuje osnivanje prava građenja može u okviru obaveznog zakonskog okvira odrediti sadržaj tog prava. Nosilac prava građenja ne smije izgraditi zgradu suprotno zakonskim ograničenjima, a pogotovo javnopravnim pravilima o građenju. Ako bi zgradu izgradilo treće lice ili vlasnik zemljišta, radilo bi se o građenju na tuđem zemljištu i primijenila bi se pravila u pogledu toga, s tim što bi pravo građenja igralo ulogu zemljišta.²⁷ Pravno jedinstvo prava građenja i zgrade je neraskidivo, ne postoji pravo koje može odvojiti zgradu od prava građenja. Zbog toga se zajedno i prenose, nasljeđuju i opterećuju.²⁸ Promjena sadržaja prava građenja dopuštena je samo u sporazumu s vlasnikom opterećene nepokretnosti. Ako bi se time ometao dotadašnji način izvršavanja ostalih stvarnih prava

²² Sa pravom građenja koje postoji na zemljištu neodvojivo je povezano pravo svojine na izgrađenoj zgradi i jedno lice ne može biti nosilac prava građenja, a drugo vlasnik izgrađene zgrade.

²³ Titular prava građenja ima samo prava i dužnosti plodouživaoca. Međutim, on svojim pravom može raspolagati. Pravo građenja se, inače, bitno razlikuje od prava plodouživanja, posebno u pogledu prometnosti. Vidi: V. Spaić, *Građansko pravo, Opšti dio i Stvarno pravo*, Sarajevo, 1971, str. 672.

²⁴ Član 287 st. 1 ZSP-a.

²⁵ Član 287 st. 2 ZSP-a. Dakle, što se tiče naknade, radi se o dispozitivnoj odredbi koja vrijedi u slučaju "ako zakon ne određuje drukčije".

²⁶ N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *Stvarno pravo*, svezak 2, Zagreb, 2007, str. 87.

²⁷ M. Vedriš i P. Klarić, *Građansko pravo, Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo, osmo izmijenjeno izdanje*, Zagreb, 2004, str. 358–359.

²⁸ Član 291 st. 3.ZSP-a.

na opterećenju nepokretnosti, onda razumljivo treba postići sporazum o tome i sa titularima tih prava. Na preinačenje sadržaja primjenjuju se odredbe ZSP-a koje se odnose na osnivanje prava građenja na osnovu pravnog posla.²⁹

Pravo građenja ne može se odvojiti od zemljišta koje opterećuje (neodvojivost), pa ako neko po bilo kojem pravnom osnovu stekne svojinu opterećenog zemljišta, stekao je zemljište opterećeno pravom građenja, osim ako zakonom nije drugačije određeno.³⁰ Odstupanje bi se eventualno moglo propisati Zakonom o eksproprijaciji kada to traži svrha eksproprijacije zemljišta koje je opterećeno pravom građenja i u drugim sličnim slučajevima. Ovo pruža pravnu sigurnost i nosiocu prava građenja i titularima prava koja ga opterećuju, a to je krucijalno u pravnom prometu. Pravo građenja može se ograničiti pravnim poslom na svaki način koji nije suprotan zakonu ili njegovoj prirodi odnosno pravima trećih lica.³¹ Nosilac prava građenja je lice (fizičko ili pravno) u čiju korist je to pravo osnovano ili je na njega preneseno.³² Nema posebnih ograničenja u pogledu toga ko sve može biti nosilac tog prava. Za to se ne traži poslovna sposobnost, pa pravo građenja može biti osnovano u korist bilo kog lica koje je za to pravo zainteresovano.³³ Pravo građenja može se osnovati samo na zemljištu na kome neko lice ima pravo svojine.³⁴ Nije moguće osnovati pravo građenja na pravu građenja. Vlasnik zemljišta može biti nosilac prava građenja na svome zemljištu.³⁵ Posljedica toga je da ovo pravo ne prestaje sjedinjenjem. Dakle, u tom slučaju vlasnik ima dvije nekretnine i to prirodnu (zemljište) i pravnu (pravo građenja) i time se povećava vrijednost njegovog zemljišta. Pravo građenja je u prometu, ono je otudivo³⁶ i nasljedivo kao i druge nepokretnosti, ako zakonom nije drugačije određeno. Ako bi se pravu građenja oduzela ta bitna svojstva, ono bi izgubilo svoj pravni identitet. Po tome se ovo pravo razlikuje od ličnih službenosti. Prometnost i nasljedivost mogu biti ugovorno ograničene, ali na način koji nije u suprotnosti sa prirodom tog prava. Pravo građenja može se opteretiti službenostima, realnim teretima i založnim

²⁹ Član 288 ZSP-a.

³⁰ Član 289 ZSP-a.

³¹ Član 292 ZSP-a.

³² Član 290 st. 1 ZSP-a.

³³ No, primjera radi, ono ne može biti osnovano u korist svakidašnjeg vlasnika neke nekretnine.

³⁴ Dakle, pravo građenja se ne može osnovati na opštim i javnim dobrima.

³⁵ Član 290 st. 2 ZSP-a. Smisao postojanja prava građenja na vlastitom zemljištu mogao bi biti jedino u njegovom prenošenju na drugoga i to bi zato trebalo biti privremeno stanje dok do tog prenosa ne dođe.

³⁶ Za to se ne traži saglasnost vlasnika zemljišta. U Njemačkoj se npr. za otuđenje prava građenja zahtijeva saglasnost vlasnika opterećenog zemljišta (paragraf 26 Uredbe o nasljednom pravu građenja).

pravom, kao i na svaki drugi način koji je u skladu sa zakonom, a nije suprotan pravnoj prirodi tog prava.³⁷ Mogućnost opterećenja prava građenja nalazi se u opterećenju prava svojine koje postoji na zgradi, a to se čini posredno, preko prava građenja. Ta prava se upisuju u teretovnicu (odjeljak C) posebnog zemljišnoknjižnog uloška.³⁸ Ako se osnuje neko stvarno pravo kao teret prava građenja, to pravo tereti samo pravo građenja, a ne i zemljište koje je tim pravom opterećeno. Imajući u vidu da ne postoje posebna ograničenja, proizlazi da se pravo građenja može opteretiti i stvarnim i ličnim službenostima, kao i stvarnim i ličnim teretima. Opterećenje prava građenja u skladu je sa njegovom funkcijom. Posebno je značajna mogućnost zaloganja ovog prava, radi dobijanja hipotekarnog kredita u svrhu izgradnje objekta.³⁹

Funkcije prava građenja

Iz svega izloženog, može se izvući zaključak da pravo građenja treba da zadovolji tri bitne funkcije: socijalnu, privrednu i pravnu, pa se po tome ono razlikuje od ostalih ograničenih stvarnih prava.⁴⁰

Socijalna funkcija prava građenja

Poznato je da su danas troškovi izgradnje građevina (stambenih zgrada, stanova, poslovnih prostora) po tržišnim cijenama veoma visoki i da je takva gradnja za mnoge građane gotovo nedostupna. Pravo građenja je jedno od sredstava stimulisanja jeftinije izgradnje. Pošto je osnivanjem prava građenja omogućeno da zainteresovani pojedinci pribave građevinsku parcelu u svrhu izgradnje potrebnih nekretnina bez njene kupovine za relativno skromnu mjesečnu naknadu (prosječnu zakupninu), na taj način se pospješuje ta izgradnja upravo za kategoriju socijalno osjetljivih i ugroženih građana, što je za društvo veoma značajno. Pogotovo ovdje treba imati u vidu činjenicu da se pravo građenja može opteretiti i založnim pravom, a to njegovom titularu daje i mogućnost pribavljanja kredita za izgradnju

³⁷ Član 291 st. 1 i 2 ZSP-a.

³⁸ Vidi čl. 20 i 29 Zakona o zemljišnim knjigama Republike Srpske – ZZK (Službeni glasnik RS br. 67/03, 46/04, 109/05 i 119/08).

³⁹ To je velika prednost u odnosu na prava korišćenja koja su prethodila pravu građenja i koja su imala istu funkciju, ali se nisu mogla hipotekarno založiti, niti biti predmet izvršenja – o tome v. P. Simonetti, *Pravo građenja*, doktorska disertacija, Zagreb, 1983, str. 249–251.

⁴⁰ O tome opširno: P. Simonetti, *Ustanova prava građenja prema radnom nacrtu Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske...*, str. 25–28.

potrebne zgrade. Dakle, nosiocu prava građenja omogućava se ne samo jeftinija i dostupnija izgradnja, nego i njeno kreditiranje tuđim sredstvima, a to bitno snižava troškove takve izgradnje i čini je prihvatljivom širem krugu lica. Tako se na najbolji način podstiče adekvatno rješavanje stambenih potreba građana koji to pitanje ne mogu riješiti na drugi odgovarajući način.

Privredna funkcija prava građenja

Esencijalna funkcija prava građenja je da omogući ekonomičnije i racionalnije korišćenje zemljišta. Vlasnici zemljišta često nemaju dovoljno sredstava za izgradnju zgrada na njima. Oni u toj situaciji imaju priliku da osnivanjem prava građenja podstiču tu gradnju, ali istovremeno i da ubiru prihode u skromnim, ali stalnim i sigurnim mjesečnim iznosima. Po prestanku prava građenja vlasnik zemljišta postaje i vlasnik izgrađene zgrade uz određenu naknadu. Sve to ima i višestruke privredne efekte, omogućava se izgradnja, modernizacija i poboljšanje komunalne infrastrukture gradova, gradnja socijalnih stanova, a i ubiranje rente na gradskom zemljištu, prvenstveno od strane opština odnosno jedinica lokalne samouprave, jer upravo one raspoložu najvećim površinama građevinskog zemljišta.

Pravna funkcija prava građenja

Pravo građenja preuzima ulogu zemljišta, jer je zgrada, kao što smo vidjeli, njegova pripadnost. Umjesto prirodnog zemljišta, sada postoji pravo građenja kao druga nekretnina, pa izgrađena zgrada postaje pripadnost tog prava. Prema tome, nosilac prava građenja ujedno je i vlasnik zgrade koja je pripadnost njegovog prava građenja koje poništava privlačnu snagu prava svojine zemljišta. Na ovaj način izgrađena zgrada se razdvaja od zemljišta. Time se samo zamjenjuje objekt koji privlači zgradu i umjesto zemljišta dolazi pravo građenja kao drugo zemljište.

Osnivanje (sticanje) prava građenja⁴¹

Pravo građenja osniva se na osnovu pravnog posla ili odluke suda.⁴² Način osnivanja ne može se mijenjati voljom stranaka, jer pravo građenja djeluje prema

⁴¹ O tome šire: P. Simonetti, "Osnivanje prava građenja", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 20, br. 2/99. str. 553–593.

⁴² Član 293 st. 1 ZSP-a. Primjera radi, u Njemačkoj se pravo građenja može steći i tabularnim održajem, na osnovu pogrešne uknjižbe i protekom roka od 30 godina (paragraf 902 Njemačkog građanskog zakonika).

svima, pa se na taj način štite savjesna treća lica. Ovo pravo se osniva na određeno, obično duže vrijeme. Ako to ne bi bio slučaj, ne bi se ostvarila svrha njegovog postojanja.⁴³ Pošto se pravo građenja izvodi iz prava svojine na nečijem zemljištu koje se njime opterećuje, ono se osniva u načelu aktom raspolaganja zemljišno-knjižnog vlasnika zemljišta.⁴⁴ U slučaju da osnivač prava građenja nije bio vlasnik opterećenog zemljišta, iako je kao takav uknjižen u zemljišnoj knjizi, pravo građenja se može steći s povjerenjem u zemljišne knjige ako je sticalac bio savjestan. Sticalac prava građenja bio je savjestan ako u trenutku sklapanja pravnog posla o osnivanju prava građenja, te u trenutku kada je zahtijevao upis, nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga da sumnja u to da osnivač prava građenja koji je u zemljišnoj knjizi bio upisan nije vlasnik, već da je to treće lice koje je pravo svojine steklo vanknjižnim putem.⁴⁵ Na ovaj način se štiti povjerenje u zemljišne knjige, bez kojeg nema sigurnosti u pogledu prometa na nekretninama. To je, u stvari, sticanje prava građenja na osnovu zakona i izuzetak od pravila da se ovo pravo može steći samo na osnovu pravnog posla ili odluke suda. Ako bi u toj situaciji pravo građenja želio da osnuje vanknjižni (pravi) vlasnik, on bi se samo mogao obavezati da će osnovati ovo pravo pošto uknjiži pravo svojine na svoje ime u zemljišnoj knjizi. Pravni posao na osnovu koga se osniva pravo građenja, mora da bude zaključen u propisanom, pismenom obliku i mora biti adekvatno notarski obrađen.⁴⁶ Nedostatak potrebne forme dovodi do njegove ništavnosti. Ispunjenje obaveza iz ugovora u cjelini ili u pretežnom dijelu ne može dovesti do konvalidacije kao u slučaju kada je za valjanost ugovora propisana obična pisana forma.⁴⁷

Što se tiče sadržaja, taj pravni posao (ako je dvostrani), prije svega, mora sadržavati sporazumnu izjavu stranaka o osnivanju prava građenja, koja treba da bude data i od vlasnika zemljišta i od budućeg nosioca prava građenja uz izričito očitovanje vlasnika zemljišta da dozvoljava upis prava građenja u zemljišnoj knjizi na svom zemljištu (*clausula intabulandi*). Ova klauzula ne smije biti neodređena ili vezana za uslov i bez nje neme ni uknjižbe prava građenja. To pojačava pravnu sigurnost koja je neophodna u pogledu osnivanja i prometa prava na nekretninama, a u skladu je i sa načelom kauzalne tradicije u našem pravu. Kauza o osnivanju prava građenja mora da bude jasno označena i vidljiva. Takođe, bitan sastojak je i odredba o predmetu pravnog posla odnosno zemljištu kao objektu prava gra-

⁴³ R. Jotanović, "Pojam prava građenja", *Pravna riječ*, br. 8/06, str. 371.

⁴⁴ P. Simonetti, "Pravo vlasništva i pravo građenja stranih osoba na nekretninama u Republici Hrvatskoj", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 27, br. 1/06, str. 39.

⁴⁵ Vidi čl. 55 i 56 ZSP-a.

⁴⁶ Vidi član 68 st. 1 tač. 4 Zakona o notarima (Službeni glasnik RS, br. 86/04, 2/05, 74/05).

⁴⁷ Član 73 ZOO-a.

đenja.⁴⁸ Potrebno je određeno navesti broj katastarske čestice, njenu površinu, kao i katastarsku opštinu u kojoj se nalazi zemljište koje će biti opterećeno pravom građenja. U suprotnom, takav pravni posao bio bi ništav po opštim načelima obligacionog prava.⁴⁹ Eventualne odredbe tog pravnog posla o odvajanju prava građenja i zgrade, te o odvajanju prava građenja od zemljišta su ništave. Pravni posao kojim se osniva pravo građenja može biti jednostrani⁵⁰ i dvostrani. Naravno, češće će se raditi o ugovoru između vlasnika zemljišta i nosioca prava građenja, koji je u pogledu sadržaja najviše sličan ugovoru o prodaji sa obročnim otplatama cijene.⁵¹ ZSP ne ograničava krug lica koja mogu na svom zemljištu osnovati pravo građenja. Jedini uslov je da su vlasnici zemljišta i da su kao takvi upisani u zemljišnoj knjizi.⁵² U slučaju da je zemljište na kome se osniva pravo građenja u susvojini ili zajedničkoj svojini, potrebna je saglasnost svih suvlasnika odnosno zajedničara, jer se radi o poslu koji prelazi okvire redovnog upravljanja.⁵³ Pravo građenja stiće se dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu, i to upisom kao tereta na zemljištu koje opterećuje i upisom kao posebnog zemljišnoknjižnog tijela u za to novoo osnovanom zemljišnoknjižnom ulošku, kada budu ispunjene sve propisane pretpostavke.⁵⁴ Upis u zemljišnu knjigu ima konstitutivno dejstvo.⁵⁵ Do tog momenta valjan pravni posao o osnivanju prava građenja ima samo obligacionopravno dejstvo. Sam način upisa odražava dvojni pravnu prirodu ovog prava. Prilikom upisa prava građenja kao tereta zemljišta stavlja se i oznaka broja novog zemljišnoknjižnog uloška prava građenja. U A listu uloška prava građenja treba navesti podatak da se radi o pravu građenja i izvršiti oznaku opterećenog zemljišta i broj njegovog zemljišnoknjižnog uloška. Ukoliko bi pravo građenja štetilo već upisanim ograničenim stvarnim pravima na zemljištu koje bi se opteretilo pravom građenja, ono se može upisati samo s pristankom ovlašćenika tih prava.⁵⁶ Kada se na osnovu prava

⁴⁸ Najčešće će se raditi o građevinskim parcelama.

⁴⁹ Član 47 Zakona o obligacionim odnosima bivše SFRJ (ZOO) koji se u Republici Srpskoj primjenjuje na osnovu člana 12 Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava RS (Službeni glasnik RS, br. 21/92).

⁵⁰ Npr. vlasnik zemljišta osniva pravo građenja za sebe.

⁵¹ Kod prava građenja umjesto cijene postoji periodična naknada vlasniku zemljišta.

⁵² Lica koja imaju samo pravo plodouživanja ili upotrebe u pogledu zemljišta razumljivo ne mogu osnivati pravo građenja.

⁵³ Članovi 32 i 46 ZSP-a.

⁵⁴ Član 294 st. 1 ZSP-a.

⁵⁵ ZZK je u članu 29 pravo građenja nazvao pravom korišćenja, pa je s obzirom na dosadašnju upotrebu tog termina, takvo označavanje moglo da izazove nepotrebne zabune. Pošto u vrijeme donošenja tog zakona nije bio donesen ZSP, ZZK je regulisao i sadržinu prava građenja (korišćenja), iako je njegov zadatak bio samo da propiše tehniku upisa ovog prava u zemljišne knjige.

⁵⁶ Član 294 st. 3 ZSP-a.

građenja izgradi zgrada ili postojeća zgrada odvoji od zemljišta pravom građenja, izvršiće se upis na pravu građenja.⁵⁷ Ako zakonom nije drugačije određeno u pogledu načina osnivanja prava građenja, njegove promjene i prestanka, te u pogledu zaštite povjerenja u zemljišne knjige, na odgovarajući način se primjenjuju odredbe ZSP-a koje se odnose na pravo svojine.⁵⁸

Pravo građenja može se osnovati i odlukom suda u postupku diobe i ostavinskom postupku, te u drugim slučajevima određenim zakonom.⁵⁹ Na osnivanje prava građenja u ovom slučaju primjenjuju se pravila o osnivanju službenosti odlukom suda.⁶⁰ Ta odluka se, najčešće, temelji na saglasnosti stranaka u postupku diobe ili na osnovu nekog valjanog očitovanja ostavitelja (npr. legat ili nalog).⁶¹ Pravo građenja se, pod određenim uslovima, može steći i građenjem na tuđem pravu građenja. Nosiocu tog prava tada pripadaju prava i obaveze vlasnika zemljišta.⁶² U ovom slučaju se primjenjuju pravila o građenju na tuđem zemljištu.⁶³ Što se tiče prenosa prava građenja, primjenjuju se odredbe zakona o sticanju prava svojine na nepokretnostima na osnovu pravnog posla, odluke nadležnog organa i nasljeđivanja, ako zakonom nije drugačije određeno niti proizlazi iz pravne prirode prava građenja.⁶⁴

Zaštita prava građenja

Pravo građenja kao pravo na nečijem zemljištu uživa zaštitu odgovarajućom primjenom pravila o stvarnim službenostima, a kao nepokretnost u pravnom pogledu odgovarajućom primjenom pravila o zaštiti prava svojine.⁶⁵ Dakle, time ponovo dolazi do izražaja dvostruka pravna priroda ovog prava, kao ograničenog stvarnog prava na nečijem zemljištu i kao samostalne nekretnine u pravnom smislu.

⁵⁷ Član 294 st. 4 ZSP-a.

⁵⁸ Član 294 st. 5 ZSP-a.

⁵⁹ Ovdje se moglo predvidjeti da se pravo građenja može osnovati i odlukom organa uprave, primjera radi u postupku eksproprijacije.

⁶⁰ Član 295 ZSP-a.

⁶¹ O tome šire: P. Simonetti, *Prava na građevinskom zemljištu...*, str. 495–498.

⁶² Član 63 ZSP-a.

⁶³ Član 59 ZSP-a.

⁶⁴ Član 296 ZSP-a.

⁶⁵ Član 297 ZSP-a.

Sporovi u vezi sa pravom građenja su, u pravilu, vezani za odnos nosioca prava građenja i vlasnika zemljišta, ali ometanje izvršavanja ovlašćenja koja proizlaze iz prava građenja može da vrši i svako treće lice. Vlasnik zemljišta, nakon osnivanja prava građenja, može svoje pravo svojine na tom zemljištu samo ograničeno koristiti, jer mora poštovati prava nosioca prava građenja. Nosilac prava građenja stiče pravo da koristi zemljište koje je opterećeno pravom građenja. Njemu to korišćenje treba da bude omogućeno i prije, a i poslije izgradnje građevine. Naravno, on treba da ovo zemljište koristi na adekvatan, primjeren način za izgradnju objekta, a poslije toga prema namjeni objekta. Ukoliko ga neko u tome ometa, on ima pravo na zaštitu prema pravilima o zaštiti titulara stvarne službenosti.⁶⁶ U pogledu izgrađene zgrade na opterećenom zemljištu nosilac prava građenja ima pravo svojine, pa zbog toga u svrhu zaštite ima pravo da koristi svojinske tužbe. Pomoću vlasničke tužbe (*rei vindicatio*)⁶⁷ i tužbe iz pretpostavljene svojine,⁶⁸ on može zahtijevati predaju stvari u državinu, a negatornom tužbom nosilac prava građenja može tražiti od lica koje ga bespravno uznemirava na drugi način, a ne oduzimanjem državnine, da to uznemiravanje prestane.⁶⁹ Nosilac prava građenja ima pravo i na državinsku zaštitu (samopomoć i državinske tužbe),⁷⁰ jer je neposredni držalac zemljišta (nesamostalni držalac) i zgrade (samostalni držalac). Ako dođe do povrede prava građenja pogrešnim upisom u zemljišnu knjigu, nosilac prava građenja može svoje pravo štititi odgovarajućom primjenom pravila o zaštiti prava svojine pokretanjem brisovne tužbe,⁷¹ a može se poslužiti i zaštitom predviđenom u zemljišnoknjižnom pravu.⁷² Nosilac prava građenja ima legitimaciju i za učešće u postupku potpune eksproprijacije kada eksproprijacija obuhvata zemljište, zgradu i druge građevinske objekte.⁷³

PRESTANAK PRAVA GRAĐENJA

Načini prestanka

Pravo građenja prestaje: propašću opterećenog zemljišta, sporazumom, ovlašćenikovim odricanjem, istekom ugovorenog roka i ispunjavanjem ugovore-

⁶⁶ Vidi članove 248–250 ZSP-a.

⁶⁷ Član 126 ZSP-a.

⁶⁸ Član 131 ZSP-a.

⁶⁹ Član 132 ZSP-a.

⁷⁰ Vidi član 313 ZSP-a.

⁷¹ Član 56 st. 3 ZSP-a.

⁷² Član 60 ZZK-a.

⁷³ Član 7 st. 3 Zakona o eksproprijaciji Republike Srpske (Službeni glasnik RS br. 112/06).

nog raskidnog uslova, rasterećenjem, te ukidanjem.⁷⁴ Ono ne prestaje smrću njegovog nosioca ni vlasnika zemljišta, već u takvim slučajevima prelazi na njihove nasljednike. Značajno je da pravo građenja ne prestaje ni prodajom nekretnine koja je predmet izvršenja.⁷⁵

Samo pravo građenja ne može fizički propasti, jer se radi o zamišljenoj nekretnini. No, može doći do propasti opterećenog zemljišta, a to se dešava najčešće zbog određenih elementarnih nepogoda i prirodnih katastrofa, kao što su zemljotresi, poplave i slični prirodni događaji. Tada nestaje predmet prava svojine, a time dolazi do apsolutnog prestanka i prava svojine i svih prava koja iz nje proizlaze. Propast zemljišta dovodi i do propasti zgrade, a propast zgrade ne mora da dovede do propasti zemljišta, a ni prava građenja kao glavne stvari. Propast objekta treba shvatiti šire, kao faktičku ili pravnu prepreku za građenje ili održavanje zgrade koja je nastupila poslije konstituisanja prava građenja.⁷⁶ Ovdje nisu relevantni razlozi koji su doveli do propasti zemljišta. Pravo građenja prestaje i sporazumom vlasnika zemljišta i nosioca prava građenja. Kao što na taj način može nastati, razumljivo je da tako može doći i do njegovog prestanka. Za prestanak prava građenja sporazumom stranaka neophodna je ista forma koja se traži i za njegov nastanak. Odricanje titulara prava građenja kao način prestanka može da ima negativne posljedice po pravnu sigurnost uopšte. Naime, na taj način mogu da budu ugroženi interesi vlasnika zemljišta i pravo građenja može da prestane neovisno od njegove volje. Ovdje je trebalo izričito propisati da vlasnik zemljišta treba da da svoju saglasnost na to odricanje da bi ono proizvelo pravne posljedice,⁷⁷ i tako bi se izbjegle dileme i nesporazumi koji u vezi sa tim mogu da nastanu u praksi. Isto tako, jednostranim odreknućem prava građenja mogu da budu ugroženi i interesi trećih lica koja imaju određena prava, prevashodno založnih povjerilaca, jer se u pravilu odreknućem titular prava građenja odriče i prava na naknadu, pa se založno pravo neminovno gasi. Odricanje samo pojedinih prava koja proizlaze iz prava građenja ne smatra se odreknućem koje dovodi do prestanka ovog prava. Na prestanak prava građenja na ovaj način, inače, treba primijeniti pravila o prestanku prava svojine na nekretninama, jer je, kao što je već navedeno, pravo građenja u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom. Pravo građenja prestaje i protekom vremena za koje je bilo osnovano neovisno o izjavi zainteresovanih strana. U zemljišnoj knjizi brisanje vremenski ograničenih prava može uslijediti i bez po-

⁷⁴ Član 298 st. 1 ZSP-a.

⁷⁵ Vidi član 75 st. 1 Zakona o izvršnom postupku – ZIP (Službeni glasnik RS br. 59/03 i 85/03).

⁷⁶ P. Simonetti, *Pravo građenja...*, str. 83.

⁷⁷ Istina, u tom slučaju bi moglo doći do analogne primjene člana 288 st. 1 ZSP-a.

sebnog pristanka ili izjave titulara ako je pristanak sadržan u ugovoru o osnivanju prava građenja ili ako su stranke prilikom osnivanja postigle dogovor o trajanju tog prava. Za brisanje postojećeg upisa potreban je zahtjev stranke⁷⁸ koji se odnosi na brisanje prava građenja kao tereta koji je upisan u C listu, dok se zatvaranje uloška prava građenja vrši po službenoj dužnosti. Ukoliko su stranke saglasne, one mogu produžiti rok predviđen za prestanak tog prava, ali do produženja mora doći prije isteka ugovorenog vremena. Ako dođe do ispunjavanja ugovorenog raskidnog uslova, takođe dolazi do prestanka prava građenja. Ono može prestati i rastećenjem na osnovu donesenog zakona ili odluke nadležnog organa u opštem interesu uz naknadu ili bez nje.

Pravo građenja upisano u zemljišnoj knjizi prestaje iz navedenih razloga tek kad bude izbrisano kao teret na zemljištu opterećenom tim pravom i kao posebno zemljišnoknjižno tijelo,⁷⁹ a ne samim tim što je nastao neki od razloga njegovog prestanka.

Ukidanje

Pravo građenja prestaje ukidanjem ako izgubi svrhu svog postojanja. Ukoliko se na pravu građenja ne izgradi zgrada⁸⁰ u roku od 10 godina od osnivanja tog prava, vlasnik opterećene nepokretnosti može zahtijevati da se ono ukine. Ako nije zakonom drugačije određeno, odluku o ukidanju donijet će sud na zahtjev vlasnika opterećene nepokretnosti, bez obzira na pravni osnov na kojem je ovo pravo bilo zasnovano.⁸¹ Prema tome, pravo građenja može prestati i zbog nevršenja odnosno zato što u navedenom roku nije izgrađena zgrada, što je i bio cilj osnivanja tog prava. Ovo je propisano u cilju zaštite interesa vlasnika zemljišta, a i ostvarenja svrhe prava građenja koja se ogleda upravo u izgradnji zgrade. To bi trebalo spriječiti neograničen promet ovog prava koji se može vršiti iz nekih drugih razloga, a ne zbog ostvarivanja njegove prave funkcije.

Pravo građenja na kojem je bila izgrađena zgrada, ali je srušena do te mjere da se ne može upotrebljavati za svrhu kojoj je bila namijenjena, prestaće ukidanjem kao da zgrada i nije bila izgrađena, ako u roku od šest godina nije ponovno sagrađena u najnužnijoj mjeri da služi svojoj prijašnjoj glavnoj namjeni. Taj rok počinje teći prvog dana godine koja slijedi nakon godine kad je zgrada sruše-

⁷⁸ Član 3 st. 1 ZZK-a.

⁷⁹ Član 298 st. 2 ZSP-a.

⁸⁰ U praksi se može postaviti pitanje kada se smatra da je zgrada izgrađena.

⁸¹ Član 299 st. 1. ZSP-a.

na, ali ne teče dok postoje okolnosti pod kojima bi zastao teći i rok održaja. Pravo građenja u ovom slučaju prestaće na osnovu odluke o ukidanju i brisanjem u zemljišnoj knjizi.⁸² Prema tome, i propast zgrade pod ovim uslovima može dovesti do prestanka prava građenja. Ponovna izgradnja na ugovoreni način mora uslijediti u navedenom roku u mjeri koja je najnužnija da bi se mogla ostvariti namjena zbog koje je i došlo do osnivanja tog prava. Sankcija za neispunjenje je prestanak prava građenja. Do prestanka u ovom slučaju, dakle, dolazi na osnovu odluke suda o ukidanju koja se donosi bez obzira na pravni osnov nastanka i izvršenog brisanja iz zemljišne knjige.

Posljedice prestanka

Bez obzira na razloge, sa prestankom prava građenja uspostavlja se ono stanje kakvo je bilo prije njegovog konstituisanja. Prema tome, prestankom ovog prava pripadnost zemljišta postaje ono što je s pravom građenja bilo od zemljišta pravno odvojeno (oživljava načelo superficies solo cedit).⁸³ Vlasnik zemljišta tako stiče svojinu nad izgrađenom zgradom, koja postaje pripadnost zemljišta. Ista je sudbina i sporednih trajnih objekata koji su izgrađeni na pravu građenja. To je posljedica djelovanja priraštaja pošto je zemljištu vraćena njegova atrakciona snaga. Ako nije ništa drugo ugovoreno, nosilac prava građenja nema pravo da ukloni zgradu ili da uzme sebi dijelove iz kojih je sastavljena. Na odnos vlasnika zemljišta i lica kome je prestalo pravo građenja primjenjuju se pravila po kojima se prosuđuju odnosi nakon prestanka prava plodouživanja, ako nije zakonom drugačije određeno.⁸⁴ Obaveza nosioca prava građenja je da vlasniku vrati njegovo zemljište i da uradi ono što je potrebno da se ovo pravo briše iz zemljišne knjige. Vlasnik je dužan licu kome je prestalo pravo građenja dati naknadu za zgradu. Visina te naknade zavisi od toga koliko je uvećana vrijednost njegove nepokretnosti sa tom zgradom u prometu⁸⁵ odnosno prema vrijednosti zemljišta prije i nakon izgradnje objekta. Dakle, za visinu naknade bitna je vrijednost objekta u momentu prestanka prava građenja. Zbog toga je nosilac prava građenja zainteresovan da izgrađeni objekt održava u dobrom stanju i da ga kao takvog preda vlasniku zemljišta. Nije predviđena mogućnost isključenja naknade, a ni ugovaranje njene visine.

⁸² Član 299 st. 2, 3 i 4 ZSP-a.

⁸³ Član 300 st. 1 ZSP-a.

⁸⁴ Član 300 st. 2 ZSP-a.

⁸⁵ Član 300 st. 3. ZSP-a.

Tuđa prava

Tuđa stvarna prava koja su bila teret prava građenja prestaju s prestankom tog prava, ako zakonom nije drugačije određeno. Prema tome, prestankom prava građenja, u principu, prestaju i njegovi tereti. Međutim, založno pravo koje je teretilo pravo građenja nakon prestanka tog prava tereti naknadu koju je vlasnik dužan licu čije je pravo građenja prestalo.⁸⁶ Prestankom prava građenja hipotekarni povjerilac se, prema tome, ne može više namiriti iz prava građenja, ali ima pravo da namiri svoje potraživanje iz ove naknade i to za njega treba da predstavlja dovoljnu sigurnost. Pošto nosilac prava građenja (najčešće) nije vlasnik opterećenog zemljišta, hipoteka ne može teretiti to zemljište. Ako na pravu građenja nije izgrađena zgrada, nema uvećanja vrijednosti zemljišta, a onda nema ni naknade ranijem nosiocu prava građenja. Pravna sudbina službenosti i stvarnih (realnih) tereta zavisi od toga da li je na pravu građenja izgrađena zgrada ili ne. Ukoliko je na tom pravu došlo do izgradnje zgrade, ova prava ostaju i nakon prestanka prava građenja u korist odnosno na teret zemljišta sa zgradom sa dotadašnjim prvenstvenim redom.⁸⁷ U suprotnom, ta prava prestaju.

Pravo nadogradnje

Nadogradnja je izgradnja jednog ili više posebnih dijelova nepokretnosti na postojećoj zgradi.⁸⁸ To nije dograđivanje već postojećeg, već stvaranje posebnog dijela zgrade.⁸⁹ Da bi došlo do legalne nadogradnje treba da postoji saglasnost vlasnika, a moraju biti ispunjeni i svi tehnički uslovi za dobijanje saglasnosti koje su potrebne za građenje.⁹⁰ Na pravo nadogradnje primjenjuju se propisi o pravu građenja, ako ZSP-om nije drukčije određeno i ako se to ne protivi njegovoj prirodi.⁹¹ Ovo pravo se tretira kao podvrsta prava građenja. Bez toga bi dijelovi koji su nado-

⁸⁶ Član 301 st. 1 i 2 ZSP-a.

⁸⁷ Član 301 st. 3 ZSP-a.

⁸⁸ Vidi član 302 st. 1 ZSP-a.

⁸⁹ O pravu nadogradnje v. P. Simonetti, "Pravne osnove građenja na tuđoj nekretnini (de lege lata)", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 17, br. 1/96, str. 27–37.

⁹⁰ Početkom primjene ZSP-a prestala je primjena Zakona o nadzidanju zgrada i pretvaranju zajedničkih prostorija u stanove u zgradama u društvenoj svojini (Službeni list SRBiH, br. 32/87).

⁹¹ Član 302 st. 2 ZSP-a.

građeni postali priraštaj zgrade. Pravo nadogradnje ima suštinsku funkciju da neutralizuje priraštaj odnosno da omogućuje sticanje prava svojine na nadograđenom dijelu. Nosioc prava nadogradnje stiče pravo da na tuđoj zgradi izgradi jedan ili više stanova na kojima će steći pravo svojine i zato treba da bude upoznat i sa pravima i obavezama etažnih vlasnika. Završetkom nadogradnje graditelj stiče pravo svojine na nadograđenom dijelu i pravo susvojine na cijeloj nepokretnosti, a pravo nadogradnje prestaje.⁹² Pravo nadogradnje se ne može otuđiti ni opteretiti bez saglasnosti vlasnika zgrade i nosilaca drugih stvarnih prava na nepokretnosti.⁹³ Time je došlo do odstupanja od mogućnosti raspolaganja koje postoji kod prava građenja, ali se to može razumjeti kada se ima u vidu da između ovih instituta postoje i razlike koje to opravdavaju. Založno pravo na pravu nadogradnje prelazi na nadograđeni dio nepokretnosti i na pravo susvojine na nepokretnosti⁹⁴ što je sasvim razumljivo i u interesu je založnog povjerioca.

ZAKLJUČAK

Pravo građenja je bilo neophodno uvesti u naš pravni sistem, pogotovo poslije izvršene radikalne promjene svojinskog režima na gradskom građevinskom zemljištu. Ovo pravo je vrlo specifično zbog njegove dvostruke pravne prirode. Ono je istovremeno i ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu, a i samostalna nekretnina u pravnom smislu. To dolazi do izražaja i prilikom njegovog upisa u zemljišnu knjigu. Postojanje prava građenja je u interesu i vlasnika zemljišta i nosioca ovog prava. Vlasnik zemljišta ima mogućnost da stiče stalne koristi od opterećenog zemljišta u dužem vremenskom periodu bez njegovog otuđenja, a nosilac prava građenja dobija priliku da na zemljištu izgradi objekat i postane njegov vlasnik, iako nema svojinu na tom zemljištu. Ovaj institut je i u društvenom interesu, jer omogućava kontrolu nad stambenom izgradnjom, kao važnom komponentom socijalne stabilnosti, te sticanje sredstava za ulaganja u komunalnu infrastrukturu, ako su vlasnici opterećenog zemljišta jedinice lokalne samouprave. Potencijalni graditelji (investitori) stanova koji nemaju dovoljno novca za kupovinu građevinskog zemljišta će za sticanje prava građenja biti posebno zainteresovani, jer će to povećati njihovu konkurentsku sposobnost na tržištu. Isto tako, za ovo pravo će sigurno postojati i interes onih lica koja žele da ulože svoj kapital u proizvodnju ili

⁹² Član 302 st. 4 ZSP-a.

⁹³ Član 302 st. 3 ZSP-a.

⁹⁴ Član 302 st. 5 ZSP-a.

neku drugu djelatnost za sticanje profita. Dakle, od uvođenja instituta prava građenja u naš pravni sistem očekuju se višestruke koristi i nadamo se da će se to brzo i potvrditi u praksi.

DUŠKO MEDIĆ, LL.D.,
Professor, Judge of the Constitutional Court
of Republika Srpska

CONSTRUCTION RIGHT IN THE LAW OF REPUBLIKA SRPSKA

Summary

Construction right needed to go into our legal system, particularly after radical changes of the property system on the municipality construction site. This is a specific type of right due to its dual legal character. This right represents both restricted proprietary right on someone's land and autonomous real estate in legal sense. It becomes important when the property is registered in the cadastre. Existence of the construction right is in mutual interest of the land owner and the holder of a construction right. The land owner has a possibility to obtain permanent benefit out of the land for an extended period of time and without conveyance of a property, and the holder of the construction right acquires an opportunity to build a structure on the land and becomes its owner, although he does not have an ownership on that land. This Institute is in the social interest, because that way it makes possible to control the construction of housing blocks which is an important segment of a social stability, and at the same time, allows accumulation of funds to invest in the public infrastructure, on condition that the owners of the land are the local self-government units. Potential builders ((investors) of housing blocks who do not have enough money to buy the construction land would be very much interested in getting the construction permit, and that way their competitiveness on the market would be increased. In addition to it, the aforementioned right will be of special interest for those who want to invest their funds in production or some other line of business to expand a profit. To conclude, we expect that initiation of the construction rights in our legal system will bring numerous benefits which are likely to prove their utility in practice.

VLADIMIR TODOROVIĆ

DENACIONALIZACIJA U SRBIJI U SVETLU NOVOG ZAKONA O VRAĆANJU ODUZETE IMOVINE I OBEŠTEĆENJU

U V O D

Krajem septembra 2011. godine srpski parlament usvojio je dva važna zakona iz tzv. evropske agende: Zakon o javnoj svojini i Zakon o vraćanju imovine i obeštećenju. Prvim se uređuje javna svojina i imovinska prava Republike Srbije, autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave, i time derogira Zakon o sredstvima u svojini Republike Srbije iz 1995. godine kojim su svi predmeti javne svojine (prirodna bogatstva, objekti, zemljište i druga dobra od opšteg interesa) postali državna svojina, tako da se pripadajući deo predmeta javne svojine vraća pokrajinama i lokalnoj samoupravi i vrši svojinsko razgraničenje između titulara javne svojine. Drugim zakonom se uređuju uslovi, način i postupak vraćanja imovine fizičkim i pravnim licima, oduzete bez naknade posle Drugog svetskog rata, čime se ovim pravnim aktom popularno nazvanim “zakon o opštoj denacionalizaciji” zaokružuje i okončava zakonska regulativa o denacionalizaciji u Srbiji koju čini set od sedam zakona donošenih od 1990. godine do danas. Prenos predmeta javne svojine na pokrajinu Vojvodinu i na jedinice lokalne samouprave može da se izvrši tak nakon što se izvrši restitucija imovine biv-

Vladimir Todorović, direktor Direkcije za restituciju.

šim vlasnicima. Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju i Zakon o javnoj svojini objavljeni su u "Službenom glasniku RS", br. 72/2011 od 28. septembra 2011. godine i stupili su na snagu 6. oktobra 2011. godine.

DOSADAŠNJA RESTITUCIJA I OBEŠTEĆENJE

Proces denacionalizacije u Srbiji započeo je 1990. godine. Zakonodavac nije unapred utvrdio formalnu strategiju vraćanja imovine, ali je u redosledu restitucije, pošao od toga da prvo vrati onu imovinu koja je ograničena po vrsti imovine ili po broju subjekata. Tako je imovina počev od 1990. godine, prvo vraćana zadrugama, zatim seljacima i sitnim zanatlijama, potom selima, onda fizičkim licima – bivšim vlasnicima građevinskog zemljišta, da bi od 2006. godine u taj krug restituenata ušle i crkve i verske zajednice, kao subjekti sa ograničenom i nevelikom imovinom.¹

I pored stalnog pritiska fizičkih i pravnih lica da se vraćanje imovine i novčana kompenzacija za oduzetu imovinu uredi jednim opštim zakonom, kojim bi bili obuhvaćeni svi bivši vlasnici i izvršena tzv. opšta denacionalizacija, zakonodavac je ostao na liniji postepene multilegislativne restitucije, a sa formalnopravne strane podršku mu je dao i Ustavni sud Srbije, koji je u svom rešenju U-br.33/2008 od 5.februara 2009. godine, po pitanju prava na rehabilitaciju i prava na povraćaj imovine i obeštećenje po članu 8.Zakona o rehabilitaciji (2006), stao na sledeće stanovište: "Da li će, postupajući po ustavnom nalogu, zakonodavac ta pitanja urediti u jednom ili više zakona, stvar je zakonodavne politike o čijoj celishodnosti Ustavni sud nije nadležan da odlučuje, saglasno odredbama člana 167.Ustava". Takav pristup ima i materijalnopravno opravdanje – zadruge, sela, zemljoradnici i crkve i verske zajednice potražuju ograničenu imovinu, najviše šume i poljoprivredno zemljište, dok raniji vlasnici: fizička i pravna lica su najbrojnija skupina restituenata kojima treba vratiti najveću imovinu, raznoliku i teško procenjivu, i za to treba izdvojiti najveća budžetska sredstva.

1 To su sledeći zakoni: 1) Zakon o uslovima i načinu vraćanja imovine stečene radom i poslovanjem zadruga posle 1. jula 1953. godine iz 1990. godine, 2) Zakon o načinu i uslovima priznavanja prava i vraćanju zemljišta koje je prešlo u društvenu svojinu po osnovu poljoprivrednog zemljišnog fonda i konfiskacijom zbog neizvršenih obaveza iz obaveznog otkupa poljoprivrednih proizvoda iz 1991. godine, 3) Ustavni zakon o izmenama i dopunama Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srbije iz 1991.g., 4) Zakon o izmenama i dopunama Zakona o raspravljaju imovinskih odnosa nastalih samovlasnim zauzećem zemljišta u društvenoj svojini iz 1992. g., 5) Zakon o vraćanju utrina i pašnjaka selima na korišćenje iz 1992. g., 6) Savezni Zakon o zadrugama iz 1996. g., 7) Zakon o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama iz 2006. godine.

O efektima primene tih zakona nema preciznih podataka, sem za ovaj poslednji iz 2006. godine. Međutim, smatra se da je u periodu 1990–2005, primenom navedenih zakona, ranijim vlasnicima kroz naturalnu restituciju vraćeno u svojinu 150.000–200.000 hektara poljoprivrednog zemljišta. Kroz konfesionalnu restituciju, pak, nakon 2006. godine, vraćeno je još oko 40.000 hektara zemljišta svih vrsta i kategorija.

Svih sedam dosadašnjih zakona o vraćanju oduzete imovine predviđaju, isključivo ili fakultativno, vraćanje nepokretne imovine koja je oduzeta bez naknade – dakle naturalnu restituciju. Četiri od tih sedam zakona, kojima je restitucija “*sedes materiae*”, predviđaju naturalnu restituciju, zatim realnu supstituciju u vidu vraćanja druge odgovarajuće imovine, kao i mogućnost novčanog obeštećenja. Ta tri oblika restitucije propisana su u članu 8. Zakona o uslovima i načinu vraćanja imovine stečene radom i poslovanjem zadruga posle 1. jula 1953. godine iz 1990. godine. Navedena tri oblika restitucije predviđa u članu 1. stav 3. i Zakon o vraćanju zemljišta oduzetog po PZF i po osnovu obaveznog otkupa proizvoda iz 1991. Sva tri oblika restitucije poznaje u čl. 95. i 96. i Zakon o zadrugama iz 1996. godine. Naturalnu restituciju, naturalnu supstituciju, kao i novčano obeštećenje predviđa i Zakon o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama iz 2006. godine.

Uz to, kod novčanog obeštećenja za oduzetu imovinu, većina tih zakona zastupa model tržišne naknade. To je slučaj u članu 8. stav 2. Zakona o uslovima i načinu vraćanja imovine stečene radom i poslovanjem zadruga posle 1. jula 1953. godine iz 1990. godine, u članu 1. stav 3. Zakona o vraćanju zemljišta oduzetog po PZF i po osnovu obaveznog otkupa proizvoda iz 1991. godine, u članu 97. stav 2. Zakona o zadrugama iz 1996. godine, i u čl. 1, 4, čl. 8. stav 2, i čl. 10. stav 2. Zakona o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama iz 2006. godine.

I pored toga što je, nesporno, restitucija u Srbiji na delu već preko 20 godina, najveći deo subjekata, fizičkih i pravnih lica, kojima je posle 1945. godine oduzeta imovina, nije uključen u taj proces, mada se u mnogim zakonima koji su doneti u poslednjih 10 godina najavljuje donošenje zakona o denacionalizaciji. U nizu zakona ukazuje se da će Republika Srbija doneti zakon kojim će vraćanje imovine urediti za sve ranije vlasnike, a takva pravna nada je posebno oteľovljena u Zakonu o prijavljivanju i evidentiranju oduzete imovine iz 2005. godine, kojim su bivši vlasnici pozvani da prijave svoja potraživanja.²

² Zakon o privatizaciji iz 2001. godine (član 15. i čl. 60. i 61), Zakon o prijavljivanju i evidentiranju oduzete imovine iz 2005.g.(čl. 8, 9. i 10), Zakon o rehabilitaciji iz 2006. godine (član 8), Zakon o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama iz 2006. godine (član

U svrhu predstojeće denacionalizacije Vlada Srbije na sednici od 20. maja 2010. godine obrazovala je Budžetski fond za restituciju radi obezbeđivanja namenskih sredstava za isplaćivanje naknade po propisima kojima se uređuje restitucija.

Rešavanje pitanja restitucije postavljeno je u jesen 2010. godine kao zahtev Evropske unije i jedan od neophodnih koraka za napredak Srbije u evropskim integracijama. Prema Akcionom planu, za brže sticanje statusa kandidata, koji je 29. decembra 2010. godine usvojila Vlada Srbije, zakon o restituciji je trebalo da bude usvojen do juna 2011. godine. U odgovorima na Upitnik, koji su uručeni Evropskoj komisiji 31. januara 2011. godine, navodi se da su u toku aktivnosti na pripremi nacrtu zakona o denacionalizaciji, koji će na opšti način urediti pitanje prava bivših vlasnika imovine koja je posle Drugog svetskog rata oduzimana po raznim osnovama, kao i da se očekuje da Vlada dostavi predlog zakona Narodnoj skupštini na razmatranje i usvajanje u toku 2011. godine.

Nacrt Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju prezentovan je javnosti krajem avgusta 2011. godine, i nakon javne rasprave tokom meseca avgusta, početkom septembra utvrđen je na Vladi kao predlog zakona. Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju usvojila je Narodna skupština Republike Srbije na svom Trinaestom zasedanju 26. septembra 2011. godine.

Ovaj dugo čekani zakon, nezavisno od njegove evropske uslovljenosti i provenijencije, i bez obzira na različite kvalifikacije njegovih dometa i moguće primene, takav kakav je, i pored njegove predmetne i temporalne ograničenosti, predstavlja nesporno važan sistemski zakon koji proizvodi značajne pravne, političke, ekonomske i socijalne implikacije, jer ne samo što ima zadatak da otkloni, odnosno ublaži nepravdu nanetu bivšim vlasnicima, i da im pruži koliko je moguće adekvatniju imovinsku satisfakciju za oduzetu imovinu, već predstavlja i svojevrsan most između prošlosti i sadašnjosti sa ciljem da izmiri i izravna ta vremena i rastereti svojinske odnose od grehova prošlosti.

ZAKON O VRAĆANJU ODUZETE IMOVINE I OBEŠTEĆENJU od 26. septembra 2011. godine

Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju sadrži 67 članova koji su grupisani u sedam glava: Glava I – Osnovne odredbe (čl. 1–14), Glava II – Vraćanje imovine (čl. 15–29), Glava III – Obeštećenje (čl. 30–38). Glava IV – Postu-

186 .stav 2), Zakon o planiranju i izgradnji iz 2009. godine (član 219), Zakon o zadužbinama i fondacijama iz 2010. godine (član 70)

pak za vraćanje imovine i obeštećenje (čl. 39–50), Glava V – Agencija za restituciju (čl. 51–59), Glava VI – Kaznena odredba (član 60) i Glava VII – Prelazne i završne odredbe (čl. 61–67).

Zakon uređuje uslove, način i postupak vraćanja oduzete imovine i obeštećenja za oduzetu imovinu, koja je na teritoriji Republike Srbije primenom propisa o agrarnoj reformi, nacionalizaciji, sekvestraciji, kao i drugih propisa, na osnovu akata o podržavljenju, posle 9. marta 1945. godine oduzeta od fizičkih i određenih pravnih lica i prenesena u opštenarodnu, državnu, društvenu ili zadružnu svojinu. U tu svrhu zakon u članu 2. nabroja 41 zakon i drugi propis na osnovu kojih je vršeno oduzimanje i podržavljenje privatne imovine. Navođenje tih propisa je taksativno i isključivo tako da se pravo na vraćanje imovine i obeštećenje može ostvariti samo ako je do oduzimanja imovine došlo primenom tih propisa, a ne i nekih drugih propisa.

U Zakonu su formulisana tri temeljna načela: 1) načelo prioriteta vraćanja u naturalnom obliku (član 8), načelo zaštite sticaoca imovine (član 10) i načelo da se isplatom obeštećenja ne sme ugroziti makroekonomska stabilnost zemlje i njen privredni rast (član 30.stav 2). Značaj i snaga tih načela je obrnuto proporcionalna redosledu po kom su navedeni u zakonu, jer je načelo naturalne restitucije korigovano brojnim izuzecima i ograničenjima, o čemu će još biti reči. Načelni značaj ima i odredba o zabrani otuđenja i opterećenja podržavljene imovine koja može biti predmet vraćanja, iako se nalazi na samom kraju teksta Zakona (član 62). Ta zabrana važi od stupanja na snagu Zakona, a ograničena je na imovinu za koju je podneta prijava u skladu sa Zakonom o prijavljivanju i evidentiranju oduzete imovine iz 2006. godine. Zabrana otuđenja i opterećenja imovine, uključujući hipoteku i zalogu, važi do pravnosnažnog okončanja postupka po zahtevu za vraćanje. Akt otuđenja i opterećenja kojim se prekrši navedena zabrana smatra se ništavim.

Pravna osnova restitucije sadržana je u čl. 1. i 2. Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, a to su propisi o agrarnoj reformi, nacionalizaciji, sekvestraciji, kao i drugi propisi kojima je vršeno oduzimanje privatne imovine, nježno podržavljenje i prenošenje u opštenarodnu, državnu, društvenu ili zadružnu svojinu. Ti propisi precizirani su u članu 2. Zakona. Po odrebi člana 1. Zakona, nije dovoljno da je nekome oduzeta imovina “primenom propisa o agrarnoj reformi, nacionalizaciji, sekvestraciji”, već je neophodno da je to učinjeno na osnovu određenog, po pravilu pojedinačnog, akta o podržavljenju, tako da validan pravni osnov za restituciju postoji tek onda ako je bivšem vlasniku imovina oduzeta na osnovu posebnog akta o podržavljenju (rešenje ili druga odluka nadležnog državnog organa) koji je donesen primenom nekog od propisa navedenih u članu 2. Zakona. Međutim, pojedinačni akt o podržavljenju ipak

nije neophodan uslov za vraćanje u slučaju oduzimanja po propisima koji imaju ex lege neposrednu primenu, kao što je slučaj sa zakonima o nacionalizaciji iz 1946., 1948. i 1958. godine, jer je u tim slučajevima bivši vlasnik razvlašćen po sili zakona (kako se ponegde pežorativno navodi: "legao kao gazda a probudio se kao prosjak"), te pojedinačni akt o podržavljenju nije imao konstitutivni već samo deklaratorni karakter. U tim slučajevima, i ako nije donet poseban akt o podržavljenju, bivši vlasnik imao bi pravnu legitimaciju da podnese zahtev za restituciju.

Iz ovoga su isključeni svi drugi slučajevi, tako da se restitucija ne može zahtevati u slučaju oduzimanja imovine na osnovu materijalnih radnji i nezakonitih akata državnih organa, kao što je faktičko zaposedanje i preuzimanje imovine ili preknjižavanje u slučaju ustrojavanja posleratnog katastra i sl., u kom slučaju se povraćaj imovine ne može tražiti u postupku restitucije već samo u redovnom sudskom postupku.

Subjekti restitucije su obveznici i korisnici restitucije.

Obveznici restitucije podržavljene imovine u naturalnom obliku su pravna lica koja na dan stupanja na snagu ovog zakona imaju svojstvo vlasnika, držaoca ili nosioca prava korišćenja, odnosno prava raspolaganja na podržavljenoj imovini. To su: Republika Srbija, autonomna pokrajina, jedinica lokalne samouprave, javno preduzeće, privredno društvo ili drugo pravno lice čiji je osnivač Republika Srbija, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave, privredno društvo sa većinskim društvenim kapitalom i zadruga, uključujući i privredna društva i zadruge u postupku stečaja i likvidacije (član 9. Zakona). Obveznik obeštećenja u vidu državnih obveznica i u novcu je Republika Srbija.

Prema tome, obveznici vraćanja imovine su titulari državnog i društvenog kapitala. Obveznici nisu privatna preduzeća i društva sa većinskim privatnim kapitalom, ni onda kada u svom portfelju imaju deo državne ili društvene svojine, kao ni u slučaju kada su vlasnici stvari koja je oduzeta od bivšeg vlasnika i podržavljena, a potom preneti u njihovu svojinu bez naknade. Obveznici restitucije nisu ni fizička lica koja su do svoje sadašnje imovine došla bilo teretnim putem (kupovinom, otkupom ili drugim pravnim poslom), bilo da su je stekla besteretnim putem (kao što je slučaj sa kolonistima, agrarnim interesentima i drugim sticaocima na osnovu administrativnog akta), čime se štite njihova stečena prava, što je redovna praksa i u drugim zemljama koje su u procesu denacionalizacije.

Korisnici restitucije su bivši vlasnici kojima je oduzeta imovina, ili njihovi pravni sledbenici. U članu 5. Zakona navedeno je više kategorija lica koja imaju pravo na vraćanje imovine ili obeštećenje. Pre svega, to pravo imaju domaća fizička lica kojima je oduzeta imovina (bivši vlasnici), a ako nisu živi ili su

proglašeni umrli – njihovi naslednici, i to samo zakonski a ne i testamentalni naslednici. Pravo na vraćanje imaju i oni bivši vlasnici koji su svoju nekadašnju imovinu koja im je oduzeta, vratili u svojinu na osnovu teretnog pravnog posla, što znači da su, po pravilu, već i u posedu svoje imovine pa u tom slučaju nema naturalne restitucije već im sleduje obeštećenje po osnovici koju čini plaćena cena iz teretnog pravnog posla. Korisnik restitucije može biti i fizičko lice od kog je država u periodu od 1945. do 1958. godine kupila nepokretnost, ako se u sudskom postupku utvrdi da je oštećeno visinom kupoprodajne cene, u kom slučaju ima pravo isključivo na obeštećenje umanjeno za visinu isplaćene kupoprodajne cene. Pravo na restituciju imaju i strani državljani, i to samo fizička lica, uz uslov reciprociteta. Osim ove četiri kategorije fizičkih lica, pravo na vraćanje imovine, odnosno obeštećenje imaju i zadužbine ili njihovi pravni sledbenici.

Pravo stranih državljana na restituciju uslovljeno je reciprocitetom, koji se, s obzirom da “reciprocitet u pravu na restituciju” nije uobičajena kategorija u međunarodnom privatnom pravu, prema odredbi člana 5. stav 2. pretpostavlja, ukoliko domaći državljanin može da stekne pravo svojine i nasledi nepokretnosti u stranoj državi. Za postojanje ove pretpostavke dovoljno je da se može konstatovati zakonski ili faktički reciprocitet, tj. da takva mogućnost postoji po propisima strane države ili da nije izričito isključena, ili da je poznata u praksi njenih organa.

Pravo na vraćanje imovine ili obeštećenje imaju i rehabilitovana lica, odnosno njihovi zakonski naslednici, pod uslovom da su već rehabilitovana ili da su podnela sudu zahtev za rehabilitaciju. To pravo po članu 6. Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju imaju i eksproprijanti kojima je imovina oduzeta na osnovu propisa o eksproprijaciji pre 15. februara 1968. godine, od kada je uvedeno pravičnije obeštećenje vlasnika eksproprijisane imovine davanjem druge odgovarajuće nepokretnosti u svojinu ili isplatom adekvatnog obeštećenja u novcu.³ Simbolična naknada koja je vlasnicima eksproprijisane imovine isplaćivana po propisima o eksproprijaciji do 15. februara 1968. godine neće se, primenom odredbe člana 14. Zakona, uračunavati prilikom utvrđivanja prava na vraćanje imovine, odnosno obeštećenje.

U članu 5. stav 3. posebno su navedena lica koja nemaju pravo na vraćanje imovine ili obeštećenje. To su strana fizička lica koja su obeštećena od strane sopstvene države ili im je pravo na vraćanje imovine priznato pravom strane

³ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o eksproprijaciji – “Službeni list SFRJ”, br.5/1968. Po noveliranim odredama čl. 38, 39, 40 i dr. predviđena je naknada u gotovom novcu ili u davanju u svojinu druge nepokretnosti – zemljišta, zgrade, stana i dr.

države, kao i za koja je obavezu obeštećenja preuzela strana država po osnovu međunarodnog ugovora.

Isključena su iz restitucije i lica koja su bila pripadnici okupacionih snaga koje su delovale na teritoriji Srbije za vreme Drugog svetskog rata, bez obzira na njihovo državljanstvo (član 5.st.3,tač.3). To bi značilo da su iz prava na restituciju isključeni pripadnici nemačke i mađarske manjine koji su imali jugoslovensko državljanstvo, ali su bili mobilisani u nemačke i mađarske vojne i policijske jedinice koje su posle kapitulacije Kraljevine Jugoslavije okupirale zemlju i preuzele vlast u Srbiji. Po slovu Zakona, to pravo ne bi bilo uskraćeno četnicima, nedićevcima, ljotićevcima, ustašama i domobranima, bivšim državljanima Kraljevine Jugoslavije, koji su u toku Drugog svetskog rata bili u domaćim vojnim formacijama koje su bile pod indirektnom komandom nemačkog Vermahta i delovale uz njegovu podršku.

Međutim, lica iz člana 5. stav 3. Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju nisu po automatizmu, *ex lege*, isključena iz prava na restituciju, već imaju pravo da, kao i svi drugi, podnesu zahtev za vraćanje imovine, a na drugoj strani u postupku – republičkom javnom pravobraniocu, je teret dokazivanja da su obeštećeni od inostrane države, odnosno da su bili pripadnici okupacionih snaga. Ako neko lice u zakonom propisanom postupku traži da ostvari neko svoje pravo, smatrajući da ga ima, ne može na njemu biti teret dokazivanja da to pravo nema, ili da nije ispunjen uslov iz zakona koji mu to pravo uskraćuje. Zato će teško biti podnosiocu zahteva da po članu 42. stav 5. Zakona dostavi dokaz o nepostojanju smetnji iz člana 5. Zakona. Činjenica da neko nije bio pripadnik okupacionih snaga je isuviše široko postavljena jer ne spada u lako proverljive činjenice, pa stoga je treba šire i tolerisati tako da se može dokazivati svim sredstvima, uključujući potvrde iz državnih arhiva i svedoke. Ako se u postupku utvrdi da je podnosilac zahteva za restituciju bio “pripadnik okupacionih snaga”, nadležni organ bi odbio njegov zahtev za restituciju. Postojanje reciprociteta sa stranom državom i međunarodnog ugovora ne dokazuju podnosioci zahteva već te činjenice utvrđuje Agencija za restituciju po službenoj dužnosti.

Poseban tretman Zakon daje Jevrejima koji su kao žrtve progona u doba nacizma lišavani i života i imovine, tako da u mnogim slučajevima i ne postoje živi naslednici njihove imovine koji bi mogli biti korisnici restitucije. Osim toga, jevrejska imovina oduzeta u periodu 1941–1945. godine je često prometovana u toku rata pa su je ponekad budzašto sticala druga lica koja bi, nepravedno, danas mogla biti korisnici restitucije. Sve je to uslovalo opredeljenje da se, po članu 1. stav 2. ovaj zakon primenjuje i na vraćanje imovine čije je oduzimanje posledica Holokausta na teritoriji koja danas čini teritoriju Republike Srbije, kao i da će se, po članu 5. stav 4. Zakona otklanjanje posledica oduzimanja imovi-

ne žrtvama Holokausta i drugim žrtvama fašizma na teritoriji Republike Srbije, koje nemaju živih zakonskih naslednika, urediti naknadno posebnim zakonom.

Predmet restitucije su nepokretne stvari u javnoj svojini – državnoj svojini, svojini autonomne pokrajine i svojini jedinica lokalne samouprave, kao i stvari u društvenoj i zadružnoj svojini osim svojine zadrugara i predmeta društvene i zadružne svojine koje je sadašnji imalac stekao uz naknadu. Tu spada: 1) građevinsko zemljište, 2) poljoprivredno zemljište 3) šume i šumsko zemljište, 4) stambene zgrade i stanovi, 5) poslovni objekti i poslovne prostorije, 6) pokretne stvari. Mogu se vratiti i podržavljene pokretne stvari koje su upisane u javni registar, kao i druge pokretne stvari koje predstavljaju kulturna dobra, pod uslovom da i danas postoje (član 15). Ne vraćaju se u naturalnom obliku podržavljena preduzeća, već bivšim vlasnicima pripada obeštećenje.

Za nepokretnosti i pokretne stvari koje su prestale da postoje usled dejstva više sile (zemljotres, poplava), bivši vlasnik nema pravo na obeštećenje (član 7). Ako je, pak, podržavljena zgrada srušena, bivši vlasnik ne može očekivati naturalnu restituciju, ali ima pravo na obeštećenje.

Generalno, nepokretnosti se vraćaju u naturalnom obliku, pri čemu je obveznik vraćanja dužan da bivšem vlasniku vrati pravo svojine i državinu na oduzetoj nepokretnosti (član 16.stav 2). Ako nije moguće vraćanje u celini, bivšem vlasniku vратиće se deo oduzete nepokretnosti, a za preostali nevraćeni deo sleduje mu obeštećenje.

Stupanje bivšeg vlasnika u posed (državinu) nepokretnosti, nakon što mu je vraćeno pravo svojine, odlaže se u slučaju zakupa te nepokretnosti, jer zakupac koji koristi predmetnu nepokretnost za svoju delatnost ima pravo da nastavi da istu koristi u periodu koji je neophodan za prilagođavanje njegovog poslovanja novonastaloj situaciji i to ne duže od tri godine od izvršnosti rešenja o vraćanju imovine, s tim što se bivši vlasnik i obveznik mogu i drukčije sporazumeti (član 20). Izuzetno, kad je reč o višegodišnjim zasadima i vinogradima, pravo zakupca tog poljoprivrednog zemljišta može da se proteže do 20 godina za višegodišnje zasade i do 40 godina za vinograde. Prava i obaveze između bivšeg vlasnika i obveznika za to vreme uređuju se ugovorom, a ako takav ugovor ne bude zaključen u roku od tri meseca od dana izvršnosti rešenja o vraćanju imovine, svaka strana može zahtevati da sud svojom odlukom uredi njihov odnos. Bivši vlasnik stupa na mesto zakupodavca i ima pravo na zakupninu, ali ne može u predviđenom periodu jednostrano menjati visinu zakupnine i druge odredbe zatečenog ugovora o zakupu.

Hipotekarni tereti ustanovljeni na nepokretnosti koja se vraća brišu se, bivši vlasnik dobija u svojinu nepokretnost oslobođenu hipoteka, a za hipotekarna potraživanja hipotekarnom poveriocu garantuje Republika Srbija. Gase se

i postojeće lične službenosti, dok stvarne službenosti konstituisane u korist ili na teret nepokretnosti, ne prestaju.

Oblici vraćanja. Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju u članu 8. utvrđuje načelo prioriteta vraćanja u naturalnom obliku. To znači da se bivšem vlasniku prevashodno u svom prirodnom obliku vraća ista ona stvar koja mu je oduzeta (in rem), a tek ako to ne bude moguće, on ima pravo na novčano obeštećenje. To su dva osnovna oblika vraćanja. Zakon ne poznaje vraćanje druge odgovarajuće imovine umesto oduzete (naturalna supstitucija).

Zakon ne predviđa mogućnost da bivši vlasnik može optirati između ova dva oblika vraćanja, jer, već samim podnošenjem zahteva za restituciju podrazumevano prihvata da mu se vrati oduzeta imovina u naturi, a ako to ne bude moguće, da mu se isplati odgovarajuće obeštećenje.

Izuzeci od naturalne restitucije navedeni su u čl. 18 (po nameni nepokretnosti), čl. 22 (građevinsko zemljište), čl. 25 (poljoprivredno i šumsko zemljište), čl. 27/2 (stambene zgrade i kuće i čl. 29 (pokretne stvari) Zakona. U tim slučajevima bivšem vlasniku ne može se vratiti oduzeta nepokretna ili pokretna stvar, iako ona postoji, već mu sleduje novčano obeštećenje.

Najveća skupina nepokretnosti izuzeta je od vraćanja u naturalnom obliku s obzirom na određenu *namenu ili status nepokretnosti* (član 18), a to su: 1) nepokretnosti koje su isključivo u javnoj svojini; 2) službene zgrade i poslovne prostorije koje služe za obavljanje zakonom utvrđene nadležnosti državnih organa, organa autonomne pokrajine, organa jedinice lokalne samouprave i organa mesne samouprave; 3) nepokretnosti koje služe za obavljanje delatnosti ustanova iz oblasti zdravstva, vaspitanja i obrazovanja, kulture i nauke ili drugih ustanova, kao javnih službi, osnovanih od strane nosilaca javne svojine, a čijim bi vraćanjem bio bitno ometen rad i funkcionisanje tih službi; 4) nepokretnosti koje su neodvojivi sastavni deo mreža, objekata, uređaja ili drugih sredstava koja služe za obavljanje pretežne delatnosti javnih preduzeća, društava kapitala osnovanih od strane nosilaca javne svojine, kao i njihovih zavisnih društava, iz oblasti energetike, telekomunikacija, saobraćaja, vodoprivrede i komunalnih delatnosti; 5) nepokretnosti čije bi vraćanje bitno narušilo ekonomsku, odnosno tehnološku održivost i funkcionalnost u obavljanju pretežne delatnosti subjekta privatizacije koji nije privatizovan, kao i subjekta koji se prodaje u postupku stečaja kao pravno lice a u čijoj se imovini nalaze; 6) nepokretnosti koje su namenjene za reprezentativne potrebe Narodne skupštine, predsednika Republike i Vlade; 7) nepokretnosti u vlasništvu Republike Srbije namenjene za smeštaj stranih diplomatsko-konzularnih predstavništava, vojnih i trgovinskih predstavništava i predstavnika pri diplomatsko-konzularnim predstavništvima; 8) Dvorski kompleks na Dedinju, čiji se status uređuje posebnim zakonom, kao i druga nepo-

kretna kulturna dobra od izuzetnog značaja u državnoj svojini; 9) nepokretna imovina koja je prodana, odnosno stečena u postupku privatizacije kao imovina ili kapital subjekata privatizacije, u skladu sa zakonom kojim se uređuje privatizacija; 10) nepokretnosti koje su prodane u postupku stečaja nad preduzećima u većinskoj društvenoj, odnosno državnoj svojini, kao i nepokretnosti koje predstavljaju imovinu stečajnih dužnika u većinskoj društvenoj, odnosno državnoj svojini koja su kao pravna lica prodani u postupku stečaja.

Prema članu 22. Zakona, kad je reč o podržavljenom *građevinskom zemljištu*, ne vraća se: 1) izgrađeno građevinsko zemljište, 2) građevinsko zemljište na kome se nalaze javne površine, 3) građevinsko zemljište na kome je važećim planskim dokumentom predviđena izgradnja objekata javne namene, 4) građevinsko zemljište na kome su izgrađeni objekti koji nisu predmet vraćanja u naturalnom obliku u skladu sa članom 18. Zakona, 5) neizgrađeno građevinsko zemljište za koje postoji pravnosnažno rešenje o lokacijskoj dozvoli, 6) neizgrađeno građevinsko zemljište na kome je važećim planskim dokumentom predviđena izgradnja objekta u funkciji realizacije projekta ekonomskog razvoja, objekta koji je namenjen za socijalno stanovanje, i stanova kada je investitor izgradnje tih stanova Republika Srbija, 7) građevinsko zemljište na kome je izgrađen objekat stalnog karaktera u skladu sa zakonom, a na tom zemljištu nije izvršena konverzija prava korišćenja u pravo svojine, 8) građevinsko zemljište na kome je izgrađen objekat bez građevinske dozvole, koje u postupku legalizacije bude određeno kao zemljište za redovnu upotrebu objekta. Sem toga, po odredbama člana 23.st.5.i 8. Zakona, ne vraća se ni: 9) neizgrađeno građevinsko zemljište na kome je kao nosilac prava korišćenja upisano lice iz člana 104. stav 1. Zakona o planiranju i izgradnji, do okončanja postupka konverzije uz naknadu, 10) neizgrađeno građevinsko zemljište dato u dugoročni zakup, od 13. maja 2003. godine do 6. oktobra 2011. godine, osim u slučaju raskida ugovora (član 23. stav 5), 11) neizgrađeno građevinsko zemljište na kome je bivši vlasnik svoje pravo korišćenja preneo na treće lice.

Po članu 25. Zakona, u pogledu *poljoprivrednog i šumskog zemljišta* naturalna restitucija isključena je u odnosu na: 1) zemljište koje služi za redovnu upotrebu jednog ili više funkcionalnih objekata koji su na njemu izgrađeni, 2) zemljište na kom je neophodna nova parcelacija zemljišta radi obezbeđivanja pristupnog puta za zemljište koje je predmet zahteva za vraćanje, 3) zemljište u društvenoj, odnosno zadružnoj svojini stečeno teretnim pravnim poslom (član 25)

Po članu 27. stav 2. Zakona, ne vraćaju se *stambene zgrade i kuće* na kojima je, u slučaju zasnivanja etažne svojine, u skladu sa zakonom, prestalo da postoji pravo svojine na zgradi, odnosno kući.

Po članu 28. stav 1. Zakona, ne vraćaju se *poslovni objekti i poslovne prostorije* koji su uloženi u kapital podržavljenog preduzeća radi sticanja udela, odnosno akcija.

Od pokretnih stvari ne vraćaju se (član 29): 1) koje su, na dan stupanja na snagu Zakona, sastavni deo zbirke muzeja, galerija, nepokretnih kulturnih dobara od izuzetnog značaja, ili drugih srodnih ustanova, 2) koje su prodate u postupku privatizacije.

Obeštećenje. Obeštećenje se vrši u vidu državnih obveznica Republike Srbije i u novcu. Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju propisuje opšti zakonski limit obeštećenja, za sve bivše vlasnike i za celokupnu oduzetu imovinu, u visini od dve milijarde evra sa godišnjom kamatnom stopom od 2%. Procenjeno je da je to finansijski maksimum koji država Srbija može izdvojiti za denacionalizaciju a da pritom ne ugrozi makroekonomsku stabilnost i privredni rast zemlje. Pojedinačni limit, odnosno maksimum obeštećenja koji po osnovu oduzete imovine može dobiti jedan bivši vlasnik po svim osnovima, ne može biti veći od 500.000 evra. Taj zakonski maksimum obeštećenja važi i kad jedan zakonski naslednik ostvaruje pravo po osnovu oduzete imovine od više bivših vlasnika.

U čl. 32, 33. i 34. Zakona data su pravila po kojima se utvrđuje vrednost oduzetih nepokretnosti (prema poreskoj osnovici za prenos apsolutnih prava), vrednost pokretnih stvari (prema njihovoj tržišnoj vrednosti putem sudskog veštaka) i vrednost preduzeća (prema valorizovanoj vrednosti čiste aktive).

Za utvrđivanje iznosa obeštećenja koji pripada bivšem vlasniku bitni su osnovica obeštećenja i koeficijent obeštećenja (član 31). Osnovica za obeštećenje jednaka je vrednosti oduzete imovine utvrđene procenom nadležnog organa (poreska uprava, sudski veštak ili Agencija za restituciju). Koeficijent obeštećenja se dobija kada se stavi u odnos iznos od dve milijarde evra i iznos ukupnog zbira osnovica obeštećenja za sve bivše vlasnike.

Iznos obeštećenja koji pripada bivšem vlasniku utvrđuje se u evrima, a dobije se tako što se osnovica obeštećenja koja je utvrđena procenom vrednosti imovine koja mu je oduzeta pomnoži sa koeficijentom obeštećenja, vodeći računa da se ne pređe zakonski maksimum od pola miliona evra. Dok se (tržišna) vrednost oduzete imovine koju treba vratiti bivšem vlasniku utvrđuje po nezavisnim parametrima ovlašćenih procenitelja (poreska uprava, veštak), iznos obeštećenja koji pripada bivšem vlasniku u obrnutoj je proporciji sa ukupnim zbirom svih osnovica obeštećenja, a u direktnoj proporciji sa koeficijentom obeštećenja: što je ukupan zbir osnovica obeštećenja veći, koeficijent obeštećenja je manji i iznos individualnog obeštećenja je manji, a što je koeficijent obeštećenja veći i obeštećenje po bivšem vlasniku je veće. Tako, ako zbir svih osnovica obe-

štećenja iznosi 50 milijardi evra, koeficijent obeštećenja je 0,04, pa tako bivšem vlasniku čija je celokupna oduzeta imovina procenjena na 2 miliona evra, primenom tog koeficijenta sleduje obeštećenje u iznosu od 80.000 evra, za imovinu procenjenu na 14 miliona evra novčano obeštećenje iznosi 500.000 evra (limit), a za oduzetu imovinu procenjenu na 300.000 evra bivšem vlasniku biće isplaćeno 12.000 evra (akontacija obeštećenja + obveznice).⁴

Zakon predviđa da sve osnovice obeštećenja po svim podnetim zahtevima za restituciju kod kojih ne bude uslova za vraćanje u naturalnom obliku, budu utvrđene rešenjima nadležne Agencije za restituciju, ili njenom procenom preostalih nerešenih zahteva, u roku od tri godine od dana objavljivanja javnog poziva bivšim vlasnicima da podnesu zahteve za restituciju. Taj rok može biti i kraći jer po članu 40.stav 2. Agencija može da uputi javni poziv bivšim vlasnicima i 6. februara 2012. godine kao zadnjeg dana roka od 120 dana od stupanja na snagu Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju. U Zakonu se podrazumeva (čl. 30.st. 2, čl. 35.st.4.i 5) da se sve osnovice obeštećenja i koeficijent obeštećenja utvrde do 31. decembra 2014. godine, jer od 1. januara 2015. godine počinje izdavanje državnih obveznica i isplata obeštećenja.

Bivši vlasnici biće obeštećeni na dva kumulativna načina: kroz akontaciju obeštećenja i u vidu državnih obveznica. Akontaciju obeštećenja u iznosu od 10% od osnovice obeštećenja po svim osnovima, nominalno ne više od 10.000 evra, dobiće svaki bivši vlasnik na osnovu pravnosnažnog rešenja o pravu na

4 Primera radi, ako zbir svih osnovica obeštećenja iznosi 50 milijardi evra (procenom utvrđena vrednost celokupne imovine koju treba vratiti po Zakonu), restitucijski maksimum od 2 milijarde evra deli se sa tih 50 milijardi evra i dobije se restiticioni koeficijent 0,04. Ako individualna osnovica obeštećenja za bivšeg vlasnika BB iznosi 2 miliona evra (procenjena vrednost njegove imovine za novčano obeštećenje), množenjem te osnovice sa koeficijentom, po članu 31. stav 1. Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, proizlazi da licu BB sleduje obeštećenje u iznosu od 80.000 evra. Kad se od tog iznosa odbije isplaćena akontacija obeštećenja u visini od 8.000 evra, lice BB dobiće obveznice u vrednosti od 72.000 evra isplative u 15 rata po 4.800 evra godišnje, sa pripadajućom kamatom. Ili, polazeći od iste zbirne osnovice obeštećenja (50 mlrd evra), ako individualna osnovica obeštećenja za bivšeg vlasnika NN iznosi 14 miliona evra, njemu primenom koeficijenta obeštećenja od 0,04, pripada obeštećenje u iznosu od 560.000 evra, a kako je, prema članu 31. stav 3 obeštećenje limitirano na 500.000 evra, licu NN sleduje iznos obeštećenja u visini tog limita, dakle 500.000 evra. Kad se odbije isplaćena akontacija, lice NN kao "limitaš", dobiće obveznice u vrednosti 490.000 evra, naplative u 15 godišnjih rata po 33.666 evra, sa pripadajućom kamatom. U trećem primeru, takođe polazeći od iste zbirne osnovice obeštećenja (50 mlrd evra), ako procenjena vrednost imovine KK kao bivšeg vlasnika (individualna osnovica obeštećenja) iznosi 300.000 evra, množenjem sa koeficijentom 0,04, dobija se iznos obeštećenja u visini 12.000 evra. Kad se od tog iznosa odbije 10% isplaćene akontacije, lice KK dobiće obveznice u vrednosti 10.800 evra, koje može unovčiti u 15 godišnjih rata po 720 evra, sa pripadajućom kamatom. Ako je korisnik restitucije stariji od 70 godina, te obveznice dospevaju za 5 godina, i biće isplaćene u pet rata po 2.160 evra godišnje.

obeštećenje (član 37). Za preostali iznos obeštećenja bivši vlasnik će dobiti državne obveznice, nominovane u evrima, koje dospevaju u 15 godišnjih rata počev od 2015. godine. Rok za isplatu obveznica skraćen je za korisnike starije od 65, odnosno 70 godina na 10, odnosno 5 godina (član 35.stav 5).

Restitucijske obveznice glase na ime i prenosive su, a isplaćuju se u evrima od 2015. do 2030. godine. Njihov promet je slobodan, mogu se kupovati i prodavati na berzi, a promet i posedovanje ovih obveznica oslobođeno je svake vrste poreza. Osnovni elementi obveznica, iznos emisije, kao i uslovi distribucije i naplate obveznica, biće uređeni uredbom Vlade Srbije.

Postupak restitucije. Zakonom o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju osniva se posebna Agencija za restituciju, koja će voditi upravni postupak za vraćanje imovine i obeštećenje. Pravo na podnošenje zahteva u skladu sa tim zakonom imaju svi bivši vlasnici oduzete imovine, njihovi zakonski naslednici ili pravni sledbenici, bez obzira da li su podneli prijavu u skladu sa Zakonom o prijavljivanju i evidentiranju oduzete imovine iz 2005. godine.

Bivši vlasnici mogu Agenciji podnositi zahteve za restituciju u roku od dve godine od dana kada im Agencija uputi javni poziv, što praktično znači da će se zahtevi moći podnositi tokom 2012. i 2013. godine. Zahtev treba podneti na propisanom obrascu (koji će propisati ministar finansija), sa navođenjem svih podataka i prilaganjem svih dokaza, prema članu 42. Zakona. Neuređan zahtev Agencija će odbaciti zaključkom protiv koga podnosilac može pokrenuti upravni spor, a ujedno može podneti i novi zahtev, što znači da jedno lice u istoj pravnoj stvari može voditi i upravni postupak i upravni spor.

Agencija je dužna da o potpunom zahtevu odluči najkasnije u roku od šest meseci, a izuzetno kod posebno složenih predmeta, godinu dana od dana prijema potpunog zahteva. U slučaju vraćanja imovine u naturi, Agencija donosi jedno rešenje kojim utvrđuje činjenicu da je imovina oduzeta, identifikuje tu imovinu, te nalaže sadašnjem vlasniku i držaocu da tu imovinu slobodnu od tereta predaju bivšem vlasniku. U slučaju novčanog obeštećenja, Agencija donosi dva rešenja, i to prvo, rešenje kojim utvrđuje korisnika, imovinu koja se vraća, odnosno za koju se daje obeštećenje, visinu osnovice obeštećenja i visinu akontacije obeštećenja, obveznika, način i rokove za izvršavanje utvrđenih obaveza, i, potom drugo, dopunsko, kojim, po utvrđivanju koeficijenta, utvrđuje ukupan i konačan iznos obeštećenja.

Protiv prvostepenog rešenja o restituciji dozvoljena je žalba Ministarstvu finansija, a protiv drugostepenog rešenja tog ministarstva može se voditi upravni spor.

Agencija za restituciju je javna agencija sa sedištem u Beogradu i četiri područne jedinice: u Beogradu, Kragujevcu, Nišu i Novom Sadu. Po članu 63. Za-

kona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, Agencija za restituciju treba da počne sa radom do 1. januara 2012. godine, i tom priikom će preuzeti predmete, sredstva za rad, arhivu i zaposlene u Direkciji za restituciju koja je do sada postupala u predmetima vraćanja imovine crkvama i verskim zajednicama.

RECEPCIJA I IMPLEMENTACIJA ZAKONA

Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju treba da predstavlja “krovni zakon” koji objedinjuje i ujednačava dosadašnju restituciju, i kojim se uređuju sva preostala pitanja vraćanja imovine i obeštećenja. Međutim, mnogo od toga, bilo osnovano ili neosnovano, već mu se osporava, počev od načina kako je primljen u Skupštini, sa stotinama amandmana, političkim uslovljavanjima, posebno kad je reč o članu 5. Zakona i pravu pripadnika okupacionih snaga na restituciju, do osporavanja nekih njegovih suštinskih načela i rešenja. Malo ko je zadovoljan, i pri tome svako ima svoje razloge i opravdanja. Bivši vlasnici – koji smatraju da Zakon minimizira mogućnosti za naturalnu restituciju, a da se, zauzvrat, nudi minimalno i simbolično novčano obeštećenje. Ostali građani koji nisu bivši vlasnici – koji smatraju da je država dve milijarde evra trebala usmeriti na ublažavanje socijalne bede i poboljšanje standarda pauperizovanog stanovništva, a ne za obeštećenje nekadašnjeg bogatijeg sloja građana. Država – koja sigurno ne s velikim oduševljenjem, ali ipak sa vidljivom dozom rešenosti, lišava se dela nepokretne imovine i u uslovima velike ekonomske krize usmerava u tokove restitucije preko 6% svog bruto društvenog proizvoda. Nezadovoljstvo ispoljavaju i političke stranke, neki ekonomski eksperti, izvesne interesne grupe.

Sa aspekta pravednosti, restitucija nikada neće zadovoljiti sve želje, interese i potrebe jer bi postizanje tog cilja bilo ravno “vraćanju kajgane u jaje”, a to je nemoguće, što su iskusile i sve druge zemlje koje već uveliko sprovode taj proces. Činjenica je da Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju ne poznaje naturalnu supstituciju. Ima i mnogo izuzetaka od naturalne restitucije, iako je vraćanje oduzete imovine u naturalnom obliku proklamovano kao prioritarno načelo. Upravo u vezi s tim, kritici je podložna odredba po kojoj su nepokretnosti prodane u postupku privatizacije, čak i kad se u privatizacionom ugovoru kupac obavezao da će u svemu ispoštovati prava bivšeg vlasnika u skladu sa zakonom o restituciji, izuzete od vraćanja (član 18. stav 1.tač.9). Ako je privatizacioni kupac ugovornom klauzulom prihvatio tu obavezu – dakle da vrati imovinu u naturi ili isplati obeštećenje a taj rizik je ukalkulisan i u prodajnu cenu, a Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju predviđa da je naturalna restitu-

cija vodeće načelo vraćanja imovine (član 8), može se postaviti pitanje pravične i pravne održivosti rešenja po kom je naturalna restitucija takve imovine *ex officio* isključena, po svemu više na štetu bivšeg vlasnika a manje na štetu privatizacionog kupca koji je voljno preuzeo rizik vraćanja imovine ma u kom obliku.

U praksi će se očigledno ispoljiti i "vrednosni disbalans" između korisnika naturalne restitucije i korisnika novčanog obeštećenja u korist onih prvih. Sve to čini srpsku restituciju, kojoj je trebalo mnogo vremena da se iznedri i obelodani, svojstvenom, samobitnom i prepoznatljivom, kao što su mađarska, slovenačka ili nemačka denacionalizacija.

Sa aspekta pravnosti, srpski Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, i pored tehnički zapetljanih i pravno rogovatnih normi kad je reč o građevinskom zemljištu (čl. 22 i 23) i o privatizaciji, i pored glomaznih članova i nenumerisanih stavova (čl. 42 i 47), što sve opterećuje jezik pravne norme, njenu pitkost i preglednost i snalaženje u tekstu, ispunjava onaj minimum nomotetičkih uslova koji ga čine validnim pravnim aktom. Bitno je, međutim, postići i održati unutrašnju pravnu koherentnost restitucije koja je u Srbiji provođena još od 1990. godine, u čemu Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju čini izvesna odstupanja, pogotovo kad je reč o tržišnoj naknadi i naturalnoj supstituciji koje su neki raniji zakoni poznavali, ali u malom broju slučajeva i primenili. Sem toga, nakon donošenja ovog zakona ostalo je da se dva aktuelna procesa restitucije, opšta i konfesionalna, harmonizuju, jer je povlačenjem iz skupštinske procedure Zakona o izmenama i dopunama Zakona o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama, ostala neusklađenost opšteg i posebnog zakona, koja bi u dogledno vreme trebala da se otkloni s obzirom da će isti organ, Agencija za restituciju, biti nadležan za primenu oba zakona.

Ekonomski aspekt restitucije je u uslovima ekonomske krize i tranzicionih previranja neodvojivi deo političkog diskursa. Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju stao je na stanovište da za obeštećenje bivših vlasnika izdvojeni iznos od 2 milijarde evra sa kamatom od 2% godišnje, plativ u 15 rata, neće ugroziti makroekonomsku stabilnost i privredni rast Srbije, ali, izvesno, da će uticati na količinu i dotok novčanih sredstava za neke druge namene. Odmeravanje makroekonomskih prioriteta u rukama je politike i ekonomije, ali kako god i ko god pozicionirao te prioritete uvek je moglo i drugačije, a ispravnost tog "drugačijeg" se može proveriti tek u budućnosti. I za državu, a posebno za bivše vlasnike, bilo bi mnogo bolje da je restitucija započela mnogo ranije, najbolje pre ili istovremeno sa privatizacijom, ali do toga nije došlo, tako da je današnja restitucija podložna mnogo većim materijalnim ograničenjima i preprekama nego što bi to bila pre 20 godina.

U svakom slučaju, tzv. opšti zakon o denacionalizaciji je donet, proces restitucije u Srbiji treba da dobije svoj najveći zamah do sada jer se očekuje i do 150.000 zahteva za restituciju, sa željenom, ali nedostižnom, dinamikom rešavanja tih zahteva za tri godine od strane Agencije za restituciju. Kako podnosioci zahteva treba da dostave i dokumente kojima dokazuju svoj lični status, pravno sledbeništvo, čin oduzimanja i dr., u početku primene Zakona može se očekivati veliki pritisak na službe koje izdaju takva dokumenta, kao što su matičari, državni arhivi, katastri, sudovi, imovinskopravne službe opština. Biće povećan angažman pošta koje će primati zahteve za restituciju, poreske uprave čije jedinice će vršiti procenu vrednosti nepokretnosti u postupku restitucije, kao i sudskih veštaka – procenitelja. Povećan priliv predmeta mogu očekivati brojni drugi organi: Ministarstvo finansija (kao drugostepeni organ rešavanja i kao resorni organ za restituciju), Upravni sud (po tužbama u upravnim sporovima), Ministarstvo spoljnih poslova (po pitanju reciprociteta), Ministarstvo unutrašnjih poslova (po pitanju državljanstva), Republičko javno pravobranilaštvo (kao zakonski zastupnik Republike Srbije), Ministarstvo poljoprivrede (u pogledu vraćanja poljoprivrednog zemljišta) i dr. Restitucija će, dakle, još dublje od privatizacije ući u sve pore društvenog i ekonomskog sistema sa očekivanjem da pozitivno utiče na pravnu sigurnost i investicionu klimu u Srbiji.

VLADIMIR TODOROVIĆ,
Directorate for Restitution

DENATIONALIZATION IN SERBIA IN THE LIGHT OF THE NEW LAW ON RESTITUTION AND COMPENSATION

Summary

The process of denationalization started in Serbia in 1990. The legislator had not previously established a formal strategy for restoring the property; however, the order of restitution was based on the principle of first returning such property which is limited by the type of property or by the number of subjects. Thus, starting from 1990, the property was first returned to cooperatives, then to farmers and small artisans, then to villages and after them to individuals – former owners of construction land. From 2006, churches and religious communities also became subjects of restitution with rather small and limited assets. The vast majority of persons deprived of their property were not covered by these special laws and had to wait for the adoption of the so-called General Law on Restitution.

In late September 2011, Serbian Parliament adopted the Law on property restitution and compensation, as one of the most important laws in the so-called European Agenda. The law regulates the conditions, manner and procedure for returning the confiscated property and compensation for the property which was expropriated from individuals and some legal entities and transferred to the national, state, public or cooperative property on the territory of the Republic of Serbia with the implementation of regulations on land reform, nationalization, sequestration and other regulations, based on the acts on nationalization after 9th March 1945. The law stipulates three basic principles: 1) the principle of priority of returning the property in its natural form (Article 8), the principle of protecting the property acquirer (Article 10) and the principle of such compensation payment that must not compromise the macroeconomic stability of the country and its economic growth (Article 30, Paragraph 2).

Regardless of its European causality and origin, different interpretations of its scope and possible application, or the criticism that accompanies it from the very beginning, this long-awaited law, as it is, is undoubtedly an important system law that produces significant legal, political, economic and social implications despite its referential and temporal limitations. It is not only supposed to eliminate or mitigate the injustice done to the former owners, and to provide them with as much adequate material compensation as possible for the expropriated property, but it also represents a kind of bridge between the past and present in order to reconcile the times and relieve the property relations of the sins of the past.

DURĐE NINKOVIĆ

**PRIMEDBE I PREDLOZI NA NACRT ZAKONA
O VRAĆANJU IMOVINE
I OBEŠTEĆENJU**

Nacrt Zakona o vraćanju imovine i obeštećenju uspostavlja tri ključna principa: ispravljanje nepravde, ne praviti nove nepravde i uskladiti zakon sa raspoloživim imovinskim i finansijskim resursima.

PRIMEDBE NA PRVI PRINCIP

Kao prvi ključni princip u nacrtu Zakona o vraćanju imovine iznet je stav da treba ispraviti nepravdu koja je učinjena mnogim porodicama iz ideoloških razloga. Tako definisan prvi princip ustvari pokazuje nepoznavanje pravih razloga denacionalizacije. Pravi razlog nije ispravljanje nepravde nego uspostavljanje imovinske i pravne sigurnosti u Srbiji.

Dakle, suprotno shvatanju tvoraca Nacrta, budući Zakon o denacionalizaciji jedino može biti okrenut budućnosti a ne prošlosti. Nemoguće je ispraviti nepravdu ljudima streljanim, zatvaranim i ostavljenim bez kore hleba samo zato što su bili pripadnici građanske klase. Nemoguće je znatnim delom ispraviti na-

Durđe Ninković, advokat u Beogradu.

netu materijalnu nepravdu ako se ne naknadi dobit izgubljena tokom poslednjih šezdeset godina. Nesretnim žrtvama nacionalizacije ne pada na pamet da traže naknadu izgubljene dobiti kada vide u kakvo je žalosno finansijsko i privredno stanje dovedena Srbija pod lošom upravom.

Komunisti su sistematski oduzimali imovinu u Srbiji u procesu koji je trajao od 1945. do 1958. godine, odnosno sve dok je bilo neke imovine za oduzimanje. Kada je Tito raskinuo savez sa Staljinom 1948. godine, intenzitet oduzimanja i kolektivizacije se naglo pojačao, jer je trebalo dokazati da je tadašnja Jugoslavija pravovernija komunistička zemlja nego Sovjetski Savez. Tako se dogodilo da u Poljskoj i Istočnoj Nemačkoj nisu nikada oduzeta preduzeća koja su zapošljavala do 50 ljudi, dok je u Srbiji samostalni zanatlija mogao da zaposli najviše do 5 radnika. Seljacima je oduzeta sva zemlja iznad 10 hektara, tako da su time i prinudnim otkupom žitarica svedeni na proizvođače hrane za svoje sopstvene potrebe i eliminisani sa tržišta. Takav radikalizam je doveo do privrednog sloma i gladi, pa je američko žito šezdesetih godina spasavalo Jugoslaviju i Srbiju.

Kada se poredi privredni i kulturni napredak Srbije do sprovedenog oduzimanja imovine, sa konstantnim i do danas neprekinutim realnim padom posle oduzimanja, onda je jasno da je imovinska sigurnost bila preduslov uspona srednje klase koja je glavna motorna snaga privrednog uspona svih evropskih, američkih, a danas i azijskih zemalja. Kada postoji imovinska sigurnost onda prestaje potreba za državnim dotacijama za nova radna mesta i drugim, u komunizmu više puta probanim i uvek promašenim državnim intervencijama.

Dakle, uspostavljanje imovinske sigurnosti i povratak poverenja u državu, a ne ispravljanje nepravdi, treba da bude osnovni cilj Zakona o denacionalizaciji.

Da bi se uspostavila imovinska sigurnost neophodno je da se dobije pristanak vlasnika za prenos njihovog prava svojine na državu Srbiju. Ukoliko vlasnici ne prihvataju ponudjenu naknadu i ne pristaju da prenesu svoje pravo svojine, onda preostaje jedino da im se imovina vrati u naturalnom obliku. Nema drugog načina da se usposatvi imovinska i pravna sigurnost.

Vrlo je malo oduzete imovine koja ne može da se vrati. Ukoliko neka imovina ne može da se vrati u naturalnom obliku zato što je uništena, ona će svakako moći da se zameni drugom imovinom koja se nalazi u državnoj svojini.

Sveobuhvatno oduzimanje imovine sprovedeno od 1945. do 1958. godine protiv volje vlasnika i bez ikakve naknade ili samo uz simboličnu naknadu imalo je za rezultat gubitak svesti u narodu o važnosti i neprikosnovenosti privatne imovine. Takav pogled na privatnu imovinu koja može državnom silom biti razgrabljena doveo je do relativizacije morala i prihvatanja nasilja i korupcije kao legitimnih metoda sticanja. Kod svih gradjana, a ne samo kod pripadnika sred-

nje klase koji su bili neposredno pogodjeni otimanjem, sasvim se izgubilo ili u velikoj meri smanjilo poverenje u državu.

Oduzimanje imovine i fizički progon srednje klase, poljoprivrednika i zanatlija prouzrokovalo je borbu za goli život u kojoj je sa teškoćama i uz veliki trud izgrađeni građanski moral izgubio svoju vrednost i uz poruge bačen pod noge.

Proizilazi da bi pošteno koncipirana i dosledno sprovedena denacionalizacija imala niz izuzetno važnih rezultata za budućnost Srbije, i to uspostavljanje imovinske a time i pravne sigurnosti, povećanje poverenja u državu kao nepristrasnog i energičnog zaštitnika svih građana bez obzira na njihovu pripadnost jednom ili drugom društvenom sloju, ozdravljenje morala i smanjenje korupcije. Time bi se otvorio put za privredni i kulturni napredak Srbije u tek započetom veku na tragu srpskih privrednih i kulturnih pregalaca iz devetnaestog i prve polovine dvadesetog veka.

Trošak i teškoće ovoga zakasnelog poduhvata bi uveliko bili nadmašeni vrednostima koje bi se postigle, dok na žalost, trenutni nacrt Zakona zbog pogrešnog pristupa tvoraca osnovnom prvom principu restitucije, ne vodi ka uspostavljanju imovinske i pravne sigurnosti i ne otvara Srbiji put u preko potreban napredak.

PRIMEDBE NA DRUGI PRINCIP

Drugi ključni princip nacrta Zakona o vraćanju imovine glasi: “ ne praviti nove nepravde tako što će se poštovati legalno stečena svojina današnjih vlasnika nad traženom imovinom”.

Kako to da država, koja je tako nemilosrdno postupila sa vlasnicima imovine između 1945 i 1958 godine, sada pokazuje blagost i naklonost prema “današnjim vlasnicima”? Ustvari, time se samo nastavlja progon “starih vlasnika”, odnosno jedino pravih vlasnika.

Pravni osnov za prodaju na silu oduzete i nikada plaćene imovine predstavlja član 15. Zakona o privatizaciji koji kaže: “Kad postupak privatizacije obuhvata imovinu oduzetu...vrednost te imovine biće nadoknadjena ...iz novčanih sredstava...”. Dakle, ovaj nejasan zakonski tekst daje pravo nevlasniku da prodaje oduzetu imovinu pre nego što je vlasnicima, uz njihov pristanak, isplaćena odgovarajuća cena. Ustavni sud nije ukinuo ovu odredbu zakona, mada je bilo više inicijativa.

Država je prodavala oduzetu imovinu znajući da je tudja, pa je, tako postupajući bila nesavesna. Kupci oduzete imovine su se uzdali u državnu silu da će im ona obezbediti miran posed, ali su i oni bili nesavesni. Naime, kroz zemljišne knjige i država i kupci su mogli da vide ko su bili vlasnici pre sprovedenog oduzimanja. Znali su da je oduzimanje vršeno protiv volje vlasnika i bez plaćanja bilo kakve ili samo nominalne naknade. Dakle, bili su svesni da su novi upisi o oduzimanju u zemljišnim knjigama provedeni nasilno uz teško kršenje osnovnih ljudskih prava i da, ustvari, predstavljaju obične falsifikate.

Pogotovo posle upisa potraživanja vlasnika na osnovu Zakona o prijavljivanju i evidenciji oduzete imovine u javni i svima dostupni registar koji vodi Direkcija za imovinu Republike Srbije, nema mogućnosti da kupac i Agencija za privatizaciju poreknu saznanje o vlasništvu nad imovinom koja je predmet prodaje.

Tako postupajući rukovodioci Agencije i kupci oduzete imovine su počinili krivično delo proturanja nelegalno stečene stvari, dakle ne samo što su bili nesavesni, nego su prekršili norme Krivičnog zakonika. Nema nikakvog razloga da se pravni posao između nesavesnog prodavca i nesavesnog kupca održi na snazi.

Da su Agencija za privatizaciju i kupci bili svesni postojanja svojinskog prava trećih lica na imovini koja je bila predmet kupovine i prodaje između njih pokazuje i ugovorna klauzula koja glasi: "Kupac kapitala se pre dana održavanja aukcije upoznao sa činjenicom da se u sastavu imovine subjekta nalazi nacionalizovana imovina i saglasan je da se sa nacionalizovanom imovinom postupa shodno odredbama zakona koji bude regulisao tu oblast. Pod nacionalizovanom imovinom, u smislu odredbi ugovora, podrazumeva se imovina oduzeta od fizičkih i pravnih lica (raniji vlasnici) primenom propisa o oduzimanju imovine na teritoriji Republike Srbije... Obim i vrsta prava ranijih vlasnika nacionalizovane imovine ceniće se prema odredbama zakona koji reguliše tu oblast, a prema činjeničnom stanju postojećem na dan održavanja aukcije."

Pošto su kupci oduzete imovine preuzeli na sebe rizik vraćanja te imovine pravim vlasnicima, ne postoji nikakva nova nepravda koja bi im se učinila izuzimanjem te imovine iz njihovog poseda i vraćanjem vlasnicima. Uostalom, pošto glavni i osnovni cilj Zakona o vraćanju imovine treba da bude uspostavljanje imovinske sigurnosti u Srbiji, onda nema drugog načina da se taj važan cilj postigne.

Prilikom odlučivanja o konačnom tekstu Zakona o denacionalizaciji Narodna skupština i predlagači treba da budu svesni da je imovinsko pravo veći to. Svaki pokušaj nasilnog ukidanja svojine zakonom ima samo privremeno dejstvo, kao što se to dogodilo sa zakonima o oduzimanju donetim između 1945 i

1958 godine. Ukoliko se ne postupi državnički i ne donese zakon koji će uspostaviti narušenu imovinsku sigurnost, ceo problem će ponovo vaskrsnuti u budućnosti, a napredak Srbije biće usporen.

PRIMEDBE NA TREĆI PRINCIP

Kao treći ključni princip predlagač nacрта navodi: “uskладiti zakon sa raspoloživim imovinskim i finansijskim resursima naše države, tako da zakon bude primenjiv i da ne ugrožava finansijsku stabilnost zemlje”.

Zvuči mudro i odmereno, a ipak, kao kod Hamleta, prikriva ludost. Zašto bi država kupovala, makar i po najnižoj ceni imovinu koja se nalazi na njenoj teritoriji i koja joj, u krajnjoj liniji, pripada donosi joj poreske prihode i podložna je njenom suverenitetu. Nije funkcija države da otkupljuje imovinu, nego da pravednim zakonima omogući svojim državljanima da bez uznemiravanja i nezvesnosti uživaju u svojoj imovini.

Država posednik, proizvođač i trgovac pripada bankrotiranoj prošlosti. Novac poreskih obveznika država treba da troši na školstvo, zdravstvo, sudstvo i infrastrukturu. Osnovni zadatak države je da uspostavi i čuva unutrašnji i spoljašnji mir. Da bi se unutrašnji mir sačuvao mora da postoji imovinska i pravna sigurnost. Imovinsku sigurnost država sigurno neće postići ako protiv volje vlasnika i po niskoj ceni pokuša da otplati prisilno oduzetu imovinu.

Uostalom, vlasnici ne traže novac, nego povraćaj poseda svoje imovine. U osnovne funkcije države spada da pravedno raspodeli imovinu koja se nalazi na njenoj teritoriji i da svojom silom zaštiti miran posed pravih vlasnika.

Svi znamo da država nema novca, i to jasno proizilazi iz formulacije trećeg principa kada pominje “raspoložive finansijske resurse” i “ugrožavanje finansijske stabilnosti zemlje”, čime država ustvari kaže da nema dovoljno novca da odmah isplati punu vrednost oduzete imovine. Argument da država nema dovoljno novca da izvrši isplatu pune vrednosti oduzete imovine ide u prilog vraćanju imovine u naturalnom obliku. Ako kupac u samoposluzi napuni kolica, pa na kasi nema dovoljno para da plati, on će morati da vrati robu natrag na policu. Zašto bi država bila izuzeta od tog pravila i zadržala imovinu čak i ako nema novca da je plati.

Država ne sme da se ponaša siledžijski, s jedne strane zato što ima ogromnu silu i može da nanese velike štete i nepravde, a s druge strane zato što svojim ponašanjem treba da pruži primer poštenja i čestitosti građanima. Jedino poštena i čestita država ima moralno pravo da od svojih građana zahteva da se

i oni tako ponašaju. Još jedno oduzimanje imovine prikryveno malom naknadom plativom u ratama sledećih dvadeset godina bi potpuno poljuljalo i srušilo veru u državu i njenu pravednost i široko otvorilo Pandorinu kutiju korupcije, siledžijstva i nemoralu.

Istorijski gledano posle oslobodjenja od Turaka Srbija je postigla privredni i finansijski napredak uglavnom zato što je prevladala imovinska i pravna sigurnost. Turcima koji su napuštali Srbiju posle uspostavljanja slobodne srpske države nije oduzimana zemlja i druga imovina niti je to bilo kome Srbinu padalo na pamet. Kada sam počeo da se bavim advokaturom prošle su mi kroz ruke nekolike tapije ispisane na turskom jeziku koje su prodavci Turci predali kupcima Srbima u Beogradu, Smederevu, Jagodini i drugim mestima prilikom sklapanja ugovora o kupovini i prodaji imanja. Da ne govorim o tome da je Srbija bila četvrta zemlja u Evropi koja je donela Gradjanski zakonik ukinut 1945 godine, i zemlja koja je u svome zakonodavstvu imala odredbu: "Imovina Srbina je nepovrediva."

Nemojte da donosimo Zakon o vraćanju imovine zbog ulaska u Evropsku Uniju ili zbog dobronamernih preporuka Amerike. Donesimo pošten i pravedan zakon zbog Srbije i njene budućnosti. Zakon koji neće biti zasnovan na tri ključna principa iz nacarta, nego na tri principa iz Justinijanovog vremena: Pošteno živeti, nikome nauditi, svoje obaveze podmirivati. (*Honeste vivere, neminem ledere, cuiusque suum tribuere*).

PRIMEDBE NA IZUZETKE OD VRAĆANJA IMOVINE

Izuzeci od vraćanja u naturalnom obliku

Izuzeci od vraćanja u naturalnom obliku su suviše široko opredeljeni.

Nepokretnosti koje su po Ustavu i zakonu isključivo u javnoj svojini nikada nisu ni bile u privatnoj svojini u Srbiji, tako da je ova odredba izlišna.

Nepokretnosti koje služe za obavljanje nadležnosti organa javne vlasti, zdravstva, obrazovanja, kulture ili drugih javnih ustanova u najvećem broju slučajeva su bile u državnom vlasništvu. U malobrojnim slučajevima gde su te nepokretnosti bile u privatnoj svojini nema pravog i dovoljno jakog razloga zašto te nepokretnosti ne bi bile vraćene zadužbinama i ostalim vlasnicima. Uz plaćanje primerene zakupnine, rad u tim nepokretnostima bi mogao nesmetano da se nastavi.

Nepokretnosti koje su sastavni deo mreža, objekata ili drugih sredstava koje služe za obavljanje delatnosti javnih preduzeća, ako su ikada bile u privatnoj svojini, mogu biti eksproprisane u skladu sa Ustavom uz plaćanje tržišne naknade. Zašto bi se javna preduzeća koja naplaćuju po komercijalnoj ceni svoje usluge bogatila na račun vlasnika oduzete imovine?

Sto se tiče nepokretnosti čije bi vraćanje bitno narušilo ekonomsku održivost i funkcionalnost u obavljanju delatnosti subjekta, ovde takodje treba primeniti pravila o eksproprijaciji. Ako se radi o delatnosti od javnog značaja onda "subjekt" može otkupiti tu nepokretnost po tržišnoj ceni od vlasnika. Nema razloga da se privatna svojina podređuje bezobalnim kriterijumima "ekonomske održivosti i funkcionalnosti". Ako ne štiti svom silom privatnu svojinu država gubi svoju "održivost i funkcionalnost".

Nema nikakvog razloga zašto nije predviđeno vraćanje nepokretnosti namenjenih za reprezentativne potrebe državnih organa. Ako državni organi žele da nastave korišćenje tih nepokretnosti posle vraćanja vlasnicima oni mogu da zaključe ugovor o zakupu ili da ih kupe. Ovako proizilazi da državni organi mogu da se reprezentuju na tuđoj imovini, što je sramota i za organe i za državu koju reprezentuju.

Nepokretnosti koje služe za smeštaj stranih diplomatsko-konzularnih predstavništava ne bi nikako smele da budu izuzete od vraćanja vlasnicima. Za te nepokretnosti, koje nisu njene, država naplaćuje zakupninu već više od 60 godina. Sada je vreme da se imovina vrati vlasnicima, pa da diplomatsko-konzularna predstavništva plaćaju zakupninu vlasnicima ili je od njih kupe. Ne sme ozbiljna država da izvlači sitnu korist na tuđoj imovini.

Uspostavljanje socijalne pravde ili varvarstvo i pljačka

Kod svih ovih primedbi treba imati u vidu da su komunisti vršili oduzimanje radi uspostavljanja socijalne pravde, kako su je oni shvatali. Onoga časa kada su se komunistički funkcioneri uselili u oduzete vile, kuće i stanove, oduzimanje imovine je postalo obično varvarstvo. Jer varvari su napadali Evropu samo radi pljačke.

Tako je i privatizacija oduzetih privatnih preduzeća obično varvarstvo, jer je i ta imovina oduzimana radi uspostavljanja socijalne pravde i dogod je bila u svojini "naroda" ta pravda, ili bar njen privid, su mogli da se održavaju. Onoga časa kada je država, na osnovu člana 15. Zakona o privatizaciji počela da prodaje imovinu oduzetu od jednih kapitalista drugim kapitalistima, oduzimanje

imovine je takodje postalo obično varvarstvo. Postalo je oduzimanje samo radi pljačke.

Na varvarstvu i pljački ne može da se gradi demokratska evropska država.

Jedino pravo rešenje nasledjenog i sada stvorenog problema je sveobuhvatno vraćanje oduzete imovine pravim vlasnicima.

GRAĐEVINSKO ZEMLJIŠTE

Prema nacrtu nije predmet vraćanja građevinsko zemljište ako su izgrađeni objekti javne namene, odnosno javne površine u skladu sa zakonom, ili je planskim dokumentom predviđena njihova izgradnja.

Ovo zemljište treba svakako vratiti pa provesti postupak eksproprijacije u skladu sa zakonom. Jedino u postupku eksproprijacije može sa sigurnošću da se utvrdi da li su izgrađeni ili planirani objekti javne namene, odnosno javne površine. Direkcija za restituciju nije ni stručna niti nadležna za taj posao. Osim toga vlasnici bi bili oštećeni, prvo zbog arbitrarnosti odlučivanja o tome šta je od javnog interesa, a drugo zbog uskraćivanja tržišne naknade koja im je garantovana Ustavom.

Odredba sa legalizacijom je nejasna. Treba postupiti prema nacrtu Ministarstva finansija iz 2006 godine gde se zemljište uvek vraća vlasniku, a vlasnik može da ga proda ili izda u dugoročni zakup vlasniku objekta.

Dugoročni zakup ne može ukinuti pravo svojine. Ovo pitanje se mora regulisati tako da vlasnik kome se vraća zemljište izdato u dugoročni zakup može (1) prihvatiti obaveze i prava iz dugoročnog zakupa; (2) dati otkaz zakupa po isteku primerenog roka, ili (3) primiti kao naknadu drugo zemljište ili drugu imovinu odgovarajuće vrednosti.

POLJOPRIVREDNO ZEMLJIŠTE

Ne može sistem za navodnjavanje ili odvodnjavanje vredeti više od poljoprivrednog zemljišta. Takodje ni višegodišnji zasad ne može vredeti više od zemljišta. Dakle, u tim slučajevima treba vratiti zemljište vlasniku uz obavezu da plaća naknadu za korišćenje sistema za navodnjavanje ili cenu zasada.

Objekat može biti izgrađen na tuđoj parceli. Više od pola sveta kojim vlada anglosaksonsko pravo poznaje razdvojenu svojinu nad zemljištem i objektom. Nema prepreke da se to uvede u naše pravo, kada je već uvedena ustanova dugoročnog zakupa.

Nerazumljivo je i nema nikakvog razloga da nova parcelacija i obezbeđivanje pristupnog puta ukinu svojinsko pravo. Pravo na pristupni put postoji od Rimskog prava do danas i nikada ono nije imalo jaču snagu od svojine.

Ako je zemljište država prodala, onda treba ili da raskine ugovor o kupoprodaji ili da vlasniku da drugu zemlju iste veličine i kvaliteta.

VRAĆANJE STAMBENIH I POSLOVNIH OBJEKATA

Stambeni i poslovni objekti na kojima je pravo svojine steklo fizičko ili pravno lice treba da budu vraćeni vlasnicima, jer su i prodavac i kupac znali da prodaju i kupuju tuđu imovinu, dakle bili su nesavesni.

NAČIN OBEŠTEĆENJA

Zakonima o oduzimanju iz 1945 godine bilo je predviđeno donošenje posebnih propisa koji će regulisati izdavanje, promet i korišćenje obveznica, pa ti propisi nisu nikada bili doneti. Da bi se znalo šta se nudi vlasnicima kojima imovina ne može da se vrati u naturi treba uporedo sa Zakonom o vraćanju doneti i Zakon o obveznicama. Inače niko neće prihvatiti isplatu u obveznicama koje ne postoje i nisu definisane zakonom.

NAČIN UTVRDJIVANJA OBEŠTEĆENJA

Nejasno je o kakvom se koeficijentu govori. Treba utvrditi koeficijent obeštećenja i maksimalni iznos obeštećenja zajedno sa Zakonom o vraćanju i uneti ih u Zakon. Ako se to ne uradi niko neće pristati da mu se za njegovu imovinu nudi mačka u džaku.

PREDLOG

Da se ne bi doživeo totalni neuspeh sa uspostavljanjem imovinske sigurnosti u Srbiji predlažem da se nacrt Zakona o vraćanju i obeštećenju vrati u fijoku, a za izradu Zakona kao osnov uzme nacrt koji je sačinila radna grupa Ministarstva pravde prema skici Vlade Todorovica 2001 godine.

MIROSLAV LAZIĆ,
NINA PLANOJEVIĆ

SVOJINA I FIDUCIJARNA SVOJINA U NOVOM STVARNOM PRAVU CRNE GORE

U V O D

Većina država nastalih raspadom nekadašnje jugoslovenske federacije donela je nove zakone kojima reguliše oblast stvarnog prava¹, odstupajući od dotadašnje tradicije i rešenja Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa² (ZOSPO) u većoj ili manjoj meri. Predmet naše pažnje u ovom radu biće rešenja nedavno donetog Zakona o svojinsko-pravnim odnosima Crne Gore³ (ZSPO). Pošto Srbija još uvek nije donela nov stvarno-pravni zakon, nadamo se da će naša razmatranja crnogorskih rešenja biti od koristi i pri konačnom oblikovanju stvarnog prava u Srbiji.

U radu će biti analizirana regulativa dva stvarno-pravna instituta iz ZSPO: svojine i fiducijarne svojine. Svojina je najznačajnije stvarno pravo, čije oblikova-

Dr Miroslav Lazić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

Dr Nina Planojević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

Rad je rezultat istraživanja na projektu: "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" (br. 179046), koautora M. Lazića i projekta "21. vek – vek usluga i uslužnog prava" (br. 179012), koautora N. Planojević.

¹ Hrvatska je to učinila 1996, Makedonija 2001, Slovenija 2002, entitet Republika Srpska iz sastava države BIH 2008. i Crna Gora 2009. godine.

² Sl. list SFRJ 6/80, 36/90, 29/96.

³ Sl. list Crne Gore, 19/09.

nje predstavlja zahtevan zadatak za svakog zakonodavca, a zadire u interese svakog pravnog subjekta. Na osnovu načina na koji je svojina uređena može se steći jasna slika o pravnom, ekonomskom, pa i političkom i svakom drugom položaju građana jedne države. Ni razloge za izbor fiducijarne svojine ne moramo posebno obrazložiti – svakom pravniku je poznato koliko je komplikovana struktura ovog instituta i koliko se dilema u vezi njega javlja. Uz to, Crna Gora je jedna od ne tako brojnih država Evrope koje ga zakonski regulišu⁴.

Možda bi jedino trebalo objasniti odakle svojina i fiducijarna svojina zajedno, kao tema istog rada. Premda fiducijarnu svojinu crnogorsko pravo reguliše isključivo kao sredstvo obezbeđenja potraživanja, ta funkcija ne menja njenu prirodu kao specifičnog prava svojine. Iako se radi o pravu koje se od “prave” svojine razlikuje, jer predstavlja uslovno stečeno ili privremeno preneto, zavisno i nepotpuno pravo, sa ograničenim dejstvom i sa funkcionalnim razdvajanjem ekonomskih od pravnih svojinskih ovlašćenja, koja su podeljena između fiducijanta i fiducijara tako da je čak sporno i pitanje u čiju imovinu spada – to pravo je ipak svojina. Zato smo i smatrali da mu je mesto u ovom radu.

SVOJINA

Pojam, sadržina i sticanje

Pojam i sadržina. Iako je uređivanju svojine posvećen najobimniji deo crnogorskog zakona (glava 3), njena regulativa počinje već u glavi 1, među osnovnim odredbama, gde su određeni pojam, sadržina, prostiranje, način vršenja i načelni uslovi pod kojima je moguće oduzimanje svojine. Za razliku od ZOSPO-a, novi crnogorski zakon ne započinje regulativu svojine preciziranjem njene sadržine, već njenim pojmovnim određenjem. Definišući je najpre kao najpotpuniju vlast na stvari, zakonodavac tek potom određuje njenu (pozitivnu i negativnu) sadržinu na standardan način (čl. 6). Iako razgraničenje pojma od sadržine svojine načelno nije stvar zakonodavca već pravne teorije, ne smatramo ga suvišnim. Naprotiv, ovakva regulativa svojine deluje logično i kompletnije; a s pravničke tačke gledišta značajna je zbog povezivanja ove s kasnijim zakonskim odredbama koje regulišu mogućnost ograničenja svojine. Dok je pojam svojine, kao potpuna pripadnost objekta subjektu apstraktan, nepromenljiv i ne može se

⁴ Lihtenštajn, Makedonija, Hrvatska, Slovenija.. Praksa nekih evropskih država poznaje ovaj institut, ali ga zakonski ne regulišu (Nemačka, Austrija, Švajcarska..).

ograničavati (pripadnost ili postoji ili ne postoji); način njenog vršenja se može ograničavati zakonom i to su granice sadržine, a ne pojma svojine⁵.

Način vršenja svojine ZSPO uređuje i postavlja mu granice ne samo zabranom zloupotrebe stvarnih prava (što se činilo i do skora važećim propisima); već, što je posebno važno, i obavezom obzirnog postupanja prema tuđim i opštim interesima pri vršenju svojine, ističući tako u prvi plan njenu društvenu funkciju. ZSPO izričito predviđa da svojina obavezuje (čl. 9). Smatramo da je navedena regulativa u skladu sa savremenim evropskim shvatanjem svojine, čija sadržina zakonom treba da bude tako oblikovana, da obezbeđuje ravnotežu individualnih i društvenih interesa.

Ograničenja svojine zakonodavac određuje u širem smislu, podrazumevajući pod njima ne samo zakonska ograničenja (za koja se dužuje pravična naknada ako ne pogađaju sve vlasnike); već i ona koja nastaju voljom vlasnika. Poenta regulative ovog osetljivog pitanja je da iz odredbe o kojoj je reč jasno proizilazi da ograničenja svojine nikako nisu nešto što se podrazumeva, ali su dopuštena i moraju biti zasnovana ili na zakonskoj odredbi ili na volji vlasnika.

ZSPO, za razliku od prethodnog zakona, određuje i fizički domen prostiranja svojine određenog lica kada su u pitanju nepokretnosti – što će svakako olakšati rešavanje mnogih u praksi spornih situacija. Naime, po ZSPO-u to nije samo površina nepokretnosti, već i prostor iznad i ispod nje.

Sticanje. Što se načina sticanja svojine tiče, ZSPO ih, baš kao i nekadašnji zakon, svrstava u 4 grupe: na osnovu zakona, pravnog posla, nasleđivanjem i odlukom državnog organa. On detaljno reguliše načine sticanja svojine na osnovu zakona i pravnim poslom; i to kako one koje je i ZOSPO regulisao, tako i one koje nije.

1) ZSPO najpre reguliše one *načine sticanja svojine na osnovu zakona*, koje je regulisao i ZOSPO: akumulaciju, odvajanje plodova, okupaciju, građenje na tuđem zemljištu (svojim materijalom), sjedinjenje, sticanje svojine od nevlasnika i održaj. Suštinski, ove regulative se ne razlikuju, mada je crnogorski zakonodavac popunio većinu pravnih praznina koje su nekadašnji propisi sadržali, a na koje su pravna teorija i praksa ukazivale. To popunjavanje je izvršeno uglavnom po uzoru na rešenja nekadašnjih nacрта Zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima republika Srbije i Crne Gore iz osamdesetih godina⁶. Tako su recimo poslednja tri navedena načina sticanja dopunjena odredbom koja reguliše

⁵ Videti: D. Stojanović, Pravo svojine u Evropskoj ekonomskoj zajednici, Pravni život, 11–12, Beograd, 1991.

⁶ Tekst nacrtu koji je korišćen objavljen je u zajedničkom glasilu Skupštine SR Srbije i Skupštine SFRJ za delegacije i delegate, Skupštinskom pregledu br. 199, Beograd, 4. 12. 1981.

sudbinu prava trećih lica na stečenim stvarima; čineći ih kod održaja zavisnim od teretnosti, a zatim savesnosti; a kod pribavljanja od nevlasnika od savesnosti sticanja – što smatramo adekvatnim rešenjima. Kod sjedinjenja i prerade prava trećih lica prelaze na novu stvar.

Kod održaja novom regulativom popunjena je i pravna praznina oko načina uračunavanja vremena prethodnika, ako su njegova i državina sadašnjeg držaoca bile podobne za različite vrste održaja (srazmerno dužini zakonskih rokova za tu vrstu održaja)⁷ – što smatramo rešenjem komplikovanim za primenu, ali svakako boljim od praznine.

Najznačajnije dopune u odnosu na nekadašnju regulativu učinjene su kod prerade, koja je nekadašnjim zakonom bila nepotpuno regulisana i kao takva dosta kritikovana, tako da su ZSPO-om precizno i jasno regulisane sve opcije u vezi savesnosti i nesavesnosti preradioca i vlasnika materijala (čl. 31–35).

Pored toga, crnogorski zakonodavac dopunjava nekadašnju regulativu građenja na tuđem zemljištu svojim materijalom, regulisanjem situacije kada su oba lica nesavesna; kao i regulisanjem ZOSPO-om neregulisanih situacija: građenje na svom zemljištu svojim i tuđim materijalom; građenje na tuđem zemljištu materijalom trećeg; građenje kojim se delimično zahvata susedna parcela; i dugogodišnje zasade na tuđem zemljištu. Kao uzor za ovu regulativu takođe su poslužila rešenja već pomenutih nacрта republičkih Zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima iz osamdesetih godina⁸.

ZSPO reguliše i načine koji nisu bili regulisani ZOSOP-om, kao što su: sađenje i sejanje na svom i tuđem zemljištu; sticanje svojine na otrgnutom komadu zemlje; nanosu; pomerenom i napuštenom rečnom toku; novom rečnom ostrvu i roju pčela. Izostala je, rekli bismo, jedino regulativa svojinskih odnosa kod odrona zemlje. Regulativa o kojoj je reč je vrlo detaljna, a njenu sadržinu ćemo upućenom čitaocu najbolje približiti ako kažemo da se ona takođe podudara sa sadržinom rešenja nekadašnjih nacрта Zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima Srbije i Crne Gore⁹. Rešenja ovih nacрта se pak uglavnom oslanjaju na izbor iz različitih predratnih rešenja, koja su osavremenjena i dopunjena, a neka i iznova formulisana – tako da je jugoslovensko predratno pravo zapravo osnova za regulisanje načina sticanja svojine o kojima je reč i ZSPO-om i načelno je smatramo prikladnom.

⁷ Videti čl. 57 ZOSPO. Više: O. Stanković – M. Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1994, str. 94.

⁸ Videti čl. 41–51 ZOSPO i čl. 65–75 nekadašnjeg nacрта Zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima Srbije.

⁹ Videti čl. 64–83 ZOSPO i čl. 89–107 nekadašnjeg nacрта Zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima Srbije.

Na isti način kao i nekadašnji nacrti republičkih Zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima, ZSPO reguliše i nalaz tuđe stvari i skrivenog blaga, na kojima nalazač ne stiče svojinu, već samo pravo na nalazačku nagradu. Regulatoru smatramo adekvatnom, a njen očigledni cilj je da unapred propisanom visinom nagrade demotiviše nalazače da stvari o kojima je reč zadrže za sebe, posebno kod nalaza skrivenog blaga, gde je i visina te nagrade veća¹⁰.

2) Kod sticanja *na osnovu pravnog posla sa prethodnim vlasnikom* ZSPO je, u poređenju sa nekadašnjim zakonom, učinio najveće izmene. One se odnose na *višestruka otuđenja iste stvari*, u kom slučaju ZSPO predviđa da svojinu stiče lice kome je stvar predana, ali samo ukoliko je bilo savesno¹¹ – što je uslov koji ZOSPO nije tražio, iako je ovu zakonsku odredbu pravna teorija tumačila na različite načine¹². Mi smo mišljenja da savesnost ne treba da figurira kao uslov za sticanje svojine od vlasnika, nezavisno od toga da li je u pitanju “obično” ili višestruko otuđenje pokretnosti, već da u oba slučaja uslovi treba da budu isti – pravni posao i predaja stvari odgovarajućih osobina. Kada stvar još nije predana ni jednom od lica sa kojima je zaključen ugovor, pravo da zahteva predaju ima prvi ugovarač, ako je savestan – novo je rešenje ZSPO-a koje smatramo adekvatnim.

ZSPO reguliše i sudbinu prava trećih lica na pokretnostima stečenim od vlasnika, vezujući je za teretnost i savesnost sticanja, što smatramo adekvatnim i pravičnim rešenjem.

ZSPO postavlja i pravila (koja prethodni zakon, kao ni nacrt Zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima Srbije nisu sadržali) o tome ko će steći svojinu u slučaju *višestrukog otuđenja nepokretnosti*. Po slovu zakona, prednost će imati savesno lice, koje je ranije zaključilo pravni posao sticanja, ukoliko ni jedan od višestrukih sticalaca nema ni državinu stvari, niti se kao vlasnik upisao u katastar nepokretnosti. Ukoliko se jedan od njih upisao u katastar nepokretnosti kao vlasnik – on će steći svojinu ukoliko je bio savestan, rekli bismo nezavisno od toga da li neko od ostalih višestrukih sticalaca ima ili nema državinu stvari. Ukoliko je više lica zaključilo pravni posao sticanja, a niko se nije upisao u katastar nepokretnosti – prednost pri sticanju svojine imaće držalac nepokretnosti, pri čemu ZSPO za njega ne postavlja savesnost kao uslov. Iako se savesnost dr-

¹⁰ Za nalaz tuđe stvari nagrada je 15%, a za nalaz skrivenog blaga 25% vrednosti stvari. Za nalaz kulturnog dobra nalazač ima pravo na pravičnu nagradu. Nagrada se izuzetno može smanjiti odlukom suda do 8% vrednosti. Videti čl. 92–105 ZSPO.

¹¹ Reč je o rešenju koje je bilo predviđeno i Opštim imovinskim zakonikom za Crnu Goru.

¹² D. Stojanović (Stvarno pravo, Beograd, 1980, str. 169–170) smatra da će svojinu steći lice kome je stvar prvom predana nezavisno od toga da li je bilo savesno u pogledu činjenice višestrukog otuđenja. Suprotno tumačenje odredbe o kojoj je reč daju: O. Stanković – M. Orlić, Stvarno pravo, Beograd, 1996, str. 66.

žaoća pretpostavlja, mišljenja smo da je ovaj uslov trebalo propisati¹³, jer se ova pretpostavka može i obarati. Ukoliko se to dogodi, prema zakonskoj formulaciji o kojoj je reč ispada da će prednost pri zahtevanju upisa i tada imati držalac – jer se njegova savesnost ne traži. Navedeno rešenje ZSPO-a je u skladu sa stavom sudske prakse koja se formirala u toku primene prethodnog zakona¹⁴, koji nije sadržavao odredbe o kojima je reč, s tim što je sudska praksa izričito zahtevala i savesnost držaoća nepokretnosti da bi on dobio prednost pri traženju uknjižbe.

Zaštita svojine

Zaštitu svojine novi crnogorski zakon reguliše po uzoru na regulativu ZOSPO-a, ponegde je dopunjavajući ili korigujući u skladu sa primedbama i predlozima koji su u toku dugogodišnje primene ovog zakona dolazili iz sudske prakse i pravne teorije na pojedina njegova rešenja. U vezi određenih pitanja su kao uzor za izradu odredbi novog zakona služila i rešenja nekadašnjih nacrti republičkih Zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima. ZSPO poznaje tri svojinske tužbe: reivindikacionu, publicijansku i negatornu.

Reivindikaciona tužba. Sadržinski, tužbu za povraćaj stvari koja je vlasniku oduzeta, ZSPO reguliše na identičan način kao i ZOSPO (cilj i uslove tužbe, činjenice koje vlasnik dokazuje, njegove zahteve prema savesnom i nesavesnom držaoću, njihove protivzahteve prema vlasniku itd.). To je i razumljivo, s obzirom da je nekadašnja regulativa manje–više bila adekvatna. Interesantno je, međutim, da ZSPO preuzima čak i specifične jezičke formulacije koje je ZOSPO koristio, od kojih neke i nisu bile idealno odabrane, pa su ili stvarale nedoumice ili bar skretale pažnju svojom terminološkom neusklađenošću¹⁵.

¹³ Odredbu o kojoj je reč Z. Rašović (Komentar Zakona o svojinsko-pravnim odnosima, Podgorica, 2009, str. 470 i dr.) tumači kao da je uslov savesnosti držaoća propisan.

¹⁴ Videti Zaključak sa savetovanja građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, koje je održano maja 1986, a objavljeno u Biltenu sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br. 3/87.

¹⁵ Jedna od takvih formulacija tiče se obaveze vlasnika da držaoću nadoknadi nužne troškove: savesnom – nužne troškove “za održavanje stvari”; a nesavesnom – nužne troškove “koje bi imao i vlasnik da se stvar nalazila kod njega” (videti: čl. 38, st. 3 i čl. 39, st. 4 ZOSPO-a; i čl. 115, st. 1 i 2 ZSPO-a.). Navedene razlike u jezičkoj formulaciji stvaraju utisak da ove dve kategorije držalaca imaju pravo na naknadu nužnih troškova u različitom obimu, iako nije tako. Slična je situacija i sa preuzimanjem jezičke formulacije ZOSPO-a u vezi držaoćevog *ius tollendi*, kada su u pitanju ulaganja radi ulepšavanja stvari, tj. luksuzni troškovi.

Po mišljenju nekih pravnih pisaca posebno je nejasna formulacija nekadašnjeg ZOSPO-a u vezi pitanja da li savesni držalac ima ili nema pravo na naknadu luksuznih troškova; a crnogorski zakonodavac, preuzimajući je, nije iskoristio priliku da otkloni tu nedoumicu¹⁶. Po jednima¹⁷, pravo savesnog držaoca na naknadu ovih troškova je samo prividno, jer su oni zapravo mešovitog karaktera, tj. delimično se poklapaju sa korisnim. Drugi autori¹⁸, ne obrazlažući posebno svoje tumačenje odredbe o kojoj je reč, navode kako savesni držalac ima pravo na naknadu luksuznih troškova. Po našem mišljenju, odredba o kojoj je reč je mogla biti ne samo novom formulacijom pojašnjena, već i dopunjena po ugledu na neka strana rešenja¹⁹, priznavanjem prava vlasniku da otkupi od držaoca stvar kojom je učinjeno ulepšavanje njegove stvari, čak i kada držalac želi i može da izvrši njeno odvajanje. Ako ne u odnosu na savesnog, onda bi vlasniku ovo pravo trebalo priznati bar u odnosu na nesavesnog držaoca.

Moramo primetiti da je crnogorski zakonodavac preuzeo još jedno, u jugoslovenskoj pravnoj teoriji s pravom kritikovano rešenje ZOSPO-a²⁰. Po njemu, vlasnik koji je dobio reivindikacioni spor, ima pravo na dva zahteva prema nesavesnom držaocu u vezi plodova stvari: zahtev za *predaju* ubranih plodova (koji se, dakle, nalaze kod njega in natura) i zahtev za *nadoknadu vrednosti* ostalih plodova (onih koji ne egzistiraju in natura) – s tim što oba prava zastarevaju u istom, trogodišnjem roku²¹. S obzirom da se radi o dva prava čija je priroda različita, slažemo se s mišljenjima da je mogućnost zastarevanja prihvatljiva samo za pravo vlasnika da zahteva naknadu vrednosti plodova koji više ne postoje in natura, jer je ono obligacione prirode. Pravo vlasnika da zahteva predaju postojećih plodova proizilazi iz stvarnog, apsolutnog prava koje on ima na njima – svojine, pa za podnošenje tužbe za njihov povraćaj ne bi trebalo da postoji rok zastarelosti (i ta tužba je reivindikaciona – ako su ispunjeni i ostali uslovi za njeno podnošenje, pre svega da je stvar o kojoj se radi individualno određena). Naime, nesavesni držalac momentom odvajanja plodova po ZSPO – u (kao ni po

¹⁶ Da navedena odredba stvara određene nedoumice smatra i Z. Rašović, Komentar Zakona o svojinsko – pravnim odnosima, Podgorica, 2009, str. 581.

¹⁷ O. Stanković – M. Orlić, Stvarno pravo, Beograd, 1994, str. 136, fusnota 367.

¹⁸ R. Kovačević Kuštrimović – M. Lazić, Stvarno pravo, Niš, 2003, str. 174; D. Stojanović, Stvarno pravo, Beograd, 1980, str. 183.

¹⁹ Videti npr. čl. 939 Švajcarskog građanskog zakonika. Po nekim mišljenjima ovo je svaka-moguće, ali samo ukoliko bi vršenje prava na odvajanje značilo zloupotrebu tog prava, ali ne i u ostalim situacijama, za šta se mi zalažemo (D. Stojanović, Stvarno pravo, Beograd, 1980, str. 183–184).

²⁰ Više o tome: D. Stojanović, Stvarno pravo, Beograd, 1980, str. 184.

²¹ Čl. 122, st. 1 ZSPO-a; i čl. 40, st. 1 ZOSPO-a.

ZOSPO – u) ne može postati njihov vlasnik²², pa su oni u svojini tužioca – vlasnika plodonosne stvari.

Naša poslednja primedba odnosi se na nešto što nam izgleda kao previd zakonodavca, a to je duplo regulisanje istog pitanja – zastarelosti potraživanja držaoca prema vlasniku na naknadu nužnih i korisnih troškova. Ono je najpre regulisano čl. 119, po kome je rok zastarelosti tih zahteva 3 godine, bez naznake o kakvom se držaocu radi – savesnom ili nesavesnom, iz čega se zaključuje da se ovaj član odnosi na oba. U čl. 122, st. 2, zakon opet određuje isti rok zastarelosti za ista potraživanja kao i u čl. 119, ali ovoga puta sa naznakom da je reč o nesavesnom držaocu.

Publicijanska tužba. Najznačajniju dopunu nekadašnjih rešenja ZSPO je učinio u vezi *publicijanske tužbe* (čl. 123–125). Uzimajući u obzir zapažanja i sugestije iz pravne teorije²³, zakonodavac reguliše ne samo ko ima prednost u situaciji kada se “sukobljavaju” savesne, zakonite i nemanljive državine tužioca i tuženog (dakle podobne za redovni održaj); već i ZOSPO-om neregulisanu situaciju sukoba samo savesnih državina (dakle podobnih za vanredni održaj)²⁴. Pravila o tome ko odnosi pobeđu u sporu su ista: ako su državine istog kvaliteta – pobeđuje teretni sticalac; a ako tu nema razlike – sadašnji držalac. ZSPO, kao ni ZOSPO, nije regulisao situaciju kada nesavesni držalac podiže tužbu o kojoj je reč prema takođe nesavesnom držaocu i da li i tada treba primeniti pravila o poređenju pravnih osnova u smislu njihove teretnosti.

Što se terminologije tiče, smatramo da nije trebalo u okviru istog člana (čl. 123) u prvom stavu govoriti o savesnoj, zakonitoj i nemanljivoj državini tužioca i tuženog; a u narednom stavu o državini podobnoj za sticanje svojine vanrednim održajem. Trebalo je postupiti terminološki dosledno, pa i u drugom stavu govoriti o državini kroz navođenje njenih kvaliteta (ovoga puta samo o savesnoj državini); ili i u prvom stavu istog člana govoriti o državini podobnoj za sticanje svojine redovnim održajem. Po nama, prva terminološka opcija bi bila bolja; a termin održaj bi trebalo ostaviti tamo gde mu je i mesto – među načini-ma sticanja svojine.

ZSPO je sintagmu “pretpostavljeni vlasnik”, koju za tužioca koristi ZOSPO, zamenio izrazom “svojinski držalac”, što smatramo prikladnim. Dopuna rešenja ZOSPO-a se sastoji i u tome što crnogorski zakonodavac za publicijansku tužbu predviđa analognu primenu odredbi u vezi reivindikacione tužbe, a koje

²² Videti čl. 27 ZOSPO-a i čl. 52 ZSPO-a.

²³ O tome više: O. Stanković – M. Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1994, str. 140.

²⁴ Identičnu regulativu sadrži i nacrt Zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima Srbije iz 1981 (videti čl. 148, st. 2).

se tiču potraživanja plodova i troškova oko stvari, što smatramo adekvatnim (čl. 125); ali ne i odredbi o naknadi štete i naknadi za korišćenje stvari, što je trebalo učiniti²⁵.

Negatorna tužba. Regulatorna negatorne tužbe ZSPO-om, koju pored vlasnika može koristiti i svojinski držalac, značajnije je dopunjena u odnosu na ranije propise uvođenjem pretpostavki savesnosti i zakonitosti tužiočeve državine²⁶ (čl. 126). Dok pretpostavka savesnosti važi za svakog držaoca (čl. 390, st. 2), pa i onog koji je u ulozi podnosioca negatorne tužbe; značajna novina je pretpostavka zakonitosti njegove državine – što je tužilac morao dokazivati po ranijim propisima. Ovo rešenje popravljaja položaj tužioca u parnici, jer prebacuje teret dokazivanja suprotnih činjenica na tuženog.

ZSPO propisuje izričito i obavezu tuženog da dokaže pravo na vršenje radnje koju vlasnik (ili svojinski držalac) kvalifikuje kao ometanje (čl. 127, st. 1), što i nije bilo nužno, jer se podrazumeva da svako dokazuje svoje tvrdnje; navodeći da je za nepokretnosti upis u javne knjige dokaz o postojanju prava tuženog o kome je reč (čl. 127, st. 2). Formulaciju ovog stava ne smatramo baš najsrećnije izabranom, jer iz nje nije sasvim jasno da li je upis jedini dokaz o postojanju prava tuženog ili ne. Naime, ovlašćenje tuženog može proizilaziti i iz prava koja se ne upisuju u javne knjige (obligaciona, susedska prava..).

Konačno, u vezi zaštite zajedničke svojine zadržana je dosta kritikovana formulacija ZOSPO-a²⁷ po kojoj “zajednički vlasnik ima pravo na tužbu za zaštitu prava svojine na cijeloj stvari” (čl. 130, st. 1).

Oblici svojine više lica na istoj stvari

ZSPO, baš kao i raniji propisi, poznaje tri oblika svojine više lica na istoj stvari: susvojinu, zajedničku i etažnu svojinu. Za razliku od ranijih propisa, koji su detaljno regulisali samo susvojinu, ZSPO reguliše i ostale modalitete svojine.

²⁵ U pravnoj teoriji se ne pravi razlika kakvu pravi ZSPO, već se smatra da sva pravila koja se odnose na zahteve vlasnika i protiv-zahteve držalaca, koja važe za reivindikacionu tužbu, treba primeniti i na publicijansku (videti npr. R. Kovačević Kuštrimović – M. Lazić, *Stvarno pravo*, Niš, 2004, str. 178).

²⁶ Identično rešenje sadržao je i nacrt Zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima Srbije iz 1981. (čl. 151, st. 2).

²⁷ D. Stojanović, *Stvarno pravo*, Beograd, 1980, str. 192; Z. Rašović, *Komentar Zakona o svojinsko – pravnim odnosima*, Podgorica, 2009, str. 647–648.

Susvojina. – Susvojina je ZSPO-om regulisana detaljno, sa preko 20 članova (čl. 131 – 152); i to preuzimanjem odredbi ZOSPO-a, uz njihovo dopunjavanje. Najveći broj dopuna nekadašnjih propisa odnosi se na upravljanje i deobu suvlasničke stvari, pa ćemo stoga uglavnom njih i komentarisati.

Regulativa *upravljanja* suvlasničkom stvari ranijim propisima imala je najviše praznina, pa je najviše i dopunjena. To se prvenstveno odnosi na regulativu položaja upravnika, koji se postavlja posebnim aktom, koji uređuje njegova prava i obaveze i koji ima pravo na naknadu za rad. On je nalogoprimac suvlasnika, o čijem se imenovanju odlučuje većinom potrebnom za donošenje odluka o redovnom upravljanju, a ukoliko to nije moguće – suvlasnici se mogu obratiti sudu. Iako naknada treba da posluži kao motivacija upravniku za bolje obavljanje poslova, ovu mogućnost, ipak smatramo preteranom, posebno ukoliko nema mnogo suvlasnika, a upravnik je jedan od njih. Zakonodavac to ne predviđa izričito, ali smatramo dopustivim da to bude i lice van suvlasničke zajednice; a možda i da ovaj organ upravljanja bude kolektivan, zavisno od okolnosti. Za tu situaciju u ZSPO-u nedostaju pravila o načinu odlučivanja ovakvog upravnika²⁸.

Korisnim smatramo i novine kao što su: predviđanje prava za svakog suvlasnika da bude informisan o upravljanju, čak i kada ne učestvuje u njemu; da i bez saglasnosti ostalih preduzme neophodne i hitne poslove za očuvanje stvari; da zahteva polaganje računa u svako doba; da se obrati sudu čak i kada je neka odluka o redovnom upravljanju doneta potrebnom većinom, ako posao o kome je reč može prouzrokovati štetu nekom od suvlasnika; da traži obezbeđenje za buduću štetu (u vidu jemstva ili zaloge) čak i kada je odluku o poslu upravljanja, protiv koje je on bio, doneo sud. Sve su ovo nova rešenja čiji je cilj zaštita interesa pojedinih suvlasnika, uglavnom od negativnih posledica većinskog odlučivanja. Adekvatnim smatramo i uvođenje sledećih pretpostavki: da se svaki posao u sumnji smatra redovnim upravljanjem; da se lice kome je poverena državina stvari smatra upravnikom; kao i mogućnosti, da se usled nedostatka jednoglasnosti oko vanrednog upravljanja suvlasnici mogu obratiti sudu, a ne kao do sada biti primorani na traženje deobe.

U vezi *deobe* suvlasničke stvari, suvlasnici mogu jednoglasno odlučiti o privremenom odricanju od prava na deobu, što će važiti i za savesne sukcesore suvlasnika koji su udeo stekli teretno; ali ne i za lične poverioce suvlasnika, što treba da spreči eventualne zloupotrebe. Broj načina *sudske deobe* koji se dopuštaju i regulišu je povećan u odnosu na ZOSPO, pa su pored fizičke i civilne uređeni i detalji deobe na način da stvar pripadne jednom suvlasniku (uz kori-

²⁸ O ovim pitanjima bilo je dosta rasprava u pravnoj teoriji i praksi. Videti npr. kod: O. Stanković – M. Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1994, str. 155.

sno rešenje o zakonskom založnom pravu ostalih suvlasnika do isplate vrednosti njihovih delova); deoba kada to zahteva suvlasnik čiji je deo neznan; kao i deoba kada susvojina postoji na više stvari. Ovu regulativu načelno smatramo prikladnom.

Kao primerenu izdvojili bismo i odredbu ZSPO-a, koja u korist suvlasnika predviđa pravo preče kupovine suvlasničkog dela, ne prepuštajući to posebnim zakonima – što je rešenje, za koje je u pravnoj teoriji bilo dosta zalaganja²⁹.

Zajednička svojina. – Iako pojedine oblike zajedničke svojine po prirodi stvari moraju regulisati posebni zakoni, ona ipak u zakonu koji reguliše svojinske odnose ne može biti samo pojmovno određena, kao što je to činio ZOSPO, jer je njen značaj veliki samim tim što predstavlja svakodnevicu za ljude koji žive u bračnim, porodičnim ili vanbračnim zajednicama.

Crnogorski zakonodavac je to ispravno procenio, pa zajedničku svojinu i sadržinski i po obimu uređuje na način koji smatramo primerenim, a u regulativi nema nekih posebnosti. Njen pojam, sadržina, upravljanje, mogućnost deobe i analogna primena pravila o susvojini uređeni su na standardan način. Kao prikladno posebno izdvajamo rešenje po kome je i poveriocima dodeljeno pravo da zahtevaju utvrđivanje udela zajedničara – u cilju popravljanja položaja ovih lica i sprečavanja zloupotreba.

Etažna svojina. – Etažna svojina u Crnoj Gori regulisana je detaljno i to u dva zakonska teksta. Jedan od njih je ZSPO; a drugi je Zakon o etažnoj svojini iz 2004. (ZES)³⁰, koji uglavnom reguliše održavanje etažnih zgrada. Iako i zakonodavci nekih drugih država slično postupaju³¹, mišljenja smo da je logičnije bilo da se sve odredbe o etažnoj svojini nađu u okviru istog zakona, ZSPO-a, zato što i obaveza održavanja posebnih i zajedničkih delova zgrada čini sadržinu etažne svojine. Ostale odredbe ZES uglavnom su preuzete ZSPO-om.

Za razliku od nekih država bivših jugoslovenskih republika³², koje su preuzele dualistički koncept germanskog tipa, ZSPO etažnu svojinu oblikuje u skladu sa dualističkom konceptom romanskog tipa. On stoga etažnu svojinu uređuje

²⁹ O tome više: O. Stanković–M. Orlić, nav. delo, str. 146–149; D. Stojanović, nav. delo, strana 129.

³⁰ Sl. list RCG 71/04, 13/07, 47/08, 19/09.

³¹ Takav je slučaj npr. u Sloveniji, entitetu Republika Srpska, a verovatno će tako biti i u Srbiji, ukoliko bude usvojen nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, koji u okviru odredbi o etažnoj svojini ne reguliše detaljnije materiju održavanja zgrada u etažnosvojinskom pravnom režimu.

³² Hrvatska, entitet Republika Srpska.

je kao zbir dva prava koja pripadaju svakom etažnom vlasniku: prava svojine³³ na posebnom delu i zajedničke nedeljive svojine na zajedničkim delovima zgrade i zemljištu – pri čemu je zajednička svojina akcesorno pravo. Specifičnost ovog rešenja u odnosu na rešenja ostalih evropskih država koje prihvataju romansku varijantu je zajednička svojina umesto susvojine na zajedničkim delovima zgrade.

Pored sadržine etažne svojine, koju uređuje na standardan način, ZSPO detaljno uređuje objekat i upravljanje zgradom. U vezi objekta izdvajamo rešenje po kome broj i vrsta posebnih delova zgrade nisu ograničeni (kao npr. u ZOSPO³⁴) – što je prikladno rešenje koje vodi računa o potrebama prakse. U vezi upravljanja, koje je iscrpno regulisano, izdvojili bismo rešenje, ne tako često u Evropi³⁵, a to je da zgrada u Crnoj Gori ima svojstvo pravnog lica. Ovo rešenje smatramo adekvatnim, jer olakšava vršenje poslova upravljanja, a naročito najvažnijeg od njih – održavanja zgrade, jer svako radije posluje sa pravnim licem, nego sa skupom zajedničara.

Adekvatnim smatramo i detaljnu regulativu mogućnosti nadogradnje zgrade i pretvaranja zajedničkih delova u posebne, jer je to u praksi ekonomičan i čest način dolaženja do stanova. Jedino smo mišljenja da nije bilo nužno ZSPO-om favorizovati državu u odnosu na ostale zainteresovane subjekte priznavanjem njenim organima prava preče kupovine dela za nadogradnju ukoliko etažni vlasnici ne žele da je vrše; odnosno prava na eksproprijaciju tih delova ukoliko u predviđenom roku vlasnici ne izvrše nadogradnju ili adaptaciju o kojoj je reč.

Nepotpunom, međutim, smatramo regulativu ZSPO-a koja se tiče situacije nakon propasti zgrade, a koja je fokusirana samo na postavljanje kriterijuma za raspodelu preostalog građevinskog materijala i zemljišta. ZSPO ova pitanja reguliše poput nekadašnjeg Zakona o svojini na delovima zgrada³⁶, čija su rešenja u pravnoj teoriji bila dosta kritikovana³⁷. Ovakva “jednosmerna” regulativa nije u skladu ni sa potrebama prakse, ni sa evropskim rešenjima, koja akcenat stavljaju na uređivanje međusobnih odnosa etažnih vlasnika u cilju obnavljanja zgrade, naročito ako je ona delimično propala. Na taj način se favorizuje opci-

³³ Zajedničke svojine ili susvojine u određenim situacijama.

³⁴ Čl. 19 ZOSPO-a poznaje samo 4 kategorije posebnih delova: stanove, poslovne prostorije, garaže i garažna mesta; a ZSPO još i: posebne podrumne i potkrovlja, kao i druge delove (čl. 165).

³⁵ Navedeno rešenje postoji npr. i u francuskom i srpskom pravu.

³⁶ Sl. list SFRJ 43/65, 57/65, Sl. glasnik SRS 51/71, 52/73, 29/73, 33/96.

³⁷ Videti: Z. Stefanović, Etažna svojina, magistarski rad odbranjen na Pravnom fakultetu u Beogradu 1992; N. Planojević, Propast zgrade po nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima i u uporednom pravu, Pravni život, br. 11, Beograd, 2009.

ja, koja je za državu i društvo neuporedivo korisnija od prestanka zgrade i podele vrednosti njenih ostataka. Svakako da i u Crnoj Gori vlasnici mogu doneti odluku o obnavljanju zgrade, ali nedostaju pravila o njihovim međusobnim odnosima.

Takođe, neprikladnom smatramo odredbu ZSPO-a o pravu svakog etažnog vlasnika da se podnošenjem zahteva upravniku oslobodi odgovornosti, ukoliko zgrada protiv njegove volje donese odluku o pokretanju spora pred sudom, a on se završi neuspehom (čl. 192). Na prvi pogled može izgledati da je cilj ovog rešenja da zaštiti pojedine vlasnike od neželjenih posledica većinskog odlučivanja. Ali, mi moramo primetiti da se i ostale, ne manje važne odluke donose većinski, pa pojedincima nije data mogućnost da "izdvoje mišljenje" i oslobode se negativnih posledica ako je odluka bila pogrešna.

FIDUCIJARNA SVOJINA

Pojam. – Fiducijarni posao je složen pravni posao koji se sastoji iz ugovora o prenosu prava svojine i ugovora o ograničenju prenetog prava. Kod ovog posla fiducijar pravno može više nego što ekonomski sme. Fiducijarni ugovori su zasnovani na poverenju (*fiducia, fides*), jer postoji rizik da fiducijar prenese svojину na treće lice, kao i rizik u slučaju stečaja fiducijanta, odnosno fiducijara.³⁸

Po ZSPO, fiducijarna svojina je uslovno stečeno pravo svojine na pokretnoj ili nepokretnoj stvari, koje ovlašćuje poverioca da pre ostalih poverilaca naplati svoje dospelo potraživanje, bez obzira kod koga se stvar nalazi (čl. 14 ZSPO). Navedena definicija, pored prirode instituta o kome je reč, određuje i njegovu funkciju – sredstvo obezbeđenja. ZSPO, međutim, mestom koje joj u zakonskom tekstu dodeljuje pokazuje nedoslednost i stvara mogućnost zabune oko prirode fiducijarne svojine. Najpre je čl. 14 glave 1 tretira kao "uslovnu"³⁹ svojinu i stvarno pravo različito od službenosti i založnih prava; a zatim je reguliše u okviru glave 10,

³⁸ Opširnije, D. Arandelović, O fiducijarnim poslovima, Arhiv, 5–6/1926, A. Gams, Nešto o fiducijarnim pravnim poslovima, Anali, 1–2/1960, D. Stojanović, Prenošenje prava svojine u cilju obezbeđenja kredita, Pravni život, Beograd, 5–6/1993; N. Tešić, Fiducijarni prenos svojine radi obezbeđenja, Pravni život, Beograd, 10/2002.

³⁹ ZSPO se ne izjašnjava o kojoj je vrsti uslova reč, poput nemačkog zakonodavca koji taj uslov tretira kao raskidni. Regulišući prestanak fiducijarne svojine, ZSPO i ne pominje nastupanje raskidnog uslova (isplata duga) kao razloga za prestanak fiducijarne svojine poverioca, već govori o njenom automatskom prestanku u tom slučaju, što će dalje u radu biti komentarisano. Više o tome: Z. Rašović, cit. Komentar ZSPO, str. 1820.

pod nazivom “Založno pravo”. Tako se čini da zakonodavac nije mogao da se odluči oko toga šta je zapravo fiducijarna svojina.

Po većinskom stavu sa kojim se slažemo, reč je o svojini specifičnog karaktera, o svojini sui generis, nezavisno od funkcije koja joj je u određenom pravnom sistemu dodeljena – pa makar to bila i funkcija obezbeđenja potraživanja kao u crnogorskom pravu – pa smo mišljenja da je njenoj regulativi svakako trebalo posvetiti posebnu glavu ZSPO-a. Što se tiče njenog položaja, ona bi mogla doći odmah posle založnog prava, upravo zato što se ta svojina u crnogorskom pravu koristi kao sredstvo obezbeđenja potraživanja. Sadržinski, ZSPO regulativu fiducijarne svojine u potpunosti preuzima iz Zakona o fiducijarnom prenosu prava svojine iz 1996⁴⁰.

Predmet i načela. – *Objekat* fiducijarne svojine po ZSPO mogu biti kako pokretne, tako i nepokretne stvari, što smatramo adekvatnim rešenjem, iako nepokretnosti nisu kao objekt prihvaćene u svim državama koje poznaju fiducijarnu svojinu⁴¹. Prenos prava svojine se mora odnositi na celu stvar, njene plodove dok su neodvojeni i na druge sastavne delove i pripatke (čl. 359).

U pogledu *načela*, zakonodavac je predvideo i za fiducijarnu svojinu, kao i kod zaloge, ista načela: načelo specijalnosti (npr. u slučaju zalaganja robnog lagersa neophodno je ugovorno određenje minimuma količine robe u lageru – čl. 359, 360 ZSPO); načelo nedeljivosti (čl. 359), načelo ekstenzivnosti (čl. 357). Takođe, definišući pojam ugovora o fiducijarnom prenosu svojine, ZSPO navodi kako on nastaje “radi obezbeđenja naplate potraživanja” (čl. 353), što upućuje na zaključak da se radi o akcesornom obliku obezbeđenja.⁴²

Nastanak. – Regulišući *titulus nastanka* fiducijarne svojine zakonodavac je, čini se suviše, dva puta odredio pojam ugovora o fiducijarnom prenosu svojine, najpre na pokretnim (čl. 353, st. 1), a zatim i na nepokretnim stvarima (čl. 353, st. 2) i to na identičan način. U oba slučaja poverilac se, između ostalog, obavezuje da po naplati potraživanja obezbedi dužniku nesmetano vršenje prava svojine (čl. 353). Ugovor o fiducijarnom prenosu svojine mora biti zaključen u pisanoj formi, i za pokretne i za nepokretne stvari, s tim što za nepokretnosti ugovor mora

⁴⁰ Zakon o fiducijarnom prenosu prava svojine, Službeni list RCG 23/1996. Opširnije, Z. P. Rašović, *Stvarno pravo*, Podgorica, 2010, str.559.

⁴¹ V., Lj. Đurović, *Ugovor o fiducijarnom prenosu svojine*, *Pravni život*, Beograd, 10/1998, str. 816 i dr.

⁴² Ipak, u crnogorskoj pravnoj teoriji je opravdano ukazano da “akcesornost fiducijarne svojine ne treba shvatiti u apsolutnom smislu. U odnosu na obezbeđeno potraživanje ona predstavlja jednu strukturalnu autonomiju i jednu funkcionalnu nezavisnost...”. O tome: Z. P. Rašović, *Komentar Zakona o fiducijarnom prenosu svojine*, Podgorica, 1996, str. 51.

biti i overen od strane suda ili notara (čl. 355). Uslov punovažnosti ugovora o fiducijarnom prenosu svojine, kako za nepokretne, tako i za pokretne stvari, je i upis u poseban javni registar koji vodi organ nadležan za nekretnine (specijalizovana agencija) u roku od osam dana od dana zaključenja ugovora. Ako se upis ne izvrši ugovor je ništav (v. čl. 378). Ovim se obezbeđuje publicitet ugovora o fiducijarnoj svojini na svim stvarima, a za nepokretnosti se vrši i upis fiducijarne svojine u odgovarajuće javne knjige.

Pored titulusa, za nastanak fiducijarne svojine neophodan je svakako i modus sticanja. Za nepokretnosti to je upis u katastar nepokretnosti uz zabeležbu fiducijarnog prenosa svojine⁴³, a za pokretne stvari fiktivna predaja fiducijaru u formi *constitutum possessorium*⁴⁴. Fiducijarna svojina u crnogorskom pravu koncipirana je tako da, po pravilu, neposredna državina stvari ostaje u rukama fiducijanta, a posredna pripada fiducijaru. Iako se fiducijarni prenos svojine u Crnoj Gori smatra bezdržavinskim sredstvom obezbeđenja potraživanja, to je tačno samo u tom smislu da je poverilac lišen neposredne državine stvari – što je za dužnika zapravo jedino i važno. Od ovog pravila, međutim, postoje izuzeci. Poverilac i dužnik mogu ugovoriti da se stvar koja je predmet ugovora ili isprava, koja daje imaocu isključivo pravo raspolaganja njome, preda trećem licu na čuvanje (i fiducijant i fiducijar su posredni držaoci); ili da zajednički, kao neposredni (su)držaoci, čuvaju stvari ili ispravu (čl. 364).

Zabranjene klauzule i sadržina. – Po čl. 358 ZSPO, zabranjene su klauzule kojima poverilac ugovara za sebe pravo na upotrebu, ubiranje plodova ili iskorišćavanje opterećene stvari na drugi način. Međutim, ugovaranje ovih klauzula je dopušteno već nakon proteka roka od osam dana od nastanka potraživanja. Ova odredba izaziva određene dileme. U crnogorskoj pravnoj teoriji se navodi da se “time željela pružiti maksimalna zaštita dužniku od svake eventualne zloupotrebe, odnosno štetnog ponašanja povjerioca” i da se “fiducijarni prenos svojine ponekad dešava i pre nastanka potraživanja”⁴⁵. Međutim, potraživanje može nastati i pre ugovora o fiducijarnom prenosu svojine radi obezbeđenja. Mišljenja smo da ovako koncipiran zaštitni rok od svega 8 dana za dopuštanje tradicionalno ne-

⁴³ V., čl. 354. Po čl. 380: “Registar je javan. Upis mora sadržavati opis osobenih znakova opterećene stvari. Ukoliko takvih znakova nema, onda se u upis moraju označiti vrsta i broj opterećene stvari”.

⁴⁴ V., Z. P. Rašović, Komentar Zakona o svojinsko – pravnim odnosima, Podgorica, 2009, str. 1800, 1816.

⁴⁵ Videti, Z. Rašović, isto, str. 1810.

dozvoljenih klauzula, koji teče od nastanka potraživanja, ipak ostavlja prostor za ugrožavanje interesa poverioca.

Fiducijarni prenos svojine je sredstvo obezbeđenja potraživanja kod koga neposredna državina, po pravilu, ostaje kod dužnika. Stoga, važan element sadržine fiducijarne svojine je obaveza dužnika da stvar čuva sa pažnjom dobrog privrednika, odnosno dobrog domaćina (čl. 365), kao i da obavesti poverioca o svim promenama koje se dogode na opterećenim stvarima, a naročito o njihovom kvarenju ili gubljenju vrednosti, inače odgovara za prouzrokovanu štetu (čl. 367).

Zbog sigurnosti poverioca lišenog neposredne državine, dužnik ima pravo da upotrebljava opterećenu stvar i pribira plodove sa nje, ali nema pravo da je preda drugome na upotrebu, bez dozvole poverioca (čl. 368) – što smatramo adekvatnim rešenjem. Po ZSPO, poverilac ima pravo na plodove koje daje opterećena stvar tek od momenta «konačnog sticanja» prava svojine na njoj (čl. 369), što se zapravo odnosi na momenat docnije fiducijanta (kada on predaje i neposrednu državinu stvari fiducijaru (čl. 366) – što takođe smatramo prikladnim rešenjem. Naime, fiducijar je vlasnik sui generis čija se specifična svojina iscrpljuje u tome da nakon docnije dužnika može prodati stvar po procenjenoj vrednosti ili «da je, ako hoće, zadrži za sebe po toj cijeni» (čl. 375), pa bez odredbe o kojoj je reč on ne bi imao pravo na plodove (izuzev od momenta odlučivanja da stvar zadrži za sebe, ako se uopšte odluči za tu mogućnost; ili ukoliko je to naknadno ugovoreno u skladu s već komentarisanim čl. 358). Smatramo, međutim, da ipak nije trebalo koristiti termin «konačno sticanje svojine», koji izaziva određene nedoumice i dilemu da li je to momenat docnije fiducijanta ili momenat odluke fiducijara da stvar zadrži za sebe; već jednostavno reći da od docnije fiducijanta do realizacije fiducijarnog obezbeđenja fiducijar ima pravo na neposrednu državinu i plodove stvari – što je bila intencija zakonodavca.

Pravni položaj poverioca je poboljšan i pravom na sekvestar u slučaju da dužnik ne čuva stvar «kako treba» (čl. 370). Smatramo da je trebalo jasnije odrediti ovu obavezu dužnika korišćenjem uobičajenih pravnih standarda «kao dobar domaćin», odnosno «kao dobar privrednik». Adekvatnim smatramo i predviđanje prava poverioca na dopunu obezbeđenja (čl. 371).

Realizacija. – Zakonom je regulisana i najvažnije faza – faza realizacije fiducijarnog sredstva obezbeđenja pravom na prodaju dužnikove stvari kada on zapadne u docnju (v. čl. 373). Najpre, postoji obaveza dužnika da nakon docnije preda stvar fiducijaru u neposrednu državinu (čl. 366). Ako poveriočevo potraživanje

ne bude namireno o dospelosti, on može prodati stvar na javnoj prodaji po ceni utvrđenoj procenom stručnjaka ili je može, po toj ceni, zadržati u svojini (čl. 375).

Zakonom je predviđeno i pravo fiducijanta na prevremenu prodaju opterećene stvari, odnosno prodaju pre dospelosti potraživanju po odluci suda, a na zahtev poverioca ili dužnika, u slučaju kada se opterećena stvar kviri ili inače gubi vrednost, te postoji opasnost da postane nedovoljna za obezbeđenje poveriočevog potraživanja. Cena postignuta prevremenom prodajom se u potpunosti ili dovoljan deo polaže kod suda ili notara radi obezbeđenja poveriočevog potraživanja, što znači da nije dopuštena i prevremena naplata potraživanja (čl. 372).

Prestanak. – Po ZSPO pravo fiducijarne svojine poverioca prestaje: kad prestane obezbeđeno potraživanje; kad se poverilac odrekne prava svojine na nepokretnim stvarima pisanom izjavom, datom kod nadležnog državnog organa; kad se poverilac odrekne prava svojine na pokretnim stvarima pisanom izjavom; i kad propadne opterećena stvar, ukoliko ne bude obnovljena (čl. 383).

Pošto potraživanje obično prestaje isplatom duga, zakonodavac posebno reguliše ovu situaciju. Naime, ako dužnik isplati dugovanu činidbu, svojina na stvarima, po ZSPO, automatski prelazi na dužnika (čl. 374). Postavlja se pitanje – šta znači «automatski»? Zar nije potrebno, pošto se fiducijarni ugovor registruje, izvršiti po zahtevu promene u katastru? Pored toga, nepravni termin “automatski” koristi se jedino u ovom članu zakona. Pravo na brisanje automatski prestale fiducijarne svojine, po zahtevu dužnika, predviđeno je čl. 384. ZSPO.

MIROSLAV LAZIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Niš
NINA PLANOJEVIĆ, Ph.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Kragujevac

OWNERSHIP AND FIDUCIARY OWNERSHIP
IN THE NEW PROPERTY LAW OF MONTENEGRO

Summary

The theme of this work is the analysis of the ownership and fiduciary ownership provisions of the new 2009 Law regulating legal property relations in Montenegro. Firstly, the authors present the reasons for choosing particular property law institutes for the subject of their work, stating that fiduciary ownership is of *sui generis* character, although its only function in Montenegro property law is to be an instrument for securing claims. The authors perform the analysis of these property regulations comparing the provisions from the old law applied until 2009 with the solutions from the new law, pointing to the most significant novelties and giving their comments. One of the major goals of this analysis and the considerations of the consequences of new solutions in Montenegro Law, according to the authors, is to underline possible direction of the reform of property law in Serbia. As for the ownership, the following have been analyzed: concept, realization, content, acquisition and protecting ownership, as well as co-ownership, joint ownership and ownership of flats; and as for the fiduciary ownership, the following have been analyzed: concept, subject, principles, content, acquisition, ceasing and exercising of this right.

MIRJANA VULIĆ

URBANA KOMASACIJA

Pojam urbane komasacije prvi put se pojavljuje u Zakonu o izmenama i dopunama Zakona o planiranju i izgradnji aprila 2011. godine¹. U članu 109. ona se definiše kao “postupak po kome se u komasacionom području postojeće katastarske parcele, koje zbog svoje površine, oblika, položaja, neodgovarajućeg pristupa na površinu javne namene ili iz drugih razloga ne mogu racionalno urediti i koristiti, pretvaraju u građevinske parcele. U postupku komasacije, koji se sprovodi u javnom interesu, vrši se preraspodela novoformiranih građevinskih parcela vlasnicima ranije postojećih katastarskih parcela, uz istovremeno rešavanje imovinsko-pravnih odnosa i obezbeđivanje građevinskog zemljišta za izgradnju objekata i površina javne namene”.

Osim definicije propisano je i da odluku o pokretanju postupka komasacije donosi skupština lokalne samouprave. Prema Zakonu postupak komasacije regulisaće se podzakonskim aktom koji će doneti Vlada Republike Srbije, a koji će regulisati u kojim slučajevima se vrši komasacija, predmet, stranke i organe u postupku urbane komasacije, kriterijume za procenu tržišne vrednosti zemljišta, troškove i obveznike plaćanja troškova komasacije i pravna dejstva urbane komasacije.

Mirjana Vulić, Načelnik Gradske uprave za imovinu grada Kragujevca.

¹ Sl. glasnik RS, br. 72/09, 81/09, 24/11.

Zakon je samo najavio urbanu komasaciju a u iščekivanju da Vlada done- se odgovarajući propis valja se podsetiti šta je komasacija kao i kakva su naša i iskustva naših suseda u komasaciji.

U pravnoj istoriji komasacija se definiše na sledeći način:

“Komasacija (grupisanje) zemljišta sastoji se u tome što se na određenom području (tzv. komasacionom području) iz postojećih manje ili više sitnih i ne- pravilnih parcela formira jedna opšta masa (komasaciona masa), koja se zatim u vidu manjeg broja ali većih i pravilnijih parcela deli istim vlasnicima. Komasa- cija je prema tome i način prestanka (na parcelama unetim u komasacionu masu) i način sticanja svojine (na parcelama dobijenim iz komasacione mase).

Pri raspodeli zemljišta iz komasacione mase vodi se računa da svaki uče- snik komasacije dobije što bolje zaokruženo zemljište, približno iste vrednosti a po mogućstvu iste kulture i približno jednakog položaja. Ukoliko je zemljište dobijeno iz komasacione mase veće ili manje vrednosti od onog unetog u koma- sacionu masu, razlika se isplaćuje odnosno uplaćuje u novcu².

Istorijski gledano, komasacija se na našem području uvek sprovodila na poljoprivrednom zemljištu.

O potrebi uređivanja poljoprivrednih poseda komasacijom prvi put je ukazao knez Miloš u “Ukazu knjaza Miloša upraviteljskom sovjetu”. Međutim, prvi ozbiljniji koraci učinjeni su tek 1901. godine kada je prof. Milan Andonović izradio “Projekat Zakona o izvršenju komasacije poljoprivrednih imanja u Kra- ljevini Srbiji”. Navedeni projekat bio je uređen po uzoru na bavarski zakon o ko- masaciji, ali nažalost ovaj zakon nije donet.

Prvi zakon u ovoj oblasti biće donet 70 godina kasnije pod nazivom “Za- kon o arondaciji i komasaciji poljoprivrednog i šumskog zemljišta”³. Ovaj Zakon se u II poglavlju bavi komasacijom i ovu meru definiše kao “uređenje zemljišne teritorije poljoprivrednog i šumskog zemljišta u cilju stvaranja većih i pravilnijih zemljišnih parcela kako bi se omogućila ekonomičnija obrada zemljišta i stvorili povoljniji uslovi za razvitak naselja poljoprivrednog karaktera”.

Zakon je nadalje članovima od 23. do 58. regulisao uslove pod kojima se pokreće komasacija, ko podnosi predlog, ko su učesnici, postupak komasacije, procenjivanje i raspodelu poljoprivrednog zemljišta.

Na osnovu ovog zakona doneto je “Uputstvo o načinu vršenja geodetsko- tehničkih radova i utvrđivanje vrednosti zemljišta u postupku komasacije”⁴.

² “Stvarno pravo“, autori dr Obren Stanković i dr Miodrag Orlić, Beograd 1999. godine.

³ Službeni glasnik SRS, br. 47/74.

⁴ Sl. Glasnik SRS, br. 3/77.

Ovim uputstvom detaljnije su se propisivale geodetsko-tehničke radnje neophodne kako za pripremu tako i za sprovođenje komasacije.

S obzirom da je komasacija bila mera za uređivanje korišćenja poljoprivrednog zemljišta, propise o komasaciji sadržali su i zakoni koji regulišu poljoprivredno zemljište: Zakon o korišćenju poljoprivrednog zemljišta iz 1981. godine i Zakon o poljoprivrednom zemljištu iz 1989. godine.

Zakon o poljoprivrednom zemljištu koji je donet 2006. godine⁵ i danas je na snazi i reguliše postupak komasacije na poljoprivrednom zemljištu.

U članu 2. Zakona pojam komasacije je definisan na sledeći način:

“Komasacija obuhvata planske, organizacione, pravne, ekonomske i tehničke mere koje se sprovode u cilju ukрупnjavanja i poboljšanja prirodnih i ekonomskih uslova na zemljištu”.

U delu Zakona pod naslovom “Uređenje poljoprivrednog zemljišta” članovima 31. do 47. regulisan je postupak komasacije na poljoprivrednom zemljištu. Zakon je tačno naveo u kojim slučajevima može da se vrši komasacija (član 31.).

Postupak komasacije pokreće skupština lokalne samouprave određivanjem teritorije katastarskih opština koja se uređuje komasacijom i donošenjem programa komasacije uz saglasnost Ministarstva poljoprivrede. Na osnovu programa komasacije donose se načela komasacije i izrađuje tehnička dokumentacija (projekti). Odluku o sprovođenju komasacije donosi skupština jedinice lokalne samouprave i istovremeno obrazuje komisiju za komasaciju.

Zakon propisuje minimalan broj članova komisije i precizira da predsednik komisije mora da bude diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom, a da članovi komisije moraju da budu diplomirani inženjeri poljoprivrede, geodezije, arhitekture (ili prostornog planiranja) i tri predstavnika učesnika komasacije.

Komisija obrazuje podkomisije za komasacionu procenu zemljišta, podkomisiju za procenu vrednosti dugogodišnjih zasada i objekata a po potrebi i druga stručna tela.

Vlasnici poljoprivrednog zemljišta koje je predmet komasacije su učesnici komasacije i oni mogu formirati Odbor za komasaciju koji može da zastupa interese učesnika ali ne odlučuje o njihovim pravima.

Kada je u pitanju raspodela komasacione mase treba istaći da se posebno izdvaja zemljište za zajedničke potrebe. Član 38. propisuje:

“U postupku komasacije se obezbeđuje zemljište za izgradnju objekata za potrebe naselja (za izgradnju mreže poljskih puteva, sistema za odvodnjavanje i navodnjavanje, za komunalne i druge potrebe naselja).

⁵ Sl. glasnik RS, br. 62/2006, 65/2008.....41/2009.

Zemljište iz stava 1. ovog člana obezbeđuju učesnici komasacije srazмерно unetoj površini u komasacionu masu, odnosno unetoj vrednosti zemljišta, i to bez naknade”.

Kada se iz komasacione mase izdvoji deo za zajedničke potrebe, preostala komasaciona masa se deli tako da “svaki vlasnik, odnosno korisnik zemljišta dobija iz komasacione mase zemljište odgovarajuće vrednosti, a po mogućnosti iste katastarske kulture i udaljenosti od naselja, kao i položaj koji pruža približno jednake mogućnosti u pogledu načina obrade koje je imao pre komasacije.

Pri raspodeli zemljišta iz komasacione mase svaki učesnik komasacije mora da dobije zemljište pravilnijeg oblika i na manjem broju mesta nego što je uneo u komasacionu masu ukoliko je uneo zemljište na dva ili više mesta (član 40)”.

Prvostepeno rešenje o raspodeli komasacione mase donosi Komisija. Protiv ovog rešenja može se izjaviti žalba Ministarstvu nadležnom za poslove poljoprivrede.

Među pozitivnim propisima postoji još jedan zakon koji se bavi komasacijom. To je Zakon o državnom premeru i katastru⁶.

U glavi V pod naslovom “Državni premer” definisan je komasacioni premer. Članom 53. komasacioni premer se definiše kao geodetski radovi koji se izvode u postupku uređenja zemljišne teritorije komasacijom. Podaci iz komasacionog premera čine elaborat premera i koriste se za osnivanje, odnosno obnovu katastra. Međutim, u istom članu se navodi da se ovaj premer radi u skladu sa Zakonom o poljoprivrednom zemljištu.

Iz svega što je do sada rečeno sledi zaključak da je komasacija sprovedena samo na poljoprivrednom zemljištu. Sada zakon o planiranju i izgradnji najavljuje urbanu komasaciju, sa kojom se do sada nismo susretali na našim prostorima.

Za izradu podzakonskog akta svakako će biti od koristi višedecenijsko iskustvo postupka komasacije na poljoprivrednom zemljištu. Međutim, mora se koristiti i iskustvo zemalja u kojima već postoji urbana komasacija.

Jedna od zemalja u okruženju koja već ima urbanu komasaciju je Republika Hrvatska.

Republika Hrvatska urbanu komasaciju definiše Zakonom o prostornom uređenju i izgradnji koji je donet 6. aprila 2007. godine.

U članu 2. ovog zakona gde se daje značenje pojmova data je definicija urbane komasacije: “Urbana komasacija je postupak spajanja čestica građevinskog zemljišta u jednoj celini i njezina podjela na građevne i druge čestice u skladu

⁶ Sl. glasnik RS, br. 72/09.

sa detaljnim planom uređenja na području komasacije uz istodobno sređivanje vlasničkih i drugih stvarno-pravnih odnosa na tim zemljištu s ciljem podjele građevinskih čestica vlasnicima tog zemljišta razmjerno njegovoj površini i jedinici lokalne samouprave za potrebe površina javne namene”.

Urbanog komasaciji posvećeno je čak 40 članova Zakona.

Ciljevi komasacije prema hrvatskom zakonu su: preoblikovanje čestica građevinskog zemljišta u građevinske čestice; sređivanje vlasničkih i drugih stvarno-pravnih odnosa; omogućavanje jedinicama lokalne samouprave građenje i uređenje javnog zemljišta: izgradnja javnih puteva i komunalne infrastrukture.

Stranke u postupku su učesnici komasacije a to su vlasnici i nosioci drugih stvarnih prava na zemljištu koje je obuhvaćeno komasacijom i jedinice lokalne samouprave.

Postupak i područje komasacije određuje se prostornim planom uređenja opština ili grada ili urbanističkim planom a zahvat komasacije je zahvat detaljnog plana uređenja.

Za sprovođenje postupka komasacije predstavničko telo županije, odnosno grada osniva “komasacijsko povjerenstvo” koje ima predsednika i četiri člana. Predsednik i članovi imaju svoje zamenike.

Predsednik i njegov zamenik su diplomirani pravnici i službenici su županije. Jedan član i njegov zamenik imenuju se iz reda službenika županije koji su diplomirani inženjeri arhitekture. Po jedan član i njegov zamenik imenuju se iz reda sudija županijskog suda koji imaju radnog iskustva u građansko-pravnim odnosima, iz reda službenika katastarskog ureda koji je diplomirani inženjer geodezije i iz reda članova opštinskog veća, odnosno predstavnika skupštine lokalne samouprave na čijem se području sprovodi komasacija.

Komasacijsko povjerenstvo radi na sednicama na kojim su prisutni svi članovi, a odlučuju većinom glasova.

Postoji i Državno komasacijsko povjerenstvo koje osniva Vlada. Povjerenstvo ima predsednika i četiri člana. Predsednik i njegov zamenik imenuju se iz reda službenika Ministarstva koji su diplomirani pravnici. Jedan član i njegov zamenik imenuju se iz reda službenika Ministarstva koji su diplomirani inženjeri arhitekture. Po jedan član i njegov zamenik imenuju se iz reda sudija Vrhovnog suda i iz reda službenika Državne geodetske uprave koji je diplomirani inženjer geodezije i reda članova lokalne samouprave na čijoj teritoriji se sprovodi komasacija.

Državno komasacijsko povjerenstvo odlučuje po žalbama protiv rešenja o komasaciji i drugih akata u vezi sa postupkom komasacije.

Postupak komasacije pokreće jedinica lokalne samouprave. Uz zahtev se prilaže: detaljni plan uređenja; elaborat parcelacije za formiranje građevinskih i drugih parcela; potpuni podaci iz zemljišnih knjiga i posedovnih listova za zemljište koje je predmet komasacije; popis i stručni opis građevina i trajnih zaslada koje je potrebno ukloniti radi komasacije i spisak parcela koje se promenom oblika i površina usklađuju sa detaljnim planom uređenja.

Ukoliko su priloženi svi traženi dokumenti komasacijsko povjerenstvo donosi zaključak o sprovođenju komasacije. Zaključak se stavlja na javni uvid 15 dana.

Na osnovu ovog zaključka sprovodi se i zabeležba u zemljišnoknjižnom sudu u zemljišnim knjigama i komasatorskom uredu. U toku trajanja postupka komasacije, zasnivanje i prenos stvarnih prava moguć je samo uz saglasnost komasacijskog povjerenstva.

Prvi i najbitniji korak je utvrđivanje tržišne cene zemljišta koja se definiše na sledeći način:

“Tržišna vrijednost zemljišta je vrijednost zemljišta izražena u cijeni koja se za komasirano zemljište na području komasacije ili sličnom susjednom području može postići na tržištu i koja ovisi o odnosu ponude i potražnje”. Nameđna pojedinačnog zemljišta koje je predmet komasacije određena detaljnim planom uređenja ne može biti od uticaja na utvrđivanje iznosa tržišne vrednosti zemljišta u svrhu isplate naknade u novcu (član 157).

Sledeći korak je utvrđivanje stranaka u postupku i utvrđivanje stvarnog stanja nekretnina.

Sve stranke se pozivaju lično da bi se izjasnile o svim činjenicama, kao i da se upoznaju sa svrhom i pravnim posledicama komasacije.

Iz komasacione mase prvo se izdvaja zemljište za građenje i uređenje građevina i uređaja komunalne infrastrukture, za objekte zdravstva, obrazovanja, za izgradnju upravnih i drugih javnih građevina potrebnih za obavljanje poslova državne uprave, i to se zemljište dodeljuje jedinici lokalne samouprave. Preostalo zemljište se dodeljuje učesnicima komasacije.

Za razliku između površine zemljišta koja je predmet komasacije i površine koju je učesnik komasacije dobio plaća se naknada u novcu prema tržišnoj vrednosti komasiranog zemljišta. Za zemljište koje je dodeljeno u vlasništvo jedinici lokalne samouprave ranijem vlasniku sledi naknada u novcu u visini tržišne cene komasiranog zemljišta.

Naknada u novcu koja pripada učesniku komasacije uvek se umanjuje za iznos troškova komasacije koje plaćaju svi učesnici.

Rešenje o komasaciji objavljuje se u dnevnom listu i stavlja se na oglasnu tablu županije trideset dana. Nakon isteka roka izlaganja svakoj stranci se do-

stavlja izvod iz rešenja o komasaciji. Nezadovoljna stranka ima pravo žalbe Državnom komasacijskom povjerenstvu u roku od petnaest dana od dana dostavljanja. Data je mogućnost da nakon odluke drugostepenog organa nezadovoljna strana može u vanparničnom postupku tražiti utvrđivanje tržišne vrednosti zemljišta.

Pravosnažno rešenje o komasaciji sa elaboratom parcelacije i dokazima o plaćenju naknadi dostavljaju se zemljišno-knjižnom sudu i katastru na sprovođenje.

Zakon o prostornom uređenju i gradnji proglasio je sprovođenje postupka urbane komasacije od interesa za Republiku Hrvatsku. U skladu sa ovim načelom Zakon je urbanoj komasaciji posvetio dosta članova, što je svakako bitan uslov da ovaj postupak bude zakonit i pravedan.

Za razliku od naših suseda, kod nas je Zakonom samo najavljena urbana komasacija, a podzakonski akt će propisati predmet, stranke i organe koji vode postupak, kriterijume za procenu tržišne vrednosti zemljišta i pravna dejstva urbane komasacije. Na ovaj način je potcenjen značaj urbane komasacije.

Sva naša dosadašnja iskustva vezana su za komasaciju poljoprivrednog zemljišta. Sada treba započeti komasaciju građevinskog zemljišta čija je tržišna vrednost daleko iznad cene poljoprivrednog zemljišta.

Komasacija je način prestanka i način sticanja svojine na nepokretnosti. Za učesnike komasacije ona je način prestanka i način sticanja svojine, ali za lokalnu samoupravu ona je način sticanja svojine na zemljištu. Prema Zakonu o poljoprivrednom zemljištu u postupku komasacije obezbeđivalo se zemljište za izgradnju puteva i za druge komunalne potrebe seoskog naselja. Zakon o planiranju i izgradnji propisuje da se u postupku urbane komasacije obezbeđuje zemljište za izgradnju objekata i površina javne namene.

Obezbeđivanje, odnosno pribavljanje zemljišta za izgradnju objekata i površina javne namene do sada se isključivo vršilo u postupku eksproprijacije.

Koje su sličnosti i razlike između urbane komasacije i eksproprijacije? Sličnosti se ogledaju u tome što je za oba postupka neophodno postojanje odgovarajućeg urbanističkog plana, što se naknada za zemljište isplaćuje u visini tržišne cene zemljišta i što u oba postupka lokalna samouprava stiče svojinu na zemljištu za javne namene.

Bitna razlika se ogleda u tome ko donosi odluku o pokretanju ovih postupaka. Postupak eksproprijacije prema Zakonu o eksproprijaciji⁷ može da se pokrene tek pošto Vlada Republike Srbije donese Odluku o utvrđivanju opšteg interesa za eksproprijaciju određene nepokretnosti. Protiv ove odluke nezadovoljna

⁷ Sl. glasnik RS, br. 53/95, 23/01 i 20/09.

stranka može tužbom pred Upravnim sudom Srbije da pokrene upravni spor. Tek po okončanju upravnog spora može da se pokrene postupak eksproprijacije pred nadležnim organom jedinice lokalne samouprave. Korisnik eksproprijacije, najčešće jedinica lokalne samouprave ili Republika Srbija, dužni su da uz zahtev za pokretanje postupka eksproprijacije pruže dokaz da su obezbeđena novčana sredstva za isplatu naknade za eksproprijaciju nepokretnost.

Postupak urbane komasacije prema Zakonu o planiranju i izgradnji pokreće skupština jedinice lokalne samouprave, a sam postupak komasacije sprovodi se u javnom interesu.

Zakon o eksproprijaciji dozvoljava vođenje upravnog spora protiv odluke Vlade o utvrđivanju opšteg interesa i protiv konačnog rešenja organa uprave o eksproprijaciji, čime se obezbeđuje sudska kontrola rada organa uprave u postupku eksproprijacije. Da li će učesnici urbane komasacije moći da koriste sudsku zaštitu pokretanjem upravnog spora protiv odluka organa uprave, saznaće se kada Vlada donese podzakonski akt o urbanoj komasaciji. Osim ovog pitanja Vlada će morati da posebno obrati pažnju na još dva pitanja:

Ko i kako utvrđuje tržišnu cenu nepokretnosti i ko snosi troškove pripreme i sprovođenja komasacije? Tržišna cena mora biti određena objektivno i pravedno uz uvažavanje odnosa ponude i potražnje na tržištu nepokretnosti.

Troškovi postupka komasacije moraju biti precizno definisani. Da li recimo, troškove izrade urbanističkog plana snosi jedinica lokalne samouprave, ili ovaj trošak snose svi učesnici komasacije? Kako se troškovi komasacije raspoređuju na učesnike komasacije? I koliko košta komasacija lokalnu samoupravu i učesnike komasacije?

Pred Vladom Republike Srbije je težak i odgovoran zadatak. Propis kojim će se regulisati urbana komasacija mora precizno da definiše postupak sa jasno definisanim pravima i obavezama svih učesnika u postupku.

Osnovno načelo mora da bude da svaki učesnik komasacije koji u komasaciju unese nepokretnu imovinu određene vrednosti po završenoj komasaciji dobija imovinu iste vrednosti, po mogućstvu u zemljištu ili u novcu. Jednostavno rečeno, učesnik komasacije ne sme da trpi štetu na svojoj imovini zbog komasacije. Naprotiv, učesnik komasacije mora da prepozna svoj interes u komasaciji (povećanje vrednosti svoje imovine, izlaz na ulicu, obezbeđenje priključka na komunalnu infrastrukturu) i da u nju uđe dobrovoljno. Komasaacija u sebi ne bi trebalo da ima elemente prinude, kao recimo eksproprijacija.

Komasacija mora za sve učesnike da bude ekonomski isplativa, opravdana i pravedna.

MIRJANA VULIĆ
Head of Property Department,
City Administration, Kragujevac

URBAN REDISTRIBUTION OF LAND

Sammary

On our country's territory redistribution of land had been carried out on agricultural land only. Changes of The planning and construction Law made in April 2011 introduce the urban redistribution of land, and it is on The Government of the Republic of Serbia to pass the regulations which will define the urban redistribution of land in detail.

Prior experience in agricultural land redistribution as well as the experience from the Republic of Croatia, where urban redistribution of land was introduced by 2007 Physical Planning and Building Act, should be used in regulating this matter.

Basic principle of the urban redistribution of land should be that every participant of redistribution receives formed building lot of approximately the same value as the lots with which he entered the redistribution mass.

Urban redistribution of land must be economically worthwhile, justified and fair to each participant.

DRAGICA ŽIVOJINOVIĆ

**ISTORIJSKI RAZVOJ I PRAVNI OSNOV
PRAVA SUPRUŽNIKA
NA IZBORNI (NUŽNI) DEO U SAD**

U V O D

Ograničenje slobode zaveštanja staro je onoliko koliko i istorija institucionog testamenta. Po uzoru na rimsko pravo koje je od nastanka ove slobode poznavalo njena brojna ograničenja (ustanovom boni mores, ustanovom nužnog dela, u pogledu poštovanja odgovarajuće forme testamenta, vremena i mesta njegovog sačinjavanja, postojanja aktivne i pasivne testamentarne sposobnosti, sadržine izjave), zakonodavstva evropsko-kontinentalnog pravnog sistema ne prihvataju neograničenu slobodu zaveštanja. Najznačajniji oblik njenog neposrednog ograničenja koji je opstao do današnjih dana je ograničenje ustanovom nužnog dela. Nasuprot njima, u common law zakonodavstvima posebno se ističe postojanje ove slobode kao neograničene. Njima nije svojstveno postavljanje ove vrste granica određivanjem obima dopuštenog raspolaganja zaostavštinom putem zaveštanja.

Dr Dragica Živojinović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

Međutim, da stvari možda ne stoje doslovno ovako, makar ne na prostoru Sjedinjenih Američkih Država¹ pokazuje način na koji je u novije vreme uređen naslednopravni položaj supružnika. U radovima tamošnjih pravnih teoretičara često nailazimo na stav da nadživeli supružnik uživa najveći stepen zaštite naslednopravnih interesa u odnosu na bilo kog drugog zakonskog naslednika ostavioca, čak i u odnosu na njegovu decu.

Faktički, u svim američkim državama koje prihvataju zakonski režim odvojenih imovina bračnih drugova, osim u jednoj, Džordžiji, on je jedini naslednik u čiju korist je ustrojen sistem normi koje ga štite od namernog lišavanja nasledstva od strane ostavioca. Shodno važećim zakonskim odredbama (Statute law), nadživeli supružnik može prihvatiti nasledstvo koje mu je, i ako je, ostavljeno po osnovu zaveštanja ili ga se odreći i zahtevati zakonom garantovani nasledni deo. Zbog ostavljene mogućnosti izbora, ovo pravo supružnika naziva se pravo na izborni deo, a kako ga zaveštalac izjavom poslednje volje ne može neutralisati, i pravo na nužni deo.²

Koje su preteče prava na nužni deo i u čemu se nalazi osnov opravdanja ovog osobenog tretmana nadživelog supružnika na američkom pravnom prostoru? Da li se i nakon usvajanja zakonskih odredbi kojima se ustanovljava ovo pravo, konstatacija o neograničenoj slobodi zaveštanja i dalje može iznositi bez ozbiljnih rezervi? Da li se posle vekovne razdvojenosti po pitanju granica slobode zaveštanja između gore pomenuta dva pravna sistema, može govoriti o evropeizaciji američkog prava ili na tamošnjim prostorima ova sloboda kao neograničena³ još uvek opstaje pred naletima vremena?

¹ Iako se u američkoj pravnoj literaturi neprestano spotičemo o konstataciju postojanja neograničene slobode zaveštanja, ova sloboda ne uživa zaštitu Ustava SAD, odnosno federalni ustav ne izriče zabranu ograničavanja, uslovljavanja ili ukidanja ove slobode. Sloboda zaveštanja, jednom prihvaćena kao zaštitni simbol common law-a, danas deli zajedničku sudbinu ostalih ličnih i imovinskih prava i sloboda čoveka – određivanje razumnih i društveno opravdanih granica njihovog vršenja.

² Eng. elective or forced share.

³ Kada se govori o neograničenoj slobodi zaveštanja obično se misli na nepostojanje ograničenja ustanovom nužnog dela. Ideja da sloboda zaveštanja mora imati izvesne granice prisutna je i u američkom pravu. Osim posrednog ograničenja koje deluje na sve pravne institute putem ustanove javnog poretka i pre donošenja zakona o pravu supružnika na izborni (nužni) deo ovom pravu su bila imanentna izvesna ograničenja slobode zaveštanja, kakva su ograničenja ustanovom homestead-a, pravom na udovički užitek itd. Više o ovome, Oliver Antić, *Nasledno pravo*, Beograd, 2004, str. 159.

PRAVNO-ISTORIJSKA POZADINA PRAVA SUPRUŽNIKA
NA IZBORNI (NUŽNI) DEO

Razvoj ustanove dower-a u engleskom pravu

Poput većine ustanova na kojima se temelji savremeno pravo SAD i ova, čiji cilj je ustrojstvo i zaštita prava supružnika na određeni deo zaostavštine preminulog bračnog druga, svoje korene vuče iz srednjovekovnog engleskog prava.

Potreba zaštite naslednopravnih interesa supružnika, i to posebno žene, nastala je kao reakcija na društveno-ekonomsku osnovu i socio-kulturološku klimu srednjeg veka. Njih je karakterisao, s jedne strane, specifičan oblik svojinskih odnosa na zemlji i uopšte važnost posedovanja zemljišnih poseda kao neophodnog ekonomskog potencijala opstanka porodice, a s druge, neravnopravan odnos između polova izražen kroz podređen položaj žene u društvu. Naime, u periodu feudalizma kada je vlasništvo nad zemljom značilo i bogatstvo i status, u slučaju smrti njenog sopstvenika ono je prelazilo na krvne srodnika ostavioca, često samo na naslednike muškog pola,⁴ dok supružnici nisu imali pravo međusobnog zakonskog nasleđivanja u svojinu. Posebno je bio nepovoljan naslednopravni položaj žene koja je smatrana tuđincem u porodici. Njena osnovna funkcija bila je da obezbedi mužu potomstvo radi nastavljanja porodične loze. Nezamislivo je bilo da žena nasledi u svojinu deo zaostavštine preminulog supružnika jer je mogla preudajom deo porodične imovine odneti u drugu porodicu.⁵ Odsustvo uzajamnog nasleđivanja supružnika po osnovu zakona neznatno je pogađalo muža jer je žena retko posedovala neku imovinu, a ukoliko i jeste, imovina koju je unosila u brak, kao i ona stečena u toku trajanja bračne zajednice bila je naslovljena na ime supruga. Upravo je ova ekstremna ekonomska i društvena podređenost žene bila povod traženja nekih oblika obezbeđenja i zaštite njenog celokupnog materijalnog položaja,⁶ pa i u postupku prelaska zaostavštine na naslednike.

⁴ U srednjovekovnom pravu uticaj pola naslednika na zakonsko nasleđivanje bio je veliki. On se ispoljavao kroz nejednak naslednopravni položaj naslednika muškog i ženskog pola i to tako što su pripadnice ženskog pola isključivane iz nasledstva kada konkurišu sa muškim srođnicima istog stepena srodstva ili su dobijale manji nasledni deo. U ovom periodu takođe je važio princip primogeniture prema kome je prvorodenom sinu pripadala celokupna zaostavština ostavioca.

⁵ S. Svorcan, *Nasledno pravo*, Kragujevac, 2009, str. 106.

⁶ Položaj žene u srednjovekovnom pravu generalno, a tako i srednjovekovnom engleskom pravu ukratko se može objasniti jednom rečenicom – “Žena i muž su jedno; muškarac je to jedno”. Navedeno prema, Terry L. Turnipseed, *Why Shouldn't I be Allowed to Leave My Property*

Prvi korak ka poboljšanju naslednopravnog položaja supruge ogledao se u konstituisanju prava doživotnog uživanja na delu ili celoj zaostavštini preminulog supružnika. Ovaj pravac razvoja zabeležen je i u engleskom pravu.

U srednjovekovnoj Engleskoj zaštita naslednopravnih interesa supružnika, prevashodno supruge, koja je nakon smrti svog bračnog partnera često ostajala bez ikakvih sredstava za život, otpočela je uvođenjem ustanove dower-a. Izvorno, dower je bio stvar privatnog dogovora između porodica mlade i mladoženje.⁷ U XIII veku common law prihvata ranu verziju dower-a, a tokom XV veka, on poprima oblik jednotrećinskog fiksnog interesa koji se dodeljuje udovici na zemljištu koje je posedovao preminuli suprug u bilo kom periodu za vreme trajanja braka, čak i na onom kojim je u tom periodu raspolagao na bilo koji način. Primenom ustanove dower-a udovica nije sticala svojinu nad trećinom zemljišta preminulog supružnika, nego joj je u tom obimu priznavano pravo doživotnog uživanja,⁸ odnosno pravo plodouživanja.⁹

Pravo supruge na dower nastajalo je trenutkom sklapanja braka, a kao vrsta lične službenosti, prestajalo je njenom smrću. Objekat dower-a bilo je svo zemljište u svojini supruga i to kako ono koje je posedovao u trenutku zaključenja braka, tako i ono koje je sticao u toku trajanja bračne zajednice. Njegovo postojanje onemogućavalo ga je da kao titular prava svojine na zemljištu slobodno s njim raspolaže. Raspolaganje zemljištem, učinjeno bilo u dobroj nameri ili u cilju izigravanja primene ove ustanove, nije moglo da eliminiše pravo supruge na dower, ukoliko za to nije postojala njena saglasnost, odnosno ukoliko se ona ovog prava ne bi odrekla. Žena je tako postala neophodan učesnik u muževljivim ekonomskim transakcijama.¹⁰

to Whomever I Choose at My Death? (Or How I Learned to Stop Worrying and Start Loving the French)" (2006). College of Law Faculty Scholarship, dostupno na internet stranici <http://surface.syr.edu/lawpub/57>, od 15.06.2011.

⁷ Videti, L. Holcombe, *Wives&Property, Reform of the married women's property law in nineteenth century England*, University of Toronto Press, 1983, str. 21.

⁸ Eng. life estate.

⁹ Dower je tipičan ishod paternalističke doktrine koja je snažno favorizovana u common law pravnom sistemu, osmišljene da zaštiti slabiji pol od prevare bilo koje vrste, da pruži ekonomsku osnovu za njihovo izdržavanje onda kada nestane zaštitničke (muške) ruke koja je bila okosnica njihovog opstanka i podrške. Ovo mišljenje našlo je svoj izraz u mnogim sudskim odlukama donetim u vreme primene ustanove dower-a, kao što je *Gould v. Womack*, 2 Ala. 83, 94 (1841). Navedeno prema, Kevin R. Garrison, *The ins and outs of the Alabama elective share*, *Alabama Law Review*, Vol. 58:5:1161, 2007, internet prezentacija na adresi www.law.ua.edu/lawreview/articles/Volume%2058/Issue%205/Garrison.pdf, od 26.06.2011.

¹⁰ Više o ovome videti, Ariela R. Dubler, *In the shadow of the marriage: Single women and the legal construction of the family and the state*, *The Yale Law Journal*, Vol. 112: 1641, 2003,

Curtesy je bio muževljevi ekvivalent pravu žene na dower, uz nekoliko važnih razlika. Najpre, udovcu je priznavano pravo doživotnog uživanja na celokupnom zemljištu koje je posedovala njegova supruga za vreme trajanja braka, nasuprot prava udovice koje se protezalo na 1/3 zemljišta. Muževljevo pravo na curtesy nastajalo je samo ako je iz tog braka bilo dece. Ovaj zahtev nije postavljan za sticanje dower-a.

Tokom vekova u kojima su dower i curtesy imali svoju primenu odigrale su se krupne društvene promene. Brojna otkrića na polju prirodnih nauka dovela su do snažne industrijalizacije društva, do ubrzanog privrednog razvoja što je, između ostalog, doprinelo propasti feudalizma. Razvojem industrije svojina na zemljištu postajala je sve više stavka u imovini pojedinca, a sve manje simbol statusa i moći. Potreba za razvojem tržišne ekonomije, za prometljivošću stvari i prava između njihovih sopstvenika izbačena je u prvi plan. Uslovljavanje prava raspolaganja zemljištem postojanjem saglasnosti supruge koja ima pravo na dower, usporavalo je pravni promet i postalo njegovo suvišno opterećenje. Tako, u praksi počinju da se pojavljuju raznovrsne forme¹¹ kojima su pribegavali muževi u cilju izigravanja ove ustanove, ostavljajući je gotovo bez ikakvih stvarnih efekata. Ove okolnosti su bile presudne za njegovo ukidanje u Engleskoj 1833. godine. Usvajanjem propisa kojim je omogućeno anuliranje primene dower-a zaključenjem pravnih poslova inter vivos ili raspolaganjem putem testamenta, ozakonjena je postojeća praksa. Istu sudbinu doživeo je i curtesy.

Narednih 105 godina, sve do donošenja Zakona o nasleđivanju 1938. godine,¹² u engleskoj pravnoj teoriji označava se kao period postojanja neograničene slobode zaveštanja. Ostvarenje naslednopravnih interesa supruge u ovom periodu u potpunosti je bilo prepušteno testamentarnom planu premnulog. Zakon o nasleđivanju iz 1938. nije izričito ograničavao slobodu zaveštanja. Ipak, za vreme njegovog važenja sud je imao diskreciono pravo da preživlom supružniku i određenoj kategoriji potomaka ostavioca dodeli izdržavanje iz zaostavštine ukoliko ih je umrli na osnovu testamenta lišio "razumnog dela" na-

internet prezentacija na adresi, <http://www.yalelawjournal.org/pdf/112-7/DublerFINAL.pdf>, od 02.06.2011.

¹¹ Jedna od najčešće korišćenih formi izigravanja prava na dower je *joint tenancy*, što je jedna vrsta suvlasništva na stvari dve ili više osoba sa jednakim suvlasničkim udelima. Specifičnost ovog oblika svojine je što u slučaju smrti nekog od suvlasnika nastaje tzv. pravo preživelih po osnovu koga suvlasnički udeo umrlog prelazi na preostale suvlasnike. Druga takva ustanova je *trust* što u common law pravnom sistemu predstavlja jednu vrstu fiducijarnog pravnog posla. Više o ovome videti, M. Falsey, *Suposal disinheritance: The New York solution – A critique of forced share legislation*, *Western New England Law Review*, Volume 77, 1985, str. 883.

¹² *Inheritance (Family Provision) Act* iz 1938.

sledstva.¹³ Ovo rešenje je u docnijim zakonskim tekstovima donekle izmenjeno. Od stupanja na snagu Zakona o nasleđivanju 1975. godine,¹⁴ sud može na zahtev određene kategorije potencijalnih zakonskih naslednika ostavioca neopravdano lišenih nasleđa, a koji su u pogledu izdržavanja od njega bili zavisni (supruge, čak i bivše supruge, dece) ceneći okolnosti svakog konkretnog slučaja (dužinu trajanja braka, veličinu zaostavštine, godine podnosioca zahteva, njegov doprinos opštoj dobrobiti porodice umrlog itd), ovim licima putem modifikacije sačinjenog zaveštanja dodeliti iz zaostavštine “razumnu finansijsku pomoć”¹⁵

Istorija dower-a u pravu SAD

U ranoj fazi razvoja američkog imovinskog prava nije postojala velika razlika između pravnog uređenja ustanova dower i curtesy na prostorima koji su zauzeli ondašnji američki kolonizatori i njihovih engleskih korena. Danas se ona označava kao dramatična.¹⁶

Zašto? Kojim pravcem je išla evolucija ovih ustanova u SAD?

Identični problemi koji su doveli do napuštanja ustanove dower (i curtesy) u Engleskoj, pogodili su i Ameriku i uzrokovali potrebu donošenja novih, efikasnijih zakonskih rešenja. Okončanjem istorijskog perioda u kome je posедovanje zemljišta predstavljalo glavni izvor bogatstva, završio se i period dobrog funkcionisanja ovih ustanova. U modernoj eri, kada se bogatstvo počelo meriti u nematerijalnim stvarima poput akcija, sumom novca na bankovnih računa,

¹³ Ove odredbe nisu imale za cilj samo obično izdržavanje podnosioca zahteva već očuvanje društvenog, odnosno imovinskog statusa koji su članovi porodice imali za vreme ostaviočevog života. Najveći uticaj na odmeravanje “razumnog” dela nasledstva imala je veličina zaostavštine, jer “ono što bi bila razborita odluka u vezi udovice jednog, npr. zemljoradnika, u redovnim prilikama bi bila nerazumna u odnosu na udovicu bogataša”. Navedeno prema, Oliver Antić, Sloboda zaveštanja i nužni deo, doktorska disertacija, Beograd, 1987, str. 259–260.

¹⁴ Inheritance (Provision for family and Dependents) Act, dostupan na internet stranici, http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1975/cukpga_19750063_en_1#11g, od 24. 09. 2010.

¹⁵ Više o ovome, Barbara Willenbacher, Individualism and Tradicionalism in inheritance law in Germany, France, England and United States, Journal of Family history, Vol. 28, 2003, internet nprezentacija na adresi, <http://www.jfh.sagepub.com/content/28/1/208>, od 23.07.2001.

¹⁶ Videti, John H. Langbein and Lawrence W. Waggoner, Redesigning the Spouse's Forced Share (1987). Yale Law School Faculty Scholarship 1987, internet prezentacija na adresi, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/512, od 22.05.2011; Terry L. Turnipseed, navedeno delo, strana 746.

autorskim pravima itd., dower je ostao bez ikakvog smisla pružanjem male ili nikakve materijalne podrške udovici ostavioca. Takođe, značajne promene desile su se i po pitanju odnosa između polova. Supermatija muža u patrijarhalnoj porodici ustupila je mesto principu ravnopravnosti polova. Time je prestala potreba za podvojenom regulativom naslednopravnog položaja muškarca i žene kao supružnika. Na istorijsku scenu stupilo je jedinstveno uređenje ovog pitanja.

Traženje izlaza iz nastale situacije na tlu SAD išlo je u dva pravca. Jedan broj država video ga je u donošenju propisa o pravu supružnika na izborni (nužni) deo, prema kome bi im zakon garantovao pravo na određeni deo zaostavštine ostavioca nezavisno, pa čak i protivno njegovoj volji izraženoj testamentom, drugi, u prihvatanju zakonskog režima zajednice imovina bračnih drugova.

Počev od 1930. godine,¹⁷ u narednih nekoliko decenija, većina država u sastavu SAD prolazi kroz proces napuštanja ustanove dower-a i prelazak na primenu ustanove nužnog dela. Pravo na nužni deo se tako pojavljuje kao primarna forma zaštite naslednopravnih interesa supružnika ostavioca od izostavljanja iz nasledstva. Ipak, i do današnjeg dana dower je istrajao u izvesnom broju država,¹⁸ mada u nešto izmenjenom obliku.¹⁹ U onim zakonodavstvima koje poznaju obe ustanove, preživelim supružniku ostavioca generalno se daje mogućnost izbora između doživotnog uživanja i nužnog dela.

Kako je napred pomenuto, ustanova nužnog dela nije univerzalno prihvaćena. Zaživela je samo u zakonodavstvima koja su nastavila sa common law tradicijom režima odvojenih imovina bračnih drugova. Izvestan broj američkih država, njih devet,²⁰ izlazi iz ustanove dower-a je videlo u prihvatanju zakonskog režima zajednice imovina bračnih drugova, sa obrazloženjem da je njegova priroda takva da obezbeđuje adekvatnu zaštitu imovinskih interesa supružnika i da stoga nema potrebe za ovim oblikom ograničenja slobode zaveštanja.

Pošto je prihvatanje jednog ili drugog zakonskog bračnog imovinskog režima važno za mesto i ulogu ustanove izbornog (nužnog) dela u pravu SAD, ukratko ćemo izložiti njihove osnovne karakteristike i naznačiti specifičnosti.

¹⁷ Njujork je bila prva američka država u kojoj je supružniku ostavioca priznato pravo na nužni deo. Videti odluku *In re Estate of Riefberg*, 446 N.E.2d 424, 427 (N.Y. 1983.). Navedeno prema, Terry L. Turnipseed, nav. delo, str. 748.

¹⁸ Arkanzas, Indijana, Ajova, Mičigen i druge Navedeno prema, Angela M. Vallario, *Spousal election: Suggested equitable reform for the division of property at death*, internet prezentacija na adresi, www.msba.org/sec_comm/sections/estate/council/SpousalElection.doc, od 20.05.2011.

¹⁹ Pravo udovičkog uživanja odnosi se sada na 1/3 celokupne zaostavštine ostavioca, a ne kao prvobitno na 1/3 zemljišta koje se nalazilo u svojini supružnika za vreme trajanja braka.

²⁰ Arizona, Kalifornija, Ajdaho, Luizijana, Nevada, Nju Meksiko, Teksas, Vašington i Viskonsin.

ZAKONSKI BRAČNI IMOVINSKI REŽIMI U SAD

U SAD postoje dva zakonska bračna imovinska režima:²¹ režim odvojenih imovina i režim zajednice imovina bračnih drugova.

Prema režimu odvojenih imovina bračnih drugova, muž i žena, odvojeno poseduju imovinu koju svojim radom pribave u toku trajanja braka. Supružnici zadržavaju svoju pravnu nezavisnost i na njih se primenjuju identična pravila imovinskog prava koja važe za sva ostala fizička lica. Međutim, u slučaju razvoda braka, dolazi do odstupanja od ovih opštih pravila i deobe bračne imovine uz primenu principa jednakosti²² i pravičnog odmeravanja doprinosa bračnih drugova u njenom sticanju i uvećanju.²³ Ipak, u slučaju smrti jednog od supružnika, ova zakonodavstva ne slede pomenuti izuzetak, već primenjuju opšta pravila shodno kojima nema bračne imovine i ne dolazi do njene deobe. Zaostavština svakog od supružnika čine ona prava koja su mu pripadala u trenutku smrti. Upravo je ova okolnost bila presudna za uvođenje ustanove nužnog dela u američko pravo.

Prema zakonskom režimu zajednice imovina, sve što bračni drugovi stecknu radom u toku trajanja braka njihova je zajednička imovina. Doprinos supružnika u sticanju bračne imovine procenjen je kao podjednak (neopredeljen udeo u ½ zajedničke imovine) nezavisno od toga da li oboje rade ili je zaposlen samo jedan od njih. Imovina koju su uneli u brak, kao i ona stečena za vreme njegovog trajanja putem poklona, nasledstva ili drugim dobročinnim pravnim poslovima, predstavlja njihovu posebnu imovinu. U slučaju prestanka braka razvodom, poništenjem ili usled smrti jednog od supružnika, dolazi do deobe bračne imovine po principu jednakosti sticanja. Zaostavština supružnika, sači-

²¹ Zakonski bračni imovinski režimi primenjuju se ukoliko supružnici nisu zaključili bračni ugovor.

²² Više o implementaciji ovog principa, Gretchen J. Hill, Finding fairness in U. S. Family law, internet prezentacija na adresi, <http://kuscholarworks.ku.edu/dspace/bitstream/1808/5199/1/STARV25N1-2A7.pdf>, od 15.05.2011.

²³ Tako na primer, paragraf 236 B Domestic Relations Law, odeljak 5, države Njujork iz 2001. godine, predviđa brojne činjenice koje sud uzima u obzir prilikom deobe bračne imovine u režimu odvojenih imovina bračnih drugova, naravno ukoliko nije drugačije uređeno predbračnim ugovorom. Neke od tih okolnosti su: ukupni prihodi i imovina koju su supružnici stekli u toku trajanja braka, prihodi i imovina koju su supružnici posedovali u vreme podnošenja tužbe za deobu bračne imovine, dužina trajanja braka, godine i stanje zdravlja bračnih drugova, gubitak naslednih prava ili prava na penziju zbog razvoda braka, likvidnost odnosno nelikvidnost bračne imovine, potencijal i verovatnoća budućeg sticanja prihoda supružnika itd. Internet prezentacija na adresi, www.jdbar.com/Statutes/drl-236-b.html, od 21.06.2011.

njena od njegove posebne imovine i udela u zajedničkoj bračnoj imovini, nije opterećena izbornim (nužnim) delom.

Među pravnim teoretičarima sa prostora SAD postoji gotovo nepodeljeno mišljenje o brojnim prednostima zakonskog bračnog režima zajednice imovina. Posebno se ističe da se njime obezbeđuje adekvatna materijalna zaštita supružnika, eliminišu se potencijalne teškoće koje su posledica neujednačene zakonske regulative prava supružnika na nužni deo u državama koje usvajaju koncept odvojenih imovina bračnih drugova,²⁴ prestaje potreba za trkom zakonodavca sa pokušajima zaobilaznja cilja primene ustanove izbornog (nužnog) dela, i najzad, ostaje očuvana sloboda raspolaganja imovinom za slučaj smrti putem zaveštanja.

PRAVNI OSNOV PRAVA SUPRUŽNIKA NA IZBORNI (NUŽNI) DEO

Osnov opravdanja prava supružnika na nužni deo u SAD nalazi se u postavkama dve teorije, teorije podrške ili potreba i teorije doprinosa ili partnerstva.

Teorija podrške ili potreba

Prema ovoj teoriji zakonska i moralna dužnost hranioca porodice, koji je u tradicionalnim brakovima po pravilu muškarac, je da pruži adekvatnu materijalnu podršku supružniku za vreme trajanja braka. Dužnost podrške nadživljuje njegovu fizičku egzistenciju opstajući nakon njegove smrti. U tom slučaju ova obaveza se podmiruje na račun zaostavštine preminulog. Ukoliko se zaveštalc otreši o nju, primenjuju se zakonske odredbe o pravu na izborni (nužni) deo jer je opet dužnost zakonodavca da pravnom prinudom obezbedi poštovanje imovinskih obaveza tamo gde se one ne izvršavaju po principu dobrovoljnosti.

Na račun teorije podrške kao osnova opravdanja ustanove nužnog dela upućene su brojne kritike. Prigovarano joj je da njena istinska implementacija u zakonske tekstove znači propisivanje kriterijuma utvrđivanja stvarnih potre-

²⁴ Među tamošnjim državama gotovo da ne postoje dva zakonska rešenja koja na identičan način uređuju pravo supružnika na nužni deo, a u pravnoj teoriji se ta raznolikost jednom rečju označava kao "džungla". Više o ovome, Terry L. Turnipseed, nav. delo, str. 747.

ba nadživelog supružnika, a ne njihovo fiksno odmeravanje koje, obično u visini trećine zaostavštine umrlog, može biti neadekvatno posebno ako su u pitanju zaostavštine manje vrednosti. Samo u tri američke države (Alabama, Misisipi i Njudžersi) od ukupno četrdeset koje prihvataju ustanovu nužnog dela postoje norme koje imaju za cilj utvrđivanje stvarnih potreba supružnika. Iako je pojedini uzimaju za osnov ustanove nužnog dela u njenom tradicionalnom obliku i regulative ovog prava Uniform Probate Code-om (u daljem tekstu UPC) iz 1969. godine, drugi ističu da se zbog odsustva individualizacije potreba u svakom konkretnom slučaju, uvođenje ustanove nužnog dela ne može valjano obrazložiti postavkama ove teorije.²⁵

Teorija doprinosa ili partnerstva

Teorija doprinosa²⁶ osnov opravdanja ustanove izbornog (nužnog) dela vidi u posmatranju braka kao ekonomskog partnerstva supružnika. Naime, za vreme trajanja braka po pravilu, svaki supružnik doprinosi nominalnim zaradama drugog kroz različite oblike porodične podrške, bilo materijalne ili nematerijalne. Ova teorija se najčešće ispoljava kao izraz prećutnog dogovora supružnika da će svaki od njih uživati polovinu neopredeljenog udela u dobrima stečenim od strane drugog partnera u toku trajanja bračne zajednice. Ishod bračnog partnerstva je pravo na učešće u deobi zajednički stečene imovine prestankom braka na bilo koji način, pa i u slučaju smrti supružnika.

Shodno stavovima zakonodavca²⁷ na temelju ove teorije izvršene su izmene regulative ustanove nužnog dela UPC-om iz 1990. sa amandmanima iz 1993. i 2008. godine. Međutim, zbog učinjenih odstupanja između njenih postavki i usvojenih zakonskih rešenja, o kojima će docnije biti više reči, teško da se osnov opravdanja ustanove izbornog dela može argumentovano braniti pozivanjem na pomenutu teoriju.

²⁵ Terry L. Turnipseed, navedeno delo, str. 762; John H. Langbein and Lawrence W. Waggoner, nav. delo, str. 307; Angela M. Vallario, nav. – delo, str. 12 itd.

²⁶ Više o ovoj teoriji videti, Alan Newman, Incorporating the partnership theory of marriage into elective-share law: The approximation system of the Uniform Probate Code and the deferred-community-property alternative, internet prezentacija na adresi, http://works.bepress.com/alan_newman/5/, od 14.06.2011; Ralph C. Brashier, Inheritance law and evolving family, Philadelphia, 2004. str. 21; John H. Langbein and Lawrence W. Waggoner, str. 308 itd.

²⁷ Videti generalni komentar Uniform Probate Code, internet prezentacija na adresi, <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/upc/final2005.htm>, od 21.07.2011.

TRADICIONALNI KONCEPT PRAVA NA NUŽNI DEO

Regulativa ustanove nužnog dela u SAD prolazila je kroz nekoliko faza.

Tradicionalni koncept prava supružnika na nužni deo hronološki je smenio ustanovu dower-a. Prema ovom konceptu, koji je još uvek u primeni u izvesnom broju američkih država, pravo na nužni deo obuhvata pravo nasleđivanja u svojinu fiksnog dela ostaviočeve neto zaostavštine i iznosi njegovu 1/3 ili 1/2, u zavisnosti od rešenja konkretnog zakonodavstva. Za razliku od dower-a koja je, kako smo napred videli, obuhvatao pravo udovičkog uživanja na 1/3 *zemljišta* u svojini preminulog bračnog druga u vreme trajanja braka, pravom na nužni deo opterećena je zaostavština, odnosno sva nasleđivanju podobna prava koja su pripadala ostaviocu u trenutku delacije, bez obzira na vreme sticanja.

Međutim, iako je ustanova nužnog dela u svom tradicionalnom obliku predstavljala napredak u odnosu na dower, njena regulativa pretrpela je brojne kritike, a pojedinim rešenjima pripisivan je ozbiljan nedostatak pravičnosti, pa i pravničke kratkovidosti. Posebno je prigovarano visokom stepenu proizvoljnosti pri odmeravanju veličine nužnog dela koji je fiksiran za određeni procent neto zaostavštine umrlog bez uzimanja u obzir bilo kakvih okolnosti koje su morale imati uticaja na njegovu visinu²⁸ (dužina trajanja braka, potrebe nadživelog supružnika i njegovo imovno stanje, njegov doprinos u sticanju imovine za vreme trajanja braka, ukupna vrednost zaostavštine, postojanje maloletne ili punoletne a poslovno nesposobne dece ostavioca i sl.). Sledeći važan nedostatak ticao se odsustva efikasnih pravnih sredstva zaštite ovog prava od pokušaja izigravanja. Naime, supružnici su i dalje lagodno mogli raspolaganjem imovinom za života u korist trećih lica²⁹ toliko umanjiti svoju buduću zaostavštinu, što je pravo na nužni deo svodilo na golo pravo.³⁰

Mana ove regulative bio je i neodgovarajući tretman poklona koje je preživeli supružnik primao od ostavioca za života. Njihovim neuračunavanjem u vrednost nužnog dela omogućavano je preživelim supružniku da zadrži pri-

²⁸ Više o ovome videti, Ralph C. Brashier, nav. delo, str. 17.

²⁹ Van obračuna zaostavštine ostajale su uplate premija životnog osiguranja osiguravajućim kućama, uplate na ime penzionih fondova, komercijalnim bankama, investicionim kompanijama, berzama i niz drugih finansijskih transakcija (eng. non-probate transfers), čime se s pravom postavilo pitanje stvarnih efekata primene ustanove nužnog dela. Više o ovome, Alan Newman, nav. delo, str. 15.

³⁰ I u fazi primene tradicionalnog koncepta prava na nužni deo činjeni su pokušaji da se stane na put aktima njegovog izigravanja poništavanjem nekih od učinjenih transakcija. Ipak, uspešnost ovog postupka zavisila je od sposobnosti preživelog supružnika da dokaže postojanje namere oštećenja prava, što je u većini slučajeva bilo veoma teško.

mljene poklone i učestvuje u deobi zaostavštine kao da poklona nije bilo, što je za krajnji rezultat imalo dodatno ograničavanje sloboda zaveštanja.

UREĐENJE USTANOVE NUŽNOG DELA UPC-OM
IZ 1969. GODINE

Nedostatke koji su bili imanentni tradicionalnom konceptu prava na nužni deo pokušao je da reši UPC³¹ iz 1969 godine. Najpre, da bi se otklonila mogućnost izigravanja ustanove nužnog dela ovaj zakon uvodi novine po pitanju šta ulazi u obračunsku vrednost zaostavštine kao osnovicu njegovog izračunavanja. Zbog potrebe ostvarivanja i zaštite ovog prava on usvaja koncept tzv. "proširene zaostavštine".³²

Obračunska vrednost zaostavštine, odnosno "proširena zaostavština." utvđivana je obračunavanjem tri komponente. Prvu je činila ukupna vrednost zaostavštine umanjena za troškove sahrane, administriranja zaostavštinom, dugove ostavioca i troškove porodičnih naknada i izdržavanja. Na to je dodavana vrednost imovine kojom je umrli raspolagao za vreme trajanja braka pravnim poslovima inter vivos kakvi su opozivi fiducijarni pravni poslovi, suvlasništvo sa pravom preživelih i slično, kao i vrednost poklona učinjenih trećim licima u poslednje dve godine života.³³ Na ovako dobijenu sumu najzad je dodavana vrednost dobara koje je preživeli supružnik stekao od strane preminulog kakvi su pokloni, imenovanje za korisnika osiguranja kod ugovora o osiguranju života itd. Nužni deo supružnika iznosio je 1/3 ovako obračunate "proširene zaostavštine."³⁴

Međutim, ni ovo zakonsko rešenje nije zadovoljilo brojne kritičare nužnog dela. Prigovarane su mu dve krupne mane. Prva je ostajanje na konceptu fiksnog odmeravanja njegove veličine, odnosno na ne pridavanju nikakve uloge onim faktorima koji bi je činile zavisnim od okolnosti svakog konkretnog slučaja, a naročito od dužine trajanja braka. Takođe, oštro je kritikovano rešenje prema kome se pravom na nužni deo opterećuje ne samo imovina koja je stečena

³¹ Ovaj zakon nema opšteobaveznú snagu. Zamišljen je kao vrsta modela ponuđenog državama na razmatranje i usvajanje.

³² Eng. augmented estate.

³³ Alan Newman, nav. delo, str. 13.

³⁴ Danas, u zakonskim tekstovima većine američkih država zakonskog imovinskog režima odvojenih imovina bračnih drugova prihvaćena je neka od verzija koncepta "proširene zaostavštine" kao osnovice izračunavanja nužnog dela.

za vreme trajanja braka već i posebna imovina supružnika. Ovim se dramatično povećava udeo preživelog supružnika u zaostavštini ostavioca, a njegova sloboda zaveštanja trpi neprimereno ograničenje.

UREĐENJE USTANOVE NUŽNOG DELA UPC-OM IZ 1990. GODINE

Zakonske odredbe o pravu supružnika na nužni deo pretrpele su dalju korekciju usvajanjem UPC iz 1990. godine i amandmanima na ovaj tekst iz 1993. i 2008. godine. Njihov osnovni motiv bio je usklađivanje normativne regulative prava na nužni deo sa efektima prestanka braka smrću partnera u državama koje su prihvatile zakonski imovinski režim zajednice imovina bračnih drugova.³⁵

U devet američkih država koje danas podržavaju ovaj režim i u Uniform Marital Property Act-u, imovinski odnosi bračnih drugova uređeni su na osnovu gledišta po kome brak predstavlja ekonomsko partnerstvo supružnika.³⁶ Međutim, u odnosu na izvorno značenje partnerske teorije braka, prema kojem su udeli bračnih drugova u zajedničkoj imovini podjednaki, njena implementacija u regulativu prava supružnika na nužni deo UPC-om iz 1990, pretrpela je izvesnu modifikaciju zasnovanu na pretpostavci da se ekonomski doprinos preživelog bračnog druga u bračnoj tekovini povećava protekom vremena.

Tako, UPC iz 1990. godine, sa amandmanima iz 1993, pravo supružnika na nužni deo upodobljava novom tzv. aproksimativnom sistemu. Njega karakteriše napuštanje fiksnog utvrđivanja veličine nužnog dela i prelazak na usvojenu kliznu skalu prema kojoj ona varira u zavisnosti od dužine trajanja braka. Što brak duže traje time je i procenat prava supružnika na nužni deo veći. Primera radi, ako je brak trajao godinu dana ali manje od 2, nužni deo će iznositi 3% "proširene zaostavštine"; ako je brak trajao 8 godina ali manje od 9, taj procenat će iznositi 24% "proširene zaostavštine" itd. Ova skala se završava brakom koji je trajao 15 i više godina kada supružniku sleduje 50% od tzv. "proširene zaostavštine".³⁷

Dalje, zadržan je koncept tzv. "proširene zaostavštine" koju je uveo UPC iz 1969. godine jer se u praksi pokazao kao dobro rešenje kod pokušaja izigravanja

³⁵ Više o uticaju partnerske teorije braka na izmene Uniform Probate Code iz 1990. godine videti, Jesse Dukeminier – Stanley M. Johanson, *Wills, trusts and estate*, New York, 2000, str. 509.

³⁶ Ralph C. Brashier, nav. delo, str. 19–20.

³⁷ Videti § 2–202 UPC.

ovog prava. Međutim, zbog nepostojanja jasnog razgraničenja između “proširene zaostavštine” i zajedničke imovine supružnika, učinjeno je još jedno odstupanje od teorije doprinosa koje je izazvalo buru pravničkog negodovanja. Naime, “proširena zaostavština” se shodno ovom rešenju sastoji od zbira vrednosti dve komponente.³⁸ Na strani umrlog uračunava se vrednost tri stavke: njegove neto zaostavštine, raspolaganja imovinom za vreme trajanja braka pravnim poslovima *inter vivos* u korist trećih lica i raspolaganja imovinom pravnim poslovima *inter vivos* u korist supružnika. Na strani preživelog supružnika izračunava se neto vrednost imovine koju poseduje u momentu delacije svog bračnog druga i vrednost njegovih imovinskih raspolaganja učinjenih za vreme trajanja braka pravnim poslovima među živim u korist trećih lica. Veličina nužnog dela se dobija kada se na sumu obračunatu zbirom ovih komponenti primeni odgovarajući procenat čija veličina zavisi od dužine trajanja braka.

Amandmanima ovog zakona iz 2008. godine ponovo su usvojene promene kod utvrđivanja veličine nužnog dela. Za razliku od amandmana iz 1993. gde je ona varijabilna, ovim izmenama veličina nužnog dela je fiksirana na 50% ali ne “proširene zaostavštine, već 50% od “udela bračne imovine u proširenoj zaostavštini”³⁹ koji je sada varijabilan. Naime, veličina udela bračne imovine u proširenoj zaostavštini raste sa dužinom trajanja braka. Što je brak duži, veći je i ovaj udeo. Primera radi, ako je brak trajao godinu dana ali manje od dve veličina nužnog dela je 50% od 6% udela bračne imovine u proširenoj zaostavštini; ili ako je brak trajao osam godina ali manje od devet veličina nužnog dela je 50% od 48% udela bračne imovine u proširenoj zaostavštini itd.⁴⁰ Komponente koje čine tzv. “proširenu zaostavštinu” ovim amandmanima nisu menjane.

Nastojanje zakonodavca da redefiniše ustanovu nužnog dela u skladu sa partnerskom teorijom braka i otkloni pomenutu razliku između tamošnjih zakonskih bračnih imovinskih režima, ostalo je bezuspešno. Države sa usvojenim zakonskim režimom zajednice imovina bračnih drugova dosledno sprovode teoriju doprinosa dodeljujući svakom partneru podjednak udeo u dobrima stečenim radom za vreme trajanja braka. U državama zakonskog režima odvojenih imovina supružnika udeo partnera u bračnoj imovini zavisi od dužine trajanja braka, a “proširena zaostavština” obuhvata celokupnu imovinu oba supružnika.

³⁸ Videti § 2–203 UPC.

³⁹ Videti § 2–202 (a) UPC.

⁴⁰ Veličina udela bračne imovine u proširenoj zaostavštini određena je skalom koja je utvrđena sekcijom 2–203 (b) UPC.

ZAKLJUČAK

Na osnovu analize istorijskog razvoja i pravnog osnova prava supružnika na nužni deo u pravu SAD može se zaključiti sledeće:

1. Ustanova izbornog (nužnog) dela supružnika, kao i njene preteče, *dower* i *curtesy*, nastale su kao produkt odgovarajuće društveno-ekonomske i sociokulturološke klime koju je karakterisao nepovoljan položaj žene u porodici i društvu uopšte. Kao izraz društvene brige o materijalno-pravnom položaju žene koji je bio osobito težak nakon smrti supruga, otpočeo je proces poboljšanja njenog naslednopravnog položaja. Iste okolnosti bile su razlog dodeljivanja ženi prava udovičkog uživanja na delu ili celoj zaostavštini muža, i nadalje uvrštavanja u red zakonskih i nužnih naslednika u zakonodavstvima evropsko-kontinentalnog pravnog sistema.

2. Između ustanove izbornog (nužnog) dela iz prava SAD i ustanove nužnog dela u evropskim zakonodavstvima postoje brojne razlike.

Pravo na izborni (nužni) deo nema opšti karakter. Ova vrsta ograničenja slobode zaveštanja ne pogađa svako zaveštajno sposobno lice. Njime je opterećena zaostavština samo oženjenog ostavioca i to jedino u zakonodavstvima koja podržavaju zakonski bračni imovinski režim odvojenih imovina. Tamošnje države koje prihvataju režim zajednice imovina bračnih drugova ne poznaju ovaj oblik ograničenja zaveštajne slobode.

Jedini titular prava na izborni deo je nadživeli supružnik. Nasuprot tome, krug nužnih naslednika u evropskim pravima čine ostaviocu najbliža lica, po pravilu njegova deca i bračni drug, u nekim pravima i njegovi roditelji.

Opravdanje postojanja izbornog dela se u pojedinim fazama razvoja moglo naći u nekim od postavki teorije podrške ili teorije doprinosa; teorije podrške u tradicionalnim brakovima gde po pravilu jedino suprug privređuje, a teorije doprinosa u savremenim brakovima u kojima oba supružnika imaju zaposlenje pa brak predstavlja njihovo ekonomsko partnerstvo. Pošto su poistekle iz braka, one pre svega pogoduju uređenju imovinskih odnosa bračnih drugova, regulisanju njihove obaveze izdržavanja, razvrgnuću tih odnosa nakon prestanka braka. Njihova priroda navodi na stav da intencija zakonodavca nije bila da uvođenjem ustanove izbornog dela ograniči slobodu zaveštanja na način na koji je to učinjeno ustanovom nužnog dela evropskih prava, već da otkloni pravno neprihvatljive posledice prestanka braka smrću partnera u zakonodavstvima zakonskog režima odvojenih imovina bračnih drugova. Rešenje problema na terenu porodičnog, tačnije bračnog prava, potražilo se posezanjem za ustanove naslednog prava.

Za razliku od osnova prava na izborni deo koji se nalazi se na terenu braka, osnov prava na nužni deo evropsko-kontinentalnih zakonodavstava nalazi se na terenu porodice. U različitim periodima razvoja opravdanje nužnog dela nalazilo se u drugačijim teorijskim postulatima; kretalo se od teorije prećutnog fideikomisa, preko teorije porodične svojine do teorije alimentacije.⁴¹

“Evropsko” pravo na nužni deo, po pravilu, uopšte ne zavisi od imovinskog stanja njegovih titulara. U SAD imovno stanje nadživelog supružnika, ulazi u sastav tzv. “proširene zaostavštine” i postaje jedan od činioca veličine nužnog dela.

3. Prebacivanjem tereta sa bračnog na nasledno pravo, lečenjem posledica a ne otklanjanjem uzroka problema, regulativa prava supružnika na izborni (nužni) deo u državama SAD ide za postizanjem mehaničkog principa pravde. Gde je rešenje? Jedno je ostajanje na common law tradiciji zakonskog režima odvojenih imovina bračnih drugova, ali uz doslednu primenu partnerske teorije braka u regulativi ustanove nužnog dela. Druga opcija je prelazak na zakonski režim zajednice imovina supružnika i ostajanje na common law tradiciji neograničene slobode zaveštanja. Koji put će izabrati američko pravo ostaje nam da vidimo.

4. Na pitanje sa početka rada da li je pravom supružnika na nužni deo ograničena sloboda zaveštanja, odgovor je da, ali ne u cilju, ni na način na koji je to učinjeno u evropskim zakonodavstvima ustanovom nužnog dela.

DRAGICA ŽIVOJINOVIĆ, LL.D.
Professor, Faculty of Law, Kragujevac

HISTORICAL DEVELOPMENT AND THE RATIONALE
OF THE SPOUSAL RIGHT TO ELECTIVE (FORCED)
SHARE IN USA

Summary

The spousal right to elective (forced) share is a form of the limitation of the testamentary freedom and exists only in American states based on the marital property regime of separate property. In this states a surviving spouse is protected from a complete disinheritance by either accepting the share left in the will, or by its rejecting and claiming the elective share.

⁴¹ Više o osnovu nužnog dela, Oliver Antić, nav. delo, str. 160–169.

This right originated from the dower right, that is courtesy, which referred to the surviving spouse's life estates to a certain share of land which was owned by the deceased in the course of their marriage.

During some periods of historical development of the institute of the elective share of surviving spouse, the legal grounds justifying its existence could be found in the support theory or the contribution theory.

The development of this institute has passed through several phases. In its conventional form, the elective-share statute permits the surviving spouse to claim a one-third share of the decedent's total estate. Today, most separate property jurisdictions have some version of an augmented share concept. According to the last UPC amendment from 2008, the elective share amount is equal to 50 percent of the value of the marital-property portion of the augmented estate. The marital-property portion of the augmented estate, increases with the length of the marriage. The augmented estate equals the value of the couple's combined assets.

The spousal right to forced share in USA does not have the same purpose or the same grounds for its justification as such institute has in the legal systems of most countries of continental Europe.

MILOŠ STANKOVIĆ

ZAŠTITA PRIMALACA PREMA PRAVILIMA O PRESTANKU UGOVORA O DOŽIVOTNOM IZDRŽAVANJU U SRPSKOM POZITIVNOM PRAVU

U V O D

Zaštita primalaca prema pravilima o prestanku ugovora o doživotnom izdržavanju u srpskom pozitivnom pravu predstavlja nastavak našeg istraživanja o zakonskoj zaštiti ovih subjekata od zloupotreba u predmetnom ugovornom odnosu.¹ Kako je ugovor o doživotnom izdržavanju po svojoj pravnoj prirodi obligacionopravni ugovor koji proizvodi i naslednopravne posledice, to su načini njegovog prestanka isti kao i kod svakog drugog ugovora. Međutim, u redovima koji slede mi ćemo fokus usmeriti na određena pitanja raskida i poništenja ovog kontrakta kroz prizmu regula Zakona o obligacionim odnosima i pre svega Zakona o nasleđivanju, ne ulazeći pri tome u pravne posledice koje nastupaju nakon njegovog prestanka. Zakonom o nasleđivanju,² kao pravnim izvorom kojim

Miloš Stanković, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Članak je nastao kao rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu "Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU (pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekti)".

¹ Za prvi deo istraživanja sa odgovarajućim upućivanjima videti: Miloš Stanković, Ugovor o doživotnom izdržavanju u srpskom pozitivnom pravu – zaštita primaoca izdržavanja, *Pravni život* 10/2010, 967–985.

² Zakon o nasleđivanju ("Službeni glasnik RS", br. 46/1995, 101/2003).

je regulisan ugovor o doživotnom izdržavanju, predviđeni su raskid ugovora o doživotnom izdržavanju zbog promenjenih okolnosti, raskid zbog poremećenih odnosa i raskid ugovora usled smrti davaoca izdržavanja, te ćemo ovim institutima posvetiti nešto veću pažnju u predstojećem izlaganju. Kako do sporazumnog raskida i raskida ugovora zbog neispunjenja dolazi na osnovu opštih pravila obligacionog prava, to ovom prilikom na njih samo upućujemo,³ a za podrobniju analizu ostavljamo specifičnosti do kojih tom prilikom dolazi kod ugovora o doživotnom izdržavanju. Van našeg razmatranja će ostati i opšta pravila o ništavosti i mogućnost poništenja ovog ugovora u slučaju kada se kao davaoci javljaju lica koja se u okviru svog zanimanja ili delatnosti staraju o primaocu izdržavanja, jer smo se ovim pitanjem bavili u prethodnom članku.⁴ Ističemo da na značaj ovog aspekta zaštite primalaca ukazuje i činjenica da bi odredba kojom bi se ugovornici odrekli prava na raskid ugovora na jedan opšti način bila ništava,⁵ a da je aktuelnost teme potencirana time što je u toku rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije, kojim je ugovor o doživotnom izdržavanju regulisan na gotovo identičan način na koji je to učinjeno ZON-om. U nameri da damo odgovor na predmet našeg istraživanja u ovom radu konsultovaćemo rešenja srpskog pozitivnog i uporednog prava i analiziraćemo rezultate do kojih je došla sudska praksa u oživotvorenju ovih zakonskih odredbi.

SPORAZUMNI RASKID UGOVORA

Sporazumni raskid ugovora je konkretizacija autonomije volje, odnosno slobode ugovaranja, i predstavlja novi ugovor kojim davalac i primalac izdržavanja odustaju od ranije zaključenog ugovora o doživotnom izdržavanju.⁶ Kao što su saglasnošću volja stupili u ugovorni odnos, davalac i primalac izdržavanja zajednički izraženom voljom mogu prouzrokovati i njegov prestanak. To je moguće pre nego što počnu sa izvršavanjem svojih ugovornih obaveza, ali i na-

³ Videti čl. 124–132 Zakona o obligacionim odnosima (“Službeni list SFRJ”, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i “Službeni list SRJ”, br. 31/93).

⁴ M. Stanković, 971–975.

⁵ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Gž. 4561/80, Svetislav R. Vuković, Komentar Zakona o nasleđivanju sa sudskom praksom obrascima registrom pojmova i prilogom, Beograd 2007, 277.

⁶ Oliver Antić, Obligaciono pravo, Beograd 2011, 430; Slobodan Perović, Obligaciono pravo, Beograd 1990, 486.

kon što je izvršenje počelo, no svakako mora biti pre nego što je ugovor potpuno izvršen.⁷

Prema jednom shvatanju, ugovor o doživotnom izdržavanju se sporazumno može raskinuti i neformalno, jer se ističe da nema pravih razloga koji bi govorili u prilog obaveze njegovog formalnog raskida, te da ni zakon nije predvideo obavezu formalnog raskida ovakvih ugovora.⁸ Prema drugom shvatanju, dokazna funkcija i funkcija upozorenja kod ovog ugovora zahtevaju da i njegov sporazumni raskid ima formu koja se traži za njegovo zaključenje, jer je u interesu i ugovornika i njihovih naslednika da se nesporno utvrdi i dokumentuje da ugovor više ne postoji. U suprotnom, navodi se da bi bila otvorena mogućnost za mnoge zloupotrebe – ne bi se moglo znati da li neredovno ispunjenje ugovornih obaveza od strane davaoca (uz neprotivljenje primaoca) izdržavanja predstavlja docnju ili sporazumni raskid, davalac bi usled nedostatka dokaza o raskidu ugovora mogao da zahteva predaju stvari, dok bi primaocevi naslednici mogli da se pozivaju na “prećutni raskid” iako do njega nikada nije došlo.⁹

Međutim, do raskida ugovora o doživotnom izdržavanju na ovaj način dolazi retko. U periodu 1996–2000. godine, od 1159 zaključenih ugovora pred tadašnjim Opštinskim sudom u Novom Sadu sporazumno je raskinut svega 31 ugovor, odnosno 2,67%.¹⁰

RASKID UGOVORA ZBOG NEISPUNJENJA

Raskid ugovora o doživotnom izdržavanju po ovom osnovu je pravo primaoca izdržavanja da zbog neispunjenja ugovornih obaveza od strane davaoca izdržavanja zahteva njihovo ispunjenje, ili pod zakonskim uslovima raskine

⁷ Ewan McKendrick, *Contract Law*, Hampshire – New York 2009, 308; Vlado Belaj, *Prestanak ugovora o doživotnom i ugovora o dosmrtnom izdržavanju*, *Liber amicorum Nikola Gavella*, Građansko pravo u razvoju, ur. Igor Gliha i dr., Zagreb 2007, 689.

⁸ Oliver Antić, *Nasledno pravo*, Beograd 2008, 340; Kosta Mesarović, *O raskidu ugovora o doživotnom izdržavanju i njegovim pravnim posledicama*, *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, 2/1962, 12; “Saugovarači, ukoliko zaista žele da sporazumno raskinu ugovor, mogu samo sačiniti ugovor i potpisati ga. Potpisi ne moraju biti overeni. Overa nije uslov za punovažnost sporazuma o raskidanju ugovora o doživotnom izdržavanju.” (Presuda Okružnog suda u Beogradu, Gž. 4081/93), S. R. Vuković, 253.

⁹ Dejan Đurđević, *Institucije naslednog prava*, Beograd 2010, 265–266.

¹⁰ Jelena Vidić, *Ugovor o doživotnom izdržavanju u sudskoj praksi*, *Pravni život* 10/2003, 198.

ugovor.¹¹ Iskustva iz sudske prakse pokazuju da se ugovori o doživotnom izdržavanju najčešće raskidaju baš zbog neizvršenja ugovornih obaveza.¹² Pravo na raskid ugovora iz ovog razloga imaju i naslednici primaoca izdržavanja jer se ono smatra imovinskim pravom.¹³ Ako bi se supružnici zajedno javili kao primaoci izdržavanja i pri tome kao predmet svoje prestacije predvideli predaju svako svoje imovine, u slučaju da jedan od njih umre, preživeli bračni drug bi mogao da traži raskid ugovora u celini zbog neizvršenja obaveza.¹⁴

Do raskida ugovora o doživotnom izdržavanju može doći u slučaju potpunog neispunjenja, delimičnog neispunjenja, kao i ispunjenja koje nije u skladu sa načinom koji je utvrđen ugovorom.¹⁵ Naša nauka i sudska praksa su podeljeni povodom pitanja da li se ovaj kontrakt može raskinuti i zbog neispunjenja neznatnog dela obaveze.¹⁶ Mislimo da je pre nego što se opredelimo za naš sud povodom ovog spornog pitanja važno da definišemo šta se ima smatrati “neispunjenjem neznatnog dela obaveze.” Nije sporno da neispunjenje mora da se odnosi na ono što je fundamentalni, suštinski razlog zbog koga su ugovorne strane zaključile ugovor, zbog onoga što “ide u koren ugovora”.¹⁷ To može da bude i neispunjenje obaveza koje proističu iz samo jedne ugovorne odredbe ako je

¹¹ O. Antić (2011), 435; S. Perović (1990), 493; K. Mesarović (1962a), 12.

¹² Jack Beatson, Andrew Burrows, John Cartwright, Anson's law of contract, Oxford University Press 2010, 519; Mijat Bajović, Sporovi u vezi ugovora o doživotnom izdržavanju, Pravni život 1/1979, 54–55; V. Belaj, 688. Od 1159 zaključenih ugovora pred tadašnjim Opštinskim sudom u Novom Sadu (1996–2000 godine), ukupno je raskinuto 7,93% ovih ugovora (u obzir nisu uzeti oni slučajevi u kojima je postupak za raskid bio pokrenut ali nije bio pravosnažno okončan), a najčešći razlog za raskid je upravo predstavljalo neispunjenje ugovornih obaveza od strane davaoca izdržavanja. J. Vidić, 197.

¹³ Milan Albijanić, Ugovor o doživotnom izdržavanju, Pravni život 10/1996, 500; Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3451/93, S. R. Vuković, 271.

¹⁴ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 959/00, S. R. Vuković, 267.

¹⁵ J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 520; “Povremeno izvršavanje obaveza davaoca izdržavanja ne može se smatrati izvršavanjem obaveza preuzetih ugovorom o doživotnom izdržavanju i predstavlja razlog za raskid ugovora.” (Presuda Četvrtog opštinskog suda u Beogradu P. br. 3316/96 od 7.10.2002. godine). Videti i presudu Okružnog suda u Beogradu Gž. br. 8897/03 od 5.1.2004. godine i presudu Vrhovnog suda Srbije Rev. br. 3052/04 od 22.12.2005).

¹⁶ “Raskid ugovora ne može se dozvoliti kada davalac sporadično ne ispunjava neznatan deo obaveze izdržavanja (arg. Iz člana 131 ZOO),” D. Đurđević, 266. “Pogrešno je isticanje da se prema odredbi čl. 131. ZOO ugovor ne može raskinuti zbog neispunjenja neznatnog dela obaveze, jer se na ugovor o doživotnom izdržavanju primenjuju odredbe Zakona o nasleđivanju, a ne odredbe Zakona o obligacionim odnosima.” (Odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev. 5590/97, od 19.11.1997. godine), Sudska praksa, 7–8/1998, Beograd 1998, 28.

¹⁷ Mindy Chen-Wishart, Contract law, Oxford University press 2010, 522; J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 509.

tako određeno zakonom ili saglasnošću ugovornih strana, eksplicitno ili implicitno.¹⁸ Kada je reč o ugovorima sa trajnim izvršenjem prestacija, kakav je ugovor o doživotnom izdržavanju, šanse za raskid ugovora zbog neispunjenja samo jedne prestacije srazmerno su manje ukoliko ugovor traje duže. Stoga je u ovakvim situacijama ono što uzrokuje raskid pre na terenu opravdanih očekivanja da će pod postojećim okolnostima doći i do neispunjenja budućih prestacija.¹⁹ Imajući to u vidu, odlučujuća okolnost za prosuđivanje da li će ugovorna strana imati pravo na raskid će biti da li je jednim neispunjenjem ona izgubila sve koristi koje je očekivala da će dobiti na osnovu ugovora, odnosno da li dalje ispunjavanje prestacija može da nadomesti one koje su prethodno propuštene?²⁰ Sud će se prilikom odlučivanja da li je to slučaj rukovoditi ozbiljnošću gubitaka koji su za primaoca prouzrokovani ili je verovatno da će biti prouzrokovani, vrednošću činidaba koje je davalac već izvršio, opravdanošću da se posledice raskida protgnu na ceo ugovor i adekvatnošću štete kao sredstva kojim će primaočev interes biti kompenzovan.²¹ Rečju profesora Antića, za prosuđivanje da li će neispunjenje ugovorne obaveze u jednom manjem delu ili ispunjenje koje odstupa od ugovorenog biti relevantno za raskid ugovora, važno je ceniti okolnosti svakog konkretnog slučaja kroz prizmu onoga zbog čega su ugovorne strane i rešile da stupe u ugovorni odnos, odnosno, kroz objektiv kauze.²² U tom smislu, čini se da odgovor na pitanje pre treba tražiti u istraživanju šta u konkretnom slučaju nije ispunjeno, a tek potom i uslovljeno dobijenim odgovorom i u kojoj meri.

U slučaju da davalac izdržavanja ne izvršava svoje obaveze, primalac bi morao da mu odredi naknadni primereni rok za ispunjenje, pa ako ni u tom roku davalac ne bi ispunio svoju obavezu, primalac bi tužbom od suda mogao da

¹⁸ J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 520–521.

¹⁹ J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 523.

²⁰ *Ibid.*

²¹ E. McKendrick, 310; M. Chen-Wishart, 524. "Ne može se uzeti da davalac izdržavanja nije ispunio ugovor samo u neznatnom delu, čak i ako samo u kraćem vremenskom periodu od oko tri nedelje nije izvršavao obaveze iz ugovora u pogledu nege i pomoći primaocu izdržavanja, koje su mu bile neophodne u vreme njegove bolesti koja je neposredno prethodila njegovoj smrti." (Rešenje Okružnog suda u Valjevu, Gž. br. 1388/03, od 08.10.2003. godine), Sudska praksa, 1/2004, Beograd 2004, 24. Ovakva odluka je u potpunosti opravdana jer vodi računa o suštini obaveze izdržavanja i potrebama primaoca, te karakteru obaveza davaoca koje imaju smisla samo ako se ispunjavaju konstantno i u celini.

²² O. Antić (2011), 438. "Raskid ugovora o doživotnom izdržavanju zbog potpunog neispunjavanja obaveza davaoca izdržavanja je nesporan ali ako se radi o delimičnom neispunjenju ugovor se raskida samo onda ako se tim neispunjenjem gubi svrha ugovora." (Presuda Okružnog suda u Beogradu Gž. 7822/04), S. R. Vuković, 264–266.

zahteva da taj ugovor raskine.²³ Dejstvo raskida ugovora sa trajnim izvršenjem prestacija zbog neispunjenja moguće je u pogledu samo jednog neispunjenog obroka (ako postoji međusobna nezavisnost između pojedinih obroka), u pogledu svih budućih prestacija ako se može opravdano verovati da one neće biti ispunjene i u pogledu svih prestacija kada su one međusobno zavisne i poverilac nema interesa da zadrži predmete samo onih prethodno izvršenih.²⁴ Imajući na umu pravnu prirodu i kauzu ugovora doživotnom izdržavanju, mislimo da bi za njega ovde važio poslednji navedeni slučaj. Međutim, ako primalac izdržavanja ne saraduje sa davaocem u ispunjavanju njegove obaveze, odnosno otežava mu ili ga onemogućuje u tome, neće imati pravo na raskid ugovora zbog neispunjenja, naprotiv, u tom slučaju davalac izdržavanja može da traži raskid ugovora o doživotnom izdržavanju zbog neispunjenja primaoca.²⁵

U cilju obezbeđenja izvršenja dužnikovih prestacija iz ugovora o doživotnoj renti, član 1978 *Code civil* dopušta mogućnost prinudnog izvršenja, tj. zaplene dužnikovih dobara u slučaju da ovaj ne izvršava svoje ugovorne obaveze, ali za uzvrat isključuje mogućnost raskida ugovora zbog neplaćanja ugovorenih prestacija.²⁶ Zabranu raskida ugovora iz čl. 1978 jurisprudencija nije primenjivala na ugovor o prehrani (*le bail à nourriture*), koji je u francuskom pravu najbližniji našem ugovoru o doživotnom izdržavanju.²⁷ Međutim, uviđajući nedostatke rešenja po kome nije moguće raskinuti ugovor o doživotnoj renti, Kasacioni sud je dopustio mogućnost unošenja raskidne klauzule u ovaj ugovor, ali pod uslovom da se ona unosi u ugovor u dobroj veri i da se na nju pozove primalac rente pre svoje smrti.²⁸

Pravna priroda ugovora o doživotnom izdržavanju i potreba obezbeđenja redovnog ispunjavanja davaočevih obaveza, ostavlja po našem mišljenju prostor i za ugovaranje tzv. raskidnih klauzula, koje su naročito zastupljene u francuskom pravu. Naime, ugovorne strane mogu predvideti klauzulu prema kojoj bi u slučaju neispunjenja obaveze jedne od njih (u našem slučaju davaoca), ra-

²³ S. R. Vuković, 261.

²⁴ Goran Georgijević, Raskid ugovora zbog neizvršenja obaveze, *Pravni život* 10/2003, 651. U engleskoj nauci i zakonodavstvu preovlađujući je stav da raskid ugovora zbog neizvršenja delu je isključivo *ex nunc*. E. McKendrick, 313–314; J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 524.

²⁵ Vid. Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. br. 288/05 i Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1808/04, S. R. Vuković, 263–264; E. McKendrick, 310; V. Belaj, 695.

²⁶ Frédéric Lecrec, *Droit des contrats spéciaux*, Paris 2007, 105.

²⁷ Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Cours de droit civil, Les contrats spéciaux – Civilis et commerciaux*, Paris 1992, 552.

²⁸ F. Lecrec, 105; P. Malaurie, L. Aynès, 549.

skid ugovora bio ishodovan praktično automatski ako obaveza ne bi bila izvršena u ugovorenom roku ili na način predviđen ugovorom.²⁹ Uloga suda je u ovakvim slučajevima ograničena i svodi se na ispitivanje da li su uslovi predviđeni raskidnom klauzulom ispunjeni (ne i na ispitivanje da li značaj neispunjene obaveze opravdava nastupanje raskida), te na konstataciju da je raskid nastupio automatski.³⁰ Slično pravilo postoji i u engleskom pravu. Moguće je da ugovorom budu predviđene okolnosti i uslovi pod kojima će jedna ugovorna strana moći da raskine ugovor zbog neizvršenja obaveze druge strane. To bi ustvari značilo da je ispunjenje odgovarajuće obaveze predviđene takvom odredbom uslov opstanka ugovora.³¹ Ovakve klauzule nisu nepoznate u našem pravnom poretku i naročito se javljaju u oblasti sportskog prava,³² a čini se da bi mogle naći svoje mesto i kod ugovora o doživotnom izdržavanju. Benefit od njihovog ugovaranja ogledao bi se u mogućnosti da sami ugovornici *implicite* odrede šta će smatrati neispunjenjem neznatnog dela obaveze, time što bi predviđali raskid ugovora povodom neispunjenja onih činidbi koje smatraju za najznačajnije u njihovom ugovornom odnosu. Ovo je način raskida vrlo sličan onom koji postoji u srpskom pravu i koji se vrši vansudskim putem. Reč je samo o tome da se umesto roka za izvršenje ugovorom predviđa neka druga činjenica kao bitan sastojak ugovora (*essentialia negotii*) u slučaju čijeg neizvršenja dolazi do raskida izjavom volje poverioca, a ne *ex lege*. Time bi se izbeglo vođenje neretko dugotrajnih i skupih sudskih sporova, stvaralo bi se stanje trenutne pravne izvesnosti i olakšavalo se primaocu izdržavanja da eventualnog pronađe drugo lice sa kojim bi

²⁹ O raskidnim klauzulama u francuskom pravu videti opširnije kod: F. Ferre, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil – les obligations*, Paris 2003, 484–488; Christian Larroumet, *Droit civil – Tome 3, Les obligations et le contrat*, Paris 1996, 781–787.

³⁰ F. Ferre, P. Simler, Y. Lequette, 485. Slično pravilo, koje je svakako primenjivo na ugovorne strane, postoji i u čl. 125. Zakona o obligacionim odnosima, a prema kome se ugovor raskida po samom zakonu kad ispunjenje obaveze u roku predstavlja bitan sastojak ugovora a dužnik ne ispuni obavezu u tom roku, odnosno ako su ugovorne strane predvidele da će se ugovor smatrati raskinutim ako ne bude ispunjen u određenom roku ili ako je ispunjenje ugovora u određenom roku bitan sastojak ugovora po prirodi posla. No, razlika između srpskog i francuskog rešenja s jedne strane se sastoji u tome što se u francuskom pravu raskidna klauzula može ugovoriti i kada ispunjenje dužnikove obaveze nije vezano za rok i bez ostavljanja naknadnog primerenog roka za ispunjenje obaveze dužniku od strane poverioca. S druge strane, u francuskom pravu poverilac mora da se pozove na raskidnu klauzulu da bi ishodovala raskid ugovora, dok u srpskom pravu raskid istekom roka u kome je potrebno ispuniti obavezu (kada je ispunjenje o roku bitan sastojak ugovora) nastupa *ex lege*. C. Larroumet, 782–784.

³¹ J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 523.

³² O tome videti detaljnije kod: M. Stanković, *Pravna priroda ugovora u sportu – studija slučaja*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2008, 389–390.

u najkraćem roku zaključio novi ugovor o doživotnom izdržavanju. Nesumnjive prednosti ovakvih klauzula ne mogu biti anulirane ni eventualnom bojazni da bi primalac izdržavanja mogao olako da se poziva na primenu raskidnih klauzula. Naime, sud je ovlašćen da odbije da konstatuje raskidnu klauzulu na koju bi se poverilac pozvao suprotno dobrim običajima, što bi se procenjivalo u svakom konkretnom slučaju odmeravanjem njihove proporcionalnosti sa neispunjenjem obaveze koja dovodi do njihove primene.³³

Iako su u pravnoj nauci iznošeni argumenti da bi davalac izdržavanja koji ne ispunjava svoju dužnost trebalo da bude sankcionisan nedostojnošću za nasleđivanje u odnosu na primaoca, te da ne dobije nikakve koristi iz njegove imovine, prevagu je odnelo suprotno mišljenje, jer je nedostojnost za nasleđivanje veoma teška građanskopravna sankcija da bi se zakon mogao ekstenzivno tumačiti. Naime, davalac izdržavanja i nije primaočev naslednik jer ne stiče njegovu imovinu na osnovu nasleđivanja koje je besteretno, nego na osnovu teretnog ugovora. Čak i ako bi davalac izdržavanja usmratio primaoca, a da to nije učinio usled nekog razloga koji isključuje protivpravnost ili postojanje krivice na njegovoj strani, na davaoca se opet ne bi primenjivao institut nedostojnosti za nasleđivanje, već bi primaočevi naslednici mogli da traže raskid ugovora o doživotnom izdržavanju.³⁴

RASKID UGOVORA ZBOG POREMEĆENIH ODNOSA

Svaka od ugovornih strana može zahtevati raskid ugovora o doživotnom izdržavanju, ako se njihovi odnosi iz bilo kog razloga toliko poremete da postanu nepodnošljivi.³⁵ Dakle, da bi došlo do raskida ugovora iz ovog razloga, treba da budu kumulativno prisutni objektivni i subjektivni uslov. Objektivni uslov znači da su spoljašnji odnosi među strankama vidljivo poremećeni, usled čega je nemoguće i izvršenje ugovornih obaveza. Subjektivni uslov je zadovoljen ako zbog postojećeg stanja stranke smatraju da nije moguće nastaviti ispunjenje ugovornih obaveza, niti ostvariti njegovu svrhu.³⁶ Neophodno je da poremećeni odnosi do stepena nepodnošljivosti postoje u momentu donošenja presude kojom se ugovor zbog takvih odnosa i raskida.³⁷ Naslednici primaoca izdržavanja

³³ F. Ferre, P. Simler, Y. Lequette, 486–487.

³⁴ Oliver Antić, Zoran Balinovac, Kometar Zakona o nasleđivanju, Beograd 1996, 539.

³⁵ V. čl. 201. st. 1 Zakona o nasleđivanju.

³⁶ O. Antić, Z. Balinovac, 531.

³⁷ Presuda Okružnog suda u Beogradu, Gž. 10663/98, S. R. Vuković, 261.

ne mogu podići tužbu za raskid po ovom osnovu, ali mogu da nastave postupak koji je primalac pokrenuo za života, ali je tokom njegovog vođenja preminuo.³⁸ Ovaj razlog za raskid postoji samo kod ugovora o doživotnom izdržavanju jer je posledica njegove specifične pravne prirode.

Da bi došlo do raskida ugovora po ovom osnovu, nije od značaja čijom krivicom su odnosi poremećeni, pa je za raskid dovoljno i da jedna strana smatra da je sa drugom u nepodnošljivim odnosima.³⁹ Raskid može da traži i ona ugovorna strana koja je isključivo kriva za poremećaj odnosa, ali će ta njena krivica biti od značaja za naknadu štete koju je druga strana eventualno zbog toga pretrpela.⁴⁰ Ugovorna odredba kojom bi se primalac izdržavanja obavezao davaocu da će mu preneti određene pokretne ili nepokretne stvari koje su predmet njegove obaveze i u slučaju da ugovor bude raskinut i to primaočevom krivicom bila bi apsolutno ništava.⁴¹ Do raskida može doći i kada je davalac izdržavanja pravno lice, odnosno kada se odnosi do stepena nepodnošljivosti poremete između primaoca izdržavanja i fizičkog lica koje u ime pravnog lica izvršava prava i obaveze iz ugovora.⁴² Interesantno je da se u francuskom pravu ovaj ugovor ustvari raskida zbog neispunjenja ako je izvršenje ugovora o prehrani postalo nemoguće zbog narušenih odnosa ugovornih strana.⁴³

Kako zakon mogućnost raskida ograničava na neophodnost nastupanja određenih posledica (poremećeni odnosi), a nezavisno od uzroka koji su do njih doveli, od suštinskog je značaja opredeliti kada to odnosi ugovornih strana postaju "nepodnošljivi". Francusko pravo kao kriterijum ostvarivanja ovog pravnog standarda uzima i to da okolnosti materijalne, moralne ili psihičke prirode čine nemogućim izvršenje obaveza predviđenih ugovorom.⁴⁴ Poremećaj odnosa može da se manifestuje na različite načine koji mogu biti manje ili više vidljivi u spoljnim odnosima ugovornih strana (od žestokih svađa i fizičkih obračuna, do međusobnog ignorisanja i povlačenja u sebe), što je posledica njihovih karakter-

³⁸ O. Antić (2008), 341.

³⁹ O. Antić, Z. Balinovac, 531; P. Malaurie, L. Aynès, 550–551; Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2510/97, od 16.09.1997. godine; Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 312/02, od 02.10.2002. godine.

⁴⁰ O. Antić, Z. Balinovac, 533. Isto se ističe i u Presudi Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2510/97, od 16.09.1997. godine, Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 312/02, od 02.10.2002. godine i Presudi Vrhovnog suda Vojvodine, Rev. 221/78, od 24.10.1978.

⁴¹ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Gž-1758/61, S. R. Vuković, 282.

⁴² V. Belaj, 691.

⁴³ P. Malaurie, L. Aynès, 551; Alain Bénabent, Droit civil, Les contarts spéciaux – civils et commerciaux, Paris 2001, 614.

⁴⁴ P. Malaurie, L. Aynès, 551; A. Bénabent, 614.

nih osobina, vaspitanja i sredine iz koje dolaze, tako da je kvalitet i kvantitet poremećenih odnosa uvek faktička stvar koja se mora dokazivati.⁴⁵ Nažalost, sud ponekada i ne udovoljava svojoj obavezi ispitivanja svih okolnosti konkretnog slučaja, što za krajnju posledicu može da ima ne samo olako raskidanje ovakvih ugovora, već i pravnu nesigurnost.⁴⁶ Ovo je značajno jer konflikti iz svakodnevnog života ne bi mogli da se podvedu pod zakonski uslov za raskid ugovora zbog poremećenih odnosa.⁴⁷ Od opšteg pravila se u nauci iskristalisao i jedan opravdan izuzetak, koji je utvrđen u cilju zaštite primaoca izdržavanja, a prema kome davalac ne bi mogao da traži raskid ugovora zbog poremećenih odnosa ako bi se odnosi poremetili usled zdravstvenih, a pre svega psihičkih promena na strani primaoca izdržavanja koje su posledica njegove starosti i bolesti, jer se davalac obavezao i saglasio samim ugovorom da se sve do primaoočeve smrti (pa i u ovakvim okolnostima) o njemu brine i stara.⁴⁸

Iako mogućnost raskida ugovora o doživotnom izdržavanju zbog poremećenih odnosa na prvi pogled otvara prostor mnogim zloupotrebama, ako se malo bolje analizira ovaj institut, situacija je potpuno drugačija. Održavanje ugovora na snazi i pored toga što su se odnosi između ugovornih strana toliko pogoršali da su postali nepodnošljivi “bilo bi protivno pravoj volji stranaka u vreme zaključivanja ugovora, ne bi odgovaralo principu poštenog vršenja prava i dužnosti i zaštite opravdanih interesa građana, kosilo bi se sa opšte priznatim humanističkim shvatanjima i vodilo bi vrlo često zloupotrebi prava”.⁴⁹ Jednom rečju, ovakav ugovor bio bi lišen svoje suštine, otpala bi njegova kauza, jer su se ugovarači međusobno povezali saglasnošću svojih volja da bi dobili izvršenje obaveze od onog drugog, za šta je harmoničnost odnosa, posebno u pogledu obaveze nege, brige i staranja prema primaocu izdržavanja od ključnog znača-

⁴⁵ S. Svorcan, Raskid ugovora o doživotnom izdržavanju, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 1987. godine, 336. “Tužilja je bila gruba osoba koja je u poslednjim godinama života 60lovala od teške arterioskleroze, tuženoj se obraćala veoma teškim i grubim rečima, dolazilo je između njih svakodnevno do svađa, koje su uznemiravale čak i njihove komšije” (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 312/02 od 2. 10. 2002.); “Da su se u ovom slučaju odnosi stranaka teško poremetili potvrđuje i činjenica da je zbog međusobnih sukoba stranaka više puta intervenisala i milicija.” (Presuda Okružnog suda u Zrenjaninu, GŽ. 1099/97 od 8.4.1999.).

⁴⁶ Tako je u obrazloženju presude Opštinskog suda u Prokuplju P. br. 1366/73 navedeno da “između oca i sina postoji sukobljavanje”, na osnovu čega je ugovor i raskinut, iako nisu detaljnije i dublje razmatrani motivi koji su doveli do njihovog sukoba, kao ni celokupni ambijent i atmosfera u kome se taj sukob manifestovao. Navedeno prema: M. Bajović, 58.

⁴⁷ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3475/02 od 30.9.2002.

⁴⁸ O. Antić, Z. Balinovac, 532; S. Svorcan, 338.

⁴⁹ K. Mesarović (1962a), 13.

ja u ovom kontraktu. Kako je ugovor o doživotnom izdržavanju ugovor *intuitu personae*, to je zbog njegove specifične pravne prirode lični odnos ugovornika od odlučujućeg uticaja na mogućnost, ali i na kvalitet izvršenja njihovih međusobnih obaveza, a time i na opstanak kauze ugovora. Stoga ni eventualna sudska odluka kojom bi se naložilo prinudno izvršenje obaveze ne bi imala svrhe.⁵⁰ Najzad, koliko god to paradoksalno izgledalo, kod ovog instituta obe ugovorne strane štiti neka vrsta zajedničke neizvesnosti, odnosno mogućnosti da i bez krivice jedne od njih ugovor bude raskinut. Stoga se ne može reći da primalac izdržavanja nije zaštićen, jer onoliko koliko je u ovom pogledu njegov položaj “nezavistan” u odnosu na položaj davaoca izdržavanja, toliko je i davaočev položaj “nepovoljan” u odnosu na primaoca izdržavanja.

U francuskom pravu se u slučaju narušenih odnosa ugovor o prehrani može saglasnoću ugovornih strana različitim modalitetima konvertovati u ugovor o doživotnoj renti, što je najčešće slučaj kada je ugovorena i zajednica života.⁵¹ Međutim, stav je Kasacionog suda da sudija može i samostalno, iako ovakva odredba ne bi bila predviđena ugovorom, da transformiše ugovor o prehrani u ugovor o doživotnoj renti ako bi zajednički život između ugovornih strana postao nemoguć, bez da je ijedna od njih za to kriva.⁵² Ako su ove okolnosti privremene, takav karakter može imati i mera o pretvaranju ugovora o doživotnom izdržavanju u ugovor o doživotnoj renti.⁵³ Ista mogućnost postoji i prema pravilima austrijskog, nemačkog, švajcarskog i mađarskog prava.⁵⁴ Mislimo da je ovo dobra mogućnost, jer načelo *pacta sunt servanda* i opstanak ugovora o doživotnom izdržavanju imaju poseban značaj za primaoca. Drugo, time bi se otklonili dugi i skupi sudski sporovi i komplikovana pravila o restituciji koja prate raskid ugovora o doživotnom izdržavanju zbog nemogućnosti preciznog novčanog ekvivalenta za uloženu brigu i negu davaoca. Naravno, o tome bi moglo biti reći samo ako primaocu izdržavanja ne bi bili neophodni neposredna pažnja, nega i staranje (čije postojanje suštinski razlikuje ugovor o doživotnom izdržavanju i ugovor o doživotnoj renti i konsekventno utiče na prirodu i karakter međusobnih odnosa ugovornika), već bi on mogao da ostvari svoje potrebe samo kroz novčana davanja druge ugovorne strane.

⁵⁰ O. Antić, Z. Balinovac, 530; Ljiljana Spirović Trpenovska, Dejan Micković, Angel Ristov, Nasledovanjeto vo Evropa, Skopje 2011, 400, Presuda Vrhovnog suda Vojvodine, Rev. 221/78, S. R. Vuković, 278.

⁵¹ A. Bénabent, 615.

⁵² P. Malaurie, L. Aynès, 550–551; A. Bénabent, 615.

⁵³ A. Bénabent, 615.

⁵⁴ Nevenka Subotić-Konstantinović, Ugovor o doživotnom izdržavanju, Beograd 1968, 31.

RASKID UGOVORA ZBOG PROMENJENIH OKOLNOSTI
(REBUS SIC STANTIBUS)

Opšte je pravilo da obavezujuća snaga ugovora onemogućava ugovorne strane da menjaju visinu ugovornih obaveza, pa čak i ako su njima postale nezadovoljne, ili su obaveze poremećene usled okolnosti koje se nisu mogle predvideti u trenutku zaključenja ugovora.⁵⁵ Međutim, opravdanje za primenu ovog instituta proističe iz potrebe zaštite očekivanja savesnih ugovornih strana koja su one imale u trenutku stupanja u ugovorni odnos, jer su rukovođene okolnostima i prilikama koje su tada postojale i odlučile da zaključe ugovor, računajući da se te prilike neće uopšte ili neće značajnije menjati. Profesor Antić ovaj institut objašnjava preko teorije kauze, pa će po njegovom mišljenju ugovor biti raskinut ako su promenjene okolnosti toliko uticale na kauzalno obećanje jedne ugovorne strane da ga ona pod tako izmenjenim okolnostima nikada ne bi dala, odnosno da će se izmeniti i to na onaj način ako bi pri takvoj izmeni ugovorna strana pogođena izmenjenim okolnostima ipak dala svoje kauzalno obećanje.⁵⁶

Ako se nakon zaključenja ugovora o doživotnom izdržavanju okolnosti toliko promene da ispunjenje ugovora postane znatno otežano (*rebus sic stantibus*), sud može ugovorne odnose između davaoca i primaoca izdržavanja iznova da uredi ili raskine ugovor, a može i pravo primaoca izdržavanja da preinači u doživotnu rentu ako se obe ugovorne strane sa tim saglase.⁵⁷ Sud ne može preinačiti ugovor o doživotnom izdržavanju u doživotnu rentu kada je primalac izdržavanja staro i bolesno lice kome je potrebna neposredna nega,⁵⁸ ali kada ga jednom konvertuje u doživotnu rentu može da povećava visinu davaočeve obaveze zavisno od primaočevog zdravstvenog stanja,⁵⁹ što su sve važni aspekti zaštite primalaca doživotnog izdržavanja. Ne bi bila punovažna ugovorna odredba kojom bi se ugovornici unapred odrekli pozivanja na promenjene okolnosti na uopšten način, ali ako bi se pozvali na konkretnu okolnost i predvideli da se neće na nju

⁵⁵ P. Malaurie, L. Aynès, 546.

⁵⁶ O. Antić (2011), 415.

⁵⁷ V. čl. 202. st. 1 i st. 2 Zakona o nasleđivanju. Zakon nije odredio parametre kojima će se rukovoditi sud u odlučivanju za jednu od navedenih mogućnosti, osim što će sud morati da "vodi računa o svim okolnostima". Kosta Mesarović, Promenjene okolnosti i izvršenje ugovora o doživotnom izdržavanju, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, 11/1962, 10.

⁵⁸ Presuda Okružnog suda u Požarevcu Gž. 1267/96, Oliver Antić, Dejan Đurđević, Priručnik za nasledno pravo, Beograd 2009, 317.

⁵⁹ A. Bénabent, 615.

pozivati da bi izmenili ili raskinuli ugovor, ona bi bila punovažna ako to ne bi bilo suprotno načelu savesnosti i poštenja.⁶⁰

Da bi došlo do primene ovog instituta potrebno je da postoji izvanrednost događaja (da strana koja se poziva na promenjene okolnosti u trenutku zaključenja ugovora nije mogla da uzme u obzir, niti da izbegne i savlada takve okolnosti), otežano ispunjenje obaveze, odnosno neostvarenje svrhe ugovora (u meri u kojoj dolazi do nejednakosti uzajamnih prestacija) i da su promenjene okolnosti nastupile pre roka za izvršenje obaveze.⁶¹ Posledice delovanja promenjenih okolnosti u vidu "otežanog ispunjenja" ili "nemogućnosti ostvarenja svrhe ugovora" su određene kroz pravne standarde "da je očigledno da ugovor ne odgovara očekivanjima ugovornih strana", te "da bi po opštem mišljenju bilo nepravično održati ga na snazi takav kakav je". Međutim, ako su se te okolnosti mogle predvideti prilikom zaključenja ugovora, onda one i ne mogu poslužiti kao osnov za raskid ili izmenu ugovora, jer su imajući ih u vidu stranke mogle da zbog njihovog mogućeg nastupanja drugačije da urede sadržinu ugovora.⁶² U svakom konkretnom slučaju sud će odlučiti da li će ugovor da izmeni ili raskine, vodeći pri tome računa o cilju ugovora, interesima ugovornih strana, trajanju i dejstvu promenjenih okolnosti i rizicima koje ugovor date vrste redovno sa sobom nosi.⁶³ Sve ovo pominjemo zbog činjenice da se i na raskid ugovora o doživotnom izdržavanju supsidijerno primenjuju pravila ZOO iako je on regulisan ZON-om.⁶⁴

U nauci postoje shvatanja da samo davalac izdržavanja može tražiti izmenu ugovora zbog promenjenih okolnosti, jer navodno samo njemu i može biti znatno otežano ispunjenje ugovornih obaveza.⁶⁵ Mi sa ovakvim shvatanjem ne možemo da se složimo, jer ovde treba imati u vidu suštinu ugovora o doživotnom izdržavanju, odnosno potrebu jednog najčešće starog i nemoćnog lica koje nije u stanju da se samo stara o sebi, ili nema redovne prihode u visini koji bi mu

⁶⁰ Čl. 136. ZOO. S. Perović (1990), 435; V. Belaj, 701.

⁶¹ S. Perović, (1990), 429–433; Saša Nikšić, Temeljna obilježja instituta izmjene ili raskida ugovora zbog promijenjenih okolnosti, , Liber amicorum Nikola Gavella, Građansko pravo u razvoju, ur. Igor Gliha i dr., Zagreb 2007, 587.

⁶² Slobodan Perović, Raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti i načelo pravne sigurnosti, Separat iz Naučnog pregleda, Beograd 1974, 204.

⁶³ Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knjiga prva, ur. S. Perović i D. Stojanović, Kragujevac 1980, 429.

⁶⁴ O. Antić, Z. Balinovac, 535; Isti stav je zauzet u hrvatskoj nauci u pogledu nekadašnjeg ZOO i ZON, sa obrazloženjem da je ugovor o doživotnom izdržavanju obligacionopravni ugovor, a da su sem toga odredbe ZOO potpunije u pogledu regulisanja ovog instituta od odredbi ZON-a. V. Belaj, 696.

⁶⁵ K. Mesarović, (1962b), 11–12.

osigurati egzistenciju, da ostvari izdržavanje i obezbedi sebi brigu i negu. Dru-
gim rečima, mora se voditi računa o cilju, tj. kauzi ugovora, a sa tog aspekta, ne-
sumnjivo je da bi se i primalac mogao pozvati na promenjene okolnosti.⁶⁶

Imajući sve to u vidu, naše je mišljenje da u skladu sa načelom *exceptiones sunt strictissimae interpretationis* sudovi ne bi trebalo da primenjuju institut pro-
menjenih okolnosti kao pravilo, već kao izuzetak, što nažalost, kod nas nije slu-
čaj. Tako je naša sudska praksa raskidala ugovor o doživotnom izdržavanju i u
slučajevima kada je primalac izdržavanja faktički onemogućavao davaoca da is-
punjava svoju obavezu tako što je menjao mesto svog prebivališta, te uspostavl-
jao zajednicu života sa licima sa kojima do tada nije živeo, a koja su onda pre-
uzimala obavezu njegovog izdržavanja.⁶⁷ Ovakvo postupanje naših sudova je u
suprotnosti sa primaočevim interesima. Poznato je da su stara lica kako zbog
svog psihofizičkog stanja, a u slučajevima kada se javljaju kao primaoci doživot-
nog izdržavanja i zbog svoje egzistencijalne situacije, veoma podložna uticajima
različitih lica, koja često nisu dobronamerna prema njima, ponekad čak iako su
srodnici. Praksa suviše ekstenzivne primene instituta promenjenih okolnosti i
odveć lakog raskidanja ugovora o doživotnom izdržavanju, pretvara stara lica u
žrtve aspiracija subjekata koji nisu inspirisani dobrim namerama.

Zato se kao ključno postavlja pitanje kvaliteta i obima okolnosti čije bi
nastupanje pravdalo primenu instituta *rebus sic stantibus* kod ugovora o do-
životnom izdržavanju.⁶⁸ Čini se da su one određene samim ciljem, pravnom
prirodom i predmetom ovog ugovora. Na najopštijem planu, reč je o ljudskim
radnjama i prirodnim događajima, jer promenjene okolnosti imaju karakter
pravnih činjenica.⁶⁹

U promenjene okolnosti na strani davaoca izdržavanja svrstavaju se pro-
mene njegovog i zdravstvenog stanja članova njegove porodice, promene nje-

⁶⁶ Antić (2011), 416; S. Svorcan, 164.

⁶⁷ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1860/01, od 9. maja 2002. godine, Sudska praksa, 6/2003, Beograd 2003, 24; Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 2201/02, od 11. septembra 2002. go-
dine, Sudska praksa, 1/2003, Beograd 2003, 26. Po našem mišljenju, u ovakvom i sličnim slučajevima,
ugovor bi trebalo raskinuti ne zbog promenjenih okolnosti, već zbog neizvršenja primaoca,
jer je njegova obaveza i da omogući davaocu da bez poteškoća izvršava svoje ugovorne obaveze
prema njemu.

⁶⁸ Opšte uzanse za promet robe ("Sl. list FNRJ", 15/1954) u čl. 56. u izvanredne događa-
je ubrajaju prirodne događaje (poplava, grad, suša, zemljotres), upravne mere, ekonomske pojave
(npr. veliki skok ili pad cena). U nauci se ovde ubrajaju i socijalno-politički događaji (ratovi, revo-
lucije, generalni štrajkovi). Dragan Pavić, Izvršavanje ugovornih obaveza u uslovima promenjenih
okolnosti, Pravni život 9–10/1993, 1199.

⁶⁹ S. Nikšić, 586.

govog ekonomskog stanja i promene u užoj porodici davaoca. Međutim, zdravstvene okolnosti na strani davaoca mogu otežavati i primaocu da on ispunjava svoje obaveze (kroz prijem davaočevih činidbi), što i njemu otvara mogućnost da usled toga zatraži izmenu ili raskid ugovora.⁷⁰ Promene u vezi sa stanjem u užoj porodici davaoca koje se mogu podvesti pod ovaj institut, mogu se odnositi kako na smrt nekog člana njegove porodice, tako i na njeno uvećanje, na novonastalu obavezu zakonskog izdržavanja nekog lica od strane davaoca izdržavanja (pošto je obaveza zakonskog izdržavanja uvek prioritarna u odnosu na obavezu koja proističe iz ugovora o doživotnom izdržavanju) ili na povećane troškove i obavezu staranja usled bolesti i potreba lečenja nekog od članova porodice.⁷¹ Najsloženije je odrediti koje se promene prilika koje su u korelaciji sa ekonomskim položajem davaoca izdržavanja mogu podvesti pod ustanovu *rebus sic stantibus*. Naime, ugovor o doživotnom izdržavanju je po svojoj pravnoj prirodi aleatoran, što skoro po pravilu dovodi do odsustva ekvivalencije prestacija ugovornih strana. Kako se ovaj ugovor izvršava u dužem vremenskom periodu, to stranke moraju računati na "ekonomska kolebanja" koja će uticati na ekonomski položaj davaoca izdržavanja.⁷² To se ne odnosi na promene u cenama samim po sebi, jer one ne samo što su suspsumirane aleatornom prirodom ugovora, već je i visina obaveza davaoca obično praćenja povećanjem cena usluga koje on vrši, tako da ni u tom pogledu ne postoje promenjene prilike.⁷³ Stoga bi se pod promenjenim okolnostima u smislu pogoršanja davaočevog ekonomskog položaja moglo govoriti samo ako su one takve i tolike da dovede do sveukupnog porasta troškova ispunjenja i opšteg pogoršanja ekonomskog položaja, a posledica su takvih izvanrednih okolnosti kao što su rat, zemljotres, ili poplava.⁷⁴

Primalac izdržavanja ne bi mogao da traži raskid po ovom osnovu zbog ličnih svojstava davaoca izdržavanja (npr. starost, radna sposobnost), jer su mu te okolnosti u trenutku zaključenja ugovora morale biti poznate, pa je imajući ih u vidu mogao da računa na određeni način i kvalitet ispunjavanja davaoče-

⁷⁰ V. Belaj, 699.

⁷¹ S. Svorcan, 165; V. Belaj, 699.

⁷² S. Svorcan, 163. U suprotnom, ako bi se dopustila izmena ili raskid ugovora zbog svake promene u vrednosti novca, to bi značilo prelazak sa načela monetarnog nominalizma na načelo monetarnog valorizma. S. Nikšić, 584.

⁷³ S. Svorcan, 164. Francuski Kasacioni sud je povodom čuvenog slučaja Kraponskog kanala iz 1876. godine a zasnivajući svoju odluku na čl. 1134. Code civil zauzeo stanovište da sve okolnosti koje potpuno ne onemogućavaju ispunjenje obaveze, već samo narušavaju ekvivalenciju prestacija, uključujući i inflaciju ne mogu da se podvedu pod ovaj institut. D. Pavić, 1199.

⁷⁴ S. Svorcan, 163–164; S. Nikšić, 590. .

vih obaveza.⁷⁵ Razlog za primenu ovog instituta je i odlazak primaoca na izdržavanje višegodišnje kazne zatvora.⁷⁶ Čini nam se da posebnu pažnju zaslužuje i pitanje mogućnosti primene instituta *rebus sic stantibus* u slučaju značajnog poboljšanja materijalnog stanja primaoca, odnosno bitnijih promena u vrednosti predmeta njegove obaveze, koje ćemo nažalost, zbog obima rada ovoga puta morati da ostavimo otvorenim.

Promene u pogledu primaočevog zdravstvenog stanja ne spadaju u ovaj institut. Njega jednako motiviše na zaključenje ugovora potreba za obezbeđivanjem materijalne egzistencije, kao i potreba za brigom i pažnjom u bolesti i starosti. Stoga već u trenutku zaključenja ugovora obe stranke računaju na mogućnost da se na strani primaoca izdržavanja jave povećane potrebe u pogledu zdravstvene nege i sveukupnog staranja, pa se sa takvom mogućnošću prečutno saglašavaju i istovremeno pristaju da ugovor ostane na snazi i ako se pogorša primaočevo zdravlje.⁷⁷ Zato pogoršanje primaočevog zdravlja kao mogućnost obuhvaćena voljom stranaka u trenutku zaključenja ugovora ne može imati karakter relevantnih činjenica za raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti, jer su one supsumirane samom aleom ugovora o doživotnom izdržavanju.⁷⁸ Nijedno lice ne zaključuje ugovor o doživotnom izdržavanju u ulozi primaoca zato što je siguran da mu nega, staranje i pažnja neće biti potrebni, već upravo *vice versa*. To ujedno ne može ostati nepoznato davaocu izdržavanja, već zbog same prirode ugovora koji zaključuje. Imajući u vidu i tu, po njega nepovoljnu okolnost, on se ujedno sa njom saglasio, pa je pristao i na sve one troškove koje bi ona sa sobom mogla nositi, isto kao što je i primalac prečutno prihvatio mogućnost da mu doživotno izdržavanje, kao svojevrsno obezbeđenje koje sebi omogućuje neće biti potrebno, pa će ga takvog (ili samu sigurnost da će ga dobiti) ustvari "preplatiti". Međutim, primalac izdržavanja bi mogao da traži izmenu

⁷⁵ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 5840/94, S. R. Vuković, 270–271.

⁷⁶ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1181/91, S. R. Vuković, 289.

⁷⁷ S. Svorcan, 167; S. R. Vuković, 284. "Naime, zdravstveno stanje tužilje se posle zaključenja ugovora o doživotnom izdržavanju toliko pogoršalo, da je zahtevalo neprestano prisustvo trećeg lica, te određenu, kuvanu hranu. Tuženi nije udovoljio ovim zahtevima, kako u pogledu odgovarajuće vrste hrane, tako i u pogledu nege i brige oko tužilje, jer je dolazio povremeno, a sa tužiljom boravio veoma kratko, pri čemu je više pažnje poklanjao obradi imanja, nego tužilji lično. Ovakvo ponašanje tuženog dovelo je do nezadovoljstva tužilje izvršavanjem ugovornih obaveza tuženog, što je njihove međusobne odnose bitno poremetilo, u tolikoj meri da tužilja nije želela da se odnosi između ugovornih strana iznova urede. U takvoj situaciji, nižestepeni sudovi su pravilno primenili materijalno pravo kada su ugovor o doživotnom izdržavanju između parničnih stranaka raskinuli". (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1166/99 od 23. 6. 1999.) Sudska praksa, 11–12/2003, Beograd 2003, 18..

⁷⁸ S. Svorcan, 167; V. Belaj, 700.

ugovora u skladu sa svojim povećanim potrebama.⁷⁹ Mišljenja smo da ista argumentacija važi i u pogledu povećanja obaveze davaoca da primaocu obezbedi stanovanje, hranu, troškove lečenja, odeće i obuće koja mu je neophodna, te obavezu nege i pažnje, kao elemenata davaočevih obaveza određenih samim zakonom.⁸⁰ Može se zaključiti da visina obaveze davaoca izdržavanja nikada ne zavisi od visine primaočeve obaveze u pogledu podmirivanja najosnovnijih životnih potreba i onoga što je suština brige i staranja o životu, zdravlju i dostojanstvu primaoca izdržavanja. U tom smislu treba procenjivati i mogućnost pozivanja davaoca izdržavanja na promenjene okolnosti.

RASKID UGOVORA ZBOG SMRTI DAVAOCA IZDRŽAVANJA

Ni srpsko, niti većina uporednih prava ne predviđaju mogućnost raskida ugovora o doživotnom izdržavanju u trenutku smrti davaoca izdržavanja *ex lege*, jer bi takvo rešenje dovelo primaoca izdržavanja u nezavidan položaj.⁸¹ Zakonom je predviđeno da nakon smrti davaoca izdržavanja njegove ugovorne obaveze prelaze na njegovog bračnog druga i na potomke ako na to pristanu, a da se u suprotnom ugovor raskida. Ova lica nemaju pravo na naknadu za ranije dato izdržavanje, izuzev ako ne stupaju na davaočevo mesto jer nisu u stanju da preuzmu ugovorne obaveze.⁸²

Pristanak davaočevog supružnika i potomaka da nastave sa izvršavanjem ugovornih obaveza ne znači zaključenje novog ugovora, te se za njegovo održanje i nastavljanje izdržavanja ne traži primaočeva saglasnost.⁸³ U delu teorije se ističe da ovakvo rešenje nije sasvim povoljno po primaoca izdržavanja i da demonstrira izvesnu nedoslednost zakonodavca. Po svojoj pravnoj prirodi, ugovor o doživotnom izdržavanju je ugovor *intuitu personae*,⁸⁴ te se argumentuje

⁷⁹ S. R. Vuković, 264.

⁸⁰ V. čl. 194. st. 3. Zakona o nasleđivanju.

⁸¹ N. Subotić-Konstantinović, 154.

⁸² V. čl. 204. st. 1 i st. 2 i čl. 205. st. 1 Zakona o nasleđivanju.

⁸³ O. Antić. Z. Balinovac, 539; N. Subotić-Konstantinović, 154.

⁸⁴ Iako je u nauci nepodeljeno mišljenje da je ugovor o doživotnom izdržavanju ugovor *intuitu personae*, Zakon o nasleđivanju Srbije u čl. 204. st. 1. predviđa da u slučaju smrti davaoca izdržavanja njegove obaveze prelaze na njegovog bračnog druga i potomke koji su pozvani da ga naslede, ako se oni sa tim saglase, što je svakako atipično za ugovore ove vrste, jer je pravilo da se smrću jedne od ugovornih strana gasi ugovorna obligacija koja je nastala obzirom na lične osobine ugovornih strana. Ovakvom zakonskom formulacijom se ako ne relativizuje, a ono bar nedvo-

da je razumna pretpostavka da svaki primalac izdržavanja dobro i promišljeno bira lice sa kojim će uspostaviti tako blizak i prislan odnos kakav podrazumeva ovaj ugovor. Stoga, po prof. Svorcanu nema nikakvog opravdanja nametanje nekih drugih lica kao davalaca izdržavanja ako se sa njima kao subjektima ugovora ne bi saglasio primalac izdržavanja, pa bi po njegovom mišljenju *de lege ferenda* bilo celishodno, kao neophodan uslov za održanje ugovora na snazi predvideti i primaočevu saglasnost, odnosno raskid ugovora *ex lege* u odsustvu takve saglasnosti.⁸⁵

Po našem mišljenju, pre bi se moglo argumentovati sasvim suprotno. Zakonodavac je ovde ublažio aleatornu prirodu ugovora o doživotnom izdržavanju, zarad svojevrsnog proširenja smisla i domašaja načela *pacta sunt servanda*, čime je zaštitio ugovorni i životni interes primaoca izdržavanja. Njemu je kao licu kome su briga, pažnja, staranje i izdržavanje neophodni i to po pravilu u neprekinutom trajanju, u interesu da ih kontinuirano dobija umesto da raskidom ugovora dođe u situaciju da vodi dugotrajne i skupe sudske sporove sa davaočevim naslednicima, a da potom uloži dodatan trud i troškove da bi pronašao lice sa kojim bi zaključio novi ovakav ugovor. Ako ipak ne bi bio zadovoljan licem na koje bi posle davaočeve smrti prešla ugovorna obaveza izdržavanja, primalac bi mogao da zatraži raskid ugovora o doživotnom izdržavanju, te bi nastupile istovetne pravne posledice kao i kada bi uskratilo saglasnost za održanje ugovora na snazi sa novim davaocem.⁸⁶ Švajcarski zakonik o obligacijama daje primaocu izdržavanja preobražajno pravo da u roku od godinu dana od davaočeve smrti odluči o sudbini ugovora sa novim davaocima izdržavanja, što je dobro rešenje kojim se otklanja pravna neizvesnost.⁸⁷

smisleno ukazuje da je stepen lične povezanosti ugovornih strana različit čak i kod različitih ugovora *intuitu personae*. Teško bi npr. bilo zamisliti sličnu odredbu koja bi obavezivala naslednike znamenitog akademskog slikara da nastave sa izradom portreta čiju je izradu on ugovorio sa nekim licem, a koji ne može lično da izradi jer je umro. Ipak, O *intuitu personae* karakteru ovih ugovora i njegovoj percepciji kao takvog u praksi ubedljivo svedoči i sledeće. Od 1159 zaključenih ugovora pred tadašnjim Opštinskim sudom u Novom Sadu (1996–2000 godine) u gotovo polovini slučajeva je zasnivana zajednica života između ugovornih strana, dok u samo petini pomenutih ugovora kontrahtenti nisu bili srodnici, supružnici, ili vanbračni partneri. J. Vidić, 200.

⁸⁵ S. Svorcan, 352.

⁸⁶ Primalac izdržavanja bi bio obavezan da vrati primljeno na osnovu ugovora, koristi koje je imao od onoga što je dužan da vrati, a eventualno bi imao i obavezu da davaocu izdržavanja naknadi štetu. V. čl. 132. Zakona o obligacionim odnosima.

⁸⁷ Prema članu 528. Švajcarskog zakonika o obligacijama, u slučaju smrti davaoca ugovor se produžava između njegovih naslednika i primaoca, ali primalac izdržavanja zadržava pravo da u roku od godinu dana od davaočeve smrti raskine ugovor i bez isticanja posebnog razloga. N. Subotić-Konstantinović, 151. Ovakvo rešenje je veoma pogodno za primaoca izdržavanja jer mu

Primedba bi se pre možda mogla staviti povodom lica kojima je omogućeno da nastave sa ispunjavanjem davaočevih obaveza. Ako je zakonodavac već napravio izuzetak od *intuitu personae* pravne prirode ovih ugovora, čini se da je trebalo da omogući svim davaočevim naslednicima da nastave sa ispunjavanjem njegove obaveze iz ugovora o doživotnom izdržavanju. Utemeljena je pretpostavka da su ova lica ne samo dovoljno poznata primaocu da bi sa njima nastavio ispunjavanje ugovornih obaveza, već i da su kao davaočevi najbliži srodnici u najvećem broju slučajeva i faktički prethodno učestvovali u ispunjenju njegovih ugovornih obaveza.⁸⁸ Međutim, tačno je i to da ne postoji nikakva garancija da će baš ti a ne neki drugi davaočevi naslednici biti savesniji u ispunjavanju ugovornih obaveza, niti da sam primalac u njih ima više poverenja,⁸⁹ kada već njegova nesaglasnost ne može da utiče na opstanak ugovora sa novim davaocima. Postojeće rešenje naizgled favorizuje primaoca izdržavanja, jer on u slučaju da nema pripadnika prvog zakonskog naslednog reda koje zakon ovlašćuje da nastave sa obavezom izdržavanja nije dužan da dâ naknadu za ranije dato izdržavanje,⁹⁰ ali suštinski ni njemu nije od koristi.⁹¹ I pored toga što ostaviočevi naslednici ne mogu da zahtevaju naknadu za dato izdržavanje, primalac opet dolazi u tešku materijalnu situaciju, ostaje bez brige, staranja i izdržavanja, a rečju profesora Panova “u interesu poverioca izdržavanja nije da dobije najveći mesečni, već ukupni iznos izdržavanja, tj. da izdržavanje dobija u što dužem vremenskom intervalu.”⁹² Položaj primaoca izdržavanja je dodatno otežan ukoliko lica koja su po zakonu pozvana da umesto davaoca nastave sa ispunjavanjem obaveza iz ugovora o doživotnom izdržavanju to ne mogu da učine usled nekih subjektivnih okolnosti (bolest, nedostatak sredstava za život), jer njima tada izuzetno pripada naknada za izdržavanje koje je davao davalac. Iako se u nauci tvrdi da se na taj način ne ugrožava primočev položaj jer se naknada određuje obzirom na imovinske prilike i primaoca i davaočevih naslednika i nikada nije zbir izvršenih prestacija na ime izdržavanja,⁹³ izgleda da bi se moglo i drugačije argumentovati. Primalac izdržavanja kao lice kome nedostaje potrebna briga

ostavlja mogućnost da proceni da li mu odgovara produženje ugovora sa davaočevim naslednicima.

⁸⁸ O. Antić, Z. Balinovac, 538.

⁸⁹ S. Svorcan, 352.

⁹⁰ V. Belaj, 705.

⁹¹ Iako neki autori zastupaju shvatanje da ovakva odredba ide u korist primaoca izdržavanja. N. Subotić-Konstantinović, 154.

⁹² Slobodan Panov, *Porodično pravo*, Beograd 2010, 299.

⁹³ N. Subotić-Konstantinović, 154.

i nega, a često i nužna sredstva za život, ne samo što ostaje bez činidbi kojima se obezbeđuje njegova egzistencija, već dodatno mora da angažuje svoja, po pravilu skromna sredstva da bi tu naknadu isplatio. Stoga bi *de lege ferenda* trebalo razmotriti rešenje usvojeno u hrvatskom pravu kod “ugovora o dosmrtnom izdržavanju” (čemu je ekvivalent ugovor o doživotnom izdržavanju koji se u Srbiji zaključuje prema opštim pravilima imovinskog prava), prema kome prava i obaveze iz ugovora posle smrti davaoca prelaze na sve njegove naslednike, a ne samo na pripadnike prvog zakonskog naslednog reda.⁹⁴

U hrvatskoj teoriji postoji mišljenje i da bi davalac i primalac izdržavanja mogli ugovorom da regulišu situaciju koja bi nastala davaočevom smrću. Po ovom shvatanju, lice koje bi ugovorom bilo određeno da nastavi sa ispunjavanjem primaočevih obaveza imalo bi prednost u odnosu na davaočevog bračnog druga ili potomke, odnosno jedno od tako izdvojenih lica iz prvog zakonskog naslednog reda bi imalo prioritet u odnosu na ostala.⁹⁵ Ne bismo mogli da se složimo sa tvrdnjom da bi sud “mora” da postupa po ovakvoj ugovornoj odredbi, kako ističe ovaj autor, jer je reč o imperativnoj normi koja se ne može menjati voljom stranaka, ali bi i ovu mogućnost *de lege ferenda* trebalo razmotriti.

PONIŠTENJE UGOVORA O DOŽIVOTNOM IZDRŽAVANJU

Obzirom da je aleatoran ugovor, ugovor o doživotnom izdržavanju podrazumeva da davalac može na ime izdržavanja primaoca dati vrednosno mnogo više od onoga što će dobiti nakon njegove smrti, ali i *vice versa*, da će koristi koje stekne iz ovog ugovora biti mnogo veće od njegovih troškova. Naime, visina obaveze primaoca izdržavanja je poznata već u trenutku zaključenja ugovora, jer se sastoji u prenosu tačno određenih stvari ili prava na davaoca izdržavanja, ali će vrednost davaočeve obaveze uvek zavisiti od dužine života primaoca izdržavanja i njegovog zdravstvenog stanja, u čemu se aleatornost i ogleda.⁹⁶ Aleatornost se u francuskoj nauci kod ugovora o doživotnoj renti definiše i time “što

⁹⁴ V. Belaj, 704.

⁹⁵ V. Belaj, 703.

⁹⁶ Profesor Panov pravi razliku između “subjektivne aleatornosti” koja se odnosi na dužinu trajanja života primaoca izdržavanja i “objektivne aleatornosti”, koja je po njegovom mišljenju moguća u pogledu obima predmeta ugovora. S Panov, O zajedničkoj svojini u braku, Anali Pravnog fakulteta, br. 1–3/1998, 67, fn. 45. U Francuskoj nauci se ovaj drugi element (zdravstveno stanje primaoca) upravo uzima kao kriterijum razlikovanja doživotne rente i ugovora o doživotnom izdržavanju. A. Bénabent, 613.

se svaka od ugovornih strana oseća ravnopravnom usled nesigurnosti⁹⁷. Ovo se ne smatra nikakvom zloupotrebom, jer je imanentno pravnoj prirodi aleatornih ugovora. Ipak, u našoj praksi skoro da je pravilo da davalac izdržavanja dobija mnogo više nego što daje.⁹⁸

Kako bez aleatornosti, čije se postojanje mora ceniti u svakom konkretnom slučaju ne bi bilo reči o ugovoru o doživotnom izdržavanju, već o nekom drugom kontraktu,⁹⁹ to sva zakonodavstva kao posledicu njenog odsustva predviđaju nevažnost konkretnog ugovora o doživotnom izdržavanju. Međutim, ona se međusobno razlikuju prema merodavnom kriterijumu prilikom utvrđivanja da li je u konkretnom slučaju postojala aleatornost. Jednu grupu pravnih sistema čine oni koji za referentnu okolnost uzimaju vreme trajanja ovakvog ugovora. Tako član 1975 *Code civil* postavlja pretpostavku da alee nije bilo ako je lice u čiju korist je ustanovljena doživotna renta umrlo u roku od 20 dana od dana zaključenja ugovora.¹⁰⁰ Ono što u ovakvom slučaju ugovor čini nevažećim jeste dužnikovo saznanje o poveriočevoj bolesti. Međutim, u cilju dodatne zaštite poverioca doživotne rente, francuski Kasacioni sud je 2. marta 1977. godine (Cass. Civ. 1, 2 mars 1977, Bull. civ. I, no 115) zauzeo stav da član 1975. na osnovu opštih pravila ugovornog prava omogućava ustanovljenje apsolutne ništavosti i takvog ugovora o doživotnoj renti gde je poverilac umro i nakon 20 dana od dana njegovog zaključenja,¹⁰¹ ako naslednici poverioca doživotne rente dokažu da je on bolovao od takve bolesti gde je smrt bila neizbežna, pa makar i u roku dužem od 20 dana od dana zaključenja ugovora,¹⁰² čime dolazi do približavanja srpskog i francuskog rešenja. Kasacioni sud je u takvim slučajevima poništavao ove ugovore oslanjajući se na teoriju kauze, odnosno argumentujući da

⁹⁷ F. Lecrec, 102.

⁹⁸ Slavko Marković, *Nasledno pravo*, Beograd 1978, 287.

⁹⁹ N. Gavella, V. Belaj, *Nasljedno pravo*, Zagreb 2008, 437, fn. 53.

¹⁰⁰ P. Malaurie, L. Aynès, 543; http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_civil_textA.htm#Section%20I%20-%20Of%20the%20Requisites, pristup ostvaren 29.08.2011. godine. Naša sudska praksa u ovakvim slučajevima postupa sasvim drugačije: "Ne može se smatrati da je osporeni ugovor o doživotnom izdržavanju nemoralan i zbog toga ništavan samo stoga što je formalno zaključen 10 dana pre smrti primaoca izdržavanja, budući da nije dokazano da ga je tužena zaključila u nameri da iskorištavanjem teškog zdravstvenog stanja M. M. Terezije i znajući za njenu blisku smrt, za kratko vreme dođe do nesrazmerne imovinske koristi", (Presuda Vrhovnog suda Vojvodine, Rev. Br. 101/83).

¹⁰¹ F. Lecrec, 103.

¹⁰² P. Malaurie, L. Aynès, 544.

cena nije mogla biti ni realna ni ozbiljna onda kada je kupac znao da prodavcu sledi neizbežna smrt.¹⁰³

Zakon o nasleđivanju Srbije suprotno tome kao kriterijum uzima jedan pravni standard, pa predviđa da sud može “na zahtev zakonskih naslednika primaoca izdržavanja poništiti ugovor o doživotnom izdržavanju, ako zbog bolesti ili starosti primaoca izdržavanja ugovor nije predstavljao nikakvu neizvesnost za davaoca izdržavanja”. Zakonski naslednici mogu zahtevati poništaj ugovora u roku od godinu dana od dana saznanja za ugovor, a najkasnije u roku od tri godine od smrti primaoca izdržavanja, pri čemu jednogodišnji rok ne može da počne da teče pre primaočeve smrti.¹⁰⁴ Prekluzivni rokovi u kojima se može tražiti poništenje ovakvog ugovora govore da je reč o rušljivom pravnom poslu. Naravno, nezavisno od toga da li je u trenutku zaključenja postojala neizvesnost u pogledu trajanja primaočevog života, ugovor neće proizvoditi proizvoditi pravna dejstva ako nije počeo da se izvršava, jer je ugovor o doživotnom izdržavanju po svojoj pravnoj prirodi teretan pravni posao.¹⁰⁵

U nauci se ističe da se nedostaci ovog rešenja sastoje u njegovoj formulaciji (*ako ugovor zbog bolesti ili starosti primaoca izdržavanja nije predstavljao nikakvu neizvesnost za davaoca izdržavanja*), koja ostavlja mogućnost da ovaj ugovor bude poništavan suviše često, obzirom da ga niko ne zaključuje u svojstvu primaoca dok je mlad i dobrog zdravlja.¹⁰⁶ Iz tog razloga potencijalni davaoci mogu da budu odvraceni od stupanja u ugovorni odnos znajući da od strane primaočevih naslednika može biti lako poništen,¹⁰⁷ što ne ide u prilog ni licima kojima su izdržavanje, briga i nega potrebni. Zato bi po mišljenju ovih autora primerenija bila formulacija kojom bi se za poništenje ugovora zbog nedostat-

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ V. čl. 203. Zakona o nasleđivanju *in fine*. Tako se u Presudi Vrhovnog suda Srbije Rev. 610/97, od 13.05.1997. godine ističe: “Boravak teškog bolesnika na odeljenju intenzivne nege kao ishod teške i dugotrajne bolesti nije uobičajen čas za zaključenje ugovora o doživotnom izdržavanju. Kod pažljivih supružnika koji žele uzajamno da se pomažu, ovo je prevashodno momenat brige za zdravlje i život bolesnika, a ne za uspostavljanje ugovornih obaveza. Ništavost ugovora posledica je i odsustva neizvesnosti, zbog čega zaključeni ugovor nema bitno obeležje ovog ugovora, a to je aleatornost. Znanje jednog ugovarača da je drugi teško bolestan, sa očekivanim nesumnjivim i skorim smrtnim ishodom, čini da je ovakav ugovor ništav, protivan odredbi čl. 117. Zakona o nasleđivanju, kako je to pravilno zaključio Opštinski sud”, Sudska praksa, 7–8/1998, Beograd 1998, 27.

¹⁰⁵ Odluka na Vrhovniot sud na Makedonija, Rev. Br. 692/81 od 1981. godine. LJ. Spirović Trpenovska, D. Micković, A. Ristov, 395.

¹⁰⁶ Zoran Ćirić, Nataša Stojanović, Neke dileme oko poništaja ugovora o doživotnom izdržavanju, *Pravni život* 10/2002, 610.

¹⁰⁷ Z. Ćirić, N. Stojanović, 613.

ka alea zahtevalo umesto alternativnog, kumulativno postojanje bolesti i starosti na strani primaoca izdržavanja.¹⁰⁸ Nezavisno od toga da li bi ove kriterijume trebalo uzeti alternativno ili kumulativno prilikom utvrđivanja odsustva aleatornosti, veoma je teško dovesti u vezu godine starosti i bolest sa izvesnošću ili neizvesnošću smrti, jer su čak i moderna medicinska prognostika, dijagnostika i lečenje često nepouzdati i ne postoje jasni pokazatelji i nedvosmislena pravila na osnovu kojih bi moglo da predvidi koliko će neko lice živeti.¹⁰⁹

Stoga je veoma značajan doprinos koji je u konkretizaciji ovog pravnog standarda dala naša sudska praksa i tako u nizu slučajeva ostvarila pravu nameru zakonodavca – zaštitu primaoca izdržavanja. Ne smatra se da aleatornost *a priori* ne postoji ako je ugovorni odnos kratko trajao, već se uvek procenjuje njeno postojanje prema svim konkretnim okolnostima slučaja, a to su postojanje realne potrebe za izdržavanjem starog i teško bolesnog lica, mogućnost takvog lica da se stara o sebi, da li je ugovor zaključen na insistiranje primaoca ili davaoca izdržavanja, te da li očekivana smrt primaoca izdržavanja nastupa u relativno sličnom roku za sve bolesnike koji boluju od date bolesti, ili zavisi od snage organizma i njegovih reakcija na propisanu terapiju.¹¹⁰ U praksi je to najčešće slučaj kada davalac izdržavanja zaključuje ugovor sa primaocem za koga mu je poznato da je dijagnostifikovano da boluje od teške bolesti koja prema naučnim saznanjima po pravilu vodi smrtnom ishodu u relativno kratkom vremenskom roku.¹¹¹ Kao što se vidi, naši sudovi zahtevaju za nedostatak aleatornosti da je

¹⁰⁸ M. Albijanić, 504.

¹⁰⁹ Vladeta Jerotić, Eutanazija i religija, Srpski arhiv za celokupno lekarstvo, 2008 136(5–6), 333. S tim u vezi, svako uslovljavanje punovažnosti ugovora vremenskim peridom koji bi primalac počeo nakon zaključenja ugovora (kako to čini francusko pravo), ne izgleda nam kao podesno.

¹¹⁰ Rešenje Okružnog suda u Valjevu, Gž. br. 248/03, od 06.02.2003. godine, Sudska praksa, 2–3/2004, Beograd 2004, 24–25; Rešenje Okružnog suda u Valjevu Gž. 1718/03, od 05.12.2003. godine, Sudska praksa, 4/2004, Beograd 2004, 24.

¹¹¹ “Tužena je kao primalac izdržavanja zaključila ugovor o doživotnom izdržavanju sa davaocem izdržavanja, pravnim prethodnikom tužilaca, 16.7.2001. Kod davaoca je još 23.4.2001. medicinski utvrđeno maligno oboljenje na pankreasu. Nakon sedam meseci od zaključenja ugovora primalac izdržavanja je umro. Pravilno je pravno shvatanje prvostepenog suda da je postojanje neizlečive bolesti bilo poznato davaocu izdržavanja i da činjenica smrti nije predstavila za njega neizvesnost, pa je imalo mesta poništaju navedenog ugovora o doživotnom izdržavanju”. (Presuda Opštinskog suda u Gornjem Milanovcu P. 153/03, od 22.5.2006. i Presuda Okružnog suda u Čačku Gž. 1359/06, od 1.11.2006); “Pokojni otac tužioca je kao primalac izdržavanja sa tuženom kao davaocem izdržavanja zaključio ugovor o doživotnom izdržavanju, pri čemu je tužena u tom momentu znala da pokojni primalac izdržavanja boluje od neizlečivog karcinoma, konzilijarno-medicinski dijagnostifikovanog i upisanog u njegov zdravstveni karton i mnogo pre zaključenja ovog ugovora”. (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 333/01).

svest o skoroj smrti primaoca izdržavanja isključivi, ili bar glavni motiv na strani davaoca izdržavanja zbog koga on zaključuje ugovor. Takođe, sudska praksa uzima da nema osnova za poništenje ugovora čak i ako je trajao kraće vreme i nije predstavljao neizvesnost za davaoca izdržavanja, ako se on faktički starao o primaocu i podmirivao njegove potrebe u dužem vremenskom periodu i pre zaključenja ugovora, kao i ako je davalac bio slabog materijalnog stanja, jer se doživotno izdržavanje ne mora iscrpljivati samo u novcu.¹¹² Nekada staranje, briga i nega o licu kome je potrebno doživotno izdržavanje mogu da budu skopčani sa nesrazmernim teškoćama, naporima i troškovima u odnosu na vreme u kome su obavljani, što zavisi od zdravstvenog stanja svakog pojedinog primaoca. Drugim rečima, trajanje ugovornog odnosa samo po sebi nije dokaz (ne)savesnosti ugovornih strana,¹¹³ što je po našem mišljenju bolje rešenje od prihvaćenog u francuskom pravu jer više vodi računa o okolnostima svakog slučaja. Najzad, suviše često poništavanje ugovora o doživotnom izdržavanju iz ovog razloga, s jedne strane bi odvrtilo od stupanja u ugovorni odnos veliki broj potencijalnih davalaca, jer bi kod njih postojala svest da ugovor uvek može da bude poništen, dok bi sa druge strane konsekventno lišila potencijalnog primaoca izdržavanja mogućnosti da kraj svog života provede uz nekoga ko će mu ga olakšati i omogućiti da napusti ovaj svet na način dostojan ljudskog bića.¹¹⁴ Naravno, ugovor o

¹¹² Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 4263/02, od 14.11.2002. godine, Sudska praksa, 4/2003, Beograd 2003, 19–20; Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 702/02, od 16. maja 2002. godine, Sudska praksa, 11–12/2002, Beograd 2002, 23; “Tužbeni zahtev nije osnovan uprkos činjenici što je od zaključenja ugovora o doživotnom izdržavanju proteklo samo 38 dana. Naime, u konkretnom slučaju se radi o tako zaključenom ugovoru, koji je samo utvrdio stanje koje je postojalo ranije više godina. Prema tome, iza ugovora nije stajala kakva druga nedozvoljena namera tuženog.” (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3826/94).

¹¹³ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. br. 4772/01, S. R. Vuković, 294.

¹¹⁴ “U toku postupka je utvrđeno da je zaključen ugovor o doživotnom izdržavanju, kojim se davalac izdržavanja obavezala da se brine o primaocu izdržavanja, da ga neguje, održava higijenu u kući i dvorištu, nabavlja osnovne namirnice i lekove, da ga vodi lekaru, a po smrti i sahrani. Primalac izdržavanja se obavezao da posle smrti na davaoca prenese pravo svojine na svojoj kući. Primalac izdržavanja je bio bolestan od karcinoma pluća od početka septembra meseca 2003. a ugovor je zaključen i overen 17.9.2003. godine. Nakon toga je primalac izdržavanja lečen, a preminuo je u bolnici u Užicu 19.2.2004. godine. Iz izvedenih dokaza prvostepeni sud je utvrdio da je u vreme zaključenja pomenutog ugovora primalac izdržavanja bio svestan i uračunljiv, sposoban za zaključenje ugovora i slobodno izražavanje svoje volje i svestan postupaka koje preduzima zaključivanjem pomenutog ugovora. Pravilno je utvrđeno od strane prvostepenog suda da nisu ispunjeni uslovi iz čl. 203. ZON za poništaj ugovora, jer je pomenuti ugovor teretan aleatoran ugovor, a smrt primaoca izdržavanja je neizvestan događaj za davaoca bez obzira što je davalac izdržavanja znala za bolest primaoca izdržavanja. Na punovažnost pomenutog ugovora ne utiče ni okolnost što je primalac izdržavanja bio zaposlen i imao materijalnih sredstava za svoje izdržavanje, jer je

doživotnom izdržavanju može biti poništen zbog nedostatka aleatornosti i kada je primalac izdržavanja znao da zbog bolesti ili starosti nema neizvesnosti, ali je važno da to saznanje ne predstavlja ujedno i njegovu nameru zbog koje zaključuje ugovor, jer će se u suprotnom raditi o simulovanom ugovoru.¹¹⁵ U tom slučaju bi se ugovor o doživotnom izdržavanju smatrao ugovorom o poklonu.¹¹⁶

Sva ova rešenja za osnovu imaju pravilo poznato još u rimskom pravu (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), kojim se nikome neće dozvoliti da usled sopstvene nesavesnosti stiče korist a drugome nanosi štetu, tj. na način koji je u suprotnosti sa načelom savesnosti i poštenja.¹¹⁷ Time se u najvećoj meri predupređuju moguće zloupotrebe nepovoljne primaoočeve životne situacije, jer se licu koje bi htelo da izvuče korist iz tuđeg teškog i nezavidnog položaja, te stekne imovinu primaoca izdržavanja na način koji nije praćen istinskim motivom za njegovim izdržavanjem, stavlja u izgled da takav ugovor može biti poništen.

ZAKLJUČAK

Zaštita primalaca prema pravilima o prestanku ugovora o doživotnom izdržavanju se u srpskom pravu ostvaruje na visok način kroz institute raskida i poništenja ugovora koji su normirani Zakonom o obligacionim odnosima i Zakonom o nasleđivanju. Značajan doprinos u ostvarivanju ove zaštite daje sudska praksa, posebno preciziranjem pojma pravnih standarda poremećenosti odnosa ugovornika do stepena nepodnošljivosti i odsustva neizvesnosti za davaoca u pogledu dužine života primaoca izdržavanja. Čini se da prostor za unapređenje sadašnjih rešenja u zakonu postoji u pogledu proširenja kruga lica koja posle smrti davaoca izdržavanja mogu preuzeti njegovu ugovornu obavezu i u smi-

predmet ugovora bio samo pružanje odgovarajuće nege od strane davaoca izdržavanja kao i obaveza da sahrani primaoca izdržavanja bez angažovanja materijalnih sredstava za pokrivanje troškova izdržavanja. Tužena je svoje obaveze iz ugovora u potpunosti izvršila, tako da je primaoca lečila, brinula se o njemu i nakon njegove smrti ga sahranila.” (Presuda Opštinskog suda u Užicu P. 737/04, od 31.3.2006. i Presuda Okružnog suda u Užicu Gž. 1197/06, od 24.7.2006.). “Kada su primaoci izdržavanja, godinama bolovali od brojnih hroničnih bolesti, koje su lečene uz pomoć medicinske terapije koju im je obezbedio davalac izdržavanja, tada se vreme smrti primalaca izdržavanja nije moglo predvideti.” (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3307/04), S. R. Vuković, 257.

¹¹⁵ O. Antić, Z. Balinovac, 537.

¹¹⁶ LJ. Spirović Trpenovska, D. Micković, A. Ristov, 393.

¹¹⁷ Dragoljub Stojanović, Zloupotreba prava u obligacionim odnosima, Zloupotreba prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Niš 1996, ur. Radmila Kovačević – Kuštrimović, 97.

slu predviđanja mogućnosti konvertovanja ugovora o doživotnom izdržavanju u ugovor o doživotnoj renti kada se međusobni odnos davaoca i primaoca izdržavanja poremeti do stepena neponošljivosti. Zadatak sudske prakse, u cilju još efikasnije zaštite primalaca izdržavanja jeste da restriktivnije tumači i primenjuje normu koja omogućava raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti.

MILOŠ STANKOVIĆ, LL.M.,
Assistant Lecturer, Faculty of Law,
University of Belgrade

THE PROTECTION OF RECIPIENTS ACCORDING TO THE RULES
ON THE CESSATION OF THE LIFETIME CARE AGREEMENT
IN SERBIAN POSITIVE LAW

Summary

The protection of recipients according to the rules on the cessation of the lifetime care agreement in Serbian Law can be implemented through the institutions of the breach of contract and the annulment of contract, which is regulated by the Law on Obligations and the Inheritance Law. A significant contribution to the implementation of this protection is provided by the judicial practice, especially by close definitions of the notion of legal standards of the disturbance in the relationship between contracting parties up to a point of intolerance and the lack of uncertainty for the provider as for the life duration of the recipient of life support. It seems that there is space for the improvement of current solutions in the Law in the opportunity to expand the circle of persons who, after the death of the life support provider, can take over his contracting obligation and in the sense of foreseeing the opportunity to concert the life support contract into a life annuities contract when the relationship between the provider and the recipient of support is disturbed up to a point of intolerance. The task of the judicial practice, in order to more efficiently protect the recipient of life support, is to interpret and apply more restrictively the norm which enables the breach of contract due to the changed circumstances.

TAMARA ĐURĐIĆ

NASLEDNIČKA DRŽAVINA

U V O D

Za razliku od prava svojine koje predstavlja pravnu vlast na stvari, pravni pojam državine predstavlja faktičku vlast na stvari, bez obzira na pravni osnov vršenja te faktičke vlasti (tj. da li licu koje preuzima aprehensione radnje pripada i pravo na državinu) i nezavisno od toga da li držalac veruje da je ovlašćen da vrši tu faktičku vlast. U našem pravu kao i u većini savremenih zakonodavstava usvojena je objektivna koncepcija državine po kojoj se državina izjednačava sa faktičkom vlašću na stvari. Tako je za postojanje državine dovoljan samo *corpus possessionis*, ali ne i *animus rem sibi habendi*, odnosno volja da se stvar ima za sebe, kao što je to bio slučaj prema subjektivnom, rimskom shvatanju državine.

Međutim, naslednička državina, kao posebna vrsta državine, odstupa ne samo od subjektivnog, već i objektivnog shvatanja pojma državine. Naslednik stiče državinu u momentu ostaviočeve smrti, u skladu sa principom sticanja zaostavštine *ipso iure* koji je prihvaćen u našem pravu, bez obzira što najčešće u momentu delacije naslednik nema faktičku vlast na stvari (*corpus possessionis*), niti zna da je postao naslednik određenog lica, tako da državina nastaje i bez njegove volje. Na taj način naslednička državina odstupa od pravila da se državina stiče uspostav-

Tamara Đurđić, saradnik u nastavi, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.

ljanjem faktičke vlasti na stvari, i kao specifičan oblik državine otvara niz pravnih pitanja koja se tiču pre svega određivanja kruga naslednika koji postaju držaoci u odnosu na konkretnu zaostavštinu, definisanje predmeta nasledničke državine i njenog kvaliteta, kao i pitanje pravne prirode i opravdanosti postojanja ovog stvarnopravnog instituta.

POJAM I PRAVNI ZNAČAJ NASLEDNIČKE DRŽAVINE

Prema Zakonu o osnovama svojinsko-pravnih odnosa naslednik stiče državinu u momentu ostaviočeve smrti, bez obzira na to kada je stekao faktičku vlast na stvari.¹ S obzirom da naslednik postaje držalac momentom delacije, iako nije uspostavio efektivnu, faktičku vlast na stvari, za državinu naslednika se ne može reći da je to državina u pravom smislu (u smislu efektivnog poseda), već je reč o specifičnoj vrsti državine, tzv. spiritualizovanoj državini.² Dakle, naslednička državina je zakonom priznato pravo ostaviočevom nasledniku da nastavi državinu na stvarima i pravima koje su u trenutku smrti ostavioca bile u njegovoj državini.³ Ova vrsta državine u svim savremenim zakonodavstvima uživa pravnu zaštitu jer se kroz nasleđivanje državine⁴ ostvaruje jedna od osnovnih funkcija ovog stvarnopravnog instituta, a to je funkcija kontinuiteta. Tako naslednik nastavlja držanje stvari i prava koje je ostavilac imao u trenutku smrti i na taj način se sprečava nastanak "praznine" (vakuma) u državini ostavioca od momenta delacije do trenutka

¹ Čl. 73. Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa ("Sl. list SFRJ", br. 6/80 i 36/90, "Sl. list SRJ", br. 29/96 i "Sl. glasnik RS", br. 115/2005 - dr. zakon), u daljem tekstu: ZOSPO.

² S obzirom da naslednička državina kao spiritualizovani oblik državine postoji bez faktičke vlasti naslednika i bez njegove volje, moglo bi se reći da se naslednička državina ponaša kao pravo, zbog čega neki autori nasledničku državinu smatraju subjektivnim pravom. "Međutim, naslednička državina se nalazi između subjektivnog prava i čistog faktičkog odnosa. Ona predstavlja pravno štićenu poziciju koja se po svom dejstvu približava subjektivnom pravu, i predstavlja privremeno pravo, odnosno oslabljeno pravo na stvari koje se povlači u konfliktu sa svojinom i drugim stvarnim pravima, ali je prema stranim zahtavima držalac privremeno zaštićeno." D. Stojanović, *Stvarno pravo*, Kragujevac, 1998. god., str. 20.

³ D. Lazarević, *Naslednička državina*, Pravni život br. 10/2002, str. 159.

⁴ Iako se u pravnoj teoriji često govori o "nasleđivanju ostaviočeve državine", po prirodi stvari nasleđivanje državine nije moguće, jer je državina samo faktičko stanje koje se iznova pribavlja, tako da sukcesija nije ni moguća u pogledu ostaviočeve državine. Ovde je reč o ovlšćenju naslednika da po samom zakonu nastavi sa vršenjem državine stvari i prava koje su pripadale ostaviocu u momentu smrti. Zbog toga se se u nekim pravnim sistemima, kao što je nemački, državina smatra pravom, a ne činjenicom, jer kao činjenica državina je nenaslediva; vidi D. Popov, *Pravni život*, br.10/2000, str. 152.

uspostavljanja faktičke vlasti na stvari od strane naslednika i štiti državinsko stanje koje je u momentu smrti imao ostavilac od eventualnih smetanja od strane trećih lica. Pri tom nije od značaja da li je ostavilac bio vlasnik stvari na kojima se uspostavlja naslednička državina.

Fiktivno stanje nasledničke državine traje od momenta smrti ostavioca do momenta dok naslednik ne otpočne vršenje faktičke vlasti na stvari. Naslednik ima potpunu slobodu da odluči kada će otpočeti sa vršenjem faktičke vlasti na stvarima iz zaostavštine, i za to mu nije potrebno nikakvo odobrenje. Momentom uspostavljanja efektivne državine na nasleđenim stvarima i pravima prestaje i naslednička državina kao pravna konstrukcija (fikcija), kada nastavlja da postoji neka od vrsta državine predviđenih ZOSPO. Ukoliko naslednik ne uspostavi efektivnu državinu na predmetu zaostavštine, već faktičku vlast počne da vrši neko drugo lice, istekom zakonskih rokova⁵ naslednik gubi državinu, bez obzira na to kada je saznao da je postao naslednik.

U skladu sa funkcijom kontinuiranosti poseda, na naslednika prelazi i pravo na državinsku zaštitu. Naslednici mogu zahtevati državinsku zaštitu od momenta smrti ostavioca i isto onako kako bi tu zaštitu mogao zahtevati i ostvariti ostavilac da je živ.⁶ Uslučaju smetanja državine od strane trećih lica učinjenih nakon delacije, naslednici imaju pravo da u zakonom predviđenim prekluzivnim rokovima⁷ podignu tužbu za zaštitu državine, iako još nisu uspostavili faktičku vlast na nasleđenim stvarima. Ukoliko je državinu ostavioca pre delacije ugrozilo neko treće lice, naslednici će imati isto pravo na državinsku zaštitu kao i ostavilac za života, jer u skladu sa kontinuitetnom funkcijom državine, i pravo državinske zaštite postaje deo zaostavštine.⁸ Ukoliko nasleđuje više naslednika koji imaju sudržavinu na nasleđenim stvarima, oni imaju pravo na zaštitu državine u odnosu na treća lica, ali i između sebe. Tako sanaslednik koji nema faktičku vlast na stvari može podići državinsku tužbu (radi uvođenja u posed ili radi zaštite poseda) protiv onog naslednika koji u vreme delacije preuzme stvar u faktičku državinu i onemogućiti ostale sanaslednike da preuzumu državinu stvari.

⁵ "Sudska zaštita od uznemiravanja, odnosno oduzimanja državine može se tražiti u roku od 30 dana od dana saznanja za smetanje i učinioca, a najkasnije u roku od godinu dana od nasatalog smetanja (spor zbog smetanja državine)" – čl. 77. ZOSPO.

⁶ "...Za stjecanje suposjeda nasljednika i zaštitu u posjedovnoj parnici nužno je da je njihov prednik bio i sam posjednik ili suposjednik stvari, jer se u protivnom posjedovna zaštita ne bi mogla pružiti ni predniku, pa time ni njegovim nasljednicima." (Okružni sud Zadar, GŽ-367/91 od 24.04.1991, Pregled sudske prakse, prilog Zakonitosti, br. 48/1991, str. 40–41).

⁷ Subjektivni rok od trideset dana od saznanja za smetanje učinioca, i objektivni rok od jedne godine od nastalog smetanja (čl. 77. ZOSPO).

⁸ O. Antić, Z. Balinovac, *Komentar zakona o nasleđivanju*, Beograd, 1996, str. 553.

NEKA SPORNA PITANJA NASLEDNIČKE DRŽAVINE

a) Jedno od osnovnih pitanja koje se postavlja kada je reč o nasledničkoj državi i njenom sticanju, jeste pitanje *određivanja kruga naslednika* koji postaju držaoci stvari i prava koja ulaze u sastav zaostavštine u momentu smrti ostavioca. Sa sigurnošću se može reći da se držaocima smatraju svi naslednici, i zakonski i zaveštajni, pošto se pod pojmom naslednika podrazumeva i zakonski i zaveštajni naslednik, a nasledno pravo ne razdvaja pravo naslednika stečeno na osnovu zakona od onog stečeno na osnovu testamenta.⁹

Kada je reč o određivanju kruga naslednika koji stiču državinu u momentu delacije, sporno je takođe da li tu spadaju samo pravnosnažno utvrđeni naslednici, ili svi potencijalni naslednici koji u momentu delacije mogu biti pozvani na nasleđe? U našem pravu je usvojen sistem sticanja zaostavštine *ipso iure* u kojem momentom smrti ostavioca dolazi do otvaranja nasleđa, kada zaostavština prelazi na naslednike, a rešenje o nasleđivanju ima samo deklarativni karakter.¹⁰ Sticanje zaostavštine po sili zakona ima za cilj da se odmah nakon ostaviočeve smrti nastave pravni odnosi čiji je učesnik bio ostavilac tako što će na njegovo mesto stupiti njegov naslednik u trenutku delacije. To znači da svaki naslednik u momentu ostaviočeve smrti po samom zakonu stiče sva prava, pravna stanja, pravne moći i obaveze koje ulaze u zaostavštinu ostavioca, kao i državinu stvari i prava koje je ostavilac imao u momentu smrti.¹¹

Ukoliko je pravi naslednik mimo svoje volje onemogućen da vrši bilo koje subjektivno pravo koje mu je pripalo momentom delacije ostavioca, njemu svaka-

⁹ "Nasledniku u momentu otvaranja nasleđa pripada naslednička država bez obzira da li nasleđuje na osnovu zakona ili zaveštanja", O. Antić, *op. cit.*, str. 552; "Više naslednika, bez obzira na to jesu li lično stekli faktičku vlast na stvari, postaju suposednici u trenutku smrti svog prednika. U primeni tog pravila nije odlučno ko je od sunaslednika testamentalni, a ko zakonski naslednik, makar kroz pravo na nužni deo, zbog čega pravni osnov nasleđivanja nije odlučan za posjedovnu zaštitu" – Okružni sud Zadar, Gž-367/91 od 24.04.1991, *Pregled sudske prakse*, prilog Zakonitosti, br. 48/1991, str. 40–41.

¹⁰ U uporednom pravu, u evrokontinentalnim pravnim sistemima, pored sticanja zaostavštine *ipso iure*, postoji i sistem sticanja zaostavštine uručenjem, kao što je slučaj u austrijskom pravu. Prema ovom sistemu sticanja zaostavštine, potencijalni naslednik postaje stvarni naslednik tek uručenjem rešenja o predaji zaostavštine od starne suda koje predstavlja *modus acquirendi* sticanja nasleđa i ima konstitutivni karakter. Od momenta otvaranja nasleđa do uručenja zaostavštine naslednicima, ostavima miruje pra se naziva "ležećom zaostavštinom" (*hereditas jacens*); vidi D. Živojinović, *Sticanje nasleđa u evropsko-kontinentalnim pravima*, u: *Pravni sistem Srbije i standardi EU i Saveta Evrope*, Kragujevac, 2008. god., str. 233–243; A. Verbeke and Y. H. Leleu, "Harmonisation of the Law of Succession in Europe", *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 2004, p. 339.

¹¹ Suprotno vidi. V. Vežić, *Nasljednički posjed*, zakonitost, br. 9–10/90, str. 1212.

ko na raspolaganju stoji naslednički zahtev koji može realizovati bez vremenskih ograničenja.¹² Između ostalog, on može tražiti predaju u državinu stvari čiji držalac prividni naslednik¹³ ili drugi subjekti koji vrše uzurpaciju naslednikovih prava¹⁴. Predmet pravne polemike je pitanje da li prividni naslednik u momentu ostaviočeve smrti stiče nasledničku državinu po sili zakona, ili njegov pravni položaj izjednačen sa ostalim neposrednim držaocima, te se na njega ne primenjuju pravila naslednog prava. Činjenica je da prividni naslednik svoju državinu ne zasniva na punovažnom pravnom osnovu nasleđivanja (zakonu ili zaveštanju), tako da on može steći državinu na stvarima iz zaostavštine tek momentom uspostavljanja faktičke vlasti na njima.¹⁵ Od tog momenta, pravi naslednik gubi državinu stečenu nasleđivanjem, ukoliko je ne zaštiti isticanjem nasledničkog zahteva, u zakonom propisanim rokovima.¹⁶

Kada je reč o nasledniku u pravom smislu reči (univerzalnom sukcesoru), on pored prava i obaveza koje su pripadale ostaviocu u momentu smrti i ušle u zaostavštinu, momentom delacije stiče i državinu na nasleđenim stvarima. S druge strane, isporukoprimec (singularni sukcesor) koji ne stiče nikakvo neposredno pravo iz zaostavštine, već pravo potraživanja kao obligaciono pravo, državinu na stvarima stiče tek kada mu ona od strane dužnika isporuke bude predata u državinu, tako da pitanje sticanja nasledničke državine u ovom slučaju nema pravni značaj. Analogno ovom obrazloženju, kod nužnih naslednika je pitanje sticanja državine od značaja ukoliko je reč o nužnom delu stvarnopravne prirode. U tom slučaju nužni naslednik kao univarzalni sukcesor stupa u pravni položaj svog prethodnika tj. ostavioca, tako da momentom delacije on stiče i ostavioče-

¹² Realizacija nasledničkog zahteva ipak trpi neka stvarnopravna i obligacionopravna ograničenja, tako da njegovo ostavirvanje može biti onemogućeno delovanjem nekih instituta građanskog prava kojima je data prednost u odnosu na pravilo o nezastarivosti nasledničkog zahteva (sticanje svojine održajem, sticanje svojine od nevlasnika, zastarelost potraživanja); vidi N. Planojević i D. Živojinović, "Stvarnopravna i obligacionopravna ograničenja...", *op. cit.*, str. 235.

¹³ Pravni položaj prividnog naslednika se razlikuje u zavisnosti od njegove savesnosti, odnosno, nesavesnosti, pri čemu je savesni prividni naslednik u znatno povoljnijoj poziciji od nesavesnog (vidi O. Antić, *Komentar zakona o nasleđivanju... op. cit.*, str. 573).

¹⁴ Uzurpaciju naslednikovih prava mogu vršiti kako savesna lica, koja veruju da im određeno pravo ostavioca pripada po nekom pravnom osnovu (ali ne po osnovu nasleđivanja), tako i oni koji su nesavesni, jer znaju da vrše tuđe pravo...; vidi N. Planojević i D. Živojinović, "Stvarnopravna i obligaciono pravna ograničenja realizacije nasledničkog zahteva", u: *Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope*, Kragujevac, str. 2010.

¹⁵ N. Planojević i D. Živojinović, "Stvarnopravna i obligaciono pravna ograničenja...", *op. cit.*, str. 223–224.

¹⁶ Čl. 74, ZOSPO.

vu državinu.¹⁷ Ukoliko je nužni nasljednik na ime nužnog dela dobio novčanu protivvrednost, u skladu sa obligacionom prirodom nužnog dela, nužni nasljednik ima položaj singularnog sukcesora i relativno, obligaciono pravo da zahteva određenu činidbu od dužnika. On ne stupa u pravni položaj ostavioca pa se pitanje nasledničke državine u ovom slučaju i ne postavlja.

b) U pravnoj teoriji su zastupljeni različiti stavovi u pogledu *predmeta nasledničke državine*, pa se postavlja pitanje da li nasljednik stiče državinu na stvarima i pravima koja pripadaju ostaviocu u momentu smrti i podobna su za nasleđivanje, ili pak nasljednik postaje držalac svih ostaviočevih stvari i prava stvarne službenosti, nezavisno od toga da li oni ulaze u zaostavštinu?

U našem pravu, u trenutku smrti ostavioca nasljednici stiču zaostavštinu.¹⁸ U zaostavštinu, između ostalog, ulazi i državina na stvarima i pravima koja je ostavilac posedovao u momentu delacije, koja su podobna i slobodna za nasleđivanje.¹⁹ To znači da nasljednik stiče državinu na stvarima i pravima stvarne službenosti koja ulaze u sastav zaostavštine, odnosno, koje mogu biti predmet nasleđivanja.²⁰ U teoriji je, međutim, zastupljeno i suprotno shvatanje po kome nasljednik stiče državinu na stvarima i pravima koja je ostavilac posedovao u trenutku smrti, bez obzira da li te stvari, odnosno prava stvarne službenosti ulaze u njegovu zaostavštinu.²¹ Sa ovakvim stanovištem se ne bismo mogli složiti, imajući u vidu da stvari ili prava koja ne mogu biti predmet nasleđivanja, ne mogu biti ni predmet naslednikove državine.²² U prilog ove trvdnje govori i stav sudske prakse prema kome po-

¹⁷ O. Antić, Z. Balinovac, *Komentar zakona o nasleđivanju op.cit.*, str. 260.

¹⁸ Zaostavštinu čine sva nasleđivanju podobna prava koja su ostaviocu pripadala u trenutku smrti." – čl. 1. Zakona o nasleđivanju ("Sl. glasnik RS", br. 46/1995 i 101/2003), u daljem tekstu: *Zakon o nasleđivanju RS*.

¹⁹ "Objekat nasledničke državine su sve stvari i prava koje su u vreme delacije bile u ostaviočevoj državini", O. Antić, *op. cit.*, str. 552; "Kao što inače sve što je u trenutku ostaviteljeve smrti bilo ostaviteljevo (ako je naslednivo i slobodno za nasleđivanje) prelazi na nasljednika u trenutku ostaviteljeve smrti, bez posebnog akta stjecanja, tako na nasljednika prelaze svi ostaviteljevi posjedi stvari i prava." (N. Gavella, *Stvarno pravo, Zagreb*, 1998, str. 121).

²⁰ Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa predviđena pored državine stvari (čl. 70. st. 1) i državina prava, ali ne svih prava već samo prava stvarne službenosti (čl. 70. st. 3).

²¹ V. Vežić, *Nasljednički posjed*, Zakonitost, br. 9–10/1990. god., str. 1213; D. Lazarević, *Naslednička državina*, Pravo – teorija i praksa, br. 1/2000, str. 30.

²² Imovina ostavioca koja je predmet ugovora o doživotnom izdržavanju neće ući u ostaviočevu zaostavštinu u momentu njegove smrti, jer ona nije slobodna za nasleđivanje, već prelazi u svojinu davaoca izdržavanja na osnovu ugovora o izdržavanju zaključenog sa ostaviocem kao primaocem izdržavanja. (Presuda saveznog suda GZZ. 26/57 od 12.04.1957. god).

sesornu zaštitu uživaju naslednici samo onih stvari i prava koja su za života ostavioca bili u njegovoj državini i koji ulaze u sastav zaostavštine.²³

c) U pogledu nasledničke državine postavlja se kao jedno od ključnih pitanje kvaliteta državine koju naslednik stiče u trenutku smrti ostavioca. Ovo pitanje je od posebnog značaj za sticanje svojine putem održaja na stvarima na kojima ostavilac nije bio vlasnik, ukoliko su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi.²⁴ U vreme potrebno za održaj uračunava se i vreme proteklo u korist ostavioca kao naslednikovog prethodnika²⁵, odnosno vreme za koje je ostavilac držao stvar kao zakoniti i savesni držalac, odnosno kao savesni držalac.²⁶

Ukoliko pođemo od definicije nasleđivanja pod kojim se podrazumeva sticanje zaostavštine umrlog lica od strane naslednika, putem stupanja u imovinsko-pravne odnose u kojima se nalazilo umrlo lice u momentu smrti, sledi da naslednik (bilo zakonski ili testamentalni) kao univarzalni sukcesor stupa u pravni položaj u kojem se njegov prethodnik tj. ostavilac nalazio u trenutku smrti. Iz prirode univerzalne sukcesije proizilazi da on stiče državinu istog kvaliteta kakva je bila ostaviočeva državina u pogledu objektivnih obeležja (zakonitost²⁷, način sticanja), odnosno državinu iste vrste.²⁸ Tako će univerzalni sukcesor, u pogledu zakonitosti državine, imati onakvu državinu kakvu je imao ostavilac (dequjus).²⁹

²³ "Pravo na državinsku zaštitu u smislu odredbe čl. 74 ZOSPO, ima naslednik samo u odnosu na one stvari koje su za života ostavioca bile u njegovom posedu, i koje istovremeno predstavljaju predmet zaostavštine. Pogrešno je držanje da pravo na državinsku zaštitu u smislu napred pomenu-tog propisa ima naslednik u odnosu na sve stvari koje su za života pokojnog ostavioca bile u njegovom posedu." (Rešenje Okružnog suda Sremska Mitrovica, GŽ. br. 866/90, od 6.09.1990. god.).

²⁴ Za redovni održaj državina mora biti zakonita i savesna, a rok za pokretne stvari je tri, za nepokretne 10 godina; za vanredni održaj dovoljna je samo savesna državina, a rok za vanredni održaj je 10 godina za pokretnosti, odnosno 20 za nepokretnosti (čl. 28. ZOSPO).

²⁵ Ukoliko državina ostavioca kao prethodnika, i naslednika kao njegovog sledbenika nisu jednake po kvalitetu, odnosno različitog su stepena kvalifikovanosti, obračunavanje vremena se vrši na drugačiji način od situacije kada su obe državine jednake po kvalitetu, i kada se vreme prethodnika uračunava sledbeniku u jenostrukom iznosu; vidi O. Stanković, M. Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1999, str. 93–94.

²⁶ Čl. 30. st. 2. ZOSPO.

²⁷ Državina je zakonita ako se zasniva na punovažnom pravnom osnovu odnosno pravnom poslu. Međutim, osnov treba razlikovati od faktičke vlasti na stvari, jer se punovažnim pravnim poslom stiče pravo na državinu, ali ne i sama državina; vidi O. Stanković, M. Orlić, *op. cit.*, str. 44.

²⁸ O. Stanković, M. Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1999, str. 86; N. Gavella, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, str. 156. D. Stojanović, *Stvarno pravo*, str. 20; D. Popov, *Državina naslednika*, Pravni život, br. 10/2002, str. 152.

²⁹ "Svaki se ostavitelj posjed nastavlja kod nasljednika na istom predmetu posjedovanja, na istom stupnju posjedovanja, sa istim objektivnim kvalitetima. Tako zakonitost odnosno nezakoni-

Nasuprot tome, zakonitost državine singularnog sukcesora se ceni samostalno, prema tome da li je on imao pravo na tu državinu, kao i prema načinu njenog sticanja.³⁰ Tako legatar, kao singularni sukcesor, stiče zakonitu državinu bez obzira na to da li je ostaviočeva državina zakonita ili nije, pod uslovom da je legat punovažan.³¹

Što se tiče savesnosti naslednikove državine, ona se procenjuje nezavisno od savesnosti ili nesavesnosti dekusove državine, i to prema naslednikovoj predstavi o zakonitosti ostaviočeve državine. Savesnost državine kao subjektivno obeležje se pretpostavlja.³² Prema Zakonu o osnovama svojinsko-pravnih odnosa državina je savesna ako držalac ne zna ili ne može znati da stvar koju drži nije njegova.³³ U tom smislu se savesnim držaozem smatra lice koje veruje da je punovažan pravni osnov njegove državine i da je on titular prava čiju sadržinu vrši.³⁴ U ovom Zakonu je predviđeno da naslednik postaje savestan držalac od trenutka otvaranja nasleđa i u slučaju kada je ostavilac bio nesavesni držalac, a naslednik to nije znao niti mogao znati, vreme za održaj počinje teći od trenutka otvaranja nasleđa.³⁵ To znači da naslednik može steći savesnu državinu, iako je državina dekususa bila nesavesna. Zato će sud o savesnosti naslednikove državine prosuđivati u svakom konkretnom slučaju uzimajući u obzir sve relevantne okolnosti.

d) S obzirom na niz specifičnosti koje karakterišu nasledničku državinu, kao sporno se postavlja pitanje *određivanja pravne prirode ovog instituta*.³⁶ Naime, ukoliko se državina posmatra kao faktička vlast, a ne subjektivno pravo, nasleđivanje državine kao vid sukcesije u ovom slučaju po prirodi stvari nije moguće, jer se državina kao faktičko stanje samo iznova pribavlja i ne može biti predmet nasleđi-

tost, odnosno istinitost i neistinitost prednikovog posjeda nastavljaju se i dalje u posjedu koji je prešao na sveopćeg sljednika”, N. Gavella, *op. cit.*, str. 156.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ O. Stanković, M. Orlić, *op. cit.*, str. 86.

³² Čl. 72. st.1, ZOSPO.

³³ Čl. 72. st. 2. ZOSPO.

³⁴ D. Stojanović, *op. cit.*, str. 19.

³⁵ Čl. 28. st. 5. ZOSPO.

³⁶ U pravnoj teoriji postoje različita shvatanja o tome da li državina predstavlja činjenicu ili pravo. Oni pravni sistemi koji su se razvijali pod uticajem germanskog prava u kojem je državina predstavljala pravo, a ne činjenicu, predviđali su mogućnost nasleđivanja državine, dok u državama koje su sledile tradiciju rimskog prava prema kome je državina činjenica, a ne pravo, nasleđivanje državine nije moguće. Moglo bi se reći da je u savremenom pravnim pravim sisitemima prihvaćen stav da je državina pravno relevantna činjenica za koju svaki pravni poredak vezuje određena pravna dejstva. “Posjed nije pravo, već činjenica koja je pravno relevantna, i koja kao takva proizvodi određena pravna dejstva i uživa pravnu zaštitu od strane pravnog poretka.” (više o tome: N. Gavella, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, str. 105).

vanja. Na naslednika prelaze sva dejstva koja proizilaze iz državnog stanja ostavioca, pa se u tom smislu sa državinom postupa kao sa pravom, odnosno stvara se fikcija kojom se nasledniku daju ovlašćenja da nastavi držanje stvari i prava koje su pripadale ostaviocu.³⁷ Zato se naslednička državina definiše kao složena pravna konstrukcija, odnosno fikcija, koja se nalazi između poimanja državine naslednika kao čisto faktičkog odnosa prema stvari i državine shvaćene kao subjektivno pravo. U tom smislu, naslednička državina predstavlja pravno šticeću poziciju koja se po svom dejstvu približava subjektivnom pravu.³⁸

U pravnoj teoriji je zastupljen i stav da se zakonsko uspostavljanje nasledničke državine u momentu smrti ostavioca može jedino posmatrati sa postojanjem ostaviočevog prava na državinu, koje se realizuje kroz konstrukciju nasledničke državine, čime se omogućava realizacija prava na državinu u interesu naslednika, koji još nije uspostavio faktičku vlast na stvari.³⁹ Ukoliko se prihvati stanovište da je pravo na državinu jedino podobno za nasleđivanje i da kao takvo ulazi u sastav zaostavštine, to znači da u slučaju kada je ostavilac imao u faktičkoj vlasti stvar kao nezakoniti i nesavesni držalac, u trenutku njegove smrti ne bi moglo doći do zakonskog uspostavljanja nasledničke državine. U tom slučaju ne postoji ostaviočevo pravo na državinu stvari koje bi moglo biti predmet nasleđivanja i koje bi se moglo ostvariti kroz konstrukciju nasledničke državine.⁴⁰ Naslednik takvog ostavioca (bez obzira da li je u trenutku ostaviočeve smrti bio u faktičkoj vlasti stvari ili je faktičku vlast uspostavio kasnije) uživao bi samo provizornu zaštitu državine kao svaki neposredni držalac.

Iz ovakvog shvatanja sticanja nasledničke državine proizilazi da pravo na državinu u momentu smrti ostavioca prelazi na naslednika i realizuje se kroz nasledničku državinu samo ukoliko je državina kao faktička vlast na stvari vršena od strane ostavioca kao vlasnika stvari (*animus domini*) ili kao držaoca na osnovu kvalifikovane državine (savesne i zakonite). Možda su upravo takva pravna promišljanja navela pisce Nacrta zakona o svojini i drugim stvarnim pravima da pitanje nasledničke državine regulišu na drugačiji način nego što je to bio slučaj do sada.

³⁷ Državina u smislu § 857. Nemačkog građanskog zakonika smatra se subjektivnim pravom i kao takva je naslediva i prenosiva. U nemačkom pravu državina se ne posmatra kao faktička vlast na stvari već kao "celovitost pravnog položaja ostavioca kao držaoca" koja se u tom smislu može smatrati pravom. (vidi D. Popov, *op. cit.*, str. 153).

³⁸ "...Državina se pojavljuje kao "privremeno", "oslabljeno" pravo na stvari, koje se povlači u konfliktu sa svojom i drugim stvarnim pravima, ali je prema stranim zahvatima držalac privremeno zaštićen" (D. Stojanović, *Stvarno pravo*, Kragujevac, 1998, str. 20).

³⁹ J. L. Jerković, *Naslednička državina*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, Novi Sad, 2003, str. 91.

⁴⁰ J. L. Jerković, *op. cit.*, str. 93.

NASLEDNIČKA DRŽAVINA PREMA NACRTU
ZAKONIKA O SVOJINI I DRUGIM STVARNIM PRAVIMA

Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima donosi novine u odnosu na oskudnu postojeću regulativu instituta državine, a posebno nasledničke državine koja stvara brojne probleme u pravnoj praksi.⁴¹ Tako su redaktori ovog Nacrta uvideli potrebu da se preciznije utvrde situacije koje naročito treba smatrati državinom, i definisati pravna dejstva koja su njima uslovljena. Prema Nacrtu zakona o svojini i drugim stvarnim pravima državinu ima lice (držalac) koji ima ili *može* (podvukao autor) da vrši faktičku vlast u pogledu stvari kao njen vlasnik ili imalac kog drugog ovlašćenja ili obaveze. Ukoliko se sintagma “može da vrši faktičku vlast na stvari” tumači kao mogućnost određenog lica da uspostavi efektivnu faktičku vlast na stvari, onda iz ove definicije državine nesumnjivo proizilazi da i naslednik u momentu smrti ostavioca postaje držalac stvari iz zaostavštine, iako još nije uspostavio faktičku vlast na stvari, ali je u mogućnosti da je uspostavi.

U cilju jasnijeg poimanja instituta nasledničke državine redaktori Nacrta definišu ovaj institut, te se pod nasledničkom državinom podrazumeva “državina naslednika od časa smrti ostavioca koji je imao državinu do smrti, osim ako je ostavilac zaveštanjem ili sud u postupku raspravljanja zaostavštine odredio drugo lice da vrši faktičku vlast u pogledu stvari.”⁴² Ovakvo shvatanje nasledničke državine podudara sa trenutno važećim rešenjem po kome naslednik postaje držalac momentom otvaranja nasleđa (koji se u našem pravu poklapa sa momentom ostaviočeve smrti), s tim što se u Nacrtu ne pominje uspostavljanje faktičke vlasti na stvari od strane naslednika, kao što je to slučaj u Zakonu o osnovama svojinsko-pravnih odnosa. Razlog ovakvog opredeljenja pisaca Nacrta su brojni problemi u tumačenju dela rečenice “bez obzira na to kada je naslednik stekao faktičku vlast na stvari”⁴³. Opravdanje ovakvog pristupa definisanju pojma nasledničke državine leži u tome što faktička vlast nije pojmovno obeležje nasledničke državine, kao idelane, spiritalizovane državine kod koje naslednik ne ostvaruje nikakvu faktičku vlast na stvari, čak ne mora ni znati da stvar koja je predmet nasledničke državine uopšte postoji. Na taj način redaktori Nacrta implicate ukazuju na činjenicu da faktička vlast kao tipološko obeležje državine nije uvek potrebna da bi državina postojala (kao što je to slučaj sa nasledničkom državinom), jer se prelazak imovine na naslednike i sticanje faktičke vlasti često ne podudaraju.⁴⁴

⁴¹ *Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, Ka novom stvranom pravu Srbije*, Ministarstvo pravde, Beograd, 2007.

⁴² Čl. 45. st. 1. Nacrta zakona o svojini i drugim stvarnim pravima.

⁴³ Čl. 73. ZOSPOS.

⁴⁴ Pomenuto rešenje u Nacrtu zakona o svojini i drugim stvarnim pravima je doneto po ugledu na Nemački građanski zakonik u kojem se predviđa da državina prelazi na naslednike bez po-

U pogledu kvaliteta nasledničke državina predviđena su donekle drugačija rešenja. Na naslednika prelazi državina ostavioca kakvu je on imao u vreme smrti, osim u pogledu zakonitosti, savesnosti i ispravnosti državine.⁴⁵ Pretpostavljamo da se pod "državinom kakvu je ostavilac imao u vreme smrti" podrazumeva vrsta državine (državina stvari ili prava, posredna i neposredna, isključiva ili sudržavina i dr.). Najznačajnija izmena u odnosu na dosadašnju regulativu, odnosi se na pitanje zakonitosti naslednikove državine. U tom smislu, pisci ovog Nacrta odstupaju od dosadašnjih rešenja, i predviđaju da je državina ostavioca zakonita, nezavisno od zakonitosti odnosno nezakonitosti državine ostavioca, osim ako je zakonom drugačije određeno. Ovo rešenje je slično onom koje predviđa Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru po kome naslednik uvek ima zakonitu državinu, bez obzira da li je dequjus bio zakoniti ili nezakoniti držalac.⁴⁶

Pomenuto rešenje Nacrta ima veliki praktični značaj jer olakšava kvalifikaciju naslednikove državine čija se zakonitost, kao objektivno svojstvo, utvrđuje samostalno i nezavisno od zakonitosti ostaviočeve državine. To znači da ostavilac u konkretnom slučaju može biti nezakoniti držalac stvari, a da pri tom naslednik stečne zakonitu državinu, pri čemu će se zakonitost državine naslednika vrednovati ocenom pravnog osnova pozivanja na nasleđe. Što se tiče savesnosti naslednika, ona se procenjuje nezavisno od savesnosti ostavioca⁴⁷ što je u skladu sa pozitivno-pravnim regulativom po kojoj naslednik može steći savesnu državinu iako je državina ostaviočeva nesavesna.

U pogledu svojstava državine naslednika, u Nacrtu se takođe predviđa da je državina naslednika ispravna iako je državina naslednika bila neispravna.⁴⁸ To znači da državina naslednika može biti prava, ispravna državina, iako je ostaviočeva državina neispravna (manljiva).⁴⁹

minjanja trenutka sticanja faktičke vlasti na stvari. (§ 875. Nemačkog građanskog zakonika); vidi M. Wrenenburg, u: "The Perspectives of Europeanization of Law of Succession", *Fundamental Principles of the German Law of Succession*, Germany, p. 34.

⁴⁵ Čl. 62. Nacrta zakona o svojini i drugim stvarnim pravima.

⁴⁶ Čl. 820. Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru, donet 25. marta, 1888. god., drugo izmenjeno izdanje stupilo na snagu 1. aprila 1889. godine.

⁴⁷ Čl. 55. Nacrta zakona o svojini i drugim stvarnim pravima.

⁴⁸ Pod neispravnom državinom smatra se državina koja je pribavljena "silom, pretnjom prevarom, zloupotrebom poverenja ... ili na drugi neispravan način..."; (čl. 50. st. 1. Nacrta Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima).

⁴⁹ Umesto u teoriji i praksi ustaljenih pojmova prave i manljive državine, uvode se pojmovi ispravna i neispravna državina, koji mnogo tačnije označavaju svojstva državine koja proizilaze iz načina pribavljanja državine.

ZAKLJUČAK

Naslednička državina predstavlja spiritualizovanu državinu koja po samom zakonu ovlašćuje naslednika da nastavi državinu na stvarima i pravima koja su u trenutku smrti ostavioca bile u njegovoj državini. Kao držaoci u odnosu na konkretnu zaostavštinu javljaju se svi naslednici (ne samo pravnosnažno utvrđeni) koji se mogu pozvati na nasleđe bilo po osnovu zakona ili testamenta. U momentu smrti ostavioca naslednik kao univerzalni sukcesor stupa u pravni položaj svog prethodnika (ostavioca) i u tom momentu, pored prava i obaveza, stiće i državinu na stvarima i pravima koja ulaze u sastav zaostavštine. Kod legatara pitanje sticanja nasledničke državine se ne postavlja, jer on kao singularni sukcesor, ne stupa na mesto ostavioca, i stiće državinu na stvarima koje mu sleduju momentom predaje od strane dužnika isporuke.

Kada je reč o nužnim naslednicima, sticanje nasledničke državine uslovljeno je pravnom prirodom prava na nužni deo. Ukoliko je reč o nužnom delu stvarno-pravne prirode, nužni naslednik kao univerzalni sukcesor stiće državinu u momentu delacije. Ukoliko nužni naslednik na ime nužnog dela dobija novčanu protivvrednost, s obzirom da ima položaj singularnog sukcesora, pitanje sticanja nasledničke državine nije od značaja.

Naslednik u momentu ostaviočeve smrti stiće državinu na svim ostaviočevim stvarima i pravima koja ulaze u zaostavštinu (pripadaju ostaviocu, podobna su i slobodna za nasleđivanje), i koja mogu biti predmet državine. Kvalitet nasledničke državine se drugačije procenjuje u zavisnosti ot toga da li je reč o univerzalnoj ili singularnoj sukcesiji. Zakonitost nasledničke državine univerzalnog sukcesora se prema pozitivno-pravnim propisima određuje s obzirom na zakonitost državine ostavioca koga nasleđuje, dok se savesnost naslednikove državine ocenjuje nezavisno od savesnosti državine ostavioca. Nasuprot tome, kvalitet nasledničke državine legatara (singularnog sukcesora), ocenjuje se samostalno u odnosu na državinu dekujusa, kako u pogledu savesnosti, tako i u pogledu zakonitosti. S obzirom da zakonitost nasledničke državine izaziva brojne dileme kako u teoriji tako i u praksi, redaktori Nacrta Zakonika o svojini i stvarnim pravima predviđaju novinu u pogledu ovog objektivnog svojstva državine, te predviđaju da se zakonitost državine naslednika ima ceniti nezavisno od zakonitosti ostaviočeve državine, što se može oceniti kao pozitivna novina u našem zakonodavstvu, ukoliko Nacrt bude usvojen.

Naslednička državina je institut koji nesporno izaziva brojne dileme kako u prvoj teoriji tako i u sudskoj praksi, što je uslovljeno odstupanjem od pravila da se državina stiće momentom uspostavljanja faktičke vlasti na stvari (aprehenzionim aktom). Proširenje pojma državine van okvira faktičke vlasti uvođenjem

konstrukcije nasledničke državine diktirano je potrebama prakse kako bi se zaštitili interesi naslednika koji u momentu smrti ostavioca još nije uspostavio faktičku vlast na stvari (jer možda i ne zna da je postao naslednik). Osim toga, normirane nasledničke državine ima za cilj i zaštitu pojedinačnog interesa naslednika koji u momentu smrti ostavioca još nije uspostavio faktičku vlast na stvari (jer možda i ne zna da je postao naslednik), čime se ostvaruje kontinuitetna funkcija državine. Na taj način se omogućava državinska zaštita naslednika od eventualnog oduzimanja stvari, odnosno smetanja od strane trećih lica, od momenta ostaviocove smrti pa do momenta uspostavljanja efektivne faktičke državine na predmetu zaostavštine od strane naslednika, kada i prestaje da postoji naslednička državina kao pravna fikcija.

Specifičnosti nasledničke državine uslovile su i različite stavove u pogledu pravne kvalifikacije ovog instituta. Ukoliko se nasleđivanje državine posmatra kao prelazak na naslednika dejstava koja proizilaze iz državnog stanja ostavioca, onda nasleđivanje državine znači postupanje sa državinom kao sa pravom (iako se državina u domaćoj doktrini ne kvalifikuje kao pravo). Zato se za nasledničku državinu može reći da predstavlja specifičnu pravnu konstrukciju (fikciju) koja se nalazi između poimanja državine naslednika kao čisto faktičkog odnosa prema stvari i državine shvaćene kao subjektivnog prava. U tom smislu, naslednička državina predstavlja pravno štićenu poziciju koja se po svom dejstvu približava subjektivnom pravu.

TAMARA ĐURĐIĆ, B.A.,
Faculty of Law, University of Kragujevac

HEREDITARY POSSESSION

Summary

Hereditary possession is a legal form that undoubtedly sets a number of issues in a legal doctrine and case law, as well. These are caused by derogation from the basic rules of property law to acquire possession at the moment of establishing physical detention over a thing. The need to extend the possession beyond the current concept of physical detention by introducing the form of hereditary possession arises from practical needs. It is established in order to prevent formation of the "gaps" in the possession of the decedent, from the moment of his death, until heirs establishes possession over a thing. The specifics of hereditary possession initiates different views relating to legal qualification of this institute and raises a number of other questions such as determination of the heirs that become the holders of inheritance, defining the subject of the hereditary possession and its legal nature and justification of the existence of this institute.

**VIŠESTRUKO RASPOLAGANJE
NEPOKRETNOM STVARI NA OSNOVU
UGOVORA O DOŽIVOTNOM IZDRŽAVANJU**

U V O D

Od kada je prvi put u našem pravu regulisan zakonom, sredinom prošloga veka, pa sve do danas, ugovor o doživotnom izdržavanju neiscrpna je tema izučavanja brojnih civilista.¹ Takođe, zbog veoma značajnih pravnih posledica koje proizvodi, ali i zbog mnogih spornih pitanja koja postoje u vezi sa njim, možemo slobodno konstatovati da je ugovor o doživotnom izdržavanju, kao retko koji drugi pravni posao, bio povod brojnih, složenih i dugotrajnih parnica. I pored svega, mnoštvo je pitanja koja se još uvek smatraju spornim, i oko kojih postoje značajna mimoilaženja u stavovima, kako doktrine, tako i sudske prakse.

Jedno od takvih, svakako jeste i pitanje jačeg prava sticaoca kod višestrukog raspolaganja istom nepokretnošću uzastopnim zaključivanjem dva ili više ugovora o doživotnom izdržavanju. Problematika višestrukog otuđenja nepokretnosti jedna je od veoma spornih tema kod nas, posmatrano i sa aspekta različitih teorij-

Novak Krstić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Ovaj rad je rezultat istraživanja na projektu "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" (br. projekta 179046), koji realizuje Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

¹ Ovaj pravni posao prvi put je regulisan u našem pravu saveznim Zakonom o nasleđivanju iz 1955. godine ("Sl. list FNRJ", br. 20/1955).

skih stanovišta, i raznolike sudske prakse. Ono što ovu problematiku dodatno čini kompleksnom jeste višedecenijsko nepostojanje njene zakonske regulative. U nedostatku zakonskih rešenja, sudska praksa izgradila je kriterijume za odlučivanje o jačem pravu sticaoca, ali samo u slučaju višestruke prodaje iste nepokretnosti. Pitanje koje se samo po sebi nameće, a koje iziskuje odgovor, jeste: da li se usvojeni kriterijumi, mogu analogno primeniti i na slučaj kada je ista nepokretnost više puta otuđena sukcesivnim zaključivanjem ugovora o doživotnom izdržavanju? Drugim rečima: koji sticalac ima jače pravo kada postoji jedna takva situacija?

Ovim radom nastojimo da, kroz kritički prikaz teorijskih stanovišta i stavova domaće sudske prakse, ali i analizom različitih činjeničnih stanja, bacimo jedno novo svetlo na pitanje višestrukog otuđenja iste nepokretnosti na osnovu ugovora o doživotnom izdržavanju. Polazeći od specifične prirode i duha ugovora o doživotnom izdržavanju, nastojaćemo da argumentujemo svoj stav o nužnosti odstupanja u pojedinim slučajevima od kriterijuma koje je usvojila sudska praksa za rešenje sukoba više uzastopnih pribavioca nepokretnosti na osnovu ugovora o prodaji, i da ukažemo na drugačija rešenja, utemeljena na važećim pravnim normama, odnosno zasnovana na principu pravičnosti.

*Ukratko o sticanju svojine u slučaju
višestrukog otuđenja iste nepokretnosti*

U pogledu sticanja svojine na osnovu pravnog posla, naše pravo prihvata tzv. tradicioni kauzalni sistem prenosa svojine, koji se karakteriše činjenicom da je za sticanje svojine, osim pravnog osnova (*iustus titulus*) neophodan i način sticanja (*modus acquirendi*). Pravo svojine na nepokretnostima temeljem pravnog posla stiže se upisom prava svojine u javnim knjigama (odnosno predajom tapije), ili na drugi odgovarajući način predviđen zakonom.² Upis u katastar nepokretnosti, relevantan za sticanje svojine, jeste upis svojine, kao vrsta upisa stvarnih prava,³ ali i predbeležbom prava svojine sticalac postaje vlasnik, pod uslovom naknadnog opravdanja predbeležbe. Upis prava svojine u javnim knjigama u korist sticaoca, dakle, predstavlja akt "rađanja" prava.. Zaključenjem ugovora prenosilac preuzima samo obavezu da prenese pravo svojine na stvari, dok sticalac ima samo potraživanje prema njemu, obligacioni zahtev da mu nepokretnost preda i dozvoli upis prava u javnim knjigama.

² Videti: čl. 33 Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa, "Sl. list SFRJ", br. 6/80 i 36/90, "Sl. list SRJ", br. 29/96 i "Sl. glasnik RS", br. 115/2005 – dr. zakon. U daljem radu biće korišćena skraćenica: ZOSPO.

³ Videti: čl. 76 Zakona o državnom premeru i katastru, "Sl. glasnik RS", br. 72/2009. Dalje: ZDPK.

Svakako jedna od najznačajnijih posledica tradicionog sistema prenosa svojine jeste mogućnost višestrukog raspolaganja istom nepokretnošću.⁴ Naime, iako ugovorne strane, po pravilu, u dobroj veri pristupaju zaključenju ugovora i izvršavanju ugovornih obaveza, čime doprinose nesmetanom odvijanju pravnog prometa, pravno je moguće da prenosilac, koji do ispunjenja zakonitog načina sticanja ostaje sopstvenik, istu stvar otuđi više puta, i pri tome se sukcesivno obaveže različitim licima da će im preneti svojину na istoj nepokretnosti.

Višestruko ugovaranje otuđenja stvari ne povlači nevažnost kasnije zaključenih ugovora.⁵ Obligacioni odnosi zasnovani između otuđioca i više sticalaca potpuno su autonomni, jer u ugovornom pravu važi pravilo "što dva uglave trećega ne veže".⁶ Kasnijeg sticaoca, stoga, ne vezuje raniji ugovor o prenosu svojine, ukoliko mu postojanje i sadržina tog ugovora nije bila poznata. Osim toga, samim zaključenjem potonjeg ugovora prenosilac ne povređuje pravo prethodnog sticaoca, već će to učiniti tek ako prenese svojину kasnijem sticaocu, čime nastupa nemogućnost ispunjenja obaveze prema ostalim saugovaračima.⁷ Iako se tradicioni sistem karakteriše činjenicom da do prenosa svojine dolazi tek ispunjenjem modusa, izuzetno, kada je to posebnim propisima predviđeno, do sticanja svojine na nepokretnoj stvari na osnovu pravnog posla može doći i pre upisa prava. U tom slučaju upis prava nije konstitutivnog, već deklarativnog karaktera, a njegov značaj ogleđa se u tome što od trenutka upisa uknjižena prava proizvode pravno dejstvo prema trećim licima.⁸ Jedan od takvih izuzetaka jeste i prenos svojine na osnovu ugovora o doživotnom izdržavanju.

*Rešenje sukoba pravnih osnova uzastopnog
sticanja iste nepokretnosti de lege lata*

U slučaju višestrukog otuđenja iste nepokretnosti postoje dva ili više lica koja imaju punovažan pravni osnov o prenosu svojine na istoj stvari. U našem po-

⁴ Detaljnije o motivima za višestruko otuđenje stvari: Đ. Vereš, Načelo savesnosti i poštenja u slučaju višestruke prodaje iste nepokretne stvari, *Pravo teorija i praksa*, br. 9/1986, str. 43.

⁵ U tom smislu videti .Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Rev. 1323/84. Navedeno prema: M. Karanikić, Sukob pravnih osnova uzastopnih sticanja iste nepokretnosti, *Pravni život*, br. 10/2001, str. 470, fusnota br. 25.

⁶ P. Simonetti, Višestruko ugovaranje otuđenja, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 3-4/2006, str. 1778.

⁷ Detaljnije: J. Borovac, Dvostruki promet nekretnina i sticanje svojine, *Pravni život* br. 11/2009, str. 1033.

⁸ Videti: čl. 60 ZDPK.

zitivnom pravu nijednim važećim propisom nije uređeno čije pravo je jače u slučaju kada više lica konkurišu da postanu vlasnici iste nepokretnosti, za razliku od sticanja svojine kod uzastopnog raspolaganja pokretnim stvarima.⁹ U Nacrtu zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima bilo je predloženo rešenje da drugi kupac koji je upisao svoje pravo postaje vlasnik “bez obzira na svoju savesnost”, ali takva odredba nije našla mesto u usvojenom tekstu zakona.¹⁰

Postojeća pravna praznina popunjena je usvajanjem Zaključka br. 3 na Savetovanju građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, Vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda, održanom 28. i 29. maja 1986. godine u Beogradu.¹¹ Zaključak je proistekao iz višedecenijske bogate prakse domaćih sudova i predstavlja svojevrstu sublimaciju i afirmaciju dominantnih stavova o uticaju (ne)savesnosti sticaoca na sticanje svojine na nekretninama.¹²

a) Zaključkom je, najpre, u duhu poštovanja univerzalnih načela savesnosti i poštenja i načela zabrane zloupotrebe prava, usvojeno pravilo da u slučaju kada je više lica zaključilo posebne pravne poslove radi sticanja svojine na istoj nepokretnosti, pravo svojine steći će ono lice koje upiše svoje pravo u javne knjige, ako je bilo savesno. Pribavilac, upisom prava svojine, postaje vlasnik nepokretnosti samo ako nije znao niti je mogao znati da je zemljišnoknjižni vlasnik već otuđio stvar.

b) Ako nijedan kupac nije upisao pravo u javne knjige, svojinu će, pod pretpostavkom savesnosti, steći onaj kome je stvar predata u državinu. Iako predaja nepokretnosti u državinu sticaoca, nije pravnorelevantan modus za sticanje prava vlasništva, ipak se time stvara pretpostavka da je držalac stvari titular prava čiju sadržinu vrši. Kasniji sticalac se, stoga, ne može pozvati na svoju savesnost ako nije izvršio uvid i u faktičko stanje.

c) Kada su svi kupci savesni, a niko od njih nije upisao svoje pravo, niti je stekao državinu, jači pravni osnov ima raniji kupac. Zauzet je, dakle, stav da u nedo-

⁹ Videti: čl. 35 ZOSPO.

¹⁰ Iz ove činjenice pojedini autori izvode zaključak da je u našem pozitivnom pravu usvojeno rešenje po kome docniji sticalac postaje vlasnik samo pod uslovom da je savestan. Videti: O. Stanković, M. Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1999, str. 66. Suprotno: P. Trifunović, *Savesnost u prometu nepokretnosti*, *Pravni život*, br. 10/1996, str. 385.

¹¹ Zaključak je objavljen u *Biltenu sudske prakse Saveznog suda*, br. 25/86. Detaljnija analiza kod: M. Mićović, *Načelo savesnosti i poštenja u prometu*, *Pravni život*, br. 11–12/1994, drugi tom, str. 1513 i dalje.

¹² O različitim teorijskim stanovištima u pogledu značaja savesnosti za sticanje prava svojine videti: A. Gams, *Sukob zemljišnoknjižnog upisa svojine sa državinom nepokretnosti između lica koja izvode pravo svojine od istog prethodnika*, *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/1958, str. 96 i D. Petrović, *Načelo savesnosti i poštenja kod dvostruke prodaje nepokretnosti*, *Pravni život*, br. 11–12/1994, prvi tom, str. 773 i dalje.

statku drugih kriterijuma, u slučaju višestrukog otuđenja nepokretnosti na osnovu dva ugovora o prodaji, prvi kupac, po pravilu *prior tempore potior iure*, ima jače pravo. Osim toga, treba naglasiti da se u slučaju uzastopnog raspolaganja teretnim i dobročinnim poslovima, shodno čl. 41 st. 2 ZOSPO, kao dodatni kriterijum primenjuje pravilo da je teretni pravni posao jači pravni osnov, pod pretpostavkom savesnosti svih pribavioca.

d) U slučaju kada je prodavac predao nepokretnost u državinu kasnijem nesavesnom kupcu, ili se nesavesni kupac upisao kao vlasnik u javne knjige, jači u pravu biće raniji savestan kupac. Docniji sticalac nesavestan je ako je znao ili je prema okolnostima mogao znati da je ranije zaključenim ugovorom vlasnik već raspolagao nekretninom.

Usvojeni Zaključak imao je značajan uticaj na ujednačavanje sudske prakse o ovom spornom pitanju.¹³ U nedostatku pozitivnopravnih rešenja, sudskoj praksi i pravnoj teoriji danas ne preostaje ništa drugo nego da se pozovu na izneti Zaključak.¹⁴ Dileme su, čini nam se, ipak ostale kada je nepokretnost više puta otuđena sukcesivnim zaključivanjem drugih pravnih poslova. Ova konstatacija se naročito odnosi na situacije kada je vlasnik uzastopno raspolagao nepokretnom stvari ugovorima o doživotnom izdržavanju. Po ovom pitanju sudska praksa kod nas još uvek je neujednačena i nekonzistentna, a u doktrini su retko činjeni pokušaji da se na ovo pitanje da adekvatan odgovor.¹⁵

Sticanje svojine na osnovu ugovora o doživotnom izdržavanju

Ugovor o doživotnom izdržavanju predstavlja pravni posao kojim se davalac izdržavanja obavezuje da primaoca izdržavanja izdržava, brine o njemu do kraja

¹³ Videti npr. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1153/98 od 23.9.1998., Rešenje Vrhovnog suda Srbije Rev. 5917/98 od 7.4.2000, Rešenje Vrhovnog suda Srbije Rev. 778/08, od 10.12.2008. godine.

¹⁴ Višestruko ugovaranje otuđenja nepokretnosti predugo je van zakonske regulative. U radnoj verziji Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima (videti čl. 90) predložena su pravila kojima se uređuje ova problematika, a koja u određenoj meri odstupaju od stanovišta zauzetog u navedenom Zaključku br. 3 iz 1986. godine. Budući da se radi tek o radnoj verziji Zakonika, veliko je pitanje da li će, trenutno aktuelno, ponuđeno rešenje postati sastavni deo ove kodifikacije, ili će doživeti određene izmene.

¹⁵ Videti: N. Stojanović, Ugovor o doživotnom izdržavanju u sudskoj praksi, Građanska kodifikacija, zbornik radova, sv. 3, 2004, str. 139–141, M. Ubavić, Ugovori o doživotnom izdržavanju, Beograd, 2004, str. 21.

njegovog života i posle smrti ga sahrani, dok se primalac izdržavanja obavezuje da se posle njegove smrti na davaoca, kao naknada za dato izdržavanje, prenese svojina na tačno određenim stvarima ili neka druga prava.¹⁶

Po pravilu, ugovorom o doživotnom izdržavanju najčešće se prenosi svojina na nepokretnim stvarima. Sve stvari kojima primalac raspolaže u korist davaoca izdržavanja moraju biti taksativno navedene u ugovoru, i moraju postojati i biti u svojini primaoca izdržavanja u trenutku zaključenja ugovora.¹⁷ Odredbe ugovora kojima se na davaoca prenosi celokupna imovina ili njen alikvotni deo neće proizvoditi pravno dejstvo.

Pitanje koje se u teoriji javilo kao sporno jeste: u kom trenutku davalac izdržavanja stiče svojinu na nepokretnostima iz ugovora – trenutkom smrti primaoca ili upisom prava u javne knjige? Dilemu je izazvala formulacija za koju se opredelio zakonodavac – da svojina prelazi na davaoca izdržavanja posle smrti primaoca. Kada “posle”? Ovakva formulacija može implicirati zaključak da od trenutka smrti primaoca, davaocu izdržavanja pripada samo pravo da zahteva upis svojine, a da vlasnik postaje nakon što upis bude izvršen.

Suprotno, regulišući doživotno izdržavanje u korist trećeg lica, zakonodavac eksplicite navodi da davalac izdržavanja stiče svojinu na predmetima ugovora u trenutku smrti njegovog saugovarača, ako ugovorom nije određeno da svojina prelazi u trenutku smrti trećeg lica, beneficijara (čl. 198 st. 1 ZON-a). Upravo zato, a polazeći od duha ovog instituta, stanovište savremene pravne doktrine jeste da momentom smrti primaoca izdržavanja, davalac postaje vlasnik otuđene nepokretnosti, a da modus acquirendi nije potreban.¹⁸ Shodno tome, upis ima deklarativno, a ne konstitutivno dejstvo, što je značajan izuzetak od pravila da se svojina na nepokretnostima na temelju pravnog posla stiče upisom prava u javnim registrima, i istovremeno odstupanje od tradicionalnog sistema prenosa svojine.¹⁹

Interesantan problem nastaje kada ostavinski sud ne bude upoznat sa postojanjem ugovora o doživotnom izdržavanju i donese pravnosnažno rešenje o nasle-

¹⁶ Videti: čl. 194 Zakona o nasleđivanju, “Sl. glasnik RS” br. 46/95 i 101/2003. U daljem tekstu: ZON.

¹⁷ Videti: čl. 194 st. 2 ZON. U tom smislu videti i: Odluke VSS Rev. 1814/98 od 24.9.1998 i Rev. 179/99 od 4.11.1999 (navedeno prema: M. Ubavić, *op. cit.*, str. 45).

¹⁸ Da bi izvršio upis prava svojine u javnim knjigama dovoljno je da davalac, uz predlog za upis, priloži ispravu o ugovoru o doživotnom izdržavanju i javnu ispravu kojom se dokazuje činjenica smrti primaoca. Ovako npr. V. Đorđević, *Nasledno pravo*, Niš, 1997, str. 391; N. Gavella, *Nasljedno pravo*, Zagreb, 1990, str. 374.

¹⁹ Iako davalac izdržavanja nepokretnost u svojinu stiče u momentu smrti primaoca, u praksi se veoma često u tekst ugovora unosi dozvola vitalicijata da se nakon njegove smrti vitalicijent upiše kao novi vlasnik u javnim knjigama (*clausula intabulandi*).

divanju kojim određuje udele naslednika na nepokretnosti otuđenoj ugovorom. Postavlja se pitanje ko je u tom slučaju vlasnik nepokretnosti: univerzalni sukcesori koji su oglašeni za naslednike na konkretnoj nepokretnosti (i koji su eventualno upisali pravo svojine u javnim registrima), ili davalac izdržavanja koji nije upisao svoje pravo. Mišljenja smo da bi parnica za utvrđenje prava svojine naslednika na konkretnoj nepokretnosti morala biti bez uspeha, jer nepokretnost kojom je ugovorom primalac izdržavanja raspolagao uopšte ne čini sastavni deo njegove zaostavštine, s obzirom da je smrću primaoca davalac postao njen vanknjižni vlasnik.²⁰ Eventualni upis, koji je ionako deklarativnog karaktera, a koji su na osnovu pravnosnažnog rešenja o nasleđivanju ishodili naslednici, bio bi stoga neistinit.

Valja naglasiti da se ugovorom o doživotnom izdržavanju, posmatrano sa aspekta pozitivnog prava, smatra samo onaj pravni posao zaključen u skladu sa odredbama ZON-a, kod koga se prenos prava odlaže do smrti primaoca izdržavanja. U doktrini i sudskoj praksi, međutim, posebnim vidom ugovora o doživotnom izdržavanju smatra se i takav pravni posao kod koga se prenos svojine sa primaoca na davaoca izdržavanja ostvaruje još za života primaoca, najčešće odmah po zaključenju ugovora.²¹ Mišljenja smo da tzv. nepravni ugovor ne predstavlja poseban vid ugovora o doživotnom izdržavanju, već se radi o posebnom pravnom poslu,²² koji iziskuje da bude detaljno regulisan u našem pravu, s obzirom da postoji već dugogodišnja tradicija njegovog zaključivanja.²³ Problematiku višestrukog otuđenja nepokretnosti na osnovu tzv. nepravog ugovora o doživotnom izdržavanju nećemo posebno analizirati ovom prilikom. Razlog je ne samo u tome što

²⁰ Shodno tome, davalac je od tada ovlašćen da vlasničkom tužbom zahteva predaju u posed stvari iz ugovora od naslednika ili bilo koje druge osobe koja je u posedu stvari, a ne tužbom za ispunjenje ugovora.

²¹ Pitanje punovažnosti ovakvog ugovora, koji je u našem pravnom životu bio široko rasprostranjen, postavilo se odmah nakon donošenja saveznog Zakona o nasleđivanju iz 1955. godine, kojim je normiran samo jedan vid ugovaranja doživotnog izdržavanja. Na Proširenoj opštoj sednici Saveznog vrhovnog suda, održanoj 11. januara 1957. godine, usvojeno je načelno mišljenje br. 8/57, kojim je konstatovano da zakon ne isključuje mogućnost zaključenja oov ugovora. Punovažnost ovog ugovora potvrđena je i u Zaključku Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 16. februara 1994., kao i u brojnim odlukama najviših sudskih instanci (videti: presude VSS, Rev. 166/98, U. 3764/2003 od 11.6.2004, Rev. 2175/2009 od 15.10.2009. i dr.).

²² U pravu Hrvatske, recimo, ovaj pravni posao, koji je takođe dugo vremena kao neimenovan egzistirao u pravnom životu, po prvi put je regulisan novim Zakonom o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/2005 i 41/2008), i imenovan je ugovorom o dosmrtnom uzdržavanju. Vide ti: čl. 586 ovog zakona.

²³ Razlog nalazimo u činjenici da su razlike između imenovanog i tzv. nepravog ugovora o doživotnom izdržavanju značajne. One se ogledaju u različitoj pravnoj prirodi ovih ugovora, različitim dejstvima koje proizvode u pravnim odnosima, izvesnim razlikama u kauzi ugovora, formi, itd.

ovaj ugovor smatramo posebnim institutom, a ne podvrstom ugovora o doživotnom izdržavanju, već i zato što nam se čini da se na ovaj pravni posao analogno mogu primeniti rešenja koja se tiču ugovora o prodaji, odnosno stavovi o jačem pravu u slučaju višestruke prodaje iste nepokretnosti.

*Višestruko otuđenje nepokretnosti ugovorom
o doživotnom izdržavanju – polazne premise*

Stanovište sudske prakse, izneto u pomenutom Zaključku br. 3, primenljivo je kada se radi o višestrukoj prodaji iste nepokretnosti. Iz same formulacije može se nedvosmisleno zaključiti da je namera najviše sudske instance i bila da zauzme stav o jačem pravu sticaoca kod višestruke prodaje iste nepokretnosti, jer su takvi slučajevi u praksi najčešći.

Sa druge strane, kompleksnost ugovora o doživotnom izdržavanju, a naročito činjenica da se radi o pravnom poslu sa trajnim izvršenjem prestacija kod koga je prenos svojine odložen do smrti primaoca izdržavanja, kao i da za prenos svojine nije potreban modus, problematici višestrukog otuđenja iste nepokretnosti daje drugu dimenziju. Stoga ćemo pokušati da damo odgovor na pitanje da li se i u kojoj meri izneta stanovišta sudske prakse o kriterijumima na bazi kojih se utvrđuje jače pravo sticaoca (kupca) u slučaju višestruke prodaje iste nepokretnosti, mogu analogno primeniti i kada je nepokretnost otuđena na osnovu dva uzastopno zaključena ugovora o doživotnom izdržavanju. Uvažavajući specifičnosti koje karakterišu ovaj pravni posao, pokušaćemo da bacimo novo svetlo na ovo pitanje i da argumentovano ukažemo u kojim je to slučajevima neophodno odstupati od navedenih i prikloniti se drugim, celishodnijim rešenjima, utemeljenim na zakonu i zasnovanim na principu pravičnosti.

Da bismo, bar delimično, pojednostavili analizu, poći ćemo od pretpostavke da su svi ugovori pravno valjani, da nisu ni na koji način stavljeni van snage, te da su davaoci izdržavanja savesno izvršavali ugovorne obaveze.

Postojanje dva ili više ugovora o doživotnom izdržavanju

U životnoj svakodnevnici se događa da primalac izdržavanja zaključi dva ili više ugovora o doživotnom izdržavanju sa različitim sukontrahentima, kojima raspolaze istom nepokretnošću. Kao što je već konstatovano, takva situacija je prav-

no moguća jer kod ugovora o doživotnom izdržavanju, zaključenom u skladu sa čl. 194 ZON-a, primalac ostaje vlasnik stvari obuhvaćenih ugovorom sve do svoje smrti. Motiv primaoca izdržavanja, po pravilu starog i/ili bolesnog lica, najčešće jeste da ovim putem za sebe obezbedi pristojnu i dostojanstvenu starost i zadovoljenje svih neophodnih životnih potreba. Osim toga, nisu retki slučajevi da se primalac na ovaj korak odluči jer je nezadovoljan načinom izvršavanja obaveza davaoca izdržavanja, pa zaključuje novi ugovor u veri da time stavlja van snage ranije ugovoreno doživotno izdržavanje. U tim slučajevima javlja se čitav niz spornih pitanja, od čijeg odgovora zavisi i odgovor na pitanje koje je za davaoca izdržavanja najbitnije – ko je nakon smrti primaoca izdržavanja postao vlasnik nepokretnosti obuhvaćene ugovorom?

Najpre, sporan je uticaj kasnije zaključenog ugovora na raniji ugovor o doživotnom izdržavanju, kojim je raspolagano istom nepokretnošću. Mišljenja smo da potonji ugovor ni na koji način ne može uticati na punovažnost prethodnog.²⁴ Ne može se priznati dejstvo samo kasnijeg ugovora o doživotnom izdržavanju, ako ni na koji način nije došlo do pada ranijeg ugovora. Zaključenjem novog ugovora primalac ne može manifestovati svoju volju da raniji ugovor stavi van snage, bez obzira na motive kojima je on bio rukovođen tom prilikom. Ugovor o doživotnom izdržavanju može biti poništen ili raskinut samo u sudskom postupku, kada za to postoje zakonom predviđeni razlozi, i ne može se jednostrano raskinuti niti izričito izjavom volje bilo kog saugovarača, niti prećutno.²⁵ Štaviše, mišljenja smo da ne treba priznati dejstvo ni usmeno postignutoj saglasnosti saugovarača o sporazumnom raskidu ranijeg ugovora. Budući da se radi o pravnom poslu za koji zakonodavac predviđa naročito strogu formu, smatramo da se ugovor o doživotnom izdržavanju može raskinuti samo uz sadejstvo suda, uz ispunjenje svih formalnosti potrebnih za zaključenje ovog ugovora.²⁶

U sukobu dva ili više pravno valjanih ugovora o doživotnom izdržavanju, mogu nastati različite situacije, koje su od presudnog uticaja za sticanje svojine na ugovorom obuhvaćenoj nepokretnosti, a koje ćemo nastojati da analiziramo.

²⁴ “Sama okolnost da je primalac izdržavanja zaključio više ugovora o doživotnom izdržavanju, sa više lica kao davaocima izdržavanja, kojima su predmet iste nepokretnosti, ne čine te ugovore ništavim.” (Odluka Vrhovnog suda Hrvatske, Rev. 1421/88). Odluka preuzeta iz: M. Ubavić, *op. cit.*, str. 159.

²⁵ U odluci Vrhovnog suda Makedonije, Rev. 771/86, ovaj sud je našao da se ugovor o doživotnom izdržavanju može raskinuti i prećutno, a ne samo sudskom odlukom ili sporazumno. *Ibid.*

²⁶ Tako i: N. Petrušić, *Ostvarivanje prava na raskid ugovora o doživotnom izdržavanju*, Ugovor o doživotnom izdržavanju, zbornik radova, Niš, 1997, str. 97. Suprotno: M. Kreč, Đ. Pavić, *Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom*, Zagreb, 1964, str. 384.

Pre svega, položaj davaoca izdržavanja iz ranijeg ugovora zavisi od toga da li je on obezbedio svoje potraživanje koje ima prema primaocu izdržavanja. Naime, ukoliko je davalac iz ranije zaključenog ugovora izvršio zabeležbu prava iz ugovora u javnim knjigama, na šta ga ovlašćuje čl. 199 ZON-a, svim kasnijim saugovaračima primaoca izdržavanja stavio je do znanja da je vlasnik stvari već zaključio ugovor o doživotnom izdržavanju. Obznanjujući na taj način da je primalac raspolagao navedenom nepokretnošću, on je sva treća lica doveo u položaj nesavesnih sticalaca. Ako, pak, davalac izdržavanja, zbog neznanja ili zbog poverenja u svog saugovarača, ne obezbedi svoje pravo, može značajno ugroziti svoj pravni položaj. Njegovo pravo, u tom slučaju, zavisice od (ne)savesnosti potonjeg davaoca, kao i od činjenice da li je savestan davalac obezbedio svoje potraživanje iz ugovora.

Ukoliko je docnijem davaocu u trenutku zaključenja ugovora bilo poznato, ili mu je moralo biti poznato postojanje ranijeg ugovora o doživotnom izdržavanju, pa i pored toga zaključi ugovor sa vitalicijatom, neće steći svojinu na stvari ma koje su predmet ugovora, jer je postupao mala fides. Smatramo da u ovoj situaciji treba primeniti stanovište naše sudske prakse, koje se tiče višestruke prodaje nepokretnosti, po kome je pravo savesnog sticaoca u svakom slučaju jače od prava nesavesnog. To važi i u situaciji kada je docniji nesavesni davalac upisao svoje pravo u javnim knjigama,²⁷ ili kada nije upisao svoje pravo, ali mu je predata nepokretnost u državinu.²⁸

U situaciji kada je jedan od davalaca izdržavanja, prvi ili potonji, stekao državinu na nepokretnosti koja je predmet ugovora, on će imati prvenstvo u sticanju svojine, pod pretpostavkom savesnosti.²⁹ Uvođenjem u posed jednog od vitalicijenata, primalac je manifestovao svoju volju da želi da upravo njemu prenese svojinu na nepokretnosti. I ne samo to – na taj način su svi ostali kasniji saugovarači primaoca izdržavanja stavljeni u položaj nesavesnih sticalaca, jer su dužni da osim

²⁷ Pri oceni savesnosti potonjeg davaoca nužno je ispitati sve okolnosti konkretnog slučaja. Ukoliko je, recimo, primalac sa ranijim davaocem izdržavanja zasnovao zajednicu života radi lakšeg i svrsishodnijeg izvršavanja ugovorenih obaveza, mišljenja smo da je gotovo nemoguće da kasnijem davaocu takva činjenica ostane nepoznata. Iz prirode samog ugovora proizilazi da je svaki davalac izdržavanja dužan da redovno, gotovo svakodnevno obilazi primaoca, neguje ga i izdržava, te potonjem davaocu ne može ostati nepoznata činjenica koja su to lica sa kojima primalac živi i kakav je njihov odnos.

²⁸ Tako i: Presuda VSS, Rev. 2012/97. "Ako su dva lica kao davaoci zaključili sukcesivno ugovore o doživotnom izdržavanju sa istim primaocem, prvi ugovornik ima pravo da zahteva predaju nepokretnosti koje su bile predmet ugovora od drugog ugovornika, u čijoj se državini one nalaze, ako je ovaj znao za postojanje ranijeg ugovora o doživotnom izdržavanju." Sadržina odluke preuzeta sa internet stranice: <http://forum.mojepраво.net/new/b2/blogs/blog4.php/sukob-pravnih-osnova-kod-ugovora-o-do-iv>. Sajt posećen: 24. 07. 2011.

²⁹ To proizilazi iz čl. 41 st. 2 ZOSPO.

stanja u javnim knjigama provere i faktičko, posedovno stanje. Budući da ove okolnosti ne bi mogle ostati nepoznanica za bilo kog davaoca (ranijeg ili docnijeg), on bi još za života primaoca izdržavanja trebao inicirati postupak za raskid ugovora i zahtevati naknadu za dato izdržavanje. Kao što smo istakli, ova konstatacija važi i kada je sporazumom saugovarača došlo do zasnivanja zajednice života između primaoca i jednog od davalaca izdržavanja.

Najveću dilemu, po našem mišljenju, izaziva situacija kada su oba davaoca izdržavanja savesna, kada su izvršavali sve ugovorene obaveze do smrti primaoca izdržavanja, niko od njih nije obezbedio svoje pravo, niti je uveden u posed, a nijedan ugovor nije stavljen van snage za života, ni nakon smrti primaoca izdržavanja. Ovakve slučajeve poznaje sudska praksa na ovim prostorima, ali su stavovi koje su sudovi zauzimali različiti – jedinstvenog stanovišta nema.

Načelno, moguća su tri rešenja: a) da kasnije zaključeni ugovor predstavlja jači osnov sticanja svojine, b) da se shodno pravilu *prior tempore potior iure* prednost da ugovoru koji je prvi zaključen ili v) da se jačim osnovom ne smatra ni prvi ni potonji ugovor, već da se trenutkom smrti primaoca izdržavanja formira određeni oblik svojinske zajednice među davaocima izdržavanja na predmetnoj nepokretnosti. U zavisnosti od zauzetog stanovišta moguće je pronaći i argumente koji ga opravdavaju. Nastojaćemo da iznesemo i kroz kritičku analizu sagledamo sve ove mogućnosti i iznesemo svoj stav o tome koje je rešenje najprihvatljivije.

a) Prilikom obrazloženja stanovišta da je jači osnov potonji ugovor, neophodno je poći od razloga koji opravdavaju kasnije zaključenje novog ugovora od strane primaoca izdržavanja. Najjači motiv za to mogao bi se naći u činjenici da davalac iz prvog ugovora, koji je i dalje važeći, nije izvršavao ili je neuredno izvršavao ugovorene obaveze prema primaocu, usled čega je primalac izdržavanja bio primoran, radi obezbeđenja egzistencije, da zasnjuje novi ugovorni odnos. Potreba za zaključenjem novog ugovora ne bi postojala da se davalac iz prvog ugovora nije oglušio o svoje obaveze. Stoga bi jači osnov morao biti potonji ugovor, jer pretpostavljenoj volji vitalicijata upravo odgovara da kasniji davalac izdržavanja, koji je ispunjavao ugovorene obaveze, stekne svojinu na nepokretnostima nakon njegove smrti. Činjenica da raniji ugovor nije stavljen van snage može se pravdati okolnošću da je primalac izdržavanja najčešće pravno neuko lice, koje je smatralo da je zaključenjem kasnijeg ugovora prethodni ugovor raskinut, a za koga bi vođenje parnice iziskivalo ogromne napore i troškove, budući da se najčešće radi o starom i bolesnom licu.

b) Ako bi se primenio princip *prior tempore potior iure*, pravo na sticanje svojine priznalo bi se samo prvobitnom davaocu izdržavanja, bez obzira na save-

snost potonjeg.³⁰ Argumenti se temelje na razlozima pravne sigurnosti i izvesnosti u pravnom prometu, budući da se zaštita pruža onom sticaocu koji je prvi stekao obligacioni zahtev prema primaocu izdržavanja da mu prenese svojinu na nepokretnosti. Ovakvo rešenje bitno bi pojednostavilo sudski postupak, jer bi za posledicu imalo značajno manje komplikovane parnice.

Iako je pravilo *prior tempore* primenljivo kod višestruke prodaje stvari, nismo ubeđeni da je ono održivo i kod ugovora o doživotnom izdržavanju. Situacija je, iz više razloga, bitno drugačija kod višestrukog otuđenja nepokretnosti na osnovu ugovora o doživotnom izdržavanju, nego kod višestruke prodaje nepokretnosti. Pre svega, kupac kod ugovora o prodaji svojinu stiće tek upisom prava svojine u katastru nepokretnosti. Stoga, postoji mogućnost da pravo svojine docnijeg savesnog sticaoca bude prvo upisano u javnim knjigama, i u tom slučaju on postaje vlasnik nepokretnosti, bez obzira što je njegovo potraživanje nastalo kasnije. Do primene pravila *prior tempore* dolazi jedino u situaciji kada su svi kupci savesni, a niko od njih nije upisao svoje pravo, niti je stekao državinu na stvari. Kako se to u obrazloženju Zaključka br. 3 konstatuje, stav da u ovom slučaju jači pravni osnov ima raniji kupac je zauzet jer nema drugog kriterijuma koji se može primeniti. Ovakvo stanovište pri rešavanju sukoba dva ili više savesnih kupaca koji još nisu postali vlasnici nepokretnosti, jer nisu ishodili upis, može se smatrati opravdanim. Sa druge strane, pravilo *prior tempore potior iure* opšti je princip, i kao i svi drugi opšti principi, "opšti je utoliko što važi ukoliko za određeni slučaj nije što drugo predviđeno, ako ne postoji opravdan razlog da im se ograniči polje primene (tj. da budu derogirani); njihov karakter opštosti ne znači da su oni neprikosnoveni, apsolutni i da ih treba shvatiti kao dogmu".³¹

Kod ugovora o doživotnom izdržavanju, ukoliko je primalac izdržavanja zaključio dva ili više ugovora o doživotnom izdržavanju, svi davaoci izdržavanja stiču u momentu njegove smrti svojinu na nepokretnosti koja je predmet ovih ugovora, *ex lege*. Dakle, iako potraživanja dva vitalicijenta prema vitalicijatu/vlasniku nepokretnosti nisu nastala istovremeno, njihova obligaciona prava transformisala su se u stvarno pravo istovremeno, te je došlo do zasnivanja svojinske zajednice između davalaca izdržavanja.

³⁰ Ovakav stav zauzeo je Vrhovni sud Makedonije, Rev. 833/88 (avedeno kod: S. Vuković, Komentar Zakona o nasleđivanju i Zakona o vanparničnom postupku, Beograd, 1997, str. 205): "U slučaju konkurencije dva ugovora o doživotnom izdržavanju, snažniji je ugovor koji je bio zaključen ranije, a nije bio raskinut ili poništen". U jednom predmetu, u kome je odlučivao o osnovanosti zahteva docnijeg davaoca za raskid ranije zaključenog ugovora o doživotnom izdržavanju, Vrhovni sud Srbije (u obrazloženju odluke Rev. 2012/97), izneo je stav da potonji ugovor o doživotnom izdržavanju, zbog postojanja ranijeg, ne proizvodi nikakvo pravno dejstvo. Ovakvo stanovište za nas je potpuno neprihvatljivo.

³¹ O Stanković, M. Orlić, op. cit., str. 71

Osim toga, kod višestruke prodaje nepokretnosti prodavac je, budući da je postupao *venire contra factum proprium*, dužan da ostalim saugovaračima nadoknadi štetu. Oštećeni kupac može, po pravilu lako, da namiri svoje potraživanje iz imovine prodavca (ili iz njegove zaostavštine, u slučaju smrti, kada obaveza prelazi na naslednike), pošto je prodavac dobio ekvivalent za stvar koju je otuđio. Kod ugovora o doživotnom izdržavanju naknada štete najčešće ne bi bila moguća. Naime, ugovorom o doživotnom izdržavanju primalac izdržavanja, po pravilu, raspoložuje celokupnom svojom imovinom, stvarima i pravima taksativno navedenim u ugovoru, u korist davaoca izdržavanja. Ako bismo prihvatili stanovište da samo jedan od više davalaca stiče pravo svojine, došli bismo u situaciju da onaj vitalicijent koji je postupao u duhu *bona fides* i koji ima punovažan ugovor, a koji je godinama izdržavao primaoca, ne može dobiti povraćaj datog na ime izdržavanja. On se ne može obratiti za naknadu štete naslednicima primaoca izdržavanja, jer zaostavštine nema, a naslednici za dugove ostavioca odgovaraju samo do visine svog naslednog dela. Tačnije, on može zahtevati naknadu štete, ali nema imovine iz koje se može naplatiti. Takođe, ne može se obratiti za naknadu štete ni davaocu izdržavanja koji je stekao svojinu, jer između njih ne postoji ugovorni odnos, niti je on naslednik primaoca, već singularni sukcesor, a takva obaveza za njega ne proizilazi iz zakona.³²

Uzimajući u obzir sve napred navedeno, stojimo na stanovištu da nijedno od dva izneta moguća rešenja, dakle da samo jedan od dva ili više davalaca izdržavanja stekne svojinu na stvarima iz ugovora, ne bi bilo u skladu sa prirodom ovog ugovora, Dosledna primena principa *prior tempore potior iure* bila bi najčešće duboko nepravična. Time bi se sankcionisala ona ugovorna strana koja je u potpunosti bila verna ugovoru, savesno ispunjavala svoje obaveze, a nije znala niti je morala znati za postojanje ranijeg ugovora o doživotnom izdržavanju. Ne samo da docniji davalac ne bi ostvario svoje pravo iz ugovora, već, po pravilu, ne bi mogao ni da dobije naknadu za dato izdržavanje. Sa druge strane, ni koncepcija o potonjem ugovoru kao jačem osnovu ne može se opravdati, jer se zasniva na pretpostavkama koje ne moraju imati nikakvo utemeljenje. Motivi koji rukovode primaoca izdržavanja da zaključi više ugovora o doživotnom izdržavanju različiti su, a

³² Videti: odluka VSS, Rev. 3487/97, i odluku Okružnog suda u Kragujevcu, Gž. 1398/82 (navedeno prema: M. Ubavić, *op. cit.*, str. 159 i 160). Smatramo da ovde nema mesta primeni čl. 218 ZOO, kojim je regulisano da lice koje za drugog učini kakav izdatak ili nešto drugo što je ovaj po zakonu bio dužan učiniti, ima pravo zahtevati naknadu od njega. Ovde nema mesta primeni instituta neosnovanog obogaćenja, a još manje se mogu primeniti zakonske odredbe o poslovodstvu bez naloga. Davalac izdržavanja, koji nije postao vlasnik, nije činio izdatak u interesu drugog davaoca, niti sa namerom da njemu pomogne u izvršavanju kakve zakonske dužnosti. već je davao izdržavanje poštujući ugovorene obaveze, i sa ciljem sticanja svojine na stvarima koje su ugovorom obuhvaćene.

prezumpcija da razlog leži u neizvršavanju obaveza iz prethodnog ugovora, sasvim je proizvoljna. Osim toga, ne može se braniti ni stav o prećutnom raskidu ranijeg ugovora zaključenjem docnijeg, čak i kada bi to konveniralo volji primaoca izdržavanja.

c) Prema našem mišljenju, svi savesni vitalicijenti, koji imaju valjane ugovore i koji su izvršavali ugovorne obaveze, stiču momentom smrti vitalicijata svojinu na stvarima iz ugovora. Nijedan ugovor, dakle, ne bi se apriori smatrao jačim osnovom. Ovakav stav, čini nam se, implicite je sadržan u odluci VSS (Rev. 3654/95)³³, gde je sud našao da su oba ugovora punovažna i proizvode pravno dejstvo, a da je potrebno da se u posebnom postupku utvrde udeli davaoca izdržavanja.³⁴ Trenutak zaključenja ranijeg ugovora i njegova dužina trajanja u odnosu na potonji, po našem nahođenju, irelevantna je za samu činjenicu sticanja svojine. Ona može biti relevantna za veličinu udela ranijeg i docnijeg vitalicijenta u konkretnoj nepokretnosti, ukoliko se zauzme stav da su momentom smrti primaoca oni postali zajedničari, i da u parnici treba utvrditi pojedinačni udeo svakog od njih. Ono što bi se javilo kao najznačajniji problem u sudskom postupku, jeste utvrđivanje vrednosti činidbi – doprinosa svakog davaoca izdržavanja, radi određivanja udela u stvarima i pravima koja su stekli. Za rešenje ovog problema postoje, načelno, dve mogućnosti.

Svakako najjednostavnije bi bilo zauzeti stav da u slučaju postojanja važećih ugovora o doživotnom izdržavanju, svakom od davalaca pripada pravo na jednak udeo u nepokretnosti, bez obzira na dužinu trajanja ugovornog odnosa i vrednost učinjenih prestacija. Dobra strana ovog rešenja ogleda se u znatno kraćem trajanju parnica i pojednostavljenju dokaznog postupka. Uz to, čini se da bi takvo rešenje moglo biti i u skladu sa pretpostavljenom voljom primaoca izdržavanja, koji je bio u ugovornom odnosu sa oba davaoca i koji je ugovore održavao na snazi, te se može smatrati da je želeo da njegovi saugovarači dobiju jednake udele ugovorom obuhvaćenih stvari i prava. Ova pretpostavka, naravno, može se uzeti sa rezervom, jer je moguće da se vitalicijat odlučio za novi ugovor nezadovoljan načinom na koji je izdržavanje davao prvi davalac, a može biti rukovođen i nekim drugim razlozima.

Druga mogućnost jeste da se davaoci izdržavanja smatraju zajedničarima, čiji su udeli neodređeni, ali određivi. Udeo svakog od njih utvrdio bi sud, uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja: dužinu izvršavanja ugovornih obaveza i vrednost davanja učinjenih prema primaocu izdržavanja, način i kvalitet iz-

³³ Sudska praksa br. 5/2002, str. 33-34.

³⁴ Sličnog je stanovišta i Vrhovni sud Hrvatske, Rev. 1421/88. Međutim, niti u jednom od ova dva slučaja sudovi nisu prejudicirali odluku parničnog suda, niti su zauzeli decidan stav o načinu utvrđivanja udela davaoca izdržavanja.

vršavanja obaveza itd. Dužina trajanja ugovornog odnosa ne mora nužno značiti da bi davalac izdržavanja iz ranije zaključenog ugovora imao veći udeo, jer vrednost i kvalitet njegovih činidbi ne mora biti proporcionalan trajanju ugovornog odnosa. Ono što bi za sud ovde bilo naročito komplikovano jeste koju metodologiju utvrđivanja vrednosti prestacija usvojiti, budući da su obaveze davaoca brojne i heterogene, a većina njih se ne može, ili se teško može novčano izraziti (briga za davaoca, posete, nega, pažnja, zadovoljavanje kulturnih potreba, obavljanje kućnih poslova, itd.).

Donošenje odluke bilo bi olakšano ukoliko su dva ugovora približno podjednako trajala, i ukoliko su prestacije davaoca približno jednake. Veći problem nastaje u situaciji kada je jedan ugovorni odnos trajao značajno kraće, a naročito kada je smrt primaoca nastupila nedugo po zaključenju kasnijeg ugovora o doživotnom izdržavanju, s tim da nisu ispunjeni uslovi za poništaj ugovora.³⁵ Da je docniji ugovor jedini zaključen ili jedini punovažni ugovor o doživotnom izdržavanju, nije sporno da bi davalac stekao u svojину predmetnu nepokretnost, bez obzira na dužinu izvršavanja ugovornih obaveza. Budući, međutim, da postoji i raniji ugovor, njegova pravna pozicija se značajno pogoršava, i on može doći u situaciju da ne dobije gotovo ništa, ili samo jedan mali udeo u ugovorom otuđenoj nepokretnosti.

Ima mesta kritici apriornog stava da svi savesni davaoci stiču podjednake udele u nepokretnosti, jer se to može smatrati nepravičnim za onog davaoca čije su činidbe prema primaocu znatno duže trajale i bile ekonomski izdašnije. Stoga se na prvi pogled nama drugo rešenje čini pravednijim. Ipak, i ono ima svojih loših strana i može biti nepravično za docnijeg davaoca, koji je u dobroj veri izvršavao ugovorne obaveze, a zbog ranije zaključenog ugovora može doći u situaciju da ne dobije gotovo ništa. Ovde moramo primetiti da možda ovo rešenje nije u duhu tako specifičnog instituta kao što je ugovor o doživotnom izdržavanju, čije je jedno od najznačajnijih obeležja aleatornost. Zato je i veliko pitanje da li vrednost i trajanje izvršenja prestacija treba uopšte uzeti u obzir prilikom utvrđivanja udele dva ili više davalaca u ugovorom otuđenoj nepokretnosti, jer vrednost obaveze primaoca izdržavanja ni na koji način nije uslovljena vrednošću prestacija dužnika izdržavanja.³⁶

³⁵ Čl. 203 st. 1 ZON-a predviđa poseban slučaj nevažnosti ovog pravnog posla, kada zbog bolesti ili starosti vitalicijata ugovor o doživotnom izdržavanju nije predstavljao nikakvu neizvesnost za vitalicijenta. Međutim aleatornost ovog ugovora ne može se procenjivati samo prema vremenskom razmaku između njegovog zaključenja i smrti primaoca izdržavanja, već se moraju uzeti u obzir sve okolnosti slučaja. Videti: Presude VSS, Rev 1208/06, od 17.4.2007. i Rev. 2437/06, od 7.3.2007. godine.

³⁶ Napomenimo samo da obaveze davaoca izdržavanja ne moraju biti i često nisu samo imovinskog karaktera. Primalac može biti materijalno obezbeđena osoba, kojoj je u starosti i samoći od novca znatno potrebnije ostvarenje nekih drugih, socijalnih potreba, npr. za društvom i razgovorom,

Iako smo bliži stanovištu da više davaoca izdržavanja momentom delacije primaoca stiču neopredeljene udele u stvarima kojima je ugovorom raspolagano, mišljenja smo da ne bi trebalo isključiti mogućnost prezumpcije podjednakih udele dva ili više davaoca u predmetnoj nepokretnosti. Ovakav stav naročito bi bio opravdan kada bi u parnici utvrđivanje relevantnih činjenica bilo nemoguće ili znatno otežano, te se ne bi mogla na nesumnjiv način utvrditi vrednost činidbi, osim ako bi u konkretnom slučaju takvo rešenje predstavljalo očiglednu nepravdu za jednog od davalaca izdržavanja.

ZAKLJUČAK

Sticanje svojine u slučaju višestrukog otuđenja iste nepokretnosti nije zakonom regulisano u pravu Republike Srbije. U nedostatku zakonskih rešenja, sudovi se prilikom odlučivanja o jačem pravu sticaoca pozivaju na kriterijume koje je utvrdila sudska praksa, a koji se prvenstveno odnose na višestruku prodaju iste nepokretnosti. Ukazujući u radu na ova rešenja, analizirali smo ih sa aspekta njihove primenljivosti na slučajeve višestrukog otuđenja nepokretnosti uzastopnim raspolaganjem na osnovu ugovora o doživotnom izdržavanju.

Sagledavajući različite hipotetičke situacije, čini nam se da je neophodna primena pojedinih utvrđenih kriterijuma i na slučajeve višestrukog raspolaganja nepokretnom stvari na osnovu ugovora o doživotnom izdržavanju. To se naročito odnosi na uticaj (ne)savesnosti docnijeg sticaoca, koja bi se u okolnostima koje kod nas postoje, cenila strožije. Potonji pribavilac se, naime, ne bi mogao pozivati samo na stanje u javnim knjigama, već je neophodno njegovo osvedočenje i u faktičko stanje - svaki sticalac dužan je da proveri u čijoj se državini i po kom osnovu nalazi nepokretnost koja je predmet raspolaganja. Iako zakonodavac izričito ne potencira savesnost pribavioca za sticanje svojine, u potpunosti opravdavamo stav sudske prakse da se lice koje se nije ponašalo u duhu *bona fides*, ne može smatrati vlasnikom nepokretnosti stečene na taj način.

Nepostojanje modusa za sticanje svojine kod ugovora o doživotnom izdržavanju i trajnost ovog ugovora, kao specifičnosti koje ga karakterišu, nužno su opredelile naš stav da se od pojedinih kriterijuma pri utvrđivanju jačeg prava mora odstupiti. Mišljenja smo da bi, u slučaju više ugovorenih izdržavanja, kada su davaoci izdržavanja savesni, kada su uredno izvršavali ugovorene obaveze, a niko od njih

ili za obavljanjem kućnih poslova itd. Kako se u dužem vremenskom periodu obaveze davaoca mogu svoditi na ove činidbe, koje su za primaoca možda bile od izuzetnog značaja, jako je teško novčano izraziti njihovu vrednost.

nije uveden u posed predmetne nepokretnosti, bilo protivno duhu ovog instituta i načelu pravičnosti dati prednost ranijem ili potonjem davaocu izdržavanja. Nezavisno od toga kada su ugovori zaključeni, trenutkom smrti primaoca izdržavanja svojinu na nepokretnosti, koja je bila predmet ugovora, stiču svi savesni davaoci izdržavanja, budući da kasniji upis prava svojine ima samo deklarativni karakter. Po našem sudu, u takvoj situaciji davaoci bi stekli neopredeljene udele čiju bi veličinu utvrđivao sud uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja, a naročito dužinu trajanja izdržavanja, vrednost i kvalitet učinjenih prestacija. Ukoliko bi, pak, utvrđivanje udela bilo znatno otežano ili nemoguće, s obzirom da su činidbe vitalicijenata pretežno neimovinskog karaktera i teško se mogu vrednosno izraziti, mišljenja smo da bi se moglo poći od pretpostavke da su udeli svih davalaca u predmetnoj nepokretnosti jednaki, osim ako bi u konkretnom slučaju takvo rešenje predstavljalo očiglednu nepravdu za jednog od njih.

NOVAK KRSTIĆ
Assistant, Faculty of Law, Niš

MULTIPLE DISPOSITION OF REAL ESTATE ON THE BASIS OF LIFETIME MAINTENANCE AGREEMENT

Summary

In this article author deals with an issue of acquiring ownership of real estate in the case of multiple disposition on the basis of lifetime maintenance agreement. Trying to answer the question the right of which maintenance provider is stronger, the author analyzes criteria established by case law in the case of multiple sales of the same property, and its applicability to cases of multiple real property dispositions under lifetime maintenance agreement. Taking into account the nature and characteristics of this contract, the author presents the view that at the time of recipient's death, the donors acquire joint ownership of immovable property, assuming good faith of both donors. Size of their shares would be determined taking into account all the circumstances of the case, especially the length and value of given support, and the quality of execution of contractual obligations. But, if the determination of the share is considerably more difficult or impossible, one might start from the assumption that the shares of all maintenance providers in the subject property are equal, unless in case such decision constitutes an obvious injustice to one of them.

MIODRAG V. ORLIĆ

OGLED O ODNOSU GRAĐANSKE I KRIVIČNE ODGOVORNOSTI

U V O D

1. U najširem smislu odgovornost (pravna, moralna, politička, istorijska i sl.) može se definisati kao polaganje računa za sopstvene radnje (ponašanje) pred nekom instancom koja prosuđuje (sudi) o njihovoj ispravnosti i koja u slučaju nepovoljnog suda primenjuje određene sankcije. U pogledu navedenih merila građanska¹ i krivična odgovornost imaju zajednička obeležja koja se ogledaju u tome što se i u prvom i u drugom slučaju primenjuju pravna pravila, a ne neka druga, što je instanca pred kojom se polažu računi sud i što je posledica koja pogađa učinio- ca pravna sankcija. Kod moralne odgovornosti povreda se odnosi na moralne norme, instanca pred kojom se odgovara je Bog za vernike, a savest za ateiste, a sankcija je griža savesti i moralna osuda (društvene) zajednice. Politička odgovornost podvrgnuta je pravilima politike, instanca pred kojom se odgovara je izborno telo, a sankcija je gubitak vlasti ili poslaničkih mesta. U poređenju sa njima vrste pravne odgovornosti imaju izvesna zajednička obeležja koja su za njih zajednička, a time

Dr Miodrag Orlić, profesor univerziteta Slobomir P u Bijeljini.

¹ U ovom radu razmatra se poređenje krivične odgovornosti sa deliktnom odgovornošću u građanskom pravu. Ugovorna odgovornost nalazi se izvan okvira ove analize. Otuda, kada se zbog kratkoće izražavanja upotrebi nazi građanska odgovornost, opdrazumeva se deliktna odgovornost u građanskom pravu.

različita i u odnosu na moralnu i u odnosu na političku ili istorijsku odgovornost. Pitanje je samo da li građanska (deliktna) i krivična odgovornost predstavljaju jednu jedinstvenu odgovornost koja bi se razlikovala samo kvantitativno ili se naprotiv one razlikuju u toj meri da se može govoriti o njihovoj raznorodnosti. O tome će biti reči u ovom ogledu.

I. STANOVIŠTE O RAZNORODNOSTI GRAĐANSKE I KRIVIČNE ODGOVORNOSTI

2. Teorijska rasprava o odnosu između deliktne (građanske) i krivične odgovornost započeta je jednim veoma autoritativnim mišljenjem. U svom ranom delu posvećenom filozofiji prava², Hegel je izložio stav da između građanske i krivične odgovornosti postoji kvalitativna razlika. Polazna tačka u njegovom shvatanju je pojam neprava (Unrecht) koji on deli na tri vrste: a) nevino (nepristrasno Unbefangenes), ili građansko nepravo, b) prevara (Betrug) i v) prinuda i zločin (Zwang und Verbrechen)³. Postavljena kao srednji član, ili prelazni oblik, prevara (koja ima svoje mesto i u građanskom i u krivičnom pravu) u daljem toku rasprave unekoliko je izgubila od svog značaja, tako da su se mišljenja Hegelovih pristalica i njegovih kritičara sukobljavala samo o odnosu građanske i krivične odgovornosti (ili kako se u nemačkoj pravnoj teoriji govorilo: građanskog i krivičnog neprava).

3. Građansko nepravo⁴ po Hegelovom shvatanju, je nevino nepravo, u tom smislu što se njime povređuje pravo drugoga, ali u okviru pravnog poretka, za razliku od zločina⁵, kojim se povređuje pravo kao pravni poredak. U građanskom nepravu implicitno je sadržano priznavanje pravnog poretka kao sfere onoga što je

² Izlaganje o Hegelovim pogledima na odnos između građanskog i krivičnog neprava zasni-
va se na tekstu o filozofiji prava, koji je objavio Hegel, kao predavanja u akademskoj 1819–20 godini,
pod nazivom Grundlinien der Philosophie des Rechts, Von D. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Ber-
lin 1821, "In der Nicolaishen Buchhandlung", (u daljem izlaganju Hegel, Grundlinien), i na tekst u
Naturrecht und Staatswissenschaft nach der Vorlesungsnachschrift von Carl Gustav Homeyer 1818–
19, objavljen u knjizi Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818–
1831, Edition und Kommentar in sechs Bänden von Karl-Heinz Ilting, Frommann-Holzboog, Stutt-
gart-Bad Cannstatt 1973, I Band, str. 217. i dalje, (u daljem izlaganju Hegel, Naturrecht).

³ Hegel, Grundlinien, §§ 82–103, str. 82–102.

⁴ Uporediti: "Die Hegel'sche Mittelstufe, der Betrug, interessirt uns an dieser Stelle nicht."
(Hegelov srednji stepen, prevara nas na ovom mestu ne zanima), Adolf Merkel, Kriminalistische
Abhandlungen, I Zur Lehre von den Grundtheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen,
Leipzig, 1867, str. 5.

⁵ Hegel, Grundlinien, § 85, str. 89.

opšte i odlučujuće.⁶ Otuda sukob u kome suprotstavljene strane postavljaju zahteve jedna prema drugoj zasnivajući ih na pravnim razlozima, vodi rešenju po kome stvar treba da pripadne onoj strani koja na to (na tu stvar) ima pravo.⁷ Građansko-pravni spor, jer ovde je o njemu reč, označava negativan sud o svojini, a nepravo se tiče samo supsumcije stvari pod volju.⁸ Kod obe stranke je priznavanje prava povezano sa suprotstavljenim interesima i odgovarajućim pogledima⁹, na ishod spora. U jednoj ranijoj verziji, Hegelov iskaz je direktniji i jasniji. Naime, kad se kaže: "Ja tvrdim da je ova stvar moja a ne stvar drugoga", negativan sud negira samo ono (što je) posebno u predikatu, a ne predikat u celom njegovom obimu.¹⁰ Za pojam nepristrasnog neprava doista je ravnodušno kakav će biti odgovor na pitanje ko će pobediti u reivindikacionom sporu, jer je to kad je reč o filozofskom pojmu građanskog neprava, zapravo rezultat slučajnosti.¹¹ Otuda i dolazi Hegelova uzgredna napomena (izrečena na predavanjima, koju je zabeležio njegov student Homa-ger) da sudija u sporu treba da teži pravu kao pravu.¹² U tom smislu, doista može biti govora o građanskom nepravu, kao nepristrasnom nepravu, što se pak tiče građanskopravnog delikta, Hegel o njemu govori u odeljku o prinudi i zločinu¹³, kako bi poređenje ova dva neprava bilo reljefnije istaknuto. Građanskopravni delikt je definisan kao povreda spoljašnjeg postojanja (äusserlichen Dasein) ili državine (Besitz) i kao takav označava zlo: to je šteta (u bilo kom obliku) u svojini ili u imovini. Ukidanje (die Aufhebung) povrede koja se ispoljava u vidu oštećenja (Beschädigung) predstavlja građanskopravnu satisfakciju kao naknadu štete (Ersatz), ako je nešto takvo uopšte moguće.¹⁴

4. Nasuprot građanskom nepravu, zločin (Verbrechen) povređuje pravo kao pravo.¹⁵ To je početna (prva) prinuda, koju je izvršio slobodan čovek povređujući opstanak slobode u njenom konkretnom smislu. Njome se ne negira samo ono što je posebno u pravu (supsumcija stvari pod moju volju) nego i ono što je opšte (ono beskonačno u predikatu mojega: pravna sposobnost), sfera krivičnog prava.¹⁶

⁶ Hegel, Grundlinien, § 85, str. 89.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

⁹ Hegel, Grundlinien, § 84, str. 83.

¹⁰ Hegel, Naturrecht, § 44, str. 271.

¹¹ Hegel, Naturrecht, § 45, str. 272.

¹² Ibidem.

¹³ Hegel, Grundlinien, § 97, str. 95.

¹⁴ Hegel, Grundlinien, § 98, str. 95.

¹⁵ Hegel, Grundlinien, § 97, str. 95.

¹⁶ Hegel, Grundlinien, § 95, str. 93.

Povreda prava kao prava, istina postoji u spoljnom svetu kao činjenica, ali je ona u sebi ništava. A manifestacija te njene ništavosti je poništenje one povrede koja je nastala u spoljnom svetu.¹⁷ I kao što je, pre toga, govoreći o prinudi (Zwang), rekao da se prinuda ukida prinudom, pri čemu je ova druga ne samo pravna nego i nužna, da bi se mogla uništiti prva prinuda¹⁸, Hegel i na ovom mestu primenjuje isti dijalektički metod. Zločin (Verbrechen) je prva prinuda kojom se pravo povređuje kao pravo i zbog toga je potrebna odmazda (Wiedervergeltung), jer se njome ukida zločin (Verbrechen), utoliko ukoliko je ona po svome pojmu povreda povrede.¹⁹ Otuda, iako i građansko pravni i krivični delikt označavaju povredu prava, među njima postoji kvalitativna razlika jer se prvim povređuje samo nečije pravo, dok drugi predstavlja povredu nečijeg prava, ali i povredu prava kao pravnog poretka.

II. SHVATANJE O SRODNOSTI KRIVIČNE I DELIKTNE ODGOVORNOSTI

A. Gledište o jedinstvenom pojmu neprava (Unrecht) u nemačkom pravu

5. Sličnost u pogledu elemenata krivične i deliktne odgovornosti navela je pojedine pravne pisce iz oblasti krivičnog prava na tvrdnje da je reč o jedinstvenoj odgovornosti ili kako su se oni radije izražavali o jedinstvenom pojmu neprava (*Unrecht*).²⁰

¹⁷ Hegel, Grundlinien, § 97, str. 95.

¹⁸ Hegel, Grundlinien, § 93, str. 92.

¹⁹ Hegel, Grundlinien, § 101, str. 99.

²⁰ Uporediti: Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, I Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen, Leipzig 1867, passim; Franz Liszt, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht, Kriminalistische Bedenken gegen der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin und Leipzig, 1889, passim; Liszt, Die Deliktobligationen, im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Kritische und dogmatische Randbemerkungen, Berlin 1898, passim; Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 4. Auflage, Berlin 1891, § 23, str. 119–120 i fusnota br. 1 na strani 120; § 24, str. 121–123 i fusnota br. 1 na stranama 121 i 122; Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 12 und 13, Auflage, Berlin 1903, § 26, str. 118–120 i fusnota br. 1 na str. 118, § 44, str. 190–192 i fusnota br. 1 na strani 192; Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 14 und 15, Auflage, Berlin 1905, § 26, str. 116–118 i fusnota br. 1 na str. 116; § 44 str. 189–191 i fusnota br. 1 na 190. strani; Liszt, Lehrbuch des Deutschen Privatrechts, 21 und 22, Auflage, Berlin und Leipzig 1919, § 26, str. 110–111 i fusnota br. 2 na strani 111, § 32, str. 132–133. U novijoj pravnoj teo-

U tom smislu su se oni izjašnjavali protiv Hegelovog razlikovanja krivičnog dela kao svesnog (*bewustes*) i građanskopravnog delikta kao nesvesnog (*unbewustes*) neprava. Prvi pokušaj osporavanja razlika učinio je Merkel (Merkel) koji je u jednom opširnom spisu detaljno analizovao gledišta Hegelovih sledbenika i njihova stanovišta²¹, a zatim izložio svoje shvatanje i razloge u prilog jedinstvu dve vrste neprava.²²

6. Ali pravi rodonačelnik koncepcije o jedinstvenom pojmu delikta bio je Franc Fon List (Franz von Liszt), jedan od najznačajnijih predstavnika nemačke klasične škole krivičnog prava, koji je uživao veliki ugled i u našoj sredini.²³ U nizu njegovih radova provlači se kao lajt motiv ideja o jedinstvenom pojmu neprava. Od četiri elementa krivičnog dela, govorio je List: a) ljudska radnja, b) protivpravnost, c) krivica i d) kazna, tri prvonavedena su istovetna sa obeležjima privatnopravnog delikta. Razlika među njima postoji samo u pogledu četvrtog elementa koji se tiče pravne posledice: kod privatnopravnog delikta to je naknada štete, kod krivičnog dela to je kazna.²⁴

riji, znatan broj pravnih pisaca prihvata stanovište o jedinstvenom pojmu neprava oslanjajući se prećutno ili izrečno na Merkelova i Listova shvatanja. Uporediti: Manzini Vincenzo, *Trattato di Diritto penale italiano*, Volume primo, Torino 1961, str. 101 i dalje; Jeschek Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin 1969, str. 30 i fusnota br. 3 na 30. strani.

²¹ Merkel, *op.cit.*, str. 4 i dalje.

²² Merkel, *op.cit.*, str. 41 i dalje.

²³ Milenko Vesnić je u saradnji sa Božidarom V. Markovićem i Gl. Regnerovićem preveo i dopunio Listov udžbenik Nemačkog krivičnog prava (prema devetom izvornom izdanju), Beograd 1902; List mu je ljubazno zahvalio na potkoricama 12. i 13. izdanja iz 1903., napominjući da mu je Vesnić (kao uostalom i Šilović u Zagrebu) predstavljao saborca u dugim godinama borbe (*Den in langen Jahren erprobten Kampfgenossen*); Branislav Petronijević je svoju studiju O slobodi volje, moralnoj i krivičnoj odgovornosti, Beograd 1908, objavio (u unekoliko izmenjenom obliku) kao raspravu u časopisu koji je uređivao List. Najzad, ali ne na poslednjem mestu, u delu Tome Živanovića, može se uočiti uticaj Listovih ideja, na primer u određivanju pojmova neprava (*Unrecht*), krivičnog dela (uz razliku koja potiče otuda što je List bio pristalica bipartacije Krivičnog prava, a Živanović izgrađivao teoriju tripartacije), kazne i sl. Videti: Živanović, *Osnovni problemi Krivičnog prava*, I. Krivično delo, II. Krivac, III. Krivična sankcija, Beograd 1930 (Uporediti, na primer: "Vrhunac daljeg rada na sistematskom usavršavanju tradicionalne zgrade Krivičnog prava, postignut je u delu V. Liszt-ovom *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, i to počev od 2-og izdanja istoga pa do poslednjeg izdanja piščevo od 1919.", str. 9 i dalje, *passim*.) U Živanovićevim udžbenicima, Krivično pravo, Opšti deo I knjiga, Beograd 1935., i II knjiga, Beograd 1937., pozivanja u fusnotama na Listovu knjigu o Krivičnom pravu su veoma česta.

²⁴ Uporediti: "Untersuchen wir diese Tatbestände näher, so finden wir, dass sie dieselben Merkmale aufweisen wie das privatrechtliche Delikt, die "Unerlaubte Handlung" das bürgerlichen Gesetzbuches; nur die Rechtsfolge ist verschieden: "Hier die Ersatzpflicht, dort die Strafe." Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 14 und 15 Auflage, str. 116.

a) Konceptija o srodnosti krivičnog
i građanskog delikta

7. Konceptiju o srodnosti krivičnog i građanskog delikta (strafrechtliche und privatrechtliche Delikt), List je izgrađivao postepeno i izlagao je u različitim varijacijama, ali dosledno do kraja. Na početku, ideja o jedinstvu pojma neprava bila je izražena obazrivo (ne treba zaboraviti da se na ovom polju List suprotstavlja Hegelovom autoritetu), više kao nagoveštaj srodnosti, nego u vidu čvrsto zasnovanog naučnog stava. Tako, na primer, u prvim izdanjima njegovog čuvenog udžbenika Nemačko krivično pravo, odsek u kome se o ovom pitanju raspravlja, nosi naziv: razlika između krivičnog dela i građanskog prava.²⁵ Iako je u jednom ranijem monografskom radu već izložio ideju o jedinstvu pomenuta dva neprava (navodeći da među njima postoji samo jedna razlika), u udžbeniku je List bio znatno uzdržaniji iznoseći samo ono što mu se činilo da je u tom trenutku bio *communis opinio doctorum*. Uzimajući u četvrtom izdanju udžbenika još uvek kao radnu hipotezu (u naslovu odseka) da razlika postoji, on je u tekstu naglasio da između krivičnog dela i građanskopravnog delikta nema unutrašnje razlike (u pogledu pojmovnih obeležja), već da su razlike istorijske i pravno političke prirode.²⁶ Krivično delo se od delikta u građanskom pravu (kako je List naveo u jednom docnijem izdanju udžbenika) istorijski posmatrano izdvaja svojom opasnošću, a pozitivno pravno samo pravnom posledicom.²⁷

8. Prethodno je List u svom prvom monografskom radu posvećenom razgraničenju krivičnog i građanskog prava, postavio opšti pojam građanskopravnog delikta²⁸, koji je trebalo uvrstiti u Nacrt nemačkog Građanskog zakonika. Prema Listovom shvatanju, ostavljajući po strani izvesna pozitivno pravna ograničenja,

²⁵ Naslov tog odseka glasi: "Verbrechen im Unterscheide vom bürgerlichen Unrecht", Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 4. Auflage, Berlin 1891, str. 121. U docnijim izdanjima udžbenika, ovaj naslov će biti izostavljen, a materija će biti izložena u odseku posvećenom pojmu krivičnog dela i u tom okviru List će ukazivati na naglašenu srodnost krivičnog dela i građanskopravnog delikta. Uporediti na primer 12. i 13. izdanje: Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrecht, Berlin 1903, str. 118–119.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Uporediti: "Valja se dakle sa vladajućim mišljenjem držati strogo pravila: da krivično delo ima ista obeležja koja i osobnopravni delikt, ali da se od ovoga razlikuje istorijski samo svojom opasnošću, a pozitivno pravno samo pravnom posledicom.", Vesnićev prevod devetog izdanja Listovog Nemačkog krivičnog prava, Beograd 1902, str. 208, fusnota br. 1.

²⁸ Uporediti: Wenn wir, von allen positiv – rechtlichen Beschränkungen absehend, den Begriff des privatrechtlichen Deliktes in möglichster Allgemeinheit zu bestimmen suchen, so gelangen wir zu folgenden Begriffsmerkmalen: 1. Verletzung eines privatrechtlich geschützten Interesses; Widerrechtlichkeit der Verletzung; Schuldhaftigkeit der Verletzung, d.h. Vorsatz oder Fahrlässigkeit

pojam građanskopravnog delikta u svojoj mogućoj opštosti obuhvatio bi sledeća obeležja: 1. povreda privatnopravnog zaštićenog interesa, 2. protivpravnost povrede, 3. skrivljena odgovornost za povredu, tj. umišljaj ili nehat deliktno sposobnog učinioaca. Kada se ovako utvrde sastavni element pojma odmah postaje jasan odnos građanskopravnog delikta i krivičnog dela: ako se izuzme jedna razlika pojam delikta mora biti isti u obema oblastima.²⁹

b) Evolucija shvatanja o srodnosti

9. U kasnijoj fazi, na prelazu iz devetnaestog u dvadeseti vek, može se zapaziti dalja evolucija u Listovim pogledima na prirodu odnosa između građanskopravnog delikta i krivičnog dela. Njegova misao o jedinstvu dveju odgovornosti sve više se učvršćivala, a uverenje u naučnu ispravnog koncepcije bilo je sve jače i izrazitije. U novoj monografiji posvećenoj deliktним obligacijama³⁰ List je ponovo isticao da sa pravno teorijskog stanovišta, nema nikakve sumnje da se govori o opštem pojmu delikta kao skrivljenoj protivpravnoj povredi tuđih, pravno zaštićenih interesa.³¹ Ali, kada je prešao na razmatranja odnosa između krivičnog i građanskopravnog delikta, u nemačkom pravnom sistemu, List je razočarano konstatovao da se njegova očekivanja nisu ispunila. U toku pripremanja i izrade nemačkog Građanskog zakonika, po njegovom mišljenju, propuštena je izuzetna (jedinstvena) prilika da se formuliše opšti pojam delikta, poput onoga što je bilo učinjeno u pruskom Opštem zemaljskom pravu ili u francuskom Građanskom zakoniku i u nekima od novijih projekata zakona.³² Naspram ovog propusta učinjenog u građanskom pravu, List je isticao koristi koje je krivično pravo imalo od formulisanja opšteg pojma krivičnog dela: "Skrivljena protivpravna radnja dela pružila nam je pojmovna obeležja krivičnog dela; na tome ke izgrađen ceo sistem

der deliktsfähigen Thäters in Beziehung auf des eingetretenen rechtverletzenden Erfolg", Liszt, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht, Berlin 1889, str. 26.

²⁹ Uporediti: "Das Verhältnis des privatrechtlichen zum strafrechtlichen Delikt ist sofort klar: von einer Verschiedenheit abgesehen, muss der Begriff des Delikts auf beiden Gebieten derselbe sein", Ibidem.

³⁰ Liszt, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Kritische und dogmatische Randbemerkungen, Berlin 1898, passim.

³¹ Uporediti: "Dieser allgemeine Deliktsbegriff ist einfach genug. Delikt ist jede schuldhafterechtswidrige Verletzung fremder rechtlich geschützter Interessen", Liszt, op. cit., str. 3.

³² Uporediti: "Mit der mangelnden Klarheit über die sociale Funktion der Schadensersatzpflicht hängt es wohl auch zusammen, das dem BGB der einheitliche Deliktsbegriff fehlt, wie ihn das preussische Landrecht und der code civil sowie die meisten übrigen neuen Gesetze und Entwürfe aufgestellt haben", Ibidem.

krivičnog prava.”³³ Da je i u građanskom pravu bio prihvaćen ovakav opšti pojam delikta, njegov uticaj bi bio veoma povoljan i omogućio bi da se ubuduće krivično pravo i teorija o građanskopravnom deliktu razvijaju polazeći od istih osnova.³⁴

c) Rodni pojam neprava

10. U završnoj fazi ideja o jedinstvenom pojmu delikta u krivičnom i građanskom pravu dobila je mirniji, ali ne manje kategoričan izraz. Tako se u dvadesetprvom i dvadesetdrugom izdanju udžbenika (poslednjem koji je List sam menjao i dopunjavao u odnosu na ranija izdanja), prilikom navođenja svakog pojedinog obeležja, više ne naglašava istovetnost sa odgovarajućim elementima građanskog neprava. Pošto je definisao krivično delo i izložio njegova obeležja, List je u zaključku podvukao ideju o srodnosti. “Krivično delo je skrivljena protivpravna radnja. Prema tome, krivično delo zajedno sa nedozvoljenom radnjom građanskog prava potpada pod rodni (Gattungsbegriff) pojam neprava (Unrecht) ili delikta.”³⁵

11. Postojano iznoseći ideju o pojmovnom jedinstvu krivičnog dela i građanskopravnog delikta, List je smatrao da razlika među njima postoji samo u pogledu pravne posledice koju ove dve vrste (istog genusa) povlače za svoje učinioce, kod krivičnog dela to je kazna, kod građanskopravnog delikta naknada štete. Osobenost krivičnog dela je upravo u tome što učiniocu preti kazna. “Među svim vrstama neprava, oštro se izdvaja kazneno nepravo, krivično delo, svojom osobenom pravnom posledicom kaznom.”³⁶

d) Uticaj na naučne tokove

12. Iz navedenih stavova o jedinstvu neprava (Unrecht) proizilazilo je da između krivičnog dela i građanskopravnog delikta nema razlika u suštini nego samo u vrsti sankcije, što se svodi na razliku u stepenovanju društvene opasnosti.³⁷

³³ “Die “schuldhafte, rechtswidrige Handlung”, giebt uns ja die Begriffsmerkmale des Verbrechens; auf ihr ist das ganze System des Strafrechts aufgebaut.”, Liszt, op. cit., str. 4.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. und 22. Auflage, Berlin und Leipzig 1919, str. 111.

³⁶ “Von allen andern Arten des Unrechts hebt sich das peinliche Unrecht, das Verbrechen, scharf ab durch seine eigenartige Rechtsfalte, Die Strafe”, Liszt, op.cit. 21. und 22, Auflage, str. 181.

³⁷ “Pretnju kaznom zakonodavac predviđa samo za one delikte, koji po njegovom shvatanju predstavljaju naročito opasne napade na pravni poredak”, Liszt, op. cit., 14. und 15. Auflage, str. 117.

Država će posegnuti za kaznom kao sredstvom u borbi protivu neprava, u onim slučajevima kada je neophodno pružiti najveću moguću zaštitu pravnom poretku. Otuda je krivičnog dela, prema shvatanju zakonodavca osobito opasan napad na pravo zaštićene interese.³⁸

Nasuprot Hegelu i pristalicama njegove škole, koji su smatrali da između krivičnog dela i građanskopravnog delikta postoji kvalitativna razlika³⁹, List je kao što proizilazi zastupao gledište da razlike, ukoliko postoje, mogu biti samo kvantitativne prirode.⁴⁰

Pod njegovim i Merkelovim uticajem navedeno stanovište prihvatili su i pojedini istaknuti teoretičari u italijanskom⁴¹ i nemačkom pravu.⁴²

B. Shvatanje o srodnosti krivične i deliktne odgovornosti u srpskom pravu

13. U srpskoj pravnoj teoriji zastupao je stanovište o jedinstvu krivične i deliktne odgovornosti u građanskom pravu, istaknuti pravni pisac prve polovine dvadesetog veka Toma Živanović⁴³. Na početku pod uticajem Listovih pogleda⁴⁴,

³⁸ Uporediti: Liszt, op.cit., 21. und 22. Auflage, str. 182.

³⁹ Uporediti: "Unter den älteren Versuchen, zwischen dem bürgerlichen Unrecht und dem Verbrechen einen qualitativen Unterscheid zu finden, nehmen diejenigen Hegels und seiner Schule den ersten platz ein", Liszt, op. cit. str. 111, fusnota br. 3.

⁴⁰ Uporediti: "...dass das Verbrechen vielmehr nur durch quantitative Verschiedenheiten von dem bloss privatrechtlich relevanten Unrecht sich abhebt", Liszt, op. cit., str. 181.

⁴¹ Uporediti: "in somma, l'incriminazione avviene, di regola, quando il legislatore ritiene che, oltre all' interesse privato, vi è un interesse pubblico specifico da tutelare e che tale interesse richiede la piu efficace protezione: consista codesto interesse semplicemente nella opportunità di assicurare l'ordin giuridico con sanzioni adeguate et idonee, che il diritto privato non potrebbe da solo fornire, o nella convenienza di reagire il pin energicamente possibile contro fatti che quantunque ledano immediatamente interessi privati, riflettono nondimento le loro conseguenze dannose sulla collettività", Vincenzo Manzini, Trattato di diritto penale italiano, 4. edizione, Volume I (a cura del prof. Domenico Pisapia), Torino 1961., str. 169–170.

⁴² Uporediti: "a) Das Verbrechen lässt sich von den Zuwiderhandlung gegen das bürgerliche und öffentliche Recht nicht qualitativ, sondern nur quantitativ unterscheiden" (sa pozivanjem u fusnoti na Merkela i List-Šmidovo izdanje udžbenika krivičnog prava), Hans-Heinrich Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berling 1969, str. 30 i fusnota br. 30.

⁴³ Videti: Živanović, Osnovni problemi krivičnog prava, I. Krivično delo, II. Krivac, III. Krivična sankcija, Beograd, 1930, str. 51 i sl.; Živanović, Sistem sintetičke filozofije prava, Beograd, 1959, str. 325 i sl.

⁴⁴ Na to ukazuju pozivanja na Listovo poimanje realističkog pojma krivičnog dela (Živanović, Osnovni problemi krivičnog dela, str. 64-65); naglašavanje da su tri elementa krivičnog dela isto-

Živanović je dalje razvijao ideje svog duhovnog prethodnika i uzdigao ih do nivoa filozofsko-pravnog sistema. Dok je List do ideje o genusnom pojmu neprava (Unrecht) dolazio postepeno i izgrađivao je induktivnim putem poredeći tri obeležja krivičnog dela i privatnopravnog delikta (ljudska radnja, protivpravnost, krivica), Živanović je svoju koncepciju izgradio kao u jednom zamahu, deduktivnim putem, polazeći od nove, optimalne podele prava u pravnom sistemu.

a) Kritika deobe prava na javno i privatno

14. U uobičajenom teorijskom prikazivanju deobe prava na javno i privatno pravo kao krajnje, vrhovne deobe prava, tradicionalno je pravljen greška, pisao je Živanović, što je za kriterijum po kome se podela zasnivala uziman pojam pravnog odnosa⁴⁵, koji ne iscrpljuje mogućnosti ukupne deobe. Naime, prema sintetičkoj filozofiji prava (duhovnoj tvorevini T. Živanovića)⁴⁶ može se postaviti jedan novi, opštiji kriterijum na kome će se zasnivati vrhovna deoba prava, a to će reći podela na pravo o pravu i na pravo o nepravu.⁴⁷ Da je osnovano govoriti o vrhovnoj deobi (*summa divisio*) prava, vidljivo je iz činjenice što nova deoba, po svojoj obuhvatnosti nadilazi klasičnu podelu na javno i privatno pravo. Naime, i kod privatnog i kod javnog prava, pravni odnosi proističu iz prava (iz ustanova prava), što čini jednu stranu vrhovne podele, a samo kod krivičnog prava pravni odnosi pro-

vetna sa obeležjima delikta u privatnom pravu, a da se razlikuju samo kad je reč o pravnoj sankciji (Živanović, op. cit. str. 54; Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 11 und 12, Auflage, str. 18); sa stanovišta da je pojam neprava (Unrecht) rodni pojam koji obuhvata krivično delo i građansko-pravni delikt (Živanović, Sistem sintetičke filozofije prava, str. 326; Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21 und 22. Auflage str. 111, List govori o genusnom pojmu, GaHungsbegriff pod koji potpadaju krivično delo i građansko pravni delikt) i druge pojedinosti.

⁴⁵ Uporediti: "Iz gornjeg se vidi da greška tradicionalne deobe prava potiče otuda, što se je za kriterijum deobe prava uzeo u obzir samo momenat pravnog odnosa u pojmu prava", Živanović, Sistem sintetičke filozofije prava, str. 386.

⁴⁶ Uporediti: "Previdelo se je, da iako je po sebi osnovano uzeti taj momenat za kriterijum, postoji drugi jedan od njega opštiji kriterijum, na kome se ima da zasnjuje deoba prava na prvom mestu, a da osobenost pravnog odnosa može služiti samo kao sekundarni kriterijum deobe prava. Taj viši kriterijum je, kao što se je gore videlo, svojstvo prava ili neprava neposrednog izvora pravnih odnosa", Ibidem.

⁴⁷ Uporediti: "Na osnovu ovog višeg kriterijuma se pravo ima najpre da podeli u pravo o pravu (ili kraće u pravo) tj. u pravne norme o dopuštenim, dakle njima shodnim radnjama i u pravo o nepravu (ili deliktno pravo), tj. u pravne norme o nedopuštenim, dakle pravu protivnim radnjama. To je prema nama vrhovna deoba prava", Ibidem.

ističu iz povrede prava, dakle iz neprava (iz ustanova neprava), kao druge strane u vrhovnoj deobi. I sada se pokazuje da su javno i privatno pravo (koji su u tradicionalnoj podeli prava posmatrani kao suprotstavljeni pojmovi) zapravo srodne pojave, jer se odnose na ustanove prava, a protivstavljeno im je samo krivično pravo koje se jedino od svih bavi nepravom.⁴⁸ Otuda su u vrhovnoj deobi prava na jednoj strani i privatno i javno pravo (ustavno, upravno, međunarodno i procesno pravo), jer se bave pravom (nedeliktna prava), a na drugoj strani krivično pravo⁴⁹ kao deliktno pravo (i druga deliktna prava, koja bi trebalo izdvojiti iz postojećih grana prava i formirati kao posebne pravne celine: građansko i trgovačko deliktno pravo, javna deliktna prava kao što su ustavno, upravno, međunarodno javno, kanonsko, krivično i upravno procesno pravo)⁵⁰. Tek pošto se uspostavi pomenuta vrhovna deoba, moguće je da se na osnovu nje, u okviru prava o pravu, izvrši kao drugostepena (sekundarna) deoba prava na javno i privatno pravo.⁵¹

b) Vrhovna deoba prava na pravo o pravu i pravo o nepravu

15. Na drugoj strani u vrhovnoj deobi nalazi se deliktno pravo (shvaćeno kao pravo o nepravu) čija je osnovna kategorija nepravo (Unrecht) tj. bilo koja vrsta povrede prava koja za sobom povlači pravnu sankciju.⁵² U tom smislu nepravo

⁴⁸ Uporediti: "Postoji dakle s gledišta sadržaja pravnih normi srodnost između privatnog prava i pomenutih grana javnog prava, a disparatnost između svih skupa i krivičnog prava", Živanović, op. cit., str. 385.

⁴⁹ Uporediti: "Nema međutim ni jedne grane privatnog prava koja je više strana državnom, administrativnom i međunarodnom pravu, no što je to krivično pravo. Ovo se vidi po tome, što su ove grane javnog prava o pravu isto tako kao i građansko pravo i druge grane privatnog prava, dok je međutim krivično pravo o nepravu", Ibidem.

⁵⁰ Uporediti: "Sem toga vrhovna deoba prava u pravo o pravu i pravo o nepravu ukazuje na nužnost, koja se pri tradicionalnoj deobi prava nije zapazila, da se iz nauka građanskog, državnog, administrativnog i međunarodnog prava kao i iz drugih naučnih grana o pravu izdvoje u njima nesistematski sadržana učenja o privatnom odnosno javnom deliktnom pravu i od ovih stvore posebne discipline kao što je to krivično pravo.", Živanović, op. cit., str. 387.

⁵¹ Živanović, op. cit., str. 386.

⁵² Uporediti: "Svaka povreda (a eventualno i samo ugroženje subjektivnog prava (pravne norme) sačinjava (prema "materijalizaciji" prava njemu shodnim aktima) nepravo (delikt), bilo u pitanju norme ma koje grane prava o pravu, tj. privatnog, javnog ili procesnog prava o pravu. Pravo o nepravu (deliktno pravo) daje sankciju za svaku od tih povreda prava o pravu. Teže od ovih povlače kaznu i meru bezbednosti, dakle najteže pravne posledice (sankcije) neprava, a ostale novčanu odštetu i ra-

je najviši, genusni pojam za krivično pravo i za građansko deliktno pravo i za sva ostala deliktna prava.

Otuda proizilazi da su krivično delo i građansko pravni delikt oblici ili vrste jednog istog neprava⁵³ i oni se razlikuju samo po svojim pravnim posledicama. Naime, krivično delo povlači za sobom kaznu kao najtežu pravnu posledicu, dok građansko pravni delikt povlači, kao pravnu posledicu, obavezu da se naknadi prozrokovana šteta. Ali, bez obzira na ovu dijametralnu razliku koja se tiče pravne sankcije⁵⁴ (i koja je po Živanoviću kvantitativne prirode), u pogledu ostalih obležja (ljudska radnja, protivpravnost, krivica) između krivičnog dela i građansko pravnog delikta nema kvalitativnih (subjektivnih ili objektivnih) razlika, što ukazuje da se ova dva (i sva druga) neprava svode na isti rod i samo sačinjavaju njihove razne vrste.⁵⁵

zna druga slična protivpravna stanja otklanjajući pravne posledice. Teže, kaznu i meru bezbednosti povlačeće povrede (i ugroženja) objektivnog prava su tzv. krivična dela (infractions Verbrechen), a ostale su obični delikti neprava”, Živanović, Sistem sintetičke pravne filozofije, Beograd 1959, str. 325.

⁵³ “Krivično delo je kao i krivičnopravni delikt jedno nepravo (“Unrecht”), tzv. krivično nepravo (des strafbare kriminelle Unrecht) za razliku od građanskog i uopšte privatnog neprava (delictum privatum, das bürgerliche Unrecht, Zivilunrecht, Privatunrecht)”, Živanović, Osnovni problemi krivičnog prava, Beograd, str. 51. Uporediti: “Kao i privatnopravni delikt tako je i krivično delo skrivljena, protivpravna radnja”, Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 12 und 13, Auflage, str. 119.

⁵⁴ Uporediti: “S obzirom na ovu dijametralnu razliku u osobnosti pravne posledice između krivičnog dela (krivičnog neprava) i ostalih neprava (delikta) postavio se je problem, da li između njih postoji neka kvalitativna razlika, tako da se krivično nepravo pojavljuje kao osoben rod (genus) delikta (protivpravnog dela) ili se ono zajedno s ostalim nepravima (deliktima) ima svesti na isti genus. Ovaj problem smo raspravljali u Osnovnim problemima Krivičnog prava (§ 9), i posle izlaganja raznih pozitivnih i negativnih teorija, utvrdili da ona kvalitativna razlika ne postoji, već da se sva neprava svode na isti rod, i samo sačinjavaju razne vrste ovoga.”, Živanović, Sistem sintetičke filozofije prava, str. 326. Uporediti: “Prema tome dolazimo do sledećeg stava: krivično delo je skrivljena protivpravna radnja. Na taj način krivično delo sa nedozvoljenom radnjom građanskog prava potpada pod isti genusni pojam (Gattungsbegriff) neprava ili delikta”, Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21 und 22, Auflage, str. 111.

⁵⁵ Pošto je prethodno analizovao teorijska shvatanja o kriterijumima za razlikovanje krivičnog dela i građanskopravnog delikta, i utvrdio da ne mogu da izdrže naučnu kritiku, Živanović je izveo sledeći zaključak: “Kao što se vidi, nijedna od predloženih razlika između krivičnog i građanskog neprava u stvari ne postoji, a većina se od njih zasniva na potpunom gubljenju iz vida pozitivnog prava. To je negativan dokaz da su neprava građanskog i krivičnog prava, ne dva razna roda prava, već samo oblici, vrste istog neprava razlikujući se jedno od drugog samo po svojim pravnim posledicama: dok naime nepravo krivičnog prava povlači za sobom kao pravnu posledicu kaznu, dotle nepravo građanskog prava povlači za sobom kao pravnu posledicu obavezu na naknadu štete (i katkad privatnu kaznu.)”, Živanović, Osnovni problemi krivičnog prava, str. 54. Uporediti: “Samo su pravne posledice različite, ovde naknada štete, tamo kazna”, Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 12 und 13, Auflage, str. 118.

III. RAZMATRANJE O ODNOSU KRIVIČNE I DELIKTNE ODGOVORNOSTI U VAŽEĆEM PRAVU

16. Posle Hegelove teze o kvalitativnoj razlici između krivičnog i građanskog prava o odgovornosti pojavila se suprotna koncepcija koju su zastupali pojedini teoretičari krivičnog prava. Po tom shvatanju krivična i deliktna odgovornost (ili kako oni kažu “neprava građanskog i krivičnog prava”) su samo oblici, vrste jednog istog roda. Obe teze izložene su u sferi spekulativne pravne filozofije i osnovna tačka neslaganja je u tome kako se shvata pojam *roda* odgovornosti. Razume se, prva ili druga teza može se prihvatiti ili odbaciti imajući u vidu filozofsku argumentaciju. Ali pojedini teoretičari krivičnog prava⁵⁶ išli su i dalje i tvrdili da Hegelova teza nije u skladu sa pozitivnim pravom. Stoga ćemo u nastavku teksta ispitati da li u našem važećem pravu srodnosti i razlike između dveju odgovornosti potvrđuju prvu ili drugu tezu.

17. Razlike između deliktne i krivične odgovornosti mogu se svesti na četiri tačke: A) Izvor odgovornosti, B) Osnov odgovornosti, V) Krivica i G) Sankcija.

A. Izvor odgovornosti

18. Razlika između građanske i krivične odgovornosti može se uočiti već kada se pogleda jedno spoljno obeležje a to je način na koji je odgovornost uređena u zakonu. U našem pravnom sistemu i u nekim drugim pravima deliktna odgovornost izražena je u vidu jednog opšteg pravila: “Ko drugome prouzrokuje štetu svojom krivicom dužan je naknaditi je.”⁵⁷ To opšte pravilo primenjuje se u najrazličitijim slučajevima povreda prava ličnosti i povreda imovine: sudar aviona u vazduhu kojom prilikom su poginuli posada i putnici a uništeni avioni, požar nastao neugašenom cigaretom koji je nebrižljivi pušač ostavio u stanu, opaljivanje pištolja na kapisle u toaletu obdaništa kojom prilikom je jedno dete izbilo oko drugom detetu, nevično spuštanje bačve u podrum usled čega je oštećenom povređena noga, propust države da obezbedi da osuđeno lice bude vraćeno u zatvor (posle prekida izdržavanja kazne) pa ono izvrši ubistvo stranog državljanina u času kad je već trebalo da bude ponovo u zatvoru, sečenje tuđeg voćnjaka koje je po prvi put trebalo da donese rod i sl. i pored svih razlika i posebnosti imaju zajedničko obeležje što je neko lice svojom krivicom prouzrokovalo drugome štetu i što zbog toga treba da odgovara.

⁵⁶ Osnovni problemi krivičnog prava, str. 52.

⁵⁷ Čl. 1382. st. 1 francuskog Građanskog zakonika.

19. Ničeg sličnog nema u krivičnom pravu. Krivična odgovornost postoji samo u slučaju ako je lice izvršilo neko krivično delo koje je kao takvo određeno u Krivičnom zakoniku. Krivično se odgovara za ubistvo ili za razbojništvo, za krađu ili prevaru i sl., ali uvek za delo koje je u Krivičnom zakoniku precizno određeno po svojim obeležjima. Niko ne može krivično odgovarati za neko opšte krivično delo koje ne bi bilo precizno obeleženo u zakonu: *Nullum crimen sine lege*.

20. Otuda se razlika između ovih dveju odgovornosti ogleda u tome što krivična odgovornost potiče iz posebnih delikata dok građanska odgovornost proističe iz opšteg pravilu. Dovoljno je utvrditi da je šteta nastala, da ju je štetnik prozrokovao i da je postupao skrivljeno.

21. Zbog svoje opštosti građanska odgovornost je znatno šira po obuhvatu nego krivična odgovornost. Prostiranje krivične odgovornosti omeđeno je u svakom trenutku onim brojem krivičnih dela koja su kao takva predviđena u Krivičnom zakoniku i drugim zakonima. U tom smislu je broj krivičnih dela, ma koliko inače bio velik, ograničen krivičnim zakonima koji su na snazi i zbog toga konačan. Izvan tih granica društveno nepoželjna ponašanja mogu biti predmet prezira i moralne osude ali ne podležu krivičnoj odgovornosti.

22. Zahvaljujući gipkosti opšteg pravila deliktna odgovornost može bez ikakvih teškoća da obuhvati znatno širi krug slučajeva i zbog toga je njihov broj zapravo beskonačan. U tome je razlika koja proizlazi iz činjenice da se u krivičnom pravu odgovara za precizno opisana posebna krivična dela, dok se u građanskom pravu odgovara za sve radnje i propuštanja iz kojih je nastala šteta.

23. Deliktna odgovornost je mnogo šira od krivične odgovornosti i u tom pogledu što može da obuhvati nove slučajeve. Zahvaljujući gipkosti opšteg pravila, deliktna odgovornost može bez ikakvih teškoća da obuhvati nove slučajeve prouzrokovanja štete. Na drugoj strani, novi oblici društveno opasnih ponašanja ne mogu biti krivično gonjeni dok ne budu zakonom proglašeni za krivična dela, jer bi takav postupak bio u suprotnosti sa načelom o zabrani retroaktivnog dejstva zakona. Pravilo, koje je u obliku novolatinske izreke formulisao nemački pravnik Anselm Foerbah: *Nullum crimen nulla poena sine lege*⁵⁸, danas je opšte prihvaćeno u evropskom kontinentalnom pravu i označava jedan od stubova moderne civilizacije. Ono, između ostalog, predstavlja branu od retroaktivnog dejstva zakona.

24. Uopšte uzev, važnost načela zakonitosti je u krivičnom pravu još više naglašeno nego u drugim granama prava a okviri njegove primene su oštro obeleženi

⁵⁸ Foerbah (Paul Johann Anselm Feuerbach) je zapravo naglasak stavljao na zakonitost u pogledu kazne, a tek u drugom redu je pominjao zločin. Tri pravila kako ih je on formulisao glase: I *Nulla poena sine lege*, II *Nulla poena sine crimine*, III *Nullum crimen sine poena legali*, A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Fünfte Auflage, Giessen 1812, § 20, str. 20.

tako da dobijaju novi kvalitet. U tom smislu, načelo zakonitosti se ispoljava u sledećim oblicima: a) krivična dela i kazne mogu se propisati samo zakonima (*nulum crimen nulla poena sine lege scripta*), b) krivična dela i kazne moraju biti zakonom određeni (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*) i v) krivična dela i kazne ne mogu se primenjivati po analogiji na slučajeve koji su slični (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*) i g) zakoni u krivičnom pravu ne mogu imati retroaktivno dejstvo (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*).⁵⁹

B. Osnov odgovornosti

25. Razlike između krivične i građanske odgovornosti s obzirom na osnov ispoljava se u pogledu obuhvatnosti subjektivne odgovornosti. Prema opštim pravilima krivična odgovornost zasniva se uvek na krivici, a retka odstupanja od ovog pravila predstavljaju posebno regulisane izuzetke. Nasuprot tome, odgovornost u građanskom pravu ima dve ravnopravne oblasti. U prvoj, koja se zasniva na krivici mogu se razlikovati odgovornost za sopstveni čin i odgovornost za drugog. U našem pravu obe podvrste odgovornosti zasnivaju se na pretpostavljenoj krivici, odgovornost u krivičnom pravu zasniva se na dokazanoj krivici. U drugoj oblasti, sopstvenik odgovara za štetu koja potiče od opasnih stvari bez obzira na sopstvenu krivicu, u krivičnom pravu (načelno) nema odgovornosti bez krivice.

26. Odgovornost za drugoga u građanskom pravu zasniva se na pretpostavci o krivici odgovornog lica: roditelji odgovaraju za štetu koju trećima prouzrokuju njihova maloletna deca, staraoci odgovaraju za štetu koju prouzrokuju njihovi štećenici, preduzeća odgovaraju za štetu koju prouzrokuju njihovi zaposleni, pravna lica odgovaraju za svoje organe, a država za svoje službenike. Tu, strogo uzev, nije reč o izuzecima jer su polja primene pravila o odgovornosti prilično obuhvatna a slučajeva veoma brojni. Pretpostavka o krivici znači oslobođenje od tereta dokazivanja te oštećeni u ulozi tužioca ne mora dokazivati krivicu odgovornog lica. Posmatrano sa stanovišta materijalnog građanskog prava odgovornost i u ovim slučajevima obuhvata sva tri uslova: šteta, uzročna veza, krivica, ali se procesno pravno svodi samo na prva dva (šteta i uzročna veza) dok se teret dokazivanja krivice prevajuje na odgovorno lice kao tuženu stranu u sporu što u znatnom broju

⁵⁹ Uporediti o obeležjima načela zakonitosti: Jeschek Hans / Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin, 1969, str. 95–101; Roxin Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, Munchen, 2006, str. 141–143; Pradel Jean, Corstens Geert, Droit pénal européen, 2. edition, Paris 2002, nos 24/302, str. 335–343 (Corstens koji je pisao ovaj deo knjige pominje samo dva obeležja: *Nullum crimen nulla poena sine lege certa* i *sine lege praevia*); U našoj literaturi Stojanović Zoran, Komentar Krivičnom zakona, Beograd, 2006, str. 27–28.

slučajeva čini iluzornim njegove mogućnosti da se oslobodi odgovornosti. Istina, krivica je ostala uslov odgovornosti u materijalnom građanskom pravu ali je putem oborive pretpostavke uklonjena iz procesnog građanskog prava, čime je učinjen prvi korak ka njenom izostavljanju iz reda uslova potrebnih za deliktnu odgovornost.

27. Drugačije je u krivičnom pravu. Prema preovlađujućem mišljenju u našoj pravnoj teoriji krivica se mora utvrditi u svakom konkretnom slučaju.⁶⁰ Krivična odgovornost se zasniva na krivici kao psihičkom odnosu učinioca prema delu. Zbog toga se krivica ne pretpostavlja nego se mora dokazati. Javni tužilac treba da dokaže da je optuženi kriv. Ako bi se krivica pretpostavila to bi zapravo značilo da ona više nije uslov krivične odgovornosti.⁶¹

28. Još veća razlika postoji kad je reč o objektivnoj odgovornosti. U građanskom pravu sopstvenik odgovora za štetu od opasnih stvari bez obzira na krivicu, što znači objektivno. Tu nije reč o izuzecima koji bi označavali odstupanje od pravila nego o odvojenoj oblasti odgovornosti. Objektivna odgovornost postoji u našem pravu pored subjektivne odgovornosti i svaka od njih ima svoje polje primene. U krivičnom pravu prema opštem pravilu odgovornost se zasniva na utvrđenoj krivici učinioca. Ako se o pojavama objektivne odgovornosti može uopšte govoriti onda je to u vezi sa pretpostavkom krivice, ali oni predstavljaju izuzetke. Tih slučajeva ima dve vrste: a) u zakonodavstvima nekih stranih država ima slučajeva u kojima se vinost pretpostavlja po samom zakonu, b) u našem pravu pretpostavka krivice se nalazi u zakonodavstvu o štampi, u privrednim prestupima i u administrativnim prekršajima. U novije vreme pojavio se još jedan oblik koji se približava objektivnoj odgovornosti. To je slučaj komandne odgovornosti utvrđen u Statutu Haškog tribunala. Ali, kao što se može uočiti, sve su ovo slučajevi na obodu krivičnog prava i ne predstavljaju obeležja redovnog i normalnog krivičnog zakonodavstva u pravu naše zemlje i drugih evropskih zemalja.

⁶⁰ U ovom smislu: Lazarević, *Krivično pravo, Opšti deo*, str. 207; slično Z. Stojanović, "Nezavisno od načina shvatanja krivice, nesporno je da se onaj njen deo koji obuhvata umišljaj (ili nehata) za razliku od uračunljivosti, mora utvrđivati u svakom konkretnom slučaju, tj. da je pretpostavka krivice nedozvoljena u krivičnom pravu", Z. Stojanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, 5. izdanje, str. 178. Uporediti: "Pošto je vinost element krivičnog dela i uslov krivične odgovornosti, ona se mora za svaki konkretan slučaj da utvrdi, a ne samo da pretpostavlja", M. Radovanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, 5. izdanje, str. 184.

⁶¹ "Pretpostaviti da vinost postoji znači u stvari negirati vinost kao uslov krivične odgovornosti, odnosno kao elemenat krivičnog dela", Lazarević, *Krivično pravo, Opšti deo*, str. 206. Slično: "Prezumpcija (pretpostavka) vinosti odgovara sistemu objektivne odgovornosti i u suprotnosti je sa subjektivnom odgovornošću na kojoj se zasniva savremeno krivično pravo", Radovanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, str. 184.

C. Krivica

29. Subjektivni element i u krivičnoj i u deliktnoj odgovornosti nosi isti naziv krivica. Po tome bi se mogao steći utisak da je reč o pojmu koji ima istu sadržinu u obema vrstama odgovornosti. Ali, taj utisak je varljiv. Krivica (vinost) u krivičnom pravu i krivica u građanskom pravu nisu istovetne pojave. One se razlikuju u pogledu sadržine i u pogledu strukture.

a) Razlike u pogledu sadržine

1. Krivično pravo

30. U krivičnom pravu vinost (krivica) se definiše kao psihički odnos učinoca prema radnji i posledici.⁶² Razume se, određenje krivice kao pojave psihičkog (u engleskom pravu mentalnog)⁶³ karaktera, u teoriji krivičnog prava izražava se kroz brojne nijanse, kojima se naglašavaju pojedina obeležja, u osnovi istog pojma. Tako na primer, Toma Živanović govori o krivici (on je naziva vinošću) na sledeći način: “Vinost (tzv. Subjektivni, psihološki, intelektualni, spiritualistički, unutar-nji, “moralni” element, u Biparticipiji krivičnog dela, u Triparticipiji krivca) je (u enciklopedijskom smislu) skup psihičkih odnosa, koje izvršilac treba da ima sa svojim delom uopšte ili kod ovog ili onog određenog krivičnog dela, da bi bio krivac. Ti psihički (subjektivni) odnosi se pojavljuju, sami za sebe posmatrani, kao određeni psihički akti (proces). No kao što se je videlo, ovi akti dovoljni su za krivičnu odgovornost samo onda, ako su se ispoljili u spoljnom svetu određenim delima, tj. samo onda ako su od subjekta takva dela izvršena i ova se pojavljuju kao objekat tih akata. Na taj način pomenuti psihički akti ulaze u krivično pravo, da zasnuju krivičnu odgovornost, samo onda, ako se pojavljuju kao psihički odnosi izvršio-ca s njegovim delom, i u tom smislu je data gornja definicija vinosti.⁶⁴ U logičkom smislu (t.j. kao genus) vinost je psihički (psihološki, subjektivni) odnos izvršio-ca

⁶² Na ovakav način govori o krivici u krivičnom pravu J. Tahović: “Vinost se, prema tome, može označiti kao voljno odnosno psihičko saglašavanje učinioca sa radnjom krivičnog dela i određeni psihički odnos prema posledici krivičnog dela”, Tahović, *Krivično pravo*, Opšti deo, Beograd, 1961, str. 164.

⁶³ Izreka: *actus non facit reum nisi mens sit rea*, obično se uzima kao jedno od osnovnih načela u engleskom krivičnom pravu. Uporediti: Richard Card (Card, Cross&Jones), *Criminal Law*, 16th Edition, Lexis Nexis, Butterworths, 2004, str. 54–55.

⁶⁴ Toma Živanović, *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije*, Opšti deo, II knjiga (II. Krivac – III. Krivična sankcija), 3. izdanje, Beograd, 1937, str. 26–27.

krivičnog dela s delom, koji ga predstavlja kao krivca.”⁶⁵ U svakom slučaju, vinost (krivica) se utvrđuje imajući u vidu psihičke procese i svojstva i sposobnosti učinioca pri izvršenju krivičnog dela. Vinost (krivica) se u krivičnom pravu prosuđuje *in concreto*.

2. Građansko pravo

31. Prema shvatanju koje preovlađuje u srpskom građanskom pravu, kao i u uporednom pravu krivica postoji kada se lice koje je prouzrokovalo štetu, nije ponašalo onako kako je trebalo, a to znači onako kako se osnovano moglo očekivati od razumnog i pažljivog lica u datim okolnostima.⁶⁶ Prosuđivanje krivice u ovom sistemu, sastoji se dakle iz dve faze. U prvoj fazi sud treba da činjenično utvrdi, kako se u konkretnom slučaju, ponašalo lice čijom radnjom je prouzrokovana šteta, a zatim u drugoj fazi, da uporedi štetnikovo postupanje sa ponašanjem kakvo je trebalo da bude. Sudija je upućen da izgradi jedan zamišljeni standard ponašanja (više ili manje apstraktan), razumnog i pažljivog čoveka, koji će služiti kao merilo poređenja. Ako poređenjem utvrdi da lice koje je štetu prouzrokovalo, nije postupalo onako kako bi se ponašao razuman i pažljiv čovek, sudija će izvesti zaključak da je to lice krivo za prouzrokovanu štetu. Otuda se, za ovakvo shvatanje krivice, kaže da predstavlja objektivizovano gledanje na krivicu (prosuđivanje krivice *in abstracto*). Pri tome valja naglasiti da krivica i dalje ostaje subjektivni element deliktne odgovornosti (jer je reč o ljudskom ponašanju a ono jeste subjektivni fenomen), ali je merilo po kome se krivica prosuđuje objektivizovano. Objektivizacija krivice (a ne objektivna krivica, što bi bila protivrečnost), ogleda se u tome što se krivica ne prosuđuje prema unutrašnjem stanju svesti i volje, nego prema *ponašanju* kao rezultatu psihičkih procesa u spoljnom svetu.

Krivica se u građanskom pravu, prema preovlađujućem shvatanju u pravnoj teoriji⁶⁷ i ustaljenoj sudskoj praksi⁶⁸, prosuđuje prema standardu ponašanja koje se moglo očekivati od razumnog i pažljivog čoveka.

⁶⁵ “Ljudsko delo, prvi element krivičnog dela, složeno je (v. § 21 1) iz radnje i posledice i uzročne veze među njima. No kad se posledica ne posmatra sama za sebe, t.j. kao promena u spoljnom svetu, već kao dejstvo kauzariteta radnje izvršiočeve, onda ona obuhvata u sebi i uzročnu vezu, te se kao sastojci dela pojavljuju radnja i njena posledica”, Živanović, op. cit. str. 27.

⁶⁶ Čl. 127. Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima Mihaila Konstantinovića.

⁶⁷ Videti argumentaciju i shvatanja u pravnoj teoriji u nas i u uporednom pravu u odličnoj doktorskoj disertaciji Marije Karanikić-Mirić, Krivica kao osnov odgovornosti u građanskom pravu, Beograd 2009, str. 191. i dalje.

⁶⁸ Rešenje Saveznog vrhovnog suda, Rev. 49/58 od 25. februara 1958. g. Zbirka sudskih odluka, knjiga III, sveska 1, Odluka br. 59; Rešenje Vrhovnog suda NR Srbije, Gzz 350/53 od 6. oktobra

b) Razlike u pogledu značaja pojedinih stepena krivice

32. Između krivične i građanske, deliktne odgovornosti postoji uočljiva razlika u pogledu značaja koji imaju pojedini stepeni krivice u strukturi odgovornosti. U građanskom pravu subjektivna odgovornost se zasniva na običnoj nepažnji kao donjem pragu krivice. U krivičnom pravu, prevashodno se odgovara za umišljaj kao viši, ili najviši stepen krivice. Otuda je za razliku od građanskog prava, umišljaj istinski ili kako kaže Tahović, "najvažniji i pravi oblik vinosti".⁶⁹ U tom smislu umišljaj označava psihički odnos između učinioca i dela (i njihove posledice) u kome je učinilac bio svestan svog dela i hteo njegovo izvršenje (direktni umišljaj) ili kada je bio svestan da može učiniti delo pa je na to pristao (eventualni umišljaj).

33. Nehat (*culpa*) ima mnogo manji značaj u krivičnom pravu nego umišljaj i isto tako nesavrtnjivo manju ulogu u krivičnoj odgovornosti, nego što nepažnja (*culpa*) kao odgovarajući pojam u građanskom pravu ima u okviru deliktne odgovornosti. Najpre, za razliku od građanskog prava u kome prema opštem pravilu učinilac deliktno odgovara za štetu prouzrokovanu običnom nepažnjom (*culpa*), u krivičnom pravu ovakvog pravila o odgovornosti za nehat nema. Naprotiv, učinilac koji je izvršio krivično delo iz nehata (*culpa*), po pravilu nije krivično odgovoran. Krivična odgovornost za nehat je izuzetak i učinilac će za krivično delo učinjeno iz nehata odgovarati samo ako je to zakonom izrično predviđeno.

34. Ali, i kad je u zakonu predviđen nehatni oblik krivičnog dela, predviđena kazna je uvek blaža od kazne propisane za krivično delo učinjeno sa umišljajem. Za razliku od krivičnog prava u građanskom pravu, načelno nema razlike između nepažnje (*culpa*) i namere (*dolus*) u pogledu obima naknade štete u okvirima subjektivne deliktne odgovornosti. Naime, obim naknade štete u našem modernom pravu načelno je isti bez obzira da li je učinilac prouzrokovao štetu namerno ili običnom nepažnjom. U oba slučaja oštećenik ima pravo na potpunu naknadu štete koja obuhvata i običnu (prostu) štetu (*damnum emergens*) i izmakli dobitak (*lucrum cessans*). Dok se u krivičnom pravu primenjuje načelo o proporcionalnosti između oblika (stepena) krivice i kazne, u našem novom građanskom pravu, koje počinje sa stupanjem Zakona o obligacionim odnosima na snagu, primenjuje se načelo integralne naknade štete.

bra 1953. g., Zbirka odluka vrhovnih sudova donetih u krivičnom i građanskom sudskom postupku 1953–1955. g., Odluka br. 243, str. 241–242.; Presuda Vrhovnog suda Jugoslavije, Rev. 153/67 od 20. jula 1967. g. Zbirka sudskih odluka, knjiga XII, sveska 2, Odluka br. 181; Presuda Vrhovnog suda Srbije Re. 3113/94 od 25. januara 1995. godine, iz arhive suda.

⁶⁹ Tahović op. cit., str. 180.

D. Sankcija

35. Krivična i deliktna odgovornost u građanskom pravu najviše se razlikuju u pogledu sankcije. Krivična odgovornost povlači za učinioca kaznu, a građanskopravna odgovornost naknadu šteta. O tome postoji gotovo opšta saglasnost u pravnoj teoriji. I pobornici koncepcije o istorodnosti krivične i deliktne odgovornosti⁷⁰ i pristalice shvatanja o razlikama⁷¹ slažu se da između kazne na jednoj i naknade štete na drugoj strani postoji bitna razlika. Samo što je za pobornike prve koncepcije reč o jedinjoj razlici između krivičnog i građanskog neprava (Unrecht), dok je za ove potonje drugačija priroda sankcija, samo najizrazitija razlika između dve odgovornosti ali ne i jedina.

36. Između kazne i naknade štete postoje brojne razlike među kojima se najvažnije odnose na sadržinu i svrhu sankcija u pitanju. Kad je reč o sadržini, kazna kao karakteristična sankcija u krivičnom pravu pogađa u prvom redu ličnost učinioca. Nasuprot tome, naknada štete kao karakteristična sankcija u građanskom pravu pogađa imovinu štetnika. U tom smislu najizrazitija razlika postoji između kazne zatvora i naknade štete. Nešto je manje vidljiva razlika kada se sankcija krivičnog prava sastoji u novčanoj kazni, jer se tada ona po izgledu izjednačava sa naknadom štete (u novčanom obliku). Ali ni tada nema istovetnosti, jer u slučaju ako osuđeni ne plati ceo iznos novčane kazne sud će ostatak kazne srazmerno zameniti kaznom zatvora.⁷² Nasuprot tome, ako se naknada štete ne može naplatiti od dužnika, ne može se zameniti nekom drugom sankcijom.

37. Razlika isto tako postoji i u pogledu svrhe sankcije. Svrha kažnjavanja u našem pravu određena je u vidu specijalne i generalne prevencije. U Krivičnom zakoniku svrha se određuje kao: 1) sprečavanje učinioca da čini krivična dela i uticanje na njega da ubuduće ne čini krivična dela, 2) uticanje na druge da ne čine krivična dela, 3) izražavanje društvene osude za krivično delo, jačanje morala i učvršćivanje obaveze poštovanja zakona.⁷³ Svrha sankcije u građanskom pravu je jednostavno popravlanje nanesene štete.

⁷⁰ Živanović, Osnovni problemi Krivičnog prava, Beograd, 1930, str. 171.; Unekoliko drugačije i manje jasno: Živanović, Sistem sintetičke pravne filozofije, Beograd 1959. str. 501–502.

⁷¹ Uporediti. Konstantinović, Obligaciono pravo (prema beleškama sa predavanja), Beograd 1959, str. 66–67, S. Perović, Građanskopravna i krivična odgovornost, u knjizi Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, Zbornik radova sa Savetovanja pravnika u Budvi, 2011, str. 13.

⁷² Čl. 51. st. 3. Krivičnog zakonika RS.

⁷³ Čl. 42. Krivičnog zakonika RS.

38. Ali najvažnija razlika u svrsi dveju sankcija ogleda se u tome što kazna, kao karakteristična sankcija u krivičnom pravu, ima retributivni karakter⁷⁴, dok sankcija u građanskom pravu ima reparacioni karakter.

ZAKLJUČAK

39. Poređenje deliktne i krivične odgovornosti pokazalo je da u važećem pravu postoje značajne razlike u pogledu izvora i osnova odgovornosti i razlike u pojmu i obeležjima krivice, kao subjektivnog elementa na kome se zasnivaju odgovornost za sopstveni čin i odgovornost za drugog u građanskom pravu, kao i cela oblast krivične odgovornosti. Isto tako drugačija priroda kazne (i svrhe kažnjavanja) kao krivično pravne sankcije, u poređenju sa naknadom štete i njene svrhe u građanskom pravu govore u prilog gledištu da u našem pravnom sistemu, (a slično je i u drugim pravima) postoje kvalitativne razlike između ovih dveju vrsta odgovornosti.

40. Tvrdnje Hegelovih kritičara (Fon List, Živanović) da su krivično i deliktno nepravo (Unrecht) oblici, vrste jednog istog roda neprava i da se razlikuju samo po posledicama, može se primiti uslovno, u smislu da obe odgovornosti pripadaju istom rodu pravne odgovornosti i da se kao takve razlikuju od moralne, političke, istorijske i drugih rodova odgovornosti.

Ali srodnost među njima postoji samo na tom nivou uopštavanja, kada se apstrahuju značajne razlike u njihovim obeležjima – dejstvima u pozitivnom pravu, kao što je pokazala izvršena analiza. Otuda Hegelovo gledište po kome je nasuprot krivičnom nepravu, građansko nepravo *nepristrasno* (unlefangenes), mora biti potvrđeno *nepristrasnom* ocenom kao ispravno.

⁷⁴ U našem Krivičnom zakoniku ne pominje se retribucija kao svrha kažnjavanja, niti se svrha priznaje u prevlađujućem delu naše pravne teorije. Ipak, obeležje retribucije ne može se u potpunosti isključiti iz pojma kazne. Uporediti: Z. Stojanović, Komentar Krivičnog zakonika, Beograd 2006, str. 175.

MIODRAG V. ORLIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Slobomir P University
of Bijeljina

AN ESSAY ON THE RELATIONSHIP BETWEEN
PRIVATE AND CRIMINAL RESPONSIBILITY

Summary

Generally speaking, responsibility can be defined as giving an account for one's acts to an instance, which, according to previously established rules, renders judgement on their rectitude or incorrectness and, in the latter case, applies sanctions. In that respect, delictual liability in private (liability in tort) and criminal responsibility have certain features in common that at the same time distinguish them from moral, political and other kinds of responsibility. Now, the question is, are there qualitative differences between them, in contrast to criminal responsibility, delictual responsibility in private law being an impartial (innocent) kind of responsibility (*unbefangenes Unrecht*), as Hegel described it in his early work (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1821). Or, do they belong to the same *genus*, the types of sanctions, the punishment in criminal law and damages in private law being the only difference between them. Whatever the answer in legal philosophy could be, the review of existing Serbian law shows that there are significant differences regarding sources and grounds of responsibility, as well as in the notion of fault, and, of course, the large distinction between the sanctions. In that context, Hegel's stance, according to which, as opposed to criminal *Unrecht* we have private, that is to say, *impartial (unbefangenes) Unrecht*, and that between them the differences are qualitative, an *impartial* evaluation has to confirm that his stance is correct.

SOLEDAD BENDER,
JOHANNES STEINBACH

FUNDAMENTALS OF DIRECTIVE 85/374/EEC ON LIABILITY FOR DEFECTIVE PRODUCTS AND ITS IMPLEMENTATION IN GERMANY¹

INTRODUCTION

The Directive on liability of defective products² was one of the first directives to be adopted with the aim of approximation of the laws of the Member States in the field of private law. The Directive was adopted in 1985 but its first draft proposal by the Commission dates back as far as 1974. When the Commission started its work on the Directive, there was no special legal regime for product liability in any of the Member States. However, the legal background in the respective Member States differed greatly.

Dr. Soledad Bender, Public Prosecutor, currently delegated to the German Ministry of Justice.

Dr. Johannes Steinbach, Judge, Regional Court in Stuttgart.

¹ The article and the presentation of the topic at the conference were supported by the German Foundation for international legal cooperation (Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. (shortly: IRZ foundation).

² Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (Official Journal L 210 of 07.08.1985) amended by Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999 (Official Journal L 210 of 04.06.1999).

From the very first version onwards, the basic idea was to introduce a regime of strict liability without fault on the part of the producer. This principle has survived the long years of negotiation and remained unchanged until the adoption of the Directive in 1985.

Originally the Directive applied only to movables which had been industrially produced. It excluded primary agricultural products and game products which had not undergone processing, except by derogation of the Member States. Most of the Member States made no use of the derogation clause. However, in the aftermath of the “mad cow” crisis, Member States decided to extend the scope of the Directive to primary agricultural products (such as meat, cereals, fruit and vegetables) and game products. Consequently, producers of the mentioned products are also subject to the European regime of strict liability.

1. THE BASIC PRINCIPLES OF THE DIRECTIVE

The Directive aims to fully harmonise the product liability rules of the Member States. Therefore Member States are not permitted to maintain or establish diverging rules on product liability insofar as it is regulated in the Directive. The principle of full harmonisation does not even allow Member States to maintain or establish stricter rules on product liability which are more beneficial for the injured person. Nevertheless, with respect to the different legal traditions of the Member States, the Directive provides for some optional clauses concerning liability for development risks and a financial ceiling for physical damages.

The Directive provides in Article 1 for *liability without fault* on the part of the producer for damage caused by a defect in his product that existed at the time when that product was put into circulation. However, the producer can exonerate himself if he proves the existence of certain exculpatory facts which are explicitly set out in Article 7. This could e.g. be defects caused during transportation.

In line with general rules, the injured person bears the *burden of proof* for the damage, the defect and the causal relationship between defect and damage under Article 4. However, if a defect of the product is established, the onus is on the producer to prove that the defect did not exist when he put the product on the market but only came into being afterwards. So the producer bears the burden of proof for the sphere of origin of the defect.

The *kind of damage* that has to be compensated is defined in Article 9 of the Directive. It comprises physical damage in the form of death or injuries and damage to any item of property for private use. There is no compensation for any non-material damage under the Directive; Article 9 states explicitly that national provisions relating to non-material damage apply without prejudice where they exist.

In the case of *property damage* there is a lower threshold of 500 € which the injured person has to pay himself. The reason for this clause, according to the recitals, is to “avoid litigation in an excessive number of cases”. On the other hand the Directive does not set any upper financial limit for property damage, either for the individual case or any global sum, which is quite remarkable. Usually strict liability without fault comes with a financial ceiling. But it was felt that the limitation to property for private use in connection with the threshold of 500 € was restriction enough to keep claims under the Directive under control for the producers.

Likewise, the Directive does not introduce a financial limit for compensation for *physical damage*, but here – as opposed to the compensation for damage to property – it allows the Member States to do so. According to Article 16 the total liability for damage resulting from death or personal injury caused by identical items with the same defect can be limited in domestic law, however to an amount not lower than 70 million €.

Another case of an optional choice for the Member States in the transposition of the Directive is the question of *development risks*. These are defects that under the state of scientific and technical knowledge at the time when the defective product was put into circulation could not be discovered. The rules under the Directive are as follows: Under Article 1 the producer is in principle liable for development risks like for any other defects. However, under Article 7 e he has the possibility of excluding his liability for a defect if he can prove that the defect was a development risk as described. This rule, however, can be excluded by the Member States in their national legislation under Article 15 para 1 (b). If they do so, the result would be that the producer would be liable for development risks like for any other product without any chance of exemption. Most Member States have not made use of the option to introduce liability for development risks.

The *limitation period* for any claims under the Directive amounts to three years from the day on which the plaintiff became aware or should reasonably have become aware of the damage, the defect and the identity of the producer; without any knowledge of these factors after ten years from the date on which the actual product that caused the damage was put into circulation.

2. JURISDICTION OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE (ECJ)

– COM v. Hellenic Republic³ and COM v. French Republic⁴

Both judgements dealt with the lower threshold of 500 € as regulated in Art. 9 b of the Directive. France and Greece had adopted national provisions which also covered damage to property of less than 500 €. The Commission initiated infringement proceedings. The Court came to the conclusion that France and Greece had failed to fulfil their obligations under Art. 9 b of the Directive by including damages of less than 500 €.

– Société Moteurs Leroy Somer v. Société Dalkia etc.⁵

The judgement in this case was due to a reference for a preliminary ruling made by the French Higher Court concerning the interpretation of Art. 9 (damages) and 13 (parallel applicability of national laws of contractual or non-contractual liability) of the Directive. French law included a provision on compensation for damage to an item of property intended and employed for professional use. The referring French Court asked whether the Directive precludes that kind of domestic law as it regulates the compensation for items for private use. The Court decided, that the Directive cannot preclude domestic law regulating compensation for damage to property for professional use, since its scope is limited on damage to items of property for private use or consumption.

3. MONITORING PROCESS BY THE EUROPEAN COMMISSION

In accordance with Article 21 of the Directive, the Commission must review the efficiency of the product liability legal framework on a regular basis. To date the Commission has presented three reports (1995, 2001, 2006). Moreover, during this period the Commission has organized different working groups and called for two studies to evaluate several aspects of the day-to-day implementation of the Directive. In 1999 the Commission opened a discussion in the form of a Green Paper which aimed at collecting information from all stakeholders, in particular economic operators, consumers, insurance companies and public administrations on

³ Cas C-154/0 (Europea Cour report 200 Pag I-03879).

⁴ Case C-52/00 (European Court reports 2002 Page I-03827).

⁵ Case C-285/08 (European Court reports 2009 Page I-04733).

the practical effects of the Directive and possible amendments. The overall conclusion of the last report is, however, that the Directive works by large in a satisfactory way and that there is no need for amendments at present. Nevertheless, the Commission will continue its monitoring and evaluation work.

4. IMPLEMENTATION OF THE DIRECTIVE IN GERMANY

a) Product liability in Germany before the Directive

Germany, like most other countries, has a system of liability based on fault. According to section 823 of the Civil Code, the *Bürgerliches Gesetzbuch*⁶, damage caused by an unlawful act committed wilfully or negligently has to be compensated. Compensation can be claimed for material and also for non-material damage. In practice, a frequent example of non-material damage is the so-called “Schmerzensgeld”, i.e. compensation awarded to the injured person for any pain suffered.

Whenever we talk about liability, the burden of proof is an important element. It is crucial in determining what happens if a certain condition cannot be proved with clarity. However, it soon became evident that in some circumstances this burden of proof on the injured person could be very difficult or almost impossible for him or her to fulfil. One field where this consideration is particularly relevant is product liability. In a landmark judgement from 1968, the highest German Civil Court, the *Bundesgerichtshof* (Federal Court of Justice), decided to reverse the burden of proof. It is the well-known case of fowl pest - the “*Hühnerpestfall*”⁷:

The owner of a chicken farm had his animals treated by a veterinarian with a vaccine against fowl pest. However, shortly after the vaccination was carried out, fowl pest developed among his chicken, of which 4000 died. It was found out that the vaccine had been contaminated with bacteria and had therefore lost its effect.

The Federal Court of Justice granted compensation to the farmer against the producer of the vaccine, based on section 823 of the Civil Code. There was no direct contractual relationship between the two of them so no contractual liability could be enforced. The only basis for the farmer to gain compensation was the general tort liability as described above. Under the general rules, the farmer had to prove all the elements, including the fault on the part of the manufacturer of the vaccine. But the Court reversed the burden of proof in favour of the farmer. This

⁶ English translation: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html.

⁷ BGHZ (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen) 51, 91 et sqq.

judgment was confirmed and further developed in the following years and decades. As a result of this jurisdiction, product liability in Germany - although based on liability for fault – has in practice come very close to a system of liability without fault.

b) The German Product Liability Act

In Germany, the Directive was transposed into national law by means of the Act on Product Liability, the “Produkthaftungsgesetz”⁸, which entered into force on January 1st 1990.

In accordance with the Directive, the German Product Liability Act provides in section 1 for *strict liability* of the producer: any producer who puts a defective movable into circulation must compensate any damage caused to the physical well-being or property of individuals, independently of whether there is negligence on the part of the producer or not. However, the producer can exonerate himself if he proves *certain exculpatory facts*.

Here Germany has made use of the option granted by (Article 15 paragraph 1 subparagraph (b) of) the Directive and has excluded liability for development risks. That means that producers in Germany can exonerate themselves by invoking the *development risks defence* if they can prove that the state of scientific and technical knowledge at the time when they put the product into circulation was not such as to enable the existence of a defect to be discovered.

The concept of *defect* is based on an “expectations” test that means a product is said to be defective if it does not provide the safety that a person is entitled to expect. However, obvious product risks cannot constitute the defectiveness of a product. German courts decided that food products with a high content of sugar and cholesterol or alcoholic beverages are not defective in the sense of the Product Liability Act because their risks for human health are evident, generally known and preventable⁹.

The *kind of damage* that has to be compensated comprises physical damage in the form of death or injuries and damage to property. In the event of the *death* of a person as a consequence of a defective product, compensable damages are medical and funeral expenses. In the event that the deceased person was under an obligation of maintenance, the producer is also liable for providing these maintenance

⁸ Cf. <http://www.gesetze-im-internet.de/prodhaftg/index.html>.

⁹ Oberlandesgericht Düsseldorf, Versicherungsrecht 2003, 912.

payments. In the event of *physical damage*, the producer has to compensate all material damage such as medical expenses and losses due to a disability. Germany has introduced a financial ceiling of 85 million € for all personal damage caused by identical items with the same defect, arguing that liability risks should be to some extent calculable and insurable. The limitation concerning personal damage is provided by the Directive in Article 16 paragraph 1: the limitation amount must not be less than 70 million €.

Apart from this material damage, the German Product Liability Act also provides explicitly for compensation of *non-material damage* in section 8. This amendment was introduced in 2002. Prior thereto there had been no compensation for non-material damage under the German Product Liability Act, which reduced its importance in practice in comparison with general tort law. In practice it is especially claims for non-material damage that are brought before the courts. This is due to the fact that material damage such as medical expenses are usually covered by social insurance. With this extension of liability to cover non-material damage as well, Germany has considerably increased the practical relevance of the German Product Liability Act.

As far as damage to *property* is concerned, it has to be an item for private use and different to the defective product. In addition there is a lower threshold of 500 € that the injured person has to pay. These limitations are some of the reasons why product liability under the German Product Liability Act is marginalized compared to general tort liability. As we have seen before, section 823 of the Civil Code is more beneficial for the injured person as it covers all kind of damage to property – for private or commercial/professional use.

In relation to the minimum threshold it might be interesting to know that this provision derived from the Directive is subject to different interpretations in the Member States. In some Member States, including Austria, Denmark, Finland, Italy and Germany, the threshold is treated as a “deductible”, in that the amount of damages awarded to a successful claimant (for property damage) is reduced by the specified amount. In some other Member States, such as the Netherlands and the United Kingdom, the threshold is treated as a minimum amount, such that, provided the claim exceeds that minimum, the full amount of damages is recoverable. It is not only for this reason that some Member States, including Germany, have suggested the abolishment of the lower threshold. However, the Commission does not share that view.

Liability under the German Product Liability Act cannot be excluded in advance. Its regulations are mandatory. Liability arising from other regulations for example concerning contractual or non-contractual liability or other special liability regimes, such as the German Medicinal Products Act, is not affected.

CONCLUSION

The European Directive on liability for defective products (85/374/EEC), adopted 1985 as one of the first important European legal acts in the field of private law, fully harmonised the product liability rules of the Member States. It introduced a liability without fault on the part of the producer for damage caused by a defect in his product that existed at the time when that product was put into circulation. The scope of the Directive, initially limited on industrially produced movables, was later extended, inter alia, on agricultural products. There is no compensation for non-material damage under the Directive; however, Member states are free to introduce or maintain to apply national provisions concerning this matter.

In Germany, already before the Directive coming into force a rather consumer-friendly jurisdiction had been developed based on the general tort clause of the Civil Code (“Bürgerliches Gesetzbuch”). The Directive was implemented 1990 by the Act on Product Liability (“Produkthaftungsgesetz”). After an amendment in 2002 it now also provides for compensation of non-material damage. Court practice, e.g., had to deal with the question whether sweetened beverages are to be considered “defective” because of the health risks they may cause. A certain disadvantage for claimants constitutes the lower threshold of 500 € the injured person has to pay himself according to the Directive. Particularly with regard to that, in German court practice many claims concerning producer liability are still founded on the Civil Code.

Dr SOLEDAD BENDER,
javni tužilac, trenutno angažovan u Ministarstvu pravde Nemačke
Dr JOHANNES STEINBACH,
sudija Regionalnog suda u Štutgartu

OSNOVI DIREKTIVE 85/374/EEZ O ODGOVORNOSTI ZA PROIZVODE S MANOM I NJENA PRIMENA U NEMAČKOJ

Rezime

Evropska Direktiva o odgovornosti za neispravne proizvode (85/374/EEZ), koja je usvojena 1985. godine kao jedan od prvih značajnih evropskih pravnih akata iz oblasti privatnog prava, u

potpunosti je harmonizovala pravila odgovornosti za proizvode u državama članicama. Ona je uvela odgovornost bez krivice proizvođača za štetu nastalu usled kvara u njegovom proizvodu koji je postojao u vreme kada je taj proizvod stavljen u promet. Opseg ove Direktive, u početku ograničen na industrijski proizvedene pokretne stvari, kasnije je proširen, između ostalog, na poljoprivredne proizvode. Ne postoji naknada nematerijalne štete po ovoj Direktivi; međutim, države članice su slobodne da uvedu ili da nastave da primenjuju nacionalne odredbe po ovom pitanju.

U Nemačkoj, još pre stupanja na snagu Direktive, razvijena je sudska praksa koja je prilično išla na ruku potrošačima i koja se temelji na odredbi o opštoj odgovornosti iz Građanskog zakonika ("Bürgerliches Gesetzbuch"). Direktiva je sprovedena 1990. godine kroz Zakon o odgovornosti za proizvode ("Produkthaftungsgesetz"). Posle izmena iz 2002. godine, ona sada pruža mogućnost i naknade nematerijalne štete. Sudska praksa je, na primer, morala da se bavi pitanjem da li se zaslađeni napici mogu smatrati "neispravnim" zbog zdravstvenih rizika koje mogu da izazovu. Određenu nepovoljnost za podnosiocima zahteva predstavlja niži prag od 500 evra koji oštećeni mora sam da plati u skladu sa Direktivom. Naročito zbog toga u nemačkoj sudskoj praksi brojni zahtevi vezani za odgovornost proizvođača temelje se i dalje na Građanskom zakoniku.

BRANKO MORAIT

PRAVO U ODGOVORNOSTI

U V O D

Ideja vodilja ovog članka je da se ispita i ukaže na raznovrsne, direktne i indirektne, očekivane i neočekivane, veze i dodire između pravne teorije i pravne prakse u građansko pravnim odnosima. Pošto je centralna tema Dvadeset četvrtog susreta Kopaoničke škole prirodnog prava *Pravo i odgovornost* željeli smo ovim radom pokazati visok stepen odgovornosti predstavnika pravne teorije razvoju i unapređenju prakse građansko-pravne odgovornosti. U osnovi, radi se o ponovnom izlaganju odnosa teorije i prakse. Dodatni razlog za ovaj pristup jeste u zapažanju da se misaoni tokovi naše pravne teorije nedovoljno obrađuju u specijalističkim disciplinama što onemogućava potreban uvid u tokove savremene pravne misli u Srba.

Kao što je poznato, Završni dokument Dvadeset trećih susreta Kopaoničke škole prirodnog prava¹ među svoje poruke uvrstio je opšti poziv pravničkoj javnosti da se izjasni o mnogim alternativnim rješenjima koja su publikovana u Drugoj knjizi *Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije* koji je posvećen obligacionim odnosima.

Za područje građanskopravne odgovornosti od značaja su alternativna rješenja iz navedenog Prednacrtu, kao što su: definicije najvažnijih pravnih in-

Dr Branko Morait, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banja Luci.

¹ Kopaonik, 13–17. decembra 2010. godine, str. 100.

stituta-krivice, štete, opasne stvari, opasne djelatnosti, proširenje zakonskih rješenja o odgovornosti za prouzrokovanu štetu, predviđanje prava privrednih subjekata i drugih pravnih lica na novčanu naknadu štete zbog povrede poslovnog ugleda i novine u oblasti naknade neimovinske štete u slučaju povrede zaštićenih prava ličnosti.

Na ponuđena ili slična rješenja svojevremeno su ukazivali pravni teoretičari građanskog prava iz jugoslovenskog pravnog kruga, što je Komisija za izradu Građanskog zakonika Srbije mogla uzeti u obzir, a što se i primjećuje u pojedinim projektovanim rješenjima.

U najuticajnije teorijske radove prvenstveno se ubrajaju rješenja iz Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima iz 1969. godine prof. Mihaila Konstantinovića, komentari i radovi o Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. te radovi predstavnika Kopaoničke škole prirodnog prava koja je započela svoje djelovanje kao Škola civilnog prava predvođena vizionarskim misionarstvom prof. dr Slobodana Perovića.

Po našem mišljenju jedan od najznačajnijih radova na temu reformisanja jugoslovenskog Zakona o obligacionim odnosima je "Stručno mišljenje o Nacrtu Zakona o obligacionim odnosima RS/FBiH sa stanjem 28.01.2003. godine".² Ovaj tekst prof. dr Slobodana Perovića je aktuelan i danas zbog toga što je kao osnova za izradu teksta Druge knjige Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije poslužio važeći Zakon o obligacionim odnosima (1978), koji je, uprkos svojoj vitalnosti i otpornosti na društvene i državne promjene i poslije sveopšte iskazanih mu epiteta i počasti, poslije trideset godina životnog vijeka, otvorio mogućnost postavljanja izvjesnog broja alternativnih rješenja za pojedina pitanja obligacionih odnosa pa tako i pitanja građanskopravne odgovornosti.³ U pomenutom Stručnom mišljenju profesora Perovića, koje je podsticajna kritička rasprava o svojevremeno pripremanom Nacrtu zakona o obligacionim odnosima RS/FBiH, koji nije usvojen kao zakonski tekst u propisanoj parlamentarnoj proceduri, profesor Perović je, pošao od Skice profesora Konstantinovića, koja je poslužila kao osnov za usvajanje Zakona o obligacionim odnosima u tada važećoj skupštinskoj proceduri 1978. godine, ali i više od toga, jer je jugoslovenski Zakon o obligacionim odnosima u najvećem dijelu jednostavno reprodukovao odredbe Skice. Tamo gdje je odstupio od Skice, zakonodavac je uglavnom pogriješio, zaključio je profesor Perović.⁴

² Objavljeno u Srpskoj pravnoj misli, tematski broj – U susret Zakonu o obligacionim odnosima RS, 1–4/2002, godina IX, Banja Luka, januar–decembar 2002. godine.

³ Završni dokument Dvadeset trećeg susreta Kopaoničke škole prirodnog prava, str. 101.

⁴ Srpska pravna misao, 1–4/02, str. 27.

Onovremenim tvorcima Nacrta kodifikacije obligacionih odnosa u Bosni i Hercegovini (RS/FBiH) u pomenutom Stručnom mišljenju je svojevremeno profesor Perović poručio da na njima leži *odgovornost* da pronađu one odnose čije kodifikovanje treba regulisati otvoreno i tako pružiti sudskoj i poslovnoj praksi maksimum stvaralačkog prostora dajući im gipke norme koje se mogu stalno prilagođavati realnom životu (standard, običaj, pravičnost, savjesnost i poštenje) za razliku od odnosa koje treba čvršće regulisati, fiksirati i do stepena matematičke preciznosti.⁵ Ideja vodilja pojedinih alternativnih rješenja koja su produkt ove ili one teorije su potrebe praktičnog života, jer se zakon donosi upravo radi realnog života, a ne zbog davanja satisfakcije ovoj ili onoj teoriji kada ona i ne odgovara zahtjevima prakse, što profesor Perović potkrepljuje Geteovim riječima – svaka je teorija siva prema zelenom drvetu života.⁶ U pogledu jezika budućeg zakona profesor Perović je onovremene tvorce Nacrta zakona podsjetio na Senekinu misao, da zakon treba biti kratak i jasan, kako bi ga svi razumjeli, sličan božanskoj poruci.⁷ U pogledu upotrebe udžbeničkih definicija u zakonodavne svrhe, profesor Perović je tada upozorio da je to nekada korisno i neophodno, ali da se u tome ne smije pretjerivati, jer da zakon ne može biti spisak lijepih teorijskih definicija, već sistem pravnih normi snabdijenih hipotezom, dispozicijom i sankcijom. Još tada je pledirao da definicije treba zadržati u zakonu samo kod velikih ustanova kao što su, npr. krivica, šteta, opasna stvar ili možda još neka krupna ustanova za koju se vezuje čitav spektar pojedinačnih pravnih normi.⁸

O MOGUĆNOSTI DEFINISANJA KRIVICE

Po pitanju krivice profesor Perović je u pomenutom stručnom mišljenju predlagao da se ovaj pojam objektivizuje kao standard, kao neka vrsta parametra za procjenu krivice nekog lica te da onda protivpravnost, kao poseban uslov građanskopravne odgovornosti, nije potrebno zakonom posebno predvidjeti. Kao podlogu za jednu prihvatljivu zakonsku definiciju krivice, kao nadomjestak za nedostajući opšti pojam krivice kao korisan rekvizit za sudsku praksu, profesor Perović je predložio zakonsku recepciju odredbe člana 127. Skice profesora

⁵ Ibid., str. 32.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid., str. 33.

⁸ ibid., str. 36.

Konstantinovića, po kojoj: “Pri prosuđivanju da li je lice koje je štetu prouzrokovalo krivo ili ne, tj. da li se ponašalo kako je trebalo, sud vodi računa o redovnom toku stvari i o tome šta se od razumnog i pažljivog čovjeka moglo osnovano očekivati u datim okolnostima. Dakle, kriv je onaj ko se ponašao onako kako nije trebalo da se ponaša pri datim okolnostima, a pri tom je posjedovao delikttnu sposobnost.”⁹

U značajnom članku pod naslovom: “Subjektivna delikttna odgovornost u srpskom pravu-razvoj i perspektive”¹⁰, prof. Miodrag Orlić izlaže dva pitanja: opšti pogled na razvoj srpskog obligacionog prava i promene u sistemu deliktne odgovornosti. U prvom dijelu članka se izlaže retrospektiva i perspektiva ideje kodifikovanja srpskog građanskog prava i zalaže za reafirmaciju Bogišićevog kodifikatorskog metoda. U drugom dijelu članka, promjene u sistemu subjektivne deliktne odgovornosti u srpskom pravu profesor Orlić vidi u afirmaciji ravnopravnosti načela (principa) krivice (*culpa*) i načela(principa) uzročnosti (principa *causae*) kao osnova odgovornosti, zatim, afirmaciji pravila o potpunoj naknadi štete, bez obzira na stepen krivice, te napuštanje koncepcije o prosuđivanju krivice metodom *in concreto* i opravdane zamjene ovog metoda prosuđivanja krivice u građanskom pravu metodom prosuđivanja krivice *in abstracto*. Profesor Orlić obrazlaže svoje prijedloge ovih promjena stavom da je prosuđivanje krivice *in concreto* znatno pogodnije za Krivično, nego za građansko pravo.¹¹

Kao obrazloženje Glave II (čl. 127–129) Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima profesora Mihaila Konstantinovića, nastala je disertacija o krivici kao osnovu vanugovorne građanskopravne odgovornosti M. Karanikić-Mirić. Ona ne prihvata učenje o jedinstvu krivice i u radu nije obrađen domen ugovorne odgovornosti. Takođe se slaže da krivica postoji samo kada sud prosudi da se lice koje je štetu prouzrokovalo nije ponašalo kako je trebalo, vodeći računa o redovnom toku stvari i o tome šta se od razumnog i pažljivog čovjeka moglo očekivati u datim okolnostima (član 127. Skice). Ona zaključuje da nema nikakvog konkretnog, apriornog, pravog značenja krivice, već samo kako naš zakonodavac i naši sudovi koriste taj pojam.¹² Upotreba pojma jeste njegovo značenje. Nema definicije krivice ili je barem nema u našem pravu. Zakonodavac je uputio na pravni standard. Ne postoji apriorni, univerzalni pojam krivice, ali se može istražiti svrha subjektivne odgovornosti, koja je zapravo u reparaciji ošte-

⁹ Ibid., str. 66.

¹⁰ Pravni život, broj 10, Beograd 2010, str. 809–840

¹¹ Ibid., str. 830.

¹² Marija Karanikić-Mirić, Krivica kao osnov vanugovorne građanskopravne odgovornosti, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, februar 2008, str. 406.

ćenom a ne u kažnjavanju krivca. Mi bismo dodali da u građanskopravnom sistemu odgovornosti svrha je odgovornost u samoj odgovornosti, a ne, u kažnjavanju krivca, tako da se traganje za krivcem pokazuje izlišnim. Doktorantkinja smatra da definicija krivice nije moguća, jer krivica nije pravnoteorijski nego pravni konstrukt, institucionalna činjenica. Sposobnost za rasuđivanje nije strano tijelo u objektivnoj teoriji krivice, tako da odredba člana 128. Skice (Neodgovorna lica) ne ugrožava opštost upotrebe pojma krivice skiciranog odredbom člana 127. Skice, jer se kao apstraktno mjerilo pretpostavlja razuman i pažljiv čovjek. Remetilački faktor ideji o objektivnoj krivici, za koje se afirmisanje Karanikić-Mirić argumentovano zalaže, je ideja o namjeri kao kombinaciji svijesti i volje određenog kvaliteta za koju nalazi da je strano tijelo – trojanski konj u favorizovanoj koncepciji o objektivnoj krivici. Zakon o obligacionim odnosima u odredbi člana 158. pronalazi krivicu u štetnikovoj radnji prouzrokovanja štete namjerno ili nepažljivo. Ni namjera ali ni nepažnja ne nalaze svoju razradu u daljim odredbama Zakona o obligacionim odnosima, kao što je to skicirao profesor Konstantinović u odredbi člana 127. Skice. Redefinisanje je moguće kroz izmjene i dopune Zakona o obligacionim odnosima kao dijela budućeg Građanskog zakonika Srbije. Probleme stvara namjera koja se kao pojam u kojem se kombinuje svijest i volja štetnikova određenog kvaliteta ne može prihvatiti unutar konstrukta objektivne krivice. Redefinisanje postojeće sistematike Zakona o obligacionim odnosima u ovoj problematici podrazumijeva unošenje odrednice i o namjeri i o nepažnji. Jedina mogućnost provjere stvarne namjere je ispitnikov iskaz o sopstvenoj namjeri, te je nemoguć izvanjski, direktan, uvid u tuđu namjeru i to je nepovoljno za afirmaciju subjektivnog poimanja krivice.¹³ Neizvodljivo je pod zajednički, genusni, nazivnik podvesti: nepažnju, kao postupak koji odstupa od standarda osnovano očekivanog ponašanja i namjeru, kao amalgam svijesti i volje.¹⁴ To bi bilo spajanje nespojivog, subjektivnog i objektivnog, vatre i vode. Namjera je neuklopiva u objektivni koncept krivice kvalifikovana kao teži oblik krivice od nepažnje, jer posljedice nepažljivog postupanja mogu biti teže od namjernog, tako da je ideja stepenovanja krivice, po kojoj je namjera najveće udaljavanje od standarda razumnog i pažljivog čovjeka, u praktičnoj kontradikciji, jer je svrha ustanove odgovornosti usmjerena na reparaciju, tj. popravlanje posljedica ljudskog postupanja na štetu drugog, a ne kažnjavanje krivca. Da li su štetne posljedice izazvane namjerno ili iz nepažnje to je pravno praktično irelevantno.¹⁵ Koncept ustanove subjektivne odgovornosti za poslje-

¹³ Ibid., str. 85.

¹⁴ Ibid., str. 87.

¹⁵ Ibid., str. 191.

dice vlastitog čina u našem pravu nema za svrhu kažnjavanje društveno neprihvatljivog postupka, zaključuje doktorantkinja.¹⁶ Zakon o obligacionim odnosima je izbjegao spoticanje o namjeru kao najteži stepen krivice tako što je kroz pravo na puni obim naknade štete u odredbi člana 189. izbjegao vezivanje dosuđivanja naknade štete prema stepenu krivice, tj. običnu štetu za nepažljivo, a običnu štetu i izmaklu korist za namjerno prouzrokovanje štete. Da je izbjegnuto regulisanje usvojeno, a opravdano nije, krivica bi imala smisla i svrhe. Ovako teško da se može opravdati njena egzistencija u važećem obligacionom pravu.

Najzad, i u Skici (član 129) i u Zakonu o obligacionim odnosima (čl. 161–163) postoje tzv. slučajevi isključenja protivpravnosti (vršenje javne dužnosti, pristanak oštećenika, nužna odbrana, stanje nužde, dozvoljena samopomoć i korišćenje svojim pravom). Protivpravnost štetne radnje nije Zakonom propisana kao pozitivan uslov za zasnivanje vanugovorne odgovornosti, a ako ipak postoji ovaj uslov bi mogao biti samo implicitan.¹⁷ Štetna radnja pretpostavlja ogлуšenje o opštu zabranu prouzrokovanja štete; nanošenje drugome štete je prekršaj opšte pravne norme i napad na tuđe subjektivno imovinsko ili lično pravo. Postavlja se pitanje da li je protivpravnost kumulativni uslov koji pretihodi krivici? Odgovor se nalazi u tvrdnji da kada je protivpravnost uslov, protivpravna radnja je manifestacija krivice u spoljašnjosti.¹⁸ Ali i ovo povezivanje krivice i protivpravnosti, po našem mišljenju, ugrožava postavku objektivne krivice. Kroz navedenu doktorantsku raspravu se provlači težnja da se u objektivnoj teoriji krivice protivpravnost ne ubraja u uslove subjektivne odgovornosti, tj. da se štetnikov postupak vrednuje po njegovoj skrivljenosti, jer je, po doktorantkinji, krivica socijalna činjenica, a skrivljen je postupak koji odstupa od prihvatljivog društvenog standarda.

Profesor Perović odredbe čl. 161–163 Zakona o obligacionim odnosima navodi kao osnove za oslobađanje od odgovornosti, a ne kao činjenice koje isključuju protivpravnost, kako su navodili stariji pravni pisci kod nas. Prema zakonskoj sistematici riječ je o slučajevima isključenja odgovornosti po osnovu krivice za radnje prouzrokovanja štete. Najzad, uzročna veza u pravnom kontekstu je odgovor na pitanje koje promjene u spolnjem svijetu treba pripisati štetniku kao autoru, te se iz konteksta izdvaja ponašanje koje je razumno i pogodno proglasiti uzrokom.¹⁹

¹⁶ Ibid., str. 413.

¹⁷ Ibid., str. 310.

¹⁸ Ibid., str. 407.

¹⁹ Ibid., str. 292.

Kao naš zaključak iz analize ove vrijedne rasprave, može se izvesti da je krivica ono što sud nađe da postoji uz pomoć zakonodavčevih uputstava u tom istraživanju ali koja sama po sebi ne predstavljaju definiciju krivice. Kako je kod nas sudska praksa tradicionalno tumač a ne tvorac pravnih normi, ovako bi njena uloga bila izvrnuta inverziji, što ne bi bio rijedak slučaj u istoriji građanskog sudovanja. Poznata je i nekoć hvaljena kreativna uloga sudske prakse na primjeru primjene pravnih pravila bivših građanskih zakonika po Zakonu o nevažnosti u nekadašnjoj Novoj Jugoslaviji. Pored toga, poznata je i kreativna uloga Plenuma Glavne državne arbitraže kao kreatora izvanrednih pravila Opštih uzansi za promet robom. I ovaj primjer je primjer inverzije zakonodavnog postupka. No to nije u ovoj oblasti loš primjer. Ovakve pravne specijalističke oblasti možda je bolje da za zakonodavce imaju najbolje sudije i pravne teoretičare nego li političke narodne predstavnike. Od značaja su preporuke doktorantkinje da se naši pravници civilisti posvete ozbiljnom i metodološki osmišljenom izučavanju sudske prakse kako bi tamo isprobana, najbolja, rješenja opštim mišljenjem prihvaćena ugradili u zakonska rješenja po metodu, od pojedinačnog (kazuističkog) ka opštem, apstraktnom, zakonskom pravilu. Krajnje upute su protivrječnost rješenja koje u sebi sadrži nerješivo jedinstvo ili sukob suprotnih tendencija. Sudskoj praksi se daje izuzetna sloboda kreativnosti. Sadašnje stanje zakonskih pravila nudi izlaz u nuždi, pokušaj da se definiše namjera kao najteži stepen neprilagođenog ili neodgovarajućeg ponašanja, malicioznog onoliko koliko mu takvo značenje pridaje sredina a utvrđuje sud. Istražujući dalje mogućnosti za definisanje krivice, obeshrabrujuće je da nešto što realno ne postoji nije ni moguće definisati kao objektivni fenomen. Ako prihvatimo da se krivica i ne može definisati, ona se može utvrđivati. Da su ljudi mnogo bolji i da ne uzrokuju svojim pogrešnim postupcima drugima štetu, krivica se ne bi mogla ni utvrđivati, jer ne bi ni nastajalo pogrešno postupanje. Ako krivica ne postoji, ona se događa. Ako se dogodi i utvrdi, može se govoriti o njenom postojanju. Da bi postojala ona se mora uhvatiti odnosno utvrditi. Dok se ne utvrdi i ne pripíše nekome ona i ne postoji. Mada je pored sa živom, ona je još neukrotivija, ali može, ako je uhvatimo imati istu mjernu funkciju kao živin termometar za mjerenje tjelesne temperature. Kada živin stub u termometru pređe 37 podiok povišena je temperatura, ako spadne ispod njega, više je nema. Slično je i sa krivicom. Zbog tih njenih osobina mnogi su se pomagali drugim uslovima odgovornosti ili su je vezivali za njih ili su je zamjenjivali s njima. Tako se govorilo da je kriv onaj ko štetu prouzrokuje ili ko preduzme protivpravnu radnju prouzrokovanja štete. Za neku moguću definiciju krivice ovo povezivanje s drugim uslovima odgovornosti ne treba odbaciti. Idući tim putem kriv je svaki onaj ko je svojom protivpravnom radnjom prouzrokovao štetu, ako je bio sposoban za rasuđivanje, tj.

sposoban za rasuđivanje o štetnosti protivpravne radnje. To bi bio naš prijedlog o mogućoj objektiviziranoj definiciji krivice. Ukoliko ovo pitanje želimo dosljedno objektivizovati moramo ga podvesti pod pojam odgovornosti. Tada bi se mogla dati definicija subjektivne odgovornosti ili odgovornosti za svoje štetne radnje ili postupke. Odgovoran bi bio svaki onaj ko je protivpravnom odnosno štetnom radnjom prouzrokovao štetu drugome a tom prilikom bio je sposoban za (deliktno) rasuđivanje.

ODGOVORNOST ZA POVREĐIVANJE LIČNIH PRAVA

Pitanje odgovornosti za povređivanje ličnih dobara evoluiralo je do svojevrstne objektivizacije, tj. da više nije potrebno utvrđivati da povrijeđeni trpi fizičke i psihičke bolove kao posljedicu povrede nekog priznatog ličnog prava, da bi mogao uspješno postaviti zahtjev za naknadu neimovinske štete. Subjektivna koncepcija neimovinske štete, poznata kao bolnina ili satisfakcija, nastoji se postisnuti objektivnom koncepcijom kod koje će postojati šteta već samom povredom subjektivnih ličnih prava kao posebnih i punopravnih subjektivnih građanskih prava. U tom pravcu ćemo se osvrnuti na pomalo zaboravljena teorijska istraživanja koja su u društveno-političkim uslovima nenaklonjenim ličnim neimovinskim pravima krčila puteve za njihovo priznanje od zakonodavca i moderno teorijsko oblikovanje. Ovdje posebno mislimo podsjetiti na radove akademika, prof. dr Slavice Krnete čiji opus iz raznih uglova osvjetljava ovu tematiku.

U članku pod naslovom "Civilnopravna zaštita privatnog života u evropskom pravu"²⁰ upućuje na tok borbe za priznavanje i uvođenje ličnih prava u tradicionalne imovinske okvire građanskog prava kao pravne oblasti ili grane prava. Put ka priznanju ličnih prava je krenuo obesnaživanjem teze o istovjetnosti subjekta i objekta zaštite ličnih prava. Pitanje se, kod prava na privatnost, svodilo na dobijanje odgovora kako zaštititi čovjekov privatni život od nasrtljive javnosti kojoj današnja tehnika obilato pomaže da sa lakoćom proдре u intimni svijet svakog čovjeka.²¹ U radu se obrađuju razni pristupi afirmaciji građanskopravne zaštite ličnih prava počev od njemačkog zakona o djelima likovne

²⁰ Slavica Krneta, Odabrane teme privatnog prava, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007, str. 343–376 (objavljeno u Godišnjaku Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1970, str. 58–88).

²¹ Ibid., str. 344; U vrijeme pisanja teksta na koji se pozivamo nije bilo ni govora o postojanju interneta i mobilne telefonije. Glavni nalaz "Volstrit džornala" je da je jedan od najbrže rastućih biznisa na Internetu-biznis špijuniranja internet korisnika. Pored toga, prvi put u istoriji većina Amerikanaca (i ne samo Amerikanaca) posjeduje veoma usavršen uređaj za praćenje, koji

umjetnosti i fotografije iz 1907, preko odredbe člana 28. Švajcarskog građanskog zakonika gdje se, pod naslovom: zaštita pred javnošću štiti čovjekova tajna sfera (saznavanje i prenošenje tajnih činjenica), privatna sfera (porodične, lične, zdravstvene i druge podatke) kao i druge osjetljive lične podatke (pisma, rukopise i vlastitu sliku).²² Njemački građanski zakonik je u doba donošenja ignorisao jak teorijski pokret koji se zalagao za zakonsko priznavanje jednog opšteg ličnog prava koje bi zasnovalo jedinstvenu tužbu za zaštitu svih ličnih prava. Umjesto toga paragraf 823. NjGZ je predvidio deliktenu odgovornost za povrede života, tijela, zdravlja i slobode, drugi paragrafi zaštitu časti, a paragraf 12. samostalno reguliše zaštitu prava na ime.²³ Zanimljivi su prikazi pokušaja parcijalnog kodifikovanja građanskopravne zaštite ličnosti putem njemačkog Nacrta zakona o zaštiti ličnosti i časti iz 1959. godine, koji je pokušao da razradi član 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Francusko zakonodavstvo izvorište građanskopravne zaštite ličnosti i ličnih interesa zasniva na odredbi člana 1382. C.c., koja to čini vrlo efikasno pomoću naknade neimovinske štete.²⁴ Zanimljiv je način reformisanja Francuskog građanskog zakonika putem posebnih zakona (npr. Zakona od 17. jula 1970. godine) kojim se noveliraju: Code civil, Code penal i Code de procedure penale, s ciljem da se osnaže individualne slobode građana. Član 22. ovog posebnog zakona novelirao je tako C.c. unošenjem novog člana 9.²⁵, odvajanjem zaštite privatnog života od deliktne odgovornosti, čime je priznato jedno novo subjektivno građansko pravo, koje štiti ličnost nezavisno od prouzrokovanja štete, priznavajući pravo na sudsku zaštitu i bez pružanja dokaza o krivici i nastaloj šteti.²⁶ S. Krneta zaključuje da su moguća dva pravca formiranja građanskopravne zaštite ostalih ličnih prava, kao zasebnih prava (na ime, sliku, glas, povjerljiva pisma), ili, po uzoru na američko pravo, stvaranjem jednog okvirnog prava na privatni život koje bi apsorbovalo postojeća priznata lična prava.²⁷ Dalje zaključuje da je švajcarski zakonodavac bio donekle u pravu kada je lična prava zaštitio generalnom klauzulom tako ostavljajući praksi i teoriji mogućnost da stalno preispituju nove prilike i okolnosti, novo vrijeme, koje zakonodavac nije mogao imati u vidu u vri-

doduše nije u obliku "elektronske narukvice", već se sve vreme dobrovoljno nosi za pojasom, u tašni ili u džepu-mobilni telefon. (prema "Politici" – "KUN" 2. jul 2011).

²² Ibid., str. 347.

²³ Ibid., str. 354.

²⁴ Ibid., str. 363.

²⁵ Ibid., str. 367.

²⁶ Ibid., str. 368.

²⁷ Ibid., str. 369.

jeme donošenja propisa.²⁸ Nadalje, smatra da su za zaštitu ličnih prava potrebne široko formulisane zaštitne norme koje će sudiju ovlastiti na primjereno rješenje spora. Neprihvatljivim smatra rješenja koja pokušavaju da ovu građu prezentiraju u vidu preciznih opisa činjeničnih stanja. Smatra da se civilnopravna zaštita privatnog života kreće u pravcu stvaranja jednog novog ličnog prava, prava na privatni život, koje bi, po svojim karakteristikama, bilo vezano za ličnost, van prometa i nasljeđivanja, s užom mogućnošću postmortalne zaštite, te da se za njegovu zaštitu mogu koristiti sve tužbe kojima se inače štite lična prava (tužba na propuštanje, tužba za uklanjanje, a naročito tužbe za naknadu imovinske i neimovinske štete).²⁹ Zbog toga predlaže ponovno preispitivanje klasičnog pojma subjektivnog građanskog prava, ne u smislu njegovog odbacivanja, već u smislu njegove dopune i korekcije.³⁰

U članku koji obrađuje pitanje mjesta ličnih prava u sistemu građanskog prava³¹, ističe S. Krneta da se, kako u literaturi tako i u zakonodavstvu, zaštita ličnih prava povezuje za priznavanje zahtjeva na naknadu neimovinske štete prouzrokovane povredom ličnih prava, ekstenzivnim tumačenjem čuvenog člana 1382. C.c.³² Kritikuje shvatanje škole prirodnog prava koje u ličnim pravima neosnovano vidi samo dalji razvoj učenja o urođenim pravima.³³ Ističe da se ne može govoriti o urođenim pravima koja je otkrila škola prirodnog prava, jer su lična prava izraz društvene potrebe, a nikako nisu potvrda nekih čovjekovih svojstava koja proizilaze iz njegove prirode.³⁴ Kritikuje i koncept po kojem se lična prava kao građanska subjektivna prava miješaju sa "građanskim pravima i slobodama" i "pravima čovjeka", koja su ustavna kategorija, ujedno daleko šira, jer obuhvataju i čitav niz političkih prava i sloboda i garancija kao što su: biračko pravo, sloboda savjesti, vjeroispovjesti, govora, udruživanja, štampe i sl.³⁵ Ujedno kritikuje i shvatanja izražena u starijoj jugoslovenskoj literaturi³⁶ po kojima ličnost ne može biti nikakvo pravo po sebi, pošto je ona nužna pretpostavka za

²⁸ Ibid., str. 373.

²⁹ Ibid., str. 374.

³⁰ Ibid., str. 375.

³¹ Slavica Krneta: Odabrane teme privatnog prava, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007. godine; "Pitanje mjesta ličnih prava u sistemu građanskog prava", str. 251–271, (objavljeno u Godišnjaku Pravnog fakulteta u Sarajevu, broj V–1957, str. 109–125)

³² Ibid., str. 253.

³³ Ibid., str. 258.

³⁴ Ibid., str. 259.

³⁵ Ibid.

³⁶ Andra Đorđević, Sistem privatnog prava – opšti deo, Beograd, 1956, str. 12. i dr.

svako pravo.³⁷ Zaključuje da, ako je primarni elemenat u pojmu subjektivnog građanskog prava interes, a volja sekundarni, onda nije teško prihvatiti da su i lična prava subjektivna građanska prava.³⁸ Svako je dužan da ih respektuje i ne vrijeđa; ona su apsolutnog karaktera (djeluju prema svima), a ako dođe do njihove povrede titularu ličnog prava pripada pravo na tužbu.³⁹ S. Krneta u navedenom članku predlaže, i za naše doba novog zamaha reformisanja građanskog zakonodavstva regiona Jugoistočne Evrope, aktuelan i moderan koncept zaštite ličnih prava prema kojem, ako dođe do povrede titularu ličnog prava pripada pravo na tužbu bez obzira da li na strani povjerioca postoji krivica kao i bez obzira da li je nastala šteta. Osnovno je da je radnja kojom se povređuje lično pravo okvalifikovana kao protivpravna radnja.⁴⁰ Po našem mišljenju, ovo je nagovještaj prodora tzv. objektivne koncepcije neimovinske štete koji se širi u zakonodavstva o obligacionim odnosima zemalja regiona jugoistočne Evrope koje su baštiniče jugoslovenskog Zakona o obligacionim odnosima. Na značaj protivpravnosti, kao odlučujućeg uslova odgovornosti zbog povrede ličnih prava, upućuje S. Krneta, navođenjem uporednopravnih rješenja o sistematizovanju ili grupisanju ličnih prava. On smatra modernim građanske zakonike Švajcarske i Grčke, koji ne nabrajaju taksativno lična prava, nego na opšti način omogućavaju njihovu zaštitu. To argumentuje stavom da svakodnevni društveni razvoj rezultira i razvoj ličnih prava na isti način kako se i ljudska ličnost razvija, pa tako i prilike i načine na koje se mogu povrijeđivati.⁴¹ Lična dobra se kvalifikuju u vidu pravnog standarda koji se može popunjavati različitim sadržajima kroz razvoj zakonodavstva i sudske prakse. Ovom prilikom S. Krneta kritikuje shvatanje izraženo u njemačkoj pravnoj teoriji o postojanju jednog opšteg prava ličnosti, neke "pranorme" ličnog prava iz koje se derivativno izvode pojedina lična prava, od iskona sadržana u tom opštem pravu ličnosti, te ih treba samo razotkriti. S. Krneta ovakvo shvatanje prirode ličnih prava kvalifikuje kao varijetet prirodnopravnog učenja, tj. da čovjeku zbog same njegove prirode pripadaju izvjesna (prirodna) prava. Nadalje ističe, da istorijski nastanak i razvoj ličnih prava negira shvatanja o njihovoj prirodnopravnoj genezi, jer bi to shvatanje bilo opasno i kobno za njihovu pozitivnopravnu egzistenciju i priznanje od strane pozitivnopravnog poretka, koje bi tada, možda, bilo izlišno. Lična prava nisu nastala usljed postojanja nekog opšteg prava ličnosti iz kojeg bi se odvajala kao sa-

³⁷ Slavica Krneta, op. cit., str. 259.

³⁸ Ibid., str. 261.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid., str. 262.

⁴¹ Ibid., str. 263.

zreli plodovi jedne te iste voćke, a koje je, tobože, konstantno i latentno prisutno u prirodi, već je razvoj društvenih odnosa i prava uslovio i razvoj građansko-pravne zaštite pojedinih ličnih dobara.⁴² Ako se sada vratimo na protivpravnost povređivanja ličnih prava, onda je njihovo klasifikovanje ili grupisanje uslov njihovog profilisanja kao subjektivnih građanskih prava, slično shvatanju značaja protivpravnosti u krivičnom pravu (*nulla crimen sine lege*), tako što prepoznajemo grupu ličnih prava kojima se štiti fizički integritet ličnosti, grupu ličnih prava koja štiti moralni integritet ličnosti i specifično lično pravo na ime. Među prava na fizički integritet ubraja: pravo na život, tijelo, zdravlje i slobodu; u prava na moralni integritet ubraja: pravo na čast, vlastitu sliku i pravo na nepovredivost lične sfere.⁴³ Na kraju zaključuje da građanskopravna zaštita ličnih prava predstavlja satisfakciju za povrijeđenog subjekta.⁴⁴ Građanskopravna sredstva zaštite, tj. njihov oblik, zavisi od karaktera učinjene povrede. Zbog toga dolaze u obzir različite tužbe, kao što je tužba za uklanjanje učinjene povrede i tužba za spriječavanje ponovnog povređivanja. Ali, zaključuje S. Krneta, pleoajeom za afirmaciju novčane naknade neimovinske štete, jer je to neposredna satisfakcija povrijeđenom licu koja se sastoji od plaćanja izvjesne svote novca povrijeđenom kojem služi kao pričinjavanje zadovoljstva i brisanje negativnih sjećanja i utisaka zbog izvršene povrede najvrednijih čovjekovih dobara. Pored toga, a što je primarno i dominantno, dodaje ona, zaštita povrijeđenih ličnih prava može imati i druge podesne oblike, kao što su npr.: objavljivanje presude, ispravke, javnog izvinjenja i sl.⁴⁵ Pored naknade neimovinske štete povrijeđeno lice ima pravo i na naknadu imovinske štete ukoliko je nastala usljed povrede ličnih prava.

Zanimljivo za našu temu je izlaganje o genezi nastanka samostalnog pravnog osnova za civilnopravnu zaštitu ličnih prava pod imenom *right of privacy*.⁴⁶ Kao što je poznato oblikovanje sredstava pravne zaštite građana u *common law* sistemu prepušteno je sudskoj praksi. Međutim, u ovom slučaju poticaji za priznanje navedenog prava na privatnost potekli su od pravne teorije, što je neuobičajeno za angloamerički pravni sistem.⁴⁷ Bostonski advokati S. Warren i L. Bran-

⁴² Ibid., str. 264.

⁴³ Ibid., str. 263–265

⁴⁴ Ibid., str. 267.

⁴⁵ Ibid., str. 268.

⁴⁶ Slavica Krneta, Osnovne karakteristike civilnopravne zaštite ličnosti u angloameričkom pravu, Odabrane teme privatnog prava, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007, str. 377–394 (ranije objavljeno u *Godišnjaku Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Godina XX, 1972, strana 81–97).

⁴⁷ Ibid., str. 384.

deis (kasnije postao čuveni sudija Vrhovnog suda SAD) objavili su 1890. godine raspravu pod naslovom: “The right of privacy” u kojoj se zalažu za priznavanje novog prava. Prema njihovim argumentima, Common Law se od davnina prilagođavao zahtjevima i potrebama društva, te takvo pravo, vitalno i “vječno mlado” uvijek je bilo sposobno da priznavanjem novih prava vodi računa o političkim, socijalnim i ekonomskim promjenama u društvu.⁴⁸ S napretkom civilizacije tamošnji sudija je proširivao obim zaštite ličnosti te je i bez intervencije zakonodavca udovoljavao društvenim potrebama.⁴⁹ Pomenuti članak S. Warren-a i L. Brandeis-a u literaturi se označava kao najčuveniji i najuticajniji članak koji je ikada napisan u nekom pravnom časopisu, a u kojem su navedeni autori ukazali na neophodnost legalizovanja novog prava koje bi omogućilo pojedincu da bude ostavljen na miru odnosno koje bi mu poslužilo kao sredstvo da se odbrani od nasrtaja u njegov privatni svijet.

Najzad, iz ove baštine podsjetićemo na raspravu o ličnim pravima pravnih lica, kao na nešto što plijeni svojom aktuelnošću i širinom pogleda.⁵⁰ U ovom članku se traži odgovor na pitanje da li pored fizičkih i pravna lica imaju lična neimovinska prava?⁵¹ S. Krneta polazi od starog koncepta prvobitne odbrane ličnih prava koji je svoje izvorište imao u prirodnopravnim, “ljudskim” argumentima, čovjekovoj suštini kao povodu i cilju koji opravdava priznavanje posebnih ličnih neimovinskih prava fizičkih lica. Kao prethodnice moderne teorije ličnih prava, naknade nematerijalne štete u novcu ili njene starije varijante, bolnine, one upućuju na fizičko lice kao ishodište svih zahtjeva ove vrste. Kao jedan od glavnih oslonaca priznavanja ličnih prava i pravnim licima smatra pravnu sposobnost koja se priznaje kako fizičkim tako i pravnim licima.⁵² Otklanjanje i druge prepreke priznavanju ličnih prava pravnih lica nalazi u eliminaciji teorije fikcije o pravnoj prirodi pravnih lica i njenu zamjenu Girkeovom tezom o realnosti pravnih lica, te, najzad, i afirmacijom shvatanja po kojem objekt ličnih prava pravnih lica su posebna lična dobra, mada izvedena iz pojma ličnih dobara koja pripadaju fizičkim licima, imaju i svoju posebnost, samostalnost i nezavisnost, a zbog toga i mogućnost zaštite.⁵³ Tako se dostiže spasonosno rješe-

⁴⁸ Ibid., str. 385.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Slavica Krneta, Odabrane teme privatnog prava, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, str. 415–428 (ranije objavljeno u Godišnjaku Pravnog fakulteta u Sarajevu, godina XXV–1977, str. 157–170)

⁵¹ Ibid., str. 415.

⁵² Ibid., str. 416.

⁵³ Ibid., str. 421.

nje da se napusti tradicionalno shvatanje koje postojanje ličnih dobara pravnog lica zasniva na ljudskom supstratu. Zanimljivo je navođenje primjera iz francuskog prava koje je stvorilo odštetni okvir za obezbjeđenje zaštite neimovinskih dobara, pretežno na terenu naknade neimovinske štete, podržava pravo pravnih lica da ostvaruju zahtjeve na naknadu moralne štete.⁵⁴ Napuštanje subjektivnog shvatanja neimovinske štete kao nanošenja fizičkog ili psihičkog bola ili straha je put potpune mogućnosti naknade neimovinske štete pravnom licu uz prihvatanje da se personalitet pravnog lica prosuđuje kao grupa pravila nužnih za obezbjeđenje aktivnosti grupacije ili tvorevine, sa većim ili manjim stepenom pravne autonomije, a ne da je pravno lice fikcija.⁵⁵

ZAKLJUČAK

Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije, Druga knjiga, Obligacioni odnosi, odredbom člana 171 (zamijenio je član 158. ZOO) predlaže odrednicu krivice, po kojoj: "Pri prosuđivanju da li je lice koje je štetu prouzrokovalo krivo ili ne, to jest da li se ponašalo kako je trebalo, sud vodi računa o redovnom toku stvari i o tome šta se od razumnog i pažljivog čoveka moglo osnovano očekivati u datim okolnostima." Tako je u potpunosti preuzeta odredba člana 127. Skice profesora Konstantinovića.

U definiciji štete dodato je, u odredbi člana 168 (član 155 ZOO) da se pod štetom podrazumijeva i povreda zajamčenih prava ličnosti, a dodato je i objašnjenje da će pojam "zajamčena prava ličnosti" biti određen u Opštem delu Građanskog zakonika dovodeći ih u vezu sa Ustavom garantovanim pravima ličnosti i pravilima dokumanata međunarodnog prava. U alternativi ovoj odredbi reprodukovana je odredba člana 124. Skice profesora Konstantinovića. Za obe predložene formulacije karakteristično je da predstavljaju amalgam objektivnog i subjektivnog shvatanja neimovinske štete, jer se pored štete, kao povrede prava ličnosti, pod štetom podrazumijeva i nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola (moralna ili neimovinska šteta).

Prednacrta GZ RS odredbom člana 224. predviđa da, u slučaju povrede zaštićenih prava ličnosti sud može dosuditi objavljivanje presude, ili ispravke ili povlačenje izjave ili nešto drugo čime se može ostvariti svrha naknade. Pored ovih sankcija; koje Prednacrta naziva "naknada", sud može dosuditi određenu

⁵⁴ Ibid., str. 418.

⁵⁵ Ibid., str. 424.

svotu novca za pretrpljenu neimovinsku štetu, kada nađe da je takva novčana naknada u datom slučaju opravdana težinom krivice ili težinom nanesene štete. Time se čini korak unazad u pogledu značaja krivice za obim naknade štete.

Najazad, odredbom člana 226. Prednacrtu GZ RS propisana je "Posebna naknada pravnim licima", po kojoj, "pravna lica imaju pravo na novčanu naknadu štete zbog povrede ugleda ili drugih vrednosti koje proizilaze iz prirode njihovog subjektiviteta." I ovdje je do izražaja došlo teorijski kritikovano stanovište pravnih lica kao fikcije i vezivanje njihovog pravnog subjektiviteta za njihovu prirodu a ne za sam pravni subjektivitet i mogućnost da pravno lice može biti nosilac svih prava i obaveza onako kako je pravilima predviđeno i u javni registar upisano.

Mada je međuzavisnost teorije i prakse uočljiva postoji još mnogo prostora da se uticaj teorije poveća radi iznalaženja boljih i povoljnijih zakonskih rješenja u cilju što potpunije zaštite građana odnosno njihovih subjektivnih građanskih prava od šteta i povreda čiji se pojavni oblici i razorna dejstva uvećavaju i proširuju.

BRANKO MORAIT, LL.D.,
Professor, Law of Faculty University
of Banja Luka

LAW IN LIABILITY

Summary

In the article views of the several most important contemporary law theorists can be found, on two issues of Civil Law liability: guilt and personal rights.

These, in our opinion, are of importance to the actual processes of reformation and modernization of the heritage of the Yugoslav Law of Contractual Relations. Mentioned reformation processes make partial interventions on the existing text by using the methods of alteration and amendments or the method of codification swing.

The task of the legal theory is a never ending one, and the efforts made to make it affect the legislative practice are ever more necessary and demanding.

RADOVAN VUKADINović

IMA LI MESTA ZA DOKUMENTARNI AKREDITIV U NOVOM GRAĐANSKOM ZAKONIKU SRBIJE

RAZLOZI ZA I PROTIV KODIFIKACIJE PRAVILA O DOKUMENTARNOM AKREDITIVU

ZOO spada u red malobrojnih nacionalnih zakona u kome je regulisan posao dokumentarnog akreditiva.¹ Kao razlozi zbog kojih ovaj posao nije regulisan i u drugim zakonima često se navodi način nastanka, svrha korišćenja i pravna priroda. U pogledu nastanka, reč je o poslu autonomnog međunarodnog trgovačkog (poslovnog) prava koji je nastao u anglo-američkoj poslovnoj praksi sredinom 19. veka², odakle je prenet u Evropu. Kasnije se njegova upotreba

Prof. dr Radovan D. Vukadinović, direktor Centra za pravo EU, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.

¹ Sa manjim izmenama dokumentarni akreditiv je zadržan u izmenjenim Zakonima o obligacionim odnosima (ZOO) u svim bivšim jugoslovenskim republikama (osim u Sloveniji), a regulisan je i u građanskim zakonima nekih drugih država, kao što su: Ruska Federacija, Ukrajina, Azerbejdžan, Turkmenistan, Jermenija, Liban, Oman, Arapski Emirati, Jemen, Sirija, Irak, Kuvajt, Honduras, Salvador, Kolumbija, Meksiko, SAD. Međutim, dokumentarni akreditiv nije regulisan u nacrtu Zajednički pravila za upućivanje, niti u Građanskom zakoniku Holandije, koji se često navodi kao uzor savremene kodifikacije građanskog prava.

² Postoje i shvatanja da bi korene akreditiva u formi akreditivnih pisama trebalo tražiti još u antičkom ili srednjem veku (R. J. Trimble, *The Law Merchant and the Letter of Credit*, *Harvard Law Review*, 61/1948, str. 984–985). Međutim, o tome ne postoje pouzdani dokazi. Kad je reč

proširila na sve kontinente. Danas se kao sredstvo plaćanja i obezbeđenja plaćanja koristi u čitavom svetu u gotovo svim poslovima u unutrašnjem i u međunarodnom prometu u kojima jedna strana koja prva ispunjava obavezu želi da se obezbedi da će za izvršenu obavezu dobiti ugovorenu novčanu protivnaknadu (cenu iz ugovora o prodaji, ili povraćaj pozajmljenog novca kod ugovora o zajmu, naplatu izvršenih investicionih radova i slično). Upravo sve veća raznovrsnost poslova čiji broj praktično nije ograničen, zahteva da se pravila kojima je regulisan ovaj posao prilagođavaju promenama u poslovima povodom kojih se otvaraju. S druge strane, promene nastaju i u samim poslovima koji čine posao dokumentarnog akreditiva u širem smislu reči. Tako strane u osnovnom poslu koriste razne tehničke i tehnološke inovacije bilo prilikom ispunjenja preuzetih obaveza, bilo u pogledu ostvarivanja same komunikacije između njih, na primer korišćenjem različitih vidova elektronske komunikacije, elektronskih dokumenata ili elektronskog potpisa. Stoga je bilo potrebno da ove promene prati i odgovarajuća pravna regulativa o dokumentarnom akreditivu i da im se blagovremeno prilagođava. U suprotnom, takva regulativa bi umesto da pospešuje odvijanje odgovarajućih poslova i da stvara pravnu sigurnost, kočila međunarodni promet.

Osim u osnovnom poslu, do promena dolazi i u ostalim odnosima koji čine posao dokumentarnog akreditiva u širem smislu, a pre svega u odnosima između nalogodavca i akreditivne banke. Misli se, prvenstveno, na promene koje su izazvane korišćenjem novih sredstava komunikacije u bankarskom poslovanju. U poslovnom svetu na ove vanpravne promene i inovacije najpre reaguju samo trgovci, ne čekajući akcije i mere državnih zakonodavaca, tako što oprobanim metodom prihvatanja i odbacivanja određenog ponašanja formiraju poslovnu praksu (*dealing*) u okviru koje se kasnije stvaraju odgovarajući poslovni (trgovački) običaji. Zadatak legislativnih organa je da prate ove promene i da svojom intervencijom omoguće njihovo blagovremeno unošenje u unutrašnji pravni poredak na način kako smatraju da je to najcelishodnije. Upravo takva situacija postoji i kod dokumentarnog akreditiva koji je, kao tipična tvore-

o dokumentarnom akreditivu, njegova istorija se može pratiti od početka devetnaestog veka. Vid. R. Vukadinović, *Pravni odnosi u međunarodnom dokumentarnom akreditivu*, Beograd, 1989, str. 12–15; E. P. Ellinger, *Documentary Letters of Credit: A Comparative Study*, Singapore: University of Singapore Press, 1970, str. 27; B. Kozolchik, *Legal Aspects of Letters of Credit and Related Secured Transactions, Lawyer of the Americas*, Vol. 11, br. 1/1975, str. 265; A. Mugasha, *The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees*, Federation Press, 2003, str. 37; D. Ehrlich und G. Haas, *Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel*, de Gruyter, 2009, str. 1; A. G. Davies, *The Law Relating to Commercial Letters of Credit*, London, 1955, str. 2; J. F. Dolan, *The Law of Letters of Credit: Commercial and Standby Credits*, Revised edition, Arlington, VA, 2001, tač. 3.02; De Rooy, *Documentary Credits*, Kluwer, 1984, str. 4.

vina i izraz poslovne prakse, podložan čestim promenama. U dosadašnjoj praksi se pokazalo da su na ove promene blagovremeno reagovali samo tzv. autonomni zakonodavci. Pod autonomnim zakonodavcem se podrazumeva Međunarodna trgovačka komora iz Pariza (u daljem tekstu MTK), koja je nakon donošenja prve verzije Jednoobraznih običaja i prakse (u daljem tekstu JP), 1933. godine, na promene nastale u međunarodnoj trgovini (u najširem smislu) reagovala sa pet revizija JP: 1951, 1962, 1974, 1983, 1993. i 2007. godine.³ Poslednje četiri revizije vršene su u proseku na deset godina, što se smatra učestalim promenama. Iz tih razloga državnim zakonodavcima nije lako da unutrašnje zakonske propise tako često menjaju i prilagođavaju ih nastalim promenama, čime se opravdava njihova nespремnost da posao dokumentarnog akreditiva regulišu krutim zakonskim normama.

Međutim, uprkos tome, zakonodavna praksa u poslednje dve decenije govori drugačije. Prvo, ni u jednoj državi u kojoj je dokumentarni akreditiv bio regulisan ovaj posao nije "izbačen" iz postojećih zakona nakon što su isti modernizovani, iako je to bila prilika da se preispita opravdanost njegovog mesta u zakonskim propisima. Drugo, u više država koje su ili obnovile ranije ili izvršile novu kodifikaciju građanskog prava, dokumentarni akreditiv je po pravilu zauzeo mesto ili u građanskim zakonicima ili u drugim propisima. Tako je ovaj posao po prvi put regulisan u novom građanskom zakoniku Ruske Federacije i građanskim zakonicima nekih od bivših Sovjetskih republika (Jermenija, Gruzija, Tadžikistan, Uzbekistan). Ovom spisku bi trebalo dodati i države u čijim zakonima ili uredbama je i ranije posao dokumentarnog akreditiva bio regulisan, kao što su Grčka, Gvatemala, Kolumbija, Kuvajt, Liban, Meksiko, Sirija, Salvador. U navednim zakonodavstvima posao dokumentarnog akreditiva je regulisan sa oko desetak članova. Jedino je u američkom Jednoobraznom trgovačkom zakonu (u daljem tekstu JTZ) detaljno regulisan u delu 5, koji je dopunjen 1995. godine. Američki JTZ je jedini zakon čije su odredbe o dokumentarnom akreditivu nakon 40 godina od usvajanja pretrpele značajnije izmene i dopune i mogu se smatrati sveobuhvatnom i potpunom regulativom. U revidiranom delu 5, u 17 članova su regulisana sledeća pitanja: Kratak naslov, domašaj, definicije, formalni zahtevi, potpisivanje naknada ili kauza, vreme i nastanak akreditiva, saopštavanje akreditiva i prestanak, obaveza izdavačke banke prema nalogodavcu, raspoloživost akreditiva u delovima, prenos i prezentacija, vreme za honorisa-

³ ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, Revision 2007 (ICC Publ. No 600 ili UCP 600). Prethodna JP su bila objavljena u publikaciji MTK br. 500 i poznata su kao UCP 500, kojima su 2001. godine dodata JP za elektronske akreditive eUCP verzija 1.0, publikacija MTK 500/3.

nje ili odbijanje, odšteta, pravo i obaveza izdavača na honorisanje i na nakandu, pravna sredstva zbog neodgovarajućeg odbijanja honorisanja, prenos akreditiva i ustupanje potraživanja, insolventnost banke koja drži sredstva po akreditivu. Međutim, dokumentarni akreditiv nije našao mesta kao samostalni posao u Nacrtu zajedničkog okvira za upućivanje.

U ostalim državama u čijim zakonskim propisima dokumentarni akreditiv nije našao posebno mesto primenjuju se opšti uslovi poslovanja velikih banaka i JP.

Primeri poslednjih zakona u kojima je posao dokumentarnog akreditiva regulisan upravo govore da razlozi čestih promena nisu dovoljno opravdanje da se izostave iz zakona, jednostavno i zbog toga što je teško naći neki savremeni posao trgovačkog i međunarodnog trgovačkog prava koji nije izložen čestim promenama: Otuda se posao dokumentarnog akreditiva ne nalazi u bitno drugačijem položaju ili okruženju nego i drugi poslovi kao što su faktoring, franšizing ili lizing. Tako se već navedeni razlozi čestih promena ne mogu uzeti kao jedini koji opravdava njegovo zakonsko neregulisanje. Rešenje bi trebalo tražiti na drugoj strani: u načinu regulisanja.

MOGUĆI ZAKONODAVNI PRISTUPI

U regulisanju posla dokumentarnog akreditiva načelno su moguća dva pristupa: sveobuhvatni ili materijalno-pravni i upućujući.

Prvi pristup, koji je je korišćen jedino u američkom JTZ, podrazumeva detaljno regulisanje svih odnosa u poslu dokumentarnog akreditiva. Suštinu ovog pristupa čini primena tzv. metoda usklađivanja, u kome se do rešenja u nacionalnom pravu dolazi upoređivanjem i usklađivanjem postojećih nacionalnih rešenja sa onim koja su prihvaćena u međunarodnom prometu, u ovom slučaju sa rešenjima iz JP.

Drugi pristup je minimalistički i može se sastojati samo u definisanju ovog posla i odredbe kojom se upućuje da će se na sva ostala pitanja primenjivati JP. Ovakav pristup je koristio hrvatski zakonodavac prilikom izmena ZOO iz 2008. godine,⁴ pa je akreditivu posvetio samo dva člana: 1028 i 1029. (ostali članovi 1030. do 1038 iz prethodne novele su brisani). U prvom članu je definisan dokumentarni akreditiv, dok je u drugom članu predviđeno da se, "ako ugovorne

⁴ Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05, 41/08.

strane nisu predvidele šta drugo, na poslovanje sa akreditivima primenjuju jed-noobrazni običaji i praksa MTK iz Pariza koja je na snazi na dan otvaranja akre-ditiva.”

Domaći zakonodavac je, kao i većina drugih, primenio srednje rešenje: re-gulisana su uglavnom opšta pitanja, ali ZOO ne sadrži odredbu o tome kako će biti regulisana ona pitanja koja njime nisu obuhvaćena, niti je na drugi način re-gulisao odnos između JP i Zakona. Ovakav pristup se obrazlaže potrebom i ra-nijim iskustvom da bi zakonskim odredbama trebalo regulisati samo one odno-se koji su relativno stabilni u poslu dokumentarnog akreditiva, a čija se pravila mogu širim tumačenjem primeniti i na nove okolnosti. To su, uglavnom odnosi koji su i u postojećem ZOO već regulisani: odnosi između nalagodavca i akre-ditivne banke i odnosi između akreditivne banke i korisnika.

Smatramo da bi se, u dilemi između zakonskog regulisanja ili neregulisa-nja, trebalo opredeliti za prvo rešenje iz nekoliko razloga praktične i teorijske prirode. Kao osnovni praktični razlog jeste primena ZOO u unutrašnjim od-nosima i korišćenje dokumentarnog akreditiva kao sredstva plaćanja i obezbe-đenja plaćanja i u poslovima između domaćih pravnih lica učesnika u unutraš-njem pravnom prometu. Njegovo, makar i minimalno prisustvo u ZOO, poslu dokumentarnog akreditiva obezbeđuje (ili zadržava) status imenovanog prav-nog posla na koga se zainteresovani učesnici u unutrašnjem pravnom prometu mogu pozvati kad im to odgovara i u meri u kojoj im zakonska rešenja (kao dis-positivna pravila) odgovaraju. Čak i kada bi izostalo njegovo regulisanje u ZOO, on bi se koristio u unutrašnjem prometu kao već oprobano i dokazano sredstvo, ali u skladu sa opštim uslovima banaka. Na taj način bi se njegova pravna priro-da svela (umesto zakonskog instituta) na institut poslovne prakse (autonomnog poslovnog prava).

S obzirom na različite interese koji postoje između banaka koje posluju na domaćem tržištu, između ostalog i u pogledu isključivanja ili ograničavanja od-govornosti, mogla bi se očekivati da se njihovi opšti uslovi poslovanja međuso-bom razlikuju, bez obzira što bi ove banke u međunarodnom prometu prime-njivale JP, čime bi se ugrozilo uniformno shvatanje i pravna sigurnost učesnika ovog posla u unutrašnjem i u međunarodnom prometu. U zakonodavnom smi-slu, to bi značilo vraćanje na situaciju koja je postojala dvadesetih godine proš-log veka, u vreme kad je ondašnji posao dokumentarnog akreditiva bio reguli-san opštim uslovima poslovanja velikih banaka, pre svega, danskih, engleskih i nemačkih. S obzirom da je takvo rešenje napušteno, smatramo da bi u cilju ujednačavanja prakse u poslovanju sa dokumentarnim akreditivom posao do-kumentarnog akreditiva trebalo zadržati i u Građanskom zakoniku.

Što se tiče načina regulisanja ili metodološkog pristupa njegovom regulisanju, prednost bi trebalo dati metodu upućivanja. Ovo iz sledećih razloga. Ako se uporede postojeća rešenja o dokumentarnom akreditivu koja su sadržana u 11 članova, može se zaključiti da su većina od njih ili identična onima koja postoje u JP, ili se tumačenjem mogu dovesti u sklad sa rešenjima iz JP. Samo u malom broju članova, zakonodavac je predvideo originalna rešenja, različita od JP. S obzirom da su JP prihvaćena od banaka iz čitavog sveta, bez obzira što im nije priznat status običaja, nije realno očekivati da se domaća rešenja, a posebno ne ona koja su različita od JP mogu primeniti u međunarodnim dokumentarnim akreditivima. Naprotiv, opravdani naponi za usklađivanjem domaćih propisa sa onim koji prevladavaju u međunarodnom prometu govore u prilog da se domaća rešenja moraju uskladiti sa međunarodnim, tj. sa JP. Bez tih promena i usklađivanja, njihovom primenom u unutrašnjem prometu bi se bez potrebe formirala drugačija praksa u odnosu na međunarodnu, što bi pojačalo pravnu nesigurnost kod domaćih učesnika jer bi morali da vode računa da li posluju sa domaćim ili stranim akreditivima. Stoga se kao racionalno čini rešenje da, u situaciji kada su domaće banke prihvatile primenu JP u međunarodnom prometu i na taj način dale prednost JP u odnosu na dispozitivna rešenja iz ZOO, nije racionalno u domaćem zakonu ponavljati odredbe sa istom sadržinom kao što su ona u JP, niti unositi drugačija rešenja koja domaće banke ne mogu koristiti u međunarodnom prometu zbog već preuzete obaveze da koriste JP. Ovo praktično znači da bi u novom Građanskom zakoniku trebalo regulisati samo pojam dokumentarnog akreditiva i uneti klauzulu kojom se upućuje na primenu JP za rešavanje svih drugih pitanja (regulisanje ostalih odnosa). U ovom slučaju, odgovarajuću glavu bi trebalo nasloviti kao "dokumentarni akreditiv" u kojoj bi se našla samo četiri člana.

Predlog rešenja pristupom upućivanja

Prvi član

Pojam akreditiva

U poslu dokumentarnog akreditiva jedno lice – akreditivna banka se po nalogu drugog lica – nalagodavca obavezuje da trećem licu – korisniku akreditiva, sama ili preko druge banke honorise podnete dokumente koji u svemu odgovaraju uslovima akreditiva.

Drugi član

Ugovor o otvaranju akreditiva

Prihvatanjem zahteva nalagodavca za otvaranje akreditiva, akreditivna banka se obavezuje nalagodavcu da će licu označenom u nalogu – korisniku akreditiva, otvoriti akreditiv u svemu prema uslovima iz naloga za otvaranje akreditiva.

Treći član

Kad nastaje obaveza prema korisniku

Prema korisniku akreditiva akreditivna banka je obavezna od momenta kad mu je saopšten otvoreni akreditiv.

Četvrti član

Primena JP

Ako strane u akreditivnom poslu nisu predvidele drugačije, na poslovanje sa akreditivima se primenjuju jednoobrazni običaji i praksa MTK iz Pariza koji su na snazi u vreme otvaranja akreditiva.

Mogući prigovori ovakvom pristupu: Ovakvom zakonodavnom pristupu se može prigovoriti da krnji domaći legislativni suverenitet i autoritet domaćeg zakonodavca, jer upućuje na primenu stranog prava. Međutim, ovde nije reč o upućivanju na klasično strano (javno) pravo, čije bi unošenje u unutrašnji pravni poredak podrazumevalo i odgovarajuću proceduru i otvorilo pitanje odnosa unutrašnjeg i stranog prava. JP nisu tvorevina stranog zakonodavca, niti su doneta u formi tzv. tvrdog prava čija primena otvara pomenuta pitanja, već predstavljaju široko prihvaćenu poslovnu praksu. S obzirom da i ZOO prihvata autonomiju volje kao jedno od osnovnih načela i primenu običaja, upućujućom klauzulom se upravo potvrđuje značaj načela autonomije volje i domaćim subjektima nudi da svojom voljom ili regulišu posao akrediva kako sami žele, ili da odaberu JP, kao kodifikovanu međunarodnu praksu.

Do istog rezultata može dovesti i primena metoda usklađivanja, kojim bi se postojeće odredbe zakona preispitale u sadržinskom smislu i uskladile sa rešenjima koja postoje u JP 2003. i kao takve (izmenjene) zadržale u zakonu. Primena ovakvog pristupa nalazi opravdanje u potrebi da se domaćim učesnicima

u unutrašnjem pravnom prometu obezbedi da primenom ZOO/Građanskog zakonika primenjuju istu praksu koja već postoji u međunarodnom prometu.

U daljem radu će biti predložena rešenja do kojih bi se došlo primenom ovog pristupa.

Predlog rešenja pristupom usklađivanja

Kao što je već rečeno, primena ovog pristupa podrazumeva da se pre usvajanja, rešenja u domaćem zakonu uporede sa rešenjima koja su prihvaćena u međunarodnoj praksi; počev od terminologije do sadržine.

Naziv posla. Termin akreditiv potiče od latinskog izraza *accreditivum* i u današnjoj upotrebi ima dva značenja: jedno u poslovnom svetu, drugo u diplomatskom rečniku. U poslovnom svetu pod ovim se podrazumeva pisani dokument kojim se neko lice ovlašćuje da na određenom mestu može naplatiti iznos koji je označen u ispravi. U diplomatiji, akreditiv predstavlja pismeno punomoćje diplomatskog predstavnika jedne zemlje kod vlade druge zemlje. Zakonodavac je očigledno imao u vidu prvo značenje. Međutim, i kad je u pitanju upotreba ovog izraza u pravnom značenju postoje određene terminološke dileme koje se odnose na obim pojma "akreditiv" i na jezičko označavanje onog što se prevodi kao "dokumentarni akreditiv".

U postojećem ZOO glava XXXVII je naslovljena kao "Akreditivi". U uporednom pravu se koriste sledeći izrazi: *Letter of Credit, Documentary Credit, Dokumentenakkreditiv, credit, documentaire, credito documentario.*

Obim pojma "akreditiv". Imenica akreditiv ima opšte značenje poverenja koje bi trebalo precizirati ili konkretizovati odgovarajućim pridevom: dokumentarni, robni, trgovački, stend-baj i slično. Otuda u poslovnoj komunikaciji, a posebno u pravnim poslovima nije dovoljno određeno reći da je otvoren akreditiv ili da je izdat akreditiv. Ovo i zbog toga što se u (ranijoj) domaćoj poslovnoj praksi i delu pravne teorije pod akreditivom u pravnom smislu podrazumevao čisti ili neuslovljeni akreditiv čija realizacija nije bila uslovljena ispunjavanjem posebnih zahteva.⁵ Ova vrsta akreditiva, međutim, nije od značaja za pravni promet. Druga vrsta akreditiva, kod kojih se od korisnika očekuje da ispunji određene uslove koji su određeni u samom akreditivu, se u generalnom smislu označava kao uslovni ili uslovljeni akreditiv. U komercijalnom poslova-

⁵ Vid. Z. Antonijević, *Privredno pravo, bankarski poslovi i hartije od vrednosti*, Beograd, 1960, str. 65. i dalje.

nju najznačajniju vrstu uslovljenih akreditiva čine dokumentarni, kod kojih je podnošenje određenih dokumenata postavljeno kao uslov za realizaciju. U odnosu na druge vrste, dokumentarni akreditivi su tolikoj meri dominantni da vlada uverenje da druge vrste ne postoje pa se iz tih razloga pojam dokumentarnog akreditiva izjednačio sa opštim pojmom akreditiva. O tome svedoči praksa u drugim državama u kojima se dokumentarni akreditiv označava samo kao akreditiv: eng. *credit* (ili *letter of credit*), franc. *Accreditif*. U kontinentalnim pravima se podjednako koriste izrazi “dokumentarni akreditiv” i “akreditiv”. U Jednoobraznim običajima i praksi se koristi izraz “*credit*”.

Domaći zakonodavac se prilikom regulisanja ovog posla opredelio da sledi logiku od opšteg ka pojedinačnom, pa je glavu posvećenu ovom poslu naslovio sa “akreditivi”, dok je samo jedan član naslovio sa “dokumentarni akreditiv”. Iz takvog nomotehničkog pristupa bi se moglo zaključiti da se odredbe članova od 1072. do 1082. odnose na “akreditive”, dok je dokumentarni akreditiv regulisan samo u članu 1075. ZOO. Sadržina navedenih odredbi, međutim, govori o drugačijoj podeli. U članovima 1072. do 1074. su data rešenja koja se mogu primeniti na sve vrste uslovljenih akreditiva, dok su odredbama članova 1075. do 1082. regulisana pojedina pitanja iz dokumentarnog akreditiva. Stoga se čini da je navednim naslovima stvorena nepotrebna zabuna jer se stvara utisak da se uvodni članovi odnose na neke druge, a ne na dokumentarne akreditive, te su zbog toga naslovljeni opštim pojmom “akreditivi”, a ne užim i opredeljenim pojmom “dokumentarni akreditiv”. U međunarodnoj praksi se osim različitih vrsta dokumentarnih akreditiva, koriste jedino još standby akreditivi. Međutim, standby akreditivi, osim po nazivu, imaju mnogo više zajedničkih karakteristika sa bankarskim garancijama nego sa dokumentarnim akreditivima.⁶ Otuda i pogrešan utisak da je odredbama 1072. do 1074. regulisan neki drugi poseban tip akreditiva, različit od dokumentarnog, što ne odgovara stvarnom stanju. Ovo zbog toga što se i odredbe članova 1072. do 1074. mogu primeniti i na dokumentarni akreditiv. U pravnoj teoriji je ova nomotehnička nedoslednost protumačena kao odnos opštih i posebnih odredbi. Odredbama članova 1072. do 1074. dat je opšti karakter pa bi one trebalo da važe za sve vrste akreditiva. Problem je, međutim, u tome što se u daljem tekstu osim dokumentarnog ne pominju druga vrsta akreditiva. Stoga se čini da bi, u cilju otklanjanja ovih dilema, samu glavu trebalo nasloviti kao dokumentarni akreditiv i tako naslov upodobiti njegovoj sadržini.

⁶ Vid. R. Vukadinović, *Standby akreditivi*, *Privreda i pravo*, br. 9–10/1987, str. 445–458.

KOMENTAR POSTOJEĆIH REŠENJA SA PREDLOGOM NOVIH

Obaveza akreditivne banke i forma akreditiva

Član 1072.

(1) Prihvatanjem zahteva nalagodavca za otvaranje akreditiva, akreditivna banka se obavezuje da će korisniku akreditiva isplatiti određenu novčanu svotu ako do određenog vremena budu ispunjeni uslovi navedeni u nalogu za otvaranje akreditiva.

(2) Akreditiv mora biti sačinjen u pismenoj formi.

Predlog: postojeći član bi trebalo izmeniti i dopuniti na sledeći način:

Pojam i forma dokumentarnog akreditiva

Član 1072.

U poslu dokumentarnog akreditiva jedno lice – akreditivna banka se po nalogu drugog lica – nalagodavca neposredno i neopozivo obavezuje da trećem licu – korisniku akreditiva, sama ili preko druge banke honoriše podnete dokumente koji u svemu odgovaraju uslovima akreditiva.

Akreditiv mora biti u pisanoj formi.

Sadržina izmena: Izmene su izvršene u naslovu, prvom i drugom stavu, a obaveza akreditivne banke je opredeljena prema sadržini otvorenog akreditiva.

Kratko obrazloženje: Uobičajeno je da se prvi član posveti pojmu ili definisanju odnosnog instituta. Izgleda da je i raniji zakonodavac to imao u vidu u tački 1. navedenog člana, bez obzira što takvu nameru nije jasno označio u naslovu člana.

Komentar. Naslov je dopunjen tako što je precizirano da je reč o dokumentarnom akreditivu (umesto o akreditivu), iz razloga koji su ranije navedeni.

U tački 1. je data izmenjena definicija posla dokumentarnog akreditiva. Pod “poslom” dokumentarnog akreditiva se razume ukupnost odnosa koji se uspostavljaju između strana koje učestvuju u akreditivu: nalagodavca, akreditivne banke, korespondentnih banaka i korisnika akreditiva. Od posla dokumentarnog akreditiva ili “akreditiva u širem smislu reči”, razlikuje se akreditiv u užem smislu reči, kao odnos između akreditivne banke i korisnika akreditiva. S obzirom da odnosi između nalagodavca i akreditivne banke, kao i između kores-

ponentnih banaka ne spadaju u uži pojam dokumentarnog akreditiva, zakonodavac se može opredeliti da definiše ili posao dokumentarnog akreditiva ili akreditiv u užem smislu reči. Uporedna praksa pokazuje da se koriste oba pristupa. Autor se zalaže za širi pristup, ali se kao alternativno rešenje može ponuditi i definicija samo odnosa između akreditivne banke i korisnika akreditiva.

Alternativa: Otvorenim dokumentarnim akreditivom akreditivna banka se konačno i neopozivo obavezuje korisniku da sama ili preko druge banke honoriše podnete dokumente koji u svemu odgovaraju uslovima otvorenog akreditiva.

Objašnjenje: U alternativnom predlogu su izostavljeni odnosi između drugih lica (strana) koja učestvuju akreditivnom poslu jer, kao što je već rečeno, ne spadaju u pojam akreditiva, već samo objašnjavaju kako je i zbog čega nastao akreditiv u užem smislu.

Predlog: Prednost bi trebalo dati prvom predlogu iz dva razloga. Prvo, jer omogućava da se sagledaju svi odnosi koji se uspostavljaju između strana u akreditivnom poslu. Tek na osnovu sagledavanja svih odnosa može se zaključiti da je u pitanju posao nastao iz građanskopravnog instituta asignacije ili upućivanja. Reč je o posebnoj i potrebama prakse i prometa prilagođenoj uslovljenoj ili tituliranoj asignaciji (poseban uslov se ogleda u predaji dokumenata). Prihvatanjem ovakve definicije bi se doprinelo ne samo pravnoj teoriji u određivanju pravne prirode ovog posla, već bi se pomoglo i sudovima koji bi jednostavnije i lakše mogli da opravdaju pozivanje na pravila asignacije kod rešavanja onih pitanja koja nisu neposredno regulisana Zakonom ili merodavnim pravilima. Drugo, s obzirom na opšteprihvaćeno načelo autonomije akreditiva u članu 1074. ZOO, već u definiciji je potrebno ukazati na odnose koji prethode nastanku akreditiva u užem smislu i prema kojima je akreditivni odnos pravno nezavisan.

Posledica: Usvajanje ovakve definicije zahteva da se bar u jednom članu definiše odnos između nalagodavca i akreditivne banke.

Uporedno pravo i praksa. U nacionalnim pravima se kod definisanja ovoga posla koriste oba načina. Originalno rešenje koje je, na prvi pogled, bliže alternativnom rešenju sadrže JP koja u članu 2. između ostalih navode i definiciju akreditiva (*credit*), prema kojoj akreditiv znači "svaki sporazum, bez obzira na naziv ili opis, koji je neopoziv i kojim se konstituiše definitivna obaveza akreditivne banke da honoriše usklađenu prezentaciju." Ovom, samo na prvi pogled, kratkom definicijom suština akreditiva je svedena na odnos između akreditivne banke i korisnika akreditiva koji je definisan kroz "čvrstu i definitivnu obavezu akreditivne banke da honoriše usklađenu prezentaciju." Međutim, nedostatak ovakvog definisanja je u tome što se upućuje na pojmove koji su definisani

u drugim članovima, kao što su “honorisanje” i “akreditivna banka” koji su definisani kao posebni pojmovi. Tek nakon što se pojmu akreditiva pridruže definicije “honorisanja,” “akreditivne banke” i “usklađena prezentacija”, dobija se potpuni pojam akrediva kao “svaki sporazum, bez obzira na naziv ili opis, koji je neopoziv i kojim se konstituiše definitivna obaveza akreditivne banke koja izdaje akreditiv na zahtev nalagodavca ili za svoj sopstveni račun da: plati po viđenju, ako je akreditiv raspoloživ sa plaćanjem po viđenju; preuzme obavezu za odloženo plaćanje i platiti na dan dospeća, ako je akreditiv raspoloživ sa odloženim plaćanjem; akceptira menicu (tratu) vučenu od strane korisnika i plati na dan dospeća, ako je akreditiv raspoloživ uz akcept; prezentaciju koja je u skladu sa odredbama i uslovima akreditiva, primenljivim odredbama ovih Pravila i međunarodnom standardnom praksom.

Ovom dosta širokom i rogovatnom definicijom, nastalom pod očiglednim uticajem angloameričke zakonodavne tehnike koja je, bez obzira na sve izraženi uticaj, još uvek strana kontinentalnoj zakonodavnoj praksi, izražava se suština assignacije kao dvostrukog upućivanja.

Tačka druga je samo preformulisana, pa se umesto “sačinjen u pismenoj formi” predlaže “u pisanoj formi”.

Objašnjenje: Pod akreditivom se u smislu ovog člana razume samo saopštenje koje akreditivna banka šalje korisniku akreditiva koja mora biti sačinjeno (sadržano) u pisanoj formi.

Tumačenje: Pod pisanom formom su obuhvaćeni i načini komunikacije koji se ostvaruju korišćenjem elektronskih sredstava prenosa. Saopštenje se može dati pismom, ali i preko sredstva komunikacije čija se sadržina može sačuvati u nekom od čitljivih oblika, kao što su meilovi, SFIWT poruke i slično. S obzirom da je pojam “pisano” detaljno odeden u JP i u Međunarodnoj standardnoj bankarskoj praksi (ISPB),⁷ tumačenje novih oblika komunikacije bi trebalo vršiti u skladu sa JP.

Alternativa: Akreditiv može biti sačinjen u bilo kojoj formi kojom se može sačuvati potpuni tekst akreditiva i koja obezbeđuje dokaz verodostojnosti njegovog izdavaoca.

Obrazloženje: Alternativno rešenje ima za cilj da učesnicima u akreditivnom poslu stavi do znanja da akreditiv može biti sačinjen i u elektronskom obliku i saopšten elektronskim putem, ali nam se čini da za to nema razloga.

⁷ International Standard Banking Practice for Examination of Documents under Documentary Credit, 2007 Revision for UCP 600, ICC Publ. No 681 E.

Ugovor o otvaranju akreditiva (novi član umesto člana 1072(1))

Član 1073.

Prihvatanjem zahteva nalagodavca za otvaranje akreditiva, akreditivna banka se obavezuje nalagodavcu da će licu koje je označeno u nalogu – korisniku akreditiva, otvoriti akreditiv u svemu prema uslovima iz naloga za otvaranje akreditiva.

Komentar: Ovim članom bi trebalo zameniti postojeći član 1072. tač. 1, ZOO u kome je pogrešno definisana obaveza koju akreditivna banka preuzima prihvatanjem naloga.

Prema odredbama člana 1072(1) "Prihvatanjem zahteva nalagodavca za otvaranje akreditiva, akreditivna banka se obavezuje da će korisniku akreditiva isplatiti određenu novčanu svotu, ako do određenog vremena budu ispunjeni uslovi navedeni u nalogu za otvaranje akreditiva."

Prihvatanjem zahteva za otvaranje akreditiva banka uspostavlja odnos sa nalagodavcem, a ne sa korisnikom akreditiva. Otuda u tom momentu može preuzeti različite obaveze samo prema onom licu koje joj je poslalo nalog, tj. prema nalagodavcu, ali ne prema trećem licu sa kojim još nije stupila u kontakt (relativno dejstvo ugovora). Doduše, deo obaveza koje banka na ovaj način preuzima se mogu ticati i korisnika, ili se izvršavati neposredno korisniku. Međutim, ni u tom slučaju banka se nije obavezala korisniku, već nalagodavcu. Ako bi se ostavila postojeća formulacija da "korisniku akreditiva isplati određenu novčanu svotu..." time bi se prihvatilo shvatanje dokumentarnog akreditiva kao ugovora u korist trećeg lica, koje ni u pravnoj teoriji ni u praksi nije naišlo na šire odobravanje.⁸ Kod ugovora u korist trećeg lica pravni osnov beneficijarovog prava prema promitentu, bez obzira na izvornost i samoniklost, izvire iz ugovora između promitenta i promisara, dok pravo korisnika akreditiva izvire neposredno iz bančinog saopštenja o otvorenom akreditivu. Otuda pravo beneficijara zavisi od ugovora između promisara i promitenta i deli njegovu sudbinu. To onda pretpostavlja pravo promitenta da beneficijaru pored ličnih prigovora ističe i prigovore koje ima prema promisaru.

Svrha preformulisanoг člana: Novi član ima dve svrhe: prvo da predoči da akreditivu u užem smislu prethodi odnos između nalagodavca i akreditivne banke i, drugo, da reguliše način zaključivanja ovog ugovora i navede osnovnu obavezu akreditivne banke.

⁸ Vid. R. Vukadinović, *Pravni odnosi iz međunarodnog dokumentarnog akreditiva*, n., delo, str. str. 26–27; J. Stoufflet, *Le Credit Documentaire*, Paris, 1957, str. 375/6; B. Prica, *Dokumentarni akreditiv*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/1954, str. 163.

U pogledu nastanka ovog odnosa pošlo se od shvatanja da je u pitanju ugovor u kome se zahtev za otvaranje akreditiva tretira kao svaka ponuda. Stoga bi postojeću odredbu iz tačke 2. iz člana 1073. koja glasi:

“Nalogodavac je vezan izdatim nalogom od trenutka kad je nalog prispeo banci” trebalo izostaviti (brisati). Ovo zbog toga što je u njoj stipulisano ono što važi kao opšte pravilo za sve ponude. I nakon što se izostavi, ne može se ništa drugo pretpostaviti nego da će nalogodavac kao ponuđač biti vezan nalogom od momenta kada je nalog (ponuda) prispeo banci.

Eventualne nejasnoće mogu nastati ako bi se nalogodavčev zahtev za otvaranje akreditiva tretirao kao nalog u smislu člana 42(4) ZOO. U tom slučaju, banka bi bila dužna da se odmah izjasni o nalogu, inače će se smatrati da ga je prihvatila. Ovakvo shvatanje, koje je prisutno u delu pravne teorije, nije naišlo na potvrdu u sudskoj praksi, ali bi se moglo predložiti kao alternativa.

Alternativa: “Na dobijeni zahtev za otvaranje akreditiva banka je dužna da se izjasni u razumnom roku na izričit način, inače će se smatrati da je prihvatila zahtev.”

Kad nastaje obaveza akreditivne banke prema korisniku

Član 1074.

(1) Banka je obavezna prema korisniku od dana kada mu je otvaranje akreditiva saopšteno.

(2) Nalogodavac je vezan izdatim nalogom od trenutka kad je prispeo banci.

Predlog: Prvi stav izmeniti tako da glasi:

1. *Akreditivna banka je obavezna prema korisniku akreditiva od momenta kad mu je ostvareni akreditiv saopšten.*

Sadržina promena: U naslovu je precizirano da je reč o obavezi akreditivne banke prema korisniku, preciziran je momenat od koga je banka u obavezi prema korisniku i izvršena je prenumeracija. Drugi stav je brisan.

Obrazloženje: Promena naslova ima za cilj da precizira da je reč o obavezi akreditivne banke, a ne i drugih banaka koje mogu učestvovati u njegovom prenošenju. Ovo preciziranje je naročito neophodno ako se prihvati formulacija člana 1072, u kome je stipulisano da se akreditivna banka obavezuje prema korisniku “prihvatanjem zahteva nalogodavca...”

Momenat od koga se smatra da je akreditivna banka preuzela obavezu prema korisniku je preciziran na "momenat kad mu je *otvoreni* akreditiv *saopšten*." Ranija formulacija, koja je prihvaćena i u ostalim nacionalnim pravima, se čini nepreciznom posebno u slučaju ako bi akreditivna banka telefonom obavestila korisnaka da je otvorila akreditiv u njegovu korist i da je "pisano", tj. standardni formular na kome su nalazi svi elementi poštom poslala korisniku. Da bi se izbeglo tumačenje po kome bi se kao formulacija da je "otvaranje akreditiva saopšteno" smatralo i navedeno telefonsko obavještenje, potrebno je precizirati da se kao pravno relevantni momenat smatra momenat kad je sam akreditiv u pisanom obliku i drugom obliku koji je obuhvaćen pojmom "pismo" dospelo u ruke korisnika, tj. u njegove poslovne prostorije. U suprotnom, ako pisano u kome su sadržani uslovi akreditiva (tzv. akreditivni operativni dokument) ne stigne korisniku, iako ga je o tome banka telefonom obavestila, ne može se smatrati da je akreditiv otvoren, jer korisnik ne poseduje odgovarajuće "pismo" pa ne može imati ni prava iz akreditiva. Svoja prava korisnik izvlači iz samog saopštenja – akreditiva, a ne kao beneficijar iz ugovora u korist trećeg lica. U JP akreditivna banka je u neopozivoj obavezi da honorise od momenta kada je "izdala akreditiv". U engleskoj verziji je pažljivo odabran izraz izdavanje (*issuing*) a ne otvaranje (*opening*), što se može tumačiti namerom sastavljača (iako to nije izričito rečeno) da pojmom izdavanja obuhvate ne samo da je akreditiv otvoren (od strane akreditivne banke), nego i da je saopšten korisniku. U JP za bankarske garancije na poziv, garancija se smatra izdatom (*issued*) "kada napusti kontrolu banke", što praktično znači da se osim otvaranja mora učini još neka radnja sa dvostrukim ciljem. Prvo, da takvom radnjom "pisano" u kome se nalazi sadržina garancije napusti kontrolu banke (izdavaoca), na primer slanjem na poštu, slanjem meila ili slanjem SWIFT-om. Drugo, potrebno je da takva radnja bude usmerena na to da druga strana korisnik dobije ili sazna za sadržinu garancije. Ista pravila tumačenja bi se mogla primeniti i na akreditiv.

Značaj člana: Određivanje nastanka obaveze izdavačke banke prema korisniku od momenta kada mu je saopšten otvoreni akreditiv ima višestruki praktični i teorijski značaj, ali će na ovom mestu biti izneti samo neki od njih.

U praktičnom smislu, momenat nastanka akreditivne obaveze je, pre svega, od značaja za korisnika jer se prema njemu određuje rok važenja akreditiva u kome je potrebno podneti akreditivne dokumente na honorisanje. Za banku je ovaj momenat od značaja za regulisanje njenih odnosa ne samo prema korisniku, već i prema nalogodavcu. U odnosu na korisnika, banka od momenta saopštavanja otvorenog akreditiva preuzima akreditivnu obavezu i mora biti spremna da u bilo koje vreme u roku važenja akreditiva tu obavezu ispuni u skladu sa uslovima saopštenog akreditiva. U odnosu prema nalogodavcu, prema mo-

mentu otvaranja akreditiva nalagodavac ceni da li je banka blagovremeno ispunila svoje obaveze iz ugovora o otvaranju akreditiva. Zadocnjenje sa otvaranjem akreditiva znači povredu ugovora o otvaranju akreditiva i povlači odgovornost za naknadu štete, a u određenim situacijama to može dovesti u pitanje i samu svrhu postojanja zadocnelog akreditiva.

U teorijskom smislu, ovakav način nastanka akreditivne obaveze upućuje na zaključak da priroda odnosa koji se uspostavlja između banke i korisnika nije ugovornog karaktera, jer se ne zahteva saglasnost tj. prihvatanje učinjene ponude (saopštenog akreditiva) od druge strane (korisnika). U teoriji su mišljenja u pogledu pravne prirode ovog odnosa podeljena na ugovorna shvatanja i shvatanja o jednostranom pravnom poslu.⁹

Nezavisnost akreditiva od drugog pravnog posla

Član 1074.

Akreditiv je nezavisan od ugovora o prodaji ili drugog pravnog posla povodom koga je akreditiv otvoren.

Dodati: Prava i obaveze akreditivne banke prema korisniku akreditiva su nezavisne od ugovora o izdavanju akreditiva između banke i nalagodavca.

Promene: Dodat je drugi stav.

Obrazloženje: Odredbama postojećeg člana ustanovljeno je načelo ili princip nezavisnosti akreditiva, kao jedno od osnovnih i opšteprihvaćenih načela na kojima se temelji akreditivni posao. U teoriji je ovo načelo poznato i kao načelo autonomije akreditiva.¹⁰

Pod načelom nezavisnosti akreditiva Zakon u tački 1, izričito određuje nezavisnost akreditiva od ugovora o prodaji ili drugog pravnog posla povodom koga je akreditiv otvoren.

Međutim, u Jednoobraznim pravilima je prihvaćeno šire shvatanje pojma nezavisnosti. Prema odredbama člana 4. Jednoobraznih pravila, akreditivi su po svojoj prirodi *odvojene* transakcije od prodajnih i drugih ugovora na kojima mogu biti zasnovani. U Pravilima se, umesto pojma nezavisnosti koristi širi pojam odvojenosti akreditiva, koji podrazumeva i nezavisnost iz Zakona. Druga, značajnija, razlika se ogleda u tome što je Jednoobraznim pravilima, zabranom korisniku da za sebe koristi ugovorne odnose koji postoje između banaka ili iz-

⁹ Detaljnije R. Vukadinović, *n. delo*, str. 23–34.

¹⁰ *Isto*, str. 53–68.

među nalogodavca i izdavačke banke, domašaj odvojenosti akreditiva proširen na sve pravne odnose koji čine posao dokumentarnog akreditiva u širem smislu. Odvojenost akreditiva od svih pravnih odnosa koji ga čine je prihvaćeno i u inostranoj teoriji, kao i u praksi međunarodnog akreditiva. Ilustrativan primer definicije autonomije pruža američki Jednoobrazni zakon koji u članu 5–103(d) određuje da su “Prava i obaveze izdavača prema korisniku ili nominovanom licu iz akreditiva nezavisna od postojanja, izvršenja ili neizvršenja ugovora ili sporazuma iz kojih je kasnije nastao akreditiv, ili koji leži u osnovi akreditiva, uključujući ugovore ili sporazume između izdavaoca i nalogodavca i između nalogodavca i korisnika.”

Dokumentarni akreditiv

Član 1075.

Dokumentarni akreditiv postoji kad je banka obavezna da isplati korisniku akreditiva određenu novčanu svotu pod uslovom da joj budu podneti dokumenti prema uslovima utvrđenim u akreditivu.

Predlog: brisati član ako se prihvati izmena člana 1072. u kome je već dat pojam dokumentarnog akreditiva.

Dužnost akreditivne banke

Član 1076.

Banka koja otvara dokumentarni akreditiv dužna je da izvrši klauzule plaćanja pod uslovima predviđenim u akreditivu.

Predlog: brisati član jer ponavlja obavezu koja je već kao takva definisana uvodnim članom 1072.

Vrste dokumentarnih akreditiva

Član 1077.

Dokumentarni akreditiv može biti opoziv ili neopoziv.

Ukoliko nije izričito drukčije ugovoreno akreditiv je uvek opoziv, čak i kada je otvoren za određeni period vremena.

Predlog: Promeniti naslov u neopozivi dokumenatarni akreditiv. Prvi stav brisati. U drugom stavu, umesto pretpostavke opozivosti uvesti neopozivost.

Objasnjeno: na ovaj način se vrši usklađivanje rešenja iz Zakona sa rešenjima iz JP.

Neopozivi dokumentarni akreditiv

Izmenjeni član 1077.

Ukoliko nije izričito drukčije ugovoreno akreditiv je neopoziv.

Opozivi akreditiv

Član 1078.

Opozivi dokumentarni akreditiv ne vezuje banku prema korisniku te ga u svakom trenutku može izmeniti ili opozvati na zahtev nalagodavca ili po sopstvenoj inicijativi, ako je to u interesu nalagodavca.

Predlog: Brisati član.

Neopozivi akreditiv

Član 1079.

(1) Neopozivi dokumentarni akreditiv sadrži samostalnu i neposrednu obavezu banke prema korisniku.

(2) Ova obaveza može biti ukinuta ili izmenjena samo sporazumom svih zainteresovanih strana.

(3) Neopozivi dokumentarni akreditiv može biti potvrđen od neke druge banke, koja, time, pored akreditivne banke, preuzima samostalnu i neposrednu obavezu prema korisniku.

(4) Notifikacija akreditiva korisnika od strane neke druge banke nije sama po sebi potvrđivanje ovog akreditiva.

Predlog: Prvi i drugi stav brisati. *Prvi stav* brisati jer se u njemu ponavlja ono što je definisano u pojmu akreditiva i u načelu autonomije. *Drugi stav* nije u skladu sa odredbama člana 10(a) JP, u kojima se za opoziv i izmene neopozivog akreditiva ne traži saglasnost nalagodavca, niti se on o tome mora obavestiti. Ovakvo, na prvi pogled nelogično rešenje, se zasniva na načelu nezavisnosti ili odvojenosti pravnog odnosa između akreditivne banke i korisnika i proizilazi iz pravne prirode ovog odnosa, kao apstraktnog obećanja. Akreditiv u užem smislu čini pravni odnos između akreditivne banke i korisnika akreditiva pa je logično da na njegovu sadržinu (izmenu ili opoziv) mogu uticati samo ova, a ne

i treća lica (u koja spada i nalagodavac). To što se na ovakav način (izmenama akreditiva) mogu ugroziti interesi nalagodavca po čijem zahtevu i instrukcija je otvoren akreditiv ne može uticati na postojanje i sadržinu samog akreditiva u užem smislu, jer korisnik svoja prava crpi iz samog saopštenja – otvorenog akreditiva. Štetne posledice koje time mogu nastati za nalagodavca, nalagodavac može otkloniti tako što će odbiti da primi honorisane dokumente kao saobrazne.

Treći i četvrti stav staviti u novi član koji nasloviti kao “Potvrđeni akreditiv”

NOVI ČLAN

Potvrđeni i nepotvrđeni akreditiv

(1) *Neopozivi dokumentarni akreditiv može biti potvrđen od neke druge banke, koja, time, pored akreditivne banke, preuzima samostalnu i neposrednu obavezu prema korisniku.*

(2) *Aviziranje akreditiva od strane neke druge banke ne predstavlja sama po sebi potvrđivanje ovog akreditiva.*

Dužnost banke u pogledu dokumenata

Član 1080.

(1) Banka je dužna da ispita podnete dokumente i da samo na osnovu njihovog izgleda utvrdi da li su dokumenti u svemu saobrazni zahtevima nalagodavca.

(2) Kada dobije dokumente, banka mora u najkraćem roku o tome obavestiti nalagodavca i ukazati mu na utvrđene nepravilnosti i nedostatke.

Predlog: Preformulisati prvi i drugi stav i dodati novi stav.

Predlog izmena:

(1) *Banka je dužna da ispita podnete dokumente i da samo na osnovu njihovog izgleda utvrdi da li su u svemu u skladu sa uslovima iz akreditiva.*

(2) *Kad banka utvrdi da su podneti dokumenti u svemu u skladu sa uslovima akreditiva dužna je da ih honorise.*

(3) *Kad banka utvrdi da podneti dokumenti nisu u svemu u skladu sa uslovima akreditiva može po svojoj proceni kontaktirati nalagodavca za odbijanje odstupanja.*

Kratko obrazloženje: Prvi stav je izmenjen tako da se saobraznost podnetih dokumenata ceni prema uslovima iz akreditiva, a ne prema “zahtevima nalogodavca” iz razloga koji su već navedeni.

Drugi stav je dodat da bi se na nedvosmisleni način definisalo kako banka ispunjava obavezu honorisanja saobraznih dokumenata, koja je u prvom članu samo konstatovana. Pojam honorisanja je određen JP.

Treći stav je suštinski izmenjen, tako što je banci dato pravo (umesto ranije obaveze) da, po svojoj proceni kontaktira nalogodavca da li da odbije honorisanje nesaobraznih dokumenata. Iz ranije formulacije prema kojoj je banka bila obavezna da “u najkraćem roku o tome obavesti nalogodavca i da mu ukaže na utvrđene nepravilnosti i nedostatke” utisak je bio, posebno ako se ova odredba tumači zajedno sa zahtevom da podneti dokumenti budu saobrazni “zahtevima nalogodavca”, da odluku o odbijanju honorisanja banka ne može doneti samostalno, već tek nakon obaveštenja (i saglasnosti) nalogodavca. Ovakva formulacija je suprotna prihvaćenom načelu samostalnosti, kao i odredbama člana 16(b) JP.

Dodati novi član

Načelo poslovanja dokumentima, a ne robom

Banke posluju dokumentima, a ne robom, uslugama ili činidbom na koje se mogu odnositi dokumenti.

Granice odgovornosti banke

Član 1081.

(1) Banka ne preuzima bilo kakvu odgovornost ako su podneti dokumenti na izgled saobrazni sa uputstvima nalogodavca uslovima akreditiva.

(2) Ona ne preuzima nikakvu obavezu u pogledu robe ili usluge povodom koje je otvoren akreditiv koja je predmet otvorenog akreditiva.

Predlog: radi usaglašavanja sa ranijim izmenama izmeniti oba stava, tako da glase:

(1) *Banka ne preuzima bilo kakvu odgovornost ako su podneti dokumenti na izgled saobrazni uslovima akreditiva.*

(2) *Ona ne preuzima nikakvu obavezu u pogledu robe ili usluge povodom koje je otvoren akreditiv.*

Prenosivost i deljivost akreditiva

Član 1082.

Dokumentarni akreditiv je prenosiv ili deljiv samo ako je banka koja otvara akreditiv u korist korisnika koga je označio nalagodavac ovlašćena u uputstvima prvog korisnika da plati u celini ili delimično jednom ili većem broju trećih lica.

Akreditiv može preneti, na bazi izričitih uputstava, samo banka koja ga otvara i to samo jedanput, ukoliko nije suprotno ugovoreno.

Predlog: izmeniti oba stava, tako da glase:

Prenosivi akreditiv je onaj kod koga je prvi korisnik ovlašćen da zahteva od banke koja je ovlašćena na honorisanje da jednom ili više drugih korisnika stavi akreditiv na raspolaganje u celosti ili delimično.

Akreditiv je prenosiv samo ako je to izričito naznačeno u njemu.

RADOVAN VUKADINOVIĆ, LL.D.,
Professor, Director of the Center for EU Law

IS THERE THE PLACE FOR LETTER OF CREDIT
IN NEW SERBIAN CIVIL CODE

Summary

The issue of systematic and the content a of civil codifications represents expression of time in which it performs, or of legal culture (or family which belongs to give the legal system) that contain the historical tradition and vision of the future development of the internal legal and political system. Hence the solutions was adopted not only express a relationship to historical and national heritage, but also the practice of comparative and international intellectual achievements. This is especially evident through the (un)willingness of the domestic national legislature that in addition to the traditional, to regulate and new institutes, and those in the international practice as the creation of an autonomous international commercial/business law and which are subject to frequent changes, such as letter of credit. For these reasons, the letter of credit was regulated by the small number of national laws, which raises the question whether it has place in the future regulation of the Civil Code of the Republic of Serbia.

Author suggests that letter of credit should find a place in the new Civil Code and in the first part explain the pros and cons of such solutions. In the second part of the paper were presented to two legislative approaches its regulation: access to references to international practice and access to comply with international practice and the specific amendments that should performed the solutions being adopted in the ZOO.

MARIJA KARANIKIĆ MIRIĆ

ODGOVORNOST VLASNIKA MOTORNOG VOZILA KAO PREDUSLOV OBAVEZE OSIGURAVAČA

U V O D

Jula meseca 2009. godine Narodna skupština Srbije donela je Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju (ZOOS).¹ Ovim zakonom propisana je, izme-

Dr Marija Karanikić Mirić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ *Sl. glasnik RS*, br. 51/2009 od 14. jula 2009. godine. ZOOS uređuje, između ostalog, obavezno osiguranje vlasnika motornih vozila od odgovornosti za štetu pričinjenu trećim licima. Sam zakon stupio je na snagu 12. oktobra 2009. godine, s tim što je stupanje na snagu velikog broja njegovih odredaba odloženo do isteka određenih rokova, odnosno do ostvarenja određenih uslova – primera radi, do pristupanja Republike Srbije Evropskoj uniji. Nepunih mesec dana pre nego što je ZOOS stupio na snagu, objavljena je konsolidovana verzija pet direktiva Evropske unije u oblasti obaveznog osiguranja od autoodgovornosti (72/166/EEC, 84/5/EEC, 90/232/EEC, 2000/26/EC i 2005/14/EC). Zatečenih pet direktiva prestalo je da važi stupanjem na snagu konsolidovane verzije. Vid. Directive 2009/103/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, and the enforcement of the obligation to insure against such liability, OJ L 263/11. Ocena uskladenosti ZOOS sa evropskim standardima u oblasti obaveznog osiguranja od autoodgovornosti nije predmet ovoga rada. Kritički osvrt na pojedine odredbe novog zakona vid. u: Jovan Slavnić, “Pogled na neka nova zakonska rešenja neprimerena obaveznom osiguranju od autoodgovornosti”, *Pravni život*, 11/2010, 611–626. Vid. takođe: Siniša Ognjanović, “Neka pitanja prava oštećenih i osiguranih lica po osnovu osiguranja od građansko-pravne odgovornosti u vezi sa upotrebom motornog vozila” i Predrag Šulejić, “Pozitivna i negativna rešenja u novom Zakonu o obaveznom osiguranju u saobraćaju,” izlaganja na Okruglom stolu “Nova rešenja i prva iskustva u primeni novog Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju,” *Revija za pravo osiguranja*, 3/2010. Vid. i: Predrag Šulejić,

đu ostalog, obaveza društava za osiguranje da novčanu naknadu šteta na licima utvrđuju primenom propisanih kriterijuma za naknadu. Štete na licima obuhvataju sve oblike imovinske i moralne štete do kojih, shodno pravilima obligacionog prava, može da dođe usled smrti, povrede tela ili narušavanja zdravlja.

Umesto da način i merilo za utvrđivanje ovih šteta prepusti odredbama Zakona o obligacionim odnosima (ZOO)² i pripadajućoj bogatoj praksi domaćih sudova, čl. 26, st. 2 ZOOS predviđa obavezu Vlade Republike Srbije da podzakonskim aktom uredi "način i kriterijume za utvrđivanje materijalne štete i način i kriterijume za utvrđivanje nematerijalne štete, zavisno od težine telesne povrede ili narušenog zdravlja, odnosno od stepena delimične onesposobljenosti za rad, kao i krug lica koja imaju pravo na naknadu i maksimalni iznos naknade za pretrpljene bolove usled smrti ili teškog invaliditeta nekog lica".

Vlada je ispunila ovu svoju obavezu 2010. godine, usvojivši Uredbu o naknadi šteta na licima.³ Tom uredbom Vlada ne samo da uređuje kriterijume za procenu pomenutih oblika moralne i imovinske štete i opredeljuje krug lica koja imaju pravo na naknadu kada se šteta sastoji u duševnom bolu usled smrti ili teškog invaliditeta bliskog lica, nego uzima na sebe da definiše moralnu i imovinsku štetu i njihove pojedine oblike, kao i da propiše maksimalne iznose naknade za sve oblike moralnih šteta na licima, a ne samo za pretrpljeni duševni bol usled smrti ili teškog invaliditeta bliskog lica.

Predmet ovoga rada biće domašaj Uredbe o naknadi šteta na licima i njen eventualni uticaj na dosadašnju praksu domaćih sudova prilikom odlučivanja o pravu oštećenika na naknadu štete u slučaju smrti, telesne povrede ili oštećenja zdravlja pričinjenih upotrebom motornog vozila, sa posebnim osvrtom na naknadu tako izazvane moralne štete.

U širem smislu, otvoriće se pitanje valjanosti legislativne tehnike koja dopušta da vlada podzakonskim aktima uređuje centralna pitanja građanskog prava, kakva tradicionalno ulaze u domen zakonodavne vlasti a potom i sudijskog tumačenja.

¹ "Osvrt na neke odredbe novog Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju," *Tokovi osiguranja*, 1/2010, 3–9.

² *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja.

³ *Sl. glasnik RS*, br. 34/2010.

GRAĐANSKOPRAVNA ODGOVORNOST KAO PRETPOSTAVKA
I GRANICA OBAVEZE OSIGURAVAČA

Osiguranje vlasnika motornog vozila za štetu pričinjenu trećim licima predstavlja jedan od oblika osiguranja od odgovornosti, a to je osiguranje imovine kojim se pokrivaju posledice deliktne građanskopravne odgovornosti osiguranika.⁴ Građanskopravna odgovornost osiguranika je u isto vreme uslov za postojanje osiguravačeve obaveze i granica te obaveze u pogledu njenog obima. Međutim, ta granica neće biti dostignuta ako je osigurana suma manja od visine štete za koju je osiguranik odgovoran prema pravilima građanskog prava.⁵

Činjenica prouzrokovanja štete predstavlja izvor kako osiguranikove (štetnikove, odnosno odgovornog lica), tako osiguravačeve obaveze prema osiguraniku da naknade prouzrokovanu štetu.⁶ Sadržina obaveze osiguranika da naknadi štetu do koje je došlo odgovara sadržini obaveze osiguravača, a oštećenik raspolaže direktnom tužbom i može se obratiti osiguravaču na osnovu same činjenice prouzrokovanja štete za koju osiguranik odgovara.⁷ Osnov, uslovi i obim građanskopravne odgovornosti za štetu izazvanu upotrebom motornog vozila uređeni su Zakonom o obligacionim odnosima. Ta pravila su ista, bilo da se građanskopravna odgovornost imaoca motornog vozila za štetu pričinjenu trećim licima posmatra kao zaseban institut, bilo da u njoj prepoznamo tek pretpostavku i gornju granicu obaveze osiguravača.

Opisana simetrija nije savršena. Postoji čitav niz ograničenja, pre svega u pogledu širine i obima pokrića, zbog kojih osiguranje od odgovornosti u nekim slučajevima ne pokriva sve posledice građanskopravne odgovornosti osigurani-

⁴ O odnosu građanskopravne odgovornosti i osiguranja, vid. Mihailo Konstantinović, "Osiguranje i odgovornost u jugoslovenskom pravu," *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3/1958, 559-572, André Besson, "Osiguranje i građanska odgovornost," *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3/1958, 257-268, ponovo štampano u časopisu *Pravni život*, 9-10/1992, 2268-2276. Vid. takođe: Mihailo Konstantinović, "Odnos između prava na naknadu štete i prava na osiguranu sumu," *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3-4/82, 496-505. O ulozi, pojmu i istorijskom razvoju osiguranja od odgovornosti, vid. Predrag Šulejić, *Osiguranje od građanske odgovornosti*, doktorska disertacija branjena 12. decembra 1964. godine na Pravnom fakultetu u Beogradu, Univerzitet u Beogradu, Beograd 1967, 7-50.

⁵ Predrag Šulejić, *Pravo osiguranja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Dosije, Beograd 1997, 397-399, 412.

⁶ P. Šulejić, *Osiguranje od građanske odgovornosti*, 124-127.

⁷ Predrag Šulejić, "Odnos osiguranja i građanskopravne odgovornosti," *Pravni život*, 11-12/1992, 2262.

ka.⁸ Obaveza osiguravača može da bude ograničena u odnosu na odgovornost osiguranika, i to u pogledu šteta koje pokriva i u pogledu visine naknade koju osiguravač isplaćuje oštećeniku.

U tom smislu i ZOOS sadrži pojedina pravila koja isključuju obavezu osiguravača da naknadi štetu u nekim slučajevima u kojima bi osiguranik mogao da bude odgovoran u građanskopravnom smislu. (1) Primera radi, zakonodavac isključuje štetu na stvarima koje su primljene na prevoz iz kruga šteta za koje se može zahtevati naknada od osiguravača, osim ako te stvari služe za ličnu upotrebu lica koja su se nalazila u vozilu.⁹ S druge strane, odgovornost imaoća motornog vozila za ovu vrstu štete nije isključena. (2) Pored toga, zakonodavac izričito propisuje da osiguravač nije dužan da naknadi štetu licu koje je svojevolsno ušlo u motorno vozilo čijom mu je upotrebom pričinjena šteta, ako je znalo da je to vozilo protivpravno oduzeto.¹⁰ S druge strane, imalac motornog vozila biće odgovoran za štetu prouzrokovanu protivpravno oduzetim motornim vozilom (solidarno sa licem koje mu je oduzelo vozilo), ako je skrivio činjenicu protivpravnog oduzimanja opasne stvari, odnosno ako sa svoje strane nije učinio sve što je, prema visokom standardu pažnje, trebalo da učini kako bi sprečio protivpravno oduzimanje.¹¹

U tom slučaju, moguće je da imalac motornog vozila odgovara za štetu koja nije pokrivena obaveznim osiguranjem. Svojevolsan ulazak oštećenika u vozilo sa neovlašćenim vozačem mogao bi se kvalifikovati kao pogrešno postupanje, ali to još uvek ne znači da postoji doprinos oštećenika na planu utvrđivanja uzročnopsledične veze. U svakom slučaju, na sudovima je da odgovore na pitanje da li je takav oštećenik prouzrokovao štetu koja ga je pogodila, odnosno da li je u određenoj meri doprineo njenom nastanku.¹²

⁸ P. Šulejić, "Odnos osiguranja i građanskopravne odgovornosti," 2261–2267.

⁹ Čl. 18, st.1 i 2, ZOOS.

¹⁰ Čl. 21, st.1, tačka 3, ZOOS.

¹¹ Čl. 175, ZOO.

¹² Primera radi, Vrhovni sud Srbije umanjio je naknadu za psihički bol usled smrti bliskog lica koje je svojevolsno ušlo u vozilo kojim je štetnik upravljao u alkoholisanom stanju. Dakle, sud nije isključio pravo oštećenika na naknadu štete u tom slučaju. Upor. "Prilikom određivanja visine naknade nematerijalne štete za duševne bolove zbog smrti bliskog lica, sud će uzeti u obzir okolnost da je štetnik upravljao vozilom pod dejstvom alkohola i da je poginulo lice, i pored saznanja za tu činjenicu, nastavilo vožnju kao saputnik sa štetnikom". Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3090/2008(2) od 20. maja 2009. godine, izvor *ParagrafLex*.

NARUŠAVANJE ODNOSA ODGOVORNOSTI I OSIGURANJA
OD ODGOVORNOSTI

Iz svega što je rečeno proizlazi sledeće: (1) osiguranje od odgovornosti kreće se u granicama građanskopravne odgovornosti osiguranika, ali (2) obaveza osiguravača, u delu koji se odnosi na naknadu štete iz odgovornosti osiguranika,¹³ može biti uža od obaveze koja pada na samog osiguranika. Drugim rečima, u nekim slučajevima obaveza osiguravača neće pokriti sve štetne posledice za koje je osiguranik odgovoran.

Međutim, usvajanjem Uredbe o naknadi šteta na licima otišlo se dalje od toga. Odredbom čl. 26, st. 2 ZOOS zakonodavac je prepustio vladi da uredi način i kriterijume za utvrđivanje šteta na licima, kao i krug lica koja imaju pravo na naknadu za psihički bol usled smrti ili teškog invaliditeta i najviše iznose tih naknada.

Dakle, vladi je ostavljeno da podzakonskim aktom utvrdi posebna pravila o odmeravanju naknade imovinske i moralne štete usled smrti, povrede tela ili oštećenja zdravlja, te da propiše ko ima pravo na naknadu za duševni bol usled smrti ili teškog invaliditeta drugog lica i koji su maksimalni iznosi naknada u takvim slučajevima.

Reč je o posebnim pravilima koja će primenjivati osiguravajuća društva prilikom odlučivanja o osnovanosti zahteva za naknadu štete. Na taj način narušena je načelna ujednačenost pravila obligacionog prava o postojanju i obimu odgovornosti za štetu od motornog vozila, bez obzira na to da li se odgovornost utvrđuje (1) u postupku za naknadu štete protiv odgovornog lica, a to će biti imalac motornog vozila i/ili lice koje mu je oduzelo vozilo na protivpravan način, ili (2) u postupku protiv osiguravača, gde odgovornost osiguranika figure kao preduslov osiguravačeve obaveze.

Uredba je opšti pravni akt kojim vlada, u skladu sa svrhom i ciljem određenog zakona, podrobnije razrađuje odnos uređen tim zakonom.¹⁴ U tom smislu, kao osnov za donošenje Uredbe o naknadi šteta na licima mogao bi se navesti čl. 26 ZOOS. Međutim, odnos koji vlada podrobnije razrađuje ovom uredbom uređen je, na prvom mestu i na najopštijem nivou, Zakonom o obligacionim odnosima, a potom i pripadajućom višedecenijskom praksom domaćih sudova. Tu

¹³ Obaveza osiguravača još obuhvata odbranu osiguranika od odštetnih zahteva koji su prema njemu istaknuti i pokrivanje troškova u vezi sa utvrđivanjem odgovornosti. P. Šulejić, "Odnos osiguranja i građanskopravne odgovornosti," 2260.

¹⁴ Vid. čl. 2, st. 2 i čl. 42 Zakona o vladi, *Sl. glasnik RS*, br. 55/2005, 71/2005 – ispr., 101/2007, 65/2008 i 16/2011.

se, pre svega, misli na sledeća klasična pitanja odštetnog prava, koja su sada obuhvaćena i uredbom:

(1) definisanje materijalne štete u slučaju smrti, telesne povrede ili oštećenja zdravlja, nabravanje i definisanje troškova čijim pokrivanjem se smatra da je ta šteta naknađena (troškovi lečenja i rehabilitacije, izgubljena zarada za vreme privremene sprečenosti za rad, izgubljena zarada u slučaju trajne, delimične ili potpune nesposobnosti za rad, naknada za izgubljeno izdržavanje, troškovi sahrane, troškovi tuđe nege i pomoći) i utvrđivanje načina na koji se naknada tih troškova isplaćuje (jednokratno, u obliku novčane rente);

(2) nabravanje nematerijalnih šteta koje mogu da budu posledica saobraćajne nezgode i definisanje svake navedene kategorije (fizički bol, duševni bol zbog umanjenja opšte životne aktivnosti, pretrpljeni strah, duševni bol zbog naruženosti, duševni bol zbog smrti bliskog lica, duševni bol zbog naročito teškog invaliditeta bliskog lica), propisivanje kriterijuma za procenu i maksimalnih iznosa naknade za svaki od navedenih oblika nematerijalne štete;

(3) maksimalni iznosi naknade za pojedine oblike moralne štete propisani su u evrima, pa je uredbom predviđeno da se visina tih naknada obračunava u dinarskoj protivvrednosti po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan isplate.

Najveći broj pravila sadržanih u uredbi predstavlja pokušaj kodifikacije rešenja do kojih su u dugom nizu godina dolazili domaći sudovi. Taj pokušaj nije adekvatan iz više razloga.¹⁵ Na prvom mestu, može se postaviti pitanje legitimiteta kodifikatora, odnosno nadležnosti vlade za jedan takav poduhvat, pa tako i prikladnosti opšteg akta vlade kao instrumenta kodifikacije. Potom, otvara se pitanje odnosa donete uredbe i sudske prakse koja nastavlja da se razvija prime-

¹⁵ Na primer, odredbe čl. 12, st. 1 i 2, Uredbe o naknadi šteta na licima glase: "Umanjenje opšte životne aktivnosti obuhvata sva trajna ograničenja u životnim aktivnostima oštećenog lica, koje je ostvario ili bi ih po redovnom toku stvari u budućnosti izvesno ostvarivao. Pod trajnim ograničenjem iz stava 1 ovog člana podrazumeva se i obavljanje životne aktivnosti uz povećane napore ili pod posebnim uslovima." Navedene odredbe preuzete su iz Stava br. 15/86, usvojenog u Ljubljani 15. oktobra 1986. godine, na Savetovanju građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda: "Umanjenje životne aktivnosti, kao posebni osnov za naknadu štete zbog duševnih bolova, obuhvata sva ograničenja u životnim aktivnostima oštećenog koje je ostvarivao ili bi ih po redovnom toku stvari u budućnosti izvesno ostvarivao. Pod ograničenjem se podrazumeva i vršenje aktivnosti uz povećane napore ili pod posebnim uslovima." Takođe, definicija straha i kriterijumi za utvrđivanje naknade za pretrpljeni strah iz čl. 13, st. 1-4, Uredbe o naknadi šteta na licima inspirisani su Stavom br. 5/86, usvojenim na istom savetovanju najviših sudova. (Sve ovde navedene odluke i načelna shvatanja domaćih sudova preuzeti su iz elektronske baze propisa *Propisi-net*, osim ako je izričito naveden drugi izvor.)

nom Zakona o obligacionim odnosima. Uredbom o naknadi šteta na licima vlada, na osnovu Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju, razrađuje pravne odnose koji su uređeni Zakonom o obligacionim odnosima. Reč je o pojmu štete, načinu na koji se utvrđuje njen iznos, određivanju kruga titulara prava na naknadu štete u slučaju smrti ili teškog invaliditeta bliskog lica. Štaviše, tom uredbom propisuju se najveći dopušteni iznosi naknade različitih oblika moralne štete. Zakon o obligacionim odnosima ne predviđa ni takva ograničenja, ni mogućnost da se ona uvedu podzakonskim aktom.

Pored neprimerenog pokušaja da se kodifikuje postojeća praksa domaćih sudova, Uredba o naknadi šteta na licima sadrži i neka pravila koja su prosto preuzeta iz Zakona o obligacionim odnosima. To je sa stanovišta nomotehničke neopravdano, suviše, te doprinosi opštoj prenormiranosti u zakonodavnoj sferi. Takav je slučaj, primera radi, sa pravilom iz čl. 10, st. 1 pomenute uredbe, po kojem se nematerijalna šteta nadoknađuje nezavisno od naknade materijalne štete.¹⁶ Isto važi za odredbe čl. 15, st. 2, odnosno čl. 16, st. 2 uredbe, kojima se propisuje krug lica koja imaju pravo na naknadu za duševni bol zbog smrti, odnosno teškog invaliditeta bliskog lica. Tim odredbama samo se ponavljaju pravila iz čl. 201 Zakona o obligacionim odnosima.¹⁷

UREDBA KAO INSTRUMENT OGRANIČENJA OBAVEZE OSIGURAVAČA U POGLEDU VISINE POKRIĆA

Ako se pođe od pretpostavki (1) da imovina osiguranika predstavlja predmet osiguranja od odgovornosti, (2) da se tim osiguranjem pokriva eventualni osiguranikov dug prema oštećeniku iz činjenice prouzrokovanja štete, te (3) da građanskopravna odgovornost osiguranika odnosno lica čija je odgovornost pokrivena osiguranjem predstavlja uslov, to jest pretpostavku i istovremeno gornju granicu obaveze osiguravača, onda to što vlada uredbom propisuje posebne uslove za postojanje osiguranikove odgovornosti, a za potrebe utvrđivanja obaveze osiguravača, remeti unutrašnju logiku ustanove osiguranja od odgo-

¹⁶ Upor. Čl. 200, st. 1, ZOO.

¹⁷ Međutim, za svaku dalju razradu preuzetih odredaba Zakona o obligacionim odnosima, organi koji budu primenjivali Uredbu o naknadi šteta na licima trebalo bi da se vrate na praksu domaćih sudova. Primera radi, vid. "Zajednica života kao uslov prava na naknadu štete za duševne bolove zbog smrti brata, odnosno sestre postoji i ako je, zbog mentalne retardiranosti, morao biti smešten u ustanovu za zbrinjavanje." Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 465/97 od 6. marta 1997. godine.

vornosti. Na taj način presečena je fundamentalna veza između građanskopravne odgovornosti osiguranika i obaveze osiguravača, to jest kompromitovana je uslovljenost osiguravačeve obaveze osiguranikovom odgovornošću. Pri tome, takvo zakonsko rešenje i na njemu zasnovan podzakonski akt ne mogu se označiti kao opravdano i pravno-tehnički korektno izvedeno ograničenje obaveze osiguravača u pogledu obima pokrivača.

Kao predmet osiguranja od autoodgovornosti javlja se imovina osiguranika kao celina, u apstraktnom smislu, a ne jedna ili više osiguranikovih stvari. Iz toga proizlazi da se kod osiguranja vlasnika motornih vozila od odgovornosti za štetu pričinjenu trećim licima, vrednost osiguranog predmeta ne može unapred utvrditi. Osiguranje od odgovornosti treba da pokrije teret na imovini osiguranika, koji bi se sastojao u njegovoj obavezi da naknadi štetu trećem licu. Visina te obaveze ne može se znati unapred. Drugim rečima, osiguranikova imovina ne ograničava visinu obaveze kojom može biti opterećena, odnosno ne limitira visinu obaveze koja može da padne na osiguranika.¹⁸ Kao gornja granica odgovornosti osiguravača služi osigurana suma, ali ta suma ne govori ništa o visini eventualno prouzrokovane štete.¹⁹

Propisivanjem maksimalnih iznosa naknade različitih oblika moralne štete postavlja se gornja granica obaveze osiguravača. Nasuprot tome, rizik kome je izložen osiguranik ostaje neograničen, budući da Zakon o obligacionim odnosima ne poznaje gornju granicu do koje iz činjenice prouzrokovanja štete motornim vozilom može da nastane dug u imovini štetnika, odnosno odgovornog lica. Tu treba razmotriti i eventualno pogrešno imenovanje, to jest mogućnost da maksimalni iznosi naknada moralne štete koji su propisani Uredbom o naknadi šteta na licima imaju funkciju najviših dozvoljenih osiguranih suma, a ne najviših dopuštenih iznosa naknade štete. Međutim, zakonodavac je posebnom normom iz čl. 22, st. 3 ZOOS ovlastio Vladu Republike Srbije da propiše najniže, a ne najviše dozvoljene osigurane sume.

U slučaju da oštećenik podnese direktnu tužbu protiv osiguravača, nepohodno je da sud utvrdi odgovornost štetnika, odnosno odgovornog lica kao pretpostavku obaveze osiguravača. Oštećenik protiv osiguravača tu ističe sopstveno pravo, a ne pravo osiguranika. On se obraća osiguravaču kao sopstve-

¹⁸ P. Šulejić, *Pravo osiguranja*, 378–379.

¹⁹ Zakonodavac propisuje da se *najniže* sume osiguranja definišu kriterijumima za novčanu naknadu šteta na licima, koje utvrđuje Vlada Republike Srbije. Vid. čl. 22, st. 3 ZOOS. Međutim, u Uredbi o naknadi šteta na licima ne pominju se sume osiguranja, pa ni njihovi najniži dozvoljeni iznosi, već se propisuju *maksimalni iznosi naknade različitih oblika moralne štete* na koju oštećenik može imati pravo, a kao osnov za to uzima se čl. 26, st. 2 ZOOS.

nom dužniku, a ne kao dužniku svoga dužnika.²⁰ Ipak, odgovornost osiguranika prema oštećeniku preduslov je za postojanje obaveze osiguravača. Pri utvrđivanju ispunjenosti tog preduslova, sud nije ograničen Uredbom o naknadi šteta na licima, već pravilima odštetnog prava, koja su sadržana, pre svega, u Zakonu o obligacionim odnosima i pripadajućoj višedecenijskoj sudskoj praksi.

Domaći sudovi smatraju da utvrđivanje iznosa naknade moralne štete predstavlja primenu materijalnog prava.²¹ Merila pravične novčane naknade za moralnu štetu do kojih je došla praksa domaćih sudova predstavljaju imovinskoppravne standarde, a suđenje u suprotnosti sa tim standardima predstavlja pogrešnu primenu materijalnog prava.²²

U načelu, sadržina obaveze osiguravača odgovara sadržini obaveze osiguranika da naknadi štetu koju je pretpreo oštećenik. Kada se obaveza osiguravača ograničava u pogledu obima pokrića, onda se to čini (1) ograničavanjem vrsta štete koju pokriva osiguranje ili (2) ograničavanjem visine naknade koja se isplaćuje oštećenom licu.²³ Propisivanjem najviših iznosa naknade različitih oblika moralne štete obaveza osiguravača ograničena je u pogledu obima pokri-

²⁰ P. Šulejić, *Osiguranje od građanske odgovornosti*, 121.

²¹ Stav br. 5/79 Zajedničke sednice građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 23. maja 1979. godine.

²² Prema jednom ranijem shvatanju, utvrđivanje visine novčanog iznosa naknade štete smatrano je činjeničnim zaključkom, a ne primenom materijalnog prava. Tako: Načelno mišljenje Proširene opšte sednice Vrhovnog suda Jugoslavije br. 5/67 od 9. novembra 1967. godine, *Zbirka sudskih odluka*, knjiga XII, sveska 3, 1967. Nakon donošenja tada novog Zakona o parničnom postupku (*Službeni list SFRJ*, br. 4/77) postavilo se pitanje može li viši sud, ispitujući nižestepenu odluku u pogledu pravilne primene materijalnog prava, samostalno da utvrdi visinu novčane naknade neimovinske štete. S tim u vezi, vid. "Visinu novčane naknade za neimovinsku štetu sud utvrđuje, u smislu čl. 200, st. 2 ZOO, ocjenom značaja povređenog dobra i cilja naknade, pazeći pri tome da se naknadom ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom, polazeći, kod utvrđivanja kriterija koji utiču na visinu ove naknade, i od načela pravičnosti, primjerenosti i solidarnosti. Sudovi su se istim načelima i kriterijima (primjenjenim nakon utvrđivanja i ocjene činjenica od značaja za visinu naknade, kao na primer: trajanja i intenziteta bola i straha, trajnih posljedica povrede, spoljnih manifestacija nagrđenosti i tome slično) rukovodili prilikom utvrđivanja visine novčane naknade za neimovinsku štetu i prije stupanja na snagu Zakona o obligacionim odnosima. Ova načela i kriteriji, kao sastavni dio pravne norme, imaju karakter pravnih standarda i značaj dopunskog izvora prava. Oni predstavljaju neophodno sredstvo da se pravo od strane suda pravilno primjeni. Prema tome, konačna ocjena suda o visini novčane naknade za neimovinsku štetu zasnovana je na primjeni materijalnog prava. Mjerila na osnovu kojih se utvrđuje ova naknada postala su sastavni dio imovinskog prava." Stav br. 5/79, usvojen 23. maja 1979. godine u Ohridu, na dvanaestoj zajedničkoj sednici Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda.

²³ P. Šulejić, "Odnos osiguranja i građanskoppravne odgovornosti," 2265–66.

ća, dok je predmet osiguranja ostao neodređen. Nešto slično postignuto je para-kodifikacijom pravila o pojmu i načinu utvrđivanja različitih oblika štete, u meri u kojoj je Uredba o naknadi šteta na licima nepovoljnija za oštećenika od opštih pravila srpskog odštetnog prava. Evo nekoliko situacija u kojima se uredba pokazuje manje povoljnom za oštećenika od opštih pravila odštetnog prava:

(1) Primera radi, čl. 13, st. 4, Uredbe o naknadi šteta na licima propisuje da se, prilikom utvrđivanja visine naknade štete za pretrpljeni strah, posebno uzima u obzir postojanje trajnih posledica na psihičku ravnotežu oštećenog u vidu psihijatrijskog oboljenja nastalog kao posledica pretrpljenog straha, što se konstatuje na osnovu medicinske dokumentacije. To treba uporediti sa shvatanjem Vrhovnog suda Srbije:²⁴ “Da bi se dosudila nematerijalna šteta zbog pretrpljenog straha dovoljno je trpljenje straha, bez obzira na to da li je, ili ne, strah ostavio trajnije posledice u psihičkoj sferi i ličnosti oštećenog. Trajanje straha i njegov intenzitet imaće uticaja na visinu dosuđene naknade.”

(2) Shvatanje domaćih sudova o značaju medicinske dokumentacije prilikom odlučivanja o pravu oštećenika na naknadu moralne štete takođe se razlikuje od pravila propisanih uredbom:²⁵ “To što ne postoji medicinska dokumentacija o posledicama po oštećenog iz perioda kada se odigrao štetni događaj, nije dovoljno za ocenu da nematerijalna šteta nije nastupila. Samo ako medicinska dokumentacija ne postoji, a oštećeni ne predlaže izvođenje drugih dokaza, sudsko-medicinsko veštačenje ili veštačenje druge odgovarajuće struke, ta okolnost predstavljala bi dovoljan osnov za odlučivanje.”

(3) U čl. 13, st. 2, Uredbe o naknadi šteta na licima, predviđeno je da se pri utvrđivanju visine naknade za pretrpljeni strah, uzima u obzir procenat umanjenja opšte životne aktivnosti. U poslednjem stavu istog člana propisuju se najviši iznosi naknade za pretrpljeni strah, a mogućnost da se ta naknada dosudi

²⁴ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 6937/98 od 4. februara 2000. godine. Prema čl. 224 Zakona o parničnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 125/2004 i 111/2009, ako se utvrdi da stranci pripada pravo na naknadu štete, na novčani iznos ili na zamenljive stvari, ali se visina iznosa, odnosno količina stvari ne može utvrditi ili bi se mogla utvrditi samo sa nesrazmernim teškoćama, sud će visinu novčanog iznosa, odnosno količinu zamenljivih stvari odrediti po slobodnoj oceni. U tom smislu: “Novčana naknada za pojedine vidove nematerijalne štete ima za cilj da se oštećenom pruži odgovarajuća satisfakcija prema značaju povređenog dobra i težini povrede i o njoj sud odlučuje po slobodnom uverenju u smislu čl. 223 Zakona o parničnom postupku.” Presuda Vrhovnog suda Srbije Gzz. 45/79. (N.B. Sud se poziva na čl. 223 ZPP iz 1976. godine, koji se sadržinski poklapa sa čl. 224 važećeg ZPP.) Više o mogućnosti utvrđivanja visine spornog iznosa naknade štete bez dokazivanja, po slobodnoj oceni suda, vid. Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku. Prema tekstu Zakona iz 1976. sa docnijim izmenama i dopunama*, predgovor napisao Miodrag Orlić, Službeni glasnik, Beograd 2009, 586–589.

²⁵ Rešenje Okružnog suda u Nišu, Gž. 1914/08 od 27. maja 2008. godine.

postoji samo ako je strah nastupio kao posledica telesnih povreda.²⁶ Naknada za pretrpljeni strah treba da bude veća, ako je strah bio posledica telesne povrede koja je dovela do većeg stepena umanjenja opšte životne aktivnosti. Na sličan način su u čl. 11 uredbe maksimalni iznosi naknada za fizički bol vezani za postojanje i težinu telesne povrede i posledični stepen umanjenja opšte životne aktivnosti.²⁷ Dosadašnja sudska praksa ne poznaje ovakva ograničenja. Domaćim sudovima strano je međusobno uslovljavanje različitih oblika moralne štete. Sudovi posmatraju pojedinačne vidove moralne štete kao zasebne vrste šteta, koje mogu da nastanu i budu predmet naknade nezavisno jedna od druge.²⁸

(4) Uredba ograničava pravo oštećenika na naknadu za duševni bol usled opšteg umanjenja životne aktivnosti na slučajeve kada je to umanjenje trajno. Nasuprot tome, domaći sudovi prihvataju da je ovaj vid štete, po pravilu, trajnog

²⁶ Upor. "Tužiocima imaju pravo na naknadu nematerijalne štete zbog pretrpljenog straha u skladu sa čl. 200 ZOO, iako nisu pretrpeli telesne povrede u saobraćajnoj nezgodi." Presuda Osnovnog suda u Čačku – Sudska jedinica Gornji Milanovac P. 2739/10 od 14. jula 2010. godine i Presuda Višeg suda u Čačku GŽ. 1125/10 od 3. novembra 2010. godine. Vid. takođe: "Oštećenik ima pravo na naknadu štete za pretrpljeni strah i pored toga što mu je utvrđena naknada štete po osnovu umanjenja životne aktivnosti kao posledica pretrpljenog straha." Presuda Okružnog suda u Valjevu, GŽ. br. 383/06 od 16. marta 2006. godine.

²⁷ Upor. "Kada jačina fizičkih bolova i njihovo trajanje opravdava dosuđivanje naknade za ovaj vid nematerijalne štete, nisu od značaja okolnosti što se radi o lakim telesnim povredama i što povrede nisu ostavile trajne posledice." Presuda Okružnog suda u Valjevu, GŽ. br. 600/06 od 13. aprila 2006. godine.

²⁸ "Naknada za nematerijalnu štetu u načelu se dosuđuje za svaki vid nematerijalne štete posebno, a u izuzetno teškim slučajevima, kad se trpljenja oštećenog uzajamno uslovljavaju i prepliću tako da ih je nemoguće razdvojiti, može se dosuditi jedinstvena naknada za ukupnu nematerijalnu štetu." Savetovanje građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, Ljubljana, Stav br. 24/86 od 15. oktobra 1986. godine. Vid. takođe: "Zahtev za pravičnu novčanu naknadu mora biti određen za svaki vid nematerijalne štete pojedinačno i kada je šteta proistekla iz istog životnog događaja. Kada oštećeni ostane pri zahtevu u jednom novčanom iznosu za nematerijalnu štetu u celini, sud će po takvoj tužbi postupati i odlučiti po tužbenom zahtevu, ako na osnovu činjeničnih navoda oštećenog može sam da razdvoji pojedine vidove nematerijalne štete. U tom slučaju sud će odrediti pravičnu naknadu za svaki vid nematerijalne štete, u okviru postavljenog tužbenog zahteva u celini." Savetovanje građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, Ljubljana, Stav 25 od 15.10.1986. godine. U tom smislu vid. i: "Strah je poseban vid nematerijalne štete za koji, u smislu čl. 200 ZOO, oštećenom pripada pravo na naknadu štete i u slučaju kada je pretrpljeni strah prouzrokovao psihički poremećaj ličnosti oštećenog i usled toga umanjenje njegove opšte životne aktivnosti." Presuda Drugog opštinskog suda u Beogradu P. 3870/00 od 28. septembra 2004. godine, presuda Okružnog suda u Beogradu GŽ. 10845/04 od 20. aprila 2005. godine i presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 2296/05 od 5. oktobra 2005. godine. Vid. takođe: Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 584/10 od 11. februara 2010. godine.

karaktera, ali smatraju da se novčana naknada može dosuditi i kada je umanjene životne aktivnosti privremeno, ako je ono jačeg intenziteta i dužeg trajanja ili ako to posebne okolnosti opravdavaju.²⁹

(5) Pored svega navedenog, uredbom se ograničava pravo na naknadu duševnog bola zbog naročito teškog invaliditeta bliskog lica na slučajeve kada je kod povređenog došlo do opšteg umanjjenja životne aktivnosti u procentu koji nije manji od 70%. Drugim rečima, u uredbi je pojam naročito teškog invaliditeta bliskog lica redukovano na opšte umanjjenje životne aktivnosti povređenog i to u određenom, visoko postavljenom, procentu. Nasuprot tome, Vrhovni sud Srbije dopušta da se naknada za duševni bol usled naročito teškog invaliditeta bliskog lica dosudi i ako se invaliditet očitava u teškoj naruženosti povređenog. Sud smatra da "postojanje naročito teškog invaliditeta može biti odraz velikog stepena umanjjenja životne aktivnosti nekog lica, ali ne mora biti u direktnoj proporcionalnoj vezi sa time" i spreman je da postojanje duševnog bola zbog naročito teškog invaliditeta veže za unakaženost bliskog lica.³⁰

SUDSKI KRITERIJUMI ZA UTVRĐIVANJE IZNOSA
NAKNADE ŠTETE USLED SMRTI, POVREDE TELA
ILI NARUŠENJA ZDRAVLJA

Klasična građanskopravna pitanja koja se tiču načina i merila za utvrđivanje moralne i materijalne štete usled smrti, povrede tela ili narušavanja zdravlja, kao i kruga lica koja u takvim slučajevima imaju pravo na naknadu, uređena su, pre svega, Zakonom o obligacionim odnosima i pripadajućom bogatom praksom domaćih sudova. Pored toga, Vrhovni sud Srbije preporučio je okvirne iznose naknada različitih oblika moralne štete. Smernice u pogledu poželjnih iznosa naknade imaju usmeravajuću a ne obavezujuću funkciju, pa i sam Vrhovni sud Srbije blagonaklono gleda na odstupanje od preporučenog iznosa ako za to postoje opravdani razlozi.³¹

²⁹ Savetovanje građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, Ljubljana, Stav br. 15/86 od 15. oktobra 1986. godine.

³⁰ Iz obrazloženja: "Kod povređenog u konkretnom slučaju radi se o visokom stepenu unakaženosti u predelu glave, lica i ramenog pojasa, uz postojanje spoljašnjih manifestacija koje izazivaju zgražavanje i sažaljenje kod slučajnog prolaznika, a samim tim i mnogo više kod bliskih srodnika, koji su sa njim u svakodnevnom kontaktu i koji inače gaje posebna osećanja bliskosti prema njemu." Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 189/02 od 11. aprila 2002. godine.

³¹ Upor. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2326/01 od 30. januara 2002. godine.

Utvrđivanje moralne štete

Domaći sudovi priznaju pravo na naknadu moralne štete samo ako se oštećenikov gubitak kvalifikuje kao neki od zakonom propisanih oblika neimovinske štete. Sudovi nisu spremni da prošire krug zakonom priznatih moralnih šteta za koje se može zahtevati naknada.³² U tom smislu, srpsko odštetno pravo poznaje nezakonitost *rezultata* štetne radnje, kao jedan od uslova za zasnivanje odgovornosti za štetu.³³

Kada odlučuje o visini naknade moralne štete, sud je po zakonu dužan da povede računa o značaju povređenog dobra, cilju naknade, kao i o tome da se naknadom ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom.³⁴ Vrhovni sud Srbije smatra da je cilj naknade nematerijalne štete taj da se oštećeniku omogući da pribavi sebi neko zadovoljstvo i da na taj

³² Primera radi: "Povreda dobrog poslovnog ugleda preduzeća kao povreda zaštićenog nematerijalnog dobra sama po sebi ne može dovesti do novčane naknade štete na ime nematerijalne štete, jer se posledice te povrede ne manifestuju u jednom od pravno priznatih vidova nematerijalne štete." Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 611/01 od 25. decembra 2002. godine. "Naknada za nematerijalnu štetu može se priznati samo za onu štetu koju kao takvu priznaje zakon, a ne za bilo koju nematerijalnu štetu. Pod nematerijalnom štetom u smislu ZOO podrazumevaju se fizički bol, psihički bol i strah i ta šteta se, po prirodi stvari, vezuje za fizičko lice. Povreda dobrog poslovnog ugleda tužioca sama po sebi ne može dovesti do novčane naknade na ime nematerijalne štete, zato što se posledice te povrede ne manifestuju u jednom od pravno priznatih vidova nematerijalne štete. Iz povrede poslovne reputacije pravnog lica može proisteći samo imovinska šteta, u smislu poljuljanog ugleda koji treba povratiti odgovarajućim sredstvima građansko-pravne zaštite." Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Prev. 127/97 od 26. marta 1997. godine, izvor *ParagrafLex*. Vid. takođe: "Oštećeni nema pravo na naknadu nematerijalne štete za duševne bolove zbog oštećenih ili uništenih stvari koje su za njega imale poseban značaj, jer ovaj vid nematerijalne štete zakon ne poznaje. To što su oštećene ili uništene stvari imale poseban značaj za oštećenog može biti relevantno samo kod utvrđivanja obima materijalne štete, pod uslovima iz čl. 189, st. 4 ZOO." Presuda Okružnog suda u Valjevu, Gž. 1119/2005 od 21. jula 2005. godine, izvor *ParagrafLex*. "Gubitak materijalne stvari, pa i umetničkog dela, ne predstavlja Zakonom o obligacionim odnosima priznati pravni osnov za dosuđenje nematerijalne štete prouzrokovane duševnim patnjama nastalim tim povodom." Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. I 2749/2004 od 25. novembra 2004. godine, izvor *ParagrafLex*.

³³ Marija Karanikić Mirić, *Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu*, predgovor napisao Miodrag Orlić, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, 281.

³⁴ Čl. 200, st. 2, ZOO. Primera radi, vid. "Pravo na naknadu nematerijalne štete imaju članovi uže porodice u slučaju ubistva člana te porodice u sudu, do čega je došlo zbog propusta radnika obezbeđenja suda, a u visini koju utvrdi sud polazeći, pre svega, od intenziteta i trajanja duševnih bolova." Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2721/2005 od 9. novembra 2005. godine, izvor *ParagrafLex*. O širokoj primeni slobodne sudijske ocene iz čl. 224 ZPP (čl. 223 ZPP iz 1976. godine), vid. B. Poznić, *op. cit.*, 588–589.

način, što je moguće potpunije, uspostavi onu duševnu ravnotežu koje je postojala pre nastupanja štetnog događaja.³⁵ Sud će dosuditi pravičnu novčanu naknadu moralne štete nezavisno od naknade materijalne štete, kao i u njenom odsustvu, ako nađe da je to opravdano s obzirom na sve okolnosti slučaja, a posebno s obzirom na jačinu i trajanje bolova i straha.³⁶

Utvrđivanje iznosa naknade neimovinske štete domaći sudovi vide kao primenu materijalnog prava, odnosno kao primenu jednog imovinskopravnog standarda.³⁷ Sudska praksa smatra da načela i kriterijumi za utvrđivanje iznosa moralne štete predstavljaju sastavni deo pravne norme, odnosno neophodno sredstvo za pravilnu primenu prava od strane suda, te da imaju karakter pravnih standarda i značaj dopunskog izvora imovinskog prava.³⁸

Pored usmerenja koje je sudovima u poslu odmeravanja naknade moralne štete dao zakonodavac, Vrhovni sud Srbije nastojao je da ujednači praksu nižih sudova u tom pogledu. Tako je na sednici građanskog odeljenja VSS u februaru

³⁵ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1500/07 od 26. februara 2008. godine. Takođe: "Novčana naknada nematerijalne štete nije cilj, već sredstvo kojim oštećeni, zadovoljavanjem potreba koje ne bi mogao podmiriti, olakšava sebi život i čini ga podnošljivim." Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 1636/04, od 1. decembra 2004. godine.

³⁶ Čl. 200, st. 1, ZOO. Primera radi, vid. "Osećanje poniženosti i uvredjenosti koje je kod tužioca izazvala obmana njegove tadašnje supruge o uspehu veštačke oplodnje, ne opravdava dosuđivanje naknade, ni sa stanovišta njegovog doživljaja te situacije, ni sa stanovišta komunikacije sa okolinom." Presuda Okružnog suda u Požarevcu, Gž. 1017/2001 od 11. novembra 2001. godine, izvor *ParagrafLex*. "Ranija osuđivanost oštećenog nije od značaja prilikom odmeravanja pravične novčane naknade za duševne bolove zbog povrede časti i ugleda usled neosnovanog lišenja slobode, sve dok se ne utvrdi da je zbog toga već bio kompromitovan ugled oštećenog u sredini u kojoj živi." Presuda Okružnog suda u Valjevu, Gž. 148/2005 od 27. januara 2005. godine, izvor *ParagrafLex*. "Naknada nematerijalne štete ima za cilj materijalnu satisfakciju zbog povrede ustavom zaštićenih prava i dobara, kao što su slobode i prava ličnosti. Tu naknadu sud odmerava uzimajući u obzir sve objektivne i subjektivne okolnosti, ugled koji je ranije oštećeni uživao u svojoj životnoj i radnoj sredini, odnos te sredine prema njemu posle lišenja slobode i druge činioce koji utiču na težinu i trajanje psihičkih bolova izazvanih lišenjem slobode." Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 2224/05, od 24. maja 2006. godine.

³⁷ "Merila za odmeravanje pravične naknade štete su: godine starosti oštećenog u vreme povređivanja, dužina i intezitet pretrpljenih fizičkih bolova i straha, stepen naruženosti i umanjenje životne aktivnosti i u čemu se oni ogledaju, visina invalidnine koju je on po ovom osnovu primio i koju je realno očekivati da će ostvariti u budućnosti, vreme proteklo od nastanka štete, pri čemu se vodi računa o značaju povređenog dobra i cilju kome naknada služi, ali i o tome da se naknadom ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom." Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 2126/09, od 23. septembra 2009. godine.

³⁸ Vid. Stav br. 5/79 sa Dvanaeste zajedničke sednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, održane u Ohridu, 23. maja 1979. godine.

1999. godine utvrđen “Pregled najviših orijentacionih iznosa pravične naknade za različite vrste nematerijalne štete”.³⁹

I uporedno pravo poznaje unapred određene tarifnike ili skale (*les barèmes*), kao smernice na koje se sudovi oslanjaju kada utvrđuju visinu naknade moralne štete.⁴⁰ Njih ponekad sastavljaju sudski veštaci, u formi tablica koje sadrže različite iznose naknada za pojedine vrste neimovinske štete.⁴¹ Preciznost tablica varira, pa se neke od njih svode na paušalne iznose naknade za različite oblike štete (na primer, jedan iznos dosuđuje se kao naknada štete svim licima koja su izgubila nogu), dok se na osnovu drugih izračunavaju posebni iznosi naknade u zavisnosti od godina, pola i profesije oštećenika. Ponekad iza opisanih tarifnika stoji autoritet višeg suda: viša sudska instanca utvrđuje skalu iznosa i upućuje je kao smernicu nižim sudovima. Takav je slučaj sa preporučenim iznosima iza

³⁹ Tako predloženi iznosi ranije su valorizovani mesečnom stopom rasta cena na malo u Republici Srbiji. U januaru 2011. godine Republički zavod za statistiku prestao je da objavljuje podatke o stopi rasta cena na malo i počeo da objavljuje indeks potrošačkih cena, pa se sada orijentacioni iznosi naknada moralne štete valorizuju po mesečnoj stopi rasta potrošačkih cena. Do slične korekcije došlo je i u računanju stope zatezne kamate. Vid. poslednje izmene i dopune Zakona o visini stope zatezne kamate (*Sl. list SRJ*, br. 9/2001, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Sl. glasnik RS*, br. 31/2011).

⁴⁰ Christelle Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Préface Frédéric Pollaud-Dulian, Institut de droit des affaires, Presses universitaires d’Aix-en-Provence, Aix-en-Provence 2002, 305 i dalje. Kutan-Lapalus je izričito protiv ozvaničenja ove prakse i svakako protiv toga da primena mernih lestvica (tarifnika) pri utvrđivanju iznosa naknade moralne štete bude obavezujuća za sudove. Autorka smatra da su merne lestvice pogrešan odgovor na ograničenja svojstvena načelu integralne naknade, tvrdi da su lestvice protivne članovima 5 i 1382 francuskog Građanskog zakonika i navodi slučajeve u kojima je francuski Kasacioni sud iskazao svoje neslaganje sa tom praksom. Nasuprot tome, Tenk je smatrao da su merne lestvice neophodne, stoga što je nemoguće egzaktno proceniti i integralno naknaditi moralnu štetu. André Tunc, *Pour une loi sur les accidents de la circulation*, *Économica*, Paris 1981, 23 i dalje.

⁴¹ Hrvatski pravni pisci vide medicinske tablice za procenu oštećenja zdravlja kao pokušaj kodifikacije pravila medicinske struke. Vid. “Medicinske tablice su po svojoj naravi pravila struke medicinskih vještaka. One nisu i ne bi trebale biti pravno pravilo. U tom smislu, one mogu predstavljati pomoćno sredstvo medicinskim vještacima prilikom izrade nalaza i mišljenja o povredi tjelesnog ili duševnog zdravlja, a ne propis koji bi obvezivao sud koji odlučuje o zahtjevu za naknadu štete. [...] Medicinske tablice ne obvezuju ni sud ni medicinske vještake koji u konkretnom slučaju provode vještačenje.” Marko Baretić, Saša Nikšić, “Položaj Hrvatskih orijentacijskih medicinskih tablica u sustavu odgovornosti za neimovinsku štetu”, u zborniku: Petar Klarić *et al.*, *Naknada neimovinske štete – Nove Hrvatske orijentacijske medicinske tablice za procjenu oštećenja zdravlja*, Inžinjerski biro, Zagreb 2010, 85–86. Autori zbornika razmatraju različite aspekte predloga novih Hrvatskih orijentacijskih medicinskih tablica i u svojim zaključcima pozivaju Vrhovni sud Hrvatske da, kada nove medicinske tablice budu prihvaćene, s njima uskladi kriterijume za utvrđivanje visine pravične novčane naknade neimovinske štete. *Ibid.*, 258–259.

kojih je svojim autoritetom stao Vrhovni sud Srbije.⁴² Na kraju, merne lestvice mogu biti propisane zakonom, tako što zakonodavac obavezuje sudove da primene određene kriterijume pri utvrđivanju iznosa naknade koju treba dosuditi u konkretnom slučaju.

Međutim, nastojanje Vrhovnog suda Srbije da ujednači praksu nižih sudova tako što im preporučuje najviše orijentacione iznose naknada moralne štete, bitno se razlikuje od vladinog propisivanja najviših dozvoljenih iznosa naknade različitih oblika moralne štete i pokušaja para-kodifikacije već postojeće sudske prakse u pogledu načina i kriterijuma za odmeravanje naknade imovinskih i moralnih šteta na licima.

Na prvom mestu, najviša sudska instanca dala je preporuku u pogledu iznosa najviših okvirnih iznosa naknade, za razliku od Uredbe kojom se imperativno propisuju maksimalni iznosi. O prirodi iznosa koje preporučuje Vrhovni sud Srbije govori sledeća odluka istog suda:⁴³ “Duševni bol je subjektivan, individualan fenomen, jer zavisi od psihološke strukture ličnosti. Zbog toga je naknada štete za pretrpljeni duševni bol u svakom konkretnom slučaju individualna, i ona zavisi od intenziteta i trajanja duševnih bolova i drugih okolnosti slučaja. S tim u vezi ne može tužena osnovano isticati da su iznosi dosuđeni tužiocima na ime pretrpljenog duševnog bola iznad aktuelnih sudskih kriterijuma i da se u drugim slučajevima dosuđuju manji iznosi pravične naknade.”

Nasuprot tome, Vlada Republike Srbije donela je Uredbu o naknadi šteta na licima na osnovu ovlašćenja iz jednog zakona (ZOOS), ali se tom uredbom upustila u razradu odnosa koji je uređen drugim zakonom (ZOO) i bogatom praksom domaćih sudova; i to tako što je dala konačan, obavezujući odgovor na pitanje maksimalnog dozvoljenog iznosa naknade moralne štete usled smrti, povrede tela ili narušavanja zdravlja – iako procena tog iznosa pretpostavlja primenu materijalnog prava od strane nadležnog suda, to jest primenu pravnih standarda koje formulišu sudovi i koji imaju karakter dopunskih izvora imovinskog prava.

⁴² Nalik tome, Građanski odjel Vrhovnog suda Republike Hrvatske usvojio je 29. novembra 2002. godine “Orijentacijske kriterije i iznose za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete”, Su-1331-VI/02 i 1372-11/02. U uvodu, sud napominje da ovi kriterijumi i iznosi “ne predstavljaju matematičku formulu koja pukim automatizmom služi za izračunavanje pravične novčane naknade. U primjeni rečenog propisa valja uvijek imati na umu sve okolnosti slučaja, pri čemu trajanje i jačina fizičkih i duševnih bolova i straha imaju tek značaj osobito važnih, ali ne i jedinih okolnosti koje sud mora imati na umu pri određivanju iznosa pravične novčane naknade.”

⁴³ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2326/01 od 30. januara 2002. godine.

Preporučeni iznosi naknada iza kojih stoji Vrhovni sud Srbije predstavlja-ju pokušaj sudske vlasti da vlastito postupanje ujednači “odozgo”, dok pomenu-ta uredba predstavlja upliv izvršne vlasti u pravcu ograničenja slobodne sudijske ocene u materiji primene pravnih standarda koji se, po prirodi stvari, formiraju kroz postupanje samih sudova.⁴⁴ Slobodna ocena suda u ovoj sferi ima uporište u Zakonu o obligacionim odnosima, Zakonu o parničnom postupku i unutraš-njoj logici instituta naknade moralne štete.

Utvrđivanje imovinske štete

Zakon o obligacionim odnosima poznaje nekoliko oblika materijalne štete koja nastaje u slučaju smrti, telesne povrede ili oštećenja zdravlja (čl. 193-195). U slučaju smrti tu, pre svega, dolaze uobičajeni troškovi sahrane, troškovi lečenja i u vezi sa lečenjem, kao i zarada izgubljena zbog nesposobnosti za rad u vreme-nu od povređivanja odnosno oštećenja zdravlja do smrti. Potom, tu je šteta koja se sastoji u izgubljenom izdržavanju odnosno pomaganju, a koju trpi lice koje je poginuli izdržavao ili redovno pomagao, kao i onaj ko je po zakonu imao pravo da zahteva izdržavanje od poginulog. U slučaju telesne povrede odnosno naru-šenja zdravlja šteta se sastoji u troškovima lečenja i u vezi sa lečenjem i u zaradi koja je izgubljena zbog nesposobnosti za rad za vreme lečenja. Na kraju, u sluča-ju trajne nesposobnosti za rad, bilo da je ona potpuna ili delimična, šteta može da se sastoji u gubitku zarade ili u troškovima nastalim zbog povećanih potre-ba oštećenika, odnosno uništenja ili smanjenja mogućnosti za njegovo dalje ra-zvijanje i napredovanje. Domaća sudska praksa razradila je odnose koji nastaju povodom ovih oblika šteta. Sudovi su razjasnili pojam i oblike materijalne šte-

⁴⁴ O značaju slobodne sudijske ocene, ovde istaknutom u cilju objašnjenja odnosa pravič-ne naknade i naknade za telesno oštećenje po propisima o invalidskom osiguranju: “Pravična na-knada se dosuđuje kad sud nađe da okolnosti slučaja, a naročito jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdava (čl. 200, st. 1 ZOO). Nesumnjivo je da sintagma “okolnosti slučaja” obuhvata širi krug relevantnih činjeničnih stanja, nego što je jačina i trajanje duševnih bolova i drugih ne-lagodnosti zbog umanjena životne aktivnosti. Zato i pod pretpostavkom da se negativne posledice umanjena životne aktivnosti izraze u trajanju i intenzitetu duševnih bolova i drugih nelagod-nosti oštećenoga, ostaje da se odredi pravična naknada s obzirom na druge okolnosti slučaja.” 28. zajednička sednica Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, Beograd, Stav br. 3/85 od 6. novembra 1985. godine. Vid. takođe: “Procenat umanjena opšte životne aktivnosti kod višestrukih telesnih povreda ne može se utvrđivati prostim mehaničkim sabiranjem i ne predstavlja jedino merilo relevantno za određivanje naknade neimovinske štete.” Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2449/97 od 8. oktobra 1997. godine.

te, način na koji se utvrđuje postojanje štete, kao i kriterijume za odmeravanje naknade.⁴⁵

Kao oblike materijalne štete u slučaju smrti, telesne povrede ili oštećenja zdravlja, Uredba o naknadi šteta na licima podrazumeva: troškove lečenja i rehabilitacije, izgubljenu zaradu za vreme privremene ili trajne sprečenosti za rad, naknadu za izgubljeno izdržavanje, troškove sahrane i troškove tuđe nege i pomoći. Uredba dalje definiše svaki od pomenutih vidova materijalne štete, pri čemu često ograničava zatečena shvatanja domaće sudske prakse o sadržini tih pojmova. Evo nekoliko takvih situacija:

(1) Primera radi, u uredbi se ne pominju troškovi u vezi sa lečenjem, već samo troškovi lečenja i rehabilitacije. (2) Zatim, u čl. 6, st. 2 uredbe propisani su kriterijumi za odmeravanje naknade izgubljene zarade u slučaju trajne nesposobnosti za rad, koji se oslanjaju na zaradu koju je oštećenik ostvarivao do povređivanja. Prema shvatanju domaće sudske prakse, pravo na naknadu ove štete ima i maloletni oštećenik koji do povređivanja nije radio.⁴⁶ Tu se otvara pita-

⁴⁵ Principi, pravila, način i kriterijumi odmeravanja naknade kako imovinske, tako moralne štete već dugo zaokupljaju domaću pravnu teoriju. U tom smislu: Obren Stanković, *Naknada imovinske štete. Iznos naknade kod deliktne odgovornosti*, Savez udruženja pravnika Srbije, Beograd 1968, Obren Stanković, *Novčana naknada neimovinske štete – sa posebnim osvrtom na jugoslovensku sudsku praksu*, Savez udruženja pravnika Srbije, Beograd 1963, Obren Stanković, “Odmeravanje novčane naknade neimovinske štete”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–2/63, 112–125, Obren Stanković, “Vrste i način odmeravanja naknade štete”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3–4/70, 295–316, Obren Stanković, “Uračunavanje invalidnine u iznos naknade štete”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 5–6/72, 765–772, Obren Stanković, “Odnos između prava na naknadu štete za izgubljeno izdržavanje u slučaju smrti davaoca izdržavanja i zakonskog prava na izdržavanje”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/73, 265–272, Obren Stanković, “Povećanje rente zbog porasta životnih troškova, opadanja kupovne moći novca i porasta zarada”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–2/74, 65–82, Obren Stanković, “Naknada štete za gubitak izdržavanja usled smrti davaoca izdržavanja”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–2/75, 43–63, Obren Stanković, “Pojam i vrste štete”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3/77, 283–309, Obren Stanković, “Naknada štete (imovinske i neimovinske) prema Zakonu o obligacionim odnosima”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3–5/78, 483–494, Jakov Radišić, “Odmeravanje naknade za totalnu štetu upotrebljavane stvari (problem novo za staro)”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–2/70, 83–92, Jakov Radišić, “Razgraničenje imovinske i neimovinske štete”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–3/98, 5–24, József Szalma, “Apstraktna šteta”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–4/83, 578–592, Živomir Đorđević, “Naknada (čl. 185-198)”, u: Slobodan Perović (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd 1995, Marija Toroman, “Naknada (čl. 185-209)”, u: Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd 1983, Marija Toroman, *Odmeravanje naknade štete u građanskom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1969.

⁴⁶ Upor. “Povređenom licu koje je u vreme nastanka štete bilo maloletno, može se dosuditi naknada štete zbog umanjene radne sposobnosti kada dostigne uzrast potreban za zasnivanje radnog odnosa, odnosno za privređivanje.” Odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1952/1984.

nje da li je namera donosioca uredbe ta da organ koji primenjuje uredbu u ovakvim situacijama konsultuje praksu domaćih sudova, ili da zahteva razjašnjenje od donosioca ili predlagača uredbe. Isto važi za druge fine dileme na koje je domaća sudska praksa do sada dala odgovore.⁴⁷

(3) Pojam izgubljene koristi uredbom je ograničen na (a) izgubljenu zaradu za vreme privremene sprečenosti za rad, (b) izgubljenu zaradu zbog trajne (delimične ili potpune) nesposobnosti za rad, i (c) izgubljeno izdržavanje u slučaju pogibije davaoca izdržavanja u saobraćajnoj nesreći. U prvom slučaju, pravo na naknadu garantuje se oštećeniku koji tokom privremene sprečenosti za rad nije bio sposoban da obavlja svoje redovne radne obaveze, pa zato nije ostvario zaradu koja bi mu inače pripala po zakonu kojim se uređuju radni odnosi. U slučaju trajne potpune nesposobnosti za rad, naknada se određuje na osnovu odnosa zarade koju je oštećenik ostvarivao pre povređivanja i prosečne zarade u datoj delatnosti u mesecu kada je oštećenik povređen i prosečne zarade u datoj delatnosti. U slučaju trajne delimične nesposobnosti za rad, naknada se određuje na osnovu razlike između (a) odnosa zarade koju je oštećenik ostvarivao pre povređivanja i prosečne zarade u datoj delatnosti u mesecu kada je povređen, i (b) odnosa zarade koju oštećenik ostvaruje nakon povređivanja i prosečne zarade u datoj delatnosti u prvom mesecu rada oštećenika nakon povređivanja.

U svim navedenim slučajevima otvara se pitanje prava oštećenika na naknadu za izgubljenu korist kao dobitak koji se mogao osnovano očekivati *prema posebnim okolnostima* iz čl. 189, st. 3 Zakona o obligacionim odnosima. Za razliku od uredbe, Zakon o obligacionim odnosima i domaći sudovi ne ograničava-

⁴⁷ Primera radi: "Porodična invalidnina, priznata i utvrđena po posebnim propisima, predstavlja vrstu materijalnog obezbeđenja lica koje je poginuli izdržavao i mora se uzeti u obzir prilikom utvrđivanja visine novčane rente kao naknade štete koju to lice trpi smrću lica koje ga je izdržavalo." Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 4077/02 od 13. februara 2003. godine. Vid. takođe: "Preduzeće odgovara za štetu usled smrti lica i ako je ono radilo po usmenom ugovoru o delu." Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1543/93 od 13. maja 1993. godine, izvor *ParagrafLex*. Uredbom je propisano da se naknada za izgubljeno izdržavanje određuje u vidu mesečne novčane rente (čl. 7, st. 2). Uredba ne pominje mogućnost kapitaliziranja rente. Upor. "Kapitaliziranje rente je pretvaranje rente u jedinstvenu sumu naknade. Ovako dobijeni vid budućih nedospelih obroka umanjuje se za iznos međukamata. Kapitaliziranje se obavezno vrši ako stranke to sporazumno traže, a na zahtev oštećenog ako za to postoje ozbiljni razlozi. Pod ozbiljnim razlozima podrazumevaju se razlozi u vezi sa potrebama oštećenog, pod uslovom da okolnosti ne čine verovatnim da bi kapitalizirana renta za kratko vreme bila nepromišljeno i neracionalno potrošena." Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 350/2006 od 22. februara 2006. godine, izvor *ParagrafLex*.

ju pravo oštećenika na naknadu isključivo one zarade koju bi oštećenik ostvario da je mogao da obavlja svoje *redovne* radne obaveze.⁴⁸ U nekim slučajevima postojeće posebne okolnosti, koje daju osnova za posebna očekivanja oštećenika u pogledu prihoda koje on inače redovno ostvaruje. Reč je o posebnim okolnostima zbog kojih osnovana očekivanja premašuju iznos koji oštećenik obično zarađuje obavljajući svoje redovne radne obaveze.

(4) U pogledu prava lica koje je poginuli izdržavao, donosilac uredbe preuzeo je reči zakonodavca iz čl. 194 ZOO, ali nepotpuno, tako što je iz zakonske formulacije izbacio pravilo da se iznos novčane rente odmerava s obzirom na sve okolnosti slučaja (vid. čl. 7 uredbe). Zahvat u slobodnu sudijsku ocenu, odnosno pokušaj da se odstrane pravila koja se oslanjaju na primenu procesnog instituta slobodne ocene suda iz čl. 224 ZPP, predstavlja opšte obeležje Uredbe o naknadi šteta na licima. Reč je o pokušaju da se iznosi dugovanih naknada učine što izvesnijim, što je u pojedinačnom interesu osiguravača i ne može se braniti pozivanjem na opšti zahtev pravne sigurnosti. Tom opštem zahtevu udovoljeno je samom činjenicom ujednačenosti prakse domaćih sudova i dopunskim nastojanjima najviše sudske instance da, tamo gde je to umesno, u okvirima ovlašćenja sudske vlasti samostalno izravna iznose naknada koje se redovno dosuđuju (naročito kada je reč o različitim oblicima moralne štete).

(5) Prema čl. 4 uredbe oštećenik ima pravo na naknadu stvarno učinjenih troškova lečenja i rehabilitacije, koje dokazuje "priloženim računima zdravstvene ustanove, uz priložen izvod o pruženim zdravstvenim uslugama i drugim troškovima, na osnovu medicinske dokumentacije koju vodi zdravstvena ustanova". Prava oštećenika u tom slučaju dalje su ograničena na naknadu samo onih troškova koji su "*nužni i neophodni*, u skladu sa savremenim dostignućima medicinske nauke i prakse Republike Srbije, odnosno u skladu sa priznatim standardima od strane osiguravača". Troškovi sahrane, kao i troškovi tuđe nege i

⁴⁸ Domaći sudovi ostavljaju prostor za naknadu izmakle koristi koja se mogla osnovano očekivati prema posebnim okolnostima: "Ako radnik za vreme lečenja i bolovanja prima manji iznos ličnog dohotka od iznosa koji bi primao da je bio na radu, onda on trpi materijalnu štetu, za koju mu pripada novčana naknada u visini razlike između iznosa koji je ostvario dok je bio na lečenju i bolovanju i iznosa koji bi ostvario da do povrede nije došlo." Odluka Vrhovnog suda Srbije, Gž. 89/1979. Vid. takođe: "Ako je tužilac pre povređivanja radio u produženom radnom vremenu i obavljao noćni rad, a radnik koji ga je zamenjivao za vreme lečenja i bolovanja je takođe zarađivao po oba ova osnova, verovatno je da bi i tužilac, da nije bio povređen, radio s produženim radnim vremenom i obavljao i noćni rad, zbog čega je izostankom ovakvog rada pretrpeo štetu, na čiju naknadu ima pravo od odgovornog lica." Odluka Vrhovnog suda Srbije, Gž. 1693/1981.

pomoći, takođe se moraju dokazati priloženim računima. Troškovi sahrane dalje su ograničeni prosečnim cenama za svaki vid troška u mestu gde se sahrana obavlja (vid. čl. 8, st. 3 uredbe). Za razliku od toga, domaći sudovi smatraju da se “uobičajeni troškovi sahrane utvrđuju na osnovu stvarnih izdataka učinjenih tim povodom, u skladu sa mesnim običajima, a ne prema prosečnim troškovima sahrane po podacima dobijenim od javnih komunalnih preduzeća.”⁴⁹ Takođe, uredba ograničava troškove sahrane na troškove prevoza pokojnika do mesta sahrane, odeće za pokojnika, sanduka, pogrebne opreme, odeće žalosti (crnine) za najbližu rodbinu, daće i nadgrobnog spomenika (vid. čl. 8, st. 1). Sudska praksa pored svega navedenog priznaje i troškove polaganja porodičnog venca, kao i troškove podušja.⁵⁰ Troškovi nege i pomoći ograničeni su prosečnom zaradom zdravstvenih radnika odgovarajuće stručne spreme, koji obavljaju tu vrstu poslova (vid. čl. 9, st. 2 uredbe).⁵¹ Čl. 9 uredbe dalje ograničava troškove tuđe nege i pomoći na one koji omogućavaju zadovoljenje *osnovnih bioloških potreba* povređenog. S jedne strane, razumljivo je i sudskoj praksi poznato da se naknada pomenutih oblika materijalne štete vezuje za troškove koje je oštećenik zaista imao. S druge strane, otvara se pitanje mogućnosti da se u skladu sa uredbom naknade troškovi koje je oštećenik izvesno imao, ali ih ne može dokazati na propisani način, kao i naknada troškova kojima će se oštećenik tek izložiti.⁵²

⁴⁹ Presuda Okružnog suda u Valjevu, Gž. 819/2006 od 3. avgusta 2006. godine, izvor *ParagrafLex*.

⁵⁰ Upor. “Pravilan je zaključak da tužioci, u smislu čl. 193, st. 1 ZOO, imaju pravo na naknadu troškova za hranu i piće na dan sahrane, uređenja grobnog mesta, podizanja nadgrobnog spomenika, odeće žalosti (crnine) i podušja 40 dana, šest meseci i godinu dana, te da je to u skladu sa mesnim običajima i dužnim pijetetom prema umrlom.” Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1414/05 od 13. jula 2005. godine. “Pod uobičajenim troškovima sahrane, u smislu čl. 193, st. 1 ZOO, podrazumevaju se i uobičajeni troškovi podušja (sedmodnevni, četrdesetodnevni, polugodišnji i godišnji pomen).” Pravno shvatanje Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije utvrđeno na sednici od 9.10.2000. “Polaganje porodičnog venca poginulom predstavlja izraz pijeteta njegove porodice, pa stoga porodica ima pravo na naknadu tih troškova.” Vrhovni sud Srbije, Rev. 784/85.

⁵¹ Shvatanja domaće sudske prakse i ovde su poslovično fleksibilnija. Upor. “Za utvrđivanje materijalne štete koju oštećeni zemljoradnik trpi usled invaliditeta, nije odlučno da li sa poljoprivrednog imanja uz pomoć supruge ostvaruje iste prihode, već je bitno da on svojim radom nije mogao da ostvari te prihode. Tuđa pomoć, makar dolazila od člana uže porodice, nema uticaja na postojanje štete koja se ogleda u smanjenom prihodu.” Odluka Saveznog suda, Gzs. 13/76 od 18. marta 1976. godine.

⁵² “Naknada za nadgrobnog spomenik može se dosuditi i kada tužilac učini vjerovatnim da će spomenik podići.” 40. zajednička sednica Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, Ohrid, Stav br. 2/89 od 23. maja 1989. godine.

ZAKLJUČAK

Iz svega što je do sada rečeno može se zaključiti da Uredba o naknadi šteta na licima ima za cilj da unese izvesnost u pravnu poziciju osiguravača, odnosno da postavi granice pravnoj neizvesnosti kojoj se osiguravač izlaže u slučaju da u imovini osiguranika nastane dug prema trećem iz činjenice prouzrokovanja štete upotrebom motornog vozila. Nasuprot tome, sudski kriterijumi za odmeravanje naknade štete nisu opterećeni težnjom da se umanjí neizvesnost kojoj je izložen osiguravač. Oni se rukovode idejom Zakona o obligacionim odnosima da oštećenika treba postaviti u imovinsku poziciju u kojoj bi se nalazio da je štetni događaj izostao, odnosno da mu treba pružiti odgovarajuću satisfakciju za konačan moralni gubitak, prema značaju povređenog ličnog dobra i težini povrede.

Unutrašnja logika i društvena funkcija ustanove osiguranja od odgovornosti nalažu da se uslovi za zasnivanje odgovornosti za štetu i pravila o odmeravanju naknade štete postave i primenjuju na isti način u dve operacije: (1) prilikom utvrđivanja građanskopravne odgovornosti osiguranika prema oštećeniku i (2) prilikom utvrđivanja ispunjenosti preduslova za postojanje obaveze osiguravača prema oštećeniku, među kojima je i građanskopravna odgovornost osiguranika. Moguće je, naravno, da se obaveza osiguravača ograniči u pogledu vrste šteta koje su pokrivené osiguranjem ili visine naknade koju osiguravač isplaćuje oštećeniku. Kod obaveznih osiguranja od odgovornosti, ograničenja te vrste može da propiše zakonodavac. U tom slučaju, granice obaveze osiguravača treba da budu izričito i nedvosmisleno zadate, umesto da se postavljaju obilaznim putem, kao što je (re)definisanje pojma štete, propisivanje posebnih kriterijuma za odmeravanje naknade i fiksiranje njenog maksimalnog iznosa, a sve to podzakonskim aktom i na način koji se bitno razlikuje od dosadašnje prakse domaćih sudova.

Uredba koja je u te svrhe doneta na osnovu (ne sasvim pravilno shvaćenog) ovlašćenja iz Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju, osuđena je na sudbinu nepodobnog pokušaja, budući da se njome ne može zaustaviti razvoj sudske prakse na temelju Zakona o obligacionim odnosima, uključujući dalju razradu kriterijuma za odmeravanje naknade moralne štete. To postaje očigledno kada se uzme u obzir shvatanje samih sudova da sudski kriterijumi za odmeravanje naknade štete predstavljaju imovinskopravne standarde, odnosno neophodno sredstvo za pravilnu primenu prava od strane suda, te da suđenje u suprotnosti sa tim standardima predstavlja pogrešnu primenu materijalnog prava.

MARIJA KARANIKIĆ MIRIĆ, Ph.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Belgrade

LIABILITY OF THE INSURED PARTY AS A PRECONDITION
OF THE INSURER'S DUTY TO INDEMNIFY

Summary

Serbian National Assembly has enacted the new Law on Mandatory Traffic Insurance in July 2009. In the sphere of mandatory auto insurance, the Law leaves it to the Government to determine the criteria of calculation of damages owed by the insurer in case of death, bodily injury and harm to health. The Government went a step too far, and passed a bylaw determining not only the abovementioned criteria, but also the maximum amounts of moral damages. In addition, the bylaw defines different types of damages, and in other ways encroaches traditional civil law matters.

This paper deals with the relationship between the civil liability of motor vehicle owners and the insurer's liability, the former being a precondition and the upper limit on the scope of the latter. The newest legislative changes in Serbia have disturbed the conventional correlation between the conditions of the car owner's liability and that of the insurer. The author investigates into the adequacy of bylaw, as an instrument of limiting the insurer's liability beforehand, and into the relationship between the aforesaid bylaw and the existing judicial definitions of different types of damage and the judicial criteria for ascertaining the amount of damages in case of death, bodily injury and harm to health.

RAZVOJ ODGOVORNOSTI ZA EVIKCIJU
– Rimska rešenja u modernom srpskom zakonodavstvu –

Ugovor o prodaji, kao potpuno sinalagmatični, onerozni kontrakt, podrazumeva imovinsku ravnotežu u odnosima prodavca i kupca, tj. u njihovim međusobnim prestacijama. Sledstveno ovome, prodavac je u obavezi da kupcu garantuje preneto pravo i odsustvo bilo kakvih pravnih smetnji za njegovo korišćenje. U suprotnom, stvar, koja je predmet ovog ugovora, pravno je manljiva, budući da se kupac suočava sa trećim licem koje tvrdi da ima određena prava na stvari koja isključuju, umanjuju ili ograničavaju kupčevo pravo. Ukoliko treće lice dokaže svoje pravo i kupac bude prinuđen da mu stvar preda, dakle izgubi državinu na kupljenoj stvari, reč je o slučaju evikcije.

Međutim, evikcija ne podrazumeva samo oduzimanje stvari kupcu. Pod ovaj pojam podvode se i situacije u kojima stvar ostane u državini kupca, ali treće lice dokaže neko svoje drugo stvarno pravo (npr. pravo službenosti) koje je kupac dužan da trpi¹, ili kada kupac bez upuštanja u spor i bez obaveštenja pro-

Dr Vladimir Vuletić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Ovaj članak je nastao kao rezultat istraživanja u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu "Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU (pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekti)"

¹ Međutim, samo isticanje pravne pretenzije od strane trećeg lica nije uslov za evikciju. Ona nastaje samo ukoliko se eventualni spor između kupca i trećeg lica okonča na kupčevu šte-

davcu, prizna očigledno osnovano pravo trećeg lica i stvar mu ustupi ili plati određenu sumu novca kako treće lice ne bi pokretalo sudski spor.

Pretpostavimo za trenutak da je prodavac kupcu predao stvar u ugovoru predviđeno vreme, u stanju u kojem je ona definisana ugovorom, bez ikakvih mana ili bar bez mana dovoljnih da se kupac na njih pozove usled pravnih nedostataka stvari. Može se postaviti pitanje da li je tada ugovor o prodaji, bar kada je reč o prodavcu, potpuno izvršen tako da on više nema nikakvih obaveza² nastalih zaključenjem ugovora.

Deluje da se na ovo pitanje ne može dati pozitivan odgovor. Predaja stvari kupcu ne povlači za sobom posledicu oslobađanja prodavca svih obaveza, jer sama predaja i nije dovoljan uslov. Ona je, logično, materijalan čin, i samim tim, postavlja se pitanje kako bi jedan materijalni čin mogao da stvori odgovarajuće pravo?³

Pored predaje, kao materijalnog čina, neophodno je da postoji i *volja*, prethodna saglasnost tradensa i akcipijensa da se tradicijom uspostavi odgovarajuće pravo (svojine, službenosti, zaloge) što su pandektisti nazvali *osnov sticanja prava (titulus acquirendi)*, pored same predaje stvari (*modus acquirendi*). Samo u kombinaciji ova dva uslova, možemo govoriti o voljnom koje oplemenjuje materijalno i pravno ga uobličava do te mere da i stvara samo pravo.⁴

tu, J. Borovac, "Odgovornost zbog pravnih nedostataka stvari", *Pravni život*, Beograd, 11–2007, str. 830.

² Drugim rečima, ovo je pitanje, da li se prodavac oslobađa svih ugovornih obaveza, tako da on dolazi u položaj nekog trećeg lica koje sa kupcem nije zaključilo nikakav ugovor, povraća se u ono pređašnje svoje stanje slobode i neobaveznosti koje je prethodilo ugovoru o prodaji?, Ž. Perić, "O obavezi zaštite u slučaju evikcije kod ugovora o prodaji i kupovini", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1908, knjiga 4, 23.

³ Ima, međutim, nekoliko izuzetaka koji bi dali pozitivan odgovor na postavljeno pitanje: u slučaju *nuda traditio* kada, recimo, maloletnik ispod 7 godina života preda nekom svoju stvar, ili isto učini duševno obolelo lice. S obzirom da kod ovih lica ne postoji pravno relevantna volja, na teret onoga kome je stvar predata rodila bi se obaveza vraćanja stvari, a u korist tradensa pravo na njen povratak, iako to pomenuti tradensi ne bi ni mogli učiniti, već bi za njih to činio zakonski zastupnik. Iako izgleda da je ovde predaja sama kreirala odgovarajuće pravo odnosno obavezu, čini se da je pre reč o povredi moralnog a ipak zakonom regulisanog nečela da se niko ne može bogatiti nepravično na štetu drugoga. Vidi više Ž. Perić, (1908), 24.

⁴ Perić, pobornik ove doktrine, polemše sa dva kritička primera koji pokušavaju da negiraju neophodnost usaglašenosti osnova i načina sticanja svojine: Prvi primer navodi situaciju davanja milostinje prosjaku dok drugi pominje sticanje svojine okupacijom. U oba slučaja se postavlja pitanje gde je tu osnov sticanja svojine, zar nije pravo konstituisano onog momenta kada je milostinja data prosjaku, odnosno kada je stvar okupirana, dakle samim materijalnim činom? Čini se da ovaj uvaženi civilista lako izlazi na kraj sa kritičarima: predaja stvari prosjaku nije ništa drugo do izvršenje ranije saglasnosti između poklonodavca i prosjaka, ali, kako se ta saglasnost

Temeljni pravni osnov zaštite prava kupca u klasičnom rimskom pravu u vezi sa pravnim nedostacima stvari je obaveza prodavca da kupcu obezbedi tzv. mirnu državinu (*vacuam possessionem tradere*) a ne svojину. Dakle, vidi se da prodavac, nakon što je stvar predao kupcu, nije sebe oslobodio obaveza prema njemu. Naprotiv, njegove obaveze sada mogu biti kudikamo ozbiljnije i podložne oštroj odgovornosti. Gotovo je nemoguće analizirati pitanje odgovornosti za evikciju, ukoliko se ne učini osvrt na ovu obavezu prodavca:

“Qui vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit”⁵

“Onaj ko prodaje stvar ne treba da izvrši njen prenos na kupca, kao što onaj koji stipuliše zemlju licu koje je traži, to mora da učini.”

U praksi se ipak, uprkos načelnoj obavezi prodavca da prenese mirnu državinu, uglavnom, prenosi svojina, izuzev, recimo u slučaju prenosa kviritske svojine na peregrine. Ovu prodavčevu obavezu i njegovu odgovornost za pravne nedostatke stvari ne treba poistovećivati sa odgovornošću za činjenicu da postoji neki drugi vlasnik stvari, jer bi, imajući u vidu načelo *nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*⁶, to, u slučaju postojanja drugog vlasnika, bila prepreka da do prenosa svojine uopšte i dođe.

Iz navedenog Ulpijanovog fragmenta vidi se da je nesporno kakav je karakter obaveze prodavca: on nije dužan da kupca odmah učini vlasnikom stvari, nego samo ima obavezu *“praestare rem”*, *“possessionem tradere”*, *“vacuam possessionem tradere”*, odnosno da kupcu obezbedi tzv. mirnu državinu koju mu niko ne može narušiti upotrebom nekog pravnog sredstva, na osnovu koje će kupac postati sopstvenik.⁷

formirala neposredno pred predaju, ona se ne vidi kao poseban čin, ona je toliko bliska materijalnoj radnji predaje da se sa njom skoro i poklapa, u nju pretvara, ali to ne znači da te saglasnosti, tog osnova nema. U slučaju okupacije, Perićev odgovor je, čini se, još jednostavniji: osnov je u volji zauzimača da aprehenzijom stvari pribavi svojinu. U suprotnom, ne bi ni bilo okupacije kao načina za sticanje svojine, Ž. Perić (1908), 28–29.

⁵ D. 18. 1. 25. 1. (*Ulpianus libro 34 ad Sabinum*)

⁶ D. 50. 17. 54. (*Ulpianus libro 46 ad edictum*)

⁷ Zato će se smatrati da je prodavac izvršio svoju obavezu iako je predao kupcu tuđu stvar, pa će kupac, u slučaju da mu stvar bude oduzeta, imati pravo da traži naknadu pretrpljene štete, D. Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Beograd, 1975, 260–261, isto i O. Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd, 2003, 371, M. Milošević, *Rimsko pravo*, Beograd, 2009, 338, M. Horvat, *Rimsko pravo II*, Zagreb, 1954, 92, M. Kaser, *Das Römische Privatrecht, erster abschnitt (das altrömische, das vorklassische und klassische recht)*, München, 1954, 459, W. Buckland, *A Text – Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1921, 188, F. de Zulueta, *The Roman Law of Sale*, Oxford Clarendon Press, 1945, 42.

Drugim rečima, prodavac, prema rimskom pravu, ne odgovara za pravne nedostatke same po sebi, nego odgovara načelno samo za evikciju, tj. on ne odgovara ako bi se neko treći samo javio kao vlasnik stvari ili kao imalac nekog drugog stvarnog prava na toj stvari, nego odgovara tek onda ako bi treće lice putem parnice ili interdikta stvar oduzelo kupcu i time mu onemogućilo mirnu državinu.⁸

Prodavac nije u mogućnosti da pravno uznemirava kupca. Ne može od njega tražiti da mu kupac stvar vrati natrag, niti pokušati da mu ustupljeno pravo nekim svojim pretenzijama ograniči, protivno obavezi koju u odnosu na kupca ima. Može se ovako reći: onaj ko treba da štiti kupca, ne može evincirati prodatu stvar.

Međutim, uprkos gore rečenom, i u praksi teško ostvarljivom slučaju da prodavac pokuša da oduzme od kupca prodatu stvar, zamisliva je teorijska situacija u kojoj prodavac pravno uznemirava kupca, uveren da on time ne vređa svoju obavezu zaštite prema njemu, ili da je u dilemi da li je ta obaveza njegova ili nije.⁹

Prodavac, vidi se, mora biti *dominus* prodate stvari. Ako je taj uslov ispunjen, tada i kupac postaje sopstvenik, i time prodavac ispunjava svoju obavezu da kupca načini vlasnikom stvari. Ukoliko prodavac nije *dominus*, sledstveno ovome, to neće predajom postati ni kupac.

Međutim, od značaja je situacija kada je prodavac vlasnik stvari, a, u međuvremenu je, od prodaje do predaje, optereti službenošću ili zalogom i pod tim teretom stvar preda kupcu.

⁸ P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1979, 227

⁹ Na primer Primus neovlašćeno proda Sekundusovo dobro. Nakon toga Sekundus umre, ostavivši kao jedinog naslednika baš Primusa. Postavlja se pitanje, da li bi Primus mogao reći kupcu da je Sekundus, za života, imao nesumnjivo pravo da protiv njega podigne svojinsku tužbu i da njome povрати svoje dobro. To Sekundusovo pravo, kao i sva ostala, čine deo zaostavštine koju je Primus nasledio te i on tvrdi da može podići istu tužbu. Čini se da ovde nema spora da Primus ne može istaći ovakvu pretenziju prema kupcu, iako, na prvi pogled, ona može da deluje osnovana: ukoliko bi Primus mogao tužiti kupca u svojstvu *Sekundusovog naslednika*, kupac bi imao pravo da, nakon što pretrpi evikciju usled ove tužbe, traži od Primusa kao *prodavca*, naknadu za tu evikciju. Sve što bi Primus dobio i vratio bi, dok bi sve što je kupac izgubio odmah i povratio. Slično rešenje navodi i Planiol u slučaju da je prodavca, koji je otuđio tuđe dobro, nasledio gospodar toga dobra. Gospodar dobra ne bi mogao uznemiriti kupca niti ga evincirati jer mu on nije ni prodao dotično dobro. Kako je on naslednik prodavca, jedna od obaveza koja mu je prešla nasledem, je i da štiti kupca, M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris 1886, 457.

Istini za volju, on je preneo svojinu na kupca, ali ne u onom obimu u kojem je ugovorom definisano.¹⁰ S druge strane, ukoliko je prodavac na kupca preneo pravo u obećanom obimu, tada mogu nastupiti samo dva slučaja: a) Kupca niko ne uznemirava u njegovom pravu, niti kupac uznemirava prodavca; b) Kupac, iako je postao sopstvenik, biva uzmeniren od strane nekog trećeg lica koje, inače, zna da nema nikakvo pravo na stvari, već ili vrši akt samovolje ili uobrazava da mu neko pravo ipak pripada. Ovaj slučaj podrazumeva da, ukoliko treće lice tvrdi da je ono neko pravo imalo u vreme kada je stvar još bila kod prodavca, tada se javlja obaveza prodavca da kupca zaštiti.¹¹

Ako, međutim, prodavac ne izvrši ugovor u potpunosti, odnosno kupca ne načini sopstvenikom ili mu ne prenese pravo u punom obimu predviđeno ugovorom, i tada se mogu desiti dva slučaja: a) Uprkos tome što kupac nije postao vlasnik stvari, njega niko ne uznemirava, ili zato što eventualno zainteresovano treće lice ne zna da ima pravo svojine na stvari koju kupac drži, ili pak zna, ali ne čini ništa da svoje pravo zaštiti. Pošto kupca niko ne uznemirava, ni kupac ne uznemirava prodavca; b) Kupca uznemirava pravi vlasnik stvari. Prodavac sada ima obavezu da kupca stavi u zaštitu i ima obavezu da nadoknadi svu štetu kupcu usled eventualne evikcije, naravno, pod uslovom da izgubi spor i da treće lice dokaže svoje pravo svojine.

Odgovornost za evikciju naslućuju i stara antička prava. Rimski ugovor o prodaji je, kao retko koji, trpeo "pravne pozajmice" od drugih naroda, i na primeru prodaje se može primetiti rimski praktični duh, koji je sve, što je smatao korisnim, preuzimao od naroda koje je, ili pokorio, ili su mu bili u neposrednom okruženju. To se, pre svega, odnosi na rešenja grčkog prava, mada i starija prava imaju svoj uticaj na rimsko.

¹⁰ Može se ipak desiti da prodavac u momentu predaje, ne bude vlasnik stvari, ali da kasnije ipak dođe u položaj prodavca koji je sve obaveze izvršio prema kupcu. Tako čl. 941. Srpskog građanskog zakonika analizira slučaj kada kupac postane vlasnik stvari uzukapijom. Prema SGZ za savesnu i zakonitu uzukapiju pokretnosti potrebna trogodišnja državina (isto rešenje predviđa i AGZ). Ukoliko prodavac nije vlasnik, ali ima zakonitu i savesnu državinu, on neće kupca načiniti vlasnikom samom predajom stvari, ali će ga staviti u položaj da svojinu dobije zastarelošću. Tako, sledeći slovo SGZ-a, "koji bi stvar kakvu od pravičnog i poštenog pritežao na pošten način primio, onaj će moći kao pošten prijemnik i ono vreme svoga pretka uračunati u vreme zastarelosti." Drugim rečima, savesni kupac će državini svoga prethodnika moći da doda svoju državinu i kada obe državine budu trajale ukupno tri godine, kupac će postati vlasnik.

¹¹ Perić postavlja pitanje otkuda sada ova obaveza prodavčeva, ukoliko je on ugovor u potpunosti ispunio i daje odgovor da prodavac mora da, na traženje kupčevog, ovoga brani od napada trećeg lica, ne zato što na njemu leži još neka ugovorna obaveza, već stoga što taj fakat da je kupac uznemiren čini sumnjivim pravo prodavca, Ž. Perić (1908), 191.

Embrion ideje o odgovornosti za pravne nedostatke stvari, odnosno za slučaj evikcije, začet je već u vavilonskom pravu, u najpoznatijem reprezentu ovog pravnog sistema, Hamurabijevom zakoniku:¹²

*“Ako neko, kome je ma šta nestalo, nađe kod drugoga: ako onaj kod koga je nađeno ono što je nestalo kaže: “prodavac mi je prodao, pred svedocima sam kupio”, i ako sopstvenik onoga što je nestalo kaže:” dovedu svedoke koji poznaju ono što mi je nestalo”, tada kupac treba da dovede prodavca koji mu je prodao i svedoke pred kojima je kupio i sopstvenik nestale stvari treba da dovede svedoka koji poznaje njegovu nestalu stvar. Sudija treba da ispita njihove iskaze: svedoci, pred kojima je cena plaćena, i svedoci, koji poznaju nestalu stvar treba pred bogom da kažu šta znaju. Prodavac je tada lopov i da se ubije. Sopstvenik nestale stvari dobija je, kupac dobija od kuće prodavca novac koji je platio.”*¹³

Iz navedenog člana deluje da je nesporno da zakonodavac predviđa vrlo oštru i rigoroznu odgovornost za slučaj pravnog nedostatka stvari, kao i za ono što će Rimljani nazvati odgovornost za evikciju.

¹² Otkriven 1901. godine u gradu Suzi, ovaj Zakonik najznačajniji je spomenik područja Mesopotamije i svoje epohe, jedan od najvažnijih u istoriji prava uopšte. Njegovi propisi bili su uklesani i postavljeni u svim važnijim gradovima carstva. Na sačuvanoj steli od diorita visoko 2.62 metra, pored prologa i epiloga (koji zajedno zauzimaju oko pet kolumni teksta, od ukupno 41 kolumne), nalazilo se blizu 300 zakonskih odredbi, V. Stanimirović, “Novi pogled na Hamurabijev zakonik, prvi deo”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br.1–2011, str.135 i dalje.

Živa su poređenja odredaba Hamurabijevog zakonika, kao dosta starijeg, sa rimskim Zakonom 12 tablica. Odredbe Hamurabijevog zakonika su, u izvesnom smislu, heterogene. To se može objasniti načinom na koji je ovo društvo nastalo. Relativno primitivni došljaci vojnički su pokorili starosedeoce, ali su preuzeli brojne ustanove pokorenih naroda zadržavši i neke svoje, O. Stanojević, *Istorija političkih i pravnih institucija*, Beograd 1991, 82. Tako se uporedo nalaze odredbe o banakarima, ortakluku, građevinarima, odgovornosti hirurga za neuspelu operaciju, prodaji, odgovornosti za naknadu štete zbog neodržavanja nasipa i kanala.

Pravni istoričari se uglavnom slažu da ovaj zakonski tekst nije samonikao, već da je uticaj sumerskog prava i prethodnih pravnih zbornika očigledan. Tako je formulacija odredbi koja je i danas uobičajena, a koja počinje sa jednim pogodbenim *ako*, verovatno preuzeta od Sumeraca, O. Stanojević (1991), 82, S. Avramović, V. Stanimirović, *Uporedna pravna tradicija*, Beograd, 2007, 71.

Bitna osobina ovog zakonika, kazuističnost, od važnosti je i za temu koju analiziramo. Na prvi pogled, Zakonik više podseća na zbirku sudskih presuda, nego na zbornik opštih pravnih propisa. To dovodi do polemike da li je Zakonik samo ozakonio u pisanoj formi već postojeće običaje, ili ih je, naprotiv, ukinuo i modifikovao, da li je ukinuo ili samo dopunio postojeće norme prethodnih zakonika, ili pak reguliše samo nove odnose i one koji su izazivali najviše sporova.

Uočava se, veli Nikolić, da on posebno reguliše gradske potrebe, jer se u odnosima gradskih slojeva najpre ističe potreba za jedinstvenim pravom, jer su se ovde tradicionalni odnosi brže raskidali, a stare ustanove gubile značaj, D. Nikolić, *Fragmenti pravne istorije*, Niš 1997, 67.

¹³ Hamurabijev Zakonik, čl. 9, Lj. Kandić, *Odabrani izvori iz opšte istorije države i prava*, Beograd 1992, 36.

Naravno, poput većine primitivnih pravnih sistema, dokazivanje svojine na stvari i u Zakoniku je prepušteno zakletvi, za razliku od rimskog prava, gde je to pitanje dosta složenije i njime ćemo se detaljnije baviti. U skladu sa kaznenom politikom čitavog Zakonika, za prodavca je u ovom slučaju predviđena smrtna kazna, dok vidimo da pravi vlasnik stvari vraća svojinu nad njom, dok oštećeni kupac dobija novac koji je platio na ime cene, što se, pretežno, podudara i sa rimskim rešenjima.

S obzirom da, međutim, rimska klasična prodaja proizvodi samo obligatorna dejstva, jasno je da se samom pogodbom ne prenosi još na kupca svojina. Sporazumom o predmetu i ceni ne zasniva nikakav stvarnopravni odnos, nego samo dužnost za prodavca da preda stvar a za kupca da isplati cenu. Sam prenos, dakle, nije deo nastanka obaveze, već samo njenog ispunjenja, koja je nastala zaključenjem ugovora, bez obzira da li je reč o instantnoj ili prodaji na kredit.¹⁴

Prema Miloševiću, i u rimskom pravu se od prodavca očekuje prenos svojine – prodaja je *iusta causa* za tradiciju i održaj; ali kupac nema pravo na tužbu zbog same činjenice da svojina nije preneti.¹⁵

Sličan stav zauzima i Kazer, koji navodi da je prodavac jedino obavezan na *vacuum possessionem tradi*, odnosno državinu koja je oslobođena bilo faktičkih bilo pravnih uplitanja prodavca ili trećih lica.¹⁶

¹⁴ Ugovor o prodaji, je, dakle, samo pravni osnov za prenos stvari, odnosno isplatu cene, i u tome se klasično rimsko pravo razlikuje od većine ostalih antičkih prava, pre svega od grčkog, u kojem je ovaj ugovor faktički realni kontrakt i nastaje tek prenosom stvari a samo zaključenje ugovora je uslovljeno davanjem kapare, R. Knütel, *Contrarius consensus: Studien zur Vertragsaufhebung im Römischen Recht*, Köln 1988, 69, F. Pringsheim, *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950, 333–340.

¹⁵ Ovakvo rešenje se danas različito objašnjava: preuzimanjem prodaje u civilno pravo iz odnosa sa strancima, gde rimska svojina nije primenjiva; poreklom ugovorne formule o obavezi prodavca (opisne – *uti frui habere licere*) iz stare stipulacije o prodaji, željom klasičnih pravnika da jednom formulom obuhvate sve moguće predmete (i provincijska zemljišta koja ne mogu da budu u svojini), M. Milošević, 338–339.

¹⁶ Činjenica je, dakle, da prodavac nije obavezan da kupcu obezbedi kviritsku svojinu, već samo nesmetanu državinu i uživanje stvari *uti frui habere licere*, dakle da ga drži u položaju koji prema *ius gentium* ali ne i prema *ius civile* predstvalja položaj sopstvenika. Ako kupac nije postao kviritski sopstvenik, na primer, zato što je stvar kupio od nevlasnika, onda ne može da istupa protiv prodavca dok se nalazi u položaju neometanog držaoca. Iz ovoga se može zaključiti da kupac mancipaciju zahteva samo zato što je ona najdelotvornije sredstvo obezbeđivanja kupcu takvog pravnog položaja u kom je zaštićen od kasnijih eventualnih ometanja od strane prodavca, M. Kaser, 460

Prodavčeva obaveza garancije mirne državine nije posledica jednog akta, već je ona, pre svega, vezana za preduzimanje svih neophodnih aktivnosti da bi i eventualna kasnija ometanja kupčeve državine bila sprečena.¹⁷

U slučaju da se takvo ometanje zaista i dogodi, kupac je u mogućnosti da zahteva od prodavca, kao pravnog prethodnika (*auctor*) da mu pomogne u sporu.¹⁸ Ako i pored prodavčeve intervencije kupac izgubi spor, i stvar mu bude oduzeta (evincirana), jasno je da prodavac mora biti odgovoran za evikciju jer nije ispunio osnovnu obavezu trajne garancije mirne državine.

Ovo implicira da u rimskom pravu ugovor o prodaji ne garantuje predaju svojine. Prodavčeva obaveza je, treba zaključiti, *facere a ne dare*.¹⁹

Kupac će pribaviti svojину na *res nec mancipi* predajom stvari, ukoliko je postojala kauza predaje stvari (prodajom, poklonom, nekim sličnim pravnim osnovom) ako je on bio vlasnik stvari:

*“Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim”*²⁰

*“Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominium, si non fuit, tantum evictionis nomine venditore obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum.”*²¹

“Prvo, prodavac mora da sam izvrši prenos imovine, to jest, da je preda i svojina nad pomenutom imovinom će preći na kupca, ukoliko je ona pripadala prodavcu. Ako mu nije pripadala, prodavac će biti odgovoran samo u slučaju evikcije, pod uslovom da je cena plaćena ili je dato obezbeđenje.”

¹⁷ Ovo je razumljiva posledica funkcije prodaje: ona kupcu treba da omogući trajno iskorišćavanje stvari, kojem je predaja samo pretpostavka. Zato je kupcu potrebna trajna pomoć prodavca, sve dok svoje pravo na mirnu državinu izvodi iz kupovine stvari – praktično do okončanja održaja ako je u datoj situaciji moguć, M. Milošević, 339.

¹⁸ V. Arangio – Ruiz, *La compravendita in diritto romano I*, Napoli, 1978, 310.

¹⁹ A. J. Kerr, *The Law of Sale and Lease*, Oxford 1984, 112, F. de Zulueta, 42, J. Mackintosh, *The Roman Law of Sale*, Edinburg 1907, 233, dok Stanojević tvrdi da je uz odgovornost za evikciju u praktičnim posledicama obaveza davala približno iste rezultate kao da je prenosio svojinu. Teško će kupac, smatra on, imati mirnu državinu ako je stvar tuđa ili je opterećena hipotekom. Dok je stvar kod njega, prodavac je dužan da je čuva sa pažnjom dobrog domaćina i odgovoran je za *culpa levis in abstracto*, O. Stanojević (2003), 371.

²⁰ *Gai Inst.* 2. 20.

²¹ *D. 19. 1. 11. 2. (Ulpianus libro 32 ad edictum)*

Međutim, uverenja je Cimerman, prodavac je odgovoran, ne samo za *vacuam possessionem tradere*, već i za produženje kupčevog uživanja na stvari.²²

Ovo govori o tzv. impliciranoj garanciji za neometano posedovanje, jer čim bi pravi vlasnik dokazivanjem svog prava svojine evincirao stvar kupcu, on bi mogao da zahteva novčanu odgovornost prodavca.²³

Razlog ovakvom rešenju, izgleda, treba tražiti u tome što je *emptio venditio* faktički otpočela u odnosima između Rimljana i peregrina i što su se *res nec Mancipi* mogle zato prenositi samo tradicijom, pa je peregrinski pretor tradiciju smatrao uobičajenim načinom prenosa svojine.²⁴

Moglo bi se, iz izloženog, zaključiti da prodaja ne podrazumeva i da je prodavac vlasnik stvari. Ako on nije vlasnik, jasno je da neće moći ni preneti svojину na kupca.

To, ipak, ne znači da je prodajni ugovor nevažeći, jer je bilo pravno nemoguće izvršiti ono što je obećano. S obzirom da je kupac imao državinu na stvari, a da je prodavac bio dužan da mu tu državinu učini mirnom, mogao je održajem steći i svojinu na toj stvari. Tako je, ako se prihvati Cimermanovo mišljenje, ipak bilo implicirane garancije za neometano posedovanje stvari, jer čim bi pravi vlasnik, kada dokaže svoj pravni osnov, evincirao stvar koja je u posedu kupca, ovaj je prodavca mogao da smatra nadalje novčano obaveznim.

Kupcu su na raspolaganju brojna pravna sredstva zaštite usled pravnih nedostataka stvari. Ideja da je tužbom iz ugovora o prodaji "*actio empti*" kupac zaštićen i u pogledu evikcije, najverovatnije, krajem 2. veka. p. H. promovisao Salvije Julijan.²⁵

Kupac može koristiti i ostala procesna sredstva, počev od dvostrukih stipulacija (*stipulatio duplae*), tužbe na osnovu stipulacija (*actio ex stipulatu*), *actio auctoritatis*, pa do tužbe iz ugovora zasnovane na *bona fides* ("*ex empto agi posse; in bonae fidei iudicis debent venire*").²⁶

²² R. Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations on Civilian Traditions*, Oxford University Press, 1995, 293. Ugovor o prodaji se ne može smatrati važećim ako isključuje prenos svojine, dok je i onaj ugovor prodaje tuđe stvari važeći ako je kupcu predata stvar a on ne stekne svojinu, C. Wollschläger, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen*, Köln 1970, 82.

²³ D. 21. 2. 34. (*Pomponius libro 27 ad Sabinum*); D. 21. 2. 35. (*Paulus libro secundo ad edictum aedilium curulium*); D. 21. 2. 46. (*Africanus libro sexto quaestionum*); D. 21. 2. 62. 2. (*Celsus libro 27 digestorum*)

²⁴ V. Arangio – Ruiz, (1978), 249.

²⁵ D. 21. 2. 8. (*Iulianus libro 15 digestorum*). Kazer smatra da je Salvije Julijan prvi pravnik koji je kupcu putem *actio empti* odobrio zaštitu od evikcije, M. Kazer, 556.

²⁶ D. 21. 1. 31. 20. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*)

U slučaju da je podigao *actio empti* kupac je u mogućnosti da zahteva naknadu svog punog interesa – “*venditor hominis emptori praestare debet, quanti eius interest hominem venditoris fuisse*”²⁷

Da bi bio u prilici da ostvari zaštitu svojih prava, kupac je u obavezi da prodavca obavesti o početku parnice, kojom treće lice zahteva predaju kupljene stvari (*litis denuntiatio*).

Ukoliko kupac ne postupi na ovaj način i ne obavesti prodavca (“*Si cum possit emptor auctori denuntiare, non denuntiasset...*”)²⁸, a stvar bude evincirana, kupac nema pravo da prodavca pozove na odgovornost i gubi pravo na zaštitu.

Nadalje će biti reči o slučajevima koji kupcu omogućavaju ostvarivanje prava zaštite, prevashodno kroz različita procesna sredstva koja su mu na raspolaganju.

“*Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori aufferri potest.*”²⁹

“*Nema nikakve sumnje da svako može da proda imovinu koja pripada nekom drugom, jer prodaja i kupovina postoje u ovom slučaju, ali kupac može biti lišen te imovine u sudskom procesu.*”

Iz ovog Ulpijanovog fragmenta iz Digesta, može se videti da klasično rimsko pravo nema dilemu da li je moguće prodati tuđu stvar. Takva je prodaja je valjana, iako se podvlači da stvar kupcu može biti oduzeta.

Razlog tome može se potražiti u obligacionopravnoj profiliranosti klasične prodaje, koja jasno naglašava obaveze prodavca prema kupcu (nedolozno ponašanje, obezbeđivanje mirne državnine stvari – *praestare rem ipsam – rem habere licere*, odgovornost za evikciju) u odnosu na kupčevu volju i način sticanja svojine.³⁰

Međutim, kupac tuđe stvari (*emptor rei alienae*) kojem je stvar tradirana od strane prodavca koji nije vlasnik stvari, ali je njen držalac, ima primetnu pravnu zaštitu.

Kupcu stvari od prodavca držaoca a nevlasnika, dodatno je poboljšan položaj u odnosu na teret dokazivanja u osnovnoj svojinskoj tužbi, reivindikaciji.

²⁷ D. 21. 2. 8. (*Iulianus libro 15 digestorum*)

²⁸ D. 21. 2. 53. 1. (*Paulus libro 77 ad edictum*)

²⁹ D. 18. 1. 28. (*Ulpianus libro 41 ad Sabinum*)

³⁰ Kako je, prema tome, navodi Petranović, rimska prodaja tek *iusta causa transferendi*, a mancipacija i tradicija se, kao redovni derivativni načini sticanja svojine, nadograđuju na konsensus prodaje, cilj će biti ispunjen jedino ukoliko je *tradens* ujedno i *dominus*, A. Petranović, *Položaj kupca u pravnom režimu rimske kupoprodaje* (dok. disertacija), Zagreb, 1996, 127.

Svojinska tužba vlasnika koji je izgubio državinu na stvari protiv tuženog, držaoca, nevlasnika stvari, u formularnom postupku se zasniva na poricanju njegovog prava na stvar. To je značajna promena u odnosu na raniju legisakcionu vindikaciju i kontravindikaciju.³¹

Međutim, jasno je da reivindikacija u klasičnom pravu biva uspešna tek ukoliko tužilac uspe da dokaže svoje pravo svojine na stvari.³² Tužilac, koji podiže tužbu za povraćaj stvari (*qui petitorio iudicio utitur*),³³ u postupku dokazivanja, biće u neuporedivo težem položaju ukoliko valja dokazivati derivativni put sticanja svojine. Ovakva pravna situacija pogoduje kupcu, koji se nalazi u položaju tuženoga, držaoca a nevlasnika, jer tužilac mora dokazivati sve do originarnog vlasnika.

*“Commodum autem possidendi in eo est quod, etiamsi eius res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio, propter quam causam, cum obscura sunt utriusque iura, contra petitem iudicari solet.”*³⁴

“Prednost državine je u tome što čak iako onaj koji stvar drži nije njen vlasnik, a tužilac ne može da dokaže da je stvar njegova, državina ostaje netaknuta, pa iz razloga kada prava dve strane nisu dovoljno jasna, presuda se obično donosi protiv tužioca.”

Iz ovog teksta može se zaključiti da, primenom načela *in dubio pro reo*, stvar ostaje kupcu, ukoliko tužilac ne dokaže opravdanost svog zahteva za pravom svojine. Štaviše, rimsko se pravo odlučuje, kao što se vidi, da u slučaju sumnje, razumljivo, uobičajeno donese presudu u korist tuženog.

Još jedan element zaštite prava kupca koji stvar pribavi od nevlasnika, vezan je za pravnu sudbinu plodova:

“Si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qua iusta causa aequae bonae fide acceperit: naturali ratione placuit fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura. et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consuptis agere non potest. ei

³¹ “Hunc ego “hominem” – “fundum” ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam” – Gai Inst. 4, 16.

³² “...ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere” – D. 6. 1. 9. (Ulpianus libro 16 ad edictum)

³³ Gai Inst. 6. 1. 36.

³⁴ Iust. Inst. 4. 15. 4.

*vero, qui sciens alienum fundum possederit, non idem concessum est itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint cogitur restituere.*³⁵

“Ako neko u dobroj veri kupi nepokretnost od nekoga ko nije njen vlasnik, ali za kojeg misli da jeste, ili je dobije na poklon ili na bilo koji drugi način u dobroj veri, zdravorazumno je da će svaki plod koji prikupi, pripasti njemu, na osnovu obrađivanja i brige o nepokretnosti. I, stoga, ako se vlasnik nepokretnosti kasnije pojavi i potražuje je, on ne može pokrenuti spor za plodove koje je kupac potrošio. Ista privilegija nije omogućena onome ko znajući da je to zemlja drugog, zadrži je, pa će biti odgovoran za plodove zajedno sa zemljištem, čak i ako su plodovi potrošeni.”

Ovaj odlomak tematizuje problem plodova (*fructus pendentes*) koji se uobičajeno shvataju kao deo zemlje koja je predmet pravnog posla.³⁶ Sticanje od nevlasnika ovo pitanje može učiniti složenijim, jer povraćaj zemljišta pravom vlasniku može ali i ne mora obuhvatati i vraćanje plodova, što, naravno, zavisi i od načina sticanja stvari, ali i od vrste plodova.

Teskt ukazuje da *fructus percepti* i *fructus extantes* pripadaju sticaocu koji je u dobroj veri kupio zemljište. Sledstveno ovome, plodovi će, navodi se u fragmentu, biti dati onom licu koje je zaslužno za njihov nastanak i rast. Tu se vidi i osnov što su i *fructus consumpti*, plodovi koji su u vreme podizanja tužbe već potrošeni, opravdano, pripali kupcu *bona fide*.

Vraćanje plodova kupac će morati da izvrši samo ukoliko je *znao* da stvar preuzima od nevlasnika. Može se zaključiti da je osnov po kojem se određuje da li će kupac biti obavezi da vrati plodove, ne pitanje čijom su zaslugom nastali i rasli, nego savesnost kupca.

Pitanje kupčeve savesnosti ključno je i u određivanju obima njegove zaštite u slučaju kupovine ukradene stvari (*res furtiva*). Kupac koji stvar kupuje u dobroj veri, ima obavezu da ispuni odredbe ugovora o prodaji, bez obzira na to što je stvar koju kupuje ukradena. Imajući ovo u vidu, jasno je, slažu se Pavle, Ulpijan i, posredno, Pomponije, da kupac ne može odustati od ugovora iako je, gotovo izvesno, da će mu stvar biti oduzeta. Dakle, ukoliko prodavac zna da je stvar ukradena, a kupac ne, obojica su ipak vezani ugovorom:

*“...quod si venditor scit, emptor ignoravit, utrinque obligatio contrahitur, et ita Pomponius quoque scribit.”*³⁷

“Kada je prodavac bio svestan da je stvar ukradena, a kupac za tu činjenicu nije znao, obojica su ipak vezani ugovorom, i ovo je takođe izjavio Pomponije.”

³⁵ *Iust. Inst.* 2. 1. 35.

³⁶ *...pars fundi videntur* – D. 6. 1. 44. (*Gaius libro 29 ad edictum provinciale*)

³⁷ D. 18. 1. 34. 3. (*Paulus libro 33 ad edictum*)

Zanimljivo pitanje je kakva je sudbina ugovora, prodavca, kupca, i pravog vlasnika stvari, u slučaju da jedan od ugovornih strana postupa dolozno, odnosno *zna* da je stvar ukradena.³⁸

Ukoliko je jedna strana neupućena u furtivni karakter stvari koja je predmet prodaje, u dva slučaja neće se postaviti pitanje nevaljanosti ugovora: 1. ako je *vitium* (nedostatak) nepoznat kupcu, jer mu prodavac mora obezbediti mirnu državinu, 2. kada je *vitium* u vreme zaključenja ugovora nepoznat prodavcu, ali je on, uprkos tome, voljan da ugovor održi i ostvari ugovorne obaveze.³⁹

Prateći odredbe navedenih izvora, može se izvesti odgovarajuća šema zaštite prava kupca u slučaju prodaje ukradene stvari u odnosu na (ne)znanje te činjenice:

- a) pretpostavka: neznanje (*savesnost*) kupca
posledice: pravna valjanost ugovora, odgovornost prodavca za evikciju, mogućnost kupca da održajem (*usucapio pro emptore*) stekne svojину na stvari
- b) pretpostavka: neznanje (*savesnost*) prodavca
posledice: 1. povraćaj stvari pravom vlasniku
2. odgovornost prodavca za evikciju, nemogućnost kupca da održajem stekne svojину na stvari (ukoliko je stvar ukradena, po *Lex Atinia*)
- v) pretpostavka: znanje obe strane (*doloznost*)
posledica: ništavost ugovora⁴⁰

Iz još jednog Pomponijevog fragmenta iz *Digesta*, mogu se uočiti značajna rešenja zaštite prava kupca u zavisnosti od njegove savesnosti:

*“Suae rei emptio non valet, sive sciens sive ignorans emi: sed si ignorans emi, quod solvero repetere potero, quia nulla obligatio fuit.”*⁴¹

³⁸ Cimerman je mišljenja da neznanje prodavca deklarativno opoziva njegovu ugovornu obavezu, i njeno ispunjenje ostaje samo u granicama prodavčeve volje poštovanja postignute saglasnosti volja sa kupcem. Drugim rečima, prodavčevo nepoznavanje karaktera stvari koju prodaje je zaštićeno (a ne sankcionisano) pravnom nevaljanošću ugovora, R. Zimmermann (1992), 75.

³⁹ Cimerman postavlja pitanje razloga kojim rimsko pravo samo prodavcu omogućava donošenje odluke o pravnoj validnosti ugovora u ovom slučaju i zaključuje da to nema veze sa preferiranjem jedne od ugovornih strana (u ovom slučaju prodavca), nego je reč o odgovarajućim postavkama položaja kupca: zaštite njegovog položaja u ostvarivanju namere da postane vlasnik stvari, zaštite vlasnika stvari, određivanje uslova pod kojima kupac može steći svojину održajem. Vidi više R. Zimmermann, R, 77–82.

⁴⁰ *Item si emptor et venditor scit furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur* – D. 18. 1. 34. 3. (*Paulus libro 33 ad edictum*)

⁴¹ D. 18. 1. 16. (*Pomponius libro nono ad Sabinum*)

“Kupovina moje stvari nije važeća, bez obzira da li sam je izvršio svesno ili ne, ali, ako je kupim dok nisam svestan te činjenice, ja mogu da povratim ono što sam platio, jer iz toga ne proizlazi nikakva obaveza.”

Vidi se da ovaj fragment saopštava da (ne)znanje kupca nije opredeljujuće za pravnu sudbinu ugovora. U oba slučaja isti je ishod: *emptio non valet*. Međutim, odrednica “...sed si ignorans emi...”, ukazuje da kupac može zahtevati povraćaj isplaćenog novca, ukoliko je iz neznanja kupio svoju stvar.⁴²

Julijanov tekst iz Digesta navodi još jedan zanimljiv primer rešenja zaštite prava kupca u slučaju suspenzivnog uslova:

*“Cui res sub condicione legata erat, is eam imprudens ab herede emit: actione ex empto poterit consequi emptor pretium, quia non ex causa legati rem habet.”*⁴³

“U slučaju kada je stvar legirana nekom pod uslovom, a drugo lice, nesvesno takve činjenice, kupi stvar od naslednika, može nadoknaditi cenu tužbom iz prodaje, jer ista nije u njegovoj svojini budući da proističe iz zaostavštine.”

Kupac kupuje od naslednika stvar koja mu je legirana pod suspenzivnim uslovom.⁴⁴ Važnost ugovora, iako je saglasnost volja postignuta dok još uslov nije ostvaren, ne bi trebala biti pod znakom pitanja, jer kupac kupuje stvar koja nije u njegovoj svojini.

Sledstveno ovome, neispunjenje uslova, neostvarenje singularne sukcesije, kupcu onemogućava da na osnovu prodaje stekne svojinu nad kupljenom stvari. Ovo deluje dosta jednostavno i logično, pa se ni Julijan ne bavi posebno ovim delom pitanja. Za njega je suptilniji problem pravnog položaja kupca nakon is-

⁴² Preciznije, kada iz neznanja prihvata zaključenje ugovora o kupovini stvari koja je već u njegovoj svojini. Behman je sklon da veruje da je ovo rešenje više posledica sprečavanja pravno neosnovanog obogaćenja prodavca, nego brige za kupca da povrati ono što je dao u pogrešnom uverenju postojanja ugovorne obaveze, A. Bechman, *Der Kauf nach gemeinem Romische Recht*, Weimar, 1876, 243. Baklend upoređuje ovaj fragment sa Pavlovim odlomkom iz Digesta (*D. 18. 1. 34. 4. Paulus libro 33 ad edictum*), i navodi da ova dva fragmenta samo na prvi pogled nude različita rešenja. Neime, Pavlov tekst predviđa da je ugovor o prodaji valjan kada je prodavac držalac kupčeve stvari, dok kupac kupovinom želi da ostvari mirno uživanje stvari, budući da time jača svoj procesni položaj. Pravnu važnost ugovora o prodaji moguće je obrazložiti time da je u ovom slučaju reč o stvari nad kojom kupac (vlasnik) ima izvesna ograničenja kojih je svestan (npr. stvarno pravo na tuđoj stvari). Stoga, u ovom slučaju korišćeni izraz “res” valja tumačiti određenog ovlašćenja koje nedostaje kupcu i koje on kupovinom namerava pribaviti, te, imajući u vidu prodaju kao ugovora *bone fidei*, važnost ovog pravnog posla nije pod dilemom, W. Buckland (1921), 531.

⁴³ *D. 19. 1. 29. (Iulianus libro quarto ex Minicio)*

⁴⁴ Termin “*sub condicione*” u ovom slučaju valja tumačiti kao primer za suspenzivni uslov, imajući u vidu da legat ne dozvoljava primenu rezolutivnog uslova. Više o odnosu legata i uslova J. A. C. Thomas, *Textbook of Roman Law*, Amsterdam-New York-Oxford 1996, 505–509.

punjenja suspenzivnog uslova. U tom slučaju kupac, u stvari, kupuje stvar koja je u njegovoj svojini. Zato Julijan kupcu i omogućava tužbu *ex empto* za povraćaj novca.⁴⁵

Sa stanovišta zaštite prava kupca zanimljiv je i slučaj kada dva kupca kupuju istu stvar od nevlasnika:

*“Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit, hoc est, cui primum tradita est.”*⁴⁶

“Ako smo nas dvojica kupili istu stvar od lica koje nije vlasnik, a savesni smo, prodaja je zaključena a stvar predata. Bez obzira na to da li smo nas dvojica izvršili kupovinu od istog lica ili od dva različita, onaj koji je prvi stekao pravo, mora biti zaštićen, to jest, onaj kome je stvar prvom predata.”

Ako se uporedi položaj dva kupca koji su savesno (*sine dolo malo*) stekli stvar od istog nevlasnika, uvideće se da se iz ovog fragmenta može izvesti zaključak da je u prednosti onaj kupac kojem je stvar ranije tradirana.⁴⁷ Kupac je, u ovom slučaju, u mogućnosti da kao procesno sredstvo zaštite koristi *actio ficticiae* (što je i logično, imajući u vidu da sticanje od nevlasnika podrazumeva sticanje svojine održajem, kada se, u određenim slučajevima, fingira da je rok za održaj prošao). Ovo rešenje je potvrdu dobilo u Ulpijanovom fragmentu iz Digesta u kom se on poziva na Julijana, propisujući isto rešenje:

*“Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit. Et Iulianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. Quae sententia vera est.”*⁴⁸

“U slučaju kada neko lice prodaje istu stvar ponaosob dvojici savesnih kupaca, da vidimo kod od njih ima veće pravo da pogigne Publicijansku tužbu. Onaj, kojem je stvar prvo predata, ili onaj koji je prvi zaključio kupovinu? Julijan u Sedmoj knjizi Digesta navodi: Ako su dve strane kupile stvar od istog lica koje nije vlasnik, prednost ima onaj kojem je stvar prvo predata. Ali, ako su kupili stvar od različitih lica koja

⁴⁵ Predviđanje ove tužbe ukazuje na postojanje evikcije *sui generis*, ili posredno na valjanost ugovora kao kauze sticanja stvari, A. Petranović, 140.

⁴⁶ D. 19. 1. 31. 2. (Ulpianus libro 11 ad edictum)

⁴⁷ Ovde vredi napomenuti da se opisana situacija tumači kao kupčevo neznanje da kupuje stvar od nevlasnika, uz istovremeno prodavčevo neznanje da postoji zaključen još jedan ugovor o prodaji iste stvari sa drugim kupcem.

⁴⁸ D. 6. 2. 9. 4. (Ulpianus libro 16 ad edictum).

nisu vlasnici, onaj koji stvar ima u državini u boljem je pravnom položaju u odnosu na onog koji pokreće tužbu. I ovo gledište je ispravno.”

Ulpijan analizira isti slučaj u kojem dva kupca kupuju istu stvar od nevlasnika i obojica su savesni. Postavlja se pitanje, ko je u boljem položaju, onaj koji je prvi kupio stvar ili onaj kojem je stvar prvo predata? Ulpijan citira Julijana kojem ključno vreme predaje, kao osnov kojim će kupac biti zaštićen. Ujedno i prihvata njegov stav.

Jedini slučaj u kojem se klasični pravници ne slažu po ovom pitanju je kada je reč o slučaju sticanja od različitih nevlasnika.

Ulpijan i ovde ostaje pri istom stavu da je vreme tradicije odlučujuće za zaštitu kupca⁴⁹, dok Julijan daje prednost onom kupcu koji, u trenutku podizanja tužbe, ima državinu na stvari (“...*quod si a diversis non dominis melior causa sit possidentis quam petentis*”).⁵⁰

Na posletku, vredi analizirati i obim zaštite prava kupca u slučaju doloznog ponašanja prodavca koji prodaje tuđu stvar, o kojem nam svedoči Gaj:

*“Si te Titio optuleris de ea re quam non possidebas in hoc ut alius usucapiat, etiudicatum solvi satisdederis: quamvis absolutus sis, de dolo malo tamen tenebris: et ita Sabino placet.”*⁵¹

“Ako sami ponudite Ticiju nešto što nije u vašoj svojini sa namerom da i neko drugi može koristiti isto, i vi date obezbeđenje da će se presuda poštovati, čak i ako budete oslobođeni, i dalje ćete biti odgovorni za prevaru. I ovo je stav Sabinov.”

Reč je o slučaju kada je prodavac tuđe stvari tužen za povraćaj te stvari od strane pravog vlasnika.

Reivindikacija predviđa da se njome može koristiti samo civilni vlasnik koji nema državinu nad stvari, protiv lica koje stvar drži i takođe za sebe tvrdi da je vlasnik.

Znajući da bi pravi vlasnik mogao dobiti spor, prodavac se odlučuje za doloznu radnju prodaje stvari kupcu, kako bi prestao biti držalac, i kako bi, dok traje spor, omogućio kupcu da protekom roka za održaj postane vlasnik nad stvari (*qui liti se obtulit*). Sabin, vidi se, ovakvo ponašanje prodavca ocenjuje kao dolozno.

Iz tog razloga, vlasniku se dozvoljava da nastavi parnicu (iako prodavac više nije držalac stvari) i izvede je do kraja, sa mogućnošću da, ukoliko u njoj

⁴⁹ D. 19. 1. 31. 2. (*Neratius libro tertio membranarum*).

⁵⁰ D. 6. 2. 9. 4. (*Ulpianus libro 16 ad edictum*).

⁵¹ D. 4. 3. 39. (*Gaius libro 27 ad edictum provinciale*).

trijumfuje, oduzme (evincira) stvar kupcu. Kakvo je kupčevo pravo zaštite? Celz mu dozvoljava “*actio doli*” ili “*actio ex stipulatu*” na osnovu klauzule *doli*.⁵²

Drugi slučaj doloznog ponašanja prodavca u prodaji tuđe stvari, sada u odnosu na kupca, naznačen je u Ulpijanovom tekstu iz Digesta:

“*Vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, exceptione doli posse summoveri nemini dubium est, quamvis alio iure dominium quasierit: improbe enim rem a se distractam evincere conatur. eligere autem emptor potest, utrum rem velit retinere intentione per exceptionem elisa, an potius re ablata ex causa stipulationis duplum consequi.*”⁵³

“*Niko ne sumnja da prodavac koji pokuša da povrati stvar koju je sam prodao, može biti sprečen na osnovu prigovora prevare, iako je možda došao do svojine po drugom osnovu. jer on nečasno pokušava da dođe do stvari koju je sam prodao. Pored toga kupac treba da utvrdi da li želi da zadrži stvar uz pomoć prigovora, ili, ukoliko mu je stvar već oduzeta, da zahteva nadoknadu njene dvostruke vredosti stipulacijom.*”

Prodavac je, može se videti, prodao stvar koja u vreme zaključenja ugovora i vreme predaje stvari nije bila u njegovoj svojini, dakle, imala je svojstvo tuđe stvari. Prodavac je, međutim, u međuvremenu, postao vlasnik stvari (...*dominium quaesierit*...) na primer, legatom *per vindicationem*. Sada podiže reivindikaciju u nameri da zahteva povraćaj stvari koju je ranije prodao kupcu.⁵⁴

Nakon što je ocenjeno da je ovakav prodavčev zahtev dolozan (...*improbe enim rem a se distractam evincere conatur*...), kupcu se omogućavaju dva procesna sredstva zaštite: *exceptio (doli)* ukoliko kupac želi da zadrži kupljenu stvar, odnosno *actio ex stipulatu*, ukoliko ne želi da je zadrži, pa je stvar već vratio prodavcu, ali zahteva njenu dvostruku vrednost. Naravno, *actio ex stipulatu* se može podići samo ukoliko joj je prethodila stipulacija. U suprotnom, podiže se *actio empti*.

Kupčevo ulaganje prigovora, u nameri da stvar zadrži, može biti i neuspešno:

“*Sed et si exceptio omissa sit aut opposita ea nihilo minus evictus sit, ex duplae quoque stipulatione vel ex empto potest conveniri.*”⁵⁵

⁵² D. 5. 3. 45. (*Celsus libro quarto digestorum*).

⁵³ D. 21. 2. 17. (*Ulpianus libro 29 ad Sabinum*).

⁵⁴ Kupčev položaj, prema tome, treba protumačiti u okviru evikcije, odgovornosti za gubitak stvari, koja, u ovom slučaju ima atipično, posebno obeležje, budući jače pravo na sgar (svojina) poseduje sam prodavac, A. Petranović, 148.

⁵⁵ D. 21. 2. 18. (*Paulus libro quinto ad Sabinum*).

“Čak i ako se prigovor ne ospori, ili ako se uspešno pobije, kupcu se događa evikcija. Protiv prodavca se može pokrenuti tužba na osnovu stipulacije na dvostruku vrednost stvari, tužba na osnovu same kupovine.”

Neuspeh uloženog prigovora od strane kupca, nije i konačni gubitak stvari. Ovaj fragment nam nedvosmisleno govori da je kupcu omogućeno i dalje da podigne ili *actio ex stipulatu* (na osnovu *stipulatio duplae*) ili redovnu tužbu iz prodaje *actio empti*.⁵⁶

Uticao rimskog klasičnog prava na moderno srpsko zakonodavstvo u sferi odgovornosti za pravne nedostatke stvari i evikciju, vidan je i temeljan. Analiza rimskih tekstova pokazala je da rimsko pravo poznaje ono što danas razlikujemo kao potpunu evikciju, kada je kupac u potpunosti onemogućen da koristi pravo iz ugovora i delimičnu evikciju, kada je kupčevo pravo samo umanjeno ili ograničeno ali ne i u celini osporeno.

Već u uvodnim odredbama Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima prof. Mihaila Konstantinovića (u daljem tekstu: Skica)⁵⁷ posvećenim predaji stvari, navodi se da je prodavac dužan čuvati stvar do predaje sa pažnjom brižljivog i urednog čoveka.⁵⁸ Ovaj stepen pažnje prodavca zatičemo u i rimskom pravu koje zahteva da prodavac čuva stvar do predaje kao dobar domaćin (*bonus vir*) što odgovara stepenu odgovornosti *culpa levis in abstracto*.

Skica, Zakon o obligacionim odnosima, i prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije⁵⁹ u pogledu odgovornosti za pravne nedostatke stvari, čini se, dosledno sprovode rimsku klasičnu doktrinu: već u prvom stavu člana posve-

⁵⁶ Postoje izvesne dileme u vezi sa pitanjem da li su ova procesna sredstva postavljena alternativno, odnosno da li je kupac u mogućnosti da bira ili jednu ili drugu, a ne jednu pa drugu. Knitel je mišljenja da je reč o alternativnim tužbama, da se kupac, nakon neuspešnog prigovora, mora opredeliti za jednu, a ukoliko ne uspe sa odabranom tužbom, izgubiće stvar jer nije u mogućnosti da podigne drugu tužbu, R. Knütel, R, *Stipulatio duplae*, Koln-Wien 1976, 96. Možda je ispravniji stav Frece koji upravo u doloznom ponašanju prodavca vidi neku vrstu penala (kazne) za njega i odobravanja kumulativnog izbora kupca u korišćenju procesnih sredstava, dok ne zaštiti svoje povređeno pravo, P. Frezza, *La garanzie delle obbligazioni*, Napoli 1963, 447.

⁵⁷ Skica, prof. Konstantinovića, poslužila je kao osnov za donošenje Zakona o obligacionim odnosima. Međutim, u pojedinim pravnim pitanjima Skica i ZOO se ne podudaraju, i nisu retki civilisti koji smatraju da je ZOO baš u tim delova manjkav i daju prednost ovom delu prof. Konstantinovića. Stil i jezik oba zakonska teksta u velikoj su meri prava dragocenost. Deluje kao da se prof. Konstantinović trudio da dosegne svog velikog prethodnika Valtazara Bogišića. U tome je, bogatstvom misli i pravničkom preciznošću potpuno uspeo.

⁵⁸ Skica, čl. 396, st. 1.

⁵⁹ Uvažavajući višegodišnje inicijative i predloge iz udruženja pravnika, Vlada Republike Srbije donela je 2006. godine odluku o obrazovanju posebne Komisije radi kodifikacije građanskog prava i izrade Građanskog zakonika Republike Srbije. Za predsednika Komisije imenovan je

ćenog odgovornosti za pravne nedostatke stvari (zaštiti od evikcije), ZOO konstatuje da prodavac odgovara ako na prodatoj stvari postoji neko pravo trećeg koje isključuje, umanjuje ili ograničava kupčevo pravo, a o čijem postojanju kupac nije obavešten, niti je pristao da uzme stvar opterećenu tim pravom,⁶⁰ što ukazuje na primenu rimske obaveze prodavca da kupcu obezbedi mirnu državinu (*vacuam possessionem tradere*).

Otuda je odgovornost prodavca nekog drugog prava kupcu zasnovana na njegovoj garanciji da ono postoji i da nema pravnih smetnji za njegovo ostvarenje.⁶¹

Ukoliko se pojavi treće lice sa pretenzijama na prodatu stvar, dakle, ako postoji opasnost od evikcije, kupac je dužan da o tome, poput rešenja u rimskom pravu, obavesti prodavca o tome (osim, ukoliko prodavcu to već nije poznato) i pozove ga da ga oslobodi od pretenzije trećeg.⁶² Napomenuto je da u rimskom pravu, da bi bio u prilici da ostvari zaštitu svojih prava, kupac je u obavezi da prodavca obavesti o početku parnice, kojom treće lice zahteva predaju kupljene stvari (*litis denuntiatio*). Međutim, rimsko pravo insistira na kupčevoj mogućnosti zaštite samo ukoliko mu je stvar oduzeta u sporu sa trećim licem. U modernom pravu, evikcija je moguća i bez samog spora. To je, na primer, slučaj u kojem kupac zadrži stvar po različitom pravnom osnovu od onog po kojem je stvar stekao od prodavca (kupac ponovo kupi stvar od pravog vlasnika, budući da je očigledno da njegov prethodni prodavac nije bio vlasnik stvari).

Ukoliko kupac ne postupi na ovaj način i ne obavesti prodavca ("*Si cum possit emptor auctori denuntiare, non denuntiasset...*")⁶³, a stvar bude evincirana, u rimskom pravu, kupac nema pravo da prodavca pozove na odgovornost i gubi pravo na zaštitu. Međutim, rešenje srpskog zakonodavca nešto je drugačije: Kupac, koji se, ne obaveštavajući prodavca, upusti u spor sa trećim licem i izgubi ga (dakle, dogodi se evikcija), za razliku od rimskog rešenja, ipak ima pravo da se pozove na prodavčevu odgovornost za pravne nedostatke, izuzev ako prodavac dokaže da je on raspolagao sredstvima da se odbije zahtev trećeg lica.⁶⁴

akademik Slobodan Perović. Komisija je, krajem 2010. godine, obznanila deo prednacrt GZRS koji kodifikuje obligacione odnose.

⁶⁰ Skica, čl. 436, st. 1, ZOO, čl. 508, st. 1, prednacrt GZRS, čl. 560, st.1.

⁶¹ Skica, čl. 436, st.2, ZOO, čl. 508, st. 2, prednacrt GZRS, čl. 560, st. 2.

⁶² Ako su predmet ugovora stvari određene po rodu, može zahtevati da mu isporuči druge stvari na kojima nema pravnih nedostataka, Skica, čl. 437, ZOO, čl. 509, prednacrt GZRS, čl. 561.

⁶³ D. 21. 2. 53. 1. (*Paulus libro 77 ad edictum*).

⁶⁴ Skica, čl. 439, ZOO, čl. 511, prednacrt GZRS, čl. 563.

Kupčeva prava su, prema ZOO, gotovo identična rimskim: ukoliko prodavac ne postupi po kupčevim obaveštenjima i pozivima da ga oslobodi od potencijalne evikcije (što je odgovarajuće prodavčevom neučestvovanju ili neuspešnom učešću u parnici koju kupac vodi u rimskom pravu), ukoliko dođe do oduzimanja stvari kupcu, ugovor se raskida po samom pravu, dok u slučaju umanjenja ili ograničenja kupčevog prava, kupac ima pravo ili da raskine ugovor ili da traži srazmerno smanjenje cene⁶⁵, što ponovo, odgovara rimskom rešenju (podsećanja radi kupac ima pravo da zadrži stvar prigovorom protiv dolznog prodavca, uz srazmernu naknadu štete, ili da raskine ugovor, vrati stvar i zatraži njenu dvostruku vrednost).⁶⁶

Uticao Francuskog građanskog zakonika uočava se u odredbi ZOO koja se odnosi na kupca koji, u času zaključenja ugovora, zna da mu stvar može biti evincirana, ili njegovo pravo umanjeno ili ograničeno. Naime, naše pravo predviđa da takav kupac nema pravo na naknadu štete, već samo ima mogućnost da zahteva povraćaj⁶⁷ odnosno sniženje cene.⁶⁸ Identična odredba sadržana je i u Napoleonovom kodeksu.⁶⁹

Međutim, naš zakonodavac, razumljivo, ide i korak dalje obezbeđujući kupčevo pravo zaštite. Naime, pravo na zaštitu imaće i onaj kupac koji se, ne obavestavajući prodavca, upusti u spor sa trećim licem i čak taj spor izgubi,⁷⁰ kao i onaj koji, opet ne obavestavajući prodavca, sâm prizna očigledno osnovano pravo trećeg lica.⁷¹ Ovakvo rešenje, čini se, može se pravdati željom zakonodavca da još potpunije zaštiti prava kupca.

Međutim, u prednacrtu GZRS Komisija je predložila alaternativu dodavanjem novog člana po kojem kupac nema pravo na raskid ugovora niti na povraćaj cene ili naknadu štete, ukoliko stavr zadrži u svojoj imovini po nekom drugom pravnom osnovu, a ne po osnovu kupovine.⁷²

⁶⁵ Skica, čl. 438, st. 1, ZOO, čl. 510, st. 1–2.

⁶⁶ *U svakom slučaju kupac ima pravo na naknadu štete* – Skica, čl. 438, st. 3, ZOO, čl. 510, st. 3.

⁶⁷ Skica, čl. 438, st. 4.

⁶⁸ ZOO, čl. 510, st. 4.

⁶⁹ *Code Civil*, § 1599.

⁷⁰ *Osim ukoliko prodavac nije raspolagao pravnim sredstvima da se odbije zahtev trećeg lica* – ZOO, čl. 511. Deluje da je inspiracija nađena u odredbama Švajcarskog zakonika o obligacijama jer isto rešenje predviđeno navodeći da dozvoljava prodavcu da se svoje obaveze oslobodi, samo ako dokaže da bi spor mogao imati povoljniji ishod da je o njemu bio obavestjen na vreme, ŠZO, čl. 193, st. 3.

⁷¹ ZOO, čl. 512, st. 1.

⁷² prednacrt GZRS, ALTERNATIVA čl. 565.

U načelu prodavac se može osloboditi odgovornosti za pravne nedostatke stvari, ukoliko predvidi ugovorom sa kupcem ograničavanje ili potpuno isključivanje odgovornosti.⁷³ Međutim, to važi isključivo za savesnog prodavca. ZOO drugačije postupa sa prodavcem koji je, u trenutku zaključenja ugovora, znao ili je po prirodi stvari morao znati za neki nedostatak u svom pravu. Takav prodavac nema pravo na isključenje od odgovornosti i svaki ugovor koji bi to predvideo, ništav je.⁷⁴ Komisija je ponudila i alternativu dodavanjem novog člana koji predviđa da ako je ugovoreno da prodavac neće odgovarati za nedostatke u prenesenom pravu, ili za neke od njih, pa se utvrdi postojanje nekog takvog nedostatka i stvar bude oduzeta kupcu, ili njegovo pravo bude smanjeno ili ograničeno, prodavac neće odgovarati za štetu koju kupac trpi usled toga, ali će biti dužan vratiti mu odgovarajući deo cene, odnosno celu cenu ako je kupcu bila oduzeta. Nema pravo na naknadu štete, ni na povraćaj cene kupac koji je u času zaključenja ugovora znao za mogućnost da mu stvar bude oduzeta, ili da njegovo pravo bude smanjeno ili ograničeno, pa je ipak pristao na isključenje prodavčeve odgovornosti za pravne nedostatke.⁷⁵

Od toga da li je reč o potpunoj ili delimičnoj evikciji, zavise i njene pravne posledice. U slučaju potpune evikcije, ugovor se u modernom pravu raskida *ipso iure*, pa tako eventualna sudska odluka ima samo deklarativni karakter.⁷⁶ Ako je reč o delimičnoj evikciji, kupac ima mogućnost izbora između raskida ugovora i srazmernog smanjenja cene. Raskid ugovora kupac može da optira i u slučaju kada prodavac u razumnom roku ne spreči pravne pretenzije trećeg lica, time onemogućivši samu svrhu ugovora.⁷⁷ Prednacr GZRS ponudio je i alternativu kojom kupac može *izjaviti* da raskida ugovor.

Sudska praksa po ovom pitanju ne nudi podatke o učestalosti sporova u slučaju evikcije, budući da takvih istraživanja nije bilo. Međutim, navodi se daje sudska praksa imala iskustva sa grupom sporova devedesetih godina prošlog veka, usled rata na prostoru prethodne Jugoslavije. Reč je o situacijama iz ugovora o prodaji automobila za koje se ispostavilo da su bili ukradeni, bilo u inostranstvu ili u bivšim jugoslovenskim republikama, pa dovoženi i stavljeni u promet u Srbiji, bilo da je i krađa i stavljanje u promet učinjeno na teritoriji Sr-

⁷³ Skica, čl. 442, st. 1, ZOO, čl. 513, st. 1.

⁷⁴ Skica, čl. 442, st. 2, ZOO, čl. 513, st. 2.

⁷⁵ prednacr GZRS, ALTERNATIVA čl. 567.

⁷⁶ Prenosilac može sprečiti raskid ugovora samo ukoliko u razumnom roku po obaveštenju i pribaviočevom zahtevu, oslobodi stvar od prava trećeg, ili ako mu isporuči drugu stvar istog roda koja nema pravnih nedostataka, J. Borovac, 833.

⁷⁷ ZOO, čl. 510, prednacr GZRS, čl. 562.

bije. Međutim, sudska praksa je zauzimala različite stavove i tumačenja za svaki slučaj ponaosob.⁷⁸

Pitanje kupčevih prava, u slučaju ugovornog isključenja odgovornosti prodavca, zanimljivo je sa stanovišta (ne)savesnosti ugovornih strana. Skica prof. Konstantinovića ukazuje na ove razlike. Ukoliko je ugovoreno ograničavanje ili isključivanje odgovornosti savesnog prodavca, a ipak se utvrdi postojanje nedostatka prodavčevog prava, pa stvar bude oduzeta kupcu ili mu pravo bude ograničeno ili umanjeno, prodavac neće biti odgovoran za naknadu štete, ali će biti dužan da kupcu isplati odgovarajući deo cene, ukoliko je kupčevo pravo umanjeno, ili celu cenu, ukoliko mu je stvar oduzeta.⁷⁹ Međutim, postavlja se pitanje, kakva su prava kupca koji, u trenutku zaključenja ugovora, zna da mu stvar može biti oduzeta odnosno da mu pravo može biti ograničeno ili umanjeno, pa ipak pristane na isključenje prodavčeve odgovornosti za pravne nedostatke? Prof. Konstantinović nema dilemu. Rešenje je logično: takav kupac nema pravo ni na naknadu štete, ni na povraćaj cene.⁸⁰ Dosadašnja odredba ZOO o zastarevanju kupčevih prava po osnovu pravnih nedostataka stvari u roku od jedne godine od saznanja za postojanje prava trećeg lica,⁸¹ dobila je alternativu u prednacrtu GZRS u produženju ovog roka od dve godine.⁸²

Sa druge strane, sveobuhvatniji korpus procesnih sredstava (*stipulatio duplex, actio ex stipulatu, exceptio doli, actio empti*), njihova primena i izbor kupca, čini se, da su u rimskom pravu bili nešto bogatiji i nudili u određenim situacijama čak i šire polje njegove pravne zaštite.

⁷⁸ Više o ovome, J. Borovac, 834–835.

⁷⁹ Skica, čl. 443, st. 1.

⁸⁰ Skica, čl. 443, st. 2.

⁸¹ ZOO, čl. 515, prednacrta GZRS, čl. 569.

⁸² *ibid.*

VLADIMIR VULETIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Belgrade

DEVELOPMENT OF LIABILITY FOR EVICTION
– ROMAN SOLUTIONS IN THE MODERN SERBIAN LEGISLATION –

SUMMARY

The subject of this article is an attempt to further examine and illuminate the complex issue of development of liability for the eviction. Author seeks, by analysis of problems of legal shortcomings in things in the contract of purchase and sale, to point to the contribution of classical Roman law to our Obligations Act and the new draft of the Civil Code of the Republic of Serbia.

In this regard, the analysis starts from the first indications of the idea of accountability for eviction in the Babylonian law and Code of Hammurabi through ancient Greek law to nuance and complete solutions contained in the classical Roman law. The author points out significant problems of seller's liability for the peaceful possession by purchaser (*vacuum possessionem tradere*), selling and stealing other people's things, and tries to show the range of process remedies that are available to customers in each of the analyzed cases, ranging from double stipulation (*stipulatio duplae*), claims based on stipulation (*actio ex stipulatu*), *actio auctoritatis*, to claim from the contract based on the *bona fides* – *actio empti*.

Special attention was paid to the contribution of Roman classical solutions to the provisions of the Obligations Act and the new draft of Civil Code of the Republic of Serbia, without neglecting the influence of foreign codifications, notably the French Code Civile and the Swiss Code of Obligations.

Upon this important legal institute, the author continues to prove its basic premise on the contribution of classical Roman law to the development of Serbian and European private law in general.

ALEKSANDRA VUČIĆ-MILOVANOVIĆ

ERSATZ IMMATERIELLER SCHÄDEN IM ÖSTERREICHISCHEN ENTWURF DES NEUEN SCHADENSERSATZRECHTS

EINLEITUNG

Für die Schmerzen, die als immaterieller Schaden zu verstehen sind, wird Schmerzensgeld gewährt. Jede Person empfindet den Schmerz anders. Dementsprechend könnte gesagt werden, dass die Schmerzengrenzen individuell und gleichzeitig sehr wandelbar bzw. nicht konstant sind.

In diesem Aufsatz werden die Schmerzensgeldansprüche¹ behandelt und diesbezügliche Neuregelungen im österreichischen Recht erklärt.

REGELUNGSGEGENSTAND DES § 1325 ABGB²

Das Schmerzensgeld ist die praktisch bedeutendste Entschädigung für einen immateriellen Schaden. Es stellt keine Strafe, Buße oder Sühne dar, sondern eine

Dr. Aleksandra Vučić-Milovanović, Ass. Professorin Universität Wien, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung Abteilung Rechtsvergleichung, Wien.

¹ Die auf den Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit und Gesundheit bzw. des Lebens zurückzuführen sind.

² Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811, JSG 946/1811.

Genugtuung für alles Ungemach, dass der Verletzte im ideellen Bereich erduldet muss bzw. musste.

Die Formulierung des § 1325 ABGB lässt jedoch sehr vieles offen.

Nach dem Wortlaut des § 1325 ABGB³ wird dadurch lediglich der Fall einer "Verletzung an dem Körper" geregelt; er bestimmt weiter, dass neben den Heilungskosten und dem entgangenen bzw. künftig entgehenden Verdienst auch ein angemessenes Schmerzensgeld zu bezahlen ist. Dementsprechend gibt der Wortlaut zuerst keine eindeutige Antwort was man unter dem "den Umständen angemessenen Schmerzensgeld" zu verstehen hat. Der Gesetzgeber hatte hier einen "unbestimmten Gesetzesbegriff" gebraucht, weil er die Konkretisierung selbst für den vertyppte Einzelfall nicht zu leisten vermochte. Zweitens spricht § 1325 ABGB nur von einer Verletzung "an dem Körper". Daraus folgte die Frage, ob einer Person, die "nur" in ihrer Gesundheit verletzt wurde, auch ein Schmerzensgeldanspruch gemäß § 1325 ABGB zusteht? Um den Willen des Gesetzgebers zu erkunden, wird in der Lehre wie in der Rechtssprechung zunächst der Gesetzestext untersucht. Schon seit den frühesten Kommentaren des ABGB⁴ wird in der Lehre⁵ ein weiter Verletzungsbegriff vertreten. Es wird daher auch eine Gesundheitsschädigung der psychischen Art (sog. bloße Gesundheitsstörung) als ein Angriff auf die körperliche Integrität bzw. als eine Körperverletzung iSd § 1325 ABGB angesehen.⁶ Die zum ersten Mal durch OGH gegebene Definition die körperliche Verletzung nach § 1325 ABGB lautet: "jede Störung der körperlichen Unversehrtheit" auch "äußerlich nicht sichtbare Verletzung an Körper"⁷. Eine ausdrückliche Unterscheidung zwischen einer Verletzung am Körper und an der Gesundheit bietet der OGH zum ersten Mal erst im Jahr 1978. Laut dieser Entscheidung⁸ ist Körperverletzung jeder Eingriff in die körperliche Unversehrtheit und Gesundheitsverletzung eine Störung der inneren Lebensvorgänge, die jedoch massiv in die psy-

³ "Wer jemanden an seinem Körper verletzt, bestreitet die Heilungskosten des Verletzten, ersetzt ihm den entgangenen, oder, wenn der Beschädigte zum Erwerb unfähig wird, auch den künftig entgehenden Verdienst; und bezahlt ihm auf Verlangen überdies ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld".

⁴ Ua Zeiller, Kommentar (1813), III, 2 Abt, 700,761; Stubenrauch, Kommentar⁸, (1903), II, 691; Kafka in Krasnopolski, Österreichisches Obligationenrecht (1910), 218.

⁵ Ua Wolff in Klang², (1951) VI 128f; Klang in FS zur Hundertjahrfeier des OGH (1950), 138; Strasser, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1960), 12f, 53f; Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht², II, 115.

⁶ Nur in zwei älteren Entscheidungen hatte sich OGH dagegen ausgesprochen, ZBl 1916, 234 und ZBl 1932, 350.

⁷ OGH SZ 20/186; OGH in EvBl 1983, 82.

⁸ RZ 1979, 24.

chische Sphäre einwirken muss. Auch eine bloße psychische Beeinträchtigung ist unter der Voraussetzung einer massiven Einwirkung in die psychischen Sphäre (Schockschäden oder Lärmbelästigung) eine Körperverletzung iSd § 1325⁹. Eine Verletzung muss nicht sichtbar sein, um als Körperverletzung des § 1325 ABGB qualifiziert zu werden¹⁰. Es reicht aus, wenn nur bloße Schmerzen durch zB Schläge entstanden sind, auch ohne äußerliche Änderungen am Körper¹¹. Auch innere Verletzungen, Geisterkrankheiten oder Nervenschäden fallen unter dem Begriff der Körperverletzung.

Schmerzensgeld gebührt auch für seelische Schmerzen. Seelische Schmerzen setzen meistens eine physische Beeinträchtigung, (deren äußerliche Sichtbarkeit nicht notwendig ist), des Körpers voraus¹². Eine Verletzung des Körpers kann leichte nicht ständige körperliche Schmerzen, hingegen aber als "schwerst und dauernd" einzustufende seelische Schmerzen verursachen¹³. Bei einem weitestgehend irreparablen und irreversiblen Persönlichkeitsverlust sind seelische Schmerzen vorhanden, weil die betroffene Person trotzdem sporadisch seine Persönlichkeitssituation erkennt, was eben ihren psychischen Leidenszustand noch verschlechtert.¹⁴ Nach dem Grundsatz Nr. 11 aus Empfehlung des Europarates zur Vereinheitlichung der Rechtsbegriffe des Schadenersatzes bei Körperverletzung und Tötung geht hervor, dass seelische Leiden verschiedene Störungen und Unbehagen, wie z.B. mangelndes Wohlbefinden, Schlaflosigkeit, Minderwertigkeitsgefühl, Verminderung der Lebensfreude, besonders durch die Unmöglichkeit bestimmte angenehme Tätigkeiten auszuüben, umfasst. Wenn man die diesbezügliche österreichische Judikatur betrachtet, sieht man, dass die dem Grundsatz 11 überwiegend entspricht.¹⁵

⁹ Sängerschock und Verdienstentgang dh Ersatz des materiellen Schadens, ZVR 1977/54; *Reischauer in Rummel* ABGB II³ (2004) zu § 1325; Ersatz des immateriellen Schadens bei Belästigung durch Musiklärm OGH in JBl 1989, 41; die Behelligung durch "lästige" Reporter und nächtliche Störansrufe, ZVR 1990, 2f.

¹⁰ OGH 531/88= JBl 1989,41=MietSlg 40.192.

¹¹ SZ 20/186.

¹² Auch wenn diese psychische Beeinträchtigung selbst überhaupt nicht schmerzhaft ist, kann sie trotzdem ersatzfähige seelische Schmerzen verursachen ("Das Abschneiden langer Harre (um 30 cm) gegen den Willen des Betroffenen ist eine Körperverletzung im Sinne des § 1325 ABGB, welche einen Anspruch auf Schmerzensgeld (12.000 ATS) für seelische Schmerzen begründen kann.

¹³ Beim Narkosenzwischenfall entstandener Herzstillstand, ZVR 1988/8.

¹⁴ Siehe *Danzl Karl-Heinz*, Schmerzensgeldzusprüche ab 1 Mil ATS in Österreich, ZVR 1992, 33f.

¹⁵ Siehe die angeführte Fälle bei *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1325 Rz 44; *Harrer in Schwimann*, ABGB³, § 1325 Rz 86f.

Stets wird es jedoch darauf hingewiesen, dass nicht jede Zufügung von Seelenschmerzen als Gesundheitsschädigung bzw. als Körperverletzung zu behandeln und Schmerzensgeld zu gewähren ist. Dabei werden reine Gefühlsschäden wie Kummer oder Kränkung erwähnt.¹⁶ Es wird ein enger und unmittelbarer Zusammenhang mit körperlichen Symptomen, die als Krankheit anzusehen bzw. schwer und nachhaltig sind, gefordert.¹⁷ Dies wird auch für seelische Schmerzen, die unabhängig von dem üblichen Begriff Schmerz im körperlichen Sinne Unlustgefühle beinhalten, verlangt.¹⁸

Erstmals im Jahr 2005 hat sich die Judikatur mit der Ersatzfähigkeit "nicht empfundener" körperlicher Schmerzen und der damit einhergehenden seelischen Schmerzen einer bereits vor dem Schadensereignis querschnittsgelähmten Person auseinandergesetzt.

Der Oberstehgerichtshof hat in seiner Entscheidung ausgesprochen, dass eine Gesamtwürdigung, in die körperliche und vor allem seelische Komponenten einzubeziehen seien, vorzunehmen ist.¹⁹ Mit anderen Worten bedeutet das Folgende: der Verletzte hat unabhängig von tatsächlich gespürten Schmerzen Anspruch auf einen Sockelbetrag, den sie als Mindestersatz für die Schädigung ihrer Persönlichkeit fordern kann.

Dementsprechend ist ein Ersatz für die Beeinträchtigung der Persönlichkeitsentfaltung und auch schon auf Grund des § 16 ABGB²⁰ (Anknüpfungspunkt für die Anerkennung der Persönlichkeitsrechte in Österreich) zu gewähren. Auch der europaweite Trend²¹ geht in dieser Richtung, wonach beim Ersatz von Schmerzensgeld nicht mehr nur auf die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit an sich abzustellen ist. In den Mittelpunkt soll der Grad der Zerstörung der Persönlichkeit und nicht das Schmerzempfinden gestellt werden.

¹⁶ EvBl 1983/82; SZ 61/109=EvBl 1988/150=RdW 1988,388=WBl 1989, 66; *WelserR*, Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖJZ 1975, 37, 40; *Bydlinski F*, Der Ersatz ideellen Schaden als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965, 234.

¹⁷ OGH in JBl 1989, 42.

¹⁸ Bei Umwelteinflüssen, vgl *Danzl*, Die (psychische) Gesundheit als geschütztes Rechtsgut des § 1325 ABGB, ZVR 1990, 20.

¹⁹ OGH 3 Ob 116/05p.

²⁰ Aus dem § 16 ABGB ergibt sich, dass die Person in ihrer Selbstverwirklichung geschützt werden muss.

²¹ Siehe *Koch*, Comparative Overview, in *Koziol/Steininger*, European Tort Law 2005 (2006) Rz 22.

REGELUNGSGEGENSTAND DES § 1316 DES ENTWURFS

Das Schadensersatzrecht des ABGB beruht nach wie vor im wesentlichen auf der Stammfassung des 30. Hauptstücks des Zweiten teils “Von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugtuung” aus dem Jahre 1811 und den Änderungen dieses Hauptstückes durch die III. Teilnovelle des Jahres 1916.²² neben bloß punktuellen Ergänzungen dieser Bestimmungen seither, etwa durch die Einfügung des § 1328a²³ sowie die Erweiterung des § 1328, hat der Gesetzgeber das Schadensersatzrecht in einer Reihe von Nebengesetzen weiter entwickelt.²⁴

Das Ziel des Reformentwurfes ist, die an sich bewährte Regelungen des ABGB mit maßvollen Neuerungen und Ergänzungen an die Bedürfnisse des 21. Jahrhunderts heranzuführen.

Der im Jahre 2005 vorgelegte Reformentwurf zum österreichischen Schadensersatzrecht kann man als kodifikatorische Reform bezeichnen.²⁵ Darunter sind Novellen zu verstehen, die das Ziel verfolgen, das geltende Recht neu aufzuarbeiten.

Dabei ist insbesondere hervorzuheben, die großzügige Haltung des Entwurfs gegenüber dem Geldersatz für ideelle Schäden.²⁶

§ 1316 des Entwurfs enthält in seinem Abs 1 S 1 RE eine Art Generalklausel²⁷. In § 1316 Abs 1 S 2 RE folgt die Klarstellung²⁸, dass schwere und objektiv nachvollziehbare Verletzungen von Persönlichkeitsrechten jedenfalls durch Geldersatz auszugleichen sind. § 1316 Abs 3 RE bringt einen Katalog von Fällen, in denen Schmerzensgeld zu leisten ist, wie im traditionellen Fall der Verletzung von Körper, Gesundheit und (neu eingeführten) Freiheit, im Fall der Angehörigenschmerzensgeld bei Tötung und schwerer Verletzung der geliebten Person, im Fall der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung, im Fall vorsätzlicher und schwerer Diskriminierung, im Fall vorsätzlichem und schwerem Eingriff in die Privatsphäre, bis zum Fall der Todesangst.

²² RGBl 1916/69.

²³ BGBl I 2003/91.

²⁴ Ua EKHG BGBl 1959/48; ProdukthaftungsG BGBl 1988/99.

²⁵ Wagner G., Reform des Schadensersatzrechts, JBl 2008, 2.

²⁶ Siehe *Griss/Kathrein/Kozioł*, Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts (2006).

²⁷ “Ideelle Schäden sind stets zu ersetzen...”

²⁸ “Ob Geldersatz zu leisten ist, hängt von der Bedeutung des verletzten Gutes, der objektiven Nachvollziehbarkeit, dem Ausmaß und der Dauer der Beeinträchtigung sowie dem Gewicht der Zurechnungsgründe ab”.

Wie das geltende Recht^{29,30} sieht auch Entwurf eine generelle Regel für den Ersatz immaterieller Schäden vor. Anders als im geltenden Recht wird im Entwurf aber nicht primär auf die Schwere des Verschuldens abgestellt, sondern er werden die für den Ersatz maßgeblichen Faktoren umfassend benannt: abzustellen ist auf die Bedeutung des verletzten Gutes, der objektiven Nachvollziehbarkeit, dem Ausmaß und der Dauer der Beeinträchtigung sowie dem Gewicht der Zurechnungsgründe. Je wichtiger das verletzte Gut ist, je besser der eingetretene Schaden objektiv feststellbar ist und je schwerer die Zurechnungsgründe wiegen, desto eher ist der ideelle Schaden in Geld abzugelten. Für einen Ersatz ideeller Schäden in Geld ist prinzipiell die erhebliche Verletzung eines Persönlichkeitsrechtes Voraussetzung.

Da es sich bei einer körperlichen und geistigen Unversehrtheit um ein zentrales Persönlichkeitsrecht handelt, gebührt ein Ersatzanspruch bei jedem Grad des Verschuldens und bei Gefährdungshaftung. Anders als das geltende Recht sieht der Entwurf das Gleiche auch bei einer Freiheitsverletzung vor.

In Fortentwicklung der Rechtsprechung³¹ sieht der Entwurf explizit auch ein Angehörigenschmerzensgeld vor, das unabhängig vom Eintritt eines Schockschadens bei jedem Grad des Verschuldens und in der Gefährdungshaftung gebührt. Stets erforderlich ist eine intensive Gefühlsgemeinschaft. Besonders hervorzuheben ist, dass dieser Ersatz nicht nur bei der Tötung sondern auch bei besonders schwerer Verletzung nahestehender Person gebührt.

§ 1316 Bas 3 Z 3 des Entwurfes regelt das Schmerzensgeld bei geschlechtlichen Missbrauch und Verletzung der geschlechtlichen Selbstbestimmung und folgt dabei schon im Jahr 1996 reformierter § 1328 ABGB.³² § 1316 des Entwurfes regelt jedoch noch mehr im Abs 3 Z 4 wird ein Schmerzensgeld auch wegen Diskriminierung wegen Geschlechtes, einer Behinderung, der ethnischen Abstam-

²⁹ *Bydlinki*, JBl 1965, 179f, 182, 240, 247; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 11/6; *Mayrhofer*, Schuldrecht Allgemeiner Teil 1986, 323; *Karner*, Ersatz ideeller Schäden, 76 ff; ablehnend *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹² II (2001), 305 f.

³⁰ Die Judikatur hat von ihrem ursprünglichen allzu engen Standpunkt- ein Ersatz gebühre nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung- zum Teil bereits auch Abstand genommen, so insbesondere in den Trauerschmerz-Fällen.

³¹ OGH in ZVR 2001, 73; OGH in ZVR 2005, 73. *Schobel*, Ersatzfähigkeit reiner Trauerschäden – Generelle Rechtssprechungswende bei immateriellen Schäden? RdW 2002, 206 ff.

³² BGBl 1996/759; siehe *Karner*, Die Neuregelung des Ersatzes ideeller Schäden bei geschlechtlichem Missbrauch, JBl 1997, 685 ff; *Karner*, Rechtsvergleichende Überlegungen zur österreichischen Neuregelung des Ausgleichs ideeller Schäden bei geschlechtlichem Missbrauch, ZEuP 1999, 318 ff; *Beclin*, Zur Reform des Schadenersatzes bei sexuellem Missbrauch, JAP 1997/1998, 191 ff.

mung, und der Religion. Gleiches gilt nach Abs 3 Z 5 bei Verletzungen der Privatsphäre³³, die derzeit in 2003 neu eingefügten § 1328a ABGB³⁴ schon geregelt sind.

Absolut neu ist die Bestimmung des § 1316 Abs 3 Z 6 des Entwurfs, die über das geltende Recht hinausgeht. Der Todesangst oder die Angst schwer verletzt zu werden, ist ersatzfähig, auch dann wenn sie nicht das Ausmaß einer Gesundheitsstörung erreicht. Besondere Schwierigkeiten bereitet regelmäßig die Bemessung des Schmerzensgeldes. Deswegen werden im Reformentwurf die maßgeblichen Bemessungskriterien ausdrücklich genannt. Nach § 1316 Abs 5 hat eine Gesamtwürdigung der im Abs 2 genannten Umstände zu erfolgen.

ZUSAMMENFASSUNG

Das heutige österreichische Schadensersatzrecht stellt in wesentlichen Teilen Richterrecht dar. Diesbezügliche Rechtsfortbildung über den § 1325 ABGB hinaus erfolgt durch Richterrecht. Immer wieder entwickelt der OGH seine Judikatur weiter, modifiziert Ansprüche, weitet sie aus oder schafft überhaupt neue wie z.B. Fortentwicklung der Judikatur zum Ersatz von Trauerschäden.

Im 2005 vorgelegten Entwurf des neuen Schadensersatzrechts sind alle diese neue durch Lehre und insbesondere durch Rechtsprechung des Oberstengerichtshofes geschaffene Bestimmungen postuliert. In seinem § 1316 sind die Fälle in welchem ein Schmerzensgeld zuzusprechen ist zum ersten Mal taxativ angeführt. Das Schmerzensgeld wird generell geregelt im Sinne, dass es prinzipiell bei erheblicher Verletzung eines Persönlichkeitsrechtes gebührt. Durch die durch Judikatur abgeleiteten §§ 1329, geänderten 1328, eingefügten § 1328a und entwickelten Angehörigenschmerzensgeld wird ein Ersatz immateriellen Schäden über § 1325 hinaus ermöglicht. Zum zentralen geschützten Persönlichkeitsrecht, die körperliche und geistige Unversehrtheit des § 1325 ABGB sind neu Persönlichkeitsrechte und deren Schutz und Ersatzfähigkeit durch das Schmerzensgeld im Entwurf dazugeschrieben. Absolute Neuigkeit ist die erst durch den Entwurf vorgeschriebene Einräumung eines Schmerzensgeldes für die erlitten Angst. Für den Entwurf spricht dass die Ausweitung des Geldersatzes für ideelle Schäden im Trend der europäischen Rechtsentwicklung liegt. In der Sache ist entscheidend, dass die Zwecke des Schadensersatzrechts wie Ausgleich und Prävention, für immaterielle Schäden genauso gelten wie für materielle Schäden.

³³ Siehe *Lukas*, Schadenersatz bei Verletzung der Privatsphäre, RZ 2004, 33; *Hinteregger*, Der Schutz der Privatsphäre durch das österreichische Schadenersatzrecht – de lege lata et de lege ferenda, in *Koziol/Spier* (Hrsg), *Liber Amicorum Pierre Widmer* (2003) 143 ff.

³⁴ BGBl I 2003/91.

Dr ALEKSANDRA VUČIĆ-MILOVANOVIĆ, LL.D.,
docent Pravnog fakulteta u Beču,
Institut za Evropsko, Međunarodno i Uporedno pravo

NAKNADA NEMATERIJALNE ŠTETE PO AUSTRIJSKOM NACRTU NOVOG ODŠTETNOG PRAVA

Rezime

Naknada nematerijalne štete u austrijskom pravu je predviđena ne kao pravilo već kao iznimka. Norma paragrafa 1325 Opsteg Građanskog Zakonika iz 1811 (skraćeno ABGB) govori samo o bolovima izazvanim telesnom povredom kao pretpostavkom dosuđivanja bolnine. Ta zastarela zakonska formulacija se već duži niz godina u pravnoj nauci a posebno u sudskoj praksi, ekstenzivno tumači i intepretira. Na taj način se i oštećenja u zdravlju psihičke prirode podvođe pod normu tog paragrafa. Takođe se duševni bolovi smatraju jednim vidom nematerijalne štete za koju se dosuđuje bolnina (takođe i za pretrpljeni šok). Zbog takvog izraženog uticaja sudske prakse se može reći da je današnje austrijsko pravo naknade štete, u stvari, sudijsko pravo.

Godine 2005. je izrađen i predstavljen Nacrt novog prava na naknadu štete. Institut nematerijalne štete i njene novčane nadoknade je u njemu normiran kao pravilo i generalno regulisan u smislu da se principijelno dosuđuje kod značajnih povreda prava ličnosti. U paragrafu 1316 Nacrta su po prvi put taksativno navedeni slučajevi u kojim se dosuđuje bolnina. Pored centralnog priznatog i zaštićenog ličnog prava na telesnu i duhovnu nepovredivost koji je već sadržan u § 1325 ABGB se u nacrtu nalaze i druga lična prava za čiju povredu se predviđa bolnina, kao što je npr. u slučaju povrede prava na privatnost, dosuđivanje bolnine bliskim srodnicima u slučaju smrti ali i teške povrede bliskog srodnika, bolnina u slučaju seksualnog zlostavljanja i kod povrede prava na polnu samoopredeljenost, kao i u slučaju diskriminacije na osnovu pola, etničkog porekla, religije i invaliditeta. Apolutno nova je i norma iz stava 3 cifra 6 paragrafa 1316 Nacrta koja po prvi put predviđa bolninu i za slučaj doživljenog smrtnog straha ili straha od teške povrede, a koji ne mora da dovede do poremećaja u zdravlju. Zbog prisutnih problema kod određivanja bolnine, tj. njenog tzv. "merenja" tj. procene, u Nacrtu su izričito navedeni kriterijumi na osnovu kojih se procenjuje postojanje i visina bolnine. Drugačije nego u dosadašnjem pravu, Nacrt novog prava na naknadu štete stavlja akcenat ne na težinu tj. oblik krivice, već, između ostalog, a u prvom redu, na značaj povređenog dobra i na obim i trajanje povrede istog. I kod postavljenog pitanja dosuđivanja bolnine u slučajevima kada ne postoje bolovi tj. kada se oni ne mogu osetiti (jer je povređena osoba u nesvesti i sl.) je austrijska sudska praksa zauzela stanovište da je takva naknada moguća. I u slučaju kada je povređena osoba i pre tog štetnog događaja već bila nesposobna da oseti bol (jer je npr. već oduzeta) je ipak moguće, u manjem obimu možda, dosuditi bolninu. Time je jasno izraženo gledište Vrhovnog suda, koje je i potvrđeno kroz presudu iz 2005, da u tim slučajevima nije relevantan intenzitet bola već se bolnina dosuđuje zbog uništenja ličnosti, jer pojam bolnine izvan usko formulisanog paragrafa 1325 ABGB obuhvata svaki vid tzv. umanjenja ličnosti povredene osobe.

ĐURO ĐURIĆ

AKTUELNA PITANJA MATERIJALNIH NEDOSTATAKA STVARI U NEMAČKOJ SUDSKOJ PRAKSI

U V O D

Uprkos razvoju u proizvodnji i modernizaciji uslova pravnog prometa, nastupaju situacije u kojima stvari, koje su predmet obaveze ugovora o prodaji, ispoljavaju jedan ili više nedostataka. To nije nužno posledica prevarnog ili nehatnog ponašanja prodavca. Nedostatak može poticati od same stvari. Međutim, prodavac često zna i prikriva nedostatke stvari.

Nemačka sudska praksa i pravna nauka su se sa svoje strane poslednjih godina bavili više sa nedostacima kod pasa, konja i motornih vozila, nego sa nedostacima koji postoje kod drugih predmeta ugovorne obaveze¹. U ovim slučajevima

Đuro M. Đurić, istraživač-saradnik Instituta ekonomskih nauka u Beogradu. Ovaj rad je deo istraživačkih projekata pod šiframa 47009 (*Evropske integracije i društveno-ekonomske promene privrede Srbije na putu ka EU*) i 179015 (*Izazovi i perspektive strukturnih promena u Srbiji: Strateški pravci ekonomskog razvoja i usklađivanje sa zahtevima EU*), finansiranih od strane Ministarstva za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije. This paper is a part of research projects numbers 47009 (*European integrations and social and economic changes in Serbian economy on the way to the EU*) and 179015 (*Challenges and prospects of structural changes in Serbia: Strategic directions for economic development and harmonization with EU requirements*), financed by the Ministry of Science and Technological Development of the Republic of Serbia.

¹ Faust, Florian, Kaufrecht, Begriff des Sachmangels, JuS 7/2007, s. 684.

ma je nemački Savezni sud imao zadatak da odgovori na sva pravna pitanja i pri tom, nije uvek sledio vladajuća mišljenja u literaturi. Kod životinja je zadatak suda bio još teži, jer one nisu stvari² i kupuju se za različite namene. Ovde je Saveznom sudu postavljeno više pitanja: kada postoji nedostatak, trenutak prelaza rizika, teret dokazivanja, utvrđivanje mere manjkavosti kod stvari, očekivano svojstvo stvari kod prosečnog kupca, manjkavost kod upotrebljenih motornih obaveza, nedostatak kod potrošačkih dobara itd.

Nedostatak stvari predstavlja centralnu kategoriju kod ugovora o prodaji³, ali je on od velikog značaja i kod kupovine potrošačkih dobara, zakupa i u poslovnom pravu. Kada kupac stiče svojinu na stvari važno mu je da ova ispoljava željena ili očekivana svojstva. Odstupa li postojeće svojstvo stvari ("Ist-Beschaffenheit") od svojstva kakvo treba da bude ("Soll-Beschaffenheit")⁴, kupac ima pravni interes da od prodavca traži garanciju za materijalne nedostatke stvari. Moguće je da stvar ima nedostatak, koji međutim ne sprečava njenu očekivanu ili normalnu upotrebu. Ipak njena svojstva odstupaju od ugovorenih. U eventualnom postupku je na sudu da presudi da li taj nedostatak od takvog značaja, da prodavac kupcu duguje novu stvar ili drugu činidbu. Sticanje stvari bez nedostataka predstavlja za kupca osnov zaključenja ugovora o prodaji. Modernizacijom obligacionog prava 2002. godine garancija za nedostatke stvari je uređena na drugačiji i nov način. Ona je, naime, povezana sa opštim odredbama o smetnjama u izvršenju dužnikove obaveze⁵. Prema vladajućem stavu u nemačkoj sudskoj praksi i pravnoj nauci, odredbe o materijalnim nedostacima stvari i garancija za nedostatke stvari povezani sa opštim o smetnjama u izvršenju dužnikove obaveze⁶. Ovaj stav ima i protivstav, koji vidi u odredbama o materijalnim nedostacima stvari zamenu za odredbe o zabludi⁷.

Nemački zakonodavac je negativno definisao materijalne nedostatke stvari u Nemačkom građanskom zakoniku (NGZ). Pravni nedostaci su propisani zajedno sa materijalnim nedostacima stvari u § 433 NGZ. Usled modernizacije odredbi o materijalnim nedostacima stvari, stiče se utisak da su pravni nedostaci stvari zanemareni. I sam Nemački savezni sud (NSS) je utvrdio da određena pravna ogra-

² Nemački građanski zakonik §90 a s.1.

³ Tonner, Klaus, Schuldrecht, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2005, s.48.

⁴ Tonner, Vertragliche Schuldverhältnisse, s.51.

⁵ Tröger, Tobias, Grundfälle zum Sachmangel nach neuem Kaufrecht, JuS 6/2005, s. 503.

⁶ Krampe, Christoph, Eichen am Wasser – Der Ruisdael-Fall RGZ 135, 339, JuS 9/2005, s. 777.

⁷ Ibidem.

ničenja predstavljaju materijalni nedostatak stvari⁸. Prema trenutku pojavljivanja možemo razlikovati početne i naknadne materijalne nedostatke. Posebno je zanimljivo pitanje odnosa zaštite potrošača sa propisima o materijalnim nedostacima stvari. Kako je zakonodavstvo Evropske unije potrošaču posvetilo posebnu pažnju, kupac – potrošač ima pojačan pravni položaj u odnosu na privrednika.

Predmet ovog izlaganja je predstavljanje aktuelnih pitanja materijalnih nedostataka stvari i analiza najvažnijih s tim pojmom povezanih rasprava. U prvom delu biće prikazana svojstva stvari – predmeta ugovorne obaveze, bez nedostataka nakon reforme 2002. godine. U drugom delu biće reči o tipičnim materijalnim nedostacima u nemačkoj sudskoj praksi.

POJAM STVARI BEZ MATERIJALNIH NEDOSTATAKA
PREMA § 434 NGZ
(“svojstvo kakvo treba da bude”)

Pojam stvari bez nedostataka iz § 434 NGZ omogućava široko shvatanje materijalnog nedostatka. Isporuka kupljene stvari bez nedostataka je prva obaveza prodavca⁹. Opšte odredbe iz § 434 i narednih NGZ se primenjuju uvek kada nije reč o kupovini potrošačkih dobara. NGZ ne pruža definiciju materijalnih nedostataka stvari. On određuje kada stvar nema nedostatak. Značenje pojma “stvar bez nedostatka” zavisi pre svega od volje ugovornih strana. Kada je određeno svojstvo stvari nije ugovoreno, u obzir se uzima pretpostavljena namena stvari. Najzad, kada se nikakva posebna namena ne može pretpostaviti, uzima se uobičajeno svojstvo, koje je kod stvari iste vrste obično prisutno, i koje kupac prema vrsti stvari može očekivati. Normirani stepeni iz § 434 NGZ se međusobno isključuju.

Normirani stepeni svojstava predmeta ugovorne obaveze

Novo obligaciono pravo polazi od saglasnosti ugovornih strana kao prvog kriterijuma. Sporazum ugovornih strana treba da se odnosi na jedno ili više svojstava stvari. Ugovorne strane mogu izjaviti svoju volju izričito ili prećutno¹⁰. Na

⁸ Bergmann, Andreas, Mietrecht – Ein Häuschen auf dem Rotenbühl, JuS 3/2010, s. 234.

⁹ Medicus, Dieter, LORENZ, Stephan, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 2010, s.26.

¹⁰ Bamberger/Roth/Faust, BGB, 2005, §434 Rn. 24; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, 2004, §434, Rn. 46; Looschelders, Dirk, Schuldrecht, Besonderer Teil, 2011, s.15.

taj način, NGZ daje prednost subjektivnom pojmu materijalnog nedostatka stvari¹¹. Kada stvar ispoljava ugovorena svojstva prilikom prelaza rizika, onda je ona bez nedostataka. Šta znači pojam svojstvo stvari, to zavisi od konkretnog predmeta ugovorne obaveze.

Prema jednom mišljenju u literaturi, svojstvo stvari treba razumeti kao raniji pojam karakteristike stvari u smislu § 119 II NGZ¹². To znači da u obzir dolaze sve prirodne osobine, činjenični, privredni, društveni i pravni odnosi stvari sa okolinom. Nadalje svojstva moraju dolaziti od same stvari i biti od značaja za upotrebu ili vrednost stvari¹³. Ovde u obzir dolaze svi dopušteni sporazumi ugovornih strana.

Ugovoreno svojstvo pretpostavlja saglasnost obe strane. Zbog toga su jednostrane pretpostavke ili opisivanja od strane kupca bez značaja. One nisu od značaja čak i onda kada su bile poznate prodavcu¹⁴. Objektivno postojeća svojstva stvari pritom ne igraju nikakvu ulogu. Naprotiv, objektivni kriterijumi su ovde isključeni. Oni dolaze u obzir tek kod primene pojma uobičajene upotrebe stvari. Svojstva stvari mogu biti pozitivno ili negativno određena.

Saglasnost ugovornih strana o svojstvima stvari treba razlikovati od garancije postojanja određenih svojstava stvari. Saglasnost ugovornih strana se ograničava na dugovani kvalitet stvari, dok se garancijom predviđa jedna šira obaveza prodavca¹⁵. Ukoliko stvar ima ugovorena svojstva, stvar je bez nedostataka. U tom slučaju, nije potrebno ništa dalje dokazivati¹⁶. U zavisnosti od toga da li su se ugovorne strane saglasile oko određenog svojstva stvari, stvar je bez nedostataka, osim ako ne odgovara ugovorom pretpostavljenoj nameni.

Ovde se postavlja pitanje preciziranja svojstava stvari. Mišljenje koje je prevladajuće u nemačkoj pravnoj nauci smatra da je značajno svako određenje sadržano u ugovoru, koje se odnosi na vrstu, kvalitet ili obeležja kupljene stvari¹⁷. S time treba izjednačiti i prodavcu otvoreno saopštenu namenu, za koju kupac stvar kupuje. Ukoliko prodavcu ova namena stvari nije poznata, izostaje mogućnost njegovog pristanka odnosno odbijanja.

¹¹ Tonner, s. 48.

¹² Medicus, Lorenz, s. 27.

¹³ Ibidem.

¹⁴ OLG Saarbrücken, OLG-Report 2007, 645;BGH, NJW 2009, 2807, Beck-online, 08.06.20011.

¹⁵ Medicus, Lorenz, s.30.

¹⁶ Faust, Kaufrecht, Begriff des Sachmangels, JuS 7/2007, s. 684.

¹⁷ Braunschmidt, Florian, Vesper, Christine, Die Garantiebegriffe des Kaufrechts, Auslegung von Garantieerklärungen und Abgrenzung zur Beschaffenheitsvereinbarung, JuS 5/2011, s.393.

Stvar mora biti bez nedostataka u trenutku prelaza rizika. Trenutak prelaza rizika je odlučujući u pogledu toga da li se nedostatak može pripisati prodavcu. Ukoliko se on pojavi nakon ovog trenutka, prodavac ne odgovara za njega. Preporučljivo je da prodavac pri prelazu rizika obavi brižljiv pregled stvari¹⁸. Tu ipak nije reč o obavezi. Takva obaveza postoji samo kod pravnog posla u privredi prema § 377 Nemačkog Trgovinskog zakonika. Ipak postoje nedostaci, koji i jednom opreznom i brižljivom kupcu mogu ostati neprimećeni. To posebno važi za nedostatke na uređajima novih tehnologija ili za bolesti kod životinja. Takav nedostatak može otkriti samo stručno lice i o tome dati svoj nalaz.

Drugačija je situacija kod kupovine potrošačkih dobara prema § 474 NGZ. On predviđa jednu pretpostavku u korist potrošača. Kada stvar koja je potrošačko dobro u roku od šest meseci nakon prelaza rizika pokaže materijalni nedostatak, smatra se stvar da je imala nedostatak u tom trenutku. Ova pretpostavka mora međutim biti spojiva sa vrstom stvari ili samog nedostatka. Tako pretpostavka ne važi, kada jedan nedostatak kao na pr. bolest kod konja, nije spojiva sa njegovom starošću u trenutku kupovine¹⁹. Ipak, § 476 NGZ primenjuje se samo onda kada je potrošač jedna, a privrednik druga strana. Inače, primenjuju se odredbe § 434 i narednih članova NGZ. I kada se ugovorne strane nisu sporazumele ni o jednom svojstvu stvari, polazna osnova je njihova volja. Ovde se takođe primenjuje subjektivni kriterijum. Kupljena stvar mora da služi upotrebnoj svrsi²⁰. Kada to nije slučaj, stvar je manljiva.

Ukoliko ugovorena svojstva stvari ne odgovaraju ugovorno pretpostavljenoj upotrebi stvari, postavlja se pitanje, da li jedan ili drugi kriterijum ima prednost. Ako stvar ima ugovorena svojstva, rizik prelazi na kupca²¹. Ovo mišljenje bi trebalo slediti, budući da se ono zasniva na izraženoj i saglasnoj volji kupca. Takođe, to je bila namera i namera zakonodavca, kada je sporazumu stranaka dao prednost. Prodavac bi mogao, sa svoje strane, u znak dobre volje, kupcu samo preporučiti upotrebnu svrhu stvari. Odbije li kupac preporuku prodavca, prodavac neće imati nikakvu odgovornost. Kada nedostaje izražena volja stranaka, dolazi do primene objektivnog kriterijuma postojanja materijalnog nedostatka stvari iz § 434 I 2 NGZ. Pri tome, NGZ predviđa tri pretpostavke koje moraju biti kumulativno ispunjene. Sledstveno tome, stvar ima nedostatak, kada izostane jedna od zakonskih pretpostavki. Kada stvar ne odgovara uobičajenoj upotrebi ni svojstvu koje kod

¹⁸ OLG Stuttgart, BeckRS 2004, 11181; Poelzig, Dörte, Das mangelhafte Reitpferd, JuS 7/2008, s. 619.

¹⁹ Poelzig, Das mangelhafte Reitpferd, JuS 7/2008, s. 618.

²⁰ Tonner, s. 50.

²¹ medicus, Lorenz, s. 30.

stvari iste vrste redovno, i čije ispoljavanje prema vrsti stvari kupac može očekivati, tada stvar ima nedostatak. Uprkos objektivizaciji ovog kriterijuma, postoji mišljenje u literaturi, da i ovde volja stranaka ima prednost²².

Kako pretpostavke ovog objektivnog kriterijuma pojma nedostatka stvari iz § 434 I 2 br. 2 NGZ moraju kumulativno biti ispunjene, moguće je, da stvar odgovara uobičajenoj upotrebi, ali da ne odgovara kvalitetu koji kupac može da očekuje. Zbog toga takva stvar ima nedostatak. Tako na pr. jedan televizor odgovara uobičajenoj upotrebi, kada služi prenosu televizijskog programa. Ako je pak reč o "plazma televizijskom uređaju", onda se očekuje trajni prenos izoštrene slike²³.

Pojam "objektivan" upućuje na standard "prosečnog kupca". To znači, da se pri tumačenju mora poći od opravdanih očekivanja jednog kupca. Deo pravne nauke zastupa stav da pojam očekivanja mora normativno da bude uređen²⁴. Ovaj stav bi trebalo slediti, ali samo onda kada bi bio predviđen jedan objektivan pojam. Očekivanje prosečnog kupca ima relativno značenje, koje mora pratiti razvoj i promene. Očekivanja su subjektivna kategorija, koja pak polaze od stanja u tehnici²⁵. Eventualni pad cena na tržištu ne može predstavljati materijalni nedostatak stvari²⁶.

Javne izjave i reklame o karakteristikama stvari koje upućuje prodavac, proizvođač ili njegov pomoćnik izjednačavaju se sa uobičajenim svojstvima iz § 434 I 2 NGZ. To posebno važi za slučaj, kada kupac može na osnovu javnih izjava očekivati određeno svojstvo stvari. Takođe, kada jednu takvu javnu izjavu ne uputi prodavac, već drugo lice, on će njom biti vezan, ako je za nju ili znao, ili mogao znati ili je ona mogla uticati na odluku o kupovini stvari. Kao javne izjave NGZ navodi na primer, reklame i obeležavanje stvari. Javna izjava mora da se odnosi na jedno konkretno svojstvo stvari²⁷. Gorenavedeno pravilo je opravdano činjenicom da prodavac od toga može uživati korist, tako da mora podneti takođe sa tim povezan teret. Objektivno je pitanje, da li je prodavac na osnovu jedne takve izjave zaista zabeležio dobit.

Odgovornost iz § 434 I 3 NGZ može pogoditi tri lica u prodajnom lancu: prodavca, proizvođača ili njegovog pomoćnika. Prodavcu za isključenje odgovor-

²² Looschenders, s. 17; Medicus, Lorenz, s. 15.

²³ Alexander, Christian, Eichholz, Christian, "Online-Ersteigerung" eines mangelhaften Plasma-Fernsehers, JuS 6/2008, s. 528.

²⁴ Looschenders, s.17.

²⁵ Medicus, Lorenz, s. 31.

²⁶ Faust, s. 684.

²⁷ Wenzel, Henning, Wilken, Christiane, Schuldrecht Besonderer Teil I, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2010, s. 48.

nosti stoje tri mogućnosti na raspolaganju. On treba da dokaže jednu od negativnih pretpostavki. Doduše, ima još jednu mogućnost isključenja svoje odgovornosti, i to, ako je izjavu ili reklamu u trenutku zaključenja ugovora pravovremeno ispravio. Kada je reč o proizvođaču, § 434 NGZ upućuje na Zakon o odgovornosti za proizvode. Shodno § 4 I i II Zakona o odgovornosti za proizvode proizvođačem se smatra: 1) proizvođač završnog proizvoda, 2) svako lice koje se izdaje za proizvođača, 3) lice koje uvozi određeni proizvod u Evropsku uniju, i 4) isporučilac proizvoda. Pomoćnik nije definisan u § 434 NGZ. Kako bi utvrdili značenje ovog pojma, možemo se poslužiti određenjem iz § 278 NGZ, koje uređuje ispunjenje obaveze od strane trećeg. na taj način, pomoćnikom proizvođača se smatra onaj, kojeg proizvođač koristi za ispunjenje svoje obaveze. Svako lice, koje prodavcu uz njegovu saglasnost, pomaže u ispunjavanju njegove obaveze, i kojem za to nije potrebno posebno odobrenje od prodavca, smatra se njegovim pomoćnikom u ispunjavanju obaveza²⁸. Ovde se međutim uzima u obzir i odgovornost samostalnih članova u prodajnom lancu proizvođača²⁹.

Manljivo sklapanje i uputstvo za sklapanje stvari

U savremenom dobu mnogi tehnički proizvodi ne mogu biti upotrebljeni bez posebnog uputstva za sklapanje. Zato je zakonodavac prilikom modernizacije obligacionog prava pojam materijalnog nedostatka proširio na manljivo sklapanje (montažu) stvari odnosno na manljivo uputstvo za sklapanje. Oko sklapanja se kupac i prodavac moraju saglasiti u ugovoru, inače nema mesta primeni § 437 NGZ³⁰.

Šta se podrazumeva pod pojmom sklapanja stvari? Sklapanje kupljene stvari označava sve neophodne postupke, izuzimajući transport i konačnu isporuku, kojima omogućava ugovorena upotreba kupljene stvari i ona dovodi u zahtevano stanje³¹. To dalje znači sastavljanje pojedinačnih delova, priključenje, uspravljanje, konstruisanje, puštanje tečnosti, ugradnju softvera, jednostavne transportne usluge, itd³².

²⁸ weber, Britta, Vertragliche und deliktische Schadenersatzansprüche – Die falsch angeschlossene Spülmaschine, JuS 2/2010, s. 132 i sl.

²⁹ Wenzel, Wilken, s. 48.

³⁰ Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, 2004, § 434 Rdnr. 112; WEBER, s. 133.

³¹ weber, s.133.

³² Medicus, Lorenz, s. 34.

Pritom treba uzeti u obzir dve moguće situacije. Stvar može pokazati nedostatak već pri prelazu rizika. U tom slučaju, očigledno postoji nedostatak. Češći je međutim slučaj, da stvar pokaže nedostatak tek nakon prelaza rizika. Manljivo sklapanje stvari pritom ne mora nužno voditi postojanju nedostatka stvari.

Tako, s jedne strane, postoji materijalni nedostatak stvari, kada prodavac ili njegov pomoćnik u smislu § 278 NGZ nepravilno izvrši ugovoreno sklapanje stvari. Ovo pravilo je u praksi nazvano IKEA-klauzula³³. Uputstvo za sklapanje stvari, s druge strane, može imati nedostatak. Ako je zbog nepravilnog uputstva za sklapanje samo sklapanje manljivo, postojaće materijalni nedostatak stvari. Ipak, sklapanje mora biti neophodno za upotrebu stvari. Da li je sklapanje neophodno kod svih stvari, ostaje sporno³⁴.

Bilo je pokušaja da se umesto mešovitog ugovora, predvidi jedan novi ugovor, pri čemu bi obaveza isporuke i sklapanja bile sporedne obaveze³⁵. Čak i kada bi elementi ugovora o delu preovlađivali, na pr. sklapanje kao prestacija, pitanje ostaje da li jedan takav ugovor treba kvalifikovati kao ugovor o delu ili ugovor o prodaji. Nove odredbe o materijalnom nedostatku stvari, koje su integrisane u odredbe o garanciji, sada omogućavaju kupcu da u slučajevima jednostavnog nedostatka pri sklapanju zahteva njegovo otklanjanje, naknadno ispunjenje obaveze ili novo sklapanje stvari³⁶. Iz toga sledi da je reč o sporednoj obavezi iz ugovora o prodaji³⁷.

Ukoliko je sklapanje stvari smatra sporednom obavezom, za prodavca se rađa odgovornost prema §§ 280 I, 241 II NGZ. Sklapanje stvari mora u svakom slučaju biti ugovorom predviđeno. Sprovede li prodavac ugovoreno sklapanje stvari uz nedostatke, tako što to učini od svojih sopstvenih delova³⁸, on time krši sporednu obavezu iz ugovora.

Kada je u pitanju uputstvo za sklapanje, potrebno je najpre definisati taj pojam. On zavisi od vrste i upotrebne namene kupljene stvari. Nedostatak postoji, jer stvar već shodno § 434 I br. 2 NGZ ne odgovara uobičajenoj upotrebi i ne ispoljava svojstvo koje se kod stvari iste vrste očekuje. Deo literature preporučuje analognu primenu odredbi uputstvima za posluhu, korišćenje i kontrolu³⁹. Ova primena se opravdava postojanjem jednakog položaja interesa. Ipak, takva primena bi bila

³³ Pojam IKEA - Klauzula potiče od autora Staudenmayer-a, NJW 1999, 2393; Tonner, s. 53.

³⁴ Looschelders, s. 21.

³⁵ MünchKomm-BGB/WESTERMANN, BGB, § 434 Rn. 30.

³⁶ Ibidem.

³⁷ tonner, s. 53.

³⁸ Weber, s. 133.

³⁹ Tonner, s. 54.

suvišna. Već kada je uputstvo jednom prosečnom kupcu nerazumljivo, ima mesta primeni § 434 II 2 NGZ. I ovde se u obzir uzima jedan objektivni kriterijum. Stoga je dovoljno da uputstvo ima nedostatke, da kupac može iskoristiti pravo iz § 434 II 2 NGZ. Moguće je i da stvar bude sklopljena bez nedostataka. To za posledicu ima, da stvar nema nedostatak⁴⁰. Ali, uputstvo za sklapanje stvari mora omogućiti prosečnom kupcu da sklopi stvar⁴¹. Odredba iz § 434 II st. 2 NGZ ne važi za uputstvo za upotrebu ili za pogrešno uputstvo za puštanje u rad⁴².

Isporuka druge ili manje količine stvari

Ukoliko prodavac isporuči neku drugu stvar od ugovorene ili manju količinu stvari, postoji nedostatak stvari u smislu § 434 III NGZ. U prvom slučaju, reč je o pogrešnoj isporuci ili o *aliud*. Pri tome je konkretna isporučena stvar bez nedostataka, ali nije ona koja je kupljena. Pošto § 434 NGZ polazi od ugovorenog svojstva stvari, postoji odstupanje od svojstva kada je isporučena druga stvar.

Kada se kupuje na komad, ali bude isporučena pogrešna stvar, reč je o odstupanju u pogledu identiteta. Ovo odstupanje se smatra neizvršenjem ugovorne obaveze⁴³. Deo nauke zastupa stav, da se ovde ne radi o nedostatku i da se § 434 III NGZ ne može primeniti⁴⁴. Ipak, ovaj stav ne treba slediti, jer su, bar od reforme obligacionog prava 2002. godine, odredbe o garanciji za nedostatke stvari jasno povezane sa odredbama o garanciji⁴⁵.

Prelaz rizika i vreme postojanja nedostatka

Zakonski relevantan trenutak prelaza rizika kod materijalnog nedostatka stvari drugačije je određen nego kod pravnih nedostataka. Prema § 446 NGZ rizik slučajne propasti ili oštećenja kupljene stvari prelazi na kupca sa njenom predajom. Kod kupovine uz otpremu robe prema § 447 NGZ, kada se stvar isporučuje na drugom mestu od mesta ispunjenja obaveze, rizik prelazi na kupca već prilikom predaje stvari otpremniku, prevozniku ili drugom licu predviđenom za otprema-

⁴⁰ Medicus, Lorenz, s. 34.

⁴¹ Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, 2004, § 434 Rn. 103.

⁴² wenzel, s. 52.

⁴³ Looschelders, s. 22.

⁴⁴ Idem, s. 23.

⁴⁵ Idem, s. 23.

nje stvari. Važno je međutim, da se poklapaju mesto ispunjenja i mesto nastupanja posledice, kod ispunjenja u mestu prebivališta dužnika i kod ispunjenja mestu prebivališta poverioca⁴⁶. Eventualna oštećenja u transportu mogu se povezati sa tipičnim, kao i sa vanrednim slučajevima. Prema vladajućem stavu u literaturi, samo tipična oštećenja u transportu se mogu pripisati prodavcu⁴⁷.

Kada je u pitanju kupovina potrošačkih dobara, materijalni nedostatak takođe mora postojati u trenutku prelaza rizika. Nakon preuzimanja stvari, teret dokazivanja njegovog postojanja pada na kupca. Trenutak prelaza rizika može međutim kod različitih kupovina biti drugačiji. Najjednostavnija je situacija kada prodavac predaje stvar kupcu. Pitanje postaje složenije, kada se u pravnom odnosu pojavi treće lice. To je posebno slučaj kod kupovine stvari putem interneta. Pravni položaj kupca vidno je poboljšan u smislu tereta dokazivanja kod kupovine potrošačkih dobara. Ovde postoji pretpostavka u korist kupca, da je nedostatak postojao još u trenutku prelaza rizika, kada se pojavi u roku od šest meseci po predaji.

Razlika u odnosu na pravne nedostatke stvari

Nakon reforme obligacionog prava 2002. godine pravni i materijalni nedostaci stvari zajedno su uređeni u § 433 NGZ. Prodavac je u obavezi, da kupcu obezbedi stvar bez materijalnih i pravnih nedostataka. Za obe vrste nedostataka propisane su iste posledice⁴⁸. Smatra se da stvar nema pravne nedostatke, kada treće lice ne može da ospori pravo kupca na stvari. Takvo osporavanje postoji, kada treće lice ima sopstveno pravo na stvari, ili kada je pravo trećeg lica u zabludi upisano u zemljišne knjige (§ 435 NGZ).

Ponekad nije lako razlikovati materijalne od pravnih nedostataka stvari. Tako na pr. mogu javnopravna ograničenja⁴⁹ predstavljati odstupanje od ugovorenog svojstva ("svojstva kakvo treba da bude"). Ona utiču na svojstvo stvari ili na stanje stvari, ali ne proizilaze iz obligacionog odnosa iz ugovora⁵⁰. Pr itom, postoji materijalni nedostatak stvari. Takođe, na primer zabrana preuređivanja zgrade nije pravni nedostatak, budući da ne počiva na pravu svojine⁵¹. Ali, ugovoreno svojstvo stvari izostaje ili njena uobičajena upotreba biva sprečena.

⁴⁶ Idem, s. 50.

⁴⁷ Tonner, s.50.

⁴⁸ Idem, s.48.

⁴⁹ Bergmann, s. 238.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

NASTANAK I DOKAZIVANJE MATERIJALNIH NEDOSTATAKA KOD TIPIČNIH PREDMETA UGOVORNE OBAVEZE

Kao što smo videli, ne postoji univerzalna definicija materijalnih nedostataka stvari⁵². Kada nedostatak postoji, zavisi od konkretne situacije. To znači, da za svaku konkretnu stvar treba da stoji na raspolaganju skala manjkavosti. Ako stvar ima nedostatke, kupac mora dokazati njihovo postojanje u trenutku prelaza rizika. Ukoliko su pretpostavke za kupovinu potrošačkih dobara ispunjene, primenjuje se pretpostavka iz § 476 NGZ, da je stvar imala nedostatak u trenutku prelaza rizika. Kupac bi morao da dokaže, da stvar ispoljava negativno odstupanje od njenog ugovorenog svojstva (“svojstva kakvo treba bude”).

U opštim odredbama o garanciji prodavca teret dokazivanja pada na kupca. On mora da dokaže ne samo postojanje materijalnog nedostatka, nego i trenutak njegovog pojavljivanja. Većina aktuelnih pitanja materijalnih nedostataka stvari pojavljuje se kod kupovine pokretnih stvari. Ove stvari su i najčešći predmet ugovora o prodaji. Ovde će biti analizirani samo tipični i značajni primeri pokretnih stvari.

Motorna vozila

Materijalni nedostaci kod motornih vozila su jedno od najaktuelnijih pitanja obligacionog prava u nemačkoj sudskoj praksi i pravnoj nauci.

Ukoliko je reč o novoproduzvenom motornom vozilu, smatra se da ono nema nedostatke i da odgovara uobičajenoj upotrebi. Da li je motorno vozilo može biti smatrano novim nakon proteka 12 meseci, morao je da odgovori u jednoj od odluka Senat (VIII građansko odeljenje) NSS. Novo vozilo mora biti “fabrički novo”. To je slučaj sa neupotrebljenim motornim vozilom, ukoliko su ispunjene tri pretpostavke. Takav model mora biti i dalje proizvođen u neizmenjenom obliku, ne sme ispoljavati nikakav nedostatak usled dužeg vremena stajanja i vreme između njegove proizvodnje i zaključenja ugovora o prodaji ne sme biti duže od 12 meseci⁵³. Vreme stajanja motornog vozila ima za njegovu vrednost odlučujuć značaj, utiče na njegovu starost i na volju kupca kao ugovorne strane.

Ukoliko nedostatak postoji kod novog motornog vozila, kupac ima pravo na zahtev prema prodavcu shodno § 437 NGZ. Samo ukoliko je neuspešno zahtevao

⁵² Hirsch, Christoph, Schuldrecht Besonderer Teil, 2, 2010, s. 48.

⁵³ Senatsurteile vom 22.3.2000 – VIII ZR 325/98, NJW 2000, 2018 unter II; NJW 2004, 160 unter II 2 und 3, jew. m.w. Nachw.; NJW 2005; 1422 unter II 2, Beck-online 08.06.2011.

od prodavca naknadno ispunjenje obaveze, kupac ima pravo da nedostatak sam otkloni. Inače, on gubi pravo da od prodavca zahteva naknadu troškova preduzimanja radnje na osnovu garancije za nedostatke stvari⁵⁴.

Kada su u pitanju upotrebljena motorna vozila u praksi se javljaju dve situacije. Postoje naime, motorna vozila, koja trgovci motornim vozilima karakterišu kao “vozila od godinu dana” (“Jahreswagen”). Takvo vozilo je upotrebljeno motorno vozilo, kod kojeg međutim između proizvodnje i prvog puštanja u saobraćaj nije proteklo više od 12 meseci⁵⁵. Koje svojstvo treba da se očekuje od jednog “vozila od godinu dana”? Nemački Savezni sud i veći deo pravne nauke zastupaju stav, da je kod “vozila od godinu dana” reč o upotrebljenoj stvari “iz prve ruke” i, koje je lice kome pripada “vozilo godinu dana od prvog puštanja u saobraćaj”⁵⁶. To znači, da eventualno ugovoreno svojstvo “vozila od godinu dana” treba da ispuni samo ovu vremensku pretpostavku. Ovo mišljenje treba slediti, jer ovaj pojam počiva upravo na jednom vremenskom okviru i koji je kao takav u praksi i prihvaćen. Inače bilo bi u pitanju novo ili pak starije upotrebljeno motorno vozilo.

Čak i kada ugovorne strane ugovore kao svojstvo “vozilo od godinu dana”, one nisu precizirale određeno svojstvo. Oznaka “vozilo od godinu dana” već znači da motorno vozilo “do trenutka njegovog prvog puštanja u saobraćaj ne ispoljava stanje stajanja dužeg od 12 meseci”⁵⁷. Vremenski određenje od 12 meseci služi tome, da jedno “vozilo od godinu dana” bude razgraničeno od novih i starijih upotrebljenih motornih vozila⁵⁸. To, međutim, ne znači da pri dužem vremenu stajanja kod upotrebljenih vozila postoji materijalni nedostatak. Naprotiv, nedostaci naime poticati od vremena stajanja upotrebljenog vozila i biti neuobičajeni kod stvari iste vrste⁵⁹. Svojstvo koje omogućava redovno korišćenje upotrebljenog motornog vozila, jeste izostanak tehničkih odstupanja, koja sprečavaju njegovo puštanje u drumski saobraćaj ili isključuju ili umanjuju upotrebljivost⁶⁰.

⁵⁴ BGH, Urteil vom 23.2.2005 – VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348; EMMERICH, Volker, Kaufrecht, JuS 8/2005, 8, s.749.

⁵⁵ BGH, Urteil vom 7.6.2006 – VIII ZR 180/05, NJW 2006, 2694, Beck-online 08.06.2011.

⁵⁶ Idem; OLG Köln, NJW-RR 1989, 699; Reinking, Kurt, Egert, Christoph, Der Autokauf, 9. Aufl., Rdnr. 1345 m.w. Nachw.; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2004, § 434 Rdnr. 164, Beck-online 08.06.2011.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ BGH, Urteil vom 10. 3.2009 – VIII ZR 34/08 (LG Konstanz), NJW 2009, 1588, Beck-online 08.06.2011.

⁶⁰ Ibidem.

Ostaju pitanja: od kog trenutka se uobičajeno korišćenje jednog upotrebljenog motornog vozila smatra sprečenim i postoji li neki objektivni kriterijum za kupčeva očekivanja? Odgovor na prvo pitanje nije moguće dati, jer upotrebno svojstvo snažno zavisi od stanja na tržištu⁶¹. Kada je reč o drugom pitanju, ne odlučuje jedino vreme stajanja, već dolaze u obzir svi potencijalni uzroci⁶².

Nemački Savezni sud je potvrdio, da je kod upotrebljenih motornih vozila odlučujuće da li jedno oštećenje, koje se obično očekuje, vodi nemogućnosti ispunjenja ugovorne obaveze⁶³. To znači da nedostatak postoji, ali da isti može biti otklonjen. U konkretnom slučaju iz sudske prakse, jedno upotrebljeno motorno vozilo nije imalo originalnu lak-boju. Prema mišljenju NSS ovaj nedostatak može biti otklonjen novim lakiranjem, tako da upotrebljeno motorno vozilo ponovo bude vraćeno u stanje predviđeno ugovorom⁶⁴. Iz toga sledi, da upotrebljena motorna vozila nisu takva da moraju imati sve delove u originalnom stanju⁶⁵. Prosečan kupac ne može imati takvo očekivanje.

Životinje u smislu § 90a NGZ

Prema § 90a NHZ životinje ne predstavljaju stvari i njihova zaštita uređena je posebnim zakonom. Propisi koji se primenjuju na stvari važe i za životinje, osim ako nešto nije drugačije predviđeno.

Kod životinja su moguće tri namene. U zavisnosti od toga za koju namenu se životinja kupuje, razlikuju se svojstva koja ona mora da ima. Tako, životinje se kupuju kao životinje za sport ili zabavu, kao kućni ljubimci ili pak kao stoka za klanje. Njihove karakteristike se vrlo razlikuju i od toga zavisi sadržina pojma svojstva. Da li se životinje mogu smatrati potrošačkim dobrom? S njima se postupa kao sa pokretnim stvarima u smislu § 90 a st. 3 NGZ. Odgovor na ovo pitanje zavisi od obligacionog odnosa iz ugovora, od ugovornih strana i upotrebne namene životinje. Drugim rečima, primena odredbe § 474 BGB zavisi samo od ugovornih strana. Od životinja koje se kupuju radi zabave, ali posebno za sportske aktivno-

⁶¹ Ibidem.

⁶² AG Rottweil, DAR 1999, 369 (370); OLG Düsseldorf, NJOZ 2003, 1819 = DAR 2003, 318, Beck-online, 08.06.20011.

⁶³ BGH, NJW 2009, 2807, Beck-online, 08.06.20011; MünchKomm-BGB/Westermann, §434 Rdnr. 45.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.7.2002, 17 U 9/02, BeckRS 2007, 15844 Rdnr. 15, Beckonline, 08.06.20011.

sti, očekuju se visok kvalitet. Tako na pr. jedan jahački konj⁶⁶, mora biti u posebno dobrom zdravstvenom stanju, i biti sposoban za sportska takmičenja. Ali, kupac mora takvo svojstvo ugovoriti sa prodavcem ili mu bar saopštiti upotrebnu svrhu.

Kada određeno svojstvo životinje ili njena namena nisu ugovoreni, kao kriterijum treba uzeti uobičajeno svojstvo. Nemački Savezni sud je pritom utvrdio, da uobičajeno svojstvo ne znači da se životinja “ kreće u idealnim biološkim ili psihološkim normama”.⁶⁷ Za konje je Savezna veterinarska komora utvrdila posebne “rentgen-klase”, koje služe ocenjivanju zdravlja konja⁶⁸.

Ukoliko se životinja razboli, to ne znači da se bolest kao nedostatak može pripisati prodavčevoj odgovornosti. Kao i kod stvari, kupac mora da dokaže da nedostatak/greška postoji još pri prelazu rizika. U ovom slučaju, potrebno je naložiti veštačenje (veterinarsko), kojim bi se utvrdili bolest, njen uzrok i trajanje. Problem se može javiti onda, kada je reč o bolesti koja je uobičajena kod životinja. Sporno je, da li se ovde radi o nedostatku. Premda kupac mora računati na mogućnost bolesti kod životinje, on obično ne očekuje da kupi bolesnu životinju. Nije od značaja, da li je u pitanju bolest koja je česta kod životinja⁶⁹. Kupac je obavezan da životinje brižljivo čuva od bolesti i da sprovede sve neophodne mere, tako da se izbegne opasnost od eventualnih bolesti. Ukoliko jedan jahački konj obično služi za sport ili zabavu i ukoliko kupac može očekivati svojstva za tu namenu, materijalni nedostatak će postojati ako on onemogućava korišćenje životinje za konjički sport.

Nešto drugačija svojstva se očekuju od kućnih ljubimaca. Ovde se takođe vodi računa o saglasnosti ugovornih stranaka. I ovde je moguće sresti različite situacije. Tako jedna životinja može biti kupljena samo za držanje u kući. U ovom slučaju, treba poći od izjavljene volje stranaka. U praksi je postavljeno pitanje krivih nogu kod psa rase “jazavičar”⁷⁰. Sporno je da li je ovde reč o nedostatku. Kako je kupčeva porodica zavolela psa i nije želela da ga vrati nazad, pitanje pravnog rešenja postalo je složenije⁷¹. Time je alternativna isporuka novog primerka životinje bila isključena. Skorašnja sudska praksa NSS zastupa stav da bi alternativna isporuka po pretpostavci ugovornih strana bila moguća, kada “bi kupljena

⁶⁶ Marx, Mima Franziska, Fallstricke in Pferderechtsprozessen seit Abschaffung des Viehgewährleistungsrechts, NJW 2010, 2839, Beck-online, 08.06.2011.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Nemačka Savezna veterinarska komora www.bundestierärztkammer.de, 01.07.2011.

⁶⁹ Poelzig, s.618.

⁷⁰ Henne R., Alexander, WALTER M., Carsten, Probleme des neuen Kaufrechts, JuS 4/2007, s. 343.

⁷¹ BGHZ 163, 234 = NJW, 2005, 2852.

stvar u slučaju njene manjkavosti mogla biti zamenjena drugom stvari iste vrste i vrednosti⁷². Takođe postoji i mogućnost naknadnog otklanjanja nedostatka.

Kako se nedostatak najčešće pokazuje tek protekom vremena nakon prelaza rizika (i po nekoliko meseci kasnije), prodavac za njega ne bi morao da zna. Samo kada je mu je nedostatak stvari prilikom njene predaje bio poznat, on bi kupcu bio odgovoran po osnovu garancije za nedostatke stvari. Ovde takođe treba voditi računa i o starosti životinja. Prema praksi NSS kućni ljubimci se smatraju "novim", ukoliko je njihov život povezan samo sa prirodnim rizicima i nije kroz njihovu upotrebu bio izložen proizilazećim rizicima⁷³. Moguće je takođe, da kupac kupuje životinje za profesionalni uzgoj. U ovim dvema situacijama se bitno razlikuju svojstva koja se kod životinja očekuju. Premda kupac očekuje da i kućni ljubimac bude zdrava životinja, ovo ima poseban značaj za profesionalnog uzgajivača. Na kraju je bitno, da potomstvo kupljene životinje genetski i psihički bude zdravo, tako da se može uzgajati životinja bez nedostataka, koja će dalje biti predmet prodaje.

Ugovorne strane obično ne ugovaraju nikakvo posebno svojstvo, kada je u pitanju stoka za klanje. Već sam naziv upućuje na njenu namenu. Ipak, kada nije moguće primeniti nijedan subjektivni kriterijum, treba početi od uobičajene upotrebe, koja je redovna kod stvari iste vrste i koju kupac prema vrsti stvari može da očekuje. Stoka za klanje ne sme imati bolesti ili nedostatke koji su opasni po zdravlje ljudi. Kada je životinja još u životu, pitanje zaštite životnih namirnica se ne postavlja. Tu je takođe moguća primena propisa o kupovini potrošačkih dobara.

Zgrade i zemljišta

Kod zgrada su poslednjih godina različiti materijalni nedostaci postali aktuelni. Međuti, dva nedostatka su imala najveći efekat. Kod jednog, reč je o građevinskom materijalu štetnom po zdravlje. Kod drugog je od interesa javno-pravno ograničenje, o čemu je bilo reči kod pravnih nedostataka stvari.

U prvom slučaju, NSS je utvrdio nedostatak na stambenoj zgradi. Ranije je bilo uobičajeno, da se fasade zgrada oblažu azbestnim pločama. Međutim, u poslednjim decenijama, utvrđeno je da azbest, posebno prilikom udisanja, može izazvati štetne posledice. Ovde je NSS morao da odluči, da li se jedan materijal koji je ranije bio čest u izgradnji, sada može okvalifikovati kao materijalni nedostatak stvari. NSS zastupa stav da postojanje nedostatka ne zavisi od toga kada je zgra-

⁷² BGH, NJW 2006, 2839 (2841).

⁷³ BGHZ 170, 31 (41) = NJW 2007, 674 = JuS 2007, 284 (285); BGH, NJW-RR 1986, 52.

da podignuta. Naprotiv, od značaja je trenutak pravnog prometa, te da li stvar od tog trenutka odgovara uobičajenoj nameni⁷⁴. Dalje je NSS utvrdio da, navedeni materijal ima povećanu mogućnost izazivanja opasnosti po zdravlje, koja prelazi uobičajene granice, i, da uobičajeni građevinski radovi na zgradi ne mogu biti sprovedeni bez opasnosti po život⁷⁵. Eventualna radovi na takvoj fasadi imali bi kancerogeni uticaj. Zbog toga ovaj građevinski materijal predstavlja “nedostatak kupljene stvari koji se mora saopštiti”⁷⁶. Iz toga proizilazi da prodavac ne bi smeo da prećuti kupcu jedan takav nedostatak. Takođe, kada se takav nedostatak da otkloniti, prodavac bi mogao da sprovede neophodne mere, to jest, da spreči ili smanji štetno dejstvo.

U drugom slučaju, radi se o pravnim ograničenjima, koja nemaju osnov u ugovornom odnosu, nego u javno-pravnim propisima. Stambena zgrada kao stvar (predmet ugovora o prodaji ili zakupu) mora da ispoljava svojstva iz § 434 NGZ.

Odstupanje od namene predviđene ugovorom mora imati uzrok u samoj stvari i pri tome, stanje stvari ili bilo kakav odnos, koji na tome počiva, ne igra nikakvu ulogu⁷⁷. Ukoliko zgrada odstupa od ugovorenog svojstva, a da pritom nije ni kupljena niti uzeta u zakup, tako da se ne može koristiti za ugovorom predviđenu ili pretpostavljenu namenu, postoji nedostatak stvari. U konkretnom slučaju, radilo se o propisima o zaštiti spomenika kulture kojima je bilo zabranjeno preuređenje zgrade. Ovaj nedostatak postoji od samog početka. Kada je prodavcu namena zgrade saopštena, nije mu moglo ostati nepoznato, da bi kupac odnosno zakupac želeo da popravi odnosno poboljša stanje u zgradi. Ukoliko to nije moguće ili je povezano sa uvećanim troškovima, zakupac trpi štetu. Kod ugovora o zakupu, moguća je oštija odgovornost za zakupodavca. Prodavac kupcu mora da saopšti i njemu poznate okolnosti stanovanja. To posebno važi za korišćene zgrade. Ovde postoji nedostatak već prema objektivnom shvatanju nedostatka⁷⁸. Tako je prisustvo gljiva ili suve truleži karakteristika, koja je za kupca često odlučujuća. Kada su upotrebljavane nepokretnosti predmet ugovora o prodaji, obično se garancija za materijalne nedostatke stvari isključuje⁷⁹.

Jedno važno pitanje materijalnih nedostataka stvari kod zemljišta je i kvalitet tla. Ovde je od značaja ranija namena zemljišta. Zemljište, koje je pre kupovine

⁷⁴ BGH, Urteil vom 27.3.2009 – V ZR 30/08 (OLG Celle), NJW 2009, 2120, m. Anm. Lorenz S., LMK, 282362, Beck-online, 08.06.2011; FAUST, Zivilrecht – Kaufrecht, JuS 8/2009, 11, s.759.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Bergmann, s. 238.

⁷⁸ Westermann, u: Münchener Kommentar BGB, § 434 Rn. 52.

⁷⁹ Volmer, Michael, Vertragsgestaltung beim Grundstückskaufvertrag, JuS 3/2006, s. 226.

korišćeno za odlaganje otpada, smatra se manljivim, kada prodavac prećuti tu činjenicu, a prodaje ga kao građevinsko zemljište. Moderno zakonodavstvo uvelo je u primenu i propise o zaštiti čovekove okoline.

ZAKLJUČAK

Garancija za materijalne nedostatke stvari je oduvek imala značajnu ulogu. Priroda nedostatka se u međuvremenu sa tehničkim promenama umnogome promenila. Nakon reforme obligacionog prava 2002. godine pojam materijalnog nedostatka stvari dobio je moderno značenje, koje može dobro odgovoriti izazovima u narednim godinama.

Integracija garancije za materijalne i pravne nedostatke stvari u opšte odredbe o garanciji prodavca omogućila je da se isporuka stvari sa nedostatkom može smatrati kao okolnost koja ometa izvršenje ugovorne obaveze dužnika. Subjektivno-objektivni kriterijum stvari sa nedostatkom pogađa osnov svakog obligacionog odnosa zasnovanog na ugovoru, a to je saglasnost ugovornih strana. Međutim, on se neograničava samo na to. Izostane li saglasnost stranaka, objektivni kriterijum omogućava da se obuhvate preostale situacije. Predviđanjem manljivog sklapanja stvari kao materijalnog nedostatka omogućava da se obuhvati veliki broj obaveza koje su povezane sa ugovorom o prodaji. Na taj način je garancija za nedostatke stvari vidno pojačana.

Zakonodavstvo Evropske unije je sa svoje strane usvojilo jednu smernicu za nacionalna zakonodavstva, koja uspostavlja minimalnu zaštitu potrošača. Time položaj prodavca u pravnom prometu nije ugrožen. Sprovede li prodavac sve neophodne mere i isprati li stanje u tehnici, obim nedostataka biće svakako manji. Ukoliko se prodavac nalazi u prodajnom lancu, njegovu odgovornost treba posmatrati zajedno sa drugim licima, kao što se proizvođač i pomoćnik.

Aktuelna sudska praksa je na osnovu novih odredbi o ugovoru o prodaji donela brojne važne odluke. Zanimljivo je to, što su životinje, podjednako kao i motorna vozila i bile predmet zahteva za ostvarivanje prava na osnovu garancije. NSS je u svojim odlukama pojmu "stvari sa nedostatkom" dao konkretno značenje. Sa sklapanjem stvari kao sporednom obavezom praktično je prošireno polje primene odredbi ugovora o prodaji.

Ukoliko kupljena stvar ima nedostatak, kupcu odnosno potrošaču stoje različite mogućnosti na raspolaganju. Činjenica, da naknadno ispunjenje obaveze uziva prednost nad raskidom ugovora, jasno pokazuje nameru zakonodavca *in fa-*

vorem negotii, osim ako prestacija nije kvalitativno nemoguća. Kupcu je na taj način pružena druga šansa da svoju obavezu ispuni bez nedostataka.

ĐURO ĐURIĆ

Master of Laws/LL.M.

Forschungsmitarbeiter im Institut für

Wirtschaftswissenschaften in Belgrade,

Doktorand und Gastwissenschaftler an der

Universität des Saarlandes,

Deutschland

AKTUELLE FRAGEN ZUM BEGRIFF DES SACHMANGELS

Der deutsche Gesetzgeber hat in 2002 eine Reform des Schuldrecht durchgeführt, in der Richtung der Integration des Mangelsrecht ins allgemeine Gewährleistungsrecht. Das neue Sachmangelsrecht sah ein subjektiv-objektive Kriterium vor, das erlaubt eine weitere Bedeutung des Begriffs des Mangels. Außer den klassischen Mängeln, wurden auch mangelhafte Montage und Montageanleitung vorgesehen. Gemäß der EU Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, wurde eine zeitliche Vermutung des Vorliegens eines Mangels bei Verbrauchsgütern vorgeschrieben. Die neuen Vorschriften wurden in der Praxis bei den interessanten Konstellationen angewendet. So hatten die häufigsten gerichtlichen Verfahren zum Sachmangel als ihr Gegenstand Tiere, wie Pferde und Hunde, und verbrauchte Kraftfahrzeugen. Gerade in diesen Situationen wurden vor dem Bundesgerichtshof die Fragen von Qualität, Quantität und vom zeitlichen Vorliegens des Sachmangels vorgelegt.

DORĐE NIKOLIĆ

ZATEZNA KAMATA I STOPA ZATEZNE KAMATE U PRAVU SRBIJE

OPŠTE NAPOMENE O KAMATI

Kamata se definiše kao naknada koju neko plaća za korišćenje tuđih, odnosno kao naknada na koju neko ima pravo zbog nemogućnosti korišćenja svojih zamenljivih stvari, najčešće novca.¹ Pojedini autori definišu kamatu i kao cenu upotrebe novca ili drugih zamenljivih stvari,² što se u pravnoj teoriji ne smatra

Dr Đorđe L. Nikolić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Članak je rezultat rada na projektu "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" br. 179046, koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

¹ Mihajlo Vuković, *Obvezno pravo*, knjiga II, Zagreb, 1964, str. 347, kamatu definiše kao "naplatu za upotrebu tuđeg kapitala ili naknadu za sprečavanje upotrebe vlastitog kapitala"; Obrad Stanojević, *Kamata*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom prvi, Beograd, 1978, str. 673, navodi da je kamata "cena upotrebe novca ili drugih zamenljivih stvari", odnosno "da je to naknada koju neko plaća za korišćenje tuđih zamenljivih stvari, bilo da su te stvari ugovorom stavljene na raspolaganje korisniku ili ih on koristi mimo ugovora"; Jakov Radišić, *Obligaciono pravo*, Opšti deo, Beograd, 2008, str. 65: "kamata je nadoknada na koju poverilac ima pravo zbog toga što je lišen izvesne svote novca koju mu neko duguje, pod uslovom da se ta nadoknada određuje prema visini duga i prema vremenu njegovog trajanja".

² Obrad Stanojević, *Kamata*, str. 673; Borislav Čolić, *Kamate – rešenja iz Zakona o obligacionim odnosima i problemi u praktičnoj primeni*, Zakon o obligacionim odnosima, Knjiga o deseto-godišnjici, I tom, Beograd, 1988, str. 358; Jelisaveta Vasilić, *Kamata i naknada štete*, Prouzrokovanje štete i njena naknada, Zbornik radova, Budva, 1998, str. 60. i 61.

najadekvatnijim.³ U svakom slučaju, kamata se daje u stvarima iste vrste kao što je i glavnica i određuje se s obzirom na visinu glavnice i vreme u kome je ona korišćena. Uz to, ona se, po pravilu, odnosi na korišćenje tuđeg, odnosno nemogućnost korišćenja svog novca, a samo izuzetno i na ostale zamenljive stvari. Takav zaključak nedvosmisleno proizlazi i iz Zakona o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO) koji, s obzirom da su njegove odredbe o ugovornoj kamati formulisane u odnosu na novčane obaveze, propisuje da te odredbe shodno važe i za ostale obaveze koje imaju za predmet stvari određene po rodu.⁴

Izrazom kamata označava se ukupna naknada za korišćenje novca, ali i srazmera prema glavnici. Međutim, preciznije izražavanje zahteva da se pojam kamata razdvoji tako da izraz ukupna kamata označava iznos naknade, a izraz kamatna stopa srazmeru prema glavnici.⁵ S druge strane, i zatezna kamata se ponekad naziva zakonskom kamatom,⁶ što je sintagma koju treba izbegavati, jer je ona samo jedan od oblika zakonske kamate.⁷

SUŠTINA I CILJEVI ZATEZNE KAMATE

Zatezna kamata (*usura ex mora*) je, pre svega, kamata, tj. naknada koju neko plaća za korišćenje tuđih, odnosno na koju neko ima pravo zbog nemogućnosti korišćenja svojih zamenljivih stvari, s tim što se njena osobenost ogleda u tome što je to naknada koju i bez posebnog ugovaranja,⁸ po samom zakonu, duguje dužnik

³ Milan Lj. Petrović, Kamata u pravu, Pravni život, br. 1/78, str. 3–5, smatra da se kategorija cene novca ni u ekonomskom, ni u društvenom smislu, ne može braniti, te da se i u teoriji kredita govori o ceni kredita kao zbiru izdataka korisnika kredita povodom kreditne obaveze, koji obuhvata kamatu, troškove, provizije i osiguranja, a često i druge sporedne izdatke; Milovan-Mušo Šćepanović, Sistem kamata u pravnom prometu, Naša zakonitost, br. 8/85, str. 909, u tom smislu, kamatu definiše kao cenu posla, tj. kao naknadu za korišćenje zajma ili kredita.

⁴ Čl. 402. ZOO ("Službeni list SFRJ", br. 29/78, 39/85, i 57/89, kao i "Službeni list SRJ", br. 31/93).

⁵ Milan Lj. Petrović, nav. delo, str. 5.

⁶ Mihailo Konstantinović, Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, Beograd, 1996, kako u naslovu odseka IV, odeljka II, dela drugog, tako i u čl. 223–225, koristi izraz "zakonska kamata".

⁷ Ivica Crnić, Zatezna i ugovorna kamata, Naša zakonitost, br. 9–12/88, str. 1072; Maja Stanivuković, Stopa zatezne kamate na ugovorna potraživanja u stranoj valuti, Pravni život, br. 12/08, str. 220.

⁸ Obrad Stanojević, Kamata, str. 684; Ivica Jankovec, Pravni aspekti novčanih obaveza, Beograd, 2003, str. 132; Žarko Latinović, Zatezna kamata i šteta zbog docnje u plaćanju novčane obaveze, Sudska praksa, br. 10/92, str. 55.

novčane obaveze koji zadocni sa njenim ispunjenjem. U tom smislu se i propisuje (čl. 277. st. 1. ZOO) da dužnik koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze duguje, pored glavnice, i zateznu kamatu po stopi utvrđenoj saveznim zakonom. Pri tome, zatezna kamata je objektivna posledica njegove docnje,⁹ tako da dužnik u docnji duguje zateznu kamatu bez obzira na svoju krivicu.¹⁰

Zateznom kamatom ostvaruju se različiti ciljevi. Ona, pre svega, ima za cilj da poveriocu obezbedi naknadu koju nije ostvario zbog toga što nije mogao da koristi novac koji mu pripada ili zbog toga što je dužnik koristio tuđi novac.¹¹ Pretpostavlja se, dakle, da se novac u svako doba može koristiti tako što će se dati "pod interes",¹² odnosno da će samo držanje novca u isto vreme predstavljati i korišćenje tim novcem.¹³ Ali, često se kamata, u pogledu svojeg cilja, potpuno poistovećuje sa naknadom štete. U tom smislu se u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima predviđa (čl. 223. st. 1) da dužnik duguje kamatu "na ime naknade štete prouzrokovane zadocnjenjem". Ista misao izražavana je i u sudskoj praksi,¹⁴ a sreće se i u pravnoj teoriji.¹⁵

⁹ Ivica Crnić, Komentar Zakona o obveznim odnosima, Napomene, komentari, sudska praksa i prilozii, Zagreb, 2006, str. 73.

¹⁰ Jakov Radišić, nav. delo, str. 331; Bogdan Loza, Obligaciono pravo, Opšti dio, Beograd, 2000, str. 67; Ivica Jankovec, Pravni aspekti novčanih obaveza, str. 132; Ivica Crnić, Komentar Zakona o obveznim odnosima, str. 73; Oliver Antić, Obligaciono pravo, Beograd, 2007, str. 85, smatra da dužnik u docnji duguje zateznu kamatu "automatski i bezizuzetno", kao i da se, "čak ni opšti razlozi za oslobođenje od odgovornosti po osnovu krivice, npr. viša sila", ne primenjuju kad je u pitanju zatezna kamata; Borivoje Živković, Kamata i razlika do potpune naknade, Izbor sudske prakse, br. 2/93, str. 12.

¹¹ Ivica Jankovec, Pravni aspekti novčanih obaveza, str. 132; Ivica Crnić, Komentar Zakona o obveznim odnosima, str. 73; Milan Lj. Petrović, nav. delo, str. 10.

¹² Slobodan Perović, komentar čl. 277–279. ZOO, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, glavni redaktor: Slobodan Perović, Beograd, 1995, str. 643; Jelisaveta Vasilčić, nav. delo, str. 63; Jelena Borovac, Kamate u sudskoj praksi, Ugovorna odgovornost i naknada štete, zbornik radova, Beograd, 2009, str. 133.

¹³ Milan Lj. Petrović, nav. delo, str. 10, smatra da takvoj pretpostavci ima mesta zbog toga što "nije moguće utvrditi da li se držalac novca njime koristio ili ne, a naprotiv se može da pretpostavi da novac nije bio van upotrebe".

¹⁴ U odluci Saveznog suda Gzc. 32/78 navodi se da je zatezna kamata "po svojoj pravnoj prirodi vid obeštećenja poverioca za zakonom pretpostavljenu štetu, koju trpi zato što se zbog dužnikove docnje nije mogao služiti novcem koji mu pripada".

¹⁵ Ivanka Lekić, Docnja dužnika i pravo poverioca na kamatu, Zakon o obligacionim odnosima, Knjiga o desetogodišnjici, I tom, Pravni život, Beograd, 1988, str. 348, smatra da je zatezna kamata vid novčane kazne za dužnika koja se po svojoj pravnoj prirodi "upodobljava pretpostavljenoj imovinskoj šteti".

Drugi cilj koji se ostvaruje zateznom kamatom, bar onim njenim delom koji prelazi naknadu koja se može ostvariti ulaganjem novca kod banke,¹⁶ koja je, inače, niža od iznosa zatezne kamate,¹⁷ je kažnjavanje dužnika zbog njegove docnje,¹⁸ čime se podstiče dužnik da ispuni svoju obavezu.¹⁹

Međutim, pojedini autori smatraju da zatezna kamata ne može imati kazneni karakter ne samo zbog toga što je dužnik duguje i kad nije odgovoran za zadocnjenje sa plaćanjem, tj. i kad nema opravdanja za njegovo kažnjavanje, već i zato što u imovinsko-pravnim odnosima nema mesta kažnjavanju.²⁰ Pri tome, oni ne spore da se zatezna kamata određuje u iznosu koji je viši od iznosa koji bi poverilac dobio ulaganjem novca kod banke, ali tvrde da je to, u stvari, “cena za rizik kojem je poverilac izložen, da mu dužnik neće platiti dug”.

Čini se, ipak, da se ne može sporiti da kazneni karakter ima bar onaj deo zatezne kamate koji prelazi iznos štete koju poverilac trpi zbog dužnikovog zadocnjenja sa plaćanjem. U prilog takvom stavu govori i zakonom ustanovljena neoboriva pretpostavka da je poverilac pretrpeo štetu u visini zatezne kamate,²¹ zbog čega on ima pravo na zateznu kamatu bez obzira na to da li je pretrpeo kakvu štetu zbog dužnikove docnje,²² odnosno bez obaveze da dokaže da je pretrpeo bilo ka-

¹⁶ Obrad Stanojević, komentar čl. 277–279. ZOO, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, redaktori: Borislav T. Blagojević-Vrleta Krulj, I, Beograd, 1980, str. 690, lepo primećuje: “Interes na štedne uloge ili na sredstva koja su na tekućem računu nalik je na kamatu koja se inače plaća za korišćenje tuđeg novca, ali ima i posebne karakteristike, jer banka, doduše koristi tuđ novac, ali i čini uslugu deponentu, odnosno vlasniku tekućeg računa. Otuda je ovde kamatna stopa po pravilu nešto niža”

¹⁷ Žarko Latinović, nav. delo, str. 56, posebno potencira da stopa zatezne kamate “treba da bude veća od stope ugovorne kamate”, kao i da “ona ima kazneni karakter”.

¹⁸ Obrad Stanojević, komentar čl. 277–299. ZOO, str. 690; Ivica Crnić, Komentar Zakona o obveznim odnosima, str. 73; Ivanka Lekić, nav. delo, str. 348; Žarko Latinović, nav. delo, str. 55; Predrag Trifunović, nav. delo, str. 276. i 281; Jelena Borovac, nav. delo, str. 132.

¹⁹ Ivica Crnić, Komentar Zakona o obveznim odnosima, str. 73; Žarko Latinović, nav. delo, str. 55; Dragiša Slijepčević, Dopuštenost anatocizma u obračunu zakonske zatezne kamate, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br. 3, Beograd, 2003, str. 145; Jelena Borovac, nav. delo, str. 132; Maja Stanivuković, nav. delo, str. 225, u vezi sa kaznenom i preventivnom prirodom zatezne kamata navodi da “ona treba da podstakne dužnika da izvrši svoju obavezu na vreme, a ako to ne učini, da ga kazni za docnju”.

²⁰ Ivica Jankovec, Pravni aspekti novčanih obaveza, str. 132.

²¹ Ivica Jankovec, Pravni aspekti novčanih obaveza, str. 144; U tom smislu i Obrad Stanojević (Kamata, str. 687) zaključuje da “zakonska (zatezna) kamata polazi od pretpostavljene štete koju je pretrpeo poverilac”, kao i da je ona “uvedena sa ciljem da se olakša položaj poverioca tako da on ne mora dokazivati da li je i koliko štetu pretrpeo”.

²² Čl. 278. st. 1. ZOO.

kvu štetu.²³ Ni dužnik ne može dokazivati da zbog njegovog zadocnjenja sa plaćanjem za poverioca nije nastala nikakva šteta ili da je šteta koja je nastala manja od zatezne kamate.²⁴ Na kraju, zatezna kamata, jednim svojim delom, ima za cilj i da zaštiti poverioca od smanjenja kupovne moći novca za vreme docnje dužnika.²⁵ Tendencija da novac gubi vrednost je u današnjim uslovima stalna, zbog čega pojedini autori zaključuju da je, bar u našim uslovima, kamata “sve manje dobit a sve više naknada za pretrpljenu štetu zbog depresijacije”.²⁶

Propisivanjem prava na zateznu kamatu ne isključuju se prava koja poverilac ima prema opštim pravilima o odgovornosti dužnika zbog kršenja svojih obaveza, posebno njegovo pravo da zahteva naknadu štete,²⁷ niti se isključuje odgovornost dužnika za štetu nastalu zadocnelim plaćanjem.²⁸ U tom smislu je i zakonska odredba o pravu poverioca na razliku do potpune naknade štete ako je ona veća od iznosa koji bi on dobio na ime zatezne kamate.²⁹ Poverilac dokazuje iznos štete koja ga je pogodila zbog zadocnjenja dužnika sa plaćanjem,³⁰ a dužnik duguje naknadu štete samo ako je za zadocnjenje kriv (odgovoran).³¹ S obzirom da se njegova krivica (odgovornost) pretpostavlja,³² dužnik se može osloboditi odgovornosti samo ako dokaže da je zakasnio sa ispunjenjem obaveze zbog okolnosti nastalih posle zaključenja ugovora koje nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći (čl. 263. ZOO), odnosno da mu se ne može pripisati nikakva krivica za štetu koju je pretrpeo poverilac.³³

²³ Obrad Stanojević, Kamata, str. 684; Ivica Jankovec, Pravni aspekti novčanih obaveza, str. 143; Borisav Čolić, nav. delo, str. 359; Žarko Latinović, nav. delo, str. 55; Dragiša Slijepčević, nav. delo, str. 145.

²⁴ Ivica Jankovec, Pravni aspekti novčanih obaveza, str. 143; Ivica Crnić, Komentar Zakona o obveznim odnosima, str. 73.

²⁵ Ivica Jankovec, Pravni aspekti novčanih obaveza, str. 132; Ivanka Lekić, nav. delo, str. 348.

²⁶ Obrad Stanojević, Kamata, str. 681. i komentar čl. 277–299. ZOO, str. 690.

²⁷ Čl. 262. st. 2. ZOO: “Kad dužnik ne ispuni obavezu ili zadocni sa njenim ispunjenjem, poverilac ima pravo zahtevati i naknadu štete koju je usled toga pretrpeo.”

²⁸ Borislav Čolić, nav. delo, str. 359; Jelisaveta Vasilić, nav. delo, str. 64.

²⁹ Čl. 278. st. 2. ZOO; Pravo na razliku do potpune naknade štete priznaju poveriocu i nemačko (§ 288. st. 2. Građanskog zakonika) i švajcarsko pravo (čl. 106. st. 1. Zakonika o obligacijama).

³⁰ Ivica Jankovec, Pravni aspekti novčanih obaveza, str. 144; Žarko Latinović, nav. delo, strana 57.

³¹ Jakov Radišić, nav. delo, str. 332; Žarko Latinović, nav. delo, str. 57; Borivoje Živković, nav. delo, str. 13; Ivica Jankovec, Pravni aspekti novčanih obaveza, str. 143.

³² Ivica Jankovec, Pravni aspekti novčanih obaveza, str. 143; Žarko Latinović, nav. delo, strana 57.

³³ Čl. 106. st. 1. švajcarskog Zakonika o obligacijama.

STOPA ZATEZNE KAMATE

U savremenom pravu se redovno predviđa da dužnik koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze duguje, pored glavnice, i zateznu kamatu, što znači da je ona dozvoljena. Ali, od dozvoljenosti zatezne kamate treba razlikovati dozvoljenost stope zatezne kamate. Stopa zatezne kamate danas, uglavnom, nije u dispoziciji ugovornih strana, već se najčešće određuju gornje granice te stope, odnosno pravom se predviđaju načini za određivanje ovih granica, ako one nisu neposredno zakonom propisane.

U zakonodavstvima koja se opredeljuju za zakonsko ograničenje stope zatezne kamate moguće je, najpre, da ono bude neposredno određeno u građanskom zakoniku,³⁴ s tim što se takvo ograničenje može ostvariti i upućivanjem u zakoniku na posebne propise,³⁵ ili na osnovu za utvrđivanje stope zatezne kamate.³⁶

Pored visine stope zatezne kamate, čiji je uticaj presudan, na iznos ukupne zatezne kamate može značajno da utiče i način njenog obračuna.

Visina stope zatezne kamate

Visina stope zatezne kamate se u posleratnom jugoslovenskom pravu određivala veoma različito. Ona je dosta dugo, skoro do donošenja ZOO, bila određivana neposredno u vidu tačno određenog procenta. Prvi takav propis bila je Naredba o zateznim kamatama ("Službeni list FNRJ", br. 5/57).³⁷ U duhu rešenja iz navedene naredbe bilo je i rešenje iz Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima

³⁴ § 601. Građanskog zakonika Kraljevine Srbije ("Lihva zakona opredeljuje se 6 na sto. Ugovoriti se pak može i do 12 na sto. Veća se sudom ne presuđuje"), § 288. st. 1. rečenica prva nemačkog Građanskog zakonika ("Novčano dugovanje ima se za vreme docnje ukamatiti sa četiri posto kamate godišnje. ...") i čl. 104. st. 1. švajcarskog Zakonika o obligacijama ("Dužnik koji se nalazi u docnji sa plaćanjem novčane sume duguje zateznu kamatu od 5% godišnje, čak i u slučaju kad je ugovorom utvrđena niža kamatna stopa.").

³⁵ To je delom bio slučaj sa stavom 2. člana 277. jugoslovenskog ZOO od 1978. godine koji propisuje: "Za novčanu obavezu proizašlu iz ugovora u privredi, stopu zatezne kamate propisuje Savezno izvršno veće."

³⁶ U stavu 3. člana 104. švajcarskog Zakonika o obligacijama to je upućivanje na eskontnu stopu; U jugoslovenskom pravu to je bilo upućivanje na stopu koja se u mestu ispunjenja plaća na štedne uloge po viđenju (čl. 277. st. 1. ZOO od 1978), odnosno na štedne uloge oročene bez utvrđene namene preko godinu dana (čl. 277. st. 1. ZOO posle izmena i dopuna od 1985. godine).

³⁷ Tom naredbom je propisano da dužnik koji ne izmiri na vreme dug banci ili drugom kreditoru društvenog sektora treba da plaća kamatnu stopu koja je određena ugovorom kao moratorni

prof. Konstantinovića.³⁸ Vremenom se uvidelo da rešenja iz Naredbe o zateznim kamatama nisu najbolja, zbog čega je ona novom naredbom od 1972. godine stavljena van snage.³⁹ Međutim, s obzirom da nije bilo predviđeno nikakvo novo rešenje, problematika zatezne kamate je u praksi izazivala brojne teškoće, zbog čega je vrlo brzo usledila i intervencija najviših sudova.⁴⁰

Rešenja iz zaključaka najviših sudova primenjivala su se nekoliko godina, ali se ubrzo pokazalo da je, zbog narasle inflacije, tačno utvrđena stopa zatezne kamate neprikladna.⁴¹ Zbog toga je na zajedničkoj sednici Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 8. jula 1976. godine zauzet načelan stav br. 1/76 po kome "poverilac građanin i građanskopravno lice u slučaju docnje dužnika u ispunjenju novčane obaveze ima pravo na zateznu kamatu po stopi koja se u mestu ispunjenja plaća na štedne uloge po viđenju".⁴² Za razliku od rešenja iz prethodnih zaključaka, rešenje iz ovog načelnog stava imalo je opšti karakter, jer se odnosilo na sve poverioce i dužnike.⁴³

Načelni stav br. 1/76 predstavljao je prekretnicu, jer visinu stope zatezne kamate ne određuje neposredno već posredno, tj. upućivanjem na kamatnu stopu koja se u mestu ispunjenja plaća na štedne uloge po viđenju. Takvo rešenje je bilo

interes, s tim da ne može biti veća od 12% godišnje. Ako kamatna stopa nije određena, onda se duguje 8%, s tim da ostali poverioci imaju pravo na 5% kamate.

³⁸ Čl. 223. st. 1. Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima: "Dužnik koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze duuguje pored glavnice i kamatu od 6 odsto godišnje na ime naknade štete prouzrokovane zadocnjenjem, ako za određeni slučaj nije u zakonu određena koja druga stopa."

³⁹ Naredba o prestanku važenja Naredbe o zateznim kamatama ("Službeni list SFRJ", br. 58/72).

⁴⁰ Najpre je Vrhovni privredni sud na opštoj sednici od 26. i 27. decembra 1972. godine doneo zaključak u kojem se, između ostalog, navodi: "dok se ne postigne društveni dogovor o visini kamatnih stopa koje će da primenjuju privredne organizacije u međusobnim dugovinskim odnosima, odnosno banke na odobrene kredite ili dok se ne donese o tome propis, produžiće se dosadašnja praksa u sledećem: a) neće se pružiti sudska zaštita ugovorima u onom delu kojim se predviđa kamata viša od 12% bez obzira na formu kojom se ta kamata predviđa (redovne, zatezne, kaznene, učešće u dobiti, provizija itd.); b) ako visina kamata nije ugovorena, primeniće se kamatna stopa od 8%," a zatim je 28. i 29. juna 1973. godine usledilo i Savetovanje u građanskom odeljenju Vrhovnog suda Jugoslavije na kojem je zaključeno da poveriocu, usled docnje dužnika u ispunjenju novčane obaveze, "sudovi dosuđuju zateznu kamatu u visini od 6% od glavnog duga".

⁴¹ Obrad Stanojević, Kamata, str. 683, navodi da bi neuredni dužnik, ako je bio u obavezi da plaća 10% interesa, u docnji bio opterećen sa još dva procenta, ali ako je već dugovao 12%, docnja nije povlačila nikakvu dodatnu obavezu, osim po pravilima naknade štete.

⁴² Pošto je u vreme usvajanja načelnog stava ta kamata iznosila 7,5%, na sednici je istaknuto da nema osnova da se poveriocu obračunava kamata do najviše 6%, kada on davanjem na štednju može ostvariti 7,5%.

⁴³ Obrad Stanojević, Kamata, str. 683.

prihvaćeno i u ZOO (čl. 277. st. 1), s tim što se od njega odstupilo kod novčanih obaveza iz ugovora u privredi, jer je u tom slučaju stopu zatezne kamate propisivalo Savezno izvršno veće (čl. 277. st. 2).⁴⁴ Prvim izmenama i dopunama ZOO od 1985. godine izmenjena je i odredba o zateznoj kamati tako što se, umesto na onu koja se u mestu ispunjenja plaća na štedne uloge po viđenju, upućuje na kamatnu stopu koja se u mestu ispunjenja plaća na štedne uloge oročene bez utvrđene namene preko godinu dana.⁴⁵ Usledile su, potom, nove izmene i dopune ZOO od 1989. godine prema kojima se visina stope zatezne kamate ne određuje ZOO, već se upućuje na stopu zatezne kamate koja je utvrđena saveznim zakonom.⁴⁶ Istog dana kad i Zakon o izmenama i dopunama ZOO od 1989. godine stupio je na snagu i Zakon o visini stope zatezne kamate (u daljem tekstu: ZVSZK),⁴⁷ tako da se, od donošenja tog zakona pa sve do danas, zatezna kamata reguliše u dva odvojena zakona.

ZVSZK od 1989. godine određuje visinu stope zatezne kamate posredno, tj. “u visini eskontne stope koju mesečno utvrđuje Narodna banka Jugoslavije uvećane za 20%” (čl. 1). Za razliku od ZOO, ovaj zakon predviđa jedinstvenu stopu zatezne kamate, što znači da je posle njegovog stupanja na snagu prestalo razlikovanje između opšte i posebne stope zatezne kamate za novčane obaveze koje proizlaze iz ugovora u privredi. Ubrzo se pokazalo da ovaj zakon nije bio zasnovan na adekvatnoj osnovi,⁴⁸ jer je davao stopu zatezne kamate koja je bila znatno niža od stope rasta cena na malo, odnosno od stope inflacije.⁴⁹ To su bili razlozi za donošenje novog ZVSZK od 1993. godine,⁵⁰ prema kojem se stopa zatezne kamate, koja je takođe jedinstvena, “sastoji se od stope rasta cena na malo i fiksne stope od 1,2%

⁴⁴ Savezno izvršno veće je svojom Odlukom o visini stope zatezne kamate (“Službeni list SFRJ”, br. 19/82, 40/83, 53/84, 15/85, 32/85, 62/85, 14/86, 23/86, 42/86, 29/87, 16/88 i 72/88) stopu zatezne kamate odredilo neposredno, tj. u tačno određenom procentu označenom u odluci, s tim što se kasnijim izmenama odluke samo menjao taj procenat. Međutim, Odlukom o izmeni odluke o visini stope zatezne kamate iz 1987. godine, umesto neposrednog, propisuje se posredni način utvrđivanja stope zatezne kamate prema kojem se “stopa zatezne kamate utvrđuje u visini eskontne stope Narodne banke Jugoslavije uvećane za 40%”.

⁴⁵ Čl. 3. st. 1. Zakona o izmenama i dopunama ZOO (“Službeni list SFRJ”, br. 39/85).

⁴⁶ Čl. 1. st. 1. Zakona o izmenama i dopunama ZOO (“Službeni list SFRJ”, br. 57/89).

⁴⁷ “Službeni list SFRJ”, br. 57/89.

⁴⁸ Žarko Latinović, nav. delo, str. 59, tvrdi da “određivanje visine stope zatezne kamate u odnosu na eskontnu stopu Narodne banke Jugoslavije nema nikakvog opravdanja, ni logike”.

⁴⁹ Žarko Latinović, nav. delo, str. 56–57, daje uporedni prikaz rasta cena na malo i stopa zateznih kamata za period decembar 1991. – juli 1992, iz kojeg se vidi da je u tom periodu stopa zatezne kamate bila uvek znatno ispod stope rasta cena na malo.

⁵⁰ “Službeni list SRJ”, br. 32/93, 24/94 i 28/96.

mesečno koja se primenjuje na stopu rasta cena na malo”, s tim da se “obračun zatezne kamate vrši mesečno primenom konformne metode”.⁵¹ U Srbiji je sada na snazi poslednji ZVSZK od 2001. godine,⁵² koji je skoro identičan sa prethodnim, jer i on za osnovu uzima mesečnu stopu rasta cena na malo (čl. 2. tač. 1). U njemu je, za razliku od prethodnog, smanjena fiksna stopa na 0,5% mesečno (čl. 2. tač. 2), ali je u suštini zadržan isti način određivanja visine stope zatezne kamate po kome se “obračun duga uvećanog za zateznu kamatu vrši (se) tako da se fiksna stopa od 0,5% množi iznosom glavnog duga uvećanog za kamatu po stopi iz člana 2. tačka 1. ovog zakona, primenom konformne metode” (čl. 3. st. 1). Za mesec za koji nije poznata stopa rasta cena na malo, primenjuje se poslednja objavljena mesečna stopa rasta cena na malo (čl. 3. st. 2), a za mesec za koji je stopa rasta cena na malo jednaka nuli ili je negativna, mesečna stopa zatezne kamate jednaka je fiksnoj stopi od 0,5% mesečno (čl. 3. st. 3). Međutim, i poslednji ZVSZK je izmenjen i dopunjen tako što se u celom tekstu zakona, umesto stope rasta cena na malo, predviđa stopa rasta potrošačkih cena.⁵³

a) *Način određivanja stope zatezne kamate.* – Naše dosadašnje bogato iskustvo u vezi sa određivanjem visine stope zatezne kamate pokazuje da sistem neposrednog određivanja visine stope zatezne kamate ima izvesnu prednost u pogledu izvesnosti, jer se tačno zna koliki su maksimumi i jednostavno se obračunava kamata koja se duguje. Ali, on je statičan i veoma krut, tako da ne omogućava blagovremeno prilagođavanje visine stope zatezne kamate promenjenim privrednim uslovima. Nasuprot tome, posrednim određivanjem visine stope zatezne kamate, koje se ostvaruje njenim vezivanjem za neke veličine koje su vezane za privredu i privredna kretanja, obezbeđuje se njeno stalno usklađivanje sa privrednim kretanjima, što je logičan zahtev koji proizlazi iz činjenice da je kamata ne samo pravna, već i ekonomska kategorija.⁵⁴ S obzirom da takvo određivanje visine stope zatezne kamate u velikoj meri preovlađuje i u savremenom pravu,⁵⁵ može se i za posredni

⁵¹ Čl. 1. tač. 1. i 2. ZVSZK od 1993. godine. Kada je u praksi postalo sporno da li se fiksna stopa od 1,2% mesečno sabira ili množi, donet je Zakon o izmenama i dopunama ZVSZK od 1996. godine u kojem se precizira da se “obračun zatezne kamate vrši tako što se fiksna stopa od 1,2% množi sa iznosom glavnog duga uvećanog za kamatu po stopi iz tačke 1. stav 2. ovog člana primenom konformne metode”.

⁵² “Službeni list SRJ”, br. 9/01 i 31/11.

⁵³ Zakon o izmenama i dopunama ZVSZK (“Službeni glasnik RS”, br. 31/2011).

⁵⁴ Obrad Stanojević, Kamata, str. 686; Milovan Mušo Šćepanović, nav. delo, str. 910.

⁵⁵ Stopa zatezne kamate je posredno određena i u pravu Evropske unije gde je sredinom 2000. godine doneta Direktiva o borbi protiv docnje u plaćanju u trgovinskim poslovima (Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions). Prema toj direktivi kamatna stopa se određuje tako što se na referentnu kamatnu

način određivanja visine stope zatezne kamate koji je usvojen u ZVSZK od 2001. godine reći da je, načelno, prihvatljiv, jer je zasnovan na stopi rasta cena na malo, odnosno potrošačkih cena, čime se osigurava vrednost poveriočevog potraživanja, a fiksnom stopom od 0,5% mesečno, što je približno 6% na godišnjem nivou, obezbeđuje se poveriocu i ostvarivanje zatezne kamate po jednoj prihvatljivoj pozitivnoj (realnoj) kamatnoj stopi.⁵⁶ Uz to, i sama odredba kojom se propisuje posredno određivanje visine stope zatezne kamate ima određenu stalnost, jer nije podložna stalnim promenama, što je, inače, bio i jedan od glavnih razloga da se određivanje visine stope zatezne kamate “izmesti” iz ZOO i prepusti posebnom zakonu. Time se stvaraju uslovi da se problematika zatezne kamate celovito uredi ZOO, što su pojedine bivše jugoslovenske republike i učinile.⁵⁷ Takvo rešenje, ipak, nije prošlo bez ikakve kritike.⁵⁸

b) Karakter propisa kojima se određuje stopa zatezne kamate. – Za odredbe o obavezi dužnika da plati zateznu kamatu, kao i za odredbe kojima se određuje visina stope zatezne kamate, smatra se da imaju prinudni karakter,⁵⁹ tako da ne ostavljaju mogućnost učesnicima obligacionih odnosa da ugovore neku drugu, veću ili manju stopu zatezne kamate.

Isto tako, smatra se da se učesnici obligacionog odnosa ne mogu unapred odreći ni prava da zahtevaju plaćanje zatezne kamate,⁶⁰ odnosno da ugovorom ne

stopu Evropske centralne banke doda najmanje sedam procentnih poena; Stopa zatezne kamate posredno je određena i u pravu pojedinih bivših jugoslovenskih republika: čl. 29. st. 2. hrvatskog Zakona o obveznim odnosima (“Narodne novine Republike Hrvatske”, br. 35/05 i br. 41/08) predviđa da se stopa zatezne kamate određuje tako što se na eskontnu stopu Narodne banke Hrvatske dodaje osam, odnosno pet procentnih poena u zavisnosti od vrste ugovora; čl. 266-a makedonskog Zakona o obligacionim odnosima (“Služben vesnik na Republika Makedonija”, br. 18/01, 78/01, 4/02, 59/02, 5/03 i 84/08) predviđa da se stopa zatezne kamate za komercijalne transakcije određuje u visini referentne kamatne stope Narodne banke Makedonije uvećane za deset procentnih poena.

⁵⁶ Obrad Stanojević, komentar čl. 277-279. ZOO, str. 692: “Ako je kamatna stopa veća od stepena inflacije, onda se kaže da je to pozitivna kamata, pozitivna kamatna stopa, a ako je manja, tako da poverilac trpi štetu, reč je o negativnoj kamatnoj stopi”.

⁵⁷ V. čl. 29–31. hrvatskog Zakona o obveznim odnosima.

⁵⁸ Ivica Crnić, Komentar Zakona o obveznim odnosima, str. 74.

⁵⁹ Ivica Jankovec, Pravni aspekti novčanih obaveza, str. 132; Ivica Crnić, Zatezna kamata i ugovorna kamata, str. 1083; Milovan Mušo Šćepanović, nav. delo, str. 913-914; Ljiljana Popović, Zatezna kamata na iznos neisplaćene kamate (Procesna kamata), Pravna praksa, Pravni život, br. 4/1988, str. 78; Jelisaveta Vasilčić, nav. delo, str. 63.

⁶⁰ Ljiljana Popović, nav. delo, str. 78; Sporazum o neplaćanju zatezne kamate se u sudskoj praksi smatra apsolutno ništavim (Presuda Višeg privrednog suda, Pž. 7502/96 od 20.02.1997. godine, Sudska praksa privrednih sudova, Bilten br. 2/1997, str. 58–59; Presuda Višeg privrednog suda Pž 3177/2000 od 18.05.2000. godine, Sudska praksa privrednih sudova, Bilten br. 4/2000, str. 26–27).

može biti određeno da poverilac neće imati to pravo,⁶¹ ali je dopušten sporazum kojim se poverilac odriče prava na zateznu kamatu koji je zaključen nakon što je to pravo nastalo.⁶² Navedeni stavovi su, inače, u potpunom skladu sa načelnim stavom br. 5/84 koji glasi: "Odluka o visini stope zatezne kamate je po svojoj pravnoj prirodi prinudni propis, pa stranke iz ugovora u privredi ne mogu ugovarati zateznu kamatu po drugoj stopi, niti se mogu punovažno unapred odreći prava da zahtevaju plaćanje te kamate."⁶³

Ipak, ZOO ne isključuje svaku mogućnost da se stopa zatezne kamate ugovori. Takva mogućnost nije predviđena direktno, već posredno proizlazi iz odredbe kojom se, po ugledu na slična rešenja iz uporednog prava,⁶⁴ predviđa da, ako je stopa ugovorene kamate viša od stope zatezne kamate koja je određena zakonom, ona teče i posle dužnikove docnje (čl. 277. st. 2. ZOO).

Prema tome, čim se ugovori stopa ugovorne koja je veća od stope zatezne kamate, onda ona automatski stupa na mesto, odnosno menja (voljom stranaka) i stopu zatezne kamate.⁶⁵ Smisao te odredbe ogleđa se u zahtevu da se onemogućiti da dužnik koji padne u docnju dođe u bolju poziciju od one u kojoj se nalazio pre nego što je pao u docnju, jer bi povoljniji položaj dužnika koji je u docnji u odnosu na dužnika koji nije u docnji bilo nešto što je apsurdno.⁶⁶ Iako je u početku izazi-

⁶¹ Ivica Jankovec, *Pravni aspekti novčanih obaveza*, str. 132.

⁶² Ivica Jankovec, *Pravni aspekti novčanih obaveza*, str. 132; Ivanka Lekić, *nav. delo*, str. 350; Odluka Vrhovnog suda Crne Gore, Pž. 6/89 od 31.01.1989. godine, *Sudska i upravna praksa*, br. 4/95, str. 175.

⁶³ Načelni stav je zauzet na XXVI zajedničkoj sednici Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda održanoj 30. i 31. oktobra 1984. godine u Beogradu. Ovaj načelni stav se odnosi na raniju Odluku o visini stope zatezne kamate, ali se i kasnija sudska praksa na isti način izjašnjava u vezi sa karakterom odredaba ZOO i ZVSZK o obavezi plaćanja i visini stope zatezne kamate. Tako se u obrazloženju presude Višeg privrednog suda u Beogradu Pž. 7502/96 od 20.02.1997. godine (*Sudska praksa privrednih sudova*, Bilten br. 2, Beograd, 1997, str. 58–59) navodi da su "odredba čl. 277. st. 1. ZOO o dužnikovoj obavezi da u slučaju docnje u ispunjenju novčane obaveze plati zateznu kamatu i komplementarni propis – ZVSZK propisi prinudnog karaktera, tako da je u materiji zateznih kamata isključena slobodna dispozicija volje stranaka." Isti stav je izražen i u presudi Vrhovnog suda Srbije P.rev. 33/94 od 9.03.1994. godine (*Sudska i upravna praksa*, br. 4/95, str. 48), presudi istog suda P.rev. 443/98 od 3.03.1999. godine (*Sudska praksa privrednih sudova*, Bilten br. 1/2000, str. 111), kao i u presudi Višeg privrednog suda Pž. 3177/2000 (*Sudska praksa privrednih sudova*, Bilten br. 4/2000, str. 26–27).

⁶⁴ § 288. rečenica druga nemačkog Građanskog zakonika; čl. 104. st. 2. švajcarskog Zakonika o obligacijama.

⁶⁵ Ivanka Lekić, *nav. delo*, str. 350.

⁶⁶ Obrad Stanojević, *Kamata*, str. 684; Ivica Jankovec, *Pravni aspekti novčanih obaveza*, str. 137; Ivanka Lekić, *nav. delo*, str. 350.

vala izvesne nedoumice,⁶⁷ u sudskoj praksi se primena ove odredbe više ne dovodi u pitanje.⁶⁸ Ali, treba imati u vidu da prinudni karakter odredaba o obavezi plaćanja i visini stope zatezne kamate nije rešenje koje je vladajuće, a još manje opšte-prihvaćeno. U savremenom pravu, posebno u pravu Evropske unije,⁶⁹ tendencija je da se, u određenim slučajevima i do određene mere, visina stope zatezne kamate prepusti dispoziciji zainteresovanih strana, što je u propisima pojedinih bivših jugoslovenskih republika i učinjeno.⁷⁰

v) *Režim jedinstvene ili dvojne stope zatezne kamate.* – Sve do donošenja Zakona o izmenama i dopunama ZOO iz 1989. godine pravila se razlika između opšte stope zatezne kamate i stope za obaveze iz ugovora u privredi. Ova razlika je bila ocenjena kao legitimna i u skladu sa Ustavom SFRJ.⁷¹ Međutim, posle izmena i dopuna ZOO od 1989. godine, ta razlika se gubi, tako da i aktuelni ZVSZK od 2001. godine predviđa jedinstvenu stopu zatezne kamate, koja važi za sva potraživanja.

Takvom rešenju se zamera da potpuno zanemaruje sve razlike koje postoje između učesnika obligacionih odnosa koji u te odnose stupaju u okviru svoje privredne delatnosti i ostalih učesnika.⁷² Kod ugovora u privredi ugovornici koriste novčana sredstva za sticanje dobiti.⁷³ Uz to, i njihovi troškovi poslovanja i poten-

⁶⁷ Ivanka Lekić, nav. delo, str. 350, navodi da sudska praksa, pod uticajem načelnog stava 5/84, nije primenjivala navedenu zakonsku odredbu.

⁶⁸ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 33/94 od 9.03.1994, Sudska praksa privrednih sudova, Bilten br. 2/94, str. 68; U tom smislu je i pravno shvatanje Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije utvrđeno na sednici od 22.05.2000. godine: "Banka ima pravo da na iznos negativnog salda na tekućem računu obračuna ugovorenu kamatu koju će ako je neprimereno visoka sud na zahtev tuženog umeriti prema kretanju visine kamatne stope na tržištu novca u spornom periodu za tu vrstu poslova. Za slučaj da kamata nije ugovorena, banka ima pravo samo na zateznu kamatu." (Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br. 2/2001, str. 30).

⁶⁹ Evropska Direktiva o borbi protiv docnje u plaćanju u trgovinskim poslovima dopušta ugovaranje zatezne kamate, jer predviđa da je relevantna stopa zatezne kamate koja je predviđena ugovorom, a ukoliko takve odredbe nema, važi stopa zatezne kamate koja je predviđena direktivom.

⁷⁰ Hrvatski Zakon o obveznim odnosima dopušta u ugovorima između trgovaca i ugovorima između trgovaca i subjekata javnog prava ugovaranje visine stope zatezne kamate, ali visina stope zatezne kamate može od zakonske stope zatezne kamate biti veća najviše za 50% (čl. 29. st. 2); I makedonski Zakon o obligacionim odnosima dozvoljava ugovaranje zatezne kamate između trgovaca i trgovaca i subjekata javnog prava, tako što se zakonska stopa zatezne kamate može uvećati za jednu trećinu te stope, što je i gornja granica stope zatezne kamate (čl. 266-a).

⁷¹ Odluka Ustavnog suda Jugoslavije, U-242/82 od 20.12.1984. godine, Privreda i pravo, br. 3-4/85, str. 192.

⁷² Ivica Jankovec, Pravni aspekti novčanih obaveza, str. 133.

⁷³ Ivica Jankovec, Ugovorna odgovornost, Beograd, 1993, str. 318.

cijalni gubici su veći, a veća je i šteta koju mogu da pretrpe zbog zadocnelog plaćanja.⁷⁴ Zato je i sasvim logično da zatezna kamata kod ugovora u privredi bude veća od one koja važi za ostala potraživanja. Takvo rešenje u duhu je i preko potrebne finansijske discipline, čije davanje, upravo u odnosima između privrednih subjekata, može da ima i veoma teške ekonomske posledice.⁷⁵ S obzirom na to, neophodno je da se srpsko pravo vrati na ranije važeći sistem dvojnih stopa zatezних kamata, kao što se to čini kako u pravu Evropske unije,⁷⁶ tako i u pravu pojedinih bivših jugoslovenskih republika.⁷⁷ U prilog takvog opredeljenja govori i to što je jedinstvena stopa zatezne kamate u srpskom pravu očigledno "skrojena" za potrebe privrednika, odnosno za potraživanja koja potiču iz ugovora u privredi. Kao takva, ona je potpuno neprihvatljiva za ostala potraživanja, jer nije ni primereno, ni logično, ni moralno da ista stopa zatezne kamate pogađa privrednika koji dugovani novac koristi radi sticanja dobiti i siromašnog građanina koji neuredno plaća komunalije ili potrošački kredit koji je uzeo radi preživljavanja.

Način obračuna zatezne kamate

Stopa zatezne kamate i trajanje docnje su osnovni činiooci koji utiču na obračun zatezne kamate. Ali, ukupna zatezna kamata zavisi i od načina njenog obračuna. Taj obračun se može izvršiti primenom prostog ili složenog kamatnog računa.⁷⁸

⁷⁴ Ivica Jankovec, Ugovorna odgovornost, str. 318.

⁷⁵ Jedno istraživanje koje je finansirala Evropska komisija 1997. godine pokazalo je da 62% kompanija ima ozbiljne probleme usled plaćanja sa zakašnjenjem, dok je iz istog razloga ugrožen opstanak 33% firmi (Istraživanje: The European Payments Habits Survey, sprovela Intrum Justitia) (<http://www.intrum.com>).

⁷⁶ Direktiva o borbi protiv docnje u plaćanju u trgovinskim poslovima odnosi se upravo na zateznu kamatu između trgovaca i trgovaca i subjekata javnog prava.

⁷⁷ Čl. 29. st. 2. hrvatskog Zakona o obveznim odnosima predviđa da se stopa zatezne kamate na odnose iz trgovačkih ugovora i ugovora između trgovaca i subjekata javnog prava određuje uvećanjem eskontne stope Narodne banke Hrvatske za osam procentnih poena, a u ostalim odnosima za pet procentnih poena; I u makedonskom pravu (čl. 266-a Zakona o obligacionim odnosima) se posebna stopa zatezne kamate predviđa samo za komercijalne transakcije, tj. transakcije između lica (fizičkih i pravnih) koje su preduzete u okvirima njihove ekonomske ili profesionalne delatnosti.

⁷⁸ Prost (proporcionalan, linearan) kamatni račun podrazumeva da se kamatna stopa ili koeficijent uvek množi sa istom osnovicom (glavnicom), što znači da osnovica za obračun kamate, koju čini glavni dug dužnika, u toku celog obračunskog perioda ostaje nepromenjena. Za razliku od prostog, kod složenog kamatnog računa kamata se posle određenog vremenskog perioda dodaje glavnici (tzv. pripisivanje ili kapitalizacija), tako da se, potom, obračun kamate vrši u odnosu na novu, uve-

Sve do donošenja ZVSZK od 1989. godine, stopa zatezne kamate bila je na godišnjem nivou, a ukupna zatezna kamata obračunavala se primenom prostog kamatnog računa, što je taj obračun činilo jednostavnim i razumljivim.

Međutim, ZVSZK od 1989. godine unosi u obračun zatezne kamate suštin-sku izmenu, jer izričito propisuje da se "obračun zatezne kamate vrši (se) mesečno primenom konformne metode".⁷⁹ Isti način obračuna zatezne kamate propisivao je i ZVSZK od 1993. (čl. 1. st. 3), a propisuje ga i aktuelni ZVSZK od 2001. godi-ne (čl. 3. st. 1).

a) Suština konformne metode. – Konformna metoda je, inače, jedna vrsta slo-ženog kamatnog računa,⁸⁰ kod kojeg se obračun ukupne kamate vrši "uz prethodni diskont (umanjenje) kamatne stope određene na godišnjem nivou (ili za neki drugi manji period) i to tako umanjenom kamatnom stopom da se potom stalnim pripisivanjem kamate na osnovicu (glavnicu) za određene periode (npr. meseč-ne, a eventualno i manje) dolazi konačno za ukupan period (npr. od godinu dana) do ukupno određene kamatne stope koja je već određena na godišnjem nivou".⁸¹ Suština konformne metode ogleda se u tome što se na delove (npr. dan ili mesec) obračunskog perioda (npr. mesec ili godina), za koji je, inače, kamatna stopa odre-đena, primenjuju umanjene kamatne stope, s tim što se stalnim pripisivanjem ka-mate iz prethodnog u osnovu za obračun kamate u narednom delu obračunskog perioda, na kraju obračunskog perioda za koji je kamatna stopa određena dobija ista kamata kao i ona koja se dobija primenom običnog kamatnog računa.⁸² Razli-ka je samo u tome što je kamata koja se dobija za određeni deo obračunskog pe-rioda veća kod primene običnog kamatnog računa, a manja kod primene konfor-mnog metoda obračuna,⁸³ zbog čega se smatra da konformna metoda obračuna

ćanu glavnice, čime se dobija i kamata na kamatu. Glavnica kojom se množi kamatni koeficijent se kod složenog kamatnog računa stalno menja, jer se uvećava dodavanjem kamate iz prethodnog vre-menskog perioda. S obzirom na to, jasno je da je ukupna kamata koja se dobija primenom složenog, veća od one koja se dobija primenom prostog kamatnog računa, s tim što veličina te razlike zavisi od toga koliko puta se vrši pripisivanje u toku obračunskog perioda, tj. da li se kamata pripisuje glavni-ci dnevno, mesečno ili godišnje.

⁷⁹ Čl. 1. st. 2. ZVSZK od 1989. godine.

⁸⁰ Dragiša Slijepčević, nav. delo, str. 147.

⁸¹ Mihailo Mišković, *Obračun zatezne kamate konformnom metodom*, Sudska praksa, br. 6/91, str. 76; Sličnu definiciju daje i Jelena Kočović (*Finansijska matematika*, Beograd, 1980, str. 69).

⁸² Mihailo Mišković, *Obračun zatezne kamate konformnom metodom*, str. 79; Dragiša Sli-jepčević, nav. delo, str. 147. i 148; Predrag Trifunović, nav. delo, str. 280.

⁸³ Mihailo Mišković, *Obračun zatezne kamate konformnom metodom*, str. 79, daje primer konkretnog obračuna koji to potvrđuje; Predrag Trifunović, nav. delo, str. 280.

pogoduje dužniku.⁸⁴ Naime, kod obračuna kamate primenom običnog kamatnog računa kamata je uvek srazmerna delu obračunskog perioda, dok je kod obračuna kamate primenom konformne metode kamata za početni deo obračunskog perioda najmanja, a tek na kraju obračunskog perioda dostiže svoj puni iznos.⁸⁵

b) *Neprimeren, nezakonit, nepravičan i netransparentan obračuna zatezne kamate u sudskoj praksi.* – U praksi su se u vezi sa obračunom zatezne kamate primenom konformne metode stalno javljale brojne nedoumice, koje su bile logična posledica nepotpunih i nepreciznih zakonskih odredbi.⁸⁶ Neke od njih su otklonjene Zakonom o izmenama i dopunama ZVSZK od 1996. godine kojim je preciziran način obračuna zatezne kamate. Međutim, ni jednim od navedenih zakona nisu rešena dva ključna pitanja, tako da je sve do danas ostalo sporno da li se propisana konformna metoda obračuna zatezne kamate primenjuje samo na period od mesec dana za koji je, inače, stopa zatezne kamate propisana, ili za sve vreme dužničke docnje i da li odredbe navedenih zakona dopuštaju obračun kamate na kamatu, odnosno da li suspenduju zabranu anatocizma. U odgovoru na ta pitanja vremenom se ustalila praksa po kojoj se konformna metoda obračuna zatezne kamate koristi za ceo period dužničke docnje, pri čemu se na kraju svakog meseca vrši pripisivanje kamate iz prethodnog osnovici za obračun kamate u narednom mesecu.⁸⁷ Ali, od samog početka se na takav obračun zatezne kamate stavljaju ozbiljne primedbe.⁸⁸ Jedna od osnovnih primedbi pravne teorije je da način na koji se zatezna kamata obračunava nije u skladu sa suštinom konformnog metoda. Taj metod odlikuje to što je u interesu dužnika,⁸⁹ jer za periode kraće od perio-

⁸⁴ Mihailo Mišković, *Obračun zatezne kamate konformnom metodom*, str. 79; Dragiša Slijepčević, *nav. delo*, str. 148; Predrag Trifunović, *nav. delo*, str. 280.

⁸⁵ Mihailo Mišković, *Obračun zatezne kamate konformnom metodom*, str. 77; Petar Milutinović, *O neprimerenosti konformne metode za obračun zatezne kamate*, *Pravni život*, br. 10/2005, str. 969.

⁸⁶ Mihajlo Cvetković, *Pravni aspekti obračuna zatezne kamate*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. LVI, str. 237, smatra da je obračun zatezne kamate jedna matematička operacija, koja se mnogo lakše može iskazati matematičkim formulama nego rečenicama.

⁸⁷ Odluka Vrhovnog suda Srbije Pzz. 22/98 od 8. jula 1998. godine, kao i odluka Vrhovnog suda Srbije Prev. 230/98 od 11. novembra 1998. godine, *Sudska praksa privrednih sudova*, *Bilten* br. 1/99, str. 84.

⁸⁸ Petar Milutinović, *nav. delo*, str. 982, smatra da konformna metoda nije prihvatljiva za obračun zatezne kamate zbog materijalno-pravnih (u suprotnosti je sa osnovnim postavkama i načelima ZOO u materiji novčanih obligacija i naknade štete), kao i zbog formalno-pravnih razloga (zakonodavac nije imao ovlašćenje da u ZVSZK propiše konformnu metodu za obračun zatezne kamate).

⁸⁹ Mihailo Mišković, *Konformni metod nije anatocizam*, *Sudska praksa*, br. 4/1999, str. 74; Dragiša Slijepčević, *nav. delo*, str. 148; Predrag Trifunović, *nav. delo*, str. 280.

da za koje je kamatna stopa propisana dužnik duguje manju, a za period za koji je kamatna stopa propisana dužnik duguje istu zateznu kamatu kao i onu koju bi dugovao primenom prostog kamatnog računa. Nasuprot tome, ukupna zatezna kamata koja se dobija njenim obračunom na način koji je usvojen u sudskoj praksi uvek je veća od one koja se dobija primenom prostog kamatnog računa a često je i višestruko premašuje,⁹⁰ što potpuno odudara od suštine konformne metode. Ta metoda je, ustvari, jedna vrsta složenog kamatnog računa, s tim što njena suštinska odlika nije u pripisivanju kamate glavnici,⁹¹ kako se to navodi u sudskim odlukama,⁹² već u primeni diskontovanih (umanjenih) kamatnih stopa.⁹³ Uz to, primena konformne metode ima svoj pravi smisao samo u okviru obračunskog perioda za koji je propisana stopa zatezne kamate, što je u srpskom pravu određeni kalendarski mesec.

S obzirom na to, ako se u slučaju docnje koja traje duže od mesec dana i sve dok ona traje kamata iz prethodnog stalno pripisuje osnovici za obračun kamate za naredni mesec, onda se suštinski menja i način obračuna kamate. To više nije obračun koji se vrši primenom konformne metode, kod kojeg se, zbog primene diskontovanih kamatnih stopa, kamata iz prethodnog samo prividno pripisuje osnovici za obračun kamate u narednom mesecu, već obračun koji se vrši primenom složenog kamatnog računa sa mesečnim pripisivanjem kamate, kod kojeg se kamata stvarno i stalno, tj. iz meseca u mesec, obračunava u odnosu na osnovicu uvećanu za kamatu iz prethodnog meseca, što daje ukupnu kamatu koja je znatno veća od one koja se dobija primenom konformne metode ili prostog kamatnog računa. Njegova bi osobenost bila jedino u tome što se, osim osnovice za obračun, stalno menja i mesečno propisana stopa zatezne kamate.⁹⁴

Za takav obračun nebitan je način kojim se kamata obračunava na mesečnom nivou, jer i konformna metoda i prost kamatni račun daju na kraju meseca za koji je kamatna stopa određena istu kamatu, s tim što će, kod obračuna kama-

⁹⁰ Dragiša Slijepčević, nav. delo, str. 146. i 148–149; Predrag Trifunović, nav. delo, str. 281.

⁹¹ Mihailo Mišković, Konformni metod nije anatocizam, str. 75, smatra da se kod konformnog metoda "samo naizgled može govoriti o pripisivanju kamate".

⁹² U obrazloženju odluka Vrhovnog suda Srbije (Pzz. 22/98 od 8. jula 1998. godine i Prev. 230/98 od 11. novembra 1998. godine, Sudska praksa privrednih sudova, Bilten br. 1/99, str. 84) izričito se navodi da konformni metod za izračunavanje kamate podrazumeva pripisivanje dospele kamate neisplaćenju glavnici čime se uvećava glavnica koja nakon toga služi kao osnovica za obračun zatezne kamate u narednom mesecu.

⁹³ Mihailo Mišković, Konformni metod nije anatocizam, str. 75.

⁹⁴ Kod stope zatezne kamate koja je određena na godišnjem nivou menja se samo osnovica za obračun kamate, dok stopa zatezne kamate ostaje nepromenljiva.

te za periode kraće od mesec dana,⁹⁵ nešto niža biti ona koja se obračunava primenom konformne metode.

Druga značajna primedba odnosi se na zakonitost načina obračuna zatezne kamate koji se primenjuje u praksi. Taj obračun je nezakonit, jer se konformna metoda obračuna primenjuje za sve vreme trajanja dužnikove docnje, iako se takva njena primena uopšte ne predviđa ni jednom zakonskom odredbom.⁹⁶ Naprotiv, s obzirom na stopu zatezne kamate koja je propisana na mesečnom nivou, logično je da se konformna metoda primenjuje samo za obračun zatezne kamate u tom obračunskom periodu, ali ne i po isteku tog perioda. Još ozbiljnija primedba na zakonitost navedenog obračuna zasniva se na opšte prihvaćenoj zabrani obračuna kamate na kamatu (anatocizam),⁹⁷ koju propisuje i srpsko pravo (čl. 279. ZOO). Naime, u sudskoj praksi se vrši pripisivanje kamate obračunate u prethodnom u osnovicu za obračun kamate u narednom mesecu, čime se priznaje i kamata na kamatu. Takav obračun sudska praksa smatra dopuštenim,⁹⁸ jer se ZVSZK, kao posebnim zakonom (*lex specialis*), propisuje primena konformne metode koja, po stanovištu iste sudske prakse, pretpostavlja pripisivanje dospele kamate glavnici. Takvo stanovište nije u skladu sa suštinom konformnog metoda,⁹⁹ a nema nikakav oslonac ni u zakonskim odredbama,¹⁰⁰ jer se ni u jednom ZVSZK ne propisuje da po isteku perioda za koji je propisana stopa zatezne kamate teče kamata na kamatu. Zbog toga se, u situaciji kad obračun kamate na kamatu nije izričito dopušten posebnim zakonom, ne može ni postojanje tog prava zasnovati samo na činjenici da se zate-

⁹⁵ To mogu biti period u prvom i poslednjem mesecu docnje, jer se oni ne moraju podudarati sa trajanjem kalendarskog meseca.

⁹⁶ Dragiša Slijepčević, nav. delo, str. 152; Mihajlo Cvetković, nav. delo, str. 244.

⁹⁷ Zabrana anatocizma potiče još iz starog grčkog i rimskog prava (CJ. 4,32,28 Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. (a. 529) – Ut nulo modo usurae usurarum a debitoribus exigantur, et veteribus quidem legibus constitutum fuerat, sed non perfectissime cautum, nav. prema: Ante Romac, Izvori rimskog prava, Zagreb, 1973, str. 340–341), a opšte je prihvaćena i u savremenom pravu (§ 998. austrijskog Opšteg građanskog zakonika, §§ 603. i 604. srpskog Građanskog zakonika, § 289. nemačkog Građanskog zakonika, čl. 105. st. 3. švajcarskog Zakonka o obligacijama).

⁹⁸ U obrazloženju odluke Vrhovnog suda Srbije Prev. 230/98 od 11. novembra 1998. godine (Sudska praksa privrednih sudova, Bilten br. 1/99, str. 84) između ostalog stoji: "Takvim načinom izračunavanja zatezne kamate po ovom posebnom zakonu dopušteno je obračunavanje kamate na kamatu i time suspendovano generalno pravilo o zabrani anatocizma iz člana 279. stav 1. ZOO kao opšteg propisa." Skoro isto obrazloženje sadrži i odluka Vrhovnog suda Srbije Pzz. 22/98 od 8. jula 1998. godine (Sudska praksa privrednih sudova, Bilten br. 1/99, str. 84).

⁹⁹ Mihailo Mišković, *Obračun zatezne kamate konformnom metodom*, str. 80, zaključuje da bi "dalje pripisivanje kamate po konformnoj metodi pogodovalo poveriocu, što bi izmenilo suštinu te metode, koja je zasnovana u korist dužnika".

¹⁰⁰ Mihajlo Cvetković, nav. delo, str. 244.

zna kamata obračunava primenom konformnog metoda.¹⁰¹ To sigurno nije mogla biti ni intencija zakonodavca, jer bi dopuštanje anatocizma posebnim zakonom koji se odnosi na sve novčane obaveze značilo da od zabrane anatocizma koju sadrži ZOO nije ostalo ništa.¹⁰²

Svi kritičari ukazuju i na izuzetno nepravilne i neprihvatljive rezultate načina na koji se u sudskoj praksi obračunava zatezna kamata. Naime, sve analize nedvosmisleno pokazuju da se takvim obračunom dobijaju iznosi zatezne kamate koji znatno premašuju iznose koji se dobijaju primenom prostog kamatnog računa, s tim što je evidentno da je kod višegodišnje docnje, zatezna kamata višestruko veća od iznosa glavnog duga.¹⁰³

U pravnoj teoriji se, u tom pogledu, iznose i veoma ilustrativni podaci i primeri.¹⁰⁴ Sve to upućuje na zaključak da način obračuna zatezne kamate koji prevladuje u sudskoj praksi vodi neopravdanom obogaćenju poverilaca na račun dužnika, budući da se takav profit ne može ostvariti ni u nacionalnim ekonomijama razvijenih zemalja.¹⁰⁵ Rezultatima koje on daje ozbiljno se narušava načelo jednake vrednosti uzajamnih davanja,¹⁰⁶ povređuje se svaki razumni limit zatezne kamate,¹⁰⁷ potiskuje se odštetna i dominantna postaje kaznena funkcija zatezne kamate.¹⁰⁸ Uz sve to, rezultati takvog obračuna stimulišu poverioce da čak i u postupku prinudnog izvršenja odugovlače postupak,¹⁰⁹ dok u privrednom životu u mnogim slučajevima vode likvidaciji dužnika.¹¹⁰

Ostaje na kraju i primedba da je način na koji se u sudskoj praksi obračunava zatezna kamata veoma složen ne samo zbog primene konformne metode, već i zbog mesečnog obračunavanja zatezne kamate koje se iz meseca u mesec obavlja sa različitom osnovicom i različitom stopom rasta cena na malo, odnosno proizvođačkih cena. Takav obračun, koji se teško može zamisliti bez odgovarajućeg ra-

¹⁰¹ Dragiša Slijepčević, nav. delo, str. 152; Mihailo Mišković, *Obračun zatezne kamate konformnom metodom*, str. 80.

¹⁰² Predrag Trifunović, nav. delo, str. 280–281.

¹⁰³ Petar Milutinović, nav. delo, str. 977.

¹⁰⁴ Predrag Trifunović, nav. delo, str. 281–282; Dragiša Slijepčević, nav. delo, str. 149; Mihajlo Cvetković, nav. delo, str. 237.

¹⁰⁵ Dragiša Slijepčević, nav. delo, str. 149; Predrag Trifunović, nav. delo, str. 281, navodi, u tom smislu, da i kod trgovačkih poslova retko koji legalan posao može da donese profit veći od 20%.

¹⁰⁶ Dragiša Slijepčević, nav. delo, str. 149.

¹⁰⁷ Petar Milutinović, nav. delo, str. 978.

¹⁰⁸ Predrag Trifunović, nav. delo, str. 281; Petar Milutinović, nav. delo, str. 978–979.

¹⁰⁹ Predrag Trifunović, nav. delo, str. 282.

¹¹⁰ Predrag Trifunović, nav. delo, str. 281.

čunarskog programa, najčešće je potpuno nepoznat široj javnosti, tako da najveći broj dužnika nije u stanju ni približno da izračuna zateznu kamatu koju duguje, čime se narušava i načelo pravne sigurnosti.

ZAKLJUČAK

Zatezna kamata bila je i ostala jedan od veoma aktuelnih problema u pravu Republike Srbije. Posle jednog relativno dugog perioda u kojem je, zbog niskih kamatnih stopa, položaj dužnika novčanih obaveza bio veoma lagodan, a u periodima hiperinflacije i veoma zahvalan, jer je omogućavao bogaćenje dužnika na račun poverilaca, sustiglo je dužnike ono što su pojedini autori nazvali "osvetom poverilaca". Naime, u jednom dužem vremenskom periodu, koji još uvek traje, način obračuna zatezne kamate je takav da omogućuje poveriocima da ostvaruju nesrazmerno veliku zateznu kamatu, koja neretko višestruko prevazilazi iznos glavnice.

Višegodišnji apeli da se takva situacija prevaziđe nisu naišli na odjek ni kod zakonodavca, ni kod najviših sudskih instanci, tako da se u srpskom pravu zatezna kamata još uvek obračunava na način koji je nastao i bio primeren periodu hiperinflacije. Uz to, ono nije usklađeno ni sa evropskom Direktivom o borbi protiv docnje u plaćanju u trgovinskim poslovima. U kontekstu tog usklađivanja, koje će veoma brzo morati da dođe na dnevni red, biće neophodno da se: (1) stopa zatezne kamate odredi posredno, tj. na osnovu odgovarajuće stope, koja bi bila uvećana za određeni broj procentnih poena; (2) stopa zatezne kamate odredi na godišnjem nivou; (3) pored opšte, predvidi i posebna stopa zatezne kamate za ugovore u privredi; (4) predvidi obračun zatezne kamate prostim kamatnim računom; i (5) predvidi izvesna dispozicija u pogledu visine stope zatezne kamate.

DORĐE L. NIKOLIĆ, LL.D.,
Associate Professor, Faculty of Law, Niš

DEFAULT INTEREST AND DEFAULT INTEREST
RATE IN SERBIAN LAW

Summary

In this paper, the author discusses the general concept of interest with specific reference to the problems concerning the default interest in general and default interest rate in the Serbian legislation. The author provides a definition of a default interest as an objective consequence of the debtor's late payment, analysis its multiple functions and evaluates its correlation with the damage compensation. In the part of the paper dealing with the default interest rate, the author reflects on the interest rate level and the interest calculation method.

The author provides critical remarks on the current legal solutions contained in the Serbian law, particularly those regarding the interest calculation method which the author considers to be inadequate, unlawful, unfair and nontransparent. In the conclusion, the author proposes some solutions whose adoption could provide for a more relevant regulation of the current national legislation on default interest and ensure a more consistent harmonization of the national regulations with the EU standards.

JELENA BOROVAC

OBEŠTEĆENJE NEOSNOVANO OSUĐENIH LICA I NEOSNOVANO LIŠENIH SLOBODE U SUDSKOJ PRAKSI

U V O D

Povreda prava ličnosti uživala je i uživa krivično-pravnu i građansko-pravnu zaštitu. Razvoj društva i svesti o značaju i dostojanstvu ličnosti doprinosi afirmaciji zaštite prava ličnosti. Lista zaštićenih ličnih prava se sve više povećava. Pravo na slobodu zauzima visoko mesto na listi ličnih prava, iza prava na život, zabrane mučenja i zabrane ropstva. Neosnovano osuđena lica i lica neosnovano lišena slobode trpe neimovinsku i imovinsku štetu. Neimovinska šteta se može nadoknaditi u novčanom i nenovčanom obliku.

Nenovčani oblik nadoknade štete se sastoji u objavljivanju presude, odnosno ispravke, u povlačenju izjave kojom je povreda učinjena ili što drugo čime se može ostvariti svrha koja se postiže naknadom.¹

Novčana naknada štete prouzrokovana povredom slobode se sastoji u plaćanju pravične novčane naknade ukoliko sud nađe da okolnosti slučaja, a naročito jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdavaju i to nezavisno od naknade

Jelena Borovac, sudija Vrhovnog kasacionog suda.

¹ Čl. 199. Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFR*, br. 29/78, 39/ 85, 45/ 89, 57/ 89 i "Službeni list SRJ", br. 13 /93. U daljem tekstu: ZOO.

materijalne štete kao i u njenom odsustvu.² U fokusu ovog rada je novčana naknada za pretrpljenu neimovinsku štetu. Pri dosudi naknade u svakom posebnom slučaju sud ceni konkretne okolnosti koje individualizuju svaku naknadu. Potreba za ujednačenom sudskom praksom ne sme da ugrozi tu individualnost.

USTAVNI OKVIR

Drugi deo Ustava Republike Srbije³ je posvećen ljudskim i manjinskim pravima i slobodama. Čl. 22. Ustava je proklamovano da svako ima pravo na sudsku zaštitu ako mu je povređeno ili uskraćeno neko ljudsko ili manjinsko pravo zajemčeno Ustavom, kao i pravo na uklanjanje posledica koje su povredom nastale. Građani imaju pravo da se obrate međunarodnim institucijama radi zaštite svojih sloboda i prava zajemčenih Ustavom. Ustavom je propisano da svako ima pravo na ličnu slobodu i bezbednost, a lišenje slobode je dopušteno samo iz razloga i u postupku koji su predviđeni zakonom (čl. 27. st. 1). Postupanje s licem lišenim slobode je zaštićeno čl. 28. Pritvoru je posvećen čl. 30, a trajanju pritvora čl. 31. Ustav garantuje pravo na rehabilitaciju i naknadu štete licu koje je bez osnova ili nezakonito lišeno slobode, pritvoreno ili osuđeno za kažnjivo delo, od Republike Srbije (čl. 35). Ustavna žalba koja se izjavljuje Ustavnom sudu je sredstvo za zaštitu ljudskih ili manjinskih prava i slobode zajemčene Ustavom (čl. 170).

MEĐUNARODNI AKTI

Univerzalna deklaracija o pravima čoveka (Universal Declaration of human rights)⁴ je prvi međunarodni dokument koji je u 30 članova propisao osnovna prava ličnosti kao zajednički standard koji treba da postignu svi narodi i sve nacije.

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (International Covenant on Civil and Political Rights)⁵ je nastao kao dogovor država članica (144 dr-

² Čl. 200. st. 1. ZOO.

³ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 83/2006, (stupio na snagu danom proglašenja u Narodnoj skupštini 9. oktobra 2006. godine).

⁴ Usvojena i proglašena Rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija od 10. decembra 1948. godine. 48 država je glasalo za, ni jedna protiv, dok je 8 bilo uzdržano (uključujući Jugoslaviju, Saudijsku Arabiju, Južnu Afriku i SSSR) – Osnovni dokumenti o ljudskim pravima, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 1998.

⁵ Ovaj pakt je usvojen od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 16. decembra 1966. godine, a otvoren za potpisivanje 19. decembra iste godine, a na snagu je stupio 23. marta 1976. godine. Jugoslavija ga je ratifikovala zakonom od 30. januara 1971. godine, *Službeni list SFRJ*, br. 7/1971.

žave na osnovu ratifikacije, pristupanja i sukcesije) sa ciljem unapređenja poštovanja ljudskih prava i sloboda. Trećim delom ovog pakta, članovima od 6 do 27 je propisan korpus ljudskih prava i sloboda koja se štite.

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)⁶ je akt država članica Saveta Evrope. Konvencijom se iskazuje cilj Saveta Evrope za postizanje većeg jedinstva između njegovih članica, a očuvanje i razvijanje osnovnih ljudskih prava i sloboda je jedan od načina tog ostvarenja. Konvencija i dodatni protokoli uz tu Konvenciju (1, 4, 6, 7, 12 i 13), koji su usvojeni u razdoblju 1952–2005. godine, garantuje prava ličnosti, a tumači se i sprovodi od strane Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, čije su odluke obavezujuće za sva tela javne vlasti država članica uključujući i sudstvo. Članom 5 Konvencije je propisano da svako ima pravo na slobodu i bezbednost ličnosti. Pobrojani su slučajevi u kojima je dopušteno lišenje slobode u skladu sa zakonom propisanim postupkom.

Pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu pojavio se veliki broj predstavlki zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude pa je tako stvorena bogata sudska praksa sa mnoštvom odluka u kojima se Sud izjašnjavao o bitnim pitanjima, a stvoreni su i standardi na koje se pozivaju nacionalni sudovi država potpisnica Konvencije.

Zanimljiv je slučaj našeg državljanina Đ. protiv Srbije⁷ koji se obratio Evropskom sudu za ljudska prava zbog povrede prava iz čl. 3, 5 i 6 Konvencije, zbog dužine trajanja i uslova pritvora i neodgovarajuće lekarske nege u tom periodu te dužine krivičnog postupka koji je vođen protiv njega. Sud je utvrdio da je došlo do povrede čl. 5. st. 3. (pravo na slobodu i sigurnost) Konvencije, i utvrdio je da tužena država treba da isplati podnosiocu predstavke 1.500 evra na ime pretrpljene nematerijalne štete i 1.500 evra na ime troškova.

U presudi je navedeno da je do povrede prava došlo zbog dužine pritvora oko 2,2 godine (osuđen je na kaznu zatvora od četiri godine). Domaći sudovi su mu redovno produžavali pritvor sa istim razlogom – opasnost od bekstva, zbog činjenice što podnosilac predstavke nije bio dostupan organima u 2003. godini i što su morali da izdaju međunarodnu poternicu. Prilikom produženja pritvora pod-

⁶ Ova Konvencija je zaključena u Rimu 4. novembra 1950. godine, a stupila je na snagu 3. septembra 1953. godine. Originalni tekst Konvencije je noveliran sa 13. Protokola. Poseban značaj ima Protokol 11, koji je 1998. godine u evropsku pravnu praksu uveo stalnu pravosudnu instituciju – Evropski sud za ljudska prava i mogućnost učešća pojedinca u međunarodnom pravnom postupku. Jugoslavija je nije ratifikovala. Ratifikovana je od strane Državne zajednice Srbije i Crne Gore 2003. godine. U odnosu na Srbiju je stupila na snagu 3. marta 2004. godine. U daljem tekstu: Konvencija.

⁷ Presuda Evropskog suda za ljudska prava od 2. februara 2010. godine po predstavi br. 48497/06.

nosiocu predstavke, sudovi nisu dalje razmatrali alternativne mogućnosti za obezbeđenje njegovog prisustva na suđenju, kao što su, na primer, plenidba njegovih putnih isprava.

ZAKONSKI IZVORI

Pravni osnov, uslovi i postupak pri ostvarenju prava na naknadu štete za slučaj neopravdane osude i neosnovanog lišenja slobode je propisan Zakonikom o krivičnom postupku⁸ i Zakonom o prekršajnom postupku.⁹ Za slučaj neopravdane osude i neosnovanog lišenja slobode ZKP predviđa posebna pravila o naknadi neimovinske štete.¹⁰ Naknada nematerijalne štete kod nas nije bila priznata u ZKP sve do 1970. godine. Tek je Izmenama Zakonika o krivičnom postupku iz 1970. godine priznato pravo na nematerijalnu štetu neopravdano osuđenim licima.

Posebna pravila predviđena su i Zakonom o prekršajnom postupku kojim je propisano da pravo na naknadu štete pripada licu zbog neopravdanog kažnjavanja¹¹, licu koje je neopravdano zadržano u prekršajnom postupku kao i ukoliko je neosnovano zadržano duže nego što zakon dozvoljava (nezakonito zadržano).¹²

Kriterijumi za odmeravanje novčane naknade, vidovi pretrpljene štete i način naknade nenovčane naknade (dakle sva pitanja o šteti i naknadi) su propisani ZOO.

POSTUPAK ZA NAKNADU ŠTETE

Subjekti u postupku za naknadu štete

Aktivna legitimacija. – Pravo na naknadu štete u slučaju neopravdane osude imaju lica prema kojima je bila pravnosnažno izrečena krivična sankcija ili koja su oglašena krivim, a oslobođena od kazne, a docnije je povodom vanrednog pravnog leka novi postupak pravnosnažno obustavljen ili su pravnosnažnom presudom oslobođena od optužbe ili je optužba odbijena osim u slučaju ako je do obustave postupka ili presude kojom se optužba odbija došlo zbog toga što je u novom

⁸ Službeni list SRJ, br. 70/01 i Službeni glasnik RS, br. 76/10), u daljem tekstu ZKP.

⁹ Službeni glasnik SRS, br. 44/89 i Službeni glasnik RS, br. 21/90...101/2005 i 116/2008.

¹⁰ Čl. 556–561 ZKP.

¹¹ Čl. 299. Zakona o prekršajima.

¹² Čl. 300. Zakona o prekršajima.

postupku oštećeni kao tužilac, odnosno privatni tužilac, odustao od gonjenja, ili što je oštećeni odustao od predloga, a do odustanka je došlo na osnovu sporazuma sa okrivljenim i ako je u novom postupku rešenjem optužba odbačena zbog ne-nadležnosti suda, a ovlašćeni tužilac je preduzeo gonjenje pred nadležnim sudom. Osuđeni nema pravo na naknadu štete ako je svojim lažnim priznanjem ili na drugi način namerno prouzrokovao svoju osudu, osim ako je na to bio prinuđen. U slučaju osude za krivična dela u sticaju, pravo na naknadu štete može se odnositi i na pojedina krivična dela u pogledu kojih su ispunjeni uslovi za priznanje naknade.¹³

Pravo na naknadu štete u slučaju *neopravdanog lišenja slobode* pripada licu: 1) koje je bilo u pritvoru, a nije došlo do pokretanja krivičnog postupka, ili je postupak obustavljen pravnosnažnim rešenjem, ili je pravnosnažnom presudom oslobođeno od optužbe ili je optužba odbijena; 2) koje je izdržavalo kaznu lišenja slobode, a povodom ponavljanja krivičnog postupka, zahteva za zaštitu zakonitosti ili zahteva za ispitivanje zakonitosti pravnosnažne presude, izrečena mu je kazna lišenja slobode u kraćem trajanju od kazne koju je izdržalo, ili je izrečena krivična sankcija koja se ne sastoji u lišenju slobode, ili je oglašeno krivim, a oslobođeno od kazne; 3) koje je usled greške ili nezakonitog rada organa neosnovano lišeno slobode, ili je zadržano duže u pritvoru ili ustanovi za izdržavanje kazne ili mere; i 4) koje je u pritvoru provelo duže vremena nego što traje kazna zatvora na koju je osuđeno.¹⁴ Licu koje je po članu 227¹⁵ ovog Zakonika lišeno slobode bez zakonskog osnova, pripada pravo na naknadu štete ako protiv njega nije određen pritvor, niti mu je vreme za koje je lišeno slobode uračunato u izrečenu kaznu za krivično delo ili za prekršaj.

Naknada štete ne pripada licu koje je svojim nedozvoljenim postupcima prouzrokovalo lišenje slobode. U slučajevima iz tač. 1. st. 1. ovog člana, isključeno je pravo na naknadu štete i ako su postojale okolnosti iz čl. 556. st. 1. tač. 1. i 2, ili ako je postupak obustavljen na osnovu čl. 217. ovog zakonika.¹⁶

Pasivna legitimacija. – Tužba za naknadu štete se uvek podnosi protiv Republike Srbije.¹⁷

¹³ Čl. 556 ZKP.

¹⁴ Čl. 560 ZKP.

¹⁵ Čl. 227: Ovlašćena službena lica organa unutrašnjih poslova mogu neko lice lišiti slobode ako postoji ma koji razlog predviđen u članu 142. ovog zakonika za određivanje pritvora, ali su dužna da takvo lice bez odlaganja sprovedu nadležnom istražnom sudiji, osim u slučaju iz člana 229. ovog zakonika. Prilikom dovođenja, ovlašćeno službeno lice organa unutrašnjih poslova će obavestiti istražnog sudiju o razlozima i o vremenu lišenja slobode.

¹⁶ Čl. 560. st. 3 ZKP.

¹⁷ Čl. 558. st. 3 ZKP.

Tok postupka

Postupak naknade štete neosnovano osuđenih lica i lica neosnovano lišenih slobode se sastoji od dve faze. Prva faza se sprovodi u upravnom postupku pred Ministarstvom pravde, a druga u sudskom postupku pred nadležnim sudom, ukoliko se sa uspehom u celosti ne okonča u prvoj fazi.

Postupak pred organom uprave. – Pre podnošenja tužbe sudu za naknadu štete, oštećeni je dužan da se svojim zahtevom obrati ministarstvu nadležnom za pravosuđe, radi postizanja sporazuma o postojanju štete i vrsti i visini naknade. O postizanju sporazuma o vrsti i visini naknade štete odlučuje komisija Ministarstva nadležnog za pravosuđe.¹⁸

Ako zahtev za naknadu štete ne bude usvojen ili po njemu ministarstvo nadležno za pravosuđe ne donese odluku u roku od tri meseca od dana podnošenja zahteva, oštećeni može kod nadležnog suda podneti tužbu za naknadu štete. Ako je postignut sporazum samo u pogledu dela zahteva, oštećeni može tužbu podneti u pogledu ostatka zahteva. Dok traje postupak iz st. 1. ovog člana, ne teče zastarelost predviđena u čl. 557. st. 1. ovog Zakonika.¹⁹

“Nastojanje zakonodavca je bilo da se postupak naknade u ovim slučajevima ubrza kako bi oštećeni u što kraćem roku ostvario svoje pravo. Međutim, u praksi je redak slučaj da se postupak naknade štete u potpunosti završi pred organom uprave. Primera radi u postupku obeštećenja van spora reši se pozitivno svega 10-15% zahteva, dok se u svim ostalim slučajevima zahtev za naknadu štete ostvaruje u sudskom postupku.”²⁰

Sudski postupak i obaveza oštećenog u sudskom postupku. – Da bi oštećeni ostvario naknadu štete zbog neopravdane osude i neosnovanog lišenja slobode u sudskom postupku, pored osnovne obaveze da podnese urednu i blagovremenu tužbu, on mora da dokaže: 1. da se dogodila neopravdana osuda ili neosnovano lišenje slobode, 2. da je povreda prava na slobodu prouzrokovala štetu (posledice neosnovanog lišenja slobode mogu da prouzrokuju više vidova štete), i 3. kod nekih vidova štete, da postoji uzročna veza između preduzete radnje i nastale posledice.

Oštećeno lice trpi štetu kada mu je povređeno pravo ličnosti. Neimovinska šteta koju lice trpi po pravilu se ispoljava u poremećaju psihičke ravnoteže ličnosti,

¹⁸ Čl. 557. st. 1–3 ZKP.

¹⁹ Čl. 558. st. 1 i 2 ZKP.

²⁰ Nataša Mrvić-Petrović i Zdravko Petrović, *Naknada štete zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude*, Centar za mir i razvoj demokratije, Beograd 2008, 164, vidi opširnije.

poremećaju normalnog duševnog stanja, uznemirenosti, trpljenju duševnih bolova. Postojanje duševnog bola kao pretpostavke za dosuđivanje nematerijalne štete propisano je članom 155. ZOO koji navodi nematerijalnu štetu kao jednu od tri vrste štete pravno priznate. Ovom odredbom je propisano da je nematerijalna šteta “nаноšenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha”.

Prema ZOO nematerijalna šteta je zasnovana na subjektivnom konceptu (nаноšenje drugome fizičkog bola, psihičkog bola i straha). Nematerijalna šteta koja nastaje povredom prava ličnosti uobičajeno (ali ne uvek) je izazvana krivicom ili skrivljenim ponašanjem štetnika. Međutim, dovoljan je sam fakt nastanka povrede prava ličnosti bez obzira na krivicu ili skrivljeno ponašanje. Prema već opšteprihavećom pravilu (međunarodni akti, praksa Evropskog suda za ljudska prava) za povredu prava ličnosti nije potrebna pretpostavka štete i krivice. Čim se utvrdi da su lična prava povređena, povređeno lice ima pravo na zaštitu. Naša sudska praksa se već kreće u tom pravcu o čemu svedoče brojne presude iz ove oblasti. Presude se temelje na neposrednoj primeni ratifikovanih međunarodnih akata na šta upućuje Ustav iz 2006. god.

Izmena subjektivnog koncepta neimovinske štete i prihvatanje objektivnog koncepta je najavljena u Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, Obligacioni odnosi²¹. Predložene su (između ostalih) promene utoliko što je definisan pojam krivice i štete²² a unete su i značajne novine u oblasti naknade neimovinske štete u slučaju povrede zaštićenih prava ličnosti.

Primena novog koncepta neimovinske štete uslovljava i promenu ili isključenje primene izvesnih zaključaka usvojenih na Sednici najviših sudova u SFRJ u 1986. godini kao i pravnih stavova usvojenih od strane Vrhovnog suda Srbije koji su i sada u primeni.

Vidovi štete izazvani neopravdanom osudom i neosnovanim lišenjem slobode

Oštećeno lice se obraća sa zahtevom za novčanu naknadu štete zbog neopravdane osude i neosnovanog lišenja slobode, a u vezi sa tom povredom i zbog povrede časti i ugleda, torture, straha, duševnih bolova zbog narušenog telesnog

²¹ Komisija za izradu Građanskog zakonika je obrazovana Odlukom Vlade Republike Srbije 16. novembra 2006. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 104/06 i 110/06 i 85/09.

²² Čl. 167 i 168 Prednacrta “Obligacioni odnosi”, Generalni sekretarijat vlade, Beograd 2009, st. 63 i 64.

integriteta kao i troškova lečenja. I drugi vidovi materijalne štete dolaze u obzir za naknadu:

“Oblici štete od kojih zavisi i oblik postavljenog zahteva, su veoma mnogobrojni i raznovrsni. Zbog toga se potpuna lista šteta pretrpljenih usled neopravdane osude i neosnovanog lišenja slobode ne može dati. Moguće je dati samo pregled šteta čija je naknada u praksi najčešće zahtevana, odnosno šteta koje su sudovi najčešće priznavali.”²³

Rok zastarelosti i nasledivost prava

Rok za podnošenje zahteva i/ili tužbe. – Pravo na naknadu štete zastareva za tri godine od dana pravnosnažnosti prvostepene presude kojom je okrivljeni oslobođen od optužbe ili kojom je optužba odbijena, odnosno pravnosnažnosti prvostepenog rešenja kojim je postupak obustavljen, a ako je povodom žalbe rešavao viši sud - od dana prijema odluke višeg suda.

Nasledivost prava. – Opšte je pravilo da je neimovinska šteta čisto ličnog karaktera i da ne prelazi na naslednike osim ako je priznato potraživanje pravnosnažnom odlukom ili pismenim sporazumom, a pod istim uslovima potraživanje može biti predmet ustupanja, prebijanja ili prinudnog izvršenja (čl. 204 ZOO).

Prednactom Obligacionih odnosa u čl. 230 je predložena alternativa ovom zakonskom rešenju utoliko što bi potraživanje neimovinske štete prelazilo na naslednike i što može biti predmet ustupanja, prebijanja i prinudnog izvršenja.

POVREDA PRAVA NA ČAST, UGLED I DOSTOJANSTVO

Pravo na ugled, na čast i na dostojanstvo su samostalna prava ličnosti i svako za sebe u slučaju povrede može predstavljati neimovinsku šteta. U životu su najčešće situacije da su pojedinačna prava ličnosti (kao što su pravo na slobodu ili na privatnost), isprepletana sa povredom prava na ugled, na čast, na dostojanstvo kao što su i sama prava na ugled i pravo na čast teško odvojiva. Stoga je pred sudom težak zadatak da razluči pojedinačne povrede svakog prava posebno, da ih identifi-

²³ Momčilo Grubač, *Naknada štete za neopravdanu osudu i neosnovano lišenje slobode*, Savremena administracija, Beograd 1979, 78–105, vidi opširnije.

kuje, da odredi kriterijime za vrednovanje obima i težine povrede, ali i da ih sveobuhvatno posmatra prilikom odmeravanja visine naknade štete.

Ugled i čast su važne vrednosti za svakog čoveka i zaštićene su Ustavom RS kao i međunarodnim konvencijama o ljudskim pravima. Konvencija štiti čast i ugled kroz ograničenje slobode izražavanja (čl. 10), a garantujući pravo na privatnost svim licima (čl. 8), ujedno garantuje i njihovo dostojanstvo, čast i ugled.

POVREDA PRAVA LIČNE SLOBODE I POVREDA ČASTI I UGLEDA – JEDINSTVENI VID ILI ODVOJENA NAKNADA?

Na Savetovanju građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, Vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda o problemima nematerijalne štete koje je održano 1986. godine raspravljano je i o dilemi da li duševni bolovi zbog neopradata osude i neosnovanog lišenja slobode predstavljaju jedinstveni vid štete pa je prihvaćen zaključak da treba dosuditi jedinstven iznos:

Usvojeni zaključak se primenjuje već 25 godina i na njega se oslanjaju sve presude koje su donete iz ovog domena. Dosuda jedinstvenog iznosa se prvenstveno odnosi na povredu slobode i povredu časti i ugleda. U obrazloženjima gotovo svih presuda pri odmeravanju visine jedinstvene naknade, nalazi se nabranje povrede ova tri prava. Nema sumnje da su povreda slobode i povreda časti i ugleda blisko povezane, ali ne treba izgubiti iz vida da se radi o pojedinačnim pravima ličnosti. Prema tome, prilikom utvrđenja pretrpljene povrede nužno je utvrđenje okolnosti za svaku povredu prava ličnosti zasebno, u čemu se ona sastoji, obim povrede i okolnosti koje utiču na određivanje visine naknade. Kada je to tako, otvara se dilema da li je zaista opravdano da se dosudi jedinstveni iznos.

Primena usvojenog zaključka dovela je, u sudskoj praksi, do toga da se povreda slobode i povreda časti i ugleda, tretiraju kao da se radi o jednom vidu štete, odnosno o samo jednoj povredi prava ličnosti. Autor smatra da to nije pravilno zato što svako povređeno pravo ličnosti, pojedinačno, zahteva da bude predmet razmatranja, utvrđenja da li je povređeno, kakve su posledice nastale povredom prava i primenu kriterijuma koji se cene prilikom odmeravanja visine naknade za svako konkretno povređeno pravo.

Lišenje slobode je faktor koji može da izazove pogoršanje zdravlja ili ubrza razvoj već postojećeg narušenog zdravstvenog stanja. U slučaju da nastupi umanjenje životne aktivnosti, oštećenom pripada naknada za ovaj vid štete posebno i

nezavisno od naknade zbog povrede prava na slobodu i druge vidove štete. Čin lišavanja slobode i boravak u zatvoru izazivaju strah. Ukoliko je strah visokog ili višeg intenziteta i u dužem trajanju, koji dovede do posttraumatskog stresnog poremećaja koji za posledicu ima dugotrajno lečenje, opravdano je da za taj vid štete oštećenom takođe pripada posebna naknada. U tom smislu se izjavnio Vrhovni kasacioni sud u presudi²⁴ kojom je odbijena revizija tužene Republike Srbije izjavljena protiv presude Okružnog suda u Beogradu²⁵ kojom je potvrđena presuda Prvog Opštinskog suda u Beogradu²⁶ kojom je dosuđena naknada štete zbog povrede ugleda i časti i zbog neosnovanog lišenja slobode u iznosu od 600.000,00 dinara, zbog pretrpljenih duševnih bolova zbog umanjenja životne aktivnosti iznos od 1.600.000,00 dinara i zbog pretrpljenog straha iznos od 200.000,00 dinara.

Presudom Opštinskog suda u Boru²⁷ koja je potvrđena presudom Okružnog suda u Zaječaru²⁸ tužiocu je dosuđeno 250.000,00 dinara na ime naknade nematerijalne štete zbog duševnih bolova zbog neosnovanog lišenja slobode. Međutim tužilac je naknadu tražio zbog pritvora i boravka u njemu 26 dana, poniženja, psihičke torture koja treba da rezultira priznanjem krivičnog dela i kajanjem. Nižestepeni sudovi su izgubili iz vida da oštećeni ima pravo na obeštećenje ukoliko je pretrpelo štetu zbog torture i to za poseban vid štete. Konvencijom protiv torture i drugih surovih i neljudskih ili ponižavajućih kazni ili postupaka, koja je usvojena 10.12.1984. godine u Njujorku²⁹ definisan je pojam torture, obaveze država radi sprečavanja svakog slučaja torture kao i obavezu država da svakoj žrtvi torture garantuje pravo dobijanja naknade i pravednog i odgovarajućeg obeštećenja, uključujući i sredstva potrebna za što potpuniju rehabilitaciju. Odlučujući o reviziji tužioca, Vrhovni kasacioni sud je rešenjem³⁰ ukinuo obe presude nižestepenih sudova i u obrazloženju između ostalog naveo i:

“Kad je u pitanju procesni značaj zahteva za pojedine vidove nematerijalne štete, treba imati u vidu da zahtev za pravičnu novčanu naknadu mora biti određen za svaki vid nematerijalne štete pojedinačno i kad je šteta proistekla iz istog životnog događaja. Ako tužbeni zahtev za naknadu više vidova nematerijalne štete nije jasno opredeljen, a sud nije postupio po odredbama člana 109. ZPP, ili je oštećeni ostao pri zahtevu za isplatu jednog novčanog iznosa za nematerijalnu štetu u celi-

²⁴ Rev 480/10 od 18. marta 2010. godine.

²⁵ Gž 1-3783/07 od 25. juna 2008. godine.

²⁶ P 1236/07 od 10. maja 2007. godine.

²⁷ P 385/08 od 19. juna 2008. godine.

²⁸ Gž 2185/08 od 13. novembra 2008. godine.

²⁹ Ratifikovana 20. juna 1991. godine, *Sl. list SFRJ*, br. 9/91.

³⁰ Rev 584/10 od 11. februara 2010. godine.

ni, sud će i po takvoj tužbi postupati i odlučiti o tužbenom zahtevu, ako na osnovu činjeničnih navoda oštećenog može da razluči pojedine vidove nematerijalne štete. U tom slučaju, pravičnu naknadu sud će odrediti za svaki pojedini vid nematerijalne štete u okviru postavljenog tužbenog zahteva u celini. Ako oštećeni istakne odvojene zahteve za pojedine vidove nematerijalne štete, ali ih ne označi u skladu sa zakonom ili pogrešno opredeli njihovu sadržinu, a taj nedostatak u postupku prethodnog ispitivanja tužbe ne bude otklonjen, sud je ovlašćen da na osnovu činjeničnih navoda oštećenog sam razluči pojedine vidove nematerijalne štete u skladu sa zakonom i da o njima odluči.”

Iz detaljnog uputa, uočavamo da je ostvarena uloga najvišeg suda da ukaže nižestepenom sudu način na koji će da ostvari svoju kreativnost i da razvrsta vidove štete, a da pri tome ne izađe iz granica postavljenog tužbenog zahteva.

KRITERIJUMI KOJI SE CENE PRILIKOM DOSUDE NAKNADE

U presudi Vrhovnog suda Srbije³¹ su pobrojani kriterijumi koji se najčešće cene: “Naime, za odmeravanje pravične naknade zbog povreda slobode (duševni bolovi zbog neopravdane osude i neopravdanog pritvora) a stim u vezi zbog povrede časti i ugleda (član 200. ZOO), relevantni kriterijumi mogu biti: vreme boravka u pritvoru, odnosno zatvoru, trajanje i uslovi pritvora, humanost zatvorskih uslova, ponašanje zatvorskih stražara i zatvorskog osoblja, nanošenje verbalnih i realnih uvreda i postojanje torture; boravak u pritvoru koji teže pada zbog pasivnosti i odsustva radnog angažovanja; pojava medicinskih, socioloških, psiholoških, penoloških i drugih ispitivanja osuđenih lica koji izazivaju neprijatnosti; vrsta krivičnog dela koja je bila predmet istrage, optužbe ili neopravdane osude i druge okolnosti vezane za tok istražnog ili sudskog postupka (natpisi u štampi, radio-televiziji i opšte interesovanje javnosti o suđenju); da li je oštećeni prethodno iskoristio sredstva rehabilitacije i da li je zahtevao objavljivanje presude ili saopštenja posle neopravdane osude; životno doba lica koje je neosnovano lišeno slobode; porodično stanje; zanimanje, društvena aktivnost; raniji neporočni život; osuđivanost, smanjeni izgledi za zaključenje braka, smanjeni izgledi za napredovanje u službi; ograničenje u obavljanju političkih i društvenih funkcija, omalovažavanje i neprhvatanje u mestu prebivališta i radnoj sredini; izvinjenje, objava odgovora, itd. (nabrajanje nije iscrpno).”

³¹ Rev 244/09 od 15. aprila 2009. godine.

Jedan od kriterijuma koji se ceni prilikom odmeravanja naknade štete je pisanje štampe, interesovanje javnosti za hapšenje i suđenje, vesti na televiziji. Svedoci smo zamalo svakodnevnih vesti o hapšenju, suđenjima i naslova koji su smišljeni upravo zato da bi izazvali pažnju čitalaca. Pri tome se ne vodi računa da se radi o licima za koje tek postoji sumnja da su izvršila krivično delo, da su zaštićeni prezumpcijom nevinosti i da je krajni ishod nepoznat.

Međutim, u štampi ćemo na primer pročitati naslov "uhapšena tročlana kriminalna banda" da bismo u tekstu pročitali da se radi o tri pritvorena lica za koja se povezanost među njima i ne može shvatiti iz teksta. Izraz "mafija" se takođe koristi pa smo nailazili na naslove: "drumska mafija", "carinska mafija", "stečajna mafija", "građevinska mafija" "duvanska mafija" itd. Ovakvi napisi koji se ponekad danima ponavljaju u više dnevnih listova ili saopštenja u vestima u svim udarnim terminima i u više televizijskih programa, doprinose duševnom bolu lica koje, ukoliko kasnije dobije status neosnovano lišenog slobode ili neopravdano osuđenog, zaslužuje da se uz ostale okolnosti ceni prilikom utvrđenja visine naknade nematerijalne štete koja ne predstavlja reparaciju već satisfakciju radi uspostavljanja psihičke i emocionalne ravnoteže koja je postojala pre štete. Nezavisno od toga što će pisanje štampe o pritvaranju za koje će se kasnije pokazati da je bilo neosnovano ili osudi koja će kasnije postati neopravdana (na način koji prevazilazi čisto informisanje javnosti), a što će se ceniti prilikom utvrđenja visine naknade novčanog iznosa nematerijalne štete, oštećeni ima pravo da ostvari naknadu štete zbog povrede prava na privatnost prema Zakonu o javnom informisanju.

*Dužina trajanja pritvora kao najvažniji kriterijum
za odmeravanje visine novčane naknade*

Insistiranje na dosudi jedinstvenog iznosa za sve posledice koje nastanu zbog neopravdane osude odnosno neosnovanog lišenja slobode, dovode do toga da se događa da se u praksi najveći značaj daje broju dana provedenih u pritvoru i da se dosuđuje naknada štete metodom obračuna po jednom danu provedenom u pritvoru. U presudi Vrhovnog suda Srbije³² je u jednom takvom slučaju navedeno:

"Kao što je istaknuto broj provedenih dana u pritvoru je veoma važna okolnost, ali ne i jedina. U ovom slučaju dosuđena visina (1.170.000,00 dinara) ukazuje da je prvostepeni sud vršio "tarifiranje" naknade neimovinske štete po jednom danu računajući svaki dan iznosom od 10.000,00 dinara. Takav način obračuna i

³² Rev 41/07 od 14. marta 2007. godine.

dosuđivanja neimovinske štete (u ovom slučaju zbog neosnovanog pritvora) nije primeren ideji moralne satisfakcije zbog mnoštva razloga koji mogu uticati na smanjenje ili povećanje naknade.”

Iz obrazloženja ove presude proizilazi da je tužilac u pritvoru proveo neosnovano 117 dana, da je doživeo policijsku torturu i loše zatvorske uslove te negativne natpise u štampi. Znači, pretrpeo je više vidova povreda prava ličnosti (neosnovano lišenje slobode, torturu, povredu časti, povredu ugleda, pravo na privatnost) za koje je dosuđena jedinstvena naknada štete i to na način kako to navodi Vrhovni sud “tarifiranjem” po jednom danu. Čini se da se ne pravi uvek razlika prilikom razlučivanja koji vid prava ličnosti je povređen od kriterijuma koji se cene prilikom dosude naknade štete.

Da je ovaj kriterijum prevagnuo proizilazi i iz sledećeg primera. Presudom Vrhovnog suda Srbije³³ su preinačene presude nižestepeni sudova u pogledu dosuđenog iznosa. Nižestepeni sudovi su dosudili oštećenom iznos od 910.000,00 dinara na ime naknade štete ubog neosnovanog pritvora koji je trajao 91 dan pri čemu se posebno naglašava “dužina trajanja pritvora”, nehumeni uslovi u kojima je boravio kao i da je informacija o njegovom hapšenju objavljena u medijima. VSS je naknadu snizio na 200.000,00 dinara smatrajući da je to pravična naknada. U presudi se između ostalih razloga navodi:

“Tužilac je pravnosnažnom presudom oslobođen od optužbe da je sa još dva lica izvršio krivično delo neovlašćene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga. Veštak neuropsihijatar je u krivičnom postupku dao mišljenje da su tužilac i ostala lica narkomani i da su heroin kupili radi zadovoljenja sopstvenih potreba, a ne radi prodaje.

U konkretnom slučaju sudovi ne cene činjenicu da je tužilac neposredno pred hapšenje sa grupom drugih lica preduzeo moralno neprihvatljivu radnju (kupovina droge). Za razliku od prakse Evropskog suda za ljudska prava zasnovane na čl. 5. Konvencije koja sadrži pravilo, da pravo na naknadu štete ima lice koje je nezakonito uhapšeno, domaći propisi (ZKP čl. 541. i 545) pritvorenom priznaju više prava (za osnov je dovoljan pritvor ili neosnovana osuda iako je postupak policijskih ili sudskih organa bio zakonit). Ali nemoralno ponašanje (loš postupak oštećenog tužioca), kao posebna okolnost mora biti od značaja za odmeravanje visine pravične naknade štete, jer je pravičnost kao pravda konkretnog slučaja moralna kategorija. Društvo, (pa i okolina u kojoj tužilac živi) uživanje droge i kupovinu radi sopstvenih potreba moralno osuđuje. Zbog toga i pritvaranje tih lica zbog osnovane sumnje da su učinili krivično delo neovlašćenog prometa opojnih sred-

³³ Rev 244/09 od 15.04.2009. godine, Bilten Vrhovnog suda Srbije, br. 2/2009, Intermeks, Beograd.

stava ne nailazi na moralnu osudu sredine niti na narušavanje ugleda tih lica u sredini u kojoj žive i rade. Torture prilikom pritvora nije bilo, a grupnom boravku i pritvoru nižestepeni sudovi su dali prevelik značaj.”

I iz ovog slučaja dosuđena visina (910.000,00 dinara) ukazuje da je prvostepeni sud vršio “tarifiranje” naknade neimovinske štete po jednom danu računajući svaki dan iznosom od 10.000,00 dinara. Međutim, uočavamo da je Vrhovni sud ocenio da ugled tužioca nije narušen neosnovanim pritvorom. Budući da se naknada štete dosuđuje u jedinstvenom iznosu za povredu slobode i povredu časti i ugleda ne možemo da ocenimo koliko je na sniženje dosuđene naknade uticalo to što povrede ugleda nije bilo, a koliko to što su nižestepeni sudovi dali prevelik značaj grupnom boravku u pritvoru.

Takođe, nema reči da li je čast tužiočeva bila povređena. Da se u presudama svako povređeno pravo ličnosti posebno obrazlaže i navode kriterijumi za dosudu novčane naknade, tada ne bismo imali dilemu koji novčani iznos je dosuđen za povredu prava na slobodu, a koji za povredu časti i povredu ugleda. Dosuda jedinstvenog iznosa o čemu je napred bilo reči je dovela do toga da se u praksi sumarno navedu razlozi za povredu prava na slobodu, prava na ugled i prava na čast kao da se radi o jedinstvenom ličnom pravu. Iz poslednjeg navedenog primera iz praksa suda, proizilazi da ugled nekog lica ne mora nužno da bude narušen neopravdanim pritvorom.

ZAKLJUČAK

Prema već opšteprihvaćenom pravilu (međunarodni akti, praksa Evropskog suda za ljudska prava) za povredu prava ličnosti nije potrebna pretpostavka štete i krivice. Čim se utvrdi da su lična prava povređena, povređeno lice ima pravo na zaštitu.

Kada se povredi pravo na slobodu zbog neopravdane osude ili neosnovanog lišenja slobode po pravilu se povređuju i pravo na čast i pravo na ugled jer se radi o blisko povezanim pravima ličnosti. Međutim, radi se o povredi različitih pojedinačnih prava ličnosti koja svaka zasebno zahtevaju utvrđenje da je došlo do povrede, obima povrede, okolnosti koje utiču na određivanje visine novčane naknade. Da li je onda opravdana dosuda jedinstvenog iznosa naknade štete za povredu slobode i povredu časti i ugleda? Autor smatra da nije.

JELENA BOROVIĆ,
Judge of the Supreme Court of Cassation

INDEMNIFICATION OF GROUNDLESSLY CONVICTED
AND GROUNDLESSLY IMPRISONED PERSONS
IN COURT PRACTICE

Summary

The right to freedom is highly ranked in the list of personal rights, just behind the right to life, prohibition of torture and prohibition of slavery. that suffices for a breach of personal rights. Do an infringement of a personal right caused by a groundless conviction and groundless imprisonment and a breach of honour and reputation represent a unified form of damage or are those separate forms? This question has been reopened in this work, as the very concept of damage (an objective concept of damage) has been changed significantly since the time when the conclusion on unified compensation was adopted. The author presents arguments for her stand that it is necessary to express pecuniary compensation amounts for each form of damage separately. Some characteristic convictions from court practice and criteria that are appreciated when awarding a monetary compensation have been presented. Some of the presented convictions have been analyzed, which analysis resulted in a conclusion that awarding a unified amount leads to some negative consequences, such as “tariffing of days spent in custody” or insufficient differentiation between certain forms of damage.

ZASTUPANJE U ODREDBAMA NAČELA EVROPSKOG UGOVORNOG PRAVA

U V O D

Zastupanju se, kako praksa pokazuje, često pribjegava, jer su stručnost, znanje i profesionalnost zastupnika, njihovi poslovni kontakti i ugled koji imaju u poslovnom svijetu, nerijetko dovoljna garancija kako za uspješno pregovaranje i zaključenje ugovora, tako i za uspostavljanja i očuvanje poslovne saradnje. Ova činjenica odlučujuće je uticala na to da se postupak ujednačavanja pravila kojima se reguliše zastupanje nametne kao neophodnost. Može se čak konstatovati da nigdje nije tako, kao kod ustanove zastupanja, vidljiva potreba ujednačavanja pravila nacionalnih zakonodavstva i nigdje, kao u materiji zastupanja, nije bila tako uočljiva neophodnost postizanja kompromisnih rješenja prilikom izrade Načela evropskog ugovornog prava.

U skladu sa načelom autonomije volje “strane u obligacionim odnosima su slobodne, u granicama prinudnih propisa i morala društva, da svoje odnose urede po svojoj volji.”¹ Saglasnošću volja ugovorne strane stvaraju i oblikuju ugovor. Iz ove činjenice proizilazi da su saugovarači u suštini “titulari ugovornog odnosa”² odno-

Dr Snežana Miladinović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore.

¹ Čl. 3. Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore.

² Massimo Bianca, *Diritto civile*, libro III, *Il contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, str. 53.

sno da su vezani ugovorom kao aktom i efektima koji iz njega proizilaze. Ugovor ima dvije dimenzije – ugovor je, s jedne strane, pravni akt, a s druge, pravni odnos. Pravilo je da lice koje je uzelo učešća u zaključenju ugovora ima ulogu jedne od ugovornih strana i da stiže prava i obaveze iz ugovornog odnosa. Međutim, moguće je da se ove dvije uloge ne steknu u jednom licu, što je predmet analize u ovom radu. Naime, moguće je da jedno lice uzme učešće u zaključenju ugovora, ali da nije dio ugovora kao odnosa, kao što je to slučaj kod direktnog zastupanja. Kod direktnog zastupanja jedno lice formalno daje izjavu koja ima konstitutivno dejstvo i koja dovodi do zaključenja ugovora, ali je subjekt ugovora kao odnosa zastupano lice, u čije je ime i za čiji račun istupao zastupnik. Zastupani je ugovorna strana u tako nastalom ugovornom odnosu, on je titular ugovora kao odnosa, a zaključenjem ugovora od strane zastupnika za zastupano lice nastaju prava i obaveze. Zastupnik postupa u ime i za račun zastupanog lica koje postaje titular prava i obaveza iz tako nastalog ugovornog odnosa. Dakle, zastupanje stvara složene pravne odnose i to kako interne tako i eksterne. Zastupanje podrazumijeva uspostavljanje odnosa između zastupnika i zastupanog lica što je primarni tj. interni odnos i odnose između zastupanog lica i trećih lica i zastupnika i trećih lica što su tzv. eksterni odnosi.³

Na rješenja Načela evropskog ugovornog prava snažan uticaj su izvršile specifičnosti u regulisanju zastupanja u evropsko-kontinentalnom i anglo-saksonskom sistemu. Mi ćemo se zadržati samo na onim koje su odlučujuće uticale na rješenja sadržana u Načelima.⁴

U anglo-saksonskom pravu zastupanje je jedinstven institut u okviru kog zastupano lice, u čije ime i za čiji račun se obavlja određeni posao, po svojoj volji određuje obim i karakter odnosa sa drugom ugovornom stranom. U kontinentalnom pravu postoji podjela na direktno zastupanje (zastupanje u užem smislu) i indirektno zastupanje (zastupanje u širem smislu). U prvom slučaju pravna dejstva radnji koje preduzima zastupnik direktno vezuju zastupano lice, a u drugom se pravna dejstva posla koji je zaključio zastupnik naknadno prenose na zastupano lice. Ovo je prva i osnovna razlika ali, pokazalo se, i prepreka pred kojom su se našli članovi Lando Komisije.

³ Andrija Gams, *Uvod u građansko pravo*, Beograd 1994, str. 186–193; O. Stanković–V. Vodinić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1996, str. 198; Vučković–Radovanović, *Zastupništvo*, Enciklopedija imovinskog prava... Beograd, 1978, tom II, str. 974; Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990, str. 249–252; O. Stanković, *O pojmu i vrstama zastupništva*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–4/1983, str. 630–637.

⁴ Detaljnije: Andrija Gams, *nav. djelo*, str. 186–193; O. Stanković–V. Vodinić, *nav. djelo*, 1996, str. 198; M. Vučković–Radovanović, *Zastupništvo*, Enciklopedija imovinskog prava... Beograd, 1978, tom II, str. 974; S. Perović, *nav. djelo*, str. 249–252; O. Stanković, *nav. djelo*, str. 630–637.

U oba sistema, zastupnik je lice koje na osnovu ovlašćenja obavlja pravne poslove za zastupano lice. Međutim, u kontinentalnom sistemu zastupanje se shvata kao istupanje u ime zastupanog koje za rezultat ima istupanje i za njegov račun, što se odražava na imovinu zastupanoga, a u anglo-saksonskom pravu težište je na efektima u imovini zastupanog lica.⁵ Dakle, u kontinentalnom pravu kod zastupanja akcenat je stavljen na reprezentovanje ličnosti zastupanog, njegovog pravnog subjektiviteta i njegove volje, što rezultira i određenim efektima u odnosu na imovinu zastupanog. U anglo-saksonskom sistemu akcenat je stavljen na imovinski rezultat koji proističe iz postupanja zastupnika.

Članovi Lando Komisije su nastojali da pomire navedene krajnosti što je samo po sebi u odgovarajućoj mjeri i obimu uticalo na rješenja vezana za ustanovu zastupanja. Stoga se može konstatovati da rješenja sadržana u Načelima evropskog ugovornog prava vezana za ustanovu zastupanja, predstavljaju kompromis koji se u najkraćem rečeno, sastoji u tome što je usvojen širi koncept zastupanja u čemu se sastoji uticaj *common law* sistema, dok su u pogledu pravne tehnike usvojena (uglavnom) rješenja kontinentalnog prava.⁶

U kontinentalnom pravu zastupanje u užem smislu ili direktno zastupanje se definiše kao preduzimanje pravnih poslova u ime i za račun zastupanog lica, s tim da prava i obaveze nastaju za zastupanog i treće lice.⁷ Zastupanje je pravni odnos u kome zastupnik obavlja pravne poslove u ime i za račun lica koje zastupa, ali tako da se pravna dejstva zaključenog ili obavljenog pravnog posla neposredno odnose na zastupano lice.⁸ Zastupništvo je vršenje pravne radnje u tuđe ime i za tuđ račun. "Drugim rečima, ugovor koji zaključi zastupnik u ime zastupanog lica i u granica-

⁵ Sikirić, nav. djelo, str. 630–631.

⁶ Mišel Šmigelow (Michele Schmiegelow), Interdisciplinarni pristupi upoređivanju kvaliteta precedentnog prava i građanskog prava, Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses, Volume I; (Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu, Izbor radova i analiza, knjiga I), GTZ, Beograd, 2010, str. 181–201.

⁷ Takvu odredbu sadrži npr. italijanski Građanski zakonik u članu 1388, njemački Građanski zakonik u članu 164, švajcarski Građanski zakonik u članu 32. Italijanski zakonodavac u navedenom članu predviđa da: "Il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell'interesse dal rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato". Detaljnije: Francesco Bartolini, Pietro Dubolino, Il codice civile, I codici commentati esclusivamente con la giurisprudenza, Piacenza, 1997, str. 303, 1437–1440. Napomenimo i to da svi ovi zakonici (čl. 1731–1736. IGZ, čl. 435–439. Šv. GZ, čl. 383–406. Trgovačkog zakonika Njemačke) uređuju ustanovu komisija koja pretpostavlja obavljanje pravnog posla u svoje ime ali za račun nekog drugog lica. Isto rješenje sadrži i ZOO (čl. 771–789).

⁸ Čl. 164 njemačkog GZ, čl. 32. švajcarskog GZ, čl. 1388. italijanskog GZ.

ma svojih ovlaštenja obavezuje neposredno zastupanog i drugu ugovornu stranu.”⁹ S obzirom da pripada porodici evropsko-kontinentalnog sistema i Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore predviđa da ugovor i drugi pravni poslovi koje zaključiti zastupnik u ime zastupanog lica i u granicama svojih ovlaštenja obavezuje neposredno zastupanog i drugu ugovornu stranu.¹⁰ Zakon o obligacionim odnosima, polazeći od principa otvorenosti zastupništva, precizira da je zastupnik dužan da obavijesti drugu stranu da nastupa u ime zastupanog.

Dok kod direktnog zastupanja zastupani postaje strana u ugovornom odnosu i prima na sebe određena prava i obaveze, u slučaju indirektnog zastupanja zastupani, po pravilu, ne postaje dio ugovornog odnosa. Ova podjela i razlike između direktnog i indirektnog zastupanja, izvedena je na teorijskom planu, ali je prenijeta i na zakonodavni nivo, tako da se smatra da je ugovor stipulisan od zastupanog lica, kao što ćemo vidjeti u daljem tekstu i iz Načela evropskog ugovornog prava, a neki efekti indirektnog zastupanja mogu se na planu prava zainteresovanog lica objasniti nekim efektima direktnog zastupanja. Razlog za to leži u činjenici što iako se efekti ugovora ne prenose i ne vide odmah kada je u pitanju zastupani kod indirektnog zastupanja efekti i rezultati ugovora prenose se na njega.¹¹

Indirektno zastupništvo se karakteriše zastupanjem kroz dva akta. Ono zahteva dve radnje: eksterno kontrahiranje zastupnika u svojoj ličnosti, zatim prenošenje prava i obaveza iz zaključenog ugovora na zastupanog.”¹² Značaj indirektnog zastupništva je veliki jer se “ono primenjuje u svim onim slučajevima, gde zastupanom odgovara da ostane u pozadini ili gde je poželjno postojanje odnosa poverenja između zastupnika i trećeg lica, a ne između zastupanog i trećeg ili gde uopšte pristup određenim poslovima ima samo zastupnik a ne i zastupani (na efektim berzama na primer).” Međutim, posmatrano iz ugla zastupanog lica i njegovih interesa, indirektno zastupništvo pored prednosti donosi i rizike, “jer tek sa internim prenošenjem supstrata posla dobija zastupani ono što je želeo. Može se dogoditi da zastupnik odbije da prenese prava i obaveze iz zaključenog posla na zastupanog ili da ga u tome spreče njegovi poverioci, koji žele da se naplate iz posla koji je on u svo-

⁹ Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru u čl. 883. st. 1. predviđa “Povjera je ili punomoćje ugovor kojim daješ kome nalog da uglavi, za te i mjesto tebe, posao koji ima, u imovinskome pogledu, neke zakonske posljedice.”

¹⁰ Čl. 81. st. 1–2. Zakona o obligacionim odnosima.

¹¹ Massimo Bianca, nav. djelo, str. 72. Autor daje i ilustrativan primjer kupoprodaje nepokretnosti. Naime, kada zastupnik kupi nepokretnost za zastupano lice obavezan je da nakon zaključenja ugovora izvrši prenos nepokretnosti na ime zastupanog lica što je u skladu sa članom 1706. italijanskog Gradanskog zakonika.

¹² Dragoljub Stojanović, nav. djelo, str. 184.

je ime zaključio, ne dozvoljavajući mu da prava i obaveze iz tog ugovora prenese na zastupanog.”¹³

U zakonodavstvima koja pripadaju anglo-saksonskom sistemu zastupnik se definiše kao lice koje na osnovu ovlašćenja dobijenog od principala obavlja pravne poslove. Obzirom na modalitete angažovanja i postupanja zastupnika u anglo-saksonskom sistemu postoji više varijanti zastupanja. Prva varijanta postoji kada principal ovlasti lice da ga zastupa, ali tako da zastupnik-agent informiše treća lica da postupa za principala i otkriva im njegov identitet. To je tzv. zastupanje poznatog i imenovanog principala (“named principal”). Druga varijanta zastupanja postoji kada agent objelodanjuje da postupa u ime principala, ali ne otkriva njegov identitet (“unnamed principal”). Svojom osobenošću izdvaja se varijanta zastupanja kod koje je trećim licima potpuno nepoznata činjenica da lice sa kojim pregovaraju ili zaključuju ugovor postupa za račun nekog drugog lica. (tzv. “undisclosed principal”).¹⁴

Posljednja varijante zastupanja predstavlja najviše odstupa od zakonskih rješenjima u evropsko-kontinentalnog sistemu. Agent koji postupa za “undisclosed principal” ima najmeru da nastupa u svojstvu agenta, ali prilikom pregovaranja i zaključivanja ugovora sa trećim licima ne iznosi činjenicu da postupa kao zastupnik, a ne kao druga ugovorna strana. Rezultat je zaključenje ugovora koji obavezuje agenta i treće lice. Agent je saugovarač koji stiče određena prava i obaveza i dužan je da izvrši ugovorne obaveze u svemu kako one glase. Isto važi i za treće lice, odnosno saugovarača agenta. Za njega je odnos koji postoji između agenta i “undisclosed principal-a” nepoznat, osim ukoliko ga ovaj o tome kasnije ne obavijesti ili za njegovo postojanje sazna na neki drugi način (od principala, u toku spora i sl.). S druge strane, principal ima pravo intervencije, pravo da se u svakom trenutku pojavi i uspostavi neposredan odnos sa trećim licem. Izuzetak postoji u slučaju kada je treće lice zaključilo ugovor sa agentom s obzirom na lična svojstva agenta i u slučaju kada je principal od početka bio svjestan činjenice da treće lice sa njim ne bi zaključilo ugovor, a odbilo bi da zaključi ugovor i sa agentom tog lica.

Agent i principal imaju i pravno i faktički mnogo povoljniji položaj od trećeg lica, tj. saugovarača. Trećem licu, faktički je, sužena sloboda ugovaranja i dovedeno je u pitanje pravo izbora lica sa kojim će da zaključi ugovor. Da bi se otklonio ovaj značajan nedostatak precedentnim pravilima su postepeno uvođeni višestruki vidovi zaštite trećih savjesnih lica. Prvo i osnovno pravilo jeste da ukoliko i kada treće savjesno lice izvrši obavezu iz ugovora agentu, principal ne može u odnosu na njega

¹³ Isto.

¹⁴ Sikirić, nav. djelo, str. 630–631, Dijana Marković–Bajalović, Ugovorno zastupanje u Evropskim načelima, Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo, Kragujevac, 2001, strana 176–178.

da ističe svoje zahtjeve. Saugovarač ima pravo da bira da li će se za ostvarenje svojih prava iz ugovora obratiti agentu ili principalu.¹⁵ Takođe, u slučaju spora sa principalom saugovarač može da istakne sve prigovore koji proizilaze iz odnosa sa agentom, ali i sve prigovore na koje bi imao pravo da je ugovor zaključio sa principalom. Međutim, principal, s obzirom da je ustanovio odnos zastupanja po osnovu kog je on za treće lice “undisclosed principal” ima pravo na prigovore iz ugovora i lične prigovore, ali nema pravo ličnih prigovora prema agentu.

ODREDBE NAČELA EVROPSKOG UGOVORNOG PRAVA O ZASTUPANJU

Poglavlje treće Načela evropskog ugovornog prava “reguliše ovlašćenje zastupnika ili drugih posrednika da obavežu zastupano lice na osnovu ugovora zaključenog sa trećim licem.”¹⁶ U Načelima je precizirano da “ovo poglavlje ne reguliše ovlašćenja zakonskih zastupnika, kao ni onih zastupnika koje je postavio organ javne vlasti ili sud.”¹⁷ Načela regulišu pravno dejstvo radnji zastupnika u odnosu na treća lica, odnosno regulisani su, i to detaljno, tzv. eksterni odnosi, dok interni odnosi (odnosi zastupnika i zastupanog lica) nisu. Autori Načela evropskog ugovornog prava su u cilju otklanjanja eventualnih dilema i nejasnoća precizirali da “ovo poglavlje ne reguliše odnose između zastupnika ili drugih posrednika i lica koja zastupaju.”¹⁸

I Načela evropskog ugovornog prava poznaju dvije vrste zastupanja i to direktno ili neposredno zastupanje i indirektno ili posredno zastupanje.¹⁹ Pravila direktnog zastupanja nalaze se u odsjeku drugom trećeg poglavlja Načela.²⁰ U odsjeku trećem trećeg poglavlja Načela regulisano je tzv. indirektno zastupanje.²¹

DIREKTNO ZASTUPANJE

Pravila o direktnom zastupanju primjenjuju se kada zastupnik postupa u ime zastupanog lica, pri čemu nije bitno da li je identitet zastupanog lica poznat u mo-

¹⁵ Dijana Marković-Bajalović, nav. djelo, str. 176–178 i autori na koje se autor u radu poziva.

¹⁶ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:101: (1) Predmet poglavlja.

¹⁷ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:101: (2) Predmet poglavlja.

¹⁸ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:101: (3) Predmet poglavlja.

¹⁹ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:102: Vrste zastupanja.

²⁰ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:102: (1) Vrste zastupanja.

²¹ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:102: (2) Vrste zastupanja.

mentu kada zastupnik preduzima radnju zastupanja ili će on biti kasnije saopšten.²² Odjeljak drugi trećeg poglavlja Načela reguliše: formu i obim ovlašćenja za zastupanje, pravno dejstvo radnji koje preduzima zastupnik, obim ovlašćenja zastupnika, prekoračenje ovlašćenja i postupanje lica bez ovlašćenja, zastupanje nepoznatog lica, sukob interesa zastupnika i zastupanog lica, podzastupništvo, trajanje ovlašćenja za zastupanje i naknadno odobravanje radnji preduzetih od strane zastupnika.²³

Ovlašćenje za zastupanje

Načela evropskog ugovornog prava predviđaju da zastupnik ima ovlašćenje da izvrši sve radnje neophodne, u datim okolnostima, da bi došlo do ostvarenja cilja ili ciljeva zbog kojih mu je ovlašćenje dato.²⁴ Kada zastupnik postupa u granicama svojih ovlašćenja tj. kada izvrši sve radnje koje su neophodne za ostvarenje cilja zbog čega mu je ovlašćenje dato, njegovi postupci obavezuju zastupano lice i treće lice, direktno i neposredno, s tim da se zastupnik ne obavezuje prema trećem licu.²⁵ Ipak, od ovog pravila postoji izuzetak pa tako zastupnik može biti i lično obavezan ugovorom, ukoliko zaključi ugovor u ime zastupanog čiji mu je identitet naknadno saopšten, a propusti da u razumnom roku, na zahtjev trećeg lica, otkrije identitet lica koje zastupa.²⁶

²² Načela evropskog ugovornog prava, član 3:102: (1) Vrste zastupanja.

²³ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:201–3:209 – Odsjek 2. Direktno zastupanje.

²⁴ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:201: (2) – Izričito, prečutno i očigledno ovlašćenje.

²⁵ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:202: Postupci zastupnika u skladu sa ovlašćenjem.

²⁶ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:203: Kada identitet zastupnika nije poznat. –Naš zakonodavac (čl. 84. Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore) je predvidio da “punomoćnik može preduzeti samo one pravne poslove za čije je preduzimanje ovlašćen” kao i da “punomoćnik kome je dato opšte punomoćje može preduzimati samo pravne poslove koji dolaze u redovno poslovanje” a da “posao koji ne dolazi u redovno poslovanje može punomoćnik preduzeti samo ako je posebno ovlašćen za preduzimanje tog posla, odnosno vrste poslova među koje on spada.” ZOO CG za određene poslove i za svaki pojedinačni slučaj preuzeti meničnu obavezu, zaključiti ugovor o jemstvu, o poravnanju, o izabranom sudu, kao ni odreći se nekog prava bez naknade.” ZOO CG ide i korak dalje predviđajući sadržinu određenih vrsta punomoćja kao npr. za poslovno punomoćje, ovlašćenje trgovačkog putnika, ovlašćenja lica koja obavljaju određene poslove. (čl. 91–94. Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore).

Načela govore i o tzv. očiglednom zastupanju.²⁷ Pod pojmom očiglednog zastupanja autori Načela podrazumijevaju zastupanje kod kog treća lica opravdano vjeruju da ovlašćenje za zastupanje koje ima jedno lice obuhvata i ovlašćenja za obavljanje nekih drugih, po pravilu srodnih i sa osnovnim poslom, sadržinski povezanih.²⁸ Ova vrsta zastupanja može da postoji uporedo sa izričito datim ili prećutno datim ovlašćenjem za zastupanje, a osnovni cilj njegovog postojanja jeste da osigura da se lice koje izjavom ili ponašanjem navede treće lica da opravdano i u skladu sa načelom *bona fides* vjeruje da je u pitanju zastupnik, tretira kao da ima ovlašćenje da postupa za račun zastupanog.²⁹ Na ovaj način Načela štite prava i interese trećih savjesnih lica.

Pitanje je i kako treba postupiti u slučaju prekoračenja granica ovlašćenja. Pravilo je da ni prekoračenje ovlašćenja ni zastupanje od strane neovlašćenog lica nemaju pravno dejstvo prema "zastupanom" licu. Međutim, u teoriji postoje dva shvatanja o pravnoj prirodi prekoračenja granica ovlašćenja i zastupanja bez ovlašćenja. Po jednom, radi se o ugovornoj, a po drugom o vanugovornoj odgovornosti. Naš zakonodavac, kao što to čine zakonodavci većine zemalja kontinentalnog sistema prihvata drugo shvatanje i predviđa da "kad zastupnik prekorači granice ovlašćenja, zastupani je u obavezi samo ukoliko odobri prekoračenje,"³⁰ a "ako zastupani ne odobri ugovor u roku koji je redovno potreban da se ugovor takve vrste razmotri i ocijeni, smatraće se da je odobrenje odbijeno."³¹ Odobrenje prekoračenja granica ovlašćenja datih zastupniku, ukoliko strane ne odrede drugačije, ima povratno dejstvo.³² "Ukoliko druga strana nije znala niti morala znati za prekoračenje ovlašćenja, može odmah po saznanju za prekoračenje, ne čekajući da se zastupani o ugovoru izjasni, izjaviti da se ne smatra ugovorom vezana."³³

Forma ovlašćenja za zastupanje

U zemljama kontinentalnog sistema po pitanju sadržine i obima, kao što smo vidjeli, postoje značajne razlike, a isto važi i za formu ovlašćenje za zastupanje. Tako,

²⁷ "Apparent authority" (eng.) "Rappresentanza apparente" (ital.).

²⁸ Detaljnije o pojmu i razvoju ove vrste zastupanja: Dijana Marković-Bajalović, nav. djelo, str. 163–164.

²⁹ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:201: (3) Izričito, prećutno i očigledno ovlašćenje.

³⁰ Čl. 83. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore.

³¹ Čl. 83. st. 2. Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore.

³² Čl. 83. st. 3. Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore.

³³ Čl. 83. st. 4. Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore.

Francuski zakonodavac predviđa da punomoćje mora biti dato izričito s tim da to može biti učinjeno usmeno ili u pisanoj formi, a prihvatanje punomoćja može biti učinjeno izričito i prećutno.³⁴ Švajcarski zakonodavac predviđa da radnje koje preduzme zastupnik obavezuju zastupano lice ukoliko je treće lice znalo ili je na osnovu okolnosti u kojima je zaključen ugovor morao znati da između lica sa kojim zaključuje ugovor ili obavlja drugu pravnu radnju i nekog drugog lica postoji odnos zastupanja ili mu je pak sasvim svedeno sa kim zaključuje ugovor.³⁵ Iz ove odredbe može se zaključiti da osim izričitog punomoćja (datog u pisanoj formi ili usmeno) postoji i mogućnost davanja prećutnog punomoćja.

Interesantno je rješenje koje je prihvatio njemački zakonodavac po kom radnje zastupnika proizvode pravno dejstvo ukoliko iz okolnosti konkretnog slučaja proizilazi da se te radnje preduzimaju u ime i za račun zastupanog lica. I ne samo to. U njemačkom Građanskom zakoniku je predviđeno da punomoćje predstavlja izjavu volje jednog lica na osnovu koje zastupnik u njegovo ime i za njegov račun zaključuje određeni ugovor ili pravni posao s tim da ta izjava ne mora da prati formu koja je predviđena za pravni posao u pitanju.³⁶ Priznaje se, dakle, valjanost i prećutno datom punomoćju ukoliko treće lice može iz okolnosti konkretnog slučaja da zaključi da se radi o ugovoru ili pravnom poslu koji se zaključuje posredstvom zastupnika koji nastupa u ime i za račun zastupanog lica. Forma pravnog posla za čije je obavljanje dato punomoćje ne opredjeljuje formu punomoćja, već je dovoljno da se iz okolnosti konkretnog slučaja može zaključiti da jedno lice posao obavlja u ime i za račun lica koje zastupa.³⁷

Italijanski zakonodavac je pošao drugim putem. Naime, u italijanskom Građanskom zakoniku je precizirano da punomoćje treba da prati formu ugovora za čije zaključenje je dato, tj. da punomoćje nema pravno dejstvo ukoliko nije dato u formi predviđenoj za ugovor koji zastupnik treba da zaključi.³⁸ Italijanski zakonodavac predviđa da ovlašćenje za zastupanje nema pravno dejstvo ukoliko nije dato u onoj

³⁴ Čl. 1895. francuskog Građanskog zakonika.

³⁵ Čl. 32. st. 2. švajcarskog Građanskog zakonika.

³⁶ Čl. 167. njemačkog Građanskog zakonika.

³⁷ Čl. 167. njemačkog Građanskog zakonika. U njemačkoj doktrini su vođene brojne rasprave na temu forme punomoćja. Savremena teorija pokazuje da su sve jači i brojniji argumenti u prilog tezi da ovlašćenje za zastupanje može biti dato i prećutno i to u onim slučajevima kada treća lica mogu iz okolnosti konkretnog slučaja i podataka sa kojima raspolazu da zaključe da je lice sa kojim zaključuje pravni posao zastupnik nekog lica ili mu je identitet saugovarača nevažan.

³⁸ Čl. 1392. italijanskog Građanskog zakonika. Detaljnije: Francesco Bartolini, Pietro Dubolino, *Il codice civile, I codici commentati esclusivamente con la giurisprudenza*, Piacenza, 1997, str. 1440–1441.

formi koju zakonodavac predviđa za ugovor koji zastupnik treba da zaključi u ime i za račun zastupanog lica.³⁹ Ipak, ova odredba se primjenjuje samo na one pravne poslove za koje zakonodavac predviđa *ad substantiam* ili *ad probationem* formu, ali ne i u slučaju ugovorene formu. U sudskoj praksi je zauzet stav da ukoliko zakonom nije predviđena pismena forma za punovažnost i postojanje ovlaštenja za zastupanje o njegovom postojanju se može zaključiti i iz ponašanja stranaka i konkludentnih radnji.⁴⁰

Naš zakonodavac je prihvatio rješenje koje je identično rješenju koje sadrži italijanski Građanski zakonik. Naime, i Zakon o obligacionim odnosima predviđa da “forma predviđena zakonom za neki ugovor ili koji drugi pravni posao važi i za punomoćje za zaključenje tog ugovora, odnosno za preuzimanje tog posla.”⁴¹

Načela evropskog ugovornog prava predviđaju da ovlaštenje dato zastupniku od strane zastupanog da postupa u njegovo ime može biti dato izričito i prećutno ili može da proizilazi iz okolnosti konkretnog slučaja.⁴²

Prema tome, autori Načela su se opredijelili da u tekst Načela unesu tri vida davanja ovlaštenja za direktno zastupanje i to izričito, prećutno i očigledno. Najpoželjnija solucija je da ovlaštenje bude dato izričito i to u pisanoj formi, ali Načela dozvoljavaju da ovlaštenje bude dato i prećutno. Ipak, u cilju zaštite trećih savjesnih lica, autori Načela su formulisali sljedeće pravilo: ukoliko su izjave ili ponašanja zastupanog lica dale osnova trećem licu da vjeruje da zastupnik ima ovlaštenje da izvrši određene radnje i postupke, ali je ono u nedoumici u vezi sa postojanjem tog ovlaštenja, treće lice može da traži pisanu potvrdu od zastupanog lica ili ratifikaciju poslova. Ako se zastupano lice ne usprotivi ili bez odlaganja odgovori na zahtjev, smatra se da je zastupnik imao ovlaštenje za zastupanje.⁴³

³⁹ Čl. 1392. italijanskog Građanskog zakonika – Forma della procura: “La procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere.” Detaljnije: Francesco Bartolini, Pietro Dubolino, nav. djelo, str. 1440–1441. Isto rješenje su prihvatili i grčki Građanski zakonik u članu 217, mađarski Građanski zakonik u članu 223. i sl.

⁴⁰ Cass. civ., sez. II, 16 novembre 1984. n. 5828. (Preuzeto od: Francesco Bartolini, Pietro Dubolino, nav. djelo, str. 1440.)

⁴¹ Čl. 86. Zakona o obligacionim odnosima. Isto i čl. 1392. italijanskog Građanskog zakonika, čl. 217. grčkog Građanskog zakonika, a suprotno rješenje sadrži čl. 167. njemačkog Građanskog zakonika, čl. 26. Zakona o obligacionim odnosima. Detaljnije o dilemama vazano za formu ugovora o punomoćstvu: Slobodan Perović, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, str. 193.

⁴² Načela evropskog ugovornog prava, član 3:201: (1) Izričito, prećutno i očigledno ovlaštenje.

⁴³ Načela evropskog ugovornog prava, čl. 3:208: Prava trećih lica da dobiju potvrdu o ovlaštenjima zastupnika.

Imenovanje podzastupnika

Imajući u vidu svrhu i cilj donošenja Načela Lando Komisija se opredijelila za dosta liberalno rješenje. Naime, zastupnik ima prećutno ovlašćenje da odredi i imenuje zamjenika radi izvršenja radnji koje nemaju lični karakter i kada nema razloga i osnova za zaključak da treba da ih izvrši zastupnik lično.⁴⁴ Dakle, Lando komisija se opredijelila da u tekst Načela unese oborivu pretpostavku da zastupnik, kada god nije drugačije ugovoreno, ima prećutno ovlašćenje da imenuje podzastupnika. Ukoliko je za izvršenje određenih radnji neophodno lično angažovanje zastupnika ili se iz sadržine ovlašćenja može zaključiti da je zastupani htio da radnje preduzme zastupnik lično, zastupnik ne može imenovati podzastupnika. Inače, sve odredbe drugog odjeljka trećeg dijela Načela koji uređuje direktno zastupanje, primjenjuju se i na podzastupnike tj. postupci zamjenika koji su u skladu sa ovim odredbama direktno obavezuju zastupanog i treće lice.⁴⁵

Ratifikacija

Zastupanje bez ovlašćenja i zastupanje u kom je zastupnik prekoračio ovlašćenja, po pravilu, ne proizvode dejstvo prema zastupanom licu.⁴⁶ Zastupani, međutim, ima pravo da naknadno odobri neovlašćeni akt zastupnika, bilo da se radi o zastupanju bez ovlašćenja ili o prekoračenju ovlašćenja.

Ratifikacije (ili *ratihabicio*) se definiše kao jednostrani pravni akt kojim subjekt osnažuje jedan neautorizovan akt.⁴⁷ Volja lica koje vrši ratifikaciju usmjerena je na prihvatanje onog što je izvršio zastupnik sa ciljem da mu se dâ onaj pravni značaj koji bi on imao da je zastupnik u momentu preduzimanja pravne radnje ili za-

⁴⁴ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:206: Zamjenik zastupnika.

⁴⁵ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:206: Zamjenik zastupnika. Čl. 82. Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore precizira da zastupnik ne može prenijeti svoja ovlašćenja na drugog, osim kad mu je to dozvoljeno zakonom ili ugovorom, kao i kada je bio spriječen okolnostima da posao lično obavi a interesi zastupanog zahtevaju neodložno preduzimanje pravnog posla. Detaljnije: Slobodan Perović, nav. djelo, str. 250.

⁴⁶ Dragoljub Stojanović, nav. djelo, str. 189, Ilija Babić, nav. djelo, str. 314–315.

⁴⁷ Detaljnije: Massimo Bianca, nav. djelo, str. 110. Napomenimo da termin "*ratihabicio*" potiče od latinske riječi *ratus* – valjan, istinit, i riječi *habeo* – imati, posjedovati i predstavlja izjavu zastupanog da odobrava pravni posao zastupnika koji je postupao bez ovlašćenja ili je prekoračio granice ovlašćenja.

ključenja ugovora imao ovlaštenje.⁴⁸ Ono što jedan ugovor čini efikasnim u odnosu na zastupanog je akt odobrenja koji uklanja defekt u legitimaciji zastupnika. Ratifikacijom se izražava volja jednog lica koji ratifikacijom uvodi posao u svoju pravnu sferu, tako da se ratifikacija označava i kao *procura successiva*.⁴⁹ Zato je i predviđeno da ratifikacija treba da bude izvršena u istoj formi koja je predviđena za ugovor koji je zaključen.⁵⁰

Ni naš “zakonodavac ne ostavlja ni zastupanje bez ovlaštenja bez ikakvog dejstva, jer ugovor koga je zaključio zastupnik bez punomoćja u ime zastupanog potencijalno je ugovor zastupanog.”⁵¹ Zastupani ima mogućnost da ovakav ugovor koji ga po pravilu ne obavezuje, naknadno odobri.⁵²

Ratifikacija ima retroaktivno dejstvo tako da se smatra da ugovor zaključen od strane neovlašćenog lica ima pravno dejstvo od njegovog nastanka, kao da je bio zaključen od strane ovlašćenog lica.⁵³ Treće lice koje je postupalo u skladu sa nečelom savjesnosti i poštenja i koje nije znalo niti je moglo znati da lice sa kojim je zaključio ugovor nije imalo ovlaštenje za to, može od zastupnika da zahtijeva naknadu štete,⁵⁴ a zastupnik može odbiti taj zahtjev samo ukoliko dokaže da je treće lice znalo ili je moralo znati da on nije imao ovlaštenje za zaključenje ugovora. Retroaktivnost ne može da bude na štetu trećih lica kao ni onih lica koja su prije ratifikacije stekla određena prava.⁵⁵

Napomenimo da većina savremenih zakona ne predviđa rok za ratifikaciju.⁵⁶

⁴⁸ U praksi italijanskih sudova je zauzet jedinstven stav da ratifikaciju kao jednostranu izjavu volje usmjerenu na prihvatanje i priznanje radnji koje je izvršio zastupnik koji za to nije imao ovlaštenje, može osim zastupanog lica da izvrši i njegov zastupnik. C. 13 gennaio 1997. n. 249. (Primjer preuzet od Massimo Bianca, *Diritto civile, libro III, Il contratto*, str. 110–111. Isto i u odlukama Cass. civ., sez. II, 7 gennaio 1993, n. 78. i Cas. III, 15 marzo 1972, n. 758. preuzetim od Francesco Bartolini, *Pietro Dubolino*, nav. djelo, str. 1448).

⁴⁹ Massimo Bianca, *Diritto civile, libro III, Il contratto*, str. 111.

⁵⁰ Čl. 1399. italijanskog Građanskog zakonika. Ratifikacija može biti izvršena izričito i prećutno. Cfr. C. 23 marzo 1998, n. 3071 i C. 21 ottobre 1991. n. 11123. – Preuzeto od Massimo Bianca, nav. djelo, str. 111.

⁵¹ Dragoljub Stojanović, nav. djelo, str. 189, Isto i Ilija Babić, nav. djelo, str. 314–315.

⁵² Čl. 84. Zakona o obliigacionim odnosima Crne Gore.

⁵³ Cfr. C. 20.05.1981. n. 3301. i C. 29.11.1976. n.4491. Preuzeto od Massimo Bianca, nav. djelo, str. 112.

⁵⁴ Čl. 88. st. 4. ZOO.

⁵⁵ Italijanski autor Massimo Bianca navodi primjer prodaje stvari od strane neovlašćenog lica, a treće lice – kupac dalje proda stvar koju je kupilo. (Massimo Bianca, nav. djelo, str. 112).

⁵⁶ Cfr. C. 10 marzo 1981. n. 1341, Gav 1982, I 1031 u kojoj stoji da se ratifikacija obavlja bez obzira na vrijeme, a istu konstataciju nalazimo i u C.5 maggio 1983. n. 2127. (Preuzeto od Massimo Bi-

Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore je zadržao rješenje bivšeg Zakona da u slučaju kada se ustanovi prekoračenje ovlašćenja od strane zastupnika, a zastupani odbije da dâ odobrenje, zastupnik i zastupani odgovaraju solidarno za štetu koju je druga savjesna strana pretrpjela.⁵⁷ Analizom ove zakonske odredbe pojedini autori su došli do zaključka da je naš zakonodavac na posredan način ustvari prihvatio tzv. očigledno ovlašćenje koje poznaje *common law* sistem.⁵⁸

Kako su kada je u pitanju ratifikacija postupili članovi Komisije za izradu Načela evropskog ugovornog prava? Lando komisija je pošla od pretpostavke da lice koje postupa kao zastupnik zaista jeste zastupnik. Ukoliko i kada jedno lice postupa kao zastupnik, a za to nema ovlašćenje ili postupa van granica datog ovlašćenja, njegovi postupci, po pravilu, ne obavezuju ni zastupano lice ni treće lice.⁵⁹ Ipak, i u slučaju kada neko lice istupa kao zastupnik i izvrši poslove bez ovlašćenja ili van granica datog ovlašćenja, zastupano lice ih može ratifikovati.⁶⁰ Zastupano lice može da izvrši ratifikaciju, ali ne mora. U slučaju izostanka ratifikacije od strane zastupanog, zastupnik je obavezan da nadoknadi štetu trećem licu. Cilj naknade štete je da se treće lice dovede u isti položaj u kom bi se nalazilo da je zastupnik imao ovlašćenje za zastupanje. Ova odredba se ne primjenjuje u slučaju kada je treće lice znalo ili je moralo znati da zastupnik nema potrebno ovlašćenje.⁶¹ Kada su jednom ratifikovani, postupci zastupnika tretiraju se kao da je isti postupao po ovlašćenju i u skladu sa ovlašćenjem, bez štete po interese drugih lica.⁶²

Ipak, u cilju zaštite trećih savjesnih lica, Načela pr: ukoliko sumnja ili je u neodmici predviđaju da treće lice može da traži pisanu potvrdu od zastupanog lica ili ratifikaciju poslova. Ako se zastupano lice bez odlaganja ne odgovori na ovakav zahtjev, smatra se da je zastupnik imao to ovlašćenje tj. da je radnja zastupnika odobrena.⁶³

anca, nav. djelo, str. 112). Italijanski GZ ne predviđa vremensko ograničenje za ratifikaciju, ali ovakva situacija ne može neograničeno da traje. Stoga Zakonik predviđa mogućnost da se zastupanom licu ostavi rok u kom on može da izvrši ratifikaciju, a protekom tog roka zastupano lice ne može vršiti ratifikaciju ugovora. (čl. 1399. st. 4).

⁵⁷ Čl. 37. st. 5. Zakona o obligacionim odnosima.

⁵⁸ Detaljnije: Sikirić, nav. djelo, str. 786–787, Radovanović-Vučković, nav. djelo, str. 35.

⁵⁹ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:204: (1) Postupanje zastupnika bez ili van granica ovlašćenja.

⁶⁰ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:207: (1) Potvrda od strane zastupanog lica.

⁶¹ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:204: (2) Postupanje zastupnika bez ili van granica ovlašćenja.

⁶² Načela evropskog ugovornog prava, član 3:207: (2) Potvrda od strane zastupanog lica.

⁶³ Načela evropskog ugovornog prava, čl. 3:208: Prava trećih lica da dobiju potvrdu o ovlašćenjima zastupnika.

Sukob interesa i ugovor sa samim sobom

Ugovor zaključen od strane zastupnika uz konstatovanje postojanja sukoba interesa u odnosu na zastupano lice može se poništiti ukoliko je taj sukob bio poznat trećem licu.⁶⁴ Ono što je odlučujuće za procjenu postojanja sukoba interesa nije štetnost akt zastupnika bio već konstatacija da je zastupnik bio nosilac interesa, za koji se naknadno konstatuje, da je bio inkompatibilan sa interesom zastupanog lica.⁶⁵ Većina savremenih zakona isključuje mogućnost da zastupnik vrši poslove isključivo u svom interesu ili u interesu drugih lica.⁶⁶

Kada se konstatuje postojanje sukoba interesa zastupnik se nalazi u poziciji koja se ne može ni tolerisati ni očuvati, a da se ne žrtvuju interesi lica koje zastupa.⁶⁷ Tako zaključen ugovor je ništav čak i bez posebnog dokazivanja postojanja štetnih posljedica koje je zastupani pretrpio.⁶⁸

Tipičan primjer sukoba interesa jeste zaključenje ugovora sa samim sobom. Ugovor sa samim sobom je ugovor u kom zastupnik zauzima položaj ugovorne strane koja stoji naspram zastupanog lica ili kada zastupa stranu koja ima takvu poziciju.⁶⁹ Po pravilu, "vlastodavac može zahtevati da se poništi ugovor koji je punomoćnik zaključio sa samim sobom. Ipak, ugovor sa samim sobom biće punovažan: ako vlastodavac ratifikuje posao punomoćnika, ako je ugovor zaključen pod uslovima koje je vlastodavac odredio tj kada vlastodavac da ograničeno punomoćje kog se punomoćnik strogo pridržava."⁷⁰

Italijanski Građanski zakonik predviđa ništavost ugovora sa samim sobom osim u slučaju kada je zastupnik bio izričito ovlašćen da tako postupi.⁷¹ Isto važi i

⁶⁴ Čl. 1394 italijanskog Građanskog zakonika.

⁶⁵ Ovaj stav je prihvaćen u italijanskoj sudskoj praksi. Tako npr. Cfr., ad es., C. 16 febbraio 1994, n. 1498. (preuzeto od Massimo Bianca, nav.djelo, str. 96).

⁶⁶ U čl. 55. Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima stoji da je: "zastupnik dužan postupati u interesu zastupanog, te odgovara za štetu koju zastupani trpi zbog posla preduzetog protivno njegovim interesima" kao i da "zastupani ima pravo zahtevati da se poništi ugovor zaključen protivno njegovim interesima, ako je saugovornik znao ili mogao znati da je ugovor protivan njegovim interesima."

⁶⁷ Detaljnije: Massimo Bianca, nav. djelo, str. 96.

⁶⁸ Italijanski sudovi ne vode računa ni o eventualnim prigovorima trećih lica. Npr. Cfr. C. 18 maggio 1976, n. 1771. (preuzeto od Massimo Bianca, nav. djelo, str. 96).

⁶⁹ Takav slučaj postoji npr. kada zastupnik postane kupac dobara koje prodaje samom sebi kao zastupnik vlasnika tih dobara ili kada prodaje svoja dobra licu koje zastupa. (C.25 marzo 1980, n. 1999).

⁷⁰ Slobodan Perović, nav. djelo, str. 251–252.

⁷¹ Cf. C. 11 luglio 1979, n. 3982, kao i C. 21 agosto 1996, n. 7698. in GI, 1997, I, 1, 1382. (primjeri preuzeti od Massimo Bianca, nav. djelo, str. 97). U ovim sudskim odlukama je konstatovano da

u slučaju kada je zastupnik bio ovlašćen da na navedeni način zaključi ugovor ili je sadržina ugovora takva da se isključuje mogućnost postojanja sukoba interesa.⁷² U slučaju zaključenja ugovora sa samim sobom ništavost je posljedica činjenice da zastupnika treba spriječiti da postupa u suprotnosti sa interesima lica koje zastupa. Kod ugovora sa samim sobom pojavljuje se sukob interesa zastupnika i lica koje zastupa, jer je pravilo da zastupnik ne može biti nosilac interesa koji su suprotni interesima lica koje zastupa. Razlog ništavosti se nalazi u neophodnosti zaštite zastupanog lica u odnosu na štetne posljedice po njega koje su ne samo vjerovatne već i izvjesne. Ovaj razlog ne postoji u slučaju kada zastupani procijeni da je neosnovana bojazan nastanka štete po njega i to potvrdi na način što ratifikuje zaključeni ugovor. Isto važi i u slučaju kada je zastupani dao detaljne instrukcije o sadržini ugovora što isključuje mogućnost da zastupnik nanese štetu zastupanom.

Lando komisija je posvetila problemu sukoba interesa zastupanog lica i zastupnika posebnu pažnju. Načela predviđaju da u slučaju kada ugovor zaključen preko zastupnika ukazuje na sukob interesa o čemu treće lice znalo ili je moralo znati, zastupani može poništiti ugovor.⁷³ Kada se konstatuje sukob interesa ugovor je ništav, pod uslovom da je treće lice bilo nesavjesno. Pitanje je kada se smatra da postoji sukob interesa zastupanog lica i zastupnika. Načela predviđaju da se pretpostavlja da postoji sukob interesa kada: (a) zastupnik istovremeno zastupa i drugu ugovornu stranu, ili (b) zaključi ugovor sa samim sobom i za vlastiti interes.⁷⁴

Međutim, zastupano lice ipak ne može da traži poništenje ugovora pozivajući se na postojanje sukoba interesa: (a) ako se saglasio sa postupcima zastupnika ili mu oni nisu mogli ostati nepoznati, ili ;b) ako mu je zastupnik predočio postojanje sukoba interesa, a on nije stavio prigovor u razumnom roku.⁷⁵

Prestanak ovlašćenja

Ovlašćenja zastupnika mogu da traju određeni vremenski period ili do okončanja radnje za koje je ovlašćenje dato. Lando komisija je precizirala da ovlašćenja zastupnika traju sve do momenta kada treće lice sazna ili je moralo saznati da je: (a) ovo ovlašćenje prestalo radnjom zastupanog lica, radnjom zastupnika ili obojice; (b)

sukob interesa zastupnika i zastupanog ne postoji kada je zastupnik bio ovlašćen da zaključi ugovor sa precizno određenim bitnim elementima koje je zastupnik ispoštovao, čak i kada nisu bili određeni neki od sporednih elemenata.

⁷² Čl. 1395. italijanskog Građanskog zakonika.

⁷³ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:205: Sukob interesa.

⁷⁴ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:205: Sukob interesa.

⁷⁵ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:205: Sukob interesa.

da su radnje zbog kog je ovlaštenje bilo dato je okončano ili izvršeno ili je proteklo vrijeme dato za zastupanje; (c) kada je zastupnik postao insolventan ili ako se radi o fizičkom licu kada je umrlo ili je postalo poslovno nesposobno; (d) ili je zastupani postao insolventan.⁷⁶

Smatra se da treće lice zna da je ovlaštenje zastupnika prestalo u skladu sa predhodno citiranim odredbom, u slučaju kada mu je to saopšteno ili je obaviješteno na isti način kao o davanju ovlaštenja za zastupanje.⁷⁷ Ipak, zastupnik i nakon prestanka ovlaštenja za zastupanje za jedno razumno vrijeme, ima ovlaštenje da izvrši neophodne radnje ako to zahtijeva zaštita interesa zastupanog lica i njegovih sukcesora.⁷⁸

INDIREKTNO ZASTUPANJE

Komisija za izradu Načela evropskog ugovornog prava izdvojila je i definisala indirektno zastupanje kao posebnu vrstu zastupanja. Posredni zastupnik je lice koje: (a) postupa po instrukcijama i za račun, ali ne i u ime zastupanog; (b) ili koje postupa po instrukcijama zastupanog, ali treće lice to nije znalo niti je moglo znati, te se tada posrednik i treće lice obavezuju jedno prema drugom.⁷⁹

Kod ove vrste zastupanja, posrednik i treće lice, se međusobno ne obavezuju⁸⁰ tj. posrednik se ne obavezuje tako da njegovi postupci obavezuju zastupano lice i treće lice direktno i neposredno, a sami zastupnik se ne obavezuje prema trećem licu.⁸¹

Ukoliko posredni zastupnik postane insolventan ili ne izvrši obavezu prema zastupanom licu ili je i prije isteka roka za ispunjenje jasno da neće ispuniti obavezu: (a) na zahtjev zastupanog lica, posrednik je dužan da mu saopšti ime i adresu trećeg lica; (b) zastupani može prema drugoj strani vršiti sva prava koja je zastupnik stekao za njegov račun, s tim da druga strana može istaći prema njemu sve prigovore koje bi mogla istaći prema posredniku.⁸²

⁷⁶ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:209: (1) Trajanje ovlaštenja.

⁷⁷ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:209: (2) Trajanje ovlaštenja.

⁷⁸ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:209: (3) Trajanje ovlaštenja.

⁷⁹ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:301: (1) Posrednik koji ne istupa u ime zastupanog.

⁸⁰ Načela evropskog ugovornog prava, čl. 3:202 Postupci zastupnika u skladu sa ovlaštenjem i čl. 3:204. Postupanje zastupnika bez ili van granica ovlaštenja.

⁸¹ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:301: (2) Posrednik koji ne istupa u ime zastupanog.

⁸² Načela evropskog ugovornog prava, član 3:302: Insolventnost posrednika ili bitno neispunjenje.

Ako posredni zastupnik postane insolventan ili ne izvrši obavezu prema trećem licu ili ako je prethodno proteklog roka za izvršenje jasno da neće izvršiti obavezu: (a) na zahtjev trećeg lica, posrednik će saopštiti ime i adresu zastupanog lica trećem licu, i (b) treće lice može prema zastupanom vršiti sva prava koja ima prema posredniku, s tim što zastupani može istaći sve prigovore koje bi posrednik mogao istaći prema drugoj strani i koje bi zastupani mogao istaći prema posredniku.⁸³

Gore navedena prava mogu biti ostvarena samo ako je vijest o namjeri njihovog izvršenja saopštena posredniku i trećem licu od strane zastupanog lica. Nakon prijema ovog obavještenja treće lice i zastupani nemaju više ovlašćenje da ispune obavezu posredniku.⁸⁴

Dakle, iz naprijed rečenog slijedi da pojedine odredbe Načela evropskog ugovornog prava odstupaju od zakonskih rješenja koja dominiraju u zemljama kontinentalnog pravnog sistema. Naime, odstupanja postoje kod regulisanja direktnog zastupanja, prekoračenja ovlašćenja, zastupanje bez ovlašćenja i sukoba interesa zastupnika i zastupanog.

SNEŽANA MILADINOVIĆ, LL.D.,

Professor, Faculty of Law

University of Montenegro

THE AGENCY IN THE PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW

Summary

This study examines regulation of the institute of agency in the Principles of European Contract Law. The author deals with some theoretical opinions of agency present in legal doctrine and with the dispositions of the Principles of European Contract Law and the Montenegrin Code of Obligations. The main part of the article treats some basic dilemmas present in legal theory and their influence on legislation. The author pays attention to similarities and differences between Anglo-Saxon system and European continental law system in sphere of agency. The author also pays attention to similarities and differences between dispositions of the Code of Obligations and the Principles of European Contract Law which regulate the agency. Similarities and differences between those two acts represents an extremely interesting piece of research.

⁸³ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:303: Insolventnost posrednika ili bitno neispunjenje obaveze prema drugoj strani.

⁸⁴ Načela evropskog ugovornog prava, član 3:304: Neophodnost komunikacije i obavještanja.

DRAGAN VUJISIĆ

PRAVO POTROŠAČA NA JEDNOSTRANI RASKID UGOVORA

U V O D

U slučaju neizvršenja obećanja, odnosno obaveze sadržane u ugovoru, strane u ugovoru se oslanjaju na sudove. Kad bi strane mogle jednostavno da se povuku iz ugovorne obaveze po svojoj volji, celokupna ideja o ispunjenju ugovornog obećanja bi se omalovažila i urušila bi se osnova na kojoj se zasniva ugovorno pravo. Stoga se, doktrina pacta sunt servanda može posmatrati kao kamen temeljac privatnog prava, jer je to preduslov za funkcionisanje ugovora kao jednog sredstva za uređenja odnosa između stranaka.

Doktrina se, međutim, ne primenjuje uvek u punom obimu, a nekada uopšte, kod ugovora koji su nastali u manjkavom procesu ugovaranja. Doktrina pretpostavlja, za obe strane u ugovoru, da se izjave volje mogu pripisati njima, odnosno da su izraz njihove volje. U suprotnom, ne bi bilo opravdano da zakon drži stranke obaveznim prema njihovim obećanjima. Odgovornost strana za obećanje završava se tamo gde obećanje nije rezultat ispoljavanja slobodne volje.

Ključno pitanje je, naravno, koje manjkavosti uslovljavaju izuzetak od pravila da izjava volje obavezuje onoga ko je izjavu dao.

Dr Dragan Vujisić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

Izvesni nedostaci u procesu zaključenja ugovora mogu se posmatrati kao klasični, kao što je zabluda, prevara ili prinuda. U drugoj polovini dvadesetog veka, pojavile su se nove vrste proceduralnih standarda. Oni pokušavaju da umanje pa i otklone neravnotežu u procesu pregovaranja u transakcijama između prodavaca i potrošača. Kod nas je ovakav razvoj počeo donošenjem Zakona o obligacionim odnosima 1978. godine (ZOO).¹ To je učinjeno odredbama čl. 542–551. ZOO, kojima je uređen ugovor o prodaji s obročnom otplatom cene. Iako se ne koristi termin *potrošač*, iz činjenice da je zaštita, predviđena tim odredbama, rezervisana samo za *kupce pojedince* jasno se nazire da je reč o posebnom pravnom uređenju za potrošače. U navedenim odredbama ZOO prisutni su elementi potrošačkog pravnog uređenja, kao što je pravo na jednostrani bezrazložni odustanak od ugovora (čl. 544. st. 2).² U Nemačkoj, ovakav razvoj je počeo 1969. godine sa uvođenjem prava na raskid ugovora, kada su nemački potrošači kupili strane investicione akcije van poslovnih prostorija trgovca.³

U okviru EU, Direktiva 85/577 EEZ⁴, namenjena da zaštiti potrošače u pogledu ugovora zaključenih van poslovnih prostorija, bila je prva mera ove vrste na evropskom nivou, za kojom su posle usledile i druge.

Posebno pravo potrošača da raskine ugovor⁵ nezavisno od suštinske korektnosti stvarnih uslova ugovora uvedeno je iz dva glavna razloga. Prvi se odnosi na naročito agresivnu tehniku pregovaranja, npr. kada prodaju vrše naročito obučeni trgovci od vrata do vrata, odnosno van svojih poslovnih prostorija. Drugi, kada se predmet ugovora ocenjuje kao težak da ga potrošač proceni u momentu zaklju-

¹ Sl. list SFRJ, br. 29/78, 39/85 ...

² D. Vujisić, Zaštita potrošača u pravu Evropske unije i pravu Srbije, Pravo i privreda, 7–9/2011, str. 203.

³ Basil Markesinis, Hannes Unberath and Anqus Johnston, *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, Oxford University Press, 2006, str. 265.

⁴ Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises – OJ 1985 L 372/31.

⁵ U srpskom Zakonu o zaštiti potrošača govori se o pravu potrošača da *jednostrano raskine ugovor* (isto i u hrvatskom Zakonu o zaštiti potrošača). U nemačkom zakonodavstvu koristi se izraz *Widerruf*. U Direktivi 85/577 EEC koristi se izraz *right of cancellation*, a u Direktivi 94/47 EC – *right of withdraw*. U Velikoj Britaniji – *right of cancellation*, u implementaciji Direktive 85/577 EEC (The Consumer Protection (Cancellation of Contracts Concluded away from Business Premises) Regulations 1987, SI 1987 No 2117, kao i izmene i dopune SI 1998 No 3050), a *right of withdraw* u implementaciji Direktive 94/47 (The Timeshare Regulations 1997, SI 1997 No 1081); The consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000, SI 2000 No 2334) koristi izraz – *right to cancel*, Brown, *Commercial Law*, 2001, str. 249–253. U pravnoj literaturi često se koristi izraz – *pravo pokajanja* (M. Mićović, *Zaštita potrošača*, Kragujevac, 2009, str. O temeljnim pravilima potrošačkog prava, Zbornik radova, *Od caveat emptor do caveat venditor*, Kragujevac, 2009, str. 48).

čenja ugovora, npr. u slučaju tzv. ugovora na daljinu. Konačno, ova dva razloga se mogu kombinovati, npr. u slučaju prodaje imovine time sharing tipa.⁶ Ovo pravo namenjeno je da ojača položaj potrošača. Ono postoji da osigura da potrošač pažljivo razmotri svoju odluku do stupanja u ugovor. Ova bezbedonosna mera se pruža tako što se potrošaču daje pravo da se povuče iz ugovora u okviru ograničenog vremenskog perioda (obično nedelju ili dve), koristi se specijalni obrazac (obično u pisanoj formi) i konačno, uvodi se izvestan broj obaveza, kao što je da se obavesti potrošač o ovom svom pravu, i dr.

Pravo potrošača na jednostrani raskid ugovora duboko utiče na obavezujuću prirodu ugovora. Izjava volje o nameri potrošača nije obavezujuća sve dok period za raskid ne istekne. Ovaj period je relativno kratak, što može da objasni zašto zadržana obavezujuća priroda obećanja na ovaj način ne izaziva nepodnošljivu nesigurnost u pravu. Drugi faktor koji povećava komercijalnu sigurnost, jeste to što se pravo na raskid daje samo u određenim tipičnim situacijama, mada, bez obzira na to da li se u tom konkretnom slučaju stvarno desila manjkavost u procesu zaključenja ugovora ili ne. U stvari, potrošaču se daje jedan kratak probni period tokom kojeg može da ponovo preispita, razmotri ugovor i tokom kojeg trgovac ne može da se osloni na taj ugovor.

Uvođenje ovog novog proceduralnog standarda, međutim, nije bez teškoća. U pravnoj literaturi se posebno skreće pažnja na tri. Prvo, generalizacija u zakonodavstvu o zaštiti potrošača. Drugo, pitanje da li je pravo na jednostrani raskid ugovora uopšte potrebni način zaštite potrošača nakon svih već postojećih prava kupca i korisnika usluga i sredstava za obeštećenje? Konačno, to je složen odnos između formalnih zahteva obaveze obaveštavanja i prava na raskid.⁷

Prvi skup problema javlja se zato što zakonodavstvo o zaštiti potrošača, na nacionalnom kao i na evropskom nivou, ne ispituje da li je stvarno došlo do neke manjkavosti u postupku zaključenja ugovora u konkretnom slučaju, već pretpostavlja da, u određenim formalno definisanim vrstama transakcija, postoji neki nedostatak u procesu ugovaranja, koji treba da se ispravi. To je pretpostavka koja se ne može opovrgnuti. Profesor Stephan Lorenz pokazuje, u svom istraživanju o pravu potrošača da raskine ugovor, da ovaj formalizovan pristup neizbežno vodi do prevelike zaštite potrošača u određenim situacijama, dok u isto vreme ostavlja značajne praznine za zaštitu u pojedinim slučajevima koji to zaslužuju a propadaju kroz mrežu strogih formalnih kriterijuma.⁸ Redovno, pravo na raskid ugovora ne pretpostavlja da je ispoljavanje slobodne volje potrošača bilo stvarno ugroženo.

⁶ Basil Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, nav. delo, str. 266.

⁷ Ibid.

⁸ S. Lorenz, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, 1997, str. 200.

Štaviše, korišćenje ovog prava ne zahteva uzročnu vezu između razloga za raskid – neravnoteže u procesu pregovaranja – i zaključenja ugovora. Prema tome, potrošač može raskinuti ugovor, čak i ako je zaključenje ugovora rezultat njegove dobre informisanosti i savršenog razumevanja, jednostavno zato što se predomislio posle zaključenja ugovora. Štaviše, pretpostavka da potrošač obično nije u položaju da donosi odluku koja je rezultat dobre informisanosti u situacijama obuhvaćenim ovim novim zakonodavstvom, čiji broj raste iz dana u dan, ne slaže se sa samom idejom o slobodnom i samo-odgovornom pojedincu. Čovek je prosto u iskušenju da zaključi da se potrošaču poriče sposobnost na način koji je slično paušalan (generalizovan) kao u slučaju maloletnika.

Ograničavanje ovog prava na potrošače i na određene situacije, takođe, znači da u slučajevima koji su van ovog okvira nema takve mogućnosti, čak i ako je apsolutno jasno da je u procesu ugovaranja u stvari došlo do neke manjkavosti slične prirode. Na primer, jedan neiskusni trgovac nikad neće moći da se osloni na ovakvo pravo potrošača, čak iako je (on) bio izložen neadekvatnoj, agresivnoj tehnici pregovaranja. Jedan od načina rešavanja ove dileme de lege ferenda bilo bi uvođenje pojedinih proceduralnih standarda bez obzira na određenu vrstu ugovora, odnosno situaciju zaključenja ugovora u cilju zaštite od agresivnih tehnika prodaje.⁹

Profesor Medicus je, takođe, istakao ono što je po njegovoj tvrdnji drugi nedostatak, uvođenje prava na raskid ugovora bezuslovno, kao standardne mere zaštite potrošača.¹⁰ Davati potrošaču jedan period u toku kojeg on može da ponovo razmotri svoju odluku je razumno tamo gde je odluka da se stupi u ugovor bila odviše izmanipulisana, na primer, ugovaranjem na nekom neodgovarajućem mestu ili u neadekvatnom trenutku. Tada, uvođenje jednog kratkog perioda *hlađenja* izgleda kao zadovoljavajuće rešenje za manjkavost u procesu ugovaranja.

Međutim, u većini slučajeva pravo raskida se prihvata, ne zbog načina na koji su vođeni pregovori o zaključenju ugovora, već zato što se pretpostavlja da priroda predmeta ugovora može pravilno da se proceni tek posle zaključenja ugovora. Primeri su ugovor o tajmšeringu, ugovori zaključeni na daljinu, potrošački ugovori o kreditu.

U slučaju tzv. ugovora zaključenih na daljinu (npr. ugovori zaključeni preko interneta) teško je razumeti zašto jedan ugovor o prodaji treba da se raskine samovoljno, jednostavno zato što potrošač nije imao mogućnost da pregleda kupljenu robu pre zaključenja ugovora. Ako roba nije u skladu sa opisom datim u ugovoru (preteranim ili bilo kakvim zavaravajućim), postoje tradicionalni pravni lekovi u

⁹ Medicus, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, in *Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 1981, vol 1, str. 534.

¹⁰ Medicus, *nav. delo*, str. 523.

pogledu kršenja ugovora koji mogu da pruže adekvatnu zaštitu. Pravom potrošača da jednostrano raskine ugovor, pak, ovakva prodaja pretvara u prodaju robe uz pravo kupca da je vrati.

U slučaju potrošačkih kredita, postavlja se pitanje da li je realno pretpostaviti da potrošač preispita odluku o zaključenju ugovora ubrzo nakon što je potpisao ugovor? To nije verovatno da se desi u većini slučajeva. Opasna karakteristika ovakvih ugovora, da oni prevazilaze finansijske mogućnosti potrošača, obično se manifestuju u momentu kad je period za raskid odavno istekao. Sve u svemu, stoga bi se pravila o jednostranom raskidu ugovora, uz izvesno opravdanje, mogla definisati pre kao primeri promene standarda ugovorne prakse, nego kao čisto proceduralni standardi.¹¹

Treće, odnos između, s jedne strane, dužnosti obaveštavanja i zahteva u pogledu forme, i sa druge, prava na raskid ugovora je složen i samim tim nije bez zamki, koje za uzvrat mogu da stvore nesigurnost. Ako se potrošač ne obavesti jasno o pravu na raskid ugovora u predviđenoj formi ne pokreće se period raskida (rok u kome se ugovor može raskinuti). Ovaj zahtev dodatno komplikuju dodatne obaveze u vezi sa posebnim transakcijama, kao što je na primer e-trgovina¹², i uopšte kod ugovora zaključenih na daljinu.¹³

Nakon odluke Evropskog suda pravde u slučaju Heininger¹⁴, nesporno je, što je uneto izričito i u zakonodavstvo, da pravo na raskid ugovora ne prestaje, ako potrošač nije bio propisno obavešten o tom pravu. To znači da u takvom slučaju, čak i posle proteka znatnog vremenskog perioda, ugovor može da se raskine ako se naknadno otkrije ovakva manjkavost u procesu ugovaranja, koja može da bude tehničke prirode i od malog stvarnog značaja. Opet, pitamo se da li ova vrsta zaštite potrošača ne prekoračuje meru u nekom smislu?

U slučaju rušljivih ugovora, na primer, gde je nedostatak daleko ozbiljniji, pravo zahtevati poništenje rušljivog ugovora prestaje istekom roka od jedne godine od saznanja za razlog rušljivosti, odnosno od prestanka prinude, to pravo u svakom slučaju prestaje istekom roka od tri godine od dana zaključenja ugovora.¹⁵

Osim toga, dužnost obaveštavanja nije tako jednostavan zahtev kojeg se trgovac mora pridržavati i do greške može lako doći. Indirektna potvrda ove opasnosti je i postojanje posebnih propisa odnosno posebnih odredbi u zakonima o

¹¹ Basil Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, nav. delo, str. 268.

¹² Vidi, Direktivu 2000/31/ES (2000) OJ L178/1.

¹³ Brown, Commercial Law, 2001, str. 253–255.

¹⁴ Sase C-481/99, (2001) ECR I-9945; NJW 2002, 281.

¹⁵ Zakon o obligacionim odnosa, čl. 117.

zaštiti potrošača, sa ciljem da se pomogne trgovcima da pravilno izvrše složen zadatak informisanja potrošača.¹⁶

PODRUČJE PRIMENE

U Direktivama EU (Direktiva o zaštiti potrošača u slučaju ugovora sklopljenih van poslovnih prostorija¹⁷, Direktiva o zaštiti potrošača kod sklapanja ugovora o prodaji na daljinu¹⁸, Direktiva o zaštiti potrošača u pogledu pojedinih aspekata vremenski podjeljenog korišćenja nepokretnosti, dugoročnih proizvoda za odmor, preprodaje i razmene¹⁹), nacionalnim zakonima država članica, kao i država koje pretenduju na budu članice EU (dakle, i Srbiji), dato je potrošačima pravo, u slučaju zaključenja potrošačkog ugovora van poslovnih prostorija trgovca, zaključenja ugovora na daljinu, kao i ugovora o tajm šeringu, da u određenom roku od zaključenja ugovora jednostrano raskinu ugovor, ne navodeći za to nikakve razloge, bez ikakvih negativnih posledica.

Ovo pravo nije predviđeno kao opšte pravilo prilikom zaključenja bilo kojeg potrošačkog ugovora, već u posebno predviđenim situacijama (zaključenja ugovora van poslovnih prostorija trgovca, zaključenja ugovora na daljinu, ugovora o tajm šeringu). Jedini uslov za ostvarivanje ovog prava jeste da je odluka potrošača da zaključi ugovor doneta u takvoj situaciji. Nije bitno, dakle, ako je, na primer, ugovor zaključen nakon pregovora van poslovnih prostorija trgovca, koliko je odlučujuća situacija zaključenja ugovora van poslovnih prostorija trgovca za proces odlučivanja potrošača. Ako je ugovor zaključen na licu mesta, pravo na raskid ugovora nastaje. Nikakav drugi uzročni element nije potreban. Naročito, nije potrebno da je trgovac vršio bilo kakav pritisak na potrošača ili da je potrošač osoba na koju je posebno lako uticati, i sl.

Opravdavajući razlog za davanje potrošačima prava na jednostrani raskid ugovora, u teoriji kao i direktivama EU, nalazi se u tome da u određenim situacijama potrošači mogu biti uhvaćeni na oprezu prilikom zaključenja ugovora; potro-

¹⁶ U Nemačkoj to je *BGB-Informationspflichtenverordnung (BGBI. 2002-I,342)*.

¹⁷ Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises - OJ 1985 L 372.

¹⁸ 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 - OJ 1997 L 144.

¹⁹ Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts.

šači, u nekim situacijama u iskušenju zaključuju ugovore koji mogu biti štetni za njihove interese i koji se zbog toga, nakon trezvenog razmišljanja, naknadno pokaju. Ovo se obično dešava, kao što je rečeno, kada je ugovor zaključen van poslovnih prostorija trgovca, kod ugovora zaključenih na daljinu i ugovora o tajm šeringu. U ovim situacijama na potrošača deluje faktor iznenađenja koji ga stavlja u neravnopravan položaj; pretpostavka je da u tim situacijama trgovac može, primenom agresivnih tehnika pregovaranja i agresivnih marketinških metoda, izvršiti psihološki pritisak na nesprenog potrošača i iskoristiti njegovu nesprenost da kaže ne. Potrošač je, na primer, nesprenan za zaključenje ugovora, jer nije u mogućnosti da uporedi kvalitet i cenu ponude sa ostalim ponudama za istovrsne proizvode (naročito, kod ugovora zaključenih van poslovnih prostorija trgovca²⁰); nije u mogućnosti da vidi proizvod koju kupuje i proveriti njegov kvalitet i njegove ostale karakteristike (naročito, kod ugovora na daljinu²¹); učesnik je složene, nedovoljno transparentne transakcije (naročito, kod ugovora o taj šeringu²²). Ukratko, potrošač nije u mogućnosti da donese trezvenu odluku o poslu. Stoga je potrebno ostaviti mu mogućnost da se u relativno kratkom vremenskom periodu *ohladi*, preispita svoju odluku o zaključenom ugovoru i, po potrebi, da ga raskine bez ikakvih negativnih posledica.²³

POSTUPAK I POSLEDICE

Zakon o zaštiti potrošača²⁴ (u daljem tekstu: ZZP) uređuje uslove za ostvarivanje prava potrošača na jednostrani raskid ugovora, postupak ostvarivanja ovog prava, kao i njegove pravne posledice.

²⁰ Vidi Preambulu 8. Direktive za zaštitu potrošača u slučaju ugovora sklopljenih van poslovnih prostorija (85/577/EEZ).

²¹ Vidi Preambulu 3. (14) Direktive o zaštiti potrošača kod sklapanja ugovora o prodaji na daljinu (97/7/EZ). Brown je u svojoj knjizi *Commercial Law* (str. 253), prokomentarisao da je važan cilj, britanskog The Consumer protection (Distance Selling) Regulations 2000, SI 2999 No 2334, da zaštititi potrošače od preduzeća koja na osnovu porudžbina koja se šalju poštom primaju unapred uplate a potom se ponašaju nesavesno i ne isporučuju robu na vreme.

²² Vidi, Preambulu 3. (11) Direktive o zaštiti potrošača u pogledu pojedinih aspekata vremenski podeljenog korišćenja nepokretnosti, dugoročnih proizvoda za odmor, preprodaje i razmene (2008/122/EZ).

²³ Reinhard Zimmermann, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2005, str. 213.

²⁴ Sl. glasnik RS, br. 73/2010.

Uobičajeno, za većinu prava, jeste da je relevantni ugovor zaključen između trgovca tj. pravnog ili fizičkog lica koje nastupa na tržištu u sklopu svoje poslovne delatnosti ili u druge komercijalne svrhe, i potrošača tj. fizičkog lica koje u pravnim poslovima deluje u svrhu koja je van njegove delatnosti, poslovanja ili profesije (potrošački ugovor). Prvi problem, za mnoga zakonodavstva, je šta uraditi sa malim privrednicima, odnosno preduzetnicima, koji su po mnogo čemu u sličnom položaju kao i potrošači-fizička lica, pošto nisu upućeni u mnoga pitanja, odnosno nisu kompetentniji od zaštićenog potrošača-fizičkog lica. Zašto ne proširiti zaštitu potrošača na njih u slučajevima kada je transakcija nepodudarna sa privrednikovim zanatom ili profesijom? Većina zemalja članica EU, kao i one koje na to pretenduju, sledeći zakonodavca EU, odnosno implementirajući potrošačke direktive EU prihvatile su restriktivno određenje potrošača kao fizičkog lica, pod uslovom da ne deluje u svrhe svoje delatnosti, poslovanja ili profesije. Drugi problem je kako rešiti tzv. dual-use slučajeve, gde ugovor služi i u privatne i u profesionalne svrhe. Evropskom sudu pravde, pragmatičniji je pristup da je odlučujuća preovladavajuća privatna ili profesionalna svrha. Neke kontroverze izazvalo je i pitanje da li je svojstvo osobe kao potrošača odlučujuće ili bi pojava te osobe trebalo da bude kriterijum - pitanje prepoznatljivosti svojstva potrošača pri zaključenju ugovora. Evropski sud pravde je odlučio da je prepoznatljivost svojstva potrošača za ugovornog partnera relevantna samo u slučajevima u kojima potrošač svojim ponašanjem izazove utisak da deluje u poslovno-komercijalne svrhe. Iz takvog ponašanja se, naime, može zaključiti da je potrošač odustao od svojih prava na zaštitu.²⁵

Pravo na jednostrani raskid ugovora, potrošač može koristiti u propisanom periodu. U našem pravu (čl. 35. i 114. ZZP), to je rok od 14 dana od dana zaključenja ugovora. Kod ugovora koji se zaključuju izvan poslovnih prostorija trgovca, ovaj rok računa se od trenutka kada potrošač potpiše porudžbenicu, a u slučaju da porudžbenica nije u pismenoj formi od trenutka kada potrošač primi kopiju popunjene porudžbenice u pismenoj formi ili kopiju popunjene porudžbenice na trajnom nosaču zapisa (trajnom medijumu) ako se potrošač s time saglasi i završava se istekom poslednjeg časa poslednjeg dana roka. Kod ugovora o prodaji robe na daljinu, ovaj rok računa se od trenutka kada roba dospe u državinu potrošača, odnosno trećeg lica koje je odredio potrošač, a koje nije prevoznik i završava se istekom poslednjeg časa poslednjeg dana roka. Kod ugovora o pružanju usluga na daljinu, rok se računa od trenutka zaključenja ugovora i završava se istekom poslednjeg časa poslednjeg dana roka. Kod ugovora o pružanju finansijskih usluga na daljinu, ovaj rok računa se od trenutka zaključenja ugovora, odnosno od trenutka oba-

²⁵ D. Vujisić, nav. rad, str. 204–210.

veštavanja potrošača o sadržini ugovora ako je to obaveštenje primio nakon što je ugovor zaključen i završava se istekom poslednjeg časa poslednjeg dana roka. Kod ugovora o tajm šeringu, ovaj rok računa se od dana prijema zaključenog ugovora. Izuzetno, kod ugovora o osiguranju života na daljinu, potrošač ima pravo da u roku od 30 dana jednostrano raskine ugovor.

Period raskida ugovora uslovljen je obavezom trgovca da obavesti potrošača o njegovom pravu da jednostrano raskine ugovor. Naime, trgovac je dužan da potrošača, pre zaključenja ugovora na daljinu, ugovora koji se zaključuju izvan poslovnih prostorija trgovca i ugovora o tajm šeringu, na jasan i razumljiv način, obavesti o uslovima za jednostrani raskid ugovora i postupku u kome može da ostvari to pravo (čl. 28. st. 1. tač. 1. i 113. st. 7. ZZP), kao i da mu preda obrazac za jednostrani raskid ugovora (čl. 31. i 113. st. 9. ZZP). Ako trgovac, kod ugovora zaključenih van poslovnih prostorija trgovca ili ugovora na daljinu, ne obavesti potrošača blagovremeno o postojanju prava na jednostrani raskid ugovora, rok za raskid ugovora počinje da teče od trenutka kada potrošač primi obaveštenje o pravu na jednostrani raskid ugovora (u pismenoj formi, odnosno na trajnom nosaču zapisa). U ovom slučaju, potrošač može da raskine ugovor u svako doba, uključujući vreme koje prethodi prijemu zakasnelog obaveštenja o postojanju prava na jednostrani raskid (čl. 35. st. 10). Ako trgovac, kod ugovora o tajm šeringu, nije dostavio potrošaču obrazac za jednostrani raskid ugovora u pismenoj formi ili na trajnom nosaču zapisa (trajnom medijumu), potrošač može da jednostrano raskine ugovor odnosno predugovor u roku od godinu i 14 dana od dana prijema zaključenog ugovora odnosno predugovora. Ako trgovac dostavi potrošaču obrazac za jednostrani raskid ugovora pre isteka godinu dana od dana kada je potrošač primio primerak zaključenog ugovora odnosno predugovora, rok za jednostrani raskid ugovora računa se od dana kada je potrošač primio obrazac za jednostrani raskid ugovora. Ako trgovac ne obavesti potrošača o podacima navedenim u standardnim informativnim obrascima za ugovor o tajm šeringu (sadržinu standardnih informativnih obrazaca propisuje Vlada, na predlog ministra nadležnog za poslove turizma) u pismenoj formi ili na trajnom nosaču zapisa (trajnom medijumu), potrošač ima pravo da jednostrano raskine ugovor odnosno predugovor u roku od tri meseca i 14 dana od dana kada je primio primerak zaključenog ugovora odnosno predugovora. Ako trgovac dostavi potrošaču obaveštenje o ovim podacima pre isteka tri meseca od dana kada je potrošač primio primerak zaključenog ugovora odnosno predugovora, rok za jednostrani raskid ugovora računa se od dana kada je potrošač primio obaveštenje (čl. 115. ZZP).

Potrošač može da jednostrano raskine ugovor bez navođenja razloga. Ovo je direktna posledica činjenice da ne mora da postoji uzročna veza između razloga za davanje prava na raskid tj. nedostatka u procesu ugovaranja i odluke potrošača da

zaključi ugovor.²⁶ Međutim, izjava o raskidu proizvodi pravno dejstvo ako je data u propisanom obliku (u pismenoj formi ili na trajnom nosaču zapisa). Potrošač može da izjavu o jednostranom raskidu ugovora samostalno formuliše (kod ugovora zaključenih na daljinu ili izvan poslovnih prostorija trgovca) ili da izjavu dostavi trgovcu na obrascu za jednostrani raskid ugovora. (čl. 36. st. 1. 2. i 116. ZZP). Povraćaj robe trgovcu, takođe se smatra blagovremenom, izjavom o raskidu ugovora. Kod elektronske trgovine trgovac je dužan da potrošaču omogući da, ugovor raskine, i popunjavanjem i dostavljanjem obrasca za jednostrani raskid ugovora na internet stranici trgovca u elektronskom obliku (čl. 36. st. 3 i 4. ZZP).

Jednostranim raskidom ugovora na daljinu, kao i ugovora koji se zaključuje izvan poslovnih prostorija trgovca prestaju obaveze ugovornih strana koje su nastale zaključenjem ugovora, odnosno, kod ugovora o tajm šeringu prestaju obaveze ugovornih strana da izvrše odnosno zaključe ugovor. Jednostrani raskid ugovora proizvodi pravne posledice i na strani trgovca i na strani potrošača.

Trgovac je dužan da potrošaču bez odlaganja vrati iznos koji je potrošač platio po osnovu ugovora, i to u roku od 30 dana od dana prijema izjave o jednostranom raskidu ugovora. Kod ugovora o prodaji robe koji se zaključuje izvan poslovnih prostorija ili na daljinu, trgovac je dužan da vrati potrošaču sredstva koja je platio po osnovu ugovora kada primi ili preuzme robu koju je po osnovu ugovora isporučio potrošaču, odnosno kada primi dokaz da je potrošač robu poslao trgovcu, bez obzira koju od tih radnji je potrošač prvo preduzeo.

Potrošač je dužan da u roku od 14 dana od dana kada je poslao izjavu o jednostranom raskidu ugovora, robu pošalje ili preda trgovcu ili trećem licu koje je trgovac ovlastio da primi robu, osim ako je trgovac ponudio da sam preuzme robu od potrošača, ako je pre isteka roka za jednostrani raskid ugovora o prodaji robe koji se zaključuje izvan poslovnih prostorija ili na daljinu, roba prešla u državinu potrošača ili trećeg lica koje je odredio potrošač. Jednostranim raskidom ugovora, potrošač se oslobađa svih ugovornih obaveza, osim neposrednih troškova povraćaja robe trgovcu (čl. 37. ZZP).

Dakle, stranke su pod obavezom da vrate ono što su primile (po ugovoru) drugoj strani, a ako nisu u stanju da to učine, u principu, u obavezi su da nadoknade drugoj strani vrednost onoga što ne mogu da vrate.

Kod ugovora o tajm šeringu, potrošač ima pravo da jednostrano raskine ugovor bez naknade troškova i nije dužan da plati usluge koje su mu pružene pre jednostranog raskida ugovora odnosno predugovora (čl. 117. st. 2. ZZP).

Postoje slučajevi, kada potrošač ne može jednostrano raskinuti ugovor. Tako, potrošač ne može jednostrano raskinuti ugovor na daljinu, osim ako je drugačije

²⁶ Basil Markesinis, Hannes Unberath and Anqus Johnston, nav. delo, str. 271.

ugovoreno, u slučaju ugovora o: pružanju usluga, ako je uz izričitu saglasnost potrošača trgovac započeo pružanje usluge pre isteka roka za jednostrani raskid ugovora; prodaji robe ili pružanju usluga čija cena zavisi od promena na finansijskom tržištu na koje trgovac ne može da utiče; isporuci zapečaćenih audio ili video snimaka ili računarskog softvera, ako je potrošač isporučenu robu otpečatio; igrama na sreću (čl. 39. ZZP). Kada se radi o ugovoru koji se zaključuje izvan poslovnih prostorija trgovca, potrošač ne može jednostrano raskinuti ugovor u slučaju: ugovora o isporuci hrane, pića ili druge robe namenjene svakodnevnoj potrošnji u domaćinstvu koju je potrošač unapred izabrao putem sredstva komunikacije na daljinu i koju na adresu prebivališta, boravišta ili radnog mesta potrošača dostavlja trgovac koji tu vrstu robe redovno prodaje u svojim poslovnim prostorijama; da u cilju otklanjanja neposredne opasnosti zahteva izvršenje ugovorne obaveze od trgovca bez odlaganja, osim u pogledu dodatne robe koja je prodana odnosno dodatnih usluga koje su pružene, ako nisu u neposrednoj vezi sa otklanjanjem neposredne opasnosti, osim ako je drugačije ugovoreno (čl. 40. ZZP).

DRAGAN VUJISIĆ, LL.D.,
Associate Professor, Faculty of Law,
University of Kragujevac

CONSUMERS' RIGHT TO UNILATERAL BREACH OF CONTRACT

Summary

During the last few decades the level of consumers' protection has been greatly increased and improved. This primarily concerns the rights of EU, national right of states-members, as well as of those states intending to become the members of EU. One of the forms of consumers' protection is also the consumers' right to unilateral breach of contract in certain situations, predominantly in case of a contract made out of business premises of the trader, a distance contract and a time sharing contract. The paper has analyzed the conditions for realization of this right, the procedure and consequences of realization of this right. In particular, the difficulties of introducing this new procedural standard have been analyzed, such as generalizations in legislation related to consumers' protection and complex relationship between formal requirements of duties to inform and the right to cancellation.

NEKI ASPEKTI ELEKTRONSKOG UGOVORA

U V O D

Pod pojmom elektronskog ugovora podrazumevamo ugovor zaključen na daljinu, elektronskim putem, korišćenjem elektronskih sredstava. No, ova se elektronska sredstva koriste ne samo u fazi zaključenja ugovora, nego i u postupku dogovaranja njegovog sadržaja i bitnih elemenata, ili kod efektuiranja njegovih performansi i njegovog izvršenja¹.

U okviru opštih načela ugovornog prava, ugovor se smatra zaključenim aktom prihvatanja ponude. Sama ponuda, kao manifestacija volje upućena određenom licu sa ciljem konačnog zaključenja ugovora, može biti dostavljena, prenešena elektronskim putem, preko elektronske pošte ili veb-strane. U svakom slučaju, ponuda mora biti precizna, jasna, nedvosmislena, upućena jednom ili više licima, a ne nedefinisanim krugu lica koja pristupaju određenoj veb-strani kao potencijalni kupci ili poslovni partneri, sa namerom da se, na primer, samo informišu o ceni određenog proizvoda. Ponuda postiže efekat kod primaoca u trenutku njenog dostavljanja, isporuke. Generalno je prihvaćeno stanovi-

Dr Igor Kambovski, docent, dekan Pravnog fakulteta FON Univerziteta, Skopje, R. Makedonija.

¹ Raynouard A., *La Formation du Contrat Electronique*, Pantheon-Assas, Paris, 2002, str.16-19.

šte da je poruka-ponuda dostavljena, ili se smatra dostavljenom, u trenutku kada je prenešena u sferi, okruženju, u neposrednoj blizini primaoca i on (primaoc) može, pod normalnim okolnostima, da se upozna sa njom i njenim sadržajem, čak i ako nije bio svestan da mu je poruka dostavljena. (Na primer, pismo je dostavljeno u poštanskom sandučetu koje još uvek nije otvoreno od strane primaoca). Ovo je stanovište prihvaćeno i predviđeno i Direktivom 2000/31. Sa svoje strane, opet, ugovor se smatra zaključenim u trenutku prihvaćanja ponude, pri čemu se ćutanje ili neodgovaranje na dostavljenu ponudu ne smatra aktom njenog prihvaćanja. Dalje, prijem ponude koja sadrži anekse, imene, uzdržavanja, ograničenja ili druge modifikacije se ne smatra njenim prihvaćanjem, nego kao odbijanje takve ponude, a može se smatrati i kao nova ponuda.

Kod pravnog regulisanja zaključivanja ugovora putem razmene elektronskih dokumenata neophodno je opredeliti: dali se zaključivanje ovih ugovora može podvesti pod već postojećom distinkcijom zaključenja ugovora *inter absentes* i *inter praesentes*, ili je reč o novom obliku zaključivanja; i dali i kada upotreba elektronskih dokumenata zadovoljava zakonsku i ugovornu pismenu (*ad solemnitatem* ili *ad probationem*) formu.

Vreme i mesto nastajanja ugovora su od velike važnosti u pogledu zaključivanja ugovora, bez obzira na to dali se kao sredstvo za komunikaciju koristi telefon, faks, teleprinter ili pošta. Isto ovo važi i kod zaključenja ugovora putem razmene elektronskih dokumenata. Tako, ugovorne strane se mogu dogovoriti o razmeni elektronskih dokumenata, tačnije-da dogovore pretpostavljeno vreme i mesto zaključenja ugovora. Teorija ispraćanja, generalno, predviđa da je ugovor zaključen u trenutku kada je pismo sa odgovorom da se ponuda prihvaća predato pošti. Ukoliko se ovo pravilo primeni kod razmene elektronskih dokumenata, ugovor bi se smatrao zaključenim u trenutku predaje odgovora o prihvaćanju (u formi elektronskog dokumenta) provajderu (vlasniku kompjutera ili mreže kompjutera koji pruža usluge prenosa elektronskih dokumenata kroz elektronsku mrežu). Uloga provajdera korespondira sa ulogom pošte kod prenosa dokumenata u pismenoj formi. Kao mesto zaključenja ugovora smatra se sedište mrežnog provajdera.

Teorija prijema, ukoliko bi se smatrala relevantnom, dovela bi do situacije u kojoj bi se ugovor smatrao zaključenim u trenutku kada bi odgovor o prihvaćanju ponude, u elektronskom obliku, bio dostavljen ispraćaoću ponude, a kao mesto zaključenja ugovora smatra se mesto iz kojeg je ponuda poslata. Ovu teoriju, kao merodavnu u pogledu opredeljenja vremena i mesta zaključenja ugovora, usvaja Evropski model o razmeni podataka EDI (Electronic Data Interchange) procedurom.

ANALIZA ELEKTRONSKOG UGOVORA

Tradicionalni način zaključenja ugovora u pismenoj formi ili “na papiru” još uvek drži primat u savremenoj trgovini. Ali, brzina i dinamika razvoja informatičkih tehnologija i njihova sve veća upotreba od strane učesnika trgovinskih transakcija upućuje na zaključak da će elektronsko ugovaranje u najbližoj budućnosti “nadvladati” formalno pismeno ugovaranje kao rezultat cele nize prednosti koje takav novi način zaključivanja ugovora sadrži.

Elektronski ugovor predstavlja ugovor zaključen korišćenjem informatičkih tehnologija. On može u potpunosti biti zaključen elektronskim putem, ili kao kombinacija elektronskog metoda i klasičnog pismenog metoda, “na papiru”. Kao i kod tradicionalnog ugovora, on nastaje u trenutku prihvaćanja ponude, postizanja saglasnosti volje između ugovornih strana.

Zaključenje elektronskog ugovora u sebi krije nekoliko bitnih pitanja u pogledu pravnih aspekta trgovanja elektronskim putem. Pravni eksperti ukazuju na neke probleme koje bi se mogli pojaviti u toku elektronskih transakcija, a koje zakonodavci moraju uzeti u obzir prilikom normiranja e-trgovine.

Tako, prvo pitanje koje se nameće prilikom analize elektronskog ugovora jeste pitanje validnosti takvog ugovora – da li je ugovor zaključen elektronskim putem punovažan i dali se, na osnovu takvog ugovora, može insistirati na ispunjenje obaveza. Generalno, prihvata se stanovište da su elektronski ugovori punovažni. Najveći broj zakonodavstava u Evropi, pa i u svetu, je već donelo moderne zakone o elektronskoj trgovini, harmonizovani sa međunarodnim pravnim pravilima i standardima, u kojima je predviđeno da se elektronskom ugovoru ne sme osporavati punovažnost samo zbog forme (elektronske) u kojoj je zaključen, koja odstupa od tradicionalne pismene forme ugovora, ali samo ako ispunjava određene uslove koje postoje u svetu tradicionalnih pisanih ugovora².

Isti pristup ovom problemu je imala i UNCITRAL komisija o međunarodnom trgovinskom pravu, čiji su eksperti smatrali da bi svaka promena osnovnih načela ugovornog prava koja su postojala pre pojave elektronskih transakcija predstavljala prevelik i neopravdan poduhvat. Komisija smatra da se tradicionalna načela moraju primenjivati i kod novih formi ugovaranja, uz neophodna prilagođavanja novim tehnologijama i tehnikama ugovaranja. U tom kontekstu, pitanje punovažnosti elektronskih ugovora je našlo svoje rešenje u tzv. funkci-

² Le Tourneau Ph., *La Notion de Contrat Electronique*, Les deuxiemes journees internationales du droit du commerce electronique, Litex, Paris, 2003, str.8.

onalno-ekvivalentnom pristupu, uz odgovarajuća prilagođavanja svakog pravnog sistema pojedinačno³.

Drugo bitno pitanje je pitanje identifikacije ugovornih strana. Postoji dilema-kako će osobe koje komuniciraju elektronskim putem moći sa sigurnošću znati da je ponuda ili prihvatanje ponude poslato od strane osobe koje za takvu radnju ima ovlašćenje firme, putem zvaničnog službenog e-maila te firme, kao i da nije reč o lažnom pretstavljanju sa ciljem obmane (primer, preko haker-skog upada u kompjuterskom sistemu firme radi obavljanja nedozvoljenih i neovlašćenih transakcija). Ovo je na samom početku razvoja informatičkih tehnologija predstavljalo veliki problem koji je kasnije bio prevaziđen razvojem i implementacijom sistema za identifikaciju učesnika u transakcijama elektronskim potpisom.

Elektronski potpis predstavlja relativno širok pojam koji obuhvaća različite načine identifikacije osoba preko elektronske verzije svojeručnog potpisa, identifikacija putem PIN koda (Personal Identification Code), biometričkim potpisom (identifikacija ličnih osobina i karakteristika osobe-skeniranje oka, dlana, papilarnih linija i dr.), digitalni potpis i dr. U zavisnosti od vrste komunikacije, ugovorne strane se mogu opredeliti za viši ili niži stepen sigurnosti elektronskog potpisa. Na primer, kod organizovanja konferencija, potvrda hotelskih rezervacija, potpisivanja nekakvog dokumenta, strane koje razmenjuju poruke se mogu potpisati skeniranim ličnim, svojeručnim potpisom ili upisivanjem svog imena, što bi u konkretnom slučaju za njih predstavljalo dovoljnu sigurnost i modus za identifikaciju druge strane⁴. Međutim, kada je reč o transakcijama čija je vrednost velika, ili kada je u pitanju neki transfer poverljivih informacija, ugovarači najčešće biraju neki sigurniji i sofisticiraniji način identifikacije, odnosno validacije i konfirmacije potpisa (digitalni potpis).

Digitalni potpis predstavlja elektronski potpis koji funkcioniše na osnovu principa kriptografije, kao posebne grane matematike. Ova vrsta potpisa nastaje korišćenjem kriptografije tzv. "javnog ključa". Kompjuter pošiljaoca putem posebnog programa pretvara poruku u sabijenu kriptiranu formu koja se kasnije može enkriptirati ili pročitati koristeći pri tom privatni ključ pošiljaoca. Poruka sastavljena na ovaj način je unikatna i nijedna druga poruka ne može biti iden-

³ Živković V., *Elektronska trgovina – Pravo Informacionih tehnologija*, Pravni fakultet Univerzitet UNION, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str.132.

⁴ Van Esch R., *Electronic Contracting: The European Approach*, Les deuxiemes journees internationales du droit du commerce electronique, Litec, Paris, 2003, str. 25.

tična sa njom⁵. Digitalni potpis i njegovo korišćenje su tema mnogih naučnih i stručnih diskusija i suprostaljenih stanovišta u pogledu ispunjavanja funkcije identifikacije. Prilikom potpisivanja dokumenata digitalnim ključem koriste se dva ključa, i to privatni, koji se nalazi kod potpisnika, i javni koji je dostupan širem krugu zainteresovanih osoba. S obzirom na činjenicu da privatni ključ nije direktno vezan za lične karakteristike njegovog vlasnika, on može biti neovlašćeno korišćen od strane trećih lica. Iz tih razloga ova upotreba digitalnog potpisa zaslužuje veliku pažnju i moraju se preduzeti sve mere zaštite ključeva koji se koriste, kao i zaštita kompjuterskog sistema preko kojeg se obavljaju transakcije i potpisivanje.

Elektronski potpis se smatra adekvatnim i kao akt potvrde, prihvatanja ili odobravanja teksta ili dokumenta na koji se odnosi, pod uslovom da postupci osobe koja se potpisuje nedvosmisleno ukazuju na njegovu ozbiljnu nameru da to stvarno učini.

U pogledu prihvatanja ponude, strane obligacionih odnosa, sa protokom vremena, postaju sve sposobnije da se osiguraju i na najpreciznijem mogućem načinu da razreše sve moguće dileme. Tako se, pored potpisom, u praksi kod internet prodaje, sami čin potvrde može izvesti jednostavnim "klikom" na opciji "I agree" ili "I accept", čime jedna strana jasno i nedvosmišljeno ukazuje drugoj strani da je prihvatila ponuđene uslove za zaključenje ugovora i da prihvata da njima bude obavezana⁶. Ovaj način prihvatanja ponude i zaključivanja ugovora odstupa od tradicionalnih teorija o nastajanju ugovora i autonomije volje; imeno, kod zaključenja ugovora jednostavnim klikom na tastaturi kompjutera, akcent se od volje prenosi na načinu kojim je ta volja izražena. Na kraju, postaje irelevantno kakva je bila volja kupca, ona je u konkretnom slučaju marginalizovana i tumači se strogo objektivisano-klik na tastaturi znači da je posao završen i da se ugovor smatra zaključenim⁷.

Još jedno bitno pitanje koje se postavlja u vezi sa pravnim aspektima elektronskih transakcija je i pitanje forme ugovora. Šta se događa u situaciji kada je kod određenog ugovora propisana obavezna pismena forma? Dali u tom slučaju elektronski ugovori ispunjavaju sve uslove i kriterijume za punovažnost kao i pismeni ugovori? Osnovna ideja je da se elektronskim ugovorima ne osporava

⁵ Chissick M., Kelman A., *Electronic Commerce-Law and Practise, 3-rd edition*, Sweet & Maxwell, London, 2002, str. 175.

⁶ Bensoussan A., *Le commerce électronique-Aspects juridiques*, HERMES, Paris, 1998, str. 35.

⁷ Коевски Г., *Електронското склучување на договорите и одговорноста*, Деловно право бр. 20, Здружение на правниците на Република Македонија, Скопје, 2009, стр. 243.

pravna snaga i pravna važnost samo zato što su u elektronskoj, a ne i pismenoj formi. Zbog toga, ovo je pitanje različito regulisano i normirano u različnim zakonodavstvima, imajući u obzir osobenosti različitih pravnih sistema. Na međunarodnom nivou postoji kompromis, postignut na način što je Komisija Ujedinjenih Nacija o međunarodnom trgovinskom pravu predvidila rešenje u okviru Konvencije o upotrebi elektronskih komunikacija u međunarodnim ugovorima, koje predviđa da informacija koja se nalazi u elektronskim komunikacijama mora biti prenešena i sačuvana na način kako bi se ista ta informacija mogla koristiti i u drugim prilikama, u kasnijim situacijama.

Bitno pitanje je i pitanje originalnosti elektronskih dokumenata. Postoje elektronski dokumenti koji moraju biti preneseni u izvornom, autentičnom obliku čime bi strane koje učestvuju u nekoj transakciji stekle dojam i poverenje u njihovu verodostojnost. Ti dokumenti mogu biti: trgovinska dokumentacija, sertifikati, izveštaji i sl. Da bi mogli biti smatrani originalnim u klasičnom smislu ovog pojma, ti dokumenti moraju ispunjavati određene uslove, različite od države do države. S obzirom na razlike, može se smatrati da je suština originalna da on ostane nepromenjen u fazi prenosa. Kada je reč o elektronskom dokumentu, brzina i frekvencija prenosa je takva što može prouzrokovati sumnju u pogledu originalnosti. Zato, smatra se da validni dokumenat koji je bio predmet prenosa elektronskim putem može biti jedino onaj dokument kod koga je integritet informacija ostao nepromenjen, kao i uslov da informacija može biti prikazana primaocu, na njegov zahtev.

Pre zaključivanja elektronskog ugovora moraju biti ispunjeni određeni uslovi i zahtevi u pogledu informiranosti. Prodavac mora, pre nego što postavi on-line formular za elektronsku porudbinu, jasno, nedvosmisleno i razumljivo predočiti drugoj strani da sledi nekoliko različitih tehničkih koraka koji vode ka zaključenju ugovora. Takođe, prodavac mora predočiti dali će ugovor biti sačuvan u određenom registru uz pravo pristupa za obe strane, da postoje tehnička sredstva za identifikaciju i ispravke upisanih greški pre dostavljanja ponude, kao i jezike koje stoje na raspolaganju za zaključenje ugovora. Ova su pravila izuzetno stroga i njihova primena je obavezna kod B2C trgovačkih odnosa, iz razloga što se mora zaštititi slabija ugovorna strana-potrošač koji najčešće i nije svestan svojih prava, dok se kod B2B trgovine smatra da su to odnosi između iskusnih, profesionalnih i obučanih trgovaca koji se mogu i drugačije dogovoriti, i kojima nije neophodno tako visok nivo pravne zaštite⁸.

⁸ Коевски Г., *Европската правна рамка за електронска трговија*, Деловно право бр. 16/2006, Здружение на Правниците од стопанството, Скопје, 2006, стр. 268.

RAZLIKE IZMEĐU TRADICIONALNOG
I ELEKTRONSKOG UGOVORA

Na osnovu rezultata višegodišnjih istraživanja, smatra se da postoje bitne razlike između tradicionalnog ugovora i ugovora zaključenog elektronskim putem, preko interneta ili nekog drugog elektronskog medijuma. Kao najveću prepreku u pogledu komercijalne upotrebe interneta smatra se nedostatak poverenja kod potrošača u pogledu sigurnosti trgovanja, zaključenja, pravne validnosti i ispunjavanja elektronskih ugovora. Ovo stanje je izazvano opštim nepoverenjem potrošača koje još uvek vlada u pogledu sveobuhvatne sigurnosti elektronskih komunikacija, povlači se još od prvih začetaka elektronske trgovine, ali je neophodno istaći da postoji izvesno poboljšanje u pogledu shvaćanja kod potrošača sa obzirom na sve veću ekspanziju E-trgovine na globalnom nivou i postepeno povećanje nivoa poverenja u ugovore zaključene elektronskim putem.

Ekonomski sistemi savremenih društava baziraju se uglavnom na ugovorima u privredi. U uslovima razvoja digitalne ekonomije, industrija i uslužne delatnosti se orijentišu ka dostignućima i prednostima koje pruža informatičko društvo. Ipak, bez sigurnosti i poverenja u ugovore zaključene elektronskim putem, nove će ekonomije veoma teško dostići pun potencijal i ostaće u zaostatku iza novijih mogućnosti koje pružaju nove tehnologije. Zbog toga, ostaje opcija povećanja nivoa poverenja u tehničkim mogućnostima i validnosti elektronskog ugovora, ili iznalaženje kompletno novog koncepta regulisanja razmene dobara i usluga u okviru nove digitalne epohe. U svakom slučaju, optimalno rešenje je kreiranje tehničkih rešenja za pravnu validaciju e-ugovora, nasuprot redefinisavanju pravnih ugovornih mehanizama koji uspešno funkcionišu vekovima unazad. Sa druge strane, pravni sistem čiji su osnovi postavljeni još u vreme rimske imperije nije spreman i ne raspolaže zadovoljavajućim rešenjima i ozbiljnim osnovima za uvođenje novih načina komuniciranja i zaključenja ugovora. Ovaj problem predstavlja veliku provokaciju za savremenu nauku u pokušaju da se uspostave savremeni pravni standardi i instrumenti kojim će biti regulisani i uređeni novi načini poslovanja, trgovanja i ugovaranja, poštujući pri tom pravnu tradiciju i ustanovljena pravna pravila ugovornog prava.

Koncept ugovora kao osnovog pravnog mehanizma postoji od samih začetaka civilnog prava i predstavlja najvažniji mehanizam u procesu razmene dobara i usluga. Značaj ugovora može se videti i iz činjenice da je Zakon o obligacionim odnosima (Republike Makedonije), u ulozi svojevrsnog kodifikatorskog akta ugovornog prava, najobemniji zakon sa više od 1140 člana. U okviru Zakona je obuhvaćeno i razrađeno 30-tak ugovora, među kojim glavno mesto za-

uzima ugovor o prodaji, pre svega zbog njegove široke upotrebe i rasprostranjenosti. Ovaj ugovor je dvostrano obavezujući ugovor, iz kojeg proizlaze prava i obaveze za obe ugovorne strane, uz istovremeno razmenjivanje saglasnosti u pogledu bitnih elemenata ugovora. Savremena ugovorno-pravna shvaćanja prihvataju tezu o zaključenju ugovora u trenutku prihvatanja ponude, pa se zbog toga i sama ponuda može smatrati bitnim elementom ugovora. Ona odražava nameru i spremnost jedne strane da nešto učini, ali ista ne bi imala nikakvu vrednost i važnost ukoliko ne bi postojala i druga strana koja će primiti i eventualno prihvatiti ponudu. Ova situacija nam omogućava da definišemo uloge ugovornih strana: Ponuđivač je lice koje priprema i dostavlja ponudu, dok je ponuđen ono lice koje prima ponudu. Kod ugovora za prodaju, ponuđivač je najčešće prodavac, a ponuđeni-kupac. U slučaju kada ponuđeni nema nameru da prihvati ponudu u onoj izvornoj formi u kojoj mu je bila dostavljena, nego je promeni u određenom segmentu i takvu je vrati pošiljaocu, dolazi do inverzije uloga-ponuđivač postaje ponuđeni, i obrnuto, s obzirom na činjenicu da je ponuđeni dostavio protivponudu koja se bitno razlikuje od inicijalne ponude u pogledu nekog suštinskog elementa (predmeta, cene ili nekog bitnog uslova). U svakom slučaju, ponuđivač je pravno obavezan u pogledu svih elemenata koje je naveo u ponudi, sve do trenutka kada je ponuđeni dostavio odgovor na datu ponudu, što se može smatrati kao trenutak zaključenja ugovora. Ponuda može biti prihvaćena (ugovor je zaključen), može biti odbijena (nema ugovora) ili doživeti promenu i kao takvu poslata ponuđivaću, čime postaje protivponuda (dolazi do zamene uloga). Takođe, može se smatrati da ponuđeni nije prihvatio ponudu ukoliko nije odgovorio ili nije pokazao interes u razumnom roku, koji (u Zakonu) nije precizno definisan.

Pregovori, kao prethodnica zaključenja ugovora, mogu započeti samim dostavljanjem ponude. U slučaju odbijanja ponude, pregovori se smatraju završenim, činjenicom da je jedna strana izrazila jasnu i nedvosmislenu volju da nije zainteresovana za zaključenje ugovora. Aktom dostavljanja protivponude, pregovori se nastavljaju, dok se prihvatanjem ponude ugovor smatra zaključenim. Takav ugovor stvara prava i obaveze za obe ugovorne strane i služi kao dokazno sredstvo u odnosima sa trećim licima-pokazuje koje su strane ugovora, kakve su obaveze koje su nastale tim ugovorom, sadrži potpise ugovornih strana tamo gde zakon upućuje na strogu pismenu formu ili kada su se strane tako dogovorile. Ovo poslednje-potpis ugovornih strana-u praksi može prouzokovati probleme. Ugovori se najčešće zaključuju verbalno i nije neophodno njihovo potpisivanje zbog verifikacije. Ipak, kog određenih kategorija ugovora zakon nalaže obligatornu pismenu formu, kod koje je potpis neizostavni i obavezni deo. Kao opcija i novina u ovoj sferi ugovaranja javlja se digitalni potpis koji ima širo-

ku primenu kao zamenu za svojeručni potpis, sa istim pravnim dejstvom, tako da su ovi ugovori verifikovani elektronskim potpisom pravno validni i jednaki onim koji su potpisani svojeručnim potpisom.

Elektronski ugovori nastaju u uslovima on-lajn trgovine na elektronskom tržištu dobara i usluga. Elektronska tržišta predstavljaju svojevrsne platforme koje nude podršku za on-lajn transakcije kupovine i prodaje dobara i usluga. Elektronski ugovori služe kao sredstvo za dokumentiranje izjava volje kod ovih transakcija, koje se odvijaju u nekoliko faza⁹. U prvoj, tzv. informativnoj fazi, poslovni partneri i zainteresovani potrošači se međusobno informišu o situaciji na tržištu, potencijalnim ugovornim partnerima, robi, uslugama, cenama i ostalim uslovima i okolnostima. Na osnovu informacija iz ove faze mogu se oformiti opredeljeni zaključci i definisati ponuda. Druga faza, tzv. ciljna, targetna faza stvara struktuiranu formu volje, definiše se ponuda koja u uslovima elektronskog tržišta može dobiti formu kataloga, sa kratkim podacima o proizvodu, ceni, kao i uslovima plaćanja i isporuke. Treća faza, prihvatanja ponude, ima za cilj konačno zaključivanje ugovora. Ova faza otpočinje dostavljanjem ponude, stvorene u prethodnoj fazi, i završava se njenim prihvatanjem. Za vreme pregovora strane dogovaraju detalje budućeg ugovora, na osnovu dostavljene ponude. U toj fazi (pregovora) posebno mesto zauzima preciziranje procedura plaćanja, cena proizvoda i isporuka. Ukoliko pregovori završe uspešno, ova se faza završava zaključivanjem ugovora. I konačno, četvrta faza, tzv. faza kompletiranja ugovora, kod koje ugovorni partneri ispunjuju obaveze predviđene u ugovoru, i ova faza se završava ispunjavanjem ugovora. Ovo su četiri poslovne faze elektronskog ugovora.

Postoje četiri paralelne pravne faze elektronskog ugovora koje korespondiraju sa gorenavedenim fazama. Tako, informativnoj fazi odgovara faza koncipiranja ugovora, u kojoj strane prikupljaju informacije o tržištu, a te informacije ne obavezuju i njihovi izvornici neće snositi nikakve pravne posledice zbog kreiranih informacija. Druga faza korespondira sa targetnom fazom i zove se pripremna faza ili faza pripremanja ugovora. Ovde, kod ove faze nastaje prva izjava volje za kupovinu određene stvari ili obavljanje neke transakcije, ona ne obavezuje njenog kreatora/vlasnika i on može da je povuče u koje bilo vreme. Treća faza je faza pregovora koji vode ka zaključenju ugovora i ova faza je kompatibilna sa fazom prihvatanja. Kod ove faze nastaje ponuda, kao prvi obavezujući "dokument" za ponuđača, i može okončati njenim prihvatanjem, odbijanjem

⁹ Runge A., Schopp B., Stanoevska-Slabeva K., The management of business transactions through electronic contracts, IEEE Computer Society Press, Tenth International Workshop on Database and Expert Systems Applications, Florence, Italy, 1999, str. 828.

ili protivponudom. Četvrta faza je ispunjavanje ugovora, nastaje posle prihvaćanja ponude i ugovor se smatra zaključenim, proizvodi pravno dejstvo i pretstavlja izvor prava i obaveza za ugovorne strane.

U funkciji razvoja E-trgovine i elektronskih transakcija, na način na kojim se obavljaju i tradicionalne transakcije, mora biti ispunjeno nekoliko uslova: jasno i nedvosmisleno identifikovanje ugovornih strana, jasno identifikovanje predmeta ugovora, preciziranje perioda njegove važnosti i validan elektronski potpis.

IGOR KAMBOVSKI, Ph.D.,
Assistant Professor and Dean, Faculty of Law,
FON University, Skopje

SOME ASPECTS OF ELECTRONIC CONTRACTS

Summary

Electronic contract represents a novelty in the legal regulation of contracts. It is based on the principles of classical contract law and in all aspects accept established legal rules that apply to traditional contracts. In the past 10-15 years there has been much debate, discussion between legal experts, in the direction of glorifying or discrediting the e-contract, with a lot of sustainable arguments on both sides. International institutions and bodies that are focused on the legal regulation of contractual relations and trade relations have worked hard and created an excellent legal framework for regulation of this type of contract, in the form of conventions, regulations and directives already adopted by most states. Dematerialization, identity of the parties, verification and authentication of documents, security aspects-is regulated by national or international legal instruments. Finally, there is an opinion-E-contract exists, works, creates rights and obligations, uniformed, together with all its elements, with traditional contracts. Now, it remains on us to support this modern and efficient way of organizing contracts, and sincerely hope that, with all respect to the traditional forms of contracts, E-contract will experience global expansion, and find application in all spheres of human life and business.

NATAŠA PETROVIĆ-TOMIĆ

**OSIGURANJE OD PROFESIONALNE
ODGOVORNOSTI ADVOKATA**
– Predlog rešenja u srpskom pravu –

U V O D

Osiguranje od profesionalne odgovornosti svakako obeležava dvadeset prvi vek. To se u najvećoj meri odnosi na profesionalnu odgovornost tzv. pripadnika intelektualnih profesija.¹ Sva lica koja se bave profesijama koje se ubrajaju u ovu nadasve specifičnu grupaciju moraju pre otpočinjanja poslovanja preduzeti mere kako bi se zaštitili od rizika kome su izloženi baveći se određenom vrstom poslovnih aktivnosti. U tom smislu se osiguranje od profesionalne odgovornosti posmatra kao deo šireg programa upravljanja rizikom.² *Koncept profesionalizma* – kao

Dr Nataša Petrović-Tomić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ Od opšteg pojma profesije kao delatnosti kojom se neko bavi i stiče prihode, tzv. intelektualne profesije razlikuju se po nekim bitnim karakteristikama, zbog kojih i pravila o odštetnoj odgovornosti pripadnika profesije moraju biti nešto izmenjena u odnosu na opšta pravila. Prvo, reč je o profesijama u kojima se obavljanje posla sastoji isključivo ili pretežno u intelektualnim uslugama. Drugo, delatnost profesionalca je uvek lične prirode (ugovor *intuitu personae*). Treće, visoki stepen autonomije koji se profesionalcu mora osigurati u obavljanju posla. Stoga se često ovakvi poslovi obavljaju na temelju ugovora, a ne radnopravnog odnosa. U: J. Poll, "Die Haftung der Freien Berufe", WP/StB/RA, str. 1; J. Poll, *Die Haftung der freien Berufe*, Paderborn, 1994, str. 164.

² T. J. Gerprot, A. P. Hoffman, *Risikomanagement in Unternehmen*, WiSt, 01/08, ctp. 7–13.

metod upravljanja rizikom – jeste nužan, ali ne i dovoljan odgovor izazovima, koji prate obavljanje najrizičnijih profesija u dvadesetprvom veku.³

Osiguranje od profesionalne odgovornosti je, dakle, *deo pravne regulative određenih profesija*. Danas se podrazumeva biti osiguran ako je reč o profesionalnom pružanju intelektualnih usluga.⁴ Međutim, relativno kasni razvoj ove vrste osiguranja i skorašnja ekspanzija profesionalne odgovornosti doveli su do toga da u ovoj vrsti poslova osiguranja nema posebnih i prirodi posla prilagođenih principa i standarda, već se primenjuju neki opšti principi karakteristični za osiguranje od odgovornosti.⁵

RAZLOZI NERAZVIJENOSTI OSIGURANJA OD PROFESIONALNE ODGOVORNOSTI U NAŠEM PRAVU

Osiguranje od profesionalne odgovornosti koje građanima pruža zaštitu od propusta i grešaka lekara, advokata, revizora, direktora korporacija i pripadnika drugih profesija, u evropskim zemljama i SAD dugo je sastavni deo poslovnog života. Za razliku od njih, ovo osiguranje kod nas tek počinje da se razvija.⁶ Prema podacima iz osiguravajućih društava, samo nekoliko njih nudi ovu vrstu osiguranja, a broj osiguranika je na nivou statističke greške.⁷ Postavlja se pitanje šta je uzrok ovako nezavidnog stanja stvari u našem osiguranju od profesionalne odgovornosti.

Razlozi slabog korišćenja osiguranja od profesionalne odgovornosti su brojni. Prvi i možda najvažniji uzrok je *neefikasno sudstvo*. Analizom sudske prakse dolazi se do saznanja da se retko dešava da bude osuđen advokat, lekar ili revizi-

³ U: R. E. Keeton, "Taking Professional Risks", *Connecticut Insurance Law Journal*, Vol. 4:1, 1997, str. 407.

⁴ K. D. Syverud, "What Professional Responsibility Scholars Should Know About Insurance", *Connecticut Insurance Law Journal*, Vol. 4:1, 1997, str. 19–20.

⁵ Osim toga, na ovakvu sliku osiguranja od profesionalne odgovornosti utiče i činjenica da u savremenom građanskom pravu ne postoji opšti pojam profesionalne odgovornosti primenljiv na sve intelektualne profesije, već se pravila kreiraju prema potrebama konkretnih profesija. Detaljnije: R. Hadgin, *Professional Indemnity Law*, Sweet & Maxwell, London, 1996, str. 84.

⁶ Detaljnije o pitanjima koje otvara ovo osiguranje: P. Šulejić, "Osiguranje od odgovornosti davalaca usluga", *Osiguranje u susret procesu pridruživanja Srbije i Crne Gore Evropskoj Uniji (zbornik radova)*, Palić, 2006, str. 83–92.

⁷ Kod nas postoje: osiguranje profesionalne odgovornosti lekara, osiguranje profesionalne odgovornosti posrednika u osiguranju, osiguranje profesionalne odgovornosti revizora, osiguranje odgovornosti stečajnih upravnika, itd.

zor za greške nastale vršenjem posla.⁸ Drugo, *nepotpuna zakonska regulativa*. ZOS, koji predstavlja *sedes materiae* za ovu oblast, samo krajnje površno i u naznakama reguliše ovu oblast. Osiguranje od profesionalne odgovornosti je vid neživotnog osiguranja.⁹ Analizom odredbe koja nabraja neživotna osiguranja može se primetiti da se osiguranje od profesionalne odgovornosti *explicite* ne pominje. Međutim, smatramo da je “greh” sudske prakse veći!

Naime, da sudovi češće dosuđuju naknade štete oštećenicima, to bi uticalo na povećanje spremnosti osiguravača da profesionalcima ponude osiguranje svojim opštim uslovima i bez posebnog zakonskog uređivanja te vrste osiguranja, a na osnovu opštih pravila i načela slobode ugovaranja. Nespremnost zakonodavca da uredi zakonski okvir osiguranja od profesionalnih rizika, s jedne strane, i nadovezujuća nespremnost sudstva da sankcioniše profesionalne propuste, s druge strane, predstavljaju podstrek za davaoce usluga da se ne izlažu troškovima “nepotrebno” osiguranja od profesionalne odgovornosti.¹⁰

Treći razlog nerazvijenosti osiguranja od profesionalne delatnosti je *nepostojanje razvijenog tržišta ovog osiguranja*. Nepostojanje adekvatne ponude osiguranja od profesionalne odgovornosti i slabo prisustvo stranih društava za osiguranje na tom tržištu destimulativno deluju na potencijalne osiguranike. Četvrti razlog je nepostojanje razvijene svesti o odgovornosti za greške koje mogu nastati vršenjem delatnosti.¹¹ Reč je o *etičkoj komponenti profesionalne odgovornosti*, koja se ne može razviti ukoliko ne postoji pritisak javnosti i društva da se bude odgovoran u vršenju profesije.

Peti i za naše prilike vrlo važan razlog nezastupljenosti ovog osiguranja je *nepostojanje razvijene svesti ili postojanje nedovoljno razvijene svesti građana* o tome da neuspešno pružanje usluga treba sankcionisati podnošenjem tužbenog zahteva za naknadu štete pretrpljene usled toga. Za razliku od drugih zemalja gde se beleži porast broja tužbi protiv vršilaca mnogih profesija i pravi bum osiguranja od odgovornosti, naše pravo u tom pogledu zaostaje! Promena situacije bi se mogla očeki-

⁸ Poslednjih nekoliko godina se beleži samo porast osuđujućih presuda protiv lekara, što se pre može objasniti pritiskom medija i negativnim imidžom koji lekari uživaju, nego promenom stava sudske prakse! Nepostojanje velikog broja tužbenih zahteva protiv advokata i ostalih vršilaca slobodnih profesija svakako ne znači da oni svoje poslove obavljaju bez propusta i profesionalnih grešaka. To je, pre, posledica neupućenosti potencijalno oštećenih lica u njihova prava.

⁹ V. Zakon o osiguranju Srbije (dalje: ZOS), “Sl. glasnik RS”, br. 55/04, 70/04, 61/05, 85/05, 101/07 i 107/09, čl. 10.

¹⁰ Iz njihovog ugla posmatrano, profesionalni rizik kao da ne postoji!

¹¹ U nerazvijenom društveno-ekonomskom ambijentu kakav je naš na osiguranje se gleda kao na nepotreban trošak.

vati usled usvajanja novog Zakona o zaštiti potrošača i postepenog delovanja trenda konzumerizma i na našim prostorima.¹²

RIZIK ODGOVORNOSTI ADVOKATA ZA PROFESIONALNU GREŠKU

Uopšte

Jedno od obeležja bavljenja advokaturom u dvadeset prvom veku je povećanje rizika lične odgovornosti. Profesionalni rizik advokata se može definisati kao rizik (ili opasnost) od podnošenja odštetnih zahteva nezadovoljnih klijenata i/ili trećih lica za pruženu pravnu pomoć. Budući da se profesionalna delatnost advokata u novom Zakonu o advokaturi (dalje: ZA) određuje kao delatnost pružanja pravne pomoći fizičkim i pravnim licima¹³ i da se pružanjem pravne pomoći mogu baviti samo advokati, jasno je da će se na njih kao profesionalce primenjivati strožiji standardi odgovornosti.¹⁴ Delatnost advokata po definiciji podrazumeva poznavanje prava, što – u uslovima stalnih zakonskih reformi i nastojanja da se dostigne traženi stepen harmonizacije sa pravom EU – nije lak zadatak. Ako se tome doda i obaveza poznavanja sudske prakse i promene njenih stavova, jasno je koliki je rizik od greške advokata, ma koliko oni bili stručni,iskusni i vršili svoju delatnost u skladu sa pravilima struke.

¹² Zakon o zaštiti potrošača, "Službeni Glasnik RS", broj 73/10. Osnovno geslo ovog koncepta, koji je prihvaćen u svetskim razmerama, je da onaj ko ne pruži zadovoljavajuću uslugu za to mora da plati! U: V. R. Hadgin, *Professional Liability: Law and Insurance*, LLP Limited, London, 1996, str. 677.

¹³ ZA, "Službeni glasnik RS", br. 31/11. Advokatura je nezavisna i samostalna služba pružanja pravne pomoći fizičkim i pravnim licima (ZA, čl. 2. st. 1). Pružanje pravne pomoći iz člana 2. stav 1. ovog zakona obuhvata: 1) davanje usmenih i pismenih pravnih saveta i mišljenja; 2) sastavljanje tužbi, zahteva, predloga, molbi, pravnih lekova, predstavljanje i drugih podnesaka; 3) sastavljanje ugovora, zaveštanja, poravnanja, izjava, opštih i pojedinačnih akata i drugih isprava; 4) zastupanje i odbranu fizičkih i pravnih lica; 5) posredovanje u cilju zaključenja pravnog posla ili mirnog rešavanja sporova i spornih odnosa; 6) obavljanje drugih poslova pravne pomoći u ime i za račun domaćeg ili stranog fizičkog ili pravnog lica, na osnovu kojih se ostvaruju prava ili štite slobode i drugi interesi (ZA, čl. 3).

¹⁴ Država zadržava pravo da kontroliše sticanje prava na bavljenje advokaturom regulisanjem uslova koje treba da ispune lica kako bi se mogla upisati u imenik advokata. Advokaturom se, dakle, mogu baviti samo licencirani pripadnici ove profesije! S obzirom na takav tretman advokature, ne treba da čudi nametanje posebnog standarda dužne pažnje.

Pre nego što se objasne prednosti i način funkcionisanja osiguranja od odgovornosti advokata, uputno je postaviti pitanje razloga povećanog podnošenja tužbi protiv advokata u uporednom pravu.¹⁵ Prvo, oštećene i nezadovoljne strane su mnogo spremnije nego ranijih godina da svoje nezadovoljstvo pruženom advokatskom uslugom ispolje i podnošenjem tužbenog zahteva za naknadu štete nastale neprofesionalnim radom.¹⁶ Drugo, odnos advokat-klijent je sve više poslovni, a sve manje zasnovan na poznanstvima, ličnim kontaktima ili činjenju usluga. Klijenti angažuju advokate ne zbog poznanstava sa njima, već zbog njihove specijalizacije za pružanje određenih pravnih usluga i te usluge po pravilu skupo plaćaju.¹⁷ Ukoliko se desi da i pored toga klijent ne uspe u svom zahtevu, njegova reakcija će uvek biti podnošenje tužbe protiv advokata.¹⁸

Treće, porast broja zakona i uopšte pravne regulative čini realnim rizik od greške advokata. Svesni te činjenice, advokati često pokušavaju da, pored pribavljanja osiguranja, ograniče svoju odgovornost prema klijentima bilo opštim uslovima poslovanja, bilo pojedinačnim ugovorom sa klijentom.¹⁹ Četvrto, svest korisnika advokatskih usluga o mogućnosti da se rizik od advokatske odgovornosti

¹⁵ Ovo zato što neki od tih razloga, ako ne svi, mogu poslužiti razumevanju problema nedovoljnog podnošenja odštetnih zahteva protiv advokata u našem pravu.

¹⁶ Kultura parničenja naplaćuje danak svim licima koja naprave propuste u profesionalnom radu. U eri promocije koncepta zaštite potrošača, korisnici advokatskih usluga su sve svesniji svojih prava i sve spremniji da se bore za njihovo ostvarenje. U skladu sa ovim u američkoj praksi se sreće sledeća konstatacija: "Justice is only justice if you have been put in the right!" U: A. Rogers, J. Trotter, W. G van Hassel, J. R Walsch, R. P. Kröner, *Liability of Lawyers and Indemnity Insurance*, Kluwer Law International, London, 1995, str. 16.

¹⁷ Brojni su primeri šteta koje advokati mogu naneti klijentima: neblagovremenim podnošenjem tužbe ili izjavljivanjem pravnog leka, uskraćivanjem neophodne pravne pomoći, izostankom sa ročišta, priznanjem tužbenog zahteva, odricanjem od tužbenog zahteva ili prava na žalbu, odugovlačenjem tužbe protivno volji klijenta, odavanjem profesionalne tajne, neblagovremenim vraćanjem spisa klijentu, nevratanjem spisa ili gubitkom spisa i dokumentacije poverene advokatu radi ostvarenja nekog prava, nepružanjem pravne pomoći i posle otkaza punomoćja, ako je to neophodno da se otkloni šteta. U nekim pravima, čak, postoji obaveza da se nezadovoljnim klijentima plati ne samo naknada imovinske štete, već i štete nastale usled nezadovoljavajućeg rada. V: I. Goldrein, R. Merkin, *Insurance Disputes*, Second Edition, LLP, London, 2003, str. 524.

¹⁸ U Nemačkoj, na primer, dužnost pažnje advokata obuhvata obavezu da svom klijentu ukaže na rizike koje neka ranija odluka od koje zavisi ishod slučaja može izazvati. Nasuprot tome, u Austriji moguće izmene u razvoju prava ne moraju da se uzmu u obzir. Detaljnije: A. Rogers et al., *nav. delo*, str. 7.

¹⁹ U Nemačkoj je to prilično rasprostranjena praksa, dok je u Švedskoj, na primer, u principu moguće ograničiti odgovornost samo za običnu nepažnju. Međutim, isključenje odgovornosti bi se moglo smatrati nerazumnim ako je klijent u poziciji slabije ugovorne strane. Oism toga, takav čin advokata bi mogao otvoriti i etička pitanja što bi u krajnjoj liniji moglo rezultirati pritiskom medija i konkurencije! Detaljnije: A. Rogers et al., *nav. delo*, str. 11.

osigura i povećanje mogućnosti za naknadu. Korisnik usluge zna da je pored advokata dobio još jednog (solventnijeg) dužnika i to nastoji da iskoristi. Peto, ekonomska situacija tj. recesija u mnogim sferama privrednih aktivnosti pogoduje povećanju kvantiteta parničenja.²⁰

Za šta sve advokati mogu biti odgovorni

Za razliku od našeg prava – a još više sudske prakse – koji ne idu u korak sa savremenim trendovima odgovornosti, u uporednom pravu postoji vrlo razvijena praksa odgovornosti advokata.²¹ Slučajevi odgovornosti advokata su posebno značajni, jer određuju sadržinu dužnosti pažnje advokata kao profesionalca. Stoga će posebna pažnja biti posvećena analizi slučajeva koji mogu poslužiti kako sudskoj praksi u tumačenju standarda dužne pažnje advokata, tako i osiguravačima prilikom određivanja obima budućeg pokrića.

Budući da se osigurava rizik lične odgovornosti advokata, treba naglasiti da ćemo se zbog prirode ovog osiguranja fokusirati na odgovornost zasnovanu na privatnopravnim propisima. U tom smislu je potrebno praviti razliku između odgovornosti prema klijentu i odgovornosti prema trećima.²² U prvom slučaju je po pravilu reč u ugovornoj, a u drugom o odštetnoj odgovornosti.²³ Zajednički imenitelj odgovornosti u oba slučaja je kršenje dužnosti pažnje advokata.

²⁰ V. A. Rogers et al., *nav. delo*, str. 25.

²¹ U praksi srpskih sudova, u toku važenja starog Zakona o advokaturi skoro da nije zabeležen ni jedan slučaj odgovornosti advokata.

²² Detaljnije o odgovornosti advokata prema trećima: H. Zugehör, "Berufliche Dritthaftung – insbesondere der Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Notare – in der deutschen Rechtsprechung", *NJW*, 2000, str. 1601.

²³ To ne znači da odgovornost advokata prema klijentu ne može biti odštetna! Ako advokat nanese štetu klijentu u vezi sa nekom radnjom koja nema osnov u ugovoru, može odgovarati na osnovu opštih pravila. Razlikovanje ugovorne i odštetne odgovornosti ima višestruki uticaj na poziciju oštećenog korisnika usluge advokata. Prvo, u slučaju ugovorne odgovornosti po pravilu se duguje samo predvidiva šteta, dok se nepredvidiva može tražiti samo ako je povreda učinjena namerno ili usled grube nepažnje (Zakon o obligacionim odnosima, "Sl. List SFRJ", br. 29/78, 39/85, 46/85, 57/89 i "Sl. List SFRJ", br. 29/78, 31/93 (dalje: ZOO), čl. 266). Kod deliktne odgovornosti duguje se potpuna naknada bez obzira na stepen krivice. Drugo, rokovi zastarelosti su različite dužine. Potraživanje naknade štete nastale povredom ugovora zastareva u roku predviđenom za zastarelost ugovorne obaveze, a potraživanja iz delikta zastarevaju u roku od tri godine od saznanja za štetu i učinioca, odnosno u roku od pet godina od nastanka štete (ZOO, čl. 230). Treće, ugovorna odgovornost se može proširiti, ograničiti ili isključiti, dok je kod deliktne odgovornosti to moguće samo uz saglasnost ošteće-

Nemačka sudska praksa je kreirala četiri osnovne dužnosti advokata prema klijentu, koje postoje nezavisno od sadržine njegovog naloga: 1) dužnost rasvetljavanja stanja stvari; 2) dužnost pravnog ispitivanja; 3) dužnost pravnog savetovanja i 4) dužnost sprečavanja štete.²⁴ To su tzv. pozitivne dužnosti, koje postoje u svakom slučaju.²⁵

Kada je reč o odgovornosti advokata prema klijentu, ona proizlazi iz ugovora na osnovu koga je advokat preuzeo obavezu staranja o njegovim pravnim interesima.²⁶ Suština te dužnosti ispoljava se u *savetovanju i podučavanju* klijenta.²⁷ Budući da je ugovor koji advokat zaključuje sa klijentom *intuitu personae*, on mora lično savetovati klijenta.²⁸ Dužnost pažnje mu zabranjuje da posao ustupa bilo kome, čak i kolegama iz iste kancelarije.²⁹

Savetovanjem moraju biti razmotrene sve okolnosti i sva gledišta koja mogu biti značajna za držanje klijenta u konkretnom slučaju. Zadatak je advokata da klijenta posavetuje o svim koracima koje bi mogao preduzeti, tj. koji mu stoje na ras-

nog (ZOO, čl. 264, 265). Detaljnije o razlikovanju ovih odgovornosti kod profesionalaca: P. Jourdain, "Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle", *Revue trimestrielle de droit civil*, No. 4, 1994, str. 840–843.

²⁴ Smatramo da su pomenute dužnosti esencija bavljenja advokaturom i da njihovo poznavanje može poslužiti kao ideja vodilja našoj sudskoj praksi u presuđivanju slučajeva odgovornosti advokata, kojih će sigurno biti više u budućnosti. Detaljnije: E. Hartmann, "Haftung und Berufshaftpflichtversicherung des Anwalts" u H. W. van Bühren (hg), *Handbuch Versicherungsrecht*, 4. Auflage, Deutscher Anwalt Verlag, Köln, 2009, str. 1127.

²⁵ Međutim, u zavisnosti od sadržine naloga, advokat može imati i brojne druge (sporedne) dužnosti: 1) mora štititi klijenta od zabluda; 2) mora ga upoznati sa pravnim osnovom, informacijama i indicijama značajnim za donošenje odluke o njegovoj stvari; 3) ukazati mu na relativno najsigurniji način i rok savetovanja; 4) ukazati mu na poreske rizike po imovinu za koje nije pitao, iako su izvan konkretnog naloga, ako se mogu pretpostaviti i sprečiti; 5) uvažavati praksu najviših sudova u vezi sa nalogom klijenta; 6) uvažavati praksu organa uprave u vezi sa nalogom; 7) steći neophodna pravna znanja za najkraće vreme, itd. Detaljnije: E. Hartmann, *nav. delo*, str. 1127–1128.

²⁶ Reč je o ugovoru o pružanju usluga. Detaljnije o prirodi ovog ugovora: T. Karg, *Anwalt-svertragshaftung, Pflichtverletzung und Verschulden im neuem Schuldrecht*, Dissertation, Juristische Fakultät der Universität Regensburg, 2004, str. 17–24.

²⁷ B. Grunewald, "Die Haftung des Anwalts für fehlerhafte Beratung des Mandanten nach neuem Recht", *AnwBl*, No. 5/2002, str. 258–260.

²⁸ Angažovanje tačno određenog advokata zasniva se na njegovom znanju, stručnosti i profesionalnoj sposobnosti. Opravdana očekivanja klijenata ne bi mogla biti adekvatno zaštićena ako se ovakav ugovor ne bi smatrao *intuitu personae* ugovorom.

²⁹ Ali, advokat ima pravo da se konsultuje sa stručnjakom za neku užu oblast ako nije u stanju da odgovori na nalog bez konsultacije. Zapravo, može se reći da dužnost pažnje nalaže traženje spoljnog eksperta ako niko iz iste kancelarije nije specijalizovan za predmetno pitanje. Detaljnije: H. Zugehör, *Handbuch der Anwaltshaftung*, ZAP – Verlag, 1999.

polaganju.³⁰ Klijent je gospodar odluke, tako da je na njemu odluka koju će od mnogobrojnih mogućnosti koristiti, odnosno da li će uopšte postupiti u skladu sa nekim od predloga advokata. Ali, advokat, koji se ponaša oprezno i sa dužnom pažnjom ne sme klijenta prepustiti njegovoj dobroj ili lošoj sreći, već mu mora ukazati na sve rizike koji prate određenu opciju.³¹ Posebno značajna komponenta dužnosti savetovanja je ukazivanje na izgleda za uspeh u sporu. Kako bi izbegao odgovornost, advokat mora razmotriti sve tačke rizika sa klijentom, insistirati da se klijent pridržava njegovih saveta; a ako je klijent preduzeo ono što mu nije preporučeno, advokat mora nedvosmisleno ukazati na opasnost od gubitka spora zbog toga.³²

Sledeća dužnost advokata je *dužnost rasvetljavanja stanja stvari*. Slobodno se može reći da je ona *implicite* sadržana u dužnosti savetovanja.³³ Kako bi mu omogućio izvršenje ove dužnosti, klijent mora advokatu da otkrije sve činjenice, osnove i motive koji rasvetljavaju njegovu pravnu poziciju.

Da bi mogao savetovati klijenta, advokat mora ne samo da rasvetli sve činjenice, već i da izvrši *ispitivanje i procenu njegovog pravnog položaja*. Za procenu izvršenja ove dužnosti od strane advokata relevantan je njegov odnos prema sudskoj praksi i pravnoj teoriji. Advokat koji želi da izbegne odgovornost na osnovu kršenja ove dužnosti mora da prati sudsku praksu najviših sudova, kao i vladajuća gledišta u stručnoj literaturi.³⁴ Kako stavovi sudske prakse – a to tim pre važi i za teorijska gledišta – nisu nepromenljiva kategorija, advokat je dužan da uredno prati promene u sudskoj praksi. To, pre svega, podrazumeva obavezu upoznavanja sa odlukama najviših sudova objavljenih u odgovarajućim stručnim časopisima.³⁵

³⁰ Tako postoji dužnost advokata da klijentu, koji mu je dao nalog da njegova prava ostvaruje u krivičnom postupku, ukaže i na mogućnosti (i eventualne prednosti) realizacije prava u građanskom postupku!

³¹ E. Hartmann, *nav. delo*, str. 1130.

³² O ovome postoji odluka nemačkog suda, kojom je konstatovana odgovornost advokata za pogrešno savetovanje klijenta u vezi sa propisima iz oblasti konkurencije (BGH, Urteil vom 14. 10. 2010 – I ZR 212/08). Dostupno na: http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=2317.

³³ Ona stoji na početku lanca na čijem kraju je savetovanje i podučavanje klijenta.

³⁴ E. Hartmann, *nav. delo*, str. 1133.

³⁵ Nemačka sudska praksa nije pokazala previše razumevanja za vreme koje je advokatu potrebno kako bi se upoznao sa novim odlukama i smatrala je odgovornim advokata koji se nije upoznao sa odlukom objavljenom pre 2 do 4 nedelje! Postavlja se pitanje gde najnovija odluka najvišeg suda mora biti objavljena za svrhe primene dužnosti ispitivanja i procene pravnog položaja. Da li samo u biltenu sudske prakse (ili odgovarajućem stručnom časopisu) ili i na internetu? U Nemačkoj još uvek ne postoji stav sudske prakse po pitanju obaveznosti poznavanja odluka objavljenih na internetu, ali nema razloga da se sumnja da će sudska praksa prihvatiti internet kao izvor informisanja

Međutim, poznavanje sudske prakse nije dovoljno za izbegavanje odgovornosti advokata. On ne sme da se prilikom procene pravnog položaja stranke i davanja saveta suviše oslanja na stavove sudske prakse.³⁶ Budući da je stručnjak u oblasti prava, advokat ne sme prihvatati stavove sudske prakse nekritički. On mora u skladu sa dužnošću pažnje i pravilima struke formirati sopstveno mišljenje o predmetnom pitanju i dati savet klijentu.³⁷ U vezi sa ovim je obaveza advokata da mišljenje formira ne samo nakon konsultovanja objavljenih odluka, već i da uzme u obzir i nove tendencije u sudskoj praksi i stručnoj literaturi.

To, drugim rečima, znači da sudska praksa od advokata očekuje i više, tj. da u određenoj meri pretpostavi promene u sudskoj praksi najviših sudova.³⁸

advokata. Budući da su odluke objavljene na internetu dostupnije širem krugu ljudi, jasno je da to, s jedne strane, olakšava advokatima praćenje sudske prakse, dok im istovremeno povećava sadržinu dužnosti pažnje i pooštrava odgovornost. Detaljnije: E. Hartmann, *nav. delo*, str. 1133–4.

³⁶ U jednoj od novijih odluka nemački vrhovni sud je zauzeo sledeće stanovište: “Dužnost advokata da poznaje objavljenu sudsku praksu i propise, kao i stručnu literaturu, i da se oslanja na njih postoji samo u određenoj meri; stroži zahtevi postoje samo kada je neka oblast prava u razvoju i može se očekivati dalja sudska praksa najviših sudova o tome”. Iz ovakve odluke proizlazi da advokat, koji je dobio nalog iz oblasti prava u razvoju, treba da u odgovarajućem roku konsultuje specijalizovane časopise. Njemu se mora priznati pravo na određeni period tolerancije, koji po prirodi stvari mora biti duži od redovnog roka za upoznavanje sa objavljenim odlukama. Detaljnije: E. Hartmann, *nav. delo*, str. 1133.

³⁷ Ovde je potrebno ukazati na problem koji za odvokata – a za sudiju koji bi odlučivao o njegovoj odgovornosti – može nastati. Naime, advokati su, s jedne strane, obavezani da prate sudsku praksu i mogu biti odgovorni ako se u relativno kratkom roku ne upoznaju sa promenama u njoj. S druge strane, od njih se zahteva da prema sudskoj praksi zauzmu krajnje kritički odnos i da klijenta savetuju na osnovu “sopstvenog mišljenja i sopstvene procene situacije”. Čini se da su pomenute dužnosti kontradiktorne i da advokata u svakom slučaju mogu učiniti odgovornim za kršenje dužnosti. Ako advokat previše sledi sudsku praksu i formira procenu pravnog položaja stranke u skladu sa njom, nije nerealan da se praksa promeni. Ako se, pak, advokat suviše kritički odnosi prema praksi i formira sopstveno mišljenje različito od dominantnog stava sudske prakse, postoji velika verovatnoća da i u ovom slučaju odgovara za kršenje dužnosti! Dakle, ma koliko sudska praksa prosuđivala odgovornost advokata polazeći od toga da je on profesionalac i poznavac prava, pri tom prosuđivanju se mora voditi računa o tome da preterano širenje odgovornosti vršilaca slobodnih profesija može delovati negativno na imidž profesije i dalje vršenje iste od strane onoga ko je bio meta prestroge politike sudova!

³⁸ *Tzv. dužnost anticipiranja stava sudske prakse* se, pre svega, odnosi na pravna pitanja o kojima se sudska praksa nije izjašnjavala. Advokat, naime, ne može odgovoriti na njih polazeći od autoriteta sudske prakse, već jedino može pretpostaviti kakav bi stav aktuelna praksa zauzela po tom pitanju. Ukoliko bi se ovakva dužnost protezala i na postojeću sudsku praksu, to bi stvorilo niz problemskih situacija i pružila priliku advokatu da svako pogrešno savetovanje klijenta opravdava očekivanjem da se sudska praksa po tom pitanju promeni! V: P. Gauch, *Anwaltschaftung und Verjährungsrechtliche Stolpersteine*, St. Gallischer Anwaltsverband, St. Gallen, 2009, str. 7.

Najzad, bez obzira o kakvom nalogu advokata se radilo, postoji još jedna opšta dužnost: *dužnost izbora najsigurnijeg puta*. Advokat je, dakle, dužan da prilikom savetovanja od svih mogućih opcija uvek bira i predlaže klijentu onu koja je za njega najpovoljnija, koja nosi najmanje rizika i predstavlja najveću verovatnoću da će biti ostvarena očekivanja klijenta.³⁹

Samo kratak pogled na nemačku praksu odgovornosti advokata može delovati zastrašujuće. Advokati mogu biti odgovorni za najrazličitije propuste čiji je zajednički imenitelj *kršenje dužnosti pažnje*. Pri koncipiranju odgovornosti advokata prema klijentu po novom zakonu treba imati u vidu da ni jedan advokat nije genije i sudska praksa ne može ceniti njihovu odgovornost prema nekom idealnom standardu pažnje i profesionalnosti.⁴⁰ Od svakog advokata se može (i mora) očekivati da zadovolji zahtev stručnosti, dužne pažnje i iskustva kako bi izbegao odgovornost za profesionalni savet i mišljenje. Ali, ova očekivanja i sudske prakse i korisnika njihovih usluga moraju biti realna i zasnovana na pozitivnom pravu, koje tek treba da se razvija u pravcu promovisanja koncepta lične odgovornosti advokata. Srpskim advokatima, doskora apsolutno neizloženim zahtevima nezadovoljnih korisnika usluga, trebaće više vremena da se naviknu na promenu zakonodavne politike prema njima, personifikovanu uvođenjem obaveze kupovine osiguranja od profesionalne odgovornosti.

OSIGURANJE OD PROFESIONALNE ODGOVORNOSTI ADVOKATA U SRPSKOM PRAVU

Iako će uvek biti protivnika “rasipanja” novca na osiguranje, ma koliko ono bilo korisno, postavlja se pitanje da li je srpskim advokatima, zaista bilo neophodno nametnuti obavezu kupovine osiguranja od profesionalne odgovornosti i pre nego što se pristupi EU? Naime, novim ZA propisano je obavezno osiguranje advokata od profesionalne odgovornosti na minimalnu sumu koju odredi advokatska komora.⁴¹ Ovo osiguranje može da se pribavi po modalitetu pojedinačnog osiguranja tj. da ga pribavi sam advokat ili po modalitetu kolektivnog osiguranja, kada ga za sve advokate upisane u njen imenik pribavlja advokatska komora.⁴² U

³⁹ E. Hartmann, *nav. delo*, str. 1141.

⁴⁰ Advokati nisu garant uspeha klijenta, tj. onoga što klijent očekuje. U tom smislu se mora posmatrati i njihova odgovornost za pogrešan savet i mišljenje. Klijent može biti zaštićen samo u meri u kojoj su njegova očekivanja realna, tj. zasnovana na pažnji i stručnosti razumno pažljivog i stručnog advokata.

⁴¹ ZA, čl. 37.

⁴² ZA, čl. 37. st. 2.

skladu sa uporednopravnim standardima, advokatska komora uskraćuje izdavanje ili produženje važenja advokatske legitimacije advokatu koji nije zaključio ovo osiguranje.⁴³ Ali, prelaznim odredbama ostavljen je rok od godinu dana od stupanja na snagu zakona da se ispune uslovi za operacionalizaciju obaveze zaključenja osiguranja od profesionalne odgovornosti.⁴⁴ Ovakvo rešenje dalo je povoda da se postavi pitanje zašto je ostavljen baš rok od godinu dana.

Zakonodavac sigurno nije mogao imati iluzije da će Srbija u tom roku pristupiti EU! Ako već za godinu dana nećemo imati formalnu obavezu da obezbedimo obaveznu primenu osiguranja od profesionalne odgovornosti, da li je bilo neophodno žuriti u toj meri i “stavljati advokate na još jedan trošak”? Ovo posebno ako se ima u vidu trenutna ekonomska situacija, koja se odražava na sve profesije, pa i na advokaturu i koja najviše pogađa nedovoljno iskusne i po pravilu mlađe advokate. Da li će uvođenje ove obaveze – koja postoji u svim državama članicama EU – uticati na poboljšanje kvaliteta pružanja advokatskih usluga, odnosno da li će podići poverenje javnosti u advokate? Da li je, možda, broj odštetnih zahteva koji nezadovoljne stranke podnose protiv advokata razlog intervencije zakonodavca i ostavljanja relativno kratkog roka advokatima, njihovoj komori, kao i osiguravačima da se pripreme za uvođenje ove vrste osiguranja? Ili se radi o odomaćenoj praksi odlaganja uvođenja rešenja opšteprihvaćenih ne samo u državama članicama EU, već i u svim državama iz našeg okruženja, koje svakako nisu dostigle stupanj članstva? Sve do časa dok dalje odlaganje ne postane nemoguće, jer predstavlja formalni uslov za pristupanje evropskoj porodici prava!

Smatramo da je ostavljeni rok prekratak i da predstavlja amaterski pokušaj ponašanja po principu “i vuk sit i ovce na broju”.

S jedne strane, smo novim ZA uveli obavezno osiguranje profesionalne odgovornosti advokata, a sa druge strane odlažemo njegovu primenu još godinu dana. Kao da ne postoji potreba da se advokati, pogotovu mlađi, naviknu na bavljenje advokaturom u skladu sa evropskim standardima? Obaveza kupovine osiguranja, odnosno troškovi koje ona nosi im samo na prvi pogled mogu otežati bavljenje advokaturom. Ali, upravo ti mlađi i nedovoljno iskusni advokati su potencijalno najizloženi i imaju veću potrebu za zaštitnom funkcijom ovog osiguranja. Ako ne žele da se suoče sa situacijom u kojoj “nisu platili na mostu, ali će platiti na ćupriji”, novim ZA – između ostalog – treba podstaći razvoj njihove svesti o odgovornosti za profesionalni rizik i potrebu za njegovom kontrolom putem osiguranja.

⁴³ ZA, čl. 37. st. 4.

⁴⁴ ZA, čl. 90.

U tom smislu se može reći da je za osiguranje uvek pravo vreme.⁴⁵ Što pre se naši advokati uozbilje i u smislu upravljanja profesionalnim rizikom izjednače sa evropskim kolegama, to će im biti lakše da opstanu kada i formalno postanemo deo tržišta evropske unije.⁴⁶ Uvođenje osiguranja od profesionalne odgovornosti se može posmatrati kao deo procesa povećanja kvaliteta advokature i usluga koje ona pruža, što treba da predstavlja jedan od prioriteta samih advokata i njihovog esnafskog udruženja.⁴⁷

U svim zemljama Evropske unije osiguranje od odgovornosti advokata je vrlo razvijeno.⁴⁸ Uvrežena je svest advokata da su dužni da zaključe ugovor o osiguranju od odgovornosti, koji pokriva imovinske štete koje mogu nastati obavljanjem njihove delatnosti. Osiguranje od profesionalnog rizika je uslov za dobijanje dozvole za rad (i upis u Imenik advokata) i ono se mora održavati sve vreme obavljanja delatnosti.⁴⁹ Obaveza zaključenja ugovora u nekim zemljama leži na samim advokatima kao pojedincima ili advokatskim društvima, dok u drugim tu obavezu vrše advokatske komore.⁵⁰ U potonjem slučaju reč je kolektivnom osiguranju advokata.⁵¹ Postojanje ovog osiguranja opravdava ne samo zaštitna funkcija, koja se ostvaruje kako u pogledu oštećenih lica, tako i u pogledu samih advokata kao po-

⁴⁵ Uostalom, i *Povelja o osnovnim načelima evropske advokatske profesije i Kodeks ponašanja evropskih advokata* izričito pominju osiguranje od profesionalne odgovornosti advokata. U delu koji nosi naslov odnos prema strankama *explicite* se kaže da advokat *treba da osigura svoju građansko-pravnu profesionalnu odgovornost u meri u kojoj je to razumno imajući u vidu prirodu i veličinu preuzetih rizika*. Advokat koji nije u stanju da obezbedi ovo osiguranje, treba o toj situaciji da informiše stranku i da je upozori na posledice toga (čl. 3.9.1. i 3.9.2). V: *Charte des principes essentiels de l'avocat européen et code de déontologie des avocats européens*, Édition 2008, CCBE, Bruxelles.

⁴⁶ U kontekstu izmena zakonodavstva o zaštiti potrošača i usaglašavanja domaćeg prava sa standardima evropske unije, na obavezno osiguranje od odgovornosti advokata se može gledati kao deo legitimnih očekivanja potrošača usluga osiguranja. Stvari stoje drugačije kada se radi o angažovanju advokata od strane lica koja se ne mogu smatrati potrošačem usluge, tj. koja su iste ili čak veće ekonomske snage.

⁴⁷ M. Hensler, "Die Haftung der Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer", *AnwBI*, 1996, str. 3.

⁴⁸ Za detaljan pregled ovog osiguranja u svim zemljama članicama EU: *Conférence sur l'assurance responsabilité professionnelle pour les avocats européens*, Bruxelles, Conseil de Barreau de l'Union européenne, 2002. Dostupno na: www.ccbe.org.

⁴⁹ M. Haller, *Organhaftung und Versicherung, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung*, Dike Verlag, Zürich, 2008, str. 300–301.

⁵⁰ V. M. Bogdanović, "Odgovornost advokata i osiguranje za štetu od advokatorske delatnosti", *Pravo osiguranja u tranziciji* (zbornik radova), 2003, str. 135.

⁵¹ Vrste osiguranih šteta i minimalne sume određene su zakonima ili uslovima osiguranja koje osiguravači donose u dogovoru sa advokatskim komorama i ministarstvima pravde. Pošto obavlja slobodnu profesiju, advokat može posledice svojih propusta osetiti ne samo na svojoj karijeri i

tencijalnih štetnika, već i potreba obezbeđenja poverenja u advokaturu i uvođenja još jednog mehanizma jačanja samostalnosti i nezavisnosti advokature kao službe pružanja pravne pomoći.⁵²

*Obaveza zaključenja ugovora, lica na kojima leži ta obaveza
i momenat nastanka obaveze*

Budući da je novim ZA osiguranje od odgovornosti advokata regulisano kao obavezno,⁵³ ova obaveza odnosi se na sve advokate, bez obzira na to da li se u tom periodu zaista bave advokaturom i bez obzira na visinu prihoda koje ostvaruju.⁵⁴ Postavlja se pitanje kako će se pomenuta obaveza operacionalizovati u praksi. Da li će sami advokati zaključivati ugovore ili će to činiti advokatska komora? ZA ostavlja i jednu i drugu mogućnost. Ali, imajući u vidu da pravo na upis u imenik advokata može biti uskraćeno advokatu ili advokatskom društvu koje ne dostavi dokaz o pribavljenom osiguranju, čini se da bi u ovom trenutku bilo mudro prepustiti advokatskoj komori zaključenje ugovora o osiguranju.

U zavisnosti od toga ko se javlja kao kupac ovog osiguranja, advokat ili komora, ono se zaključuje kao individualno ili kao kolektivno.

Što se tiče momenta nastanka obaveze zaključenja ovog osiguranja, on je vezan za početak bavljenja advokaturom. Kako se advokati ne mogu baviti poslovima pružanja pravne pomoći bez posedovanja licence tj. rešenja o upisu u imenik advokata, to oni zajedno sa ostalom dokumentacijom od koje zavisi sadržina rešenja moraju pružiti i dokaz o zaključenom osiguranju od odgovornosti. Pitanje momenta nastanka obaveze zaključenja ugovora o osiguranju mora biti posebno re-

profesionalnom statusu, već i na svojoj privatnoj imovini protiv koje mogu biti upereni zahtevi nezadovoljnih korisnika njegovih usluga.

⁵² Ustavni sud Hrvatske je imao priliku da se izjasni o svrsishodnosti osiguranja od odgovornosti advokata: "Ustavni sud nastavno ocjenjuje da je propisujući dužnost odvjetnika da sa osiguravateljima zaključi ugovore o osiguranju od odgovornosti za štetu koju bi mogao počinuti trećim osobama u obavljanju odvjetničke djelatnosti, zakonodavac omogućio efikasniju naplatu eventualno počinjene štete korisnicima odvjetničkih usluga. Navedena zakonska odredba predstavlja jamstvo strankama da će uspješno naplatiti štetu koju su pretrpjeli zbog eventualno nesavjesnog rada odvjetnika, a što pridonosi jačanju pravnog poretka Republike Hrvatske". Rešenje Ustavnog suda Republike Hrvatske, U-I-1080/2002, Narodne novine, br. 50/2008.

⁵³ Pored svih država EU, ovo osiguranje je obavezno još od 1994. godine i u hrvatskom pravu. Hrvatska advokatska komora je preuzela rešavanje odštetnih zahteve stranaka i osnovala posebno telo *Komisiju za naknadu štete iz osiguranja advokata*.

⁵⁴ E. Hartmann, *nav. delo*, str. 1162.

gulisano za još nekoliko u praksi vrlo čestih i značajnih situacija. Prvo, momenat nastanka obaveze za advokate koji pristupaju advokatskim kancelarijama ili advokatskim društvima upisanim u imenik advokata. Ova lica bi morala, najkasnije do formalnog pristupanja advokatskoj kancelariji, odnosno advokatskom društvu, pribaviti osiguranje svoje odgovornosti. Drugo, momenat nastanka obaveze za advokate koji nastavljaju da se bave advokaturom nakon privremenog prekida u smislu ZA, kao i nakon isteka privremene zabrane bavljenja advokaturom.⁵⁵ Poseđovanje osiguranja od odgovornosti bi svakako bio jedan od uslova od koga zavisi prestanak privremenog prekida bavljenja advokaturom. Regulisanjem svih ovih pitanja sprečiće se nastanak praznina u pokriću.

Ugovorne strane i druga lica u ugovoru

Budući da se prema ZA osiguranje odgovornosti advokata može kupiti kao individualno ili kao kolektivno, to je moguće razlikovati dve ili tri ugovorne strane. Ako se pokriće pribavlja kao individualno, ugovorne strane su osiguravač i advokat koji kupuje osiguranje i koji je istovremeno osiguranik. Ako se, pak, iskoristi mogućnost za koju se zalažemo i pribavljanje pokrića poveri advokatskoj komori, postojaće tri ugovorne strane: osiguravač, ugovarač osiguranja i korisnik osiguranja. Što se tiče osiguravača kao strane koja je prisutna u oba modaliteta ugovora, potrebno je skrenuti pažnju na greške u formulaciji ZA. Naime, ovaj zakon obavezuje advokata da osiguranje zaključi “kod organizacije registrovane za ovu vrstu osiguranja”. Moramo primetiti da prilikom izrade ove odredbe ZA očigledno nisu konsultovani stručnjaci za osiguranje. Ni jedna organizacija tj. društvo za osiguranje nisu registrovani za pružanje konkretnih vrsta usluga osiguranja, već se dozvola za rad odnosi na oblast imovinskih ili životnih osiguranja.⁵⁶ Imajući u vidu ovo preciziranje, mora se takođe ukazati na još jednu potencijalno problematičnu stavku društava osiguranja. Kod nas još uvek nema društava koja nude ovo pokriće (što je sasvim razumljivo u odsustvu permisivnog zakonskog okvira), tako da očekujemo da donošenje novog zakona izvrši uticaj na društva osiguranja da u svoju ponudu uvrste i osiguranje odgovornosti advokata.⁵⁷ Jasno je da će u počet-

⁵⁵ ZA, čl. 39, čl. 40 i čl. 42.

⁵⁶ Zakon o osiguranju, čl. 14 u vezi sa čl. 25. Od toga za koje poslove se dozvola izdaje zavisi i visina osnivačkog kapitala društva osiguranja.

⁵⁷ Slična je situacija i u uporednom pravu, uprkos dugogodišnjem praktikovanju ovog osiguranja. Razlog tome je relativno mali broj osiguranika, što ovo osiguranje čini nedovoljno unosnim u poređenju sa drugim vrstama osiguranja i iziskuje specijalizovana znanja osiguravača neophodna za

ku postojati veliki uticaj stranih uslova osiguranja, da bi tek nakon nekoliko godina primene osiguravači mogli “osetiti” domaće tržište i izraditi uslove koje bi više bili prilagođeni duhu domaćeg prava.⁵⁸

Advokat koji zaključuje osiguranje u svoje ime i za svoj račun je osiguravnik. Iako zakon ne isključuje mogućnost da advokat, odnosno advokatsko društvo bude ugovarač osiguranja, smatramo da u početnoj fazi treba forsirati korišćenje zakonske mogućnosti ugovaranja pokrića od strane advokatske komore. Za to postoji nekoliko razloga. Prvo, advokatima treba pružiti vreme da se upoznaju i naviknu na svoju novu obavezu. Biće potrebno bar nekoliko godina kako bi se među advokatskom populacijom razvila kultura izvršavanja obaveze zaključivanja ugovora o osiguranju od profesionalne odgovornosti. Drugo, ako se želi obezbediti jednoobraznost uslova osiguranja, bar među advokatima iz iste kancelarije, treba isključiti mogućnost kupovine pokrića kod različitih osiguravača po neujednačenim uslovima.⁵⁹ Treće, pribavljanje ovog osiguranja tehnikom kolektivnog takode može doprineti i pojeftinjenju osiguranja, tj. povoljnijim premijama u odnosu na slučaj kada advokat sam kupuje pokriće. Četvrto, pitanje kontrole izvršenja obaveze od strane advokata, tj. na kome će biti kontrolna funkcija. Umesto vršenja kontrolne funkcije samo *post festum* i preduzimanja mera represivnog kakaraktera poput odbijanja produženja advokatske legitimacije, poništaja upisa advokata u imenik ili brisanja iz imenika zbog ovog propusta, advokatska komora treba da se postara da svi advokati sa njenog područja imaju uredno zaključeno ili produženo osiguranje od profesionalne odgovornosti.

Budući da se zalažemo za to da se advokatskoj komori Srbije poveri osiguranje svih advokata, ona bi se u ovom slučaju smatrala ugovaračem osiguranja, dok bi advokati-njeni članovi imali status korisnika osiguranja. Ovakva mogućnost je dragocena naročito u početnoj fazi, jer će se u praksi neizbežno dešavati da pojedini advokati propuste da pribave ili pravovremeno produže osiguranje od odgovornosti. Da se ne bi dešavalo da oštećena strana u tom slučaju ostane bez naknade štete iz osiguranja, a advokat bez osiguravajućeg pokrića ako je osigurani slučaj nastupio u tom međuperiodu, brigu o ugovaranju i produžavanju osiguravajućeg

pravilno regulisanje odštetnih zahteva. U: M. Schnyder, “Überblick über den Deckungsbereich der Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte”, *AnwaltsPraxis*, No. 4, 2007, str. 151.

⁵⁸ Na domaće uslove osiguranja odgovornosti advokata svakako će uticati i sudska praksa, koja bi svojom politikom dosuđivanja previsokih naknada oštećenima mogla dovesti do poremećaja u funkcionisanju ovog osiguranja.

⁵⁹ U suprotnom bi se moglo dešavati da klijent jednog advokata može računati na osiguravajuću zaštitu pod potpuno drugačijim uslovima u odnosu na klijenta drugog advokata. Ovo samo zato što su njihovi advokati osigurani kod različitih društava osiguranja!

pokrića treba prepustiti advokatskoj komori.⁶⁰ Budući da u ovom slučaju dolazi u obzir primena pravila osiguranja za tuđ račun, komora kao ugovarač osiguranja nije dužna predati polisu osiguranja advokatu kao korisniku dok joj ne budu nadoknađene premije, kao i drugi troškovi osiguranja. To ima za posledicu da advokati ne mogu koristiti prava iz osiguranja bez posedovanja polise, tj. dok ne izmire obaveze prema advokatskoj komori.⁶¹ Dakle, posebni uslovi domaćih osiguravači bi morali biti tako koncipirani da uvažavaju obe mogućnosti.

*Treća (oštećena) lica: direktna tužba protiv osiguravača,
krug trećih oštećenih lica*

Budući da u svim vrstama obaveznih osiguranja od odgovornosti u našem pravu postoji pravo na direktnu tužbu trećih oštećenih lica, isto važi i za obavezno osiguranje advokata.⁶² Kako je pravo oštećenog lica na neposredni zahtev protiv osiguravača zakonsko, nije neophodno unositi odredbu o tome u posebne uslove osiguranja.⁶³ Ali, da bi se zaštita oštećenih lica učinila kompletnom, a usluga advokata konkurentnom, potrebno je posebnim uslovima *explicite* uvesti zabranu osiguravaču da oštećenom u sporu po direktnoj tužbi ističe prigovore koje bi mogao isticati osiguranom advokatu. Reč je kako o prigovorima koji proizlaze iz zakona (napr: da je ugovor o osiguranju ništav, jer ugovarač osiguranja namerno prijavio lažne ili netačne podatke koji utiču na ocenu rizika), tako i o prigovorima koji proizlaze iz ugovora (napr: da je ugovorena franšiza). Ali, ovakva odredba ne bi mogla uticati na pravo osiguravača da ističe prigovore koje bi mogao isticati osiguranik da se oštećeni direktno obratio njemu (napr: prigovor zastarelosti potraži-

⁶⁰ U nemačkom pravu postoji zakonska obaveza osiguravača da komoru obaveštava o zaključenju, prestanku ili otkazivanju ugovora o osiguranju, kao i o bilo kojoj izmeni ugovora koja utiče na zakonom propisanu osiguravajuću zaštitu. To je jako značajna odredba, koja bi morala postojati i u našem pravu ako već postoji mogućnost da osiguranje od odgovornosti advokata bude individualno! V: E. Hartmann, *nav. delo*, str. 1162.

⁶¹ ZOO, čl. 929.

⁶² ZOO, čl. 965.

⁶³ Postojanje prava na direktnu tužbu ne utiče na pravo oštećenog lica da se za naknadu štete direktno obrati svom štetniku (advokatu). Ali, ako se opredeli da naknadu potražuje od osiguravača – što će često biti slučaj – njegovo pravo ne može biti kompromitovano isticanjem prigovora koji se mogu istaći prema osiguraniku-štetniku zbog kršenja zakonskih ili ugovornih obaveza. Sa ovim je povezano i pravo osiguravača na regres prema osiguraniku, tj. pravilo da osiguravač koji je naknadio štetu oštećenom licu stupa u njegova prava prema osiguraniku za iznos plaćene naknade, kamate i troškova, ako prema uslovima osiguranja od odgovornosti advokata nije nastupila njegova obaveza.

vanja). Isto tako, osiguravač bi se mogao koristiti prigovorima koji proizlaze iz ZA (prigovor minimalne sume osiguranja).

Za primenu prava na direktnu tužbu najbitnije je pitanje ko se smatra trećim oštećenim licem. Na ovo pitanje se mora odgovoriti pošavši od razlike između ugovorne i vanugovorne (deliktne) odgovornosti advokata. Budući da advokati mogu biti adresati i jedne i druge odgovornosti, u zavisnosti od toga ko se javlja kao podnositelj odštetnog zahteva, pitanje određenja trećih oštećenih lica u osiguranju od odgovornosti mora biti usklađeno sa ciljevima zakonodavne politike. Propustivši da *explicite* kaže da se osiguranjem od odgovornosti advokata pruža zaštita od odgovornosti za štetu koju bi mogao prouzrokovati trećima obavljanjem advokature, naš zakonodavac je odškrinuo vrata nesigurnosti. Nepreciziranjem kruga oštećenih lica obuhvaćenih osiguravajućom zaštitom omogućava se da osiguravači uslovima osiguranja izmene zakonom propisanu zaštitu. Da li je uvođenjem ovog osiguranja kao obaveznog zakonodavac imao u vidu zaštitu samo korisnika usluga advokata (tj. klijenata koju su sa njim u mandatnom odnosu) ili i šireg kruga lica, koja mogu biti oštećena radnjama advokata iako nisu sa njim u ugovornom odnosu?⁶⁴ Ili je cilj zakonodavne politike bio povećanje poverenja javnosti u advokaturu kao službu pružanja pravne pomoći? Smatramo da ovo pitanje treba urediti u posebnim uslovima na takav način da se obezbedi najširem krugu lica mogućnost dobijanja osiguravajuće zaštite za štete koje su im naneli advokati. Samo tako se može podići poverenje celokupne javnosti (a ne samo korisnika usluga) u advokaturu i doprineti njenom još samostalnijem obavljanju delatnosti.

Forma ugovora

Ugovor o osiguranju od odgovornosti advokata je po pozitivnim propisima formalni ugovor. On je zaključen tek kada se potpiše polisa (ili lista pokrića) i plati premija osiguranja prema sporazumu strana.⁶⁵ Smatramo da ovakva odredba nije prilagođena potrebama prakse imovinskih osiguranja i podržavamo inicijativu za

⁶⁴ Odgovornost advokata prema prilično širokom krugu lica objašnjava se postojanjem obaveze posebne pažnje i zaštite interesa ne samo stranaka, već i trećih lica. Naime, kako su advokati profesionalci, koji imaju monopol na pružanje usluga pravne pomoći i u čiju kompetentnost i stručno obavljanje posla se mogu pouzdati sva lica korisnici njihovih usluga, to je logično nametanje obaveza koje se po sadržaju izjednačavaju sa ugovornim obavezama i onda kada ugovora nema. Detaljnije: S. Petrić, "Odgovornost odvjetnika za savjet i mišljenje", *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, Vol. 31, br. 1, 2010, str. 32.

⁶⁵ Prema našoj sudskoj praksi: "Ugovor o osiguranju mora da bude zaključen u pismenoj formi. Ugovor koji nije zaključen u propisanoj formi nema pravno dejstvo i ne uživa sudsku zaštitu". Re-

njenu promenu. Kako je u Prednacrta GZ predložen konsensualni karakter ugovora o osiguranju, to treba naglasiti da ovakvo rešenje treba iskoristiti prilikom izrade posebnih uslova za osiguranje od odgovornosti advokata.⁶⁶ U skladu sa ovim predlogom, predaja i potpisivanje polise služiće samo radi dokazivanja postojanja i sadržaja ugovora o osiguranju.

*Obim pokrića (pokrivene štete): predmet osiguranja,
čisto imovinske štete, proširenje pokrića*

Predmet osiguranja od odgovornosti advokata je zakonska građanskopravna odgovornost advokata za štetu koju obavljanjem advokatske delatnosti prouzrokuje trećim licima. Drugim rečima, obaveznim osiguranjem pokriva se advokatski profesionalni rizik. Iz ovoga proizlazi da su dve pretpostavke primene osiguranja *rationae materiae*: prvo, odgovornost advokata zasnovana na privatnopravnim propisima;⁶⁷ drugo, da je šteta izazvana vršenjem advokature. Ispunjenost prvog uslova podrazumeva da je advokat oglašen odgovornim za kršenje neke od svojih dužnosti (npr. savetovanja, davanja pravnog mišljenja) predviđenih privatnopravnim propisima, kao i da je pružen dokaz uzročne veze između kršenja dužnosti i nastanka štete za treće lice.⁶⁸

Iz ovoga proizlazi da pokrićem nisu obuhvaćeni zahtevi zasnovani na ugovoru, nezakonitom ponašanju ili javnopravnim propisima.⁶⁹ Ispunjenost drugog uslova tj. nastanak štete u svojstvu advokata je krucijalno za delovanje ovog po-

šenje Višeg privrednog suda, Pž. 8934/97, od 28. 01. 1998. godine, Sudska praksa privrednih sudova, Bilten br. 4/1998.

⁶⁶ Formalni karakter ostaje u oblasti osiguranja lica, kao i u slučaju zaključenja ugovora sa licima koja se u smislu pozitivnih propisa (tj. Zakona o zaštiti potrošača) smatraju potrošačima usluga osiguranja. Detaljnije: P. Šulejić, "Ugovor o osiguranju U Prednacrta Građanskog Zakonika Srbije od 2010. godine", *Evropske (EU) reforme u pravu osiguranja Srbije* (zbornik radova), Palić, 2010, str. 166.

⁶⁷ Ugovorne klauzule o proširenju, ograničenju ili isključenju odgovornosti advokata nemaju nikakav uticaj na osiguravajuće pokriće. One, naime, ne mogu poslužiti kao osnov osiguravaču za pružanje ograničenog pokrića.

⁶⁸ Pri tom, zakonska odgovornost advokata ne mora nužno biti ustanovljena sudskim putem. Budući da se danas insistira na korišćenju vansudskih tj. alternativnih metoda rešavanja sporova iz osiguranja, moguće je odgovornost advokata utvrditi i na osnovu sporazuma osiguravača i advokata. Detaljnije: M. Čurković, "Osiguranje od odgovornosti pri obavljanju profesionalne delatnosti", *Pravo i porezi*, Vol. 6, 5/1997, str. 40.

⁶⁹ E. Hartmann, *nav. delo*, str. 1167.

kriča.⁷⁰ Dakle, u posebne uslove treba uneti izričitu odredbu da se pokriće odnosi samo na akte učinjene u svojstvu advokata.⁷¹ Budući da postoje različite vrste osiguranja od profesionalne odgovornosti i da treba izbegavati sukob u njihovoj primeni, štete koje advokat prouzrokuje obavljanjem neke druge profesionalne delatnosti moraju izričito biti isključene iz pokrića.⁷² Za ostvarenje ovog cilja je značajna klauzula supsidijariteta, koja isključuje primenu ovog osiguranja u svim slučajevima koji se mogu podvesti pod okvir nekog drugog tipa osiguranja.⁷³ Osnovni značaj ove klauzule iz ugla prava osiguranika je što ona sprečava nastanak nadosiguranja ili dvostrukog osiguranja i svih nepovoljnih posledica po osiguranika.⁷⁴

Budući da je nadosiguranje kod nas regulisano imperativnim odredbama ZOO, postavlja se pitanje da li je neophodno ugovaranje klauzule supsidijariteta. Iako je zakonska zaštita značajna, ovakva klauzula može imati značajnu ulogu. Ona posebno može koristiti u početnom stadijumu razvoja ovog osiguranja. U cilju izbegavanja kolizije različitih vrsta osiguranja i negativnih posledica u vidu na-

⁷⁰ M. Schnyder, "Überblick über den Deckungsbereich der Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte", *AnwaltsPraxis*, No. 4, 2007, str. 153.

⁷¹ Postavlja se pitanje kako tumačiti pojam u svojstvu advokata?! Nesporno je da se ovim pojmom iz pokrića najpre isključuju štete izazvane radnjama u privatnom svojstvu, tj. štete koje advokat može izazvati kao bilo koje drugo lice. Međutim, šta je sa brojnim radnjama koje advokat vrši, a kojima se ne bi mogao kvalifikovano baviti bez posedovanja stručnog (pravničkog) znanja? Ovo zato što se danas paleta usluga koje advokati pružaju sve više proširuje i što i vršenje drugih profesija od strane advokata počiva na korišćenju pravničkih znanja! Smatramo da za potrebe primene osiguranja od odgovornosti advokata treba poći od razlikovanja između tzv. *osnovnih* i tzv. *sporednih (dodatnih) poslova advokata*. U osnovne poslove advokata ubrajaju se poslovi pružanja pravne pomoći, kojima se advokati tradicionalno bave. Međutim, u savremenom društvu polje angažovanja advokatskih kancelarija je dosta promenjeno, tako da umesto zastupanja pred sudovima mnoge od njih (naročito veće) teže specijalizaciji za savetovanje u vezi sa statusnim promenama (fuzijama i pripajanjima), rizicima u vezi sa ulaskom na domaće tržište, stranim investicijama i uopšte savetovanje privrednog karaktera. Osiguravajuće pokriće svakako mora biti prilagođeno tim promenama. Detaljnije: G. Peiniger, "Berufshaftpflichtversicherung für Anwälte und Notare", *Versicherungswirtschaft*, Heft 3, 2002, str. 1.

⁷² Advokati, naime, mogu biti članovi organa privrednih društava (direktori, članovi upravnog ili nadzornog odbora, prokuristi), stečajni upravnici, itd. Ukoliko žele da osiguranjem bude obuhvaćen i rizik kome su izloženi prilikom obavljanja ovih profesija, moraju kupiti posebno osiguranje.

⁷³ Ova klauzula se koristi i u drugim vrstama osiguranja od profesionalne odgovornosti (eng. *other insurances clause*; nem. *Supsidiaritätsklausel*; fran. *déclaration des autres assurances*). Osiguravačima je ova klauzula značajna, jer sprečava nastanak njihove obaveze u svim slučajevima kada osiguranik raspolaže portfoliom osiguranja, od kojih se neka poklapaju.

⁷⁴ R. Plück, A. Lattwein, *Haftungsrisiken für Manager, Deckungskonzepte und Praxisbeispiele für Geschäftsführer und Vorstände*, 2. aktuelisierter Auflage, Financial Times Deutschland, Wiesbaden, 2004, str. 210.

dosiguranja, opravdano je preuzimanje uporednopravnih iskustava i unošenje u posebne uslove osiguranja klauzule supsidijariteta.⁷⁵

Pošto smo prihvatili stanovište o pokriću samo onih šteta koje su nastale vršenjem advokatske delatnosti, potrebno je precizirati koje su to tačno štete. Uporedna iskustva nas uče da su u ovoj vrsti osiguranja pokrivena samo tzv. čisto imovinske štete.⁷⁶ To su imovinske štete nanete trećim licima propustima u bavljanju advokaturom, a koje nisu nastale zbog smrti ili telesne povrede tog lica ili zbog uništenja, oštećenja ili nestanka stvari.⁷⁷ To su, dakle, štete koje nisu štete na stvarima, niti štete na licima, niti su iz njih proizašle.⁷⁸

Drugim rečima, ovim osiguranjem pokriva se samo finansijski rizik kome su korisnici usluga advokata izloženi.⁷⁹ Sve ostale štete koje klijenti mogu pretrpeti – a koje se ne mogu kvalifikovati kao čisto imovinske – ostaju van opsega pokrića. Zarad celovitosti osiguravajuće zaštite potrebno je posebnim uslovima predvideti i mogućnost dobijanja tzv. *proširenog (dodatnog) pokrića*, koje bi se odnosilo i na štete koje nisu čisto imovinske.

Dakle, u našem pravu je potrebno – uz plaćanje dodatne premije – pružiti mogućnost advokatima da dobiju pokriće i za štete na stvarima i licima nanete vršenjem advokatske delatnosti, kao i za ovakve štete izvan obavljanja profesionalne odgovornosti. Proširenje pokrića bi se moglo odnositi i na štete iz odgovornosti

⁷⁵ Smatramo da u fazi uvođenja nekog instituta u naše pravo treba učiniti sve kako bi se izbegle situacije koje mogu delovati kompromitujuće na taj institut i dovesti do izneverenih očekivanja konzumenata tog instituta!

⁷⁶ Pojam imovinske štete u ovom osiguranju je znatno uže određen i obuhvata čisto imovinske štete (nem. *reine Vermögensschaden*; fran. *les conséquences pécuniaires*) nastale vršenjem delatnosti advokata.

⁷⁷ U uporednom pravu se pojam ovih šteta uvek negativno određuje.

⁷⁸ Međutim, ako advokat zaključi ugovor na veću sumu od minimalne, osiguravači mu mogu izaći u susret ugovaranjem pokrića i za štete na stvarima. Štetama na stvarima smatraju se štete na aktima i drugim pismenima koja su značajna za obradu određenog predmeta. Iz ugla našeg prava koje tek treba da normira osiguranje od odgovornosti advokata kao obavezno, značajno je navesti primer francuskog prava i razgraničenja koje se pravi u pogledu šteta koje su obuhvaćene ovim osiguranjem. Naime, sve štete koje mogu nastati vršenjem aktivnosti i funkcija koje su povezane sa advokatskom profesijom nisu pokrivena redovnim osiguranjem od odgovornosti. Advokat koji je u isto vreme član nadzornog odbora nekog privrednog društva, zastupnik, administrator, pravni savetnik ili likvidator mora pribaviti zasebno osiguranje koje mora biti ugovoreno na njegovo lično ime ili grupno za sve advokate koji obavljaju iste funkcije. V. A. Rogers et al., *nav. delo*, str. 57.

⁷⁹ Primera radi, u ovu grupu šteta ulaze: štete usled propuštanja rokova za preduzimanje procesnih radnji, propuštanje ročišta, propusti u sastavljanju ugovora zbog kojih je stranka pretrpela štetu, neobaveštavanje stranke o izgledima za ishod postupka naročito s obzirom na izmenu okolnosti u toku postupka, itd.

advokata kao stečajnog, likvidacionog ili prinudnog upravnika, člana odbora poverioca, izvršioca testamenta, medijatora, punomoćnika za prijem pismena, itd.⁸⁰

Budući da u osiguranju od odgovornosti postoji opšteprihvaćena praksa pokriva troškova pravne zaštite osiguranika (nem. *Abwehr- und Entschädigungsfunktion*), to bi trebalo uvažiti prilikom izrade domaćih posebnih uslova osiguranja. Ovim osiguranjem treba da budu obuhvaćeni i troškovi odbrane (pravne zaštite) osiguranika od neosnovanih ili prekomernih odštetnih zahteva u vezi sa njegovom profesionalnom odgovornošću. Samo ovakvim koncipiranjem pokriva tj. uvrštenjem troškova odbrane u osigurane štete osiguraniku se pruža kompletna zaštita, a osiguravač se u ne malom broju slučajeva ograničava samo na pokriće ovih troškova.⁸¹

Lica čija je odgovornost obuhvaćena pokrićem

Budući da je osiguranjem od odgovornosti advokata pokriven advokatski profesionalni rizik, postavlja se pitanje šta to u stvari znači. Da li su pokrićem obuhvaćeni samo advokati, odnosno advokatska društva? Ili se pokriće proteže i na ostala lica u advokatskoj kancelariji za koja on odgovara? Nema sumnje da osiguranje mora pratiti svrhu propisa o odgovornosti. Stoga standardno pokriće mora biti tako regulisano da, pored advokata, obuhvata i odgovornost svih lica zaposlenih u kancelariji, odnosno onih koja su u poslovnom odnosu sa advokatom. To obuhvata najpre advokatske pripravnike, jer po ZA advokati odgovaraju za njihov rad.⁸² Drugo, pokriće treba da obuhvata i sva druga lica koja su u advokatskoj kancelariji, odnosno advokatskom društvu zaposlena. Budući da u skladu sa obligacionim propisima, advokat odgovara za rad lica zaposlenih u njegovoj kancelariji, to

⁸⁰ U ovom slučaju se radi o tzv. stranim mandatima. Ali, pošto se sastoji u pravnom savetovanju, opravdano je pružanje mogućnosti advokatima da za rizike povezane sa njima dobiju dodatno pokriće. Po ovoj logici, advokat koji je preuzeo funkciju savetnika upravnog odbora neke kompanije mogao bi kupiti pokriće za rizik koji prati ovu aktivnost, ali ne bi mogao proširenim pokrićem obuhvatiti svoju odgovornost ako je postao član upravnog odbora. Za taj rizik mora imati posebno osiguranje od odgovornosti direktora. U: G. Peiniger, "Berufshaftpflichtversicherung für Anwälte und Notare", *Versicherungswirtschaft*, Heft 3, 2002, str. 2.

⁸¹ Budući da se uspešna odbrana osiguranika vrlo često okončava donošenjem presude o odbijanju tužbenog zahteva, ispravno je govoriti o funkciji osiguranja pravne zaštite. U skladu sa tim, u Prednacrtu GZ se funkcija pravne zaštite percipira kao ravnopravna ekonomskoj zaštiti i predviđa da se pokriće odnosi ne samo na troškove spora, već i na sve druge opravdane troškove radi utvrđivanja odgovornosti osiguranika. V: P. Šulejić, *nav. delo*, str. 181.

⁸² ZA, čl. 22. st. 2.

se oni moraju smatrati osiguranicima.⁸³ Reč je o zaposlenim pravnicima, konsultantima, prevodiocima, ali i ostalim licima koja čine administrativno osoblje (tzv. ostalo osoblje). Njihova odgovornost je obuhvaćena osiguranjem samo u meri u kojoj je ona posledica šteta nanetih strankama u pružanju pravne pomoći od strane advokatskog pripravnika, odnosno posledica šteta koje su ostali zaposleni prouzrokovali trećim licima na radu ili u vezi sa radom. Ali, za svrhe primene ovog osiguranja, advokat čija je odgovornost osigurana se ne može smatrati trećim licem.⁸⁴

Osigurani slučaj

U osiguranju od odgovornosti advokata je prihvaćen princip nastanka štete kao osigurani slučaj. Osigurani rizik u obavljanju advokatske profesije predstavlja radnje pružanja pravne pomoći fizičkim i pravnim licima u ostvarivanju i zaštiti njihovih prava i pravnih interesa. To su sledeće radnje: 1) davanje pravnih saveta; 2) sastavljanje isprava i pravnih akata (ugovora, testamenta, izjava); 3) sastavljanje tužbi, žalbi, predloga, zahteva, molbi i drugih pravnih podnesaka; 4) zastupanje stranaka. Ako je ovim radnjama učinjena greška ili je propuštena neka od navedenih radnji, nastupio je osigurani slučaj. Drugim rečima, osigurani slučaj u osiguranju od odgovornosti advokata je nastupio onoga dana kada je advokat preduzeo štetnu radnju ili kada je propustio da preduzme radnju na koju je bio obavezan. Kršenje dužnosti advokata, bila ona pozitivna ili negativna, predstavlja osigurani slučaj i aktivira obavezu prijave osiguranog slučaja. Budući da je u ovom osiguranju prihvaćen princip nastanka štete kao osigurani slučaj, za postojanje osiguravajuće zaštite bitno je kada je advokat preduzeo štetnu radnju, odnosno kada je istekao rok za njeno preduzimanje, a ne kada je oštećeni klijent podigao odštetni zahtev zbog toga. Ako se taj događaj desio za vreme važenja ugovora, postojaće osiguravajuća zaštita.

Ovako određen osigurani slučaj je u interesu advokata, jer oni mogu računati na osiguravajuću zaštitu u neograničenom periodu pod uslovom da se kršenje dužnosti u svojstvu advokata desilo za vreme važenja ugovora.⁸⁵ Kršenje dužno-

⁸³ ZOO, čl. 170. i 171.

⁸⁴ U advokatskim kancelarijama po pravilu radi i određeni krug lica koja nisu u radnom odnosu. Pošto i ona svojim radom mogu naneti štetu klijentima (ili trećim licima), postavlja se pitanje kakav je njihov položaj. Da li i njih obuhvatiti osiguravajućom zaštitom? Čini se da bi i lica angažovana na osnovu ugovora o pružanju usluga mogla biti obuhvaćena pokrićem u meri u kojoj je njihova usluga značajna tj. od uticaja na pružanje pravne pomoći.

⁸⁵ E. Hartmann, *nav. delo*, str. 1173.

sti kao osigurani slučaj nesumnjivo pogoduje i boljoj i svestranijoj zaštiti oštećenih lica, koji uživaju sve blagodeti osiguravajuće zaštite ako su osiguravaču blagovremeno prijavili nastanak osiguranog slučaja.⁸⁶

Minimalna suma osiguranja i franšiza

Kako osiguravači odgovaraju prema osiguraniku, odnosno prema trećem oštećenom licu koje je direktno uperilo odštetni zahtev protiv njih samo do određenog limita, za praktični značaj obaveznog osiguranja vrlo je bitno odrediti koji je to limit (minimalna suma) ispod koga se ne može ići.⁸⁷ Naš ZA propisuje obavezu advokatske komore da propiše minimalne sume na koje osiguranje od odgovornosti advokata mora biti zaključeno. Ova odredba je samo u izvesnoj meri dobra. Dobra strana navedene odredbe ogleda se u tome što doprinosi praktičnom funkcionisanju ovog osiguranja. S obzirom na praksu domaćih društava osiguranja da praktikuju vrlo niske sume osiguranja, advokatska komora mora obezbediti minimalne sume koje će biti garant pružanja adekvatne zaštite kako advokatima kao profesionalcima izloženim sve većem riziku utuženja, tako i korisnicima njihovih usluga kao potencijalno oštećenim licima. Postavlja se pitanje koje tj. kolike su to sume osiguranja, odnosno da li će advokatska komora biti u stanju da ih kvalifikovano odredi.⁸⁸ Po ugledu na uporednu praksu, potrebno je praviti razliku između minimalnih suma osiguranja koje se primenjuju na advokate pojedince (koji delatnost obavljaju samostalno ili u advokatskoj kancelariji) i suma koje se odnose na advokate osnivače advokatskih društava.⁸⁹ Smatramo da je našim prilikama

⁸⁶ Nasuprot principu nastanka štete stoji princip podizanja zahteva kao osigurani slučaj. Pokriće, koje obezbeđuju ovakve polise aktivira se kada stranka podnese zahtev protiv osiguranika u toku perioda osiguranja. Za dejstvo pokrića u ovom slučaju, dakle, nije važno kada se šteta dogodila, već kada je odštetni zahtev podignut. U tome se ogleda najveća mana ovih klauzula: neisticanjem odštetnog zahteva u određenom periodu (koji se proteže i posle isteka roka na koji je ugovor zaključen i koji je po pravilu limitiran) prestaje zaštita iz osiguranja oštećenom licu i pre zastarelosti njegove tužbe iz građanskopravne odgovornosti prema osiguraniku. Detaljnije: T. S. Pataki, "Der Versicherungsfall in der Haftpflichtversicherung", *VersicherungsRecht*, Heft 19, 2004, str. 835–839.

⁸⁷ Zapravo, minimalna suma osiguranja je minimum zaštite i za advokata i za oštećena lica ispod koga se ne može ići.

⁸⁸ U direktivama EU nisu određene minimalne sume osiguranja od odgovornosti advokata, već je ostavljeno državama članicama da ih samostalno odrede.

⁸⁹ Na ovom mestu treba primetiti da se minimalne sume osiguranja određuju nezavisno od toga koliki su prihodi advokata, što će reći da na istu minimalnu sumu osiguranje mora da pribavi i neki advokat početnik i advokat koji ima razradenu praksu i koji se po prihodima znatno može ra-

najprimerenije određivanje sume osiguranja po ugledu na hrvatsko pravo.⁹⁰ Dakle, minimalna suma osiguranja na koju bi bili osigurani advokati pojedinci mogla bi iznositi oko 150.000 evra u dinarskoj protivrednosti, odnosno 1.000.000 evra ako se kao osiguranik javlja advokatsko društvo.⁹¹ Za efikasnost zaštite osiguranika i trećih oštećenih lica, korisno je bilo predvideti pravo advokatske komore da povećava minimalne sume osiguranja ako se promene okolnosti koje utiču na visinu sume osiguranja (npr. inflacija).

Jedno od pitanja povezanih sa minimalnim sumama osiguranja je, da li je pored vezivanja iste za osigurani slučaj, potrebno i odrediti koliko najviše može da iznosi minimalna suma osiguranja za sve osigurane slučajeve koji nastanu u toku jedne godine. Smatramo da je dvostruko preciziranje minimalne sume osiguranja jako korisno za državu koja tek uvodi ovo osiguranje.⁹² Da li troškovi pravne zaštite osiguranika ulaze u minimalnu sumu, odnosno da li se pokrivaju u potpunosti? Budući da će u našem pravu minimalne sume biti najverovatnije određene po ugledu na države koje su nam najbliže po društveno-ekonomskom ambijentu, mislimo da je u ovom trenutku realno očekivati da se ograniči procenat troškova odbrane koji će osiguravači biti dužni da pokrivaju. Tek kada se privredna situacija popravi i stvore uslovi da i domaći advokati osiguraju svoju odgovornost na više minimalne sume može se razmišljati o obvezivanju osiguravača da troškove odbrane nadoknadi u potpunosti (čak i onda kada zajedno sa naknadom iz osiguranja premašuju iznos sume osiguranja).

zlikovati od prvopomenutog kolege. Ovo zato što je rizik odgovornosti imanentan profesiji advokata i društveno je opravdano da se advokati opterete obavezom kupovine osiguranja, koje će garantovati pokriće odštetnih zahteva bar do određenog iznosa. Advokati koji se bave lukrativnijim, ali i rizičnijim poslovima, imaju mogućnost da osiguranje zaključe na veći iznos od minimalnog.

⁹⁰ Smatramo da minimalne sume osiguranja moraju biti primerene i prilagođene ekonomskim prilikama u zemlji. Ako se one odrede previše visoko, to će uticati na visinu premije osiguranja, koja za advokate predstavlja još jedan trošak poslovanja. Budući da po prirodi stvari oni nastoje da troškove prevale na korisnike usluga, to bi povećanje premija osiguranja imalo za posledicu povećanje advokatskih tarifa i poskupljenje advokatskih usluga.

⁹¹ Minimalne sume osiguranja po jednom osiguranom slučaju su znatno veće u uporednom pravu. Tako ona u Nemačkoj iznosi 250.000 evra po jednom osiguranom slučaju, odnosno 2.500.000 evra za advokatska društva. U slovenačkom pravu je prihvaćena ista minimalna suma osiguranja za advokate pojedince, ali je za advokatska društva manja i iznosi 1.000.000 evra. U Austriji je minimalna suma 400.000 evra (s tim da, ako advokat deluje u zajedničkoj kancelariji, ovim iznosom pokrivene su i štete povezane sa njegovim položajem ortaka u zajedničkom advokatskom društvu), odnosno 2.400.000 za advokatska društva. Detaljnije: L. Belanić, "Osiguranje od odgovornosti odvjetnika", *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, Vol. 31, br. 1/2010, str. 263–293.

⁹² Osim toga, ono je u skladu sa preporukama federacije evropskih advokata, kao i sa tendencijama ispoljenim u direktivama EU.

Zalažemo se za ugovaranje učešća advokata u nastalim štetama u vidu franšize. Davanjem neograničene zaštite advokatima za štete nanete istupanjem u tom svojstvu mogla bi se poslati pogrešna poruka i doprineti hazardnom ponašanju. Uvođenje franšize u procentu koji se odnosi samo na mali deo štete uklapa se u svrhu i cilj osiguranja od odgovornosti advokata, čije uvođenje ne sme uticati na gubitak osećaja odgovornosti advokata.⁹³ Posebnim uslovima bi stoga trebalo predvideti franšizu u određenom iznosu (napr. u maksimalnom iznosu od 10% od sume osiguranja) i na taj način isključiti makar i teoretsku mogućnost smanjenja dužne pažnje nakon zaključenja ugovora.⁹⁴

Isključene štete

Jedna od manjkavosti novog ZA je nedovoljno razrađena odredba o obaveznom osiguranju od odgovornosti advokata. Osim mogućnosti da se ovo osiguranje pribavi kao pojedinačno ili kolektivno i propisivanja minimalnih suma osiguranja od strane advokatske komore, Zakon ne sadrži nikakvu konkretizaciju novog tipa osiguranja. Iako je u praksi osiguranja uobičajeno da se svaki novi tip osiguranja detaljno razrađuje posebnim uslovima, smatramo da je – radi izbegavanja unošenja u posebne uslove neprihvatljivih isključenja – bilo korisno u pomenutu odredbu uneti još jedan stav, kojim se imperativno određuje krug šteta koje obavezno moraju biti obuhvaćene osiguravajućim pokrićem. To je prilično rasprostranjena praksa u uporednom pravu, koja ima za cilj da osujeti osiguravače u nameri da krug isključenih šteta odrede preširoko i time izigraju svrhu ovog osiguranja.⁹⁵ Smatramo da osiguranjem od odgovornosti advokata moraju biti obuhvaćene štete nastale grubom nepažnjom,⁹⁶ greškom ili propustom, kako osiguranika, tako i onih koji su kod njega zaposleni.⁹⁷

⁹³ E. Hartmann, *nav. delo*, str. 1170.

⁹⁴ Ali, radi obezbeđenja celovite zaštite oštećenim licima, u posebne uslove treba uneti odredbu prema kojoj osiguravač ne može da ističe prema oštećenim licima postojanje franšize.

⁹⁵ Tako u nemačkom zakonu o advokaturi postoji odredba koja određuje krug isključenih šteta koje mogu biti predviđene posebnim uslovima, dok se u slovenačkom pravu definišu štete koje ne mogu biti određene kao isključene štete.

⁹⁶ Iako u uporednom pravu ima i drugačijih primera, smatramo da duhu osiguranja od odgovornosti odgovara pružanje pokrića za štete nastale grubom nepažnjom.

⁹⁷ Štete nastale usled namere isključene su iz pokrića na osnovu imperativnih zakonskih propisa, a sa njima su izjednačene i štete nastale svesnim kršenjem zakona i drugih propisa, kao i kršenjem dužnosti zasnovanih na njima. Ovakvo isključenje je prihvatljivo i za naše pravo, jer treba raditi

Uporednopravna analiza posebnih uslova osiguranja od odgovornosti advokata pokazuje da se u krug isključenih šteta, pored šteta isključenih na osnovu imperativnih normi (tj. u našem pravu na osnovu ZOO), ubrajaju: štete usled oštetnih zahteva nastalih na osnovu ugovornog proširenja odgovornosti osiguranika (advokata) i na slučajeve za koje po zakonu ne odgovara; šteta nastalih zbog nepoštovanja rokova za koje je odgovorna stranka koju advokat zastupa; štete nastale uskraćivanjem pravne pomoći kada je advokat ovlašćen da pravnu pomoć uskrati na osnovu zakona, statuta Komore ili etičkog kodeksa; u slučajevima kada ne postoji (ili se ne može utvrditi) odgovornost osiguranika ili ugovarača osiguranja; štete nastale u roku od 30 dana od otkazivanja punomoćja, a punomoćje se ne otkazuje iz opravdanih razloga, kao i za štete nastale prekoračenjem ovlašćenja po punomoćju; štete usled odgovornosti osiguranika prilikom raspolaganja primljenim novcem, hartijama od vrednosti i drugim primljenim vrednostima; štete usled odgovornosti iz obavljanja trgovačkih, finansijskih, špekulativnih ili organizacionih poslova osiguranika; zbog izazivanja smrti ili telesnih povreda lica i za oštećenje, uništenje ili nestanak stvari, uključujući i krađu stvari trećih lica; zbog neispunjenja dugova osiguranika, poslovnih ili ličnih, kao i zbog kršenja obaveza osiguranika, poslovnih ili ličnih; zbog novčanih kazni, penala i drugih novčanih kaznenih sankcija kojima je izložen osiguranik; zbog odgovornosti osiguranika za moralnu štetu; zbog odgovornosti osiguranika kao privatnog lica; zbog troškova nastalih u postupcima koji se vode protiv osiguranika zbog povrede pravila profesionalnog ponašanja; zbog pravne zablude osiguranika; štete na licima i stvarima zbog zagađivanja; za štete u vezi sa terorizmom, političkim ili drugim sukobima i ratom, bez obzira da li je rat objavljen ili ne.⁹⁸

Teritorijalno važenje pokrića

Pravilo teritorijalne primene propisa nalaže da se osiguranje od profesionalne odgovornosti advokata odnosi samo na greške i propuste nastale vršenjem advo-

na razvoju svesti advokata da im pribavljanje osiguranja ne pruža *carte blanche* za nedovoljno pažljivo postupanje. Njihova struka iziskuje poznavanje prava, pa samim tim zaključenje osiguranja ne sme služiti kao izgovor za nedovoljno pažljivo postupanje! Naravno, ova isključena šteta se ne može isticati prema oštećenim licima, već omogućava osiguravaču da se koristi pravom na regres prema advokatu do visine iznosa isplaćenog oštećenima.

⁹⁸ M. Van Bühren, *Die Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte*, Deutscher Anwalt Verlag, Köln, str. 131–141; M. Schnyder, "Überblick über den Deckungsbereich der Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte", *AnwaltsPraxis*, No. 4, 2007, str. 154.

katske profesije na teritoriji Republike Srbije.⁹⁹ Ukoliko se radi o advokatu koji se bavi pružanjem pravne pomoći i van domaćih granica, koji želi da bude zaštićen i za te prekogranične aktivnosti, treba da pribavi dodatno pokriće. Smatramo da ovakvo dodatno pokriće treba predvideti posebnim uslovima, jer će za njim postojati velika potreba nakon pristupanja evropskoj uniji. Osim toga, za ovo pitanje je značajna novina ZA kojom se prvi put kod nas uvodi pravo stranih advokata na upis u imenik advokatske komore Srbije.¹⁰⁰ Postavlja se pitanje da li će oni, kao uslov za bavljenje advokatskom profesijom kod nas – između ostalog – morati kupiti i novo pokriće kojim je obuhvaćen advokatski rizik na našoj teritoriji? Čini nam se da za tim neće biti potrebe, ako se pokriće koje su kupili u matičnoj državi proteže i na vršenje advokatske profesije u inostranstvu, tj. konkretno u Srbiji i ako je ono istog opsega kao pokriće koje nude domaći osiguravači.¹⁰¹ Kako se u budućnosti može očekivati da se mnogi domaći advokati počnu baviti svojom profesijom i u EU, to će tada biti neophodno ponuditi dodatno dobrovoljno pokriće sa delovanjem u EU.¹⁰²

Okolnosti od značaja za utvrđivanje premije osiguranja

Uopšteno govoreći, na visinu premije u osiguranju od odgovornosti advokata utiču dve grupe činilaca. U prvu grupu se ubrajaju okolnosti koje se tiču samog osiguranika, odnosno ugovarača osiguranja i to su: 1) visina sume osiguranja i vreme trajanja pokrića; 2) broj lica zaposlenih u advokatskoj kancelariji, čija je odgovornost pokrivena osiguranjem advokata; 3) broj advokata zaposlenih u advokatskom društvu i broj advokata članova tog društva; 4) ugovaranje dodatnog pokrića i 5) ugovaranje pokrića odgovornosti advokata i za pružanje usluga van doma-

⁹⁹ Primera teritorijalnog ograničavanja važenja ugovora o osiguranju od profesionalne odgovornosti advokata ima i u pravu evropskih država. Tako u Nemačkoj postoji zakonska odredba koja isključuje iz osiguranja odgovornost advokata za vođenje kancelarija u drugim državama, kao i u zastupanju pred sudovima država koje nisu članice EU.

¹⁰⁰ ZA, čl. 14.

¹⁰¹ To proizlazi iz odredbi Direktive 98/5/EZ, koju su već implementirale države članice, a koja će i za nas postati obavezujuća danom prijema u EU.

¹⁰² Reč je o tzv. pokriću sa evropskim delovanjem, što znači da prema propisima prava osiguranja advokati mogu računati na osiguravajuću zaštitu za poslove pravnog savetovanja i uopšte pružanja pravne pomoći u bilo kojoj državi evropske unije, za zastupanje pred evropskim sudovima, kao i za podnošenje odštetnih zahteva protiv njih pred evropskim sudovima. Ovo pokriće, koje se uz plaćanje dodatne premije može dobiti u Nemačkoj, ne proizvodi dejstvo za bilo koju od navedenih aktivnosti pred američkim ili nekim drugim (neevropskim) sudovima.

će teritorije. Drugu grupu čine okolnosti koje determinišu rizik vršenja advokatske profesije, tačnije stepen izloženosti advokata podnošenju odštetnih zahteva od strane nezadovoljnih klijenata i trećih lica. Tu ulaze: 1) da li je advokat koji se osigurava početnik ili ima određeno iskustvo; 2) da li se advokaturom bavi samostalno; 3) kojom oblašću prava se bavi, tj. da li je specijalizovan za određeni deo prava, itd. Imajući u vidu da se pomenute okolnosti mogu menjati, osiguravači obavezuju advokate da im prijave svaku promenu ovih okolnosti, kako bi osiguravači reagovali promenom visine premije.

ZAKLJUČAK

Osiguranje od profesionalne odgovornosti advokata predstavlja jednu od najznačajnijih novina Zakona o advokaturi. Zahvaljujući odredbi novog zakona može se reći da je i u Srbiji ovo osiguranje deo pravne regulative advokatske profesije. Iako za svaki novi tip osiguranja važi da se detaljno reguliše uslovima osiguranja, smatramo da je pomenutim zakonom trebalo preciznije i konciznije urediti elemente od kojih zavisi njegova primena u praksi. Zakonodavac je, naime, samo u naznakama i vrlo površno regulisao osiguranje od odgovornosti advokata. Smatramo da takav propust može imati za posledicu srozavanje Zakonom propisane osiguravajuće zaštite. Zato se zalažemo da se donesu modeli uslovi ovog osiguranja u kojima bi najznačajnije odredbe bile sledeće: 1) iz razloga obezbeđenja jednoobrazne primene ovog osiguranja i kontinuirane osiguravajuće zaštite, izvršenje obaveze zaključenja ugovora treba poveriti advokatskoj komori; 2) momenat izvršenja ove obaveze treba vezati za početak, odnosno nastavak bavljenja advokaturom; 3) budući da će ugovor zaključivati advokatska komora, u obzir dolazi primena pravila kolektivnih i ugovora u korist trećih; 4) krug oštećenih lica treba odrediti široko, tj. svim potencijalno oštećenim licima treba omogućiti da se koriste osiguravajućom zaštitom; 5) osiguranje treba da pokriva građanskopravnu odgovornost advokata za štetu koju obavljanjem advokatske delatnosti prouzrokuje trećim licima; 6) osiguranje treba da pokriva samo čisto imovinske štete, dok uz plaćanje dodatne premije treba pružiti i mogućnost dobijanja dodatnog pokrivanja; 7) pokrivenost treba da bude obuhvaćena i odgovornost svih lica zaposlenih u advokatskoj kancelariji, odnosno odgovornost lica za koja advokat odgovara; 8) osigurani slučaj treba definisati kao propust prilikom pružanja usluga pravne zaštite (činjenje ili nečinjenje); 9) minimalnu sumu osiguranja po zakonu treba da propiše advokatska komora, i to kako po osiguranom slučaju, tako i po godini osigu-

ranja; 10) isključene štete treba odrediti što uže, tj. na način da se ne kompromituje osiguravajuća zaštita.

Ali, manjkavosti odredbe novog zakona nisu takvog karaktera da umanjuju značaj uvođenja obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti advokata u naše pravo. Uvođenje ovog osiguranja predstavlja korak dalje ka vršenju advokatske profesije u skladu sa osnovnim principima i standardima evropske unije. U kojoj meri će naši advokati biti uvereni u korisnost ovog osiguranja zavisiće od spremnosti i sposobnosti domaćih osiguravača da profesionalno pruže ovu uslugu osiguranja, tj. prvenstveno od brzine i obima isplate naknada šteta obuhvaćenih njime. U postupku prihvatanja novog vida osiguranja – koji iz ugla advokata predstavlja još jednu obavezu više – nezaobilaznu ulogu imaće i advokatska komora, koja treba da iskoristi zakonom poverena ovlašćenja na način koji će biti u interesu daljeg razvoja advokature. Ona, najpre, treba da u početnom stadijumu razvoja ovog osiguranja preuzme na sebe izvršavanje pomenute obaveze. Drugo značajno ovlašćenje advokatske komore je propisivanje minimalne sume osiguranja u iznosu koji će biti “razuman” kako iz ugla advokata, tako i iz ugla korisnika njihovih usluga i potencijalno oštećenih njihovim propustima. Ako se prethodna dva ovlašćenja iskoriste na adekvatan način, retko će biti potrebe za korišćenjem trećeg (tj. uskraćivanja izdavanja ili produženja advokatske legitimacije iz razloga neispunjenja obaveze osiguranja od odgovornosti).

NATAŠA PETROVIĆ-TOMIĆ, Ph.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

INSURANCE OF LAWYERS' PROFESSIONAL LIABILITY
– PROPOSED SOLUTIONS IN SERBIAN LAW –

Summary

Although it has long been domesticated in comparative law, the institute of lawyers' liability insurance is only recently (after the new Law on Advocacy) the part of our positive law. A new law regulates the lawyers' liability insurance as a form of compulsory professional liability insurance and puts it in the section on rights and duties of lawyers. The article is devoted to critical analyses of pro-

vision of said law that is introducing this very important kind of insurance. Since the law only determines who is required to purchase this insurance, who is authorized to determine the minimum amount that must be bought, and what are the consequences of failure to meet such duty, the author expresses the opinion that such a provision is quite immature and it may become the source of problems in practical application. The introduction of new types of insurance, especially if it is compulsory, requests to determine as precisely as possible and legally define the elements on which depend its implementation in practice.

Therefore, the author seeks to open all the questions that could arise as a dispute in the application of this provision and discredit the new types of insurance in the eyes of both lawyers and public. The biggest part of the article is dedicated to the analyses of the issues that may arise in the practice of lawyers' liability insurance: who is obligated to conclude this insurance and in which time must be met, who are the contracting and the other parties to the contract, who are the third injured parties, action directa rule, the form of the contract, the extent of coverage, who are the persons whose liability may be covered by insurance, what is the insured event, the minimum amount of coverage, excluded damages, and so on. The author believes that the lawyers' liability insurance is crucial for the further development of the lawyers' profession in our country, as well as for providing legal services in line with EU standards.

NOVINE U PROPISIMA O VISINI STOPE ZATEZNE KAMATE

Zatezna kamata je zakonom propisana sankcija zbog docnje dužnika u izmirenju novčane obaveze. Zbog navedene docnje tj. proteka roka za ispunjenje takve obaveze po sili zakona ustanovljava se obaveza dužnika da pored glavnog duga isplati poveriocu i zateznu kamatu po stopi koja je utvrđena Zakonom o visini stope zatezne kamate.

Navedeni imperativni karakter zatezne kamate utemeljen je odredbom člana 277. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima.

Zatezna kamata i način njenog obračuna kod nas imaju poseban značaj za privredne subjekte imajući u vidu veliki broj situacija kod kojih postoji docnja u ispunjavanju novčanih (i drugih) obaveza.

Po čl. 277–279. Zakona o obligacionim odnosima (“Službeni glasnik SFRJ”, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i “Službeni list SRJ”, br. 31/93) – dužnik koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze duguje, pored glavnice i zateznu kamatu po stopi koja je utvrđena zakonom.

Poverilac ima pravo na zateznu kamatu bez obzira na to da li je pretrpeo kakvu štetu zbog dužnikove docnje (a ukoliko je šteta koju je poverilac pretrpeo zbog dužnikovog zadocnjenja u isplati duga veća od iznosa koji bi dobio na ime zatezne kamate, on ima pravo da zahteva razliku do potpune naknade štete).

Dalje, na dospelu a neisplaćenu ugovorenu ili zateznu kamatu, a isto tako i na druga dospelu novčana davanja ne teče zatezna kamata, izuzev kada je to zakonom dopušteno. Na iznos dugovanja a neisplaćene kamate može se zahtevati zatezna kamata samo od dana kada je sudu podnet zahtev za njenu isplatu, a na povremena dospelu novčana davanja teče zatezna kamata takođe od dana kada je sudu podnet zahtev za njihovu isplatu.

Kod nas se od 2001. godine primenjuje, po Zakonu o visini stope zatezne kamate ("Službeni list SRJ", br. 9/01), način utvrđivanja stope zatezne kamate u slučajevima kada je dužnik u docnji sa ispunjenjem novčane obaveze (a kamata nije bila ugovorena ili je bila previsoko ugovorena te sudovi nisu tome pružali zaštitu, već je umeravali), koji je sledeći: zatezna kamata je utvrđivana mesečno i činili su je – mesečna stopa rasta cena na malo i fiksna cena od 0,5% mesečno.

NOVINE U OBRAČUNU VISINE STOPE ZATEZNE KAMATE

Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o visini stope zatezne kamate (dalje: Zakon), koji je usvojila Narodna skupština Republike Srbije ("Službeni glasnik RS", 31/11), a stupio je na snagu 17. maja 2011. godine, doneta je bitna novina (član 2. Zakona) da se stopa zatezne kamate sastoji od mesečne stope rasta potrošačkih cena i fiksne cene od 0,5% mesečno.

Opredeljena zakonodavca za ovu novinu, ističe se, sledeća su:

– Zavod za statistiku Republike Srbije prestao je da objavljuje podatke o rastu cena na malo od januara 2011. godine, te se ne mogu dalje primenjivati odredbe Zakona koje se pozivaju na podatke o rastu cena na malo. Umesto ovog podatka objavljuju se podaci o stopi rasta potrošačkih cena, što je takođe upotrebljiva veličina za utvrđivanje visine stope zatezne kamate, a, posmatrano na dugi rok, reč je o približno istoj veličini kao i rast cena na malo;

– U Zakonu o izmenama i dopunama Zakona o Narodnoj banci Srbije ("Službeni glasnik RS", br. 44/10) izvršena je izmena tako što je odredbom člana 14. stav 2. propisano da Izvršni odbor utvrđuje referentnu kamatnu stopu i druge kamatne stope koje Narodna banka Srbije primenjuje u sprovođenju monetarne politike. U prelaznom periodu, saglasno Odluci o visini eskontne stope Narodne banke Srbije ("Službeni glasnik RS", br. 104/09, 17/10 i 31/10), propisano je da se eskontna stopa Narodne banke Srbije utvrđuje u visini od 100% referentne kamatne stope Narodne banke Srbije po osnovu operacija na novčanom tržištu. Iz toga proizilazi da

je neophodna izmena u članu 4. Zakona, kojom se propisuje upotreba podataka o visini eskontne stope.

– Rešenja sadržana u izmenama i dopunama Zakona neće imati izmenjene efekte na dužničko-poverilačke odnose koji su i do sada postojali. Poverioci će imati pravo na zateznu kamatu na približno istom nivou i sa istim načinom utvrđivanja kao što je to činjeno do sada;

– Izvori podataka će biti poveriocima dostupni i besplatni.

Nov način utvrđivanja zatezne kamate prema osnovnom rešenju iz člana 1. Zakona je: dužnik koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze plaća zateznu kamatu na iznos duga do dana isplate po stopi utvrđenoj Zakonom. Prema inoviranom članu 2. Zakona, stopa zatezne kamate sastoji se od mesečne stope rasta potrošačkih cena i fiksne stope od 0,5% mesečno.

Na ovaj način je izvršena zamena termina odnosno podataka koji se koriste za utvrđivanje zatezne kamate tako što se, umesto podataka o rastu cena na malo, koriste podaci o rastu potrošačkih cena. Prema tome, stopa zatezne kamate izračunavaće se kao i do sada, samo što će se sada kao osnovica za ovu stopu primenjivati mesečna stopa rasta potrošačkih cena. Ova metodologija računanja stope zatezne kamate precizirana je u inoviranom članu 3. Zakona, u kome se navodi da se dug uvećan za zateznu kamatu obračunava tako što se fiksna stopa od 0,5% množi sa iznosom glavnog duga uvećanog za kamatu po stopi rasta potrošačkih cena, primenom konformne metode.

U praktičnoj aktuelnoj primeni (član 6. Zakona) novog načina računanja stope zatezne kamate za period od 1. januara 2011. godine do dana stupanja na snagu Zakona, tj. do 16. maja 2011. godine, uzima se u obzir mesečna stopa rasta cena na malo za decembar 2010. godine.

Naime, u navedenom članu se na decidan način propisuje visina zatezne kamate za period od 01. januara 2011. godine do dana stupanja na snagu Zakona. Ta kamata je već bila uređena saglasno odredbi člana 3. stav 2. dosadašnjeg Zakona, gde je propisano da se za mesec za koji nije poznata stopa rasta cena na malo primenjuje poslednja objavljena mesečna stopa rasta cena na malo. Međutim, da bi se izbegle moguće nejasnoće u primeni Zakona za period od 1. januara 2011. godine do dana njegovog stupanja na snagu, stopa zatezne kamate, na osnovu objavljenog podatka o indeksima cena na malo u Republici Srbiji za decembar 2010. godine (indeks 100,7) i fiksne stope od 0,5% iznosi 1,2035% mesečno. Po stupanju Zakona na snagu, stopa zatezne kamate izračunavaće se na osnovu mesečne stope rasta potrošačkih cena i fiksne stope od 0,5%.

Proizilazi sledeće: stopa zatezne kamate u toku 2011. godine su za januar, februar, mart, april i maj 1,2035, a od 17.05.2011. godine – 1,6055%.

Najzad, treba napomenuti da su prema izmenama Zakona preraspoređena i dodatna rešenja u primeni stope zatezne kamate, i to tako da se za mesec za koji nije poznata stopa rasta potrošačkih cena – primenjuje poslednja objavljena mesečna stopa rasta potrošačkih cena.

Po članu 5a. Zakona, Zavod za statistiku Republike Srbije objavljuje na svojoj internet prezentaciji podatke o mesečnim stopama rasta potrošačkih cena u Republici Srbiji. Radi se o savremenom, besplatnom i svima dostupnom izvoru podataka, koji je u skladu sa savremenim tehnološkim dostignućima.

Posebno treba podvući da će se primenom Zakona ostvarivati pravo na zateznu kamatu (a dužnici biti u obavezi) na približno istom nivou i sa istim načinom utvrđivanja kao i do sada, i da je reč o usklađivanju propisa sa savremenim uslovima poslovanja u ovoj oblasti, to jest usklađivanju metodologije merenja inflacije sa zemljama Evropske unije.

MILAN MILOVIĆ

Long-standing judge of the Higher Industrial
Tribunal and Higher Commercial Court of Serbia

NEW MOMENTS IN THE REGULATIONS ON THE LEVELS OF DEFAULT INTEREST RATES

Summary

The National Assembly of Serbia passed the Law on Amendments and Changes of the Law on Default Interest Rates (“Official Gazette of the Republic of Serbia” No. 31/2011) that has become effective as of May 17, 2011. The default interest rate was established as a sanction prescribed by law for debtors’ default in settlement of pecuniary liabilities which had been monthly determined to date, and consisted of – monthly growth of retail prices and fixed price of 0.5% per month.

Considering the new circumstances such as that the Statistical Office of the Republic of Serbia has ceased since January 2011 to publish data on the retail price growth, as well as the new circumstances in the operation of the National Bank of Serbia and that the data on the consumer price growth rate are now published in order to harmonize the methodology of measuring inflation with respect to EU countries, certain amendments of the law were made and a Law on Amendments and

Supplements of Default Interest Rate was passed (mainly data used to determine the default interest rate by using the data on consumer price growth instead of the data on retail price growth, etc.).

The paper describes the new moments implemented by the new regulations, the difference between the retail price growth and the consumer price growth rates and concludes that the future default interest rates will essentially be calculated as was done to date, whereas the monthly growth rate of consumer prices will serve as a basis for this rate from now on.

The Statistical Office of the Republic of Serbia will publish in its internet presentation the monthly growth rates of the consumer prices in the country, a modern free and all-around available data source which is in accordance with the modern technological achievements.

ZORAN ISAILOVIĆ

PORESKI SUBJEKTI I SAVREMENO PRAVO

U V O D

Porezi su jednostrana davanja i uvode se prinudom (silom). U ovom (fiskalnom, poreskopravnom) odnosu pojavljuju se dva subjekta, to su poreski poverioci i poreski dužnici. Poreski poverioci su nosioci subjektivnog poreskog prava koje im daje pravo i ovlašćenje da nametnu obavezu plaćanja dažbine (aktivni subjekti), dok su drugi subjekti fizička i pravna lica – poreski dužnici (pasivni subjekti) čija je obaveza da izvrše dugovanu radnju iz poreskopravnog odnosa. Prirodno, sa pojavom države i prava, nastaje potreba za porezima radi pribavljanja sredstava radi funkcionisanja institucija klasnog društva. Ta istorijska činjenica i vekovna dešavanja u praksi uticala su da se obično podrazumeva da je jedini aktivni poreski subjekt ili poreski poverilac država, koja ima prava i ovlašćenja da nametne plaćanje poreza koristeći poresku vlast.¹ U teoriji se to pravo države izražava posedovanjem

Dr Zoran Isailović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini.

¹ Potrebno je imati u vidu da se pod državom (poreskom vlašću) imaju u vidu svi nivoi vlasti koje se pojavljuju u državi (centralna vlast, federalne jedinice i lokalne vlasti). U savremenoj teoriji pojavljuju se mišljenja da je prevaziđen koncept da se samo država tretira kao aktivni poreski subjekt. S tim u vezi, ukazuje se da, ako je pravni poredak priznao poreske zahteve samim postojanjem nekog javnopravnog tela kojem su poverene političke, ekonomske ili socijalne funkcije, prirodno je da se i različitim parastatalnim institucijama (npr. javnim fondovima socijalnog osiguranja) prizna

fiskalnog (poreskog) suvereniteta (pozajmljeni termin iz ustavnog prava). Preciznije govoreći, pod fiskalnim suverenitetom podrazumevamo ustavno i zakonsko pravo države da ustanovi, uvede i odredi visinu poreza. Kada određeni subjekt finansiranja može da ima sva tri navedena ovlašćenja, reč je o postojanju potpunog fiskalnog suvereniteta. Postoji, međutim, fiskalni suverenitet i kada određeni subjekt finansiranja ima bar ovlašćenje na uvođenje već ustanovljenih prihoda i određivanje njihove visine. Tada se govori o ograničenom fiskalnom suverenitetu.²

Pravo na ustanovljavanje poreza znači da određeni subjekt finansiranja u sistem inkorporira određene prihode koji uopšte mogu egzistirati u njoj. Zakonom se utvrđuju vrste i oblici poreza, njihovi osnovni elementi (obveznik, osnovica, stopa, oslobođenja i olakšice) itd. Pravo na uvođenje poreza jeste pravo da određeni subjekt finansiranja ima mogućnost da određeni već ustanovljeni porez može da uvede. Od njegove odluke će zavisiti da li će on to i učiniti. A to zavisi od njegove objektivne i subjektivne procene. Naplata porezase ne može vršiti bez njegovog uvođenja. Uvođenje poreza se vrši zakonom, odnosno odlukom skupštine teritorijalno političke zajednice. Potreba za sredstvima je glavni opredeljujući faktor za uvođenje određenog prihoda od strane pojedinog nosioca odnosno subjekta finansiranja.

Operacionalizacija naplate poreza od obveznika se ostvaruje, tako što se nakon donošenja zakona, kojim se porezi ustanovljavaju, od strane vlade i organa uprave donose podzakonski propisi (uredbe, naredbe, pravilnici i uputstva). Takvim podzakonskim aktima reguliše se materija iz zakona u skladu sa zakonom, tako da se ovim propisima uređuju pitanja tehnike i postupka, kao i druga pitanja fiskalnog značaja.³ Opseg fiskalnog suvereniteta u jednoj državi zavisi od organizacione strukture, odnosno društveno-političkog uređenja države. S tim u vezi, u federalnim državama postoje fiskalni suvereniteti centralne vlasti, i fiskalni suvereniteti vlasti federalne jedinice i lokalna tela. U unitarnim državama se pojavljuju fiskalni suvereniteti centralnih organa, okruga, opština, itd. Složenost odnosa koji postoje između navedenih različitih nosilaca finansiranja traži preciznu zakonsku regulativu u pogledu prava i ovlašćenja u oblasti prihoda. Politički, ekonomski, socijalni i drugi razlozi zahtevaju preciziranje i razgraničenje fiskalnih odnosa među različitim subjektima finansiranja potreba u okviru države.⁴ Najvažniji odnosi po-

da se pojavljuju kao aktivni poreski subjekti. U nekim državama se kao poreski poverilac pojavljuje i crkva.

² Videti: Miodrag Matejić i Miodrag Jovanović, "Finansije", Informator, Zagreb, str. 18.

³ Miodrag Matejić, Javne finansije, Zavod za obrazovanje administrativnih kadrova SR Srbije, Beograd, 1975, str. 28.

⁴ Miodrag Matejić i Miodrag Jovanović, op. cit., str. 14.

menutih subjekata se regulišu Ustavom. Tako se vodi određena koordinirana politika koja je neophodna u ovoj osetljivoj materiji. Nigde u svetu po pravilu fiskalna ovlašćenja ne pripadaju u celini samo jednom subjektu finansiranja. Ta ovlašćenja su podeljena između određenih političko-teritorijalnih jedinica.

Izložena ovlašćenja navedenih poreskih poverilaca povezana su sa potrebom organizovanja administriranja poreza koje se poverava nadležnim državnim organima. U savremenim državama ono se najčešće poverava centralnoj vlasti. Međutim, u saveznim državama nije redak slučaj egzistiranja poreskih administracija na federalnom nivou i nivou federalnih jedinica. Takav slučaj je na primer u SAD, kod kojih se pored savezne administracije Internal Revenue Service koja je nadležna za savezne poreze, pojavljuju u federalnim jedinicama državne agencije za administriranje poreza koje su uvele države na svojoj teritoriji.⁵ U nekim državama za administriranje lokalnih poreza ovlašćene su jedinice lokalne samouprave koje su formirale svoje organe za obavljanje tog posla.

Iako u teoriji postoje osporavanja potrebe centralizacije rada poreske uprave, ipak prevladava mišljenje o opravdanosti takvog čina u cilju ostvarivanja efikasnijeg rada na osnovu zakona. Pored toga, u savremenim uslovima od poreske administracije se zahteva da prati sve promene koje se dešavaju u društvu i da kompetentno odgovori brojnim izazovima modernog vremena. U kontekst izloženog, neophodno je da poreska administracija poštuje demokratsk anačela, pravičnost i pravdu i da dosledno primenjuje dostignuća civilizacije.⁶

Kao što je rečeno, druga stranka (pasivni poreski subjekt) koja se pojavljuje u poreskopravnom odnosu je poreski dužnik. U ulozi poreskog dužnika pojavljuju se fizička i pravna lica. Sam termin dužnik kazuje da se radi o licu čija je prevashodna uloga u poreskopravnom odnosu da duguje porez, obustavlja porez za trećeg i naplaćuje po odbitku, podnosi poreske prijave, pruža obezbeđenja, vodi poslovne knjige i ispunjava druge obaveze utvrđene propisima. U kontekstu izloženog, u poreskoj teoriji razlikuje se pojam – poreski obveznik od pojma – poreski dužnik. Pod poreskim obveznikom, po pravilu, podrazumevamo one subjekte (fizička i pravna lica) koja su dužna da plate porez. Međutim, poreski dužnik je širi pojam jer označava ne samo te, već sve pasivne subjekte poreskog imovinskog i poreskog upravnog odnosa (poreskog obveznika, poreskog placa, poreskog destinataru, poreskog jemca, lice koje je dužno da trpi pretres stambenih ili poslov-

⁵ Harley T. Duncan – Charles E. Mclure, Jr., *Tax Administration Mechanismms for Intergovernmental Cooperation* (u *The Encyclopedia of Taxation and Tax Policy*, ad. by Joseph J. Cordes – Robert D. Ebel – Jane G. Gravelle, The Urban Institute Press, Washington, D.C. 1999, str. 354).

⁶ *Local and Regional Tax Administration in Transition Countries*, Edited by Mihaly HCgue, Local Government and Public Service Reform Initiative, Budapest, 2000, str. 34 .

nih prostorija a koje ne mora biti poreski obveznik). Dakle, svaki poreski obveznik je i poreski dužnik ali kao što smo videli poreski dužnik ne mora da bude poreski obveznik.

Priroda poreskopavnog odnosa koja se u praksi manifestuje između poreškog poverioca i poreškog dužnika ne dovodi ih u jednaki položaj. Država (poreska vlast) koja se pojavljuje kao poreski poverilac je ta koja je superiornija i koja utvrđuje pravila igre. Tu svoju superiornost država izražava preko utvrđivanja prava i obaveza za sebe i za poreske dužnike. Ona se stara da se njena volja pretočena u propise realizuje imajući pravo da primenjuje sankcije na one koji se oglašuju o norme, propise. Država ima pravo da odluči o vremenskom trajanju dužnosti plaćanja obaveza; ona pošto donosi propise može iste da izmeni i dopuni a može ih i zameniti novim, itd.

Međutim, i pored svoje nadmoćne uloge savremena država je morala preduzeti i određene obaveze radi zaštite stabilnosti svoga sistema i lojalnosti poreskih dužnika tome sistemu. Te obaveze države su, na drugoj strani, prava za poreske dužnike. Brojna su prava poreskih dužnika utvrđena u poreskim zakonima savremenih država. U nekim zemljama materija poreskih prava obuhvaćena je posebnim dokumentima tzv. Poveljama poreskih obveznika. Navedene Povelje se pojavljuju kao dodatna sredstva objašnjenja određenih komplikovanih i složenih poreskih pitanja. U poreskoj literaturi nailazimo i namišljenja, da poreska administracija u cilju poštovanja načela zakonitosti neophodno je, ne samo da zaštititi interese poreskih subjekata koji dolaze u kontaktu sa njom, nego još treba da uspostavi balans između svojih ovlašćenja i prava poreskih obveznika. Ipak, postavlja se pitanje da li je to realno moguće imajući u vidu prirodu poreskopavnog odnosa?

Ukazivanje na premoćnu ulogu poreske vlasti u odnosu na poreske dužnike i na propisana brojna prava poreskih obveznika u cilju njihove lojalnosti državi, nije dovoljno u objašnjavanju složenog poreskopavnog odnosa koji se odvija između pomenutih subjekata u savremenim državama. Naime, odnosi poreskih subjekata zbog delikatne prirode poreza, mogu se u praksi pretvoriti u "kooperativne", u negativnom značenju (gledano sa aspekta interesa države i društva), kada dolaze do izražaja njihovi zajednički partikularni interesi. To će se pre svega dogoditi, ako država nesmotreno posegne za preterano oštrim porezima, koji mogu izazvati poreske dužnike da pribegnu izbegavanju poreza, koristeći pri tom potencijalnu mogućnost da u toj operaciji iskoriste i poresku vlast korumpirajući poresku administraciju, političare, poslanike u parlamentu i dr. U ovom lancu svaki od pomenutih subjekata ima svoje interese. Političar da dobije novac, poreski službenik novac i/ili unapređenje na poslu a poreski dužnik da umanji svoju poresku obavezu, itd. Zbog izbegavanja poreza država će imati manje sredstava nego što je planirala radi zadovoljavanja društvenih potreba, te će morati da iznađe nova sredstva. Do tih

sredstava će se često doći tako što će se povećati poresko opterećenje onih dužnika koji su bili lojalni državi i nisu pokušali da izbegnu porez. Tako će se stvoriti neprihvatljive socijalne razlike, i zbog toga što su neki dužnici platili porez a neki ne.

Dakle, pojava korupcije dejstvom poreskih subjekata se pojavljuje narušavanjem načela nepristrasnosti, nezakonitim korišćenjem društvenog položaja i moći radi lične, porodične ili grupne materijalne ili nematerijalne koristi.⁷ Zbog velike društvene opasnosti⁸ neophodno je imati efikasne odbranbene mehanizme putem kojih je neophodno suzbiti korupciju i tako otkloniti izložene neželjene pojave na odvijanje privrednog i društvenog života. Ti mehanizmi su u savremenim državama brojni. Pored umerenog oporezivanja, kao najvažniji bi bili: izgradnja jasnog i jednostavnog poreskog zakonodavstva; oslanjanje na manji broj posebnih pravnih normi kojima se regulišu poreski rashodi⁹; optimalni sistem poreskih sankcija i njihova dosledna primena; svođenje diskrecionog odlučivanja poreskih službenika na što manju meru; opredeljenje za stimulatívno nagrađivanje poreskih službenika uz mogućnost solidnog napredovanja u karijeri; jačanje unutrašnje kontrole, itd.

U međunarodnim okvirima aktuelan je sukob koji nastaje između poreske vlasti i poreskih obveznika (korporacija) vezanih za zakonito izbegavanje plaćanje poreza. Naime, u cilju smanjenja poreskog opterećenja brojni privredni subjekti (korporacije) u zemljama OECD pristupaju tzv. agresivnom poreskom planiranju kojim vešto koriste nedostatke poreskog zakonodavstva u cilju izbegavanja poreske obaveze.

S druge strane, poreske vlasti donose mere za sprečavanje takvog neprihvatljivog ponašanja jer su u suprotnosti sa svrhom donetih zakona. Dakle, uočavajući neretko opasnosti u praksi od neprihvatljivog agresivnog poreskog planiranja, poreske vlasti preventívno donose nove poreske propise i/ili menjaju postojeće u cilju otklanjanja mogućnosti neopravdanog izbegavanja plaćanja poreza.

Međutim, u praksi teško je postići zadovoljavajuće rezultate, zbog toga što se ovde poreski obveznici formalno-pravno ponašaju u okviru zakona. To je usloviло da pojedine države pristupaju ovom problemu sa moralnog stanovišta u okviru korporativne društvene odgovornosti. Tako se ograničava izbegavanje poreza

⁷ Videti: Viti Tanzi, *Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope and Cures*, International Monetary Fund Staff Papers, Vol. 45, No. 4/1998, str. 559–594.

⁸ U međunarodnim okvirima, od ukupnog koruptivnog ponašanja u javnom sektoru, više od polovine nastaje prilikom utvrđivanja i naplate poreza (Odd – Helge Fjeldstad, Bertil Tungodden, *Fiscal Corruption: A Vice or a Virtue?*, World Development, vol. 31, No. 8, 2003, str. 1459).

⁹ Poreski rashodi se pojavljuju u vidu umanjenja poreske osnovice i umanjenja plaćanja poreza. Javljaju se u raznovrsnim oblicima kao što su: olakšice, poreski odbici, poreska umanjenja, poreski izuzeci ili posebne poreske stope.

poreskih obveznika u okvirima utvrđenim opštim anti-abuzivnim zakonodavstvom.¹⁰

KOMPONENTE PORESKOPRAVNOG ODNOSA

Daleko najizdašnija sredstva za finansiranje svojih potreba savremena država pribavlja putem donošenja zakona o porezima i u njima utvrđuju opis poreskog činjeničnog stanja, koji obuhvata definisanje: poreskog poverioca, poreskog dužnika, poreskog objekta, pripisivanje (vezu između poreskog obveznika i poreskog objekta), poresku osnovicu, poresku jedinicu, poresku stopu i poresku olakšicu. U kontekstu izloženog, porez ne bi bio porez kada ne bi imao sledeće esencijalne elemente: poreski predmet (objekt), poresku osnovicu, poresku stopu i poreskog obveznika. Zbog toga zakonodavac mora prvo da izabere činjenicu koja će odrediti sposobnost za plaćanje porez. Ta mera poreske snage naziva se predmetom poreza. Drugo, treba da odredi ko će biti poreski obveznik. Treće, treba da odredi šta će služiti kao osnovica prema kojoj će se odrediti visina poreza. Najzad, mora biti određena poreska stopa, tj. iznos koji će se od svake jedinice poreske osnovice plaćati na ime poreza.

Praksa potvrđuje izuzetno složenu prirodu poreskopravnog odnosa, koji se pojavljuje kao odnos javnog prava i izražava kroz prava i obaveze koje imaju poreski poverilac i poreski dužnik. Celokupnost ovih odnosa utvrđenih zakonom (zahteva i odgovarajućih obaveza), predstavljaju poreskopravni odnos u širem smislu. Glavnu komponentu odnosa u širem smislu predstavlja poresko imovinski odnos u užem smislu i on sadrži zahteve i obaveze imovinske prirode, koji mogu biti raznovrsni:¹¹ glavni poreski zahtev (poresko potraživanje), odnosno glavna poreska obaveza (poreska obaveza u užem smislu); zahtev za sporedna poreska davanja, odnosno obaveza na sporedna poreska davanja; zahtev za odgovornošću, odnosno obaveza iz odgovornosti; zahtev za povraćaj (više ili pogrešno plaćenog) poreza, odnosno obaveza povraćaja poreza; zahtev za korišćenje poreskog kredita odnosno obaveza omogućavanja korišćenja poreskog kredita, i zahtev za poresku refakciju, odnosno obaveza poreske refakcije.

U teoriji kod poresko-imovinskog odnosa u užem smislu postoje nesaglasnosti u poimanju odnosa između glavnog poreskog zahteva, odnosno glavne po-

¹⁰ Judith Freedman, "Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle", University of Oxford, Faculty of Law, Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No 1472006, str. 339.

¹¹ Videti: Dejan Popović, Poresko pravo, Pravni fakultet, Beograd, 2008, str. 98.

reske obaveze s jedne strane, i zahteva za odgovornošću, odnosno obaveze iz odgovornosti, s druge strane. Po jednoj grupi mišljenja, koje se prihvata kod većeg broja autora, u okviru poresko imovinskog odnosa se pojavljuju dve vrste pravnih odnosa (dualistički pristup). Ovde se najpre pojavljuje pravni odnos koji se izražava u zahtevu poreskog poverioca i obavezi poreskog dužnika da izvrši dugovanu radnju. Drugi pravni odnos se ogleda u dužnikovoj odgovornosti, odnosno garantiji. Ukoliko se prvi odnos ne ispuni i poverilac ne dobije očekivano izvršenje, on ga može dobiti kroz drugi odnos, takođe obuhvaćen poreskopравnim odnosom u užem smislu, a koji se ostvaruje na planu odgovornosti, odnosno garantije. Za razliku od navedene dualističke teze, monistička koncepcija podrazumeva da je odnos između poverioca i dužnika jedinstven: poverilac je ovlašćen da od dužnika zahteva da ovaj izvrši dugovanu radnju, a dužnik je dužan da to učini. Odgovornost dužnika u slučaju neizvršenja, po ovoj koncepciji, nije elemenat pojma, već pravna posledica povrede prava.¹²

Osim poreskog imovinskog odnosa, komponentu poreskopравnog odnosa u širem smislu čini i poreski upravni odnos. Naime, rečeno je da je primarni cilj države da uvođenjem poreza prikupi neophodna sredstva za finansiranje javnih potreba. Međutim, pravovaljano prikupljanje sredstava se mora obaviti poštovanjem pored materijalno pravnih i formalno-pravnih normi. Preciznije, poreska vlast je dužna da poštuje poresku proceduru – brojne obaveze utvrđene zakonom kojim se utvrđuju pravila igre u postupku utvrđivanja i naplate poreza. S tim u vezi, u određenim slučajevima se propisuju ograničenja njenog delovanja, utvrđuju prava poreskih dužnika i utvrđuju njihove obaveze da u okvirima propisa saraduju sa poreskom vlašću. Dakle, potpuni poreskopравni odnos iskazuje se kroz ostvarenje u praksi pored poreskoimovinskog i poresko upravnog odnosa. Osetljivost materije zahteva rafiniranu pravnu regulativu obe navedene komponente, koja će omogućiti poreskoj vlasti da efikasno utvrdi i naplati porez u optimalnoj meri u zavisnosti od ekonomske snage poreskih obveznika.

Poreska procedura kod nas propisana je Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji¹³ (u daljem tekstu - ZPPPA), kome se u stručnoj literaturi daje epitet da predstavlja jedan od najznačajnijih poduhvata u sprovođenju poreskih reformi u Republici Srbiji. Pomenuti zakon ima ambiciju da uredi gotovo celokupni postupak utvrđivanja, naplate i kontrole javnih prihoda, prava i obaveze poreskih obveznika, registraciju poreskih obveznika i poreska krivična dela i prekršaje.

¹² Op. cit., str. 99.

¹³ "Službeni glasnik RS", br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06 i 61/07, 20/09, 72/09 – dr. zakoni, 53/010.

Prema tome, sada se uglavnom u ostalim zakonskim tekstovima koji tangiraju oporezivanje nalaze samo specifičnosti poreskog postupka za konkretni poreski oblik.

Iz dosadašnjeg izlaganja zaključujemo da je svrha zasnivanja poresko upravnog odnosa utvrđivanje poreza. Da bi se utvrdila poreska obaveza neophodno je da se u poreskom postupku utvrde relevantne činjenice. Njih je moguće utvrditi na osnovu dokaza. Prema ZPPPA, kao dokazi u poreskom postupku se mogu upotrebiti: poreska prijava, poreski bilans, poslovne knjige i evidencije, računovodstveni iskazi, poslovna dokumentacija i druge isprave i informacije kojima raspolaže Poreska uprava, prikupljene od poreskog obveznika ili trećih lica, iskazi svedoka, nalazi veštaka, uviđaji i sva druga sredstva kojima se činjenice mogu utvrditi.

Vrlo je važno da se utvrđivanje poreza vrši na racionalan i efikasan način. S tim u vezi, neophodno je da se primene postupci koji će kao rezultat imati tačnost obračunavanja poreza i optimalne troškove naplate, u koje se inkorporiraju troškovi poreskog postupka vezani za utvrđivanje obaveza, evidentiranja obaveza u poreskom knjigovodstvu i kontrole realnosti plaćanja poreza u pogledu visine i u zakonskim rokovima. U savremenim uslovima utvrđivanje poreza je delatnost poreske administracije, odnosno poreskog dužnika, koja se sastoji u izdavanju upravnih akata, odnosno u preduzimanju zakonom propisanih radnji, kojima se ustanovljava postojanje pojedinačne poreske obaveze i određuju poreski obveznik, poreska osnovica i iznos poreske obaveze.

Poreski dužnik utvrđuje porez samooporezivanjem. To je danas kod nas slučaj kod oporezivanja dobiti preduzeća, poreza na dodatu vrednost (PDV) i poreza po odbitku. Samoprijavljivanje (samooporezivanje – prim. Z.I.), podrazumeva da svaki poreski obveznik sam izračunava svoju obavezu i da ne postoje troškovi utvrđivanja visine obaveze od strane države, već samo troškovi evidentiranja i kontrole. Zbog toga, povećanje stepena tačnosti izaziva samo rast troškova kontrole obveznika, pa je i samoprijavljivanje kao metod utvrđivanja obaveze značajno troškovno efikasniji. Istovremeno, prebacivanjem odgovornosti za tačnost poreske obaveze sa poreske administracije na obveznika, primena metoda samoprijavljivanja daje i dva pozitivna indirektna efekta. Prvo, sužavaju se prilike za korupciju poreskih službenika. Drugo, neistinito prijavljivanje obaveze neposredno je povezano sa namerom poreske utaje, što je znatno teža i strožije sankcionisana kvalifikacija, od “običnog” neblagovremenog ili čak potpunog neplaćanja rešenjem utvrđene obaveze. Prva spada u krivično, a druga u upravno pravo.¹⁴ Međutim, potrebno je imati u vidu da samooporezivanje nije metod koji je pogodan

¹⁴ Videti, grupa autora: *Reforma poreskog sistema*, Centar za liberalno demokratske – studije, Beograd, 2003, str. 40.

za sve poreske oblike. Ukoliko je za poreske obveznike sam postupak izračunavanja osnovice i obaveze suviše složen i ukoliko nije moguće uspostaviti snažne i ne samo represivne podsticaje za samoprijavlјivanje, utvrđivanje obaveze rešenjem ima prednost nad metodom samoprijavlјivanja. Tipičan primer u kojem se iskazuju sve prednosti metoda samoprijavlјivanja je porez na dobit. Uz adekvatne mere kancelarijske i terenske kontrole i u situaciji u kojoj pribavlјanje eksternih finansijskih sredstava za poslovanje i investiranje ključno zavisi od uspešnosti preduzeća koja se meri i veličinom ostvarenog profita, obveznik ima jake motive da tačno iskaže osnovicu, a time i obavezu.¹⁵

Poreska uprava utvrđuje porez donošenjem rešenja u dva slučaja: u postupku poreske kontrole – ako poreski dužnik, suprotno zakonu, ne obavi utvrđivanje poreske obaveze ili ga izvrši netačno ili nepotpuno; i u slučajevima kada je zakonom propisano da se ne sprovodi samooporezivanje¹⁶, ili kada je zakonom propisano da se, uprkos samooporezivanju, poresko rešenje mora doneti¹⁷. Poreska uprava donosi rešenje o utvrđivanju poreza u postupku poreske kontrole po ZPPPA¹⁸ na osnovu podataka iz poslovnih knjiga i evidencija poreskog obveznika, i činjeničnog stanja utvrđenog u postupku kontrole. Poresko rešenje u slučajevima kada je zakonom propisano da se ne sprovodi samooporezivanje, Poreska uprava donosi na osnovu podataka iz evidencije nadležnog organa, podataka iz poreske prijave, odnosno izmenjene poreske prijave a, po potrebi, i na osnovu podataka iz poslovnih knjiga i evidencija poreskih obveznika. U slučaju da poreski obveznik ne podnese poresku prijavu, poresko rešenje o utvrđivanju poreza doneće se na osnovu podataka iz poslovnih knjiga i evidencija poreskog obveznika, i činjeničnog stanja utvrđenog u postupku kontrole. Ako se poresko rešenje ne može doneti na izložene navedene načine, to će se učiniti na osnovu procene poreske osnovice. Procena poreske osnovice može se utvrditi primenom jednog od sledećih metoda: metoda parifikacije i metodom unakrsne procene, na način uređen ZPPPA.¹⁹

Metodom parifikacije Poreska uprava utvrđuje poresku osnovicu na jedan od sledećih načina:

– procenom polazeći od raspoložive uredne poslovne dokumentacije o poslovanju kraćem od perioda oporezivanja (dnevnom, nedeljnom ili mesečnom)

¹⁵ Op. cit., str. 40 i 41.

¹⁶ Na primer: kod poreza na imovinu, poreza na prenos apsolutnih prava, godišnjeg poreza na dohodak građana. Kod ovih poreza, izračunavanje osnovice je za brojne poreske obveznike složeno a primena represivnih mera bila bi skopčana sa velikim troškovima, itd.

¹⁷ Na primer: kod poreza na prihode od samostalnih delatnosti.

¹⁸ Videti čl. 55, 122 st. 4 i čl. 129 ZPPPA.

¹⁹ Videti čl. 58–60 ZPPPA.

tako što se na osnovu podataka o tom delu poslovanja procenjuje poreska osnovica za period za koji se utvrđuje porez;

– procenom na bazi podataka i činjenica o ostvarenom prometu (dnevnom, nedeljnom ili mesečnom) utvrđenim uviđajem ili kontrolom, tako što se na osnovu tih podataka činjenica procenjuje poreska osnovica za period za koji se utvrđuje porez;

– upoređivanjem sa podacima drugih obveznika, koji obavljaju istu ili sličnu delatnost na istoj ili sličnoj lokaciji, pod približno jednakim uslovima.

Kod poreza na dohodak građana osnovica poreza se može utvrditi metodom unakrsne procene poreske osnovice. Pomenuta osnovica se utvrđuje kao razlika između vrednosti imovine na kraju i na početku kalendarske godine, umanjena za iznos prijavljenog dohotka i za vrednost imovine pribavljene sredstvima stečenim nasleđem, poklonom ili na drugi zakonit besteretan način, kao i za iznos prihoda koji podležu oporezivanju porezom na dohodak građana a koji ne ulaze u oporezivanje godišnjim porezom na dohodak građana, za koju to poreski obveznik, odnosno drugo lice ističe i o tome pruži odgovarajuće materijalne dokaze. Pomenuta imovina koja predstavlja osnovicu Zakonom je taksativno utvrđena.²⁰ Poreska osnovica (tzv. neprijavljeni prihod) utvrđena na navedeni način, oporezuje se kao drugi prihod, u smislu zakona kojim se uređuje porez na dohodak građana, bez priznavanja normiranih troškova.

PORESKA UPRAVA

U savremenim državama zastupljeno je mišljenje da efikasnost poreskog sistema zavisi ne samo od optimalnih poreskih zakona i ponašanja poreskih dužnika, već u velikoj meri i od uspešnog rada poreske administracije (uprave). S tim u vezi, posebno se kod zemalja u razvoju ističe da je nezadovoljavajuće prikupljanje budžetskih sredstava rezultat neefikasnog rada poreske administracije, ili u većoj ili manjoj meri njenoj korumpiranosti. Praksa je pokazala da ne postoji dobra poreska politika bez dobre poreske uprave.

Značaj rada poreske uprave je veliki, jer se njihovim uspešnim radom mogu ostvariti izdašni javni prihodi s istovremenim smanjivanjem visokih poreskih stopa i ublažavanjem postojećih poreskih nejednakosti različitih grupa poreskih obveznika.²¹ Međutim, za uspešan rad poreske uprave potrebno je da se ostvare broj-

²⁰ Videti čl. 59 ZPPPA.

²¹ Izloženi značaj rada poreske administracije postojao je i u istorijskom razvoju brojnih država. Inspirisiran tim pojavama, naš nobelovac je u svome remek delu napisao: "Nova država (Austro-

ne pretpostavke koje zahtevaju teorija i praksa. Najpre, neophodno je založiti se za usmerenost poreske uprave poreskim obveznicima, povećanje stručnosti, osposobljenosti, specijalizacije i posedovanje interdisciplinarnih znanja poreskih službenika, itd. Pored toga, za uspešnu poresku reformu neophodno je izgraditi transparentnu i jednostavnu poresku strukturu. Zato su mnoge zemlje prilikom koncipiranja novih poreskih propisa vodile računa o suštinskom pojednostavljenju poreskog sistema, uvele jednostavne poreske obrasce, smanjili ili ukinuli brojne poreske olakšice, reducirale potrebnu dokumentaciju itd. Pored toga, u zemljama EU poreska administracija se obavezuje da pruža pomoć u poreskom postupku poreskim obveznicima, preko pružanja informacija o relevantnim pitanjima vezanim za interese obveznika prilikom plaćanja poreza. Obogaćivanje položaja poreskog obveznika putem pružanja spektra poreskih usluga nadahnuo je pojedine autore da se založe za izjednačavanje termina poreski obveznik i korisnik usluge. Očito je da se ovde neosnovano preteruje. Ipak, i pored svih vidnih pozitivnih promena u odnosu na poreske vlasti i poreskog obveznika, plaćanje poreza je pojava koja je nametnuta poreskim obveznicima i on je ne može izbeći da bi ga mogli nazvati korisnikom usluge. Jednostavnije rečeno, poreski obveznik u ovom odnosu ne traži usluge od strane države i objektivno njegov položaj je u odnosu na nju inferiorniji.

U toku razvoja odnosa u EU mislilo se, da nije potrebno harmonizovati rad državne administracije (u okviru nje i poreske uprave), i da svaka zemlja članica treba da izgrađuje delatnost javne uprave u zavisnosti od svojih potreba i specifičnosti. Međutim, kasniji tokovi razvoja u ovoj organizaciji pokazali su nužnost stvaranja tzv. Evropskog administrativnog prostora (EAP), kao skupa principa, vrednosti, i standarda koje treba da dele državne administracije (uprave). U prvom je stadijumu bila karakteristična spontana i neformalna razmena iskustava, uvođenja zajedničkih koncepata i praksi, dok se u poslednjih petnaestak godina uvođenje "najbolje prakse" smatra procesom koji treba podržati. EAP je time postao evoluirajući proces ujednačavanja administrativnih pravnih poredaka i administrativnih praksi zemalja članica. Unutar EU, on postaje sve više nadnacionalan i kao posledica članstva u ovoj integraciji moguće je od zemalja članica zahtevati primenu zajedničkih obavezujućih administrativnih vrednosti, principa i standarda, definisanih na evropskom nivou od strane Evropskog suda pravde.²²

ugarska – prim. Z.I.) sa svojim dobrim upravnim aparatom, uspevala je da na bezbolan način, bez nasrtaja i potresa izvuče iz naroda poreze i namete koje mu je turska vlast otimala neracionalnim, grubim metodama ili prosto pljačkom, i to da izvuče isto onoliko, i više, samo još brže i sigurnije." (Ivo Andrić, *Na Drini ćuprija*, Prosveta, 1981, Beograd, str. 215).

²² Videti dr Marina Dimitrijević, *Poreska administracija u svetlu nekih evropskih zahteva*, "Pravni život", br. 11, Beograd, 2008, str. 727 i 728.

U savremenim uslovima su izuzetno važni standardi EAP vezani za poštovanje principa efikasnosti i efektivnosti od strane poreske administracije. Efikasnost rada je ispoštovana ako se prikupljanje poreza vrši brzo, jeftino i kvalitetno. To će se u praksi jasno manifestovati ako poreska uprava željene rezultate postiže angažovanjem malog broja službenika, minimuma materijalnih troškova i korišćenjem relativno kratkog vremena. S druge strane, može se reći da je efektivnost u radu ispoštovana, ako poreska uprava postigne zadovoljavajuće rezultate gledano u odnosu na utvrđene ciljeve u zadatom periodu i saglasnosti (pozitivne ocene) poreskih obveznika sa njihovim radom u tom periodu.²³ Dakle, u poreskoj teoriji se jasno razlikuju pojmovi efektivnosti i efikasnosti rada poreske administracije. S tim u vezi, poreska administracija može biti efikasna imajući u vidu niske troškove koje ima prilikom naplate poreza, ali da je istovremeno njen rad neefektivan, u slučaju da nije postignuto u dovoljnoj meri dobrovoljno plaćanje poreza od strane poreskih obveznika.²⁴

Ne treba potcenjivati potrebu susretljivosti poreske administracije prema poreskim dužnicima. S tim u vezi, u želji za inteziviranjem dobrovoljnog plaćanja poreza, poreske vlasti u savremenim državama, ulažu vidne napore da pomognu poreskim dužnicima u ispunjavanju njihovih obaveza. Tako, poreska administracija pruža poreskim dužnicima usluge u zavisnosti od njihovih iskazanih zahteva. Uopštavajući, ti zahtevi poreskih dužnika se manifestuju kroz njihove potrebe da poreska vlast deluje elastično, da je u dovoljnoj meri dostupna obveznicima, da kvalitetno obavlja utvrđivanje i naplatu poreza itd.

Pre uvođenja reformisanog fiskalnog sistema početkom devedesetih godina prošlog veka, u Republici Srbiji, poslove državne uprave u oblasti javnih prihoda vršile su Republička uprava javnih prihoda (RUJP), pokrajinske uprave prihoda i opštinske uprave društvenih prihoda. Ovim poslom u svojim domenima bavile su se i Služba društvenog knjigovodstva preko svojih filijala, banke, preduzeća i dr.²⁵ Praktična iskustva u vremenu važenja ranijih propisa pokazala su da je, u celini gledano, ceo sistem bio glomazan i komplikovan i da nije davao optimal-

²³ "Odnos poreske administracije prema poreskim obveznicima (arogantnost, šikaniranje, nesusretljivost i sl.) utiče na otpor plaćanju poreza" – dr Božidar Jelčić, *Finansijsko pravo i finansijska znanost*, Informator, Zagreb, 1998, str. 189.

²⁴ Carlos A. Silvani, *Improving Tax Compliance, Improving Tax Administration In Developing Countries*, ed. by Richard M. Bird, Milka Casanegra de Jantscher, IMF, 1992, str. 274.

²⁵ Glavnu ulogu su ipak imali Uprave društvenih prihoda i Služba društvenog knjigovodstva. Međutim, nadležnost Uprave društvenih prihoda je ograničena bila na utvrđivanje, naplatu i kontrolu društvenih prihoda od stanovništva, dok je naplatu i kontrolu društvenih prihoda (poreza, doprinosa, taksa, naknada i dr.) koji je plaćao tzv., društveni sektor, vršila Služba društvenog knjigovodstva.

ne rezultate. On nije bio ni komparabilan sa sistemima modernih savremenih država tržišne orijentacije. Jer, iskustva razvijenih tržišnih ekonomija su nedvosmislena u isticanju potrebe postojanja jedinstvene poreske administracije kao jednog od bitnih uslova za uspostavljanje i efikasno delovanje modernog i tržišnim uslovima privređivanja odgovarajućeg fiskalnog sistema. U svim savremenim tržišnim privredama postoji snažna, tehnički i kadrovski dobro opremljena poreska administracija. Zato je i u našim uslovima bilo potrebno stvoriti takvu jedinstvenu poresku administraciju i poveriti joj celokupan postupak razreza, naplate, kontrole i inspekcije svih društvenih prihoda.²⁶

Republička uprava javnih prihoda je do kraja 2003. godine bila ovlašćena za utvrđivanje i naplatu samo poreza, koji su se utvrđivali rešenjem poreskog organa, na osnovu podnete poreske prijave, dok je ex post kontrolu vršila kod svih javnih prihoda. S druge strane, Zavod za obračun i plaćanja je vršio ex ante kontrolu poreza i doprinosa koji su se plaćali po odbitku i uplaćena sredstva usmeravao na propisane uplatne račune javnih prihoda i istovremeno ih je raspodeljivao teritorijalno političkim zajednicama kojima su pripadali.

Polazeći od iskustva razvijenih savremenih država, kreatori naših reformisanih propisa smatrali su da tu praksu treba napustiti. To je učinjeno donošenjem ZPPPA krajem 2002. godine. Konkretno, ovim Zakonom se objedinila celokupna aktivnost u postupku utvrđivanja, naplate i kontrole poreza i drugih javnih prihoda pod okriljem Poreske uprave u sastavu Ministarstva finansija. Pored ostalog, očekivalo se da će ovaj upravni organ da obezbedi efikasnu naplatu navedenih javnih prihoda. Preciznije, Poreska uprava je trebalo da evidentira uplate i kontroliše proceduru koju je sproveo isplatilac. Od 1. januara 2003. godine poslovne banke su preuzele vršenje platnog prometa. Smatralo se da poslovne banke ne mogu, niti treba, da imaju fiskalnu funkciju. Tako je u praksi otpala ex ante kontrola poreza i doprinosa na zarade, honorare i druga primanja koja se oporezuju po odbitku, koju je vršio ZOP.

Nažalost, uprkos očekivanjima, u praksi je došlo do osetnog izbegavanja plaćanja javnih prihoda. Prema nekim procenama, od kada je Poreska uprava preuzela kontrolu naplate doprinosa, dug poslodavaca (od neuplaćenih doprinosa) prema penzijskom fondu bez kamata se povećao deset puta. Zbog toga po mom mišljenju, zakonodavac u ovoj materiji mora da napravi značajne promene, putem donošenja novih pravnih rešenja i napokon počne sa efikasnom i doslednom naplatom zakonom utvrđenih prihoda. S tim u vezi, najvažnije je obavezati banke

²⁶ Videti: Grupa autora, "Služba društvenih prihoda i izgradnja informacionog sistema kao uslova za efikasan rad službe", Ekonomski institut, Beograd, i Institut za javne finansije, Zagreb, Beograd-Zagreb, april, 1990, str. 4 i 5.

preko kojih se obavlja platni promet da onemoguće isplatu zarada, bez prethodno neplaćenih dažbina. Pored toga, potrebno je ozbiljno povesti računa prilikom propisivanja oštine sankcija i njihove efikasne primene i pri tom jednako tretirati izbegavanje poreza i doprinosa.

Poreska uprava za svoj rad odgovorna je Vladi i Narodnoj skupštini Republike Srbije. Na njenom čelu je direktor (postavlja ga Vlada, na predlog ministra finansija) koji ima značajnu ulogu za efikasno funkcionisanje poslova kontrole, utvrđivanja i naplate dažbina.

Svoju ulogu direktor izražava kroz obezbeđivanje koordinacije rada i jedinstvenu primenu poreskih propisa na celokupnoj teritoriji Republike, koja se ostvaruje aktima ministra finansija (pravilnici, naredbe, uputstva, obavezne instrukcije) i neposrednim izdavanjem internih akata za rad (uputstva, naredbe, instrukcije i dr.).

Nadležnost Poreske uprave taksativno je određena ZPPPA. Po tom propisu Poreska uprava: vrši registraciju poreskih obveznika dodeljivanjem poreskog identifikacionog broja (PIB) i vodi jedinstveni registar poreskih obveznika; vrši utvrđivanje poreza u skladu sa zakonom; vrši poresku kontrolu u skladu sa zakonom; vrši redovnu i prinudnu naplatu poreza i sporednih poreskih davanja; otkriva poreska krivična dela i njihove izvršioce i u vezi sa tim preduzima zakonom propisane mere; podnosi zahteve za pokretanje prekršajnog postupka za poreske prekršaje; odlučuje o žalbama izjavljenim protiv rešenja donetih u poreskom postupku od strane organizacionih jedinica Poreske uprave; odlučuje o žalbama izjavljenim protiv rešenja donetih u poreskom postupku od strane nadležnih organa jedinica lokalne samouprave; stara se o primeni međunarodnih ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja; razvija i održava jedinstveni poreski informacioni sistem; vodi poresko računovodstvo; planira i sprovodi obuku zaposlenih; vrši nadzor nad primenom zakona i drugih propisa od strane njenih organizacionih jedinica i po izvršenom nadzoru preduzima mere u skladu sa zakonom kojim je uređen opšti upravni postupak; vrši unutrašnju kontrolu rada i ponašanja poreskih službenika i nameštenika u vezi sa radom i u slučajevima kada se utvrdi protivpravno postupanje i ponašanje pokreće i vodi odgovarajuće postupke radi utvrđivanja odgovornosti; obavlja internu reviziju svih organizacionih delova Poreske uprave u skladu sa zakonom i međunarodnim standardima interne revizije u javnom sektoru; pruža stručnu pomoć poreskim obveznicima u primeni poreskih propisa, u skladu sa kodeksom ponašanja zaposlenih u Poreskoj upravi; obezbeđuje javnost u radu; obavlja druge poslove u skladu sa zakonom; obavlja i druge poslove na osnovu zaključenih ugovora uz naknadu, u skladu sa zakonom.

ZPPPA daje vidnu ulogu i značaj postupku poreske kontrole koju vrši Poreska uprava. Taj postupak jasno razlikuje kancelarijsku i terensku kontrolu, i radnje u cilju otkrivanja poreskih krivičnih dela.²⁷

U cilju suzbijanja kriminaliteta u oblasti javnih prihoda, ustanovljava se u okviru Poreske uprave Poreska policija. Ona se obrazuje kao posebna organizaciono funkcionalna celina i predstavlja organizacionu jedinicu Poreske uprave specijalizovanu za izvršavanje poslova na otkrivanju i prijavljivanju poreskih krivičnih dela i njihovih izvršilaca. Na čelu Poreske policije je glavni inspektor, koji organizuje i neposredno rukovodi radom. Postavlja ga Vlada Republike Srbije na predlog ministra finansija.

U modernim državama poreske administracije se reorganizuju prema različitim kategorijama poreskih obveznika, prema njihovoj veličini i tim putem deluje u pravcu smanjenja rizika prilikom prikupljanja poreskih prihoda.²⁸ Delujući u tom pravcu a radi efikasnijeg utvrđivanja naplate poreza i racionalnog korišćenja raspoloživih resursa, kod nas je došlo do posebnog zakonskog tretmana tzv. velikih poreskih obveznika. ZPPPA to je konkretizovano tako što je omogućeno da u okviru Poreske uprave funkcioniše organizaciona jedinica za velike poreske obveznike, koja će omogućiti da se ona pravna lica čiji je fiskalni potencijal od posebnog značaja za Republiku podvrgnu specijalnom tretmanu u oporezivanju i poreskoj kontroli. Kriterijumi za određivanje velikih poreskih obveznika i vrste poreza za koje organizaciona jedinica nadležna za velike poreske obveznike izvršava poreske poslove, utvrđeni su Pravilnikom koji je doneo ministar finansija.²⁹

Osetljivost materije kojom se bave poreski službenici i nameštenici su usloveli njihovu strožu odgovornost. Oni se ne mogu baviti poslovima koji su nespojivi sa njihovom službenom dužnošću, a prilikom obavljanja poslova iz svoje nadležnosti dužni su da poštuju pravila ponašanja zaposlenih u Poreskoj upravi. Zbog neodložnosti delatnosti koje obavljaju zaposleni u Poreskoj upravi su dužni da poslove iz svoje nadležnosti, kada je to neophodno obavljaju i posle isteka radnog vremena, subotom, nedeljom, u dane državnih praznika i noću. Takođe, pomenuti radnici su dužni da se stručno obrazuju, osposobljavaju i usavršavaju prema programu Poreske uprave. Povezano sa ovim je i odredba, da u vršenju poslova iz svoje nadležnosti službena lica Poreske uprave dužna su da poslove obavljaju u skladu sa zakonom, pri čemu se ne mogu rukovoditi svojim političkim ubeđenjima.

²⁷ Videti čl. 116–139 ZPPPA.

²⁸ Videti: *Improving Large Taxpayer Compliance: A Review of Country Experience*, Occasional Paper, No. 215, IMF.

²⁹ Videti: Pravilnik o kriterijumima za određivanje velikih poreskih obveznika i o vrstama javnih prihoda za koje je nadležan centar za velike poreske obveznike. ("Službeni glasnik RS", br. 43/10).

Zakonom o finansiranju lokalne samouprave³⁰ jedinice lokalne samouprave su dobile mogućnost da preko svojih organa mogu svoje izvorne prihode (porez na imovinu, lokalne komunalne takse, lokalne administrativne takse, boravišnu taksu, naknadu za korišćenje građevinskog zemljišta, itd.) procesuiraju. Glavni razlog za ovakvo rešenje srpski zakonodovac nalazi u potrebi efikasnije i izdašnije naplate pomenutih javnih prihoda, za koje se ocenjivalo da se od strane republičke Poreske uprave neopravdano nisu postizali željeni rezultati. S tim u vezi, ZPPPA u primeni je i u jedinicama lokalne samouprave prilikom utvrđivanja, kontrole i naplate poreza i sporednih poreskih davanja (i kod podnošenja zahteva za pokretanje prekršajnog postupka) koje na osnovu zakona naplaćuju pomenuti subjekti. Dakle, nadležni organi jedinice lokalne samouprave prilikom utvrđivanja, naplate, kontrole poreza i dr., imaju prava i obaveze koje ima Poreska uprava po ZPPPA osim prava i obaveza koje se odnose na: identifikaciju i registraciju poreskih obveznika; procenu poreske osnovice metodom parifikacije i metodom unakrsne procene; otkrivanje poreskih krivična dela; rešavanje u drugom stepenu u poreskim stvarima, itd.³¹

VRSTE PORESKIH DUŽNIKA

U poreskom pravu više subjekata se pojavljuju kao poreski dužnici (stranke) poreskoimovinskog odnosa ili poreskopravnog odnosa u užem smislu. To su: poreski obveznik, poreski platac, poreski destinatar i poreski jamac. Istovremeno, neki od tih subjekata se mogu ali ne moraju pojaviti i kao poreski dužnici poreskopravnog odnosa. Pored toga, pojavljuju se subjekti kao poreski dužnici (stranke) samo u okviru poresko upravnog odnosa. To su poreski posrednici, vlasnici prostorija i dr.

Centralno mesto u poreskopravnom odnosu svakako ima poreski obveznik. Često puta se u teoriji i praksi nije pravilo razlikovanje između termina poreski obveznik i poreski dužnik, te su se oni u poreskim zakonima shvatali kao sinonimi. Poreski obveznik je fizičko ili pravno lice kome zakon određuje da plati porez. Shodno tome obveznici poreza, koji su zakonom određeni da plate ovaj prihod moraće to i da učine. Prirodno, ovim putem se poreski obveznici pojavljuju i kao poreski dužnici. Blizak poreskom obvezniku je poreski punomoćnik, koji u granicama punomoćja dobijenih od obveznika obavlja u njegovo ime i za njegov račun

³⁰ Videti čl. 6 i 60, Zakona o finansiranju lokalne samouprave ("Službeni glasnik RS", br. 62/06 i 47/011).

³¹ Videti čl. 160. tač. 9), 11b) i 12), čl. 161, 164, i 167–170 ZPPPA.

poreske poslove (plaća porez, podnosi poreske prijave, prima poreske akte, itd. Međutim, poreske poslove za poreskog obveznika mogu obaviti i druga lica koja se pojavljuju kao stranke (poreski dužnici) u poreskopravnom odnosu. Ta lica su zakonski zastupnici fizičkog i pravnog lica. Kao zastupnici fizičkog lica se pojavljuju roditelji maloletnih lica i staraoci nesposobnih šticećenika, dok se kao zastupnici pravnih lica pojavljuju fizička lica upisana u registar određen propisima. U određenim slučajevima predviđenim propisima zastupnika po službenoj dužnosti postavlja Poreska uprava. Na primer, nepoznatom vlasniku imovine koja je predmet poreskog postupka.

Kao važan poreski dužnik u poreskom pravu pojavljuje se poreski platac. To je lice u poreskopravnom odnosu koje je dužno na osnovu zakona da u ime i za račun poreskog obveznika obračuna i uplati porez. Preciznije, ovde je treće lice (poreski platac) koje isplaćuje prihod obvezniku propisom obavezno da utvrdi osnovicu i da na osnovu nje odredi visinu poreza i da ga uplati poreskoj vlasti. Ovaj metod onemogućava izbegavanje poreza od strane poreskog obveznika. No, njemu se olakšava, jer je sav posao oko plaćanja poreza prenet na treće lice. Tako, često obveznik nije svestan da je on, u stvari, obveznik.

Važnost poreskog placa posebno proizilazi zbog toga što što se on istovremeno pojavljuje u ulozi zakonskog jemca. Istina, on nije obveznik ni prema zakonu niti je stvarni obveznik. Suštinski on se pojavljuje kao obveznik u tehničkom smislu (tzv. sakupljač prihoda) i njegova glavna obaveza koju mu je zakon naložio je da za obveznika, stvarnog i zakonskog, utvrdi obavezu, obračuna visinu i da je odbije. Ako ovu svoju obavezu ne izvrši on će biti dužan da plati dugovani iznos, jer je odgovoran kao zakonski jemac.

Poreski platac se pojavljuje kod tzv. poreza po odbitku. Po zakonu o porezu na dohodak građana³² (čl. 99), po odbitku od svakog pojedinačno ostvarenog prihoda utvrđuju se i plaćaju porezi na sledeće prihode: zarade; prihode od autorskih i srodnih prava i prava industrijske svojine ako je isplatilac prihoda pravno lice ili preduzetnik; prihode od kapitala (kamate, dividende i drugi prihodi); prihode od nepokretnosti ako je isplatilac prihoda pravno lice ili preduzetnik; prihode od davanja u zakup pokretnih stvari, ako je isplatilac prihoda pravno lice ili preduzetnik; dobitke od igara na sreću; prihode od osiguranja lica; prihode sportista i sportskih stručnjaka; ostale prihode, ako je isplatilac prihoda pravno lice ili preduzetnik.

Prijavu ne podnose obveznici koji plaćaju porez po odbitku. Naime, kod ovih poreza poreski dužnik – obveznik u tehničkom smislu (tzv. sakupljač priho-

³² "Službeni glasnik RS", br. 24/01, 80/02 – dr. zakon, 135/04,62/06, 65/06 – ispr., 31/09, 44/09, 3/10, 18/010 i 50/011.

da ili platac), za stvarnog i zakonskog obveznika utvrđuje obavezu, obračunava visinu i iz njegovog prihoda odbija je i uplaćuje državi. Međutim, poreskim propisima, poresku prijavu za poreze po odbitku su dužni da podnesu poreski platac, odnosno poreski posrednik. U toj prijavi navedeni subjekti prezentiraju informacije o obračunatom i plaćenom porezu po odbitku, sa nazivom i brojem uplatnog računa javnih prihoda na koji je taj porez uplaćen. ZPPPA³³ razlikuje dve poreske prijave po odbitku i to:

– zbirnu, koja sadrži informacije o obračunatom i plaćenom porezu po odbitku od strane jednog poreskog placa za sve primaocce prihoda, odnosno od strane jednog poreskog posrednika za sve poreske obveznike, odnosno poreske platce, koji kod njega imaju račun;

– pojedinačnu, koja sadrži informacije o obračunatom i plaćenom porezu po odbitku od strane jednog poreskog placa za svakog primaoca prihoda, odnosno od strane jednog poreskog posrednika za svakog poreskog obveznika, odnosno poreskog placa, koji kod njega ima račun.

Navedene prijave se podnose u rokovima određenim ZPPPA. Tako zbirna prijava se podnosi Poreskoj upravi jednom mesečno, i to u roku od 5 dana po isteku meseca, posebno za svaku isplatu izvršenu u prethodnom mesecu. Izuzetno od navedenog roka, veliki poreski obveznici podnose zbirnu poresku prijavu istog dana kada je izvršena isplata, a najkasnije u roku od dva dana od dana isplate prihoda koji se oporezuju po odbitku.

Pojedinačne poreske prijave koje se podnose za svakog poreskog obveznika, odnosno poreskog placa, podnose se Poreskoj upravi jednom godišnje, najkasnije do 31. januara za prethodnu godinu. Navedenim rešenjima poreska vlast pokušava da svede na najmanju meru mogućnost izbegavanja plaćanja poreza.

Kao nosilac poreskog opterećenja se pojavljuje onaj ko ekonomski gledano plaća porezni iznos, odnosno lice čiji se dohodak ili imovina smanjuju zbog poreskog opterećenja. Ako zakonodavac želi da se porez prevaljuje, tada se onaj kome je zakonom namenjeno konačno porezno opterećenje, zove poreski destinatar.³⁴ S tim u vezi, u poreskom pravu je interesantna njegova uloga. To je lice koje se u pravnom smislu može ali se češće u propisima izričito ne definiše kao poreski subjekt.

Drugim rečima, on se ne mora u propisima odrediti kao poreski obveznik. Međutim, njemu se prećutno po intenciji zakonodavca namenjuje poreska teret. Kada se ne pojavljuje kao poreski obveznik, tada se za poreskog destinataru može

³³ Videti čl. 41, ZPPPA.

³⁴ Videti: dr Dieter Brummerhoff, Javne financije, sedmo izdanje, R. Oldenbourg Verlag, Munchen Wien, prevod, MATE, 2000, Zagreb, str. 226.

reći da se pojavljuje kao ekonomski ili stvarni obveznik ali ne i pravni. To je slučaju npr. kod posrednih poreza (PDV i akciza) gde je zakon kao pravne obveznike utvrdio prodavce (subjekte koji proizvode i usluge stavljaju u promet). Oni ispunjavaju obavezu plaćanja poreza tako što su dužni da ga na prodajnu cenu uračunaju po propisanoj stopi. Međutim, dužni porez će po intenciji zakona biti prevladan krajnjim potrošačima. Ovim putem oni će se pojaviti kao poreski destinatari i faktički postati stvarni ili ekonomski obveznici.

Kao poreski dužnici u svojstvu poreskih posrednika se pojavljuju banke ili drugi nosioci platnog prometa. Oni su dužni da sa računa poreskih dužnika (poreskih obveznika ili poreskih plataca) na osnovu njihovih naloga za prenos sredstava obustave i po odbitku uplate utvrđeni porez, u svoje ime, a za račun poreskih obveznika, odnosno poreskih plataca, na odgovarajuće uplatne račune.

ZAKLJUČAK

Neminovnost pravnog oblikovanja poreza kao najvažnijeg javnog prihoda u savremenim državama, fokusira potrebu ispitivanja uloge, značaja i odgovornosti poreskih subjekata kao stranaka poreskopravnog odnosa. Važnost ovih pitanja permanentno je aktuelna zbog toga što se ovde pojavljuju dve stranke, koje gledano s aspekta prava i dužnosti nisu ravnopravne. Nejednaki je intezitet prava i dužnosti, poverioca – države (aktivnog poreskog subjekta) u odnosu na poreske dužnike (pasivne poreske subjekte). Pošto zakone donosi i primenjuje država, ona je superiornija. Jednostavno, ona utvrđuje pravila igre.

Dakle, realnost poreskopravnog odnosa zahteva rafiniranost pravne regulative, kojom bi se u praksi doprinelo efikasnoj i izdašnoj naplati poreza, uz istovremeno dosledno i potpuno poštovanje zakonskih prava poreskih dužnika. Da bi poreski dužnici bili lojalni državi i ispunjavali svoje brojne obaveze vezane za plaćanje poreza, neophodno je da poreska administracija pokaže izuzetnu ozbiljnost, znanje i kreativnost, što u praksi često nije slučaj.

Najzad, autor ukazuje i na potrebu ozbiljne borbe protiv izbegavanja poreza koja nastaju negativnom kooperacijom između poreske administracije i poreskih dužnika.

ZORAN ISAILOVIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law,
University of Priština

TAX ENTITIES IN CONTEMPORARY LAW

Summary

Indispensability of legal tax shaping as the most important public revenue in contemporary countries points to the necessity of assessing the role, significance and responsibility of tax entities as the parties of tax-legal relationship. These issues are of permanent importance given that here two parties are involved, which, viewed from the aspect of rights and duties, are not equal. Namely, unequal is the intensity of the rights and duties of the trustee – a state (active tax entity) in relation to tax debtors (passive tax entities). Since the laws are passed and enforced by the state, it is more superior considering that it establishes rules of the game.

In this work the author studies the reality of the tax-legal relationship that demands a refined legal regulative, which in practice would contribute to efficient and generous tax collection, together with consistent and complete honouring of tax debtors' legal rights. For the tax debtors to be loyal to the state and to meet their numerous obligations relative to tax payment, it is indispensable that the tax administration shows an exceptional seriousness, knowledge and creativity, which in practice often is not the case. Finally, the author also points to the necessity of serious fight against tax evasion, which stems from the negative cooperation between tax administration and tax debtors.

MIROSLAV VRHOVŠEK

KRITIČKI OSVRT NA POJEDINA REŠENJA U PORESKOM SISTEMU REPUBLIKE SRBIJE

U V O D

Ovaj rad predstavlja nastavak rada istog autora¹ izložen u sekciji *Porezi* na 22. savetovanju Kopaoničke škole prirodnog prava, u kome je obrazložena ideja kojom se afirmiše rad poreske sekcije u sklopu celokupnog uspešnog rada Kopaoničke škole prirodnog prava putem uticaja naučnih i stručnih dostignuća na zakonodavca u cilju što uspešnijeg oblikovanja sveukupnog poreskog sistema.

Nadovezujući se na iznetu i na poreskoj sekciji opšte prihvaćenu ideju, autor se u ovom radu kritički osvrće na pojedina rešenja u sadašnjem poreskom sistemu Republike Srbije, upravo da bi se kod zakonodavca inicirala potreba za donošenjem nekih novih, svakako boljih i adekvatnijih rešenja uočenih spornih pitanja, kako u teoriji, tako naročito u praksi. To je učinjeno na način koji je primeren opšte prihvaćenim naučnim stavovima iz oblasti poreza i poreske politike, unetim u

Prof. dr Miroslav Vrhovšek, profesor emeritus i naučni savetnik, Privredna akademija Novi Sad.

¹ Izmene i dopune Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji – ipak se kreće – zajedno sa koautorom Veljkom Čavićem, objavljen u časopisu *Pravni život*, br. 12/09 str. 69–87.

Deklaraciju Kopaoničke škole prirodnog prava², imajući, pri tom, naročito u vidu poruku iz Deklaracije da s obzirom da se većina država savremenog sveta orjentiše na ustanove tržišne privrede, poresko zakonodavstvo sve više dobija zajedničke forme i standarde regionalnog, pa i univerzalnog značaja.

Javni prihodi uz javne rashode čine osnovne institucije javnih finansija svake zemlje pa i Republike Srbije, pri čemu javni prihodi mogu biti javnopravni (derivativni) i privatnopravni (originarni).

Zakonom o budžetskom sistemu ("Službeni glasnik RS", br. 54/09, 73/10 i 101/10), propisano je da su *javni prihodi* prihodi koji su ostvareni obaveznim plaćanjima poreskih obveznika; prihodi direktnih i indirektnih korisnika budžetskih sredstava i sredstava organizacija za obavezno socijalno osiguranje. Prema odredbi člana 14. stav 1. ovog zakona, javni prihodi su: porezi; doprinosi za obavezno socijalno osiguranje; naknade za korišćenje dobara od opšteg interesa; takse; samodoprinos; donacije i transferi; ostali javni prihodi.

Poreske prihode, kao vrstu javnog prihoda država prikuplja obaveznim plaćanjima poreskih obveznika bez obaveze izvršenja specijalne usluge zauzvrat, a *poreski rashodi* su olakšice i oslobođenja od standardne poreske strukture, koji umanjuju iznos naplaćenih prihoda i koji se mogu uvoditi samo zakonima kojima se uvodi odgovarajući porez.

Fiskalna politika predstavlja odluke koje donose ili radnje koje sprovode organi vlasti Republike u vezi sa javnim приходima i primanjima i rashodima i izdacima i akumulacijom javne imovine i obaveza sa ciljem uticanja na privredna kretanja i ostvarivanje ciljeva fiskalne politike.

Fiskalna održivost označava mogućnost sprovođenja date fiskalne politike u dužem vremenskom periodu, bez značajnijih promena u poreskoj politici ili rashodima i izdacima.

U kontekstu ovih definicija, a u cilju uvoda u sadašnji fiskalni sistem Republike Srbije i analize njegovih nedostataka, treba krenuti od *prve sveobuhvatne reforme fiskalnog sistema* u Srbiji koja je otpočela sada već davne 1991. godine, da bi posle jedne decenije, odnosno u 2001. godini, a nakon demokratskih promena u jesen 2000. godine, usledila *druga reforma* kao posledica okretanja zemlje ka tržišnoj privredi. To je rezultiralo donošenjem "kompleta" novih modernijih materijalnih poreskih zakona, i to: *Zakona o akcizama*, *Zakona o porezu na promet*, *Zakona o porezu na dobit preduzeća* (sada – pravnih lica), *Zakona o porezu na dohodak građana*, *Zakona o porezima na imovinu*, *Zakona o porezu na upotrebu držanje i nošenje dobara*.

² Predlog teksta Deklaracije sačinio je dr Slobodan Perović i istu je usvojila i proglasila Kopaonička škola prirodnog prava na svom plenarnom zasedanju 16. decembra 2002. godine.

PORESKI SISTEM SRBIJE NA POČETKU
DRUGE DECENIJE XXI VEKA

Većina navedenih poreskih zakona i danas, nakon jedne decenije – 2011. godine, čini okosnicu fiskalnog sistema Republike Srbije, uz izvesne “dorade” koje su značajno uticale na unapređenje fiskalne politike zemlje.³

U odnosu na stanje iz 2001. godine, uočljiva je dogradnja poreskog sistema ali i česte izmene kod većeg broja zakona. Naime, prvo je krajem 2002. godine donet “sistemski” *Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji*, koji je stupio u primenu 1. januara 2003. godine, i kojim je prvi put jedinstveno uređen poreski postupak, odnosno postupak utvrđivanja, naplate i kontrole javnih prihoda na koje se ovaj zakon primenjuje, kao i prava i obaveze poreskih obveznika, registracija poreskih obveznika i poreska krivična dela i prekršaji. Donošenjem ovog zakona i odgovarajućih podzakonskih akata, počela je i prva prava identifikacija tj. registracija svih poreskih obveznika, dodeljivanjem PIB – poreskog identifikacionog broja, čime je unapređen sistem praćenja stanja i kontrole poreskih obveznika.

Važno je istaći da je izmenama od 8. jula 2007. godine (“Sl. glasnik RS”, broj 61/07) sprovedena fiskalna decentralizacija predviđena Zakonom o finansiranju lokalne samouprave (“Sl. glasnik RS”, broj 62/06). U skladu sa tim, ovaj zakon od 1.1.2007. godine primenjuje se i na porez i sporedna poreska davanja koje na osnovu zakona *naplaćuje jedinica lokalne samouprave*, pri čemu kod utvrđivanja, naplate i kontrole poreza i sporednih poreskih davanja kao i kod podnošenja zahteva za pokretanje prekršajnog postupka za poreske prekršaje ima prava i obaveze koje po

³ Na početku druge decenije XXI veka, poreski sistem Republike Srbije čine sledeći poreski zakoni: *Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji* – (Službeni glasnik RS”, br. 80/2002, 84/2002 (ispr.), 23/2003 (ispr.), 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 (dr. zakon)¹, 62/2006 (dr. zakon), 63/2006 (ispr. dr. zakona), 61/2007, 20/2009, 72/2009 (dr. zakon)² i 53/2010); *Zakon o akcizama* – (“Službeni glasnik RS”, br. 22/2001, 73/2001, 80/2002, 80/2002 (dr. zakon) 43/2003, 72/2003, 43/2004, 55/2004, 135/2004, 46/2005, 101/2005 (dr. zakon), 61/2007, 5/2009, 31/2009 i 101/2010); *Zakon o porezu na dodatu vrednost* – (“Službeni glasnik RS”, br. 84/2004, 86/2004 (ispr.), 61/2005 i 61/2007); *Zakon o porezu na dobit pravnih lica* – (“Službeni glasnik RS”, br. 25/2001, 80/2002, 80/2002 (dr. zakon), 43/2003, 84/2004 i 18/2010); *Zakon o porezu na dohodak građana* – (“Službeni glasnik RS”, br. 24/2001, 80/2002, 80/2002 (dr. zakon), 135/2004, 62/2006, 65/2006 (ispr.), 31/2009, 44/2009 i 18/2010); *Zakon o porezima na imovinu* – (“Službeni glasnik RS”, br. 26/2001, 45/2002 (SUS), 80/2002, 80/2002 (dr. zakon), 135/2004, 61/2007, 5/2009, 101/2010 i 24/2011); *Zakon o porezu na upotrebu držanje i nošenje dobara* – (“Službeni glasnik RS”, br. 26/2001, 80/2002, 43/2004, 31/2009, 101/2010 i 24/2011); *Zakon o porezu na premije neživotnih osiguranja* – (“Službeni glasnik RS”, broj 135/2004); *Zakon o otpisu kamate na dospеле obaveze po osnovu određenih poreza i doprinosa za obavezno socijalno osiguranje* (“Službeni glasnik RS”, broj 102/2008) i *Zakon o jednokratnom porezu na ekstra dohodak i ekstra imovinu stečene iskorišćavanjem posebnih pogodnosti* (“Službeni glasnik RS”, broj 36/2001 i “Službeni list SRJ”, broj 17/2002 (odluka SUS).

ovom zakonu ima Poreska uprava, osim izuzetaka utvrđenih članom 2a Zakona. Posle njega, značajnu novinu i unapređenje poreske politike predstavljalo je i donošenje *Zakon o porezu na dodatu vrednost*, umesto dodatašnjeg Zakona o porezu na promet. Zakon o PDV je u primeni od 1. januara 2005. godine a uveden je u poreski sistem zemlje sredinom 2004. godine, iz potrebe za pravednijim oporezivanjem prometa roba i usluga i usaglašavanjem sa ostalim zemljama EU. Njegovim uvođenjem, značajno je unapređen poreski sistem, obziro da je u pitanju uvođenje *opšteg poreza na potrošnju* koji se *obračunava na dodatu vrednost* koju svaki obveznik u proizvodno-prometnom ciklusu dodaje pri isporuci dobara i usluga, tako da je najčešće izostavljen kumulativni efekat oporezivanja, mada se u nekim slučajevima ipak pojavljuje. Kod obveznika koji imaju pravo da od poreza obračunatog za isporučena dobra ili usluge odbiju porez koji im je zaračunao prethodni učesnik u prometu, porez sadržan u nabavci (osim manjeg broja izuzetaka) ne predstavlja trošak, što dovodi u isti ekonomski položaj gotovo sve obveznike PDV.

Za obračun PDV koristi se *indirektni – kreditni metod* koji obezbeđuje da se porez naplaćuje u kraćim vremenskim periodima (mesečni i tromesečni), čime se ujednačeno prilivaju sredstva u budžet. Pored ovih zakona, treba pomenuti i *Zakon o porezu na premije neživotnih osiguranja*, koji je u primeni od 1. januara 2005. godine, kojim je u poreski sistem uvedeno oporezivanje premije osiguranja koje se ostvaruju zaključivanjem i izvršavanjem ugovora o poslovima neživotnog osiguranja u Republici Srbiji. I na kraju, pomenućemo i *Zakon o fiskalnim kasama*, koji se primenjuje od 1. januara 2004. godine. Mada ne tretira direktno ni jedan porez, predstavlja segment poreske politike jer propisuje evidentiranje prometa dobara i usluga čime utiče na veću poresku i trgovinsku disciplinu gotovo svih učesnika u prometu.

Svi poreski zakoni su u periodu od 2001. do 2011. godine, kao što se vidi, pretrpeli više izmena i dopuna, kojima se u određenom trenutku usmeravala fiskalna politika zemlje u skladu sa privrednim i ekonomskim stanjem, ali koje, po mom mišljenju, nisu uticale na unapređenje poreskog sistema niti su dale neka važna sistemski rešenja. Štaviše, čini se da su pojedini zakoni isuviše često korigovani kroz izmene i dopune i to uglavnom radi omogućavanja punjenja budžeta. To jeste krajnji cilj svakog poreskog sistema, ali ne treba da bude i jedini, obzirom da takve izmene po pravilu ne rešavaju problem dugotrajno, što fiskalnu politiku zemlje čini nestabilnom, pa direktno šteti privredi i stranim ulaganjima.

Treba posebno izdvojiti izmene i dopune poreskih zakona izvršene 2004. godine, jer su te izmene imale za cilj dugotrajnije sagledavanje i usmeravanje fiskalne politike, no reklo bi se da se u tome do kraja nije uspelo. Ne treba zaboraviti ni *obavezujuću primenu Međunarodnih ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja*, koje je Srbija zaključila sa drugim državama u vezi oporezivanja dohotka i imovi-

ne, koji su sastavni deo poreskog sistema zemlje. Naime, Međunarodno dvostruko oporezivanje, odnosno njegovo izbegavanje, sve više dobija na značaju i kod nas, s obzirom na intenzivnije investiranje kapitala u Republiku Srbiju, otvaranje stranih firmi, učešća stranih firmi u procesu privatizacije, zapošljavanje stranih lica, uključivanje Republike Srbije u međunarodne finansijske transakcije, i dr.

Republika Srbija je, kao i sve države, zainteresovana da putem zaključenja ugovora, prvenstveno sa državama koje su njeni najznačajniji ekonomski partneri, a zatim i sa drugim, reši problem međunarodnog dvostrukog oporezivanja i time olakša uključjenje u međunarodnu podelu rada i intenzivira svoje ekonomske i finansijske odnose na svetskom planu.

Iz navedenih razloga, da zaključeni ugovori (*kojima se određuje poreski tretman, odnosno način oporezivanja rezidenata druge države ugovornice u Republici Srbiji, kao i poreski tretman, odnosno način oporezivanja rezidenata Republike Srbije u drugoj državi ugovornici*) nakon potvrđivanja od strane Narodne skupštine Republike Srbije, postaju integralni deo domaćeg poreskog zakonodavstva, i imaju primat nad pravom Republike Srbije.

OSVRT NA PORESKE ZAKONE SA KRITIČKIM POGLEDOM

Jedan od osnovnih ciljeva u sprovođenju ekonomske politike zemlje treba da bude upravo osavremenjavanje fiskalne politike kao i njena konzistentnost sa strukturnim reformama, radi bržeg integrisanja evropskog zakonodavstva u nacionalno zakonodavstvo, u cilju efikasnijeg funkcionisanja države u nekim suštinski važnim oblastima kao što su porezi i carine, tokovi kapitala, finansijske usluge, finansijska kontrola i dr. Postojanje tržišne ekonomije koja funkcioniše, merilo je napretka koji je država ostvarila na putu ka tržišnoj ekonomiji, a bitan faktor je uređen poreski sistem.

Međutim, analizirajući naše poreske zakone i njihovu praktičnu primenu, opšti je utisak da postoji dosta neusaglašenosti, posebno terminološke sa drugim propisima, ali postoje i suštinske neusaglašenosti; da postoji dosta konfuznih i neadekvatnih rešenja koja u praksi stvaraju probleme; i da česte izmene uglavnom nisu išle u pravcu usavršavanja pojedinih rešenja a samim tim i sistemskih rešenja, što bi morao da bude cilj fiskalne politike. Zato se i često upotrebi izraz, samo se izmenom "presulo šuplje u prazno". Da li je stvarno tako ili ne, stvar je koju svako mora proceniti sa svog aspekta, ali svakako praktična upotreba ovog osvrta, ne traži analizu poreskih propisa kao celine, već pojedinačnu, pa je u nastavku dat kraći kritički osvrt o svakom zakonu.

Akcize

Posebno uređivanje oporezivanja akcizom pojedinih proizvoda (*van sistema nekadašnjeg poreza na promet*) otpočelo je 1. aprila 2001. godine, obzirom da *akciza nije porez na promet već je oblik prireza, trošarine*, pa se kao takva ne primenjuje na sve proizvode, već samo na određene čiji promet kontroliše država. Zakon o akcizama je do sada je pretrpeo dvanaest izmena i dopuna, što je dovelo do toga da je osnovni tekst Zakona toliko izmenjen da se obveznici, tehnički gledano, teško snalaze u postojećoj verziji. Ovo posebno iz razloga što su predmet oporezivanja u određenim periodima i *prirodna vina, medicinska vina i medovina, so za ishranu, luksuzni proizvodi, sokovi i druga osvežavajuća pića i sl.*

Akcizom se sada oporezuju samo derivati nafte (sve vrste motornih benzina, sve vrste dizel goriva izuzev dizel goriva; ostali derivate nafte koji se dobijaju od frakcija nafte koje imaju raspon destilacije do 380°C i tečni naftni gas za pogon motornih vozila); duvanske preradevine (cigarete, cigare, cigarilosi, duvan za pušenje i ostale duvanske preradevine, koje se kao takve stavljaju u promet, osim na duvanske preradevine koje služe za testiranje kontrole kvaliteta proizvoda); alkoholna pića (rakije *od voća, grožđa, specijalne rakije, žitarica i ostalih poljoprivrednih sirovina*., žestoka alkoholna pića i liker, niskoalkoholna pića, pivo) i kafa.

Osnovna zamerka ovom zakonu, u poreskom smislu je, što nije usaglašen sa drugim propisima u delu koji se odnosi na obveznika akcize, kao i na predmet oporezivanja. Naime, prema odredbama člana 6. Zakona, kao obveznik akcize je identifikovano i fizičko lice – proizvođač koji prodava alkoholna pića drugom fizičkom licu; pravno lice, odnosno preduzetnik koji *kupi* alkoholno piće od fizičkog lica – proizvođača alkoholnog pića. Iako je Zakon pretrpeo poslednje izmene krajem 2010. godine, *zaboravljeno je da se iz definicije poreskog obveznika isključi fizičko lice proizvođač*, jer je Zakonom o rakiji i vinu fizičkim licima zabranjena proizvodnja rakije za prodaju, što znači da ne postoji mogućnost da se fizičko lice bavi proizvodnjom rakije. Ova odredba u praksi pravi zabunu, pa je neophodno da se usaglasi sa Zakonom o rakiji i vinu i Zakonom o porezu na dohodak građana, jer proizvodnju može da obavlja preduzetnik – fizičko lice koje registruje delatnost kod APR. U skladu sa tim, trebalo je usaglasiti i ostale norme koje se odnose na fizičko lice – proizvođača alkoholnog pića kako u samom Zakonu, tako i u podzakonskim aktima. Veliko je pitanje da li kafa treba da bude predmet oporezivanja akcizom, koja objektivno ne predstavlja proizvod čiji promet treba da kontroliše država.

Zakon o PDV

Zakon o porezu na dodatu vrednost je relativno “mlad” zakon i za razliku od drugih zakona za sedam godina primenjivanja imao je samo *dve izmene i do-*

pune, pri čemu su posebno bitne one, izvršene 2007. godine. Međutim, to je najvažniji zakon našeg poreskog sistema, obzirom da se u skladu sa njim najviše puni budžet države, pa stoga nije za čuđenje što njegova primena zahteva stalna pojašnjenja, jer je veoma "živ".

Sistem poreza na dodatu vrednost za koji se opredelila Republika Srbija može se reći da je: neto svefazni porez potrošnog oblika; sa oporezivanjem po principu destinacije (odredišta) i kreditnom (indirektnom) metodom naplate; višestupan, sa velikim brojem oporezivih transakcija; posebnim postupcima oporezivanja određenih obveznika i dosta širokim spektrom poreskih oslobođenja, u odnosu na zemlje EU.

Dakle, naš porez na dodatu vrednost je opšti porez na potrošnju koji se obračunava na dodatu vrednost koju svaki obveznik u proizvodno-prometnom ciklusu dodaje pri isporuci dobara i usluga, tako da je izostavljen kumulativni efekat oporezivanja. Pošto se ustvari oporezuje samo dodata vrednost, to konačna cena svakog dobra ili usluge u krajnjoj potrošnji predstavljati zbir svih dodatih vrednosti pojedinih faza proizvodnje i prometa. Neutralan je, jer poreski obveznik ima pravo da od poreza obračunatog za isporučena dobra ili usluge odbije porez koji mu je zaračunao prethodni učesnik u prometu. Njegova neutralnost izražena je i kada je u pitanju izvoz, kao i uvoz dobara.

Oporezivanje prometa dobara i usluga prema principu destinacije (odredišta), podrazumeva oporezivanje dobara i usluga prema mestu potrošnje, što znači da je izvoz oslobođen poreza sa pravom na odbitak prethodnog poreza, dok se pri uvozu dobara PDV obavezno obračunava i plaća, osim u slučaju Zakonom propisanih izuzetaka. Funkcionisanje ovog poreskog oblika ogleda se u sledećem: lica koja su se evidentirala kao poreski obveznici, tj. obveznici PDV, kada vrše oporezivu isporuku dobara i usluga iskazuju svoju poresku obavezu; poreska obaveza se utvrđuje za svaki poreski period; od poreske obaveze koju duguju za određeni poreski period, obveznici mogu da odbiju prethodni porez koji im je zaračunat i iskazan na računima dobavljača (prethodnih učesnika u prometu – obveznika PDV, ili koji su oni sami platili ako su izvršili uvoz oporezivih dobara). Mogućnost odbitka prethodnog poreza za određeni poreski period ne zavisi od toga da li je ili nije poreski obveznik platio račun dobavljaču, ali kada se radi o uvozu dobara, neophodno je da obračunat PDV bude i plaćen; obveznik ima pravo da u svakom poreskom periodu odbije prethodni porez za sva nabavljena dobra i primljene usluge u tom poreskom periodu, uključujući i nabavku opreme i objekata za vršenje delatnosti, osim nabavki za koje su propisani izuzeci (član 29. Zakona).

Međutim, bitan uslov za ostvarenje prava na odbitak prethodnog poreza je da obveznik nabavljena dobra tj. usluge upotrebi u svrhe obavljanja delatnosti, odnosno ukoliko ih koristi za promet dobara i usluga koji: podleže PDV; je u skladu

sa članom 24. Zakona oslobođen od plaćanja PDV; je izvršen u inostranstvu, ako bi za taj promet postojalo pravo na odbitak prethodnog poreza da je izvršen u Republici. Pravilna primena zakonskih normi zaokružena je donošenjem niza podzakonskih akata (ukupno 21). Šta možemo zameriti ovom zakonu? Kada govorimo o njegovim manama, suštinsko je pitanje da li PDV treba da bude za svaki promet dobara i usluga plaćen bez obzira na naplatu izvršenog prometa, odnosno po tzv. fakturisanom prometu ili pak treba pojedine promete oporezovati po izvršenoj naplati. U situaciji u kojoj je naša privreda, sveopštoj nelikvidnosti, obračun i plaćanje PDV po izvršenom i fakturisanom prometu, često obveznike dovodi u docnju u izvršenju poreske obaveze, što za sobom povlači kamatu i druge sankcije.

Praksa je ukazala na problem definisanja ukupnog prometa, odnosno nepostojanja preciznog opisa šta se u smislu PDV podrazumeva pod ukupnim prometom. To i jeste razlog da veliki broj obveznika, posebno direktnih korisnika budžetskih sredstava (državno školstvo, zdravstvo, socijala i sl.), teško utvrđuje podatak kada postaje obveznik PDV i da li treba da bude obveznik ili ne.

Dalje, oporezivanje pojedinih dobara, kao što su putnička vozila, koja ne služe za dalji promet sa pravom na odbitak PDV, za 90% poreskih obveznika apsolutno predstavlja "tabu". Zašto? Razlog je objektivian, pošto je promet putničkih vozila maksimalno zakomplikovan, jer se u prometu jednog te istog vozila može pojaviti nekoliko varijanti oporezivanja (PDV, porezom na prenos apsolutnih prava, poseban režim oporezivanja)! Neophodno je da se pronade jednostavnije rešenje, koje neće u praksi praviti toliko problema kao sada.

Neophodna je i preciznija formulacija poreskog dužnika, posebno kada se radi o poreskom dužniku – primaocu dobara i usluga, ako strano lice koje vrši promet nema poreskog punomoćnika. Oporezivanje usluga, odnosno utvrđivanje mesta oporezivanja usluga je izuzetno problematično za većinu poreskih obveznika, pa je neophodno da se kroz podzakonski akt pojasni mesto oporezivanja određenih usluga. Mogućnost izmene poreske osnovice, kao bitne odlike ovog poreskog oblika, koja potencira njegovu neutralnost i kreditni princip, takođe treba preciznije regulisati, odnosno propisati šta se podrazumeva pod smanjenjem osnovice kao i obavezu a ne mogućnost za kupca dobara da u slučaju izmene poreske osnovice izvrši ispravku odbitka i da o tome obavesti svog dobavljača. Zbog nepreciznosti norme, praksa pokazuje da često kupci ne vrše izmenu odbitka prethodnog poreza po nalogu dobavljača, zbog čega dobavljač nema mogućnost korekcije poreske obaveze.

Kada su u pitanju poreske stope, tj, oporezivanje određenih dobara opštom ili posebnom stopom PDV, stvar je države i usklađivanja sa EU koja dobra i usluge mogu i treba da imaju posebnu stopu PDV od 8%, ali svakako treba razmotriti mogućnost da se potrepštine za novorođenčad oporezuju posebnom stopom.

Brisanje iz evidencije obveznika PDV, po sili zakona ili na zahtev obveznika, krajem svake godine stvara dileme, obzirom da nije preciziran postupak obveznika u bilo kom slučaju brisanja iz PDV evidencije. Neophodno je da se podzakonskim aktom propiše našin popisivanja, predmet popisa i slične radnje, od značaja za pravilno postupanje, kako obveznika, tako i Poreske uprave.

Osnovna zamerka od strane gotovo svih obveznika je kratak rok za podnošenje PPPDV po isteku poreskog perioda – 10 dana. Svakako je neophodno da se ovaj rok produži za pet do deset dana, kao i da se propiše rok do kada obveznik može da unese u PDV evidenciju dokumenata koja nisu evidentirana blagovremeno, a obveznik može u skladu sa njima da koristi prethodni PDV. Naravno da postoje i drugi nedostaci, ali su oni manje značajni od navedenih.

Zakon o porezu na dobit pravnih lica

Zakon o porezu na dobit pravnih lica je od usvajanja pa do kraja 2010. godine pretrpeo četiri značajne izmene i dopune uz napomenu da je poslednjim izmenama i dopunama ("Sl. glasnik RS", br. 18/2010) izmenjen i naziv zakona u *Zakon o porezu na dobit pravnih lica* (umesto *preduzeća*). Imajući u vidu da je primena ovog zakona izuzetno vezana za primenu propisa iz oblasti računovodstva, kao i MRS, odnosno MSFI, suština oporezivanja dobiti pravnih lica upravo se svodi na pravilno utvrđivanje oporezive dobiti, koja proističe iz pravilnog utvrđivanja prihoda i rashoda, poreskih olakšica i oslobođenja. Učešće ovog poreza u budžetu zemlje nije posebno značajno obzirom da se dobit oporezuje stopom od 10% (jedna od najnižih stopa u Evropi) ali nije ni zanemarljivo, pa se treba osvrnuti i na nedostatke koje on ima a koji su u njegovoj svakodnevnoj primeni uočljivi.

Prvi problem, i to vrlo značajan, predstavlja definicija *poreskog obveznika*, po kojoj je to pored pravnog lica organizovanog u jedan od sledećih oblika: akcionarsko društvo; društvo sa ograničenom odgovornošću; ortačko društvo; komanditno društvo; društveno preduzeće; javno preduzeće, i svaka druga pravna forma društva, odnosno preduzeća u skladu sa posebnim propisima. Obveznik je i za druga koja ostvaruje prihode prodajom proizvoda na tržištu ili vršenjem usluga uz naknadu *kao i drugo pravno lice – nedobitna organizacija ako ostvaruje prihode na tržištu*. Problem je u nepotpunoj definiciji nedobitne organizacije iz koje je trebalo isključiti pravna lica koja su osnovana privatnim kapitalom, a koja se zbog drugih propisa na osnovu kojih se osnivaju moraju zvati "ustanove".

Naime, prema propisima o javnim službama, radi obezbeđivanja ostvarivanja prava utvrđenih zakonom i ostvarivanja drugog zakonom utvrđenog intere-

sa u oblasti: obrazovanja, nauke, kulture, fizičke kulture, učeničkog i studentskog standarda, zdravstvene zaštite, socijalne zaštite, društvene brige o deci, socijalnog osiguranja, zdravstvene zaštite životinja, osnivaju se ustanove, koje u smislu ovih propisa, *obavljaju delatnost, odnosno poslove kojima se obezbeđuje ostvarivanje prava građana odnosno, zadovoljavanje potreba građana*. Na primer, u smislu propisa o zdravstvenoj zaštiti, zdravstvena zaštita je organizovana i sveobuhvatna delatnost društva (sa osnovnim ciljem da se ostvari najviši mogući nivo očuvanja zdravlja građana), koju obavlja zdravstvena služba, pri čemu zdravstvenu službu u Republici čine zdravstvene ustanove, kako one osnovane od strane Republike, autonomne pokrajine, lokalne samouprave (u skladu sa Planom mreže koji donosi Vlada), *tako i zdravstvene ustanove osnovane u privatnoj svojini*, u skladu sa zakonom. Sredstva za rad zdravstvena ustanova može sticati od: organizacije zdravstvenog osiguranja, budžeta, prodaje usluga i proizvoda koji su u neposrednoj vezi sa zdravstvenom delatnošću zdravstvene ustanove, obavljanja naučnoistraživačke i obrazovne delatnosti, izdavanja u zakup slobodnog kapaciteta, legata, poklona, zaveštanja.

Sa stanovišta Zakona o porezu na dobit pravnih lica, zdravstvena ustanova (kako ona osnovana u državnoj svojini, tako i ona osnovana u privatnoj svojini) predstavlja drugo pravno lice, ali to ne znači da se, pravna lice osnovano u privatnoj svojini sme izjednačiti sa onom koje je direktni ili indirektni korisnik budžetskih sredstava (nedobitnu organizaciju).

Dakle, navedena zakonska odredba je pre svega u suprotnosti sa Ustavom a da ne govorimo o šteti koju trpe ustanove u privatnom vlasništvu, koje ne dobijaju iz budžeta bilo šta, a prihode ostvaruju 100% na tržištu, pri čemu im se, zato što su proglašene nedobitnim, potpuno pogrešno utvrđuje oporeziva dobit i uskraćuje pravo na poreske pogodnosti. Druga nepotpuna norma odnosi se na rashode koji se, za potrebe poreskog bilansa utvrđuju na drugačiji način, gde je za pojedine rashode taksativno pobrojane u članu 7a Zakona (npr. troškovi koji se ne mogu dokumentovati; troškovi koji nisu nastali u svrhu obavljanja poslovne delatnosti), neophodno da se podzakonskim aktom precizira o kojim se troškovima radi, obzirom da su tumačenja raznolika, što za posledicu ima pogrešno utvrđivanje oporezive dobiti, kako od strane obveznika tako i od strane poreske uprave.

Posebno je pitanje *troškova reklame, propagande i reprezentacije*, koji se priznaju kao rashod u određenom procentu, ali ne postoji podzakonski akt koji bi precizirao šta se smatra pod navedenim troškovima. Čak je propisano da se kao rashodi propagande u poreskom bilansu priznaju samo oni pokloni i drugi rashodi koji služe promociji poslovanja poreskog obveznika, ali savremeni načini promovisanja često se od strane kontrole ne prepoznaju, pa su baš zbog nedostatka pomenutog akta, greške u praksi neminovne.

Poreski podsticaji su značajni, posebno kada je u pitanju poreski kredit i podsticaji kod ulaganja, ali je, smatramo neopravdano, poslednjim izmenama Zakona ukinuta olakšica za zapošljavanje novih radnika, što ne ide u prilog ogromnoj nezaposlenosti radnika u Srbiji. Takođe, nedostaje celovito normativno regulisanje ko ima, odnosno ko nema pravo na poreski kredit i podsticaje kod ulaganja. Naime, prema našem zakonu nerezidentni obveznik koji obavlja delatnost na teritoriji Republike poslovanjem preko stalne poslovne jedinice koja vodi poslovne knjige u skladu sa propisima kojima se uređuje računovodstvo i revizija (ogranak i drugi organizacioni delovi nerezidentnog obveznika koji obavljaju delatnost), oporezivu dobit utvrđuje u skladu sa ovim zakonom i podnosi za stalnu poslovnu jedinicu poreski bilans kao i poreski obveznik – rezident. Odredbama Zakona koje propisuju pravo na poreski kredit i podsticaje kod ulaganja nije navedeno da ovaj nerezident, inače obveznik poreza na dobit ostvarenu na teritoriji Republike, ne uživa navedene poreske podsticaje, što je za strane ulagače izuzetno nerazumljivo, pa samim tim negativno utiče na njihovu odluku o ulaganju u Srbiju. Podsećamo da su poslednjim izmenama Zakona (početkom 2010. godine) izvršene značajne korekcije, ispravljene nelogičnosti, ali ipak ostaje da sve nije urađeno do kraja te da se i ovaj zakon mora usavršavati i dograđivati, u skladu sa tekućom poreskom politikom.

Zakon o porezu na dohodak građana

Zakon o porezu na dohodak građana – u daljem tekstu: Zakon, je u periodu od donošenja 2001. do jula 2011. godine – kada su izvršene poslednje izmene i dopune, pretrpeo sedam izmena, pa imajući u vidu da se radi o vrlo kompleksnom zakonu, trebalo bi pristupiti izradi novog teksta, pri čemu bi se morala iznaći nova rešenja za oporezivanje pojedinih prihoda fizičkih lica.

Porezu na dohodak građana podležu: zarade, prihodi od poljoprivrede i šumarstva, prihodi od samostalne delatnosti, prihodi od autorskih prava i prava industrijske svojine, prihodi od kapitala, prihodi od nepokretnosti, kapitalni dobiti i svi ostali prihodi koji nisu oporezovani po drugom osnovu ili ovim zakonom nisu izuzeti od oporezivanja. Navedeni prihodi podležu plaćanju poreza, bez obzira da li su ostvareni u novcu, u naturi, činjenjem ili na drugi način. Dosadašnjim izmenama i dopunama Zakona nije menjana suština oporezivanja prihoda fizičkih lica, već su se u postojećem okviru zakona i poreske politike najčešće samo korigovale poreske stope, proširivala ili sužavala poreska oslobođenja ili olakšice i poreski kredit, ili su se sprovodila neophodna usaglašavanja sa drugim zakonima (npr. Zakonom o radu).

Dohodak predstavlja zbir oporezivih prihoda utvrđenih po ovom zakonu i ostvarenih u kalendarskoj godini. Oporezivi prihod čini razlika između bruto prihoda koji je po nekom od osnova ostvario obveznik i troškova koje je imao pri njihovom ostvarivanju i očuvanju, ako je to propisano ovim zakonom. Upravo ovde nastaje osnovni nedostatak postojećeg Zakona koji definiše oporezivanje sveukupnih prihoda koje fizičko lice ostvari po bilo kom osnovu tokom godine. Još od prve velike reforme poreskog sistema, izvršene 1991. godine, zagovara se uvođenje sintetičkog poreza, pri čemu smo 2001. godine bili gotovo na domak da ga uvedemo, ali evo dočekasmo i 2011. a ovaj oblik oporezivanja nije ni propisan a kamoli da je zaživeo u Srbiji. Stoga postojeći, Zakonom regulisan godišnji porez na dohodak građana, do stvaranja osnovnih pretpostavki za uvođenje sintetičkog oporezivanja (potpuno afirmisanje bruto zarade, sužavanje kruga paušalno oporezovanih obveznika i osposobljavanje poreske administracije), ostaje u istom obliku, tj. kao dodatni, komplementarni porez cedularnom oporezivanju pojedinih vrsta prihoda. A kako bi bilo kada bi bio uveden ovaj način oporezivanja, zašto je on toliko bitan i zašto je u poreskim sistemima velikog broja zemalja, pokušaćemo ukratko da objasnimo.

Jedna od prihvaćenih podela poreza ne samo u finansijskoj teoriji već i u praksi je podela na analitičke i sintetičke poreze, koja se bazira na kriterijumu obuhvatnosti određene poreske situacije. Analitički porezi su oni koji pogađaju samo jedan element poreskog događaja, odnosno u našem slučaju samo jednu vrstu obveznikovih prihoda (npr. oporezivanje zarada, ili prihoda od kapitala). Sintetički porezi su oni koji obuhvataju celinu neke poreske situacije (npr. celokupan dohodak fizičkog lica). Postojeći godišnji porez na dohodak građana je put za realizaciju sintetičkog, koji podrazumeva i priznavanje poreza plaćenog pri nabavci raznih potrepština fizičkog lica (npr. priznaje se porez plaćen za nabavku stana, automobila, kućnih aparata, knjiga, lekova i sl.). Iz izloženog je uočljiva prednost uvođenja ovog načina oporezivanja ukupnog dohotka fizičkog lica.

Drugi nedostatak je komplikovanost, posebno u delu oporezivanja zarada i naknada zarada i drugih primanja iz radnog odnosa, zbog velikog broja izuzimanja dela dohotka od oporezivanja, stalnih izmena u načinu obračuna zbog indeksacije tih iznosa, i velikog broja poreskih olakšica koje obveznik – isplatilac prihoda može da ostvari po osnovu zapošljavanja određenih kategorija fizičkih lica. Sastavni deo isplate ne samo zarade već i svih drugih prihoda su prateće poreske prijave i druge evidencije vezane za isplatu tih prihoda. Problem predstavlja prevelik broj poreskih prijava i pratećih obaveznih obrazaca (specifikacija, MUN i sl.), što u praksi ne samo da dovodi do propusta već i do značajnog uvećanja troškova poslovanja.

Nedostatak predstavlja i neusklađenost određenih normativnih rešenja sa poreskim prijavama, tj. sa predmetom oporezivanja. Na primer, za oporezivanje kapitalnog dobitka, obveznik fizičko lice podnosi poresku prijavu na Obrascu PPDG-3 – *Poreska prijava za utvrđivanje porezu na kapitalne dobitke za ___x___ godinu*, po kojoj poreski oran rešenjem utvrđuje poresku obavezu. Pri tome, ipak nije u pitanju “godišnja” poreska prijava kao što je to obrazac PPDG-5 za prijavljivanje godišnjeg poreza na dohodak građana koja se podnosi jednom godišnje, već je u pitanju prijava koju obveznik poreza na kapitalni dobitak podnosi u roku od 15 dana od početka ostvarivanja prihoda (član 95. Zakona). Istovremeno je članom 78. Zakona propisana mogućnost da se kapitalni gubitak ostvaren prodajom jednog prava, udela ili hartije od vrednosti, “prebije” sa kapitalnim dobitkom ostvarenim prodajom drugog prava, udela ili hartije od vrednosti u istoj godini i da se ostatak kapitalnog gubitka prebija u narednih pet godina na račun budućih kapitalnih dobitaka!

Prihodom od kapitala smatraju se i primanja zaposlenih i članova uprave privrednog društva po osnovu učešća u dobiti – u novcu ili putem dodele ili opcijske kupovine sopstvenih akcija. Iako je Zakonom o radu u članu 14. predviđeno da se ugovorom o radu ili odlukom poslodavca može se utvrditi učešće zaposlenog u dobiti ostvarenoj u poslovnoj godini, u skladu sa zakonom i opštim aktom, to ne znači da tako ostvaren prihod treba da ima tretman prihoda od kapitala, već je zarada, koja se nekada zvala “višak” ili “13 plata”. Ovako oporezivanje nije u skladu sa Zakonom o privrednim društvima koji npr. u članu 116. propisuje sledeće: “Pravo glasa članova društva s ograničenom odgovornošću, kao i imovinska prava prema društvu uključujući i učešće u dobiti i raspodeli likvidacionog viška, srazmerni su udelima članova u ukupno uplaćenom osnovnom kapitalu društva u vreme ostvarivanja tih prava, ako osnivačkim aktom nije drukčije određeno.

Normativno regulisanje oporezivanja prihoda od autorskih prava, prava srodnih autorskom pravu i prava industrijske svojine, treba usaglasiti sa važećim propisima kada je u pitanju industrijska svojina... Da ne nabrajamo i druge nedostatke, a imajući u vidu kompleksnost oporezivanja pojedinih vrsta prihoda, različitosti u načinu obračunavanja poreza, različitosti poreskih stopa, olakšica, visine kredita, odbitaka i sl. Zakon deluje dosta konfuzno i nesistematično, što za praksu predstavlja problem.

Zakon o porezima na imovinu

Zakon o porezima na imovinu je od donošenja 2001. godine do februara 2011. godine pretrpeo sedam izmena i dopuna. Mada se, kao i kod drugih pore-

skih oblika, najčešće radilo o korekcijama poreskih stopa, preciziranja predmeta oporezivanja, proširivanja ili sužavanja poreskih oslobođenja i olakšica, moramo izdvojiti kao značajne dve izmene i dopune i to:

– značajne izmene su izvršene krajem 2004. godine, jer je, između ostalog, ukinut porez na imovinu na pravo svojine na akcije izdate na ime i na udele u društvima sa ograničenom odgovornošću, što je bio značajan pomak u razvijanju tržišta kapitala u Srbiji. Takođe se izvršena i sva neophodna usaglašavanja sa Zakonom o PDV, kako ne bi došlo do pojave dvostrukog oporezivanja kod prenosa apsolutnih prava i poklona;

– izmenama koje su izvršene sredinom 2007. godine, krenulo se sa decentralizacijom poreza na imovinu, odnosno propisano je *utvrđivanje poreza na imovinu u statici od strane jedinica lokalne samouprave*, pa se od 1.1.2007. godine utvrđivanje ovog poreza vrši primenom odredaba Zakona o porezima na imovinu i odluke skupštine jedinice lokalne samouprave o stopama poreza na imovinu;

– izmenama koje su izvršene početkom 2009. godine, ukinito je oporezivanje *prenosa hartija od vrednosti i udela u pravnom licu*, što je uticalo na jačanje prometa kapitala.

Ovaj zakon propisuje postupak oporezivanje imovine, ne samo u statici, već i nasleđivanje, poklon i prenos apsolutnih prava na određenoj imovini. Zakon je dosta jasan kada je u pitanju predmet oporezivanja, poreski obveznik, stope poreza, poreska oslobođenja kao i druga normativna rešenja, pa nekih velikih i značajnih nedostataka, prema našem mišljenju, nema.

Od 1.1.2011. godine, izmenama Zakona znatno su smanjene poreske olakšice za porez na imovinu u statici, kao postupak utvrđivanja poreske osnovice (neosnovano smanjen procenat amortizacije nekretnina, smanjen je postotak do kog se primenom amortizacije može umanjiti poreska osnovica), što je bitno uticalo na povećanje poreske osnovice za sve obveznike poreza na imovinu. Iako je prelaznom odredbom samo za 2011. godinu ograničeno moguće drastično povećanje osnovice, smatramo da je u ekonomskoj krizi u kojoj se nalazi ne samo zemlja, već i ogroman broj njenog građanstva, potpuno neprimereno donošenje ovih izmena.

Takođe, od 1.1.2011. godine, predmet oporezivanja porezom na nasleđe i poklon je pokrivanje rashoda obveznika novčanom naknadom ili neposrednim plaćanjem. Ovako data norma, bez pojašnjenja u podzakonskim aktima, privrednicima zadaje velike probleme, pošto je diskutabilno pitanje šta se sve može podrazumevati pod pokrivanjem rashoda obveznika. Ono što bi se moglo postaviti kao pitanje je zašto su predmet oporezivanja porezom na nasleđe i poklon i porezom na prenos apsolutnih prava i pokretna imovina (upotrebljavana motorna vozila, upotrebljavani plovni objekti, odnosno upotrebljavani vazduhoplovi), koja su najmanje jedanput bila registrovana, upisana u propisani upisnik, odnosno za koja

je bilo izdato uverenje ili potvrda o plovidbenosti, odnosno dozvola za upotrebu, samo na teritoriji Srbije. Ovo posebno i iz razloga što postoji porez koji se obavezno plaća na ova dobra, u skladu sa Zakonom o porezu na upotrebu, držanje i nošenje dobara.

*Zakon o porezu na upotrebu,
držanje i nošenje dobara*

Zakon o porezima na upotrebu, držanje i nošenje dobara je od donošenja 2001. godine do aprila 2011. godine pretrpeo šest izmena i dopuna. Ovim zakonom uveden je porez na upotrebu, držanje i nošenje dobara i to: motornih vozila, plovila, vazduhoplova i oružja. Zakonom je uređen nastanak poreske obaveze, poreski obveznik, iznos poreza za svaku vrstu oporezivih dobara, poreske olakšice i oslobođenja.

Podsećamo da je Zakonom bilo uvedeno i oporezivanje upotrebe mobilne telefonije, koje je izmenama i dopunama zakona, u periodu od 28. aprila 2004. godine do 8. maja 2009. bilo ukinuto, pa opet vraćeno i ponovo ukinuto od 1.1.2011. godine. Slično se dogodilo i sa čamcima bez motornog pogona (nezavisno od dužine), čamcima sa motornim pogonom do 7,35 kv (nezavisno od dužine) i plovćim postrojenjima – kućama za odmor i splav kućicama, koji se nisu oporezivali u periodu od 1.1.2003. do 8. maja 2009. godine, odnosno 1.1.2011. godine. Sa primenom od 1.1.2005. godine, prvi put je i za ovaj oblik poreza utvrđeno indeksiranje, tj usklađivanje propisanih iznosa poreza. Ako se prihvati činjenica da je korišćenje dobara predmet oporezivanja u zemljama u okruženju kao i u zemljama EU, posebno se ne može govoriti o nekim specifičnostima, odnosno nedostacima.

Pozitivno je to što je ukinut porez na mobilnu telefoniju, ali kao što smo pomenuli kod Zkona o porezima na imovinu, ako postoji porez na upotrebu motornih vozila, (novih i polovnih), isti bi smatramo trebao da isključi porez na nasleđe i poklon, odnosno porez na prenos apsolutnih prava.

Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji

Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji je od početka primene 1.1.2003. godine do sada imao sedam izmena i dopuna ne uzimajući u obzir ispravke i izmene izvršene kroz druge zakone. Njegovim donošenjem prvi put je na jedinstven način za sve poreske oblike bio regulisan poreskopравни odnos iz-

među države i obveznika, što je bio važan korak u unapređenju poreske politike zemlje.

Zakon inače propisuje: načela poreskog postupka; ko su stranke u poreskom postupku; poresku obavezu; prava i obaveze poreskih obveznika; njihovu identifikaciju i registraciju; sam poreski postupak; vrste poreskih prijavi, njihovo podnošenje i izmenu; utvrđivanje i naplatu poreza; kamatu za neblagovremeno plaćene javne prihode; prinudnu naplatu; zalogu; utvrđivanje i naplatu poreza po osnovu sekundarne poreske obaveze; zatim postupak u poreskoj kontroli i kancelarijskoj kontroli; terensku kontrolu; poreske prekršaje; kao i postupak primene pravnog leka, pružanje pravne pomoći i u celosti reguliše radno-pravni status zaposlenih u Poreskoj upravi.

Izmenama koje su u primeni od 8. jula 2007. godine, sprovedena je fiskalna decentralizacija predviđena Zakonom o finansiranju lokalne samouprave ("Sl. glasnik RS", broj 62/06). U skladu sa tim, ovaj zakon od 1.1.2007. godine primenjuje se i na porez i sporedna poreska davanja koje na osnovu zakona naplaćuje jedinica lokalne samouprave, pri čemu kod utvrđivanja, naplate i kontrole poreza i sporednih poreskih davanja kao i kod podnošenja zahteva za pokretanje prekršajnog postupka za poreske prekršaje ima prava i obaveze koje po ovom zakonu ima Poreska uprava, osim izuzetaka utvrđenih članom 2a Zakona. Iako je u pitanju Zakon bitan za sve poreske obveznike, bez izuzetka, kao i za poresku upravu i jedinice lokalne samouprave, ima dosta nedostataka i neophodna je njegova dalja dogradnja. Pošto je materija sveobuhvatna, radi konciznosti ukazaćemo samo na par nedostataka.

Prvo, u delu identifikacije poreskog obveznika, privremeno oduzimanje PIB je problematično u praktičnoj primeni Zakona, obzirom da podatak o privremenom oduzimanju PIB nije dostupan javnosti, odnosno drugim obveznicima poreza. To predstavlja problem za pravilnu primenu drugih zakona, posebno PDV. Normu treba dograditi i u delu koji se odnosi na obveznika kome je privremeno oduzet PIB, jer se ne vidi iz odredbe šta takav obveznik sme i može da radi, odnosno celishodnije rešenje bi bilo da se obvezniku da određeni rok za otklanjanje uzroka za oduzimanje PIB, nego da mu se oduzme pa da tek tada dobije obaveštenje o oduzimanju!

Drugo, rešenja vezana za ispunjenje poreske obaveze (sastoji se u plaćanju, o dospelosti, dugovanog iznosa poreza) ne daju mogućnost poreskom obvezniku koji je nelikvidan ili blokiran da izmiri tekuću poresku obavezu na neki od alternativnih oblika plaćanja (asignacija, cesija i sl.) koja bi bila izvršena od strane njegovog dužnika. Pri tome je država zadržala pravo da u postupku kontrole poreskog obveznika i nemogućnosti naplate poreza, naplatu izvrši od dužnikovog dužnika! To nije ravnopravan položaj stranaka u poreskopravnom postupku.

Treće, utvrđivanje poreza je delatnost Poreske uprave, odnosno poreskog obveznika. Ako poreski obveznik, suprotno zakonu, ne obavi utvrđivanje poreske obaveze ili ga izvrši netačno ili nepotpuno – poresku obavezu u postupku poreske kontrole, utvrđuje Poreska uprava. Kontrola može biti kancelarijska i terenska. Terenska kontrola predstavlja skup radnji kojima Poreska uprava proverava zakonitost u radu i pravilnost ispunjavanja poreskih obaveza od strane poreskih obveznika i istu obavlja poreski inspektor na osnovu naloga za kontrolu.

Šta je mana ovih normativnih rešenja? Pre svega to što nije propisan period ili krajnji rok do kog može trajati terenska kontrola poreskog obveznika. Praksa je pokazala da se često događaju “mrcvarenja” poreskih obveznika zbog odugovlačenja poreske kontrole. Istovremeno, nije propisana sankcija za neblagovremeno donošenje rešenja o izvršenoj kontroli, što je nedopustivo u svakom pogledu. Moralo bi se Zakonom regulisati i pitanje ograničavanja perioda kada treba nadležni organ da pokrene terensku kontrolu kod poreskog obveznika, odnosno da se zbog obima posla kod svih obveznika izbegavaju ili potpuno prekinu kontrole u periodu izrade finansijskih izveštaja (npr. u februaru).

Četvrto, od marta 2009. godine, ovim zakonom je uređena nadležnost i organizacija Poreske uprave – uređena je nadležnost Poreske uprave za vođenje drugostepenog prekršajnog postupka i donošenje drugostepenog rešenja s obzirom da su drugostepena rešenja bila poništavana od strane Vrhovnog suda Srbije zbog nenadležnosti za donošenje. Mišljenja smo da organizacija Poreske uprave, odnosno radni odnosi i sve što se tiče unutrašnje raspodele radnih mesta i sl. ne bi trebalo da bude predmet ovog zakona. Svakako da ima i drugih nedostataka, ali navedene smatramo najbitnijim.

PRAVCI DALJE DOGRADNJE PORESKOG SISTEMA SRBIJE

Imajući u vidu tendenciju Republike Srbije za pridruživanje zemljama EU, treba znati da EU ustanovljava jedinstveno tržište koje karakteriše ukidanje prepreka za slobodno kretanje roba, ljudi, usluga i kapitala. Ovi ciljevi mogu da budu ostvareni u celosti, pod uslovom da nacionalne i evropske politike stvore povoljnu klimu za aktivnosti koje će se odvijati preko granica. U cilju ostvarenja svoje ideje i politike stvaranja jedinstvenog tržišta, poreska politika u EU sastoji se od dve komponente, i to:

– *Indirektno oporezivanje* koje utiče na slobodno kretanje roba i slobodu pružanja usluga. Prema članu 113 Ugovora o Evropskoj uniji, Savet može, delujući jedinstveno na predlog od strane Komisije i posle konsultacija sa Evropskim

parlamentom i Ekonomskim i socijalnim komitetom, da usvoji odredbe za usaglašavanje pravnih propisa u vezi sa PDV, akcizama i drugim oblicima indirektnog oporezivanja u obimu u kome je takvo usaglašavanje neophodno da bi se obezbedilo ustanovljavanje i funkcionisanje jedinstvenog tržišta;

– *Direktno oporezivanje* – koje je isključiva odgovornost država članica EU (porez na dobit, porez na dohodak, porez na imovinu...). Međutim, prema odredbama člana 115. Ugovora o Evropskoj uniji, i u ovom slučaju Savet može, delujući jedinstveno na predlog od strane Komisije i posle konsultacija sa Evropskim parlamentom i Ekonomskim i socijalnim komitetom, da izda direktive za postepeno približavanje odredbi takvih zakona, uredbi ili administrativnih odredbi država članica koje direktno utiču na ustanovljavanje ili funkcionisanje jedinstvenog tržišta. Dakle, u cilju približavanja naše zemlje poreskoj politici EU, u narednom periodu moralo bi se poraditi na većini poreskih zakona, što smo već konstatovali komentarišući pojedine nedostatke i mane. U tom cilju, pomenućemo samo ponešto o mogućim pravicima dogradnje poreskih zakona.

1. *Zakon o akcizama* – dogradnja ovog zakona moraće da obuhvati sve odredbe koje su neophodne za odgovarajuće funkcionisanje jedinstvenog tržišta. Neophodno je da se definiše kada se akcizna roba pušta u potrošnju i koja lica plaćaju akcize. Odredbe koje su uvedene u Direktivi 2008/118/ EC u vezi sa mestom i vremenom kada se plaćaju akcize; povraćaj akciza; slučajevi poreskog oslobođenja; proizvodnja, obrada i držanje akcizne robe u akciznim skladištima; kretanje akciznih roba pod suspenzijom akciza; kretanje i oporezivanje akciznih roba posle puštanja u opticaj za potrošnju (kupovina od strane privatnih lica, držanje u drugoj državi članici, prodaja na daljinu, itd.).

Kada su u pitanju cigarete, koncept najpopularnije kategorije cene treba da bude zamenjen – minimalni zahtev u pogledu cene odnosi se na ponderisanu prosečnu maloprodajnu cenu; novčani minimum je primenljiv na sve cigarete. Što se tiče fino sečenog duvana namenjenog zavijanju cigareta, ponderisana prosečna maloprodajna cena treba da bude uzeta kao referenca, da bi se ostvarili efekti slični onima u oblasti cigareta. U delu alkoholna pića, Zakon bi trebao da obuhvati i alkohol, poluproizvode, vina i sl. Pored toga, Zakon će morati da obuhvati i oporezivanje energenata i električne energije koji su obuhvaćeni Direktivom 2003/96/EC.

2. *Zakon o PDV* – ne reguliše naplatu PDV na jedinstvenom tržištu (kao što su: teritorija na kojoj se PDV naplaćuje, prodaja na daljinu, nabavka dobara u okviru EU, mesto nabavke dobara u okviru EU, mesto obavljanja ostalih oporezivih transakcija, nastanak poreske obaveze za nabavku dobara unutar EU, poreska oslobođenja za transakcije unutar EU, popisne liste lica koja su nabavila robu i usluge u drugim državama članicama), niti sve posebne planove koji su uvedeni Direktivom 2006/112/EC. Odredbe koje se odnose na izgradnju građevinskih

objekata, mesto pružanja građevinskih usluga, lica koja mogu da budu poreski obveznici, nastanak poreske obaveze za izgradnju građevinskih objekata, poreska oslobođenja i obaveze lica koja plaćaju porez treba da budu ponovo razmotrene i usklađene sa Direktivom 2006/112/EC. Određene odredbe Zakona o PDV, posebno one vezane za oporezivanje usluga, poreskim izuzećem za građevinsko zemljište, prag za registraciju za mala preduzeća; smanjena poreska stopa PDV za prirodni gas; povraćaj PDV-a za: kupca prvog stana, za humanitarne organizacije, crkve i inostrane donatore, nisu u skladu sa Direktivom 2006/112/EC, a morale bi da se usklade.

3. *Zakon o porezu na dobit pravnih lica* – kao osnovni instrument kojim se u Srbiji reguliše oblast oporezivanja pravnih lica ima takva rešenja koja ne pokriva rešenja koja su zasnovana na principima sadržanim u Direktivi o ukidanju dvostrukog oporezivanja kompanija koje imaju sedište u jednoj državi članici, a filijale u ostalim državama i Direktivi o oporezivanju kamata i naknada za korišćenje prava u situacijama međudržavnog poslovanja. Odlaganja naplate poreza na kapitalnu dobit kod pravnih lica koja imaju statusne promene, je rešenje koje nije zasnovano na principima Direktive o poreskim olakšicama tokom spajanja dve ili više kompanija u međudržavnom poslovanju. Takođe se i grupno oporezivanje mora proširiti na preduzeća pravna lica koja su poreski rezidenti drugih zemalja članica EU ili se potpuno ukinuti. Postojeće poreske olakšice odnosno poreski podsticaji nisu osmišljeni iz perspektive Kodeksa ponašanja za poslovno oporezivanje i pravila za državnu pomoć, pa samim tim nisu ni “prihvatljive”.

4. *Zakon o porezu na dohodak građana*. – Kako smo napred pomenuli, pravo je svake zemlje da uređuje oporezivanje dohotka fizičkih lica, pa u tom smislu, ne postoje obavezni instrumenti koji se moraju preneti u Zakon o porezu na dohodak građana, osim odredbi u vezi sa Direktivom o poreskim olakšicama tokom spajanja dveju ili više kompanija. Pri oporezivanju se moraju uzeti u obzir Preporuke Evropskog saveta a koje se uglavnom tiču jednakog tretmana domaćih i stranih lica.

5. *Zakon o porezima na imovinu*. – U daljoj dogradnji zakona, pri oporezivanju se moraju uzeti u obzir direktive u vezi sa oporezivanjem kompanija, a naročito Direktiva o poreskim olakšicama kod spajanja dveju ili više kompanija i Direktive o PDV (kada su poreski obveznici pravna lica u sistemu PDV, što je uglavnom regulisano).

6. *Zakon o porezima na upotrebu, držanje i nošenje dobara*. – Pri oporezivanju se moraju uzeti u obzir Preporuke Evropskog saveta u ovoj oblasti kako je i presude Evropskog suda pravde (princip jednakog postupanja prema svima – domaćim i stranim licima). Na primer, porez na upotrebu motornih vozila treba da omogući da međudržavne transakcije ne pređu preterano oporezovane.

7. Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji – se individualno dograđuje prema pravnom sistemu zemlje.

ZAKLJUČAK

U radu je dat kritički osvrt na pojedina rešenja sadržana u celokupnom sadašnjem poreskom sistemu Republike Srbije što podrazumeva da su obuhvaćeni svi važeći zakoni kojima se reguliše ova pravna oblast. To je učinjeno na način koji je primeren opšte prihvaćenim naučnim stavovima iz oblasti poreza i poreske politike, unetim u Deklaraciju škole prirodnog prava, imajući, pri tom, naročito u vidu poruku iz Deklaracije da s obzirom da se većina država savremenog sveta orjentiše na ustanove tržišne privrede, poresko zakonodavstvo sve više dobija zajedničke forme i standarde regionalnog, pa i univerzalnog značaja.

Sve što je izneto u ovom radu ima za cilj da se i dalje pospešuje način i rad učesnika Poreske sekcije Kopaoničke škole prirodnog prava, radi stvaranja povoljnog ambijenta iz koga će zakonodavac i *de lege ferenda* crpsti nove ideje koje će onda moći uspešno da koristi u dogradnji celokupnog poreskog zakonodavstva Srbije.

MIROSLAV VRHOVŠEK, LL.D.,
Professor Emeritus, Business Academy,
Novi Sad, Academic Advisor

CRITICAL REVIEW OF SOME DECISIONS IN THE TAX SYSTEM IN SERBIA

Summary

The work deals with critical approach of particular solutions contained in comprehensive present tax system Republic of Serbia, which means that all enacted referent Laws are included treatise. It is done on way which is appropriate with general acceptable attitudes of Tax science and tax politics accepted by Declaration of natural law school, thereby, bearing to mind especially message from Declaration with respect of majority modern – day countries which oriented on institute of Modern economy, The tax legislature gets the mutual regional forms and standards, which incline to by universally.

All in this paper have purpose of further development of ways and work members of Tax department Copenic's natural law school, in order to create a new environment from which Serbian Parliament would take new ideas which *de lege ferenda* implement in overall Serbian tax Laws.

*PREDRAG STOJANOVIĆ,
SNEŽANA STOJANOVIĆ*

PORESKI POSTUPAK U REPUBLICI SRBIJI
– Prava i obaveze Poreske uprave i poreskih obveznika –

U V O D

U sferi poreskog prava, poreski postupak zauzima posebno, značajno mesto. U njemu se ostvaruje neposredan kontakt između poreskog poverioca i poreskih dužnika i realizuju prava i obaveze obe strane. Iako u ovom odnosu, uglavnom, postoje brojna ovlašćenja (prava) poreskog poverioca naspram kojih stoje obaveze poreskih dužnika, prisutna su i određena prava poreskih dužnika, koja podrazumevaju obavezu poreskog poverioca da omogući njihovo ostvarivanje. U Srbiji “krovni” zakon kojim se uređuju poreski postupak i prava, odnosno obaveze učesnika predstavlja Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji. Njime su detaljno uređena pitanja koja se tiču utvrđivanja javnih prihoda, njihove naplate u redovnom i prinudnom poreskom postupku, poreske kontrole, ali i pitanja kao što su: registracija poreskih obveznika i dodeljivanje poreskog identifikacionog broja, drugostepeni poreski postupak i pravo poreskih obveznika na podnošenje žalbe i pokretanje upravnog postupka u slučaju povrede nekog njegovog zakonom utvrđenog prava u toku poreskog po-

Prof. dr Predrag Stojanović, dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.
Dr Snežana Stojanović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

stupka ili poreske kontrole; pravo poreskih obveznika na sudsku zaštitu; poreski prekršaji i poreska krivična dela, itd. Namera nam je da u ovom radu analiziramo prava i obaveze učesnika u poreskom postupku u svetlu odredbi pomenu-tog zakona.

POJAM PORESKOG POSTUPKA

Poreski odnos može se definisati na dva načina: davanjem šire i uže definicije. U širem smislu, pod poreskim odnosom podrazumeva se odnos javnog prava između dve određene strane na osnovu koga je jedna strana (poreski poverilac) ovlašćena da od druge strane (poreskog dužnika) zahteva određeno ponašanje (davanje, činjenje, nečinjenje ili trpljenje), pri čemu je druga strana u obavezi da to ispuni. Ovo znači da se u poreskom odnosu s jedne strane nalazi poreski zahtev (poreski poverilac), dok je na drugoj strani poreska obaveza (poreski dužnik), što je vrlo slično svakom drugom odnosu obligacionog prava. Drugim rečima, šira definicija poreskog odnosa ima u vidu formalnu stranu poreske obaveze. U užem smislu, poreskim odnosom obuhvaćena je materijalna promena: kada u realnom životu nastupi događaj koji može biti obuhvaćen zakonskim opisom poreskog činjeničnog stanja, nastaje ovlašćenje poreskog poverioca da zahteva od poreskog dužnika da ispuni poresku obavezu, što dovodi do umanjenja njegovog dohotka. Može se zaključiti da se šira i uža definicija međusobno prepliću, kao što se prepliću i međusobno su neodvojive materijalna i formalna strana poreske obaveze. Osim toga, iz obe definicije uočava se da u poreskom odnosu uvek postoje dve strane: poreski poverilac i poreski dužnik. Po pravilu, u savremenim državama u uloga poreskog poverioca dodeljena je poreskoj administraciji, mada to mogu biti i neke druge institucije javnog prava kojima je povereno vršenje značajnih političkih, ekonomskih i/ili socijalnih funkcija. U Republici Srbiji, uloga poreskog poverioca, osim Poreskoj upravi, dodeljena je i organizacijama obaveznog socijalnog osiguranja, odnosno: Republičkom fondu za penzijsko i invalidsko osiguranje, Republičkom zavodu za zdravstveno osiguranje i Nacionalnoj službi za zapošljavanje. S druge strane, poreskih dužnika može biti znatno više. Pored poreskog obveznika kao glavnog poreskog dužnika, u ovoj ulozi mogu se naći i: poreski platac, poreski destinatar, poreski jamac, poreski posrednik, kao i pojedini državni organi koji imaju određene poreskopravne obaveze.¹ Poreski obveznik je lice koje zakon obavezuje da plati porez. Međutim, to ne znači da ovo lice i zaista faktički plaća porez.

¹ Više vid.: D. Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i JP "Službeni glasnik", Beograd, 2008, str. 93–98.

Moguće je da uplatu dugovanog poreza izvrši drugo lice, tj. poreski platac, poreski destinatar ili poreski jemac. Poreski platac se, najčešće, pojavljuje kod poreza po odbitku, i to pre svega kod poreza na dohodak građana. U pitanju je lice koje zakon obavezuje da obračuna i uplati odgovarajući iznos na ime poreza pre nego što poreskom obvezniku isplati određeni prihod, najčešće zaradu. Ovo, u stvari, ukazuje da je poreski platac poslodavac kod koga je poreski obveznik zaposlen. Poreski destinatar je lice koje konačno snosi poreski teret. Po pravilu, ova vrsta poreskog dužnika pojavljuje se kod posrednih poreza (poreza na promet, akciza, carina) kod kojih poreski obveznik teret plaćanja poreza prevaljuje na krajnjeg potrošača, tj. kupca. Još jedna vrsta poreskog dužnika od koga poreski poverilac porez može naplatiti porez jeste poreski jemac. Moguće je da ekonomska situacija poreskog obveznika bude takva da on ne može ispuniti svoju poresku obavezu. U takvom slučaju, poreski poverilac obratiće se poreskom jemcu, koji može biti solidarni ili supsidijarni poreski dužnik. U slučaju solidarnog jemstva poreski poverilac može se obratiti bilo poreskom obvezniku, bilo poreskom jemcu. Međutim, u slučaju supsidijarnog jemstva, poreski poverilac se može obratiti za naplatu poreskom jemcu tek pošto je prethodno, bezuspešno, pokušao da naplati porez od poreskog obveznika.

Osim navedenih, u ulozi poreskog dužnika može se naći i poreski posrednik, odnosno banka ili drugi učesnik u platnom prometu, koji obračunava i za račun nekog od prethodno navedenih poreskih dužnika uplaćuje dugovani iznos poreza na odgovarajući uplatni račun javnih prihoda.

Poreski dužnik može biti i državni organ koji učestvuje u poreskom postupku; primera radi, to mogu biti državni organi koji su u toku vršenja svojih redovnih aktivnosti došli do određenih podataka koji su od značaja za utvrđivanje visine poreske obaveze. Takođe, to mogu biti i druga lica koja poseduju informacije značajne za utvrđivanje poreske obaveze, itd.

U poreskom postupku mogu se pojaviti i druga lica: poreski punomoćnik; zakonski zastupnik, poslovođa ortačke radnje i privremeni staralac zaostavštine; zastupnik po službenoj dužnosti, kao i poreski savetnik.²

PORESKI POSTUPAK U REPUBLICI SRBIJI

Poreski postupak u Republici Srbiji pravno je regulisan Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji, donetim 2002. godine. U pitanju je je-

² Vid. čl. 14–17. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, "Sl. glasnik RS", br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09. i 53/10.

dan od ključnih zakona usvojenih u procesu sprovođenja poreske reforme započete još devedesetih godina XX veka, zatim prekinute i nastavljene krajem 2000. godine. Donošenje ovog zakona imalo je “za cilj da postavi čvrsti pravni osnov za sasvim novu ulogu Poreske uprave, kao jedinog poreskog organa u Republici”.³ Na ovaj način, u jednom pravnom aktu regulisana je celokupna aktivnost u vezi sa utvrđivanjem, naplatom i kontrolom poreza i drugih javnih prihoda, i to uz poštovanje odgovarajućih načela definisanih kao načela poreskog postupka. U pitanju su⁴: načelo zakonitosti; načelo vremenskog važenja poreskog postupka; načelo omogućavanja uvida u činjenice; načelo čuvanja službene tajne u poreskom postupku; načelo postupanja u dobroj veri, i načelo fakticiteta.

Načelo zakonitosti podrazumeva da⁵: je Poreska uprava dužna da ostvaruje sva prava i obaveze iz poreskopravnog odnosa, u skladu sa zakonom; kada je Poreska uprava ovlašćena da deluje na osnovu diskrecionih ovlašćenja, postoji njena obaveza da deluje u skladu sa svrhom tih ovlašćenja i okviru zakona; Poreska uprava je dužna da utvrđuje sve činjenice važne za donošenje zakoni- te i pravilne odluke, pri čemu mora da prida jednaku pažnju kako činjenicama koje idu u prilog poreskom obvezniku, tako i činjenicama koje su na štetu po- reskog obveznika.

Putem ovog načela omogućuje se da Poreska uprava vrši svoja ovlašćenja, ali tako da i prava poreskih obveznika budu zaštićena. Ovo znači da pojava bilo kakve vrste nezakonitosti i nanošenje štete poreskom obvezniku od strane Po- reske uprave u toku poreskog postupka, daje pravo poreskom obvezniku da po- krene odgovarajući postupak i zahteva adekvatnu naknadu⁶.

Veoma važno načelo poreskog postupka je i *načelo vremenskog važenja po- reskih propisa*. Radi se o tome da se svaka radnja u toku poreskog postupka pre- duzima na osnovu propisa koji su bili na snazi u vreme poreskog postupka. Ovo znači zabranu retroaktivnog važenja poreskih i drugih relevantnih propi- sa. Samo izuzetno je dopuštena retroaktivnost, i to za pojedine zakonske odred- be. Zakonom je predviđeno⁷: da se poreska obaveza utvrđuje na osnovu pro-

³ Vid.: D. Popović, *Komentar Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji*, Cekos in, Beograd, 2003, str. II.

⁴ Vid.: čl. 4-9. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, “Sl. glasnik RS”, br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09. i 53/10.

⁵ Vid.: čl. 4. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, “Sl. glasnik RS”, br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09. i 53/10.

⁶ Vid.: čl. 24. st. 2. i 3. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, “Sl. glasnik RS”, br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09. i 53/10.

⁷ Vid.: čl. 5. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, “Sl. glasnik RS”, br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09. i 53/10.

pisa koji su bili na snazi u vreme njenog nastanka, osim ako je prema ustavu i zakonu za pojedine odredbe zakona predviđeno da imaju povratno dejstvo; da su radnje u poreskom postupku regulisane propisima koji su na snazi u vreme kada se preduzimaju.

Načelo omogućavanja uvida u činjenice sastoji se u obavezi Poreske uprave da, pre donošenja akta kojim se utvrđuju prava i obaveze poreskog obveznika, omogući poreskom obvezniku, na njegov zahtev, uvid u pravnu i činjeničnu osnovu za donošenje akta⁸. Ovo znači da je Poreska uprava dužna da, kada to poreski obveznik zahteva, stvori uslove da on koristi svoje pravo uvida u propise i činjenice na osnovu kojih će se doneti upravni akt. Međutim, Poreska uprava će doneti odgovarajući akt i kada poreski obveznik nije iskoristio ovo svoje pravo, mada je to mogao da učini.⁹

Načelo čuvanja službene tajne u poreskom postupku podrazumeva da su sva lica koja učestvuju u poreskom postupku (službena i druga lica) dužna da čuvaju kao službenu tajnu¹⁰: svaki dokument, informaciju, podatak ili drugu činjenicu o poreskom obvezniku do koje su došla u poreskom, prekršajnom ili sudskom postupku; podatke o tehničkim pronalascima ili patentima, kao i sve druge podatke o tehnološkim postupcima koje primenjuje poreski obveznik, a do kojih su došla u poreskom postupku.

Ovakva obaveza postoji ne samo u toku trajanja radnog odnosa, nego i kada službenim licima prestane radni odnos ili kada nekom drugom licu prestane svojstvo po osnovu koga je došlo do saznanja o određenim podacima koji se tiču poreskog obveznika¹¹. S druge strane, ako neko od ovih lica povredi svoju obavezu čuvanja službene tajne neovlašćenim korišćenjem ili objavljivanjem podataka, poreski obveznik može da pokrene sudski postupak u kome će zahtevati odgovarajuću zaštitu svojih prava.

Načelo postupanja u dobroj veri sastoji se u obavezi da obe strane u poreskoppravnom odnosu postupaju savesno, korektno, pošteno i dobronamerno. Takođe, učestalost i trajanje poreske kontrole moraju biti svedeni samo na nužnu

⁸ Vid.: čl. 6. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, "Sl. glasnik RS", br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09. i 53/10.

⁹ Vid.: D. Popović, *Komentar Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji*, str. 13.

¹⁰ Vid.: čl. 7. st. 1. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, "Sl. glasnik RS", br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09. i 53/10.

¹¹ Vid.: čl. 7. st. 2. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, "Sl. glasnik RS", br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09. i 53/10.

meru, što znači da prečestim i/ili predugim poreskim kontrolama ne smeju biti ugrožena prava poreskih obveznika.¹²

Načelo fakticiteta podrazumeva obavezu da se poreske činjenice utvrđuju prema ekonomskoj suštini. Ovde se, u stvari, radi o primeni takozvane *substance-over-form* doktrine, prema kojoj se kod utvrđivanja poreske obaveze uzima u obzir ekonomska snaga poreskog obveznika, a ne primenjena pravna forma. Tako, ako je poreski obveznik zaključio jednu vrstu ugovora u cilju prikrivanja pravnog posla koji zaista namerava da izvrši, osnovu za utvrđivanje poreske obaveze predstavljaju prikriveni pravni posao, odnosno onaj koji je disimulovan. Takođe, u slučaju kada su prihodi na koje treba platiti odgovarajuće poreze ostvareni na protivzakonit način, Poreska uprava će utvrditi poresku obavezu u skladu sa zakonom kojim se uređuje odgovarajuća vrsta poreza.¹³

Propisivanjem navedenih načela uz njihovo uzimanje u obzir kod regulisanja prava i obaveza poreskih obveznika, omogućeni su ostvarivanje i zaštita fiskalnog interesa, kao i adekvatna zaštita poreskih obveznika. Ujedno, ovime se omogućuje i pravilno sprovođenje poreskog postupka, odnosno utvrđivanje i naplata poreza, kao i poreska kontrola.¹⁴

PRAVA I OBAVEZE STRANAKA U PORESKOM POSTUPKU

Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji ustanovljena su prava i obaveze svih stranaka, tj. učesnika u poreskom postupku: Poreske uprave, kao poreskog poverioca, i poreskih obveznika, odnosno dužnika i to u skladu sa standardima uspostavljenim u uporednom poreskom pravu.

Poreska obaveza predstavlja dužnost poreskog obveznika da plati utvrđeni porez u skladu sa zakonski utvrđenim uslovima¹⁵. Poreski obveznik odgovara za ispunjenje poreske obaveze od momenta kada se u realnom životu desi doga-

¹² Vid.: čl. 8. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, "Sl. glasnik RS", br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09. i 53/10. i D. Popović, *Komentar Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji*, str. 17.

¹³ Vid.: čl. 9. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, "Sl. glasnik RS", br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09. i 53/10. i D. Popović, *Komentar Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji*, str. 17–19.

¹⁴ Više vid.: S. Stojanović i B. Raičević, "Zaštita prava poreskih obveznika u Republici Srbiji" Zbornik Instituta društvenih nauka *Pojedinac i država*, Beograd, 2005, str. 282–84.

¹⁵ Vid.: čl. 18. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, "Sl. glasnik RS", br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09. i 53/10.

đaj koji se može podvesti pod zakonski opis poreskog činjeničnog stanja, odnosno kada se ostvare apstraktne prepostavke određene u poreskom zakonu čijim ispunjenjem nastupaju odgovarajuće poreskopravne posledice. Tako, poreska obaveza može nastati kada neko lice (najčešće, poreski obveznik) ostvari određeni prihod ili stekne, odnosno poseduje određenu imovinu, itd. Samo ispunjenje poreske obaveze sastoji se u plaćanju dugovanog iznosa poreza u momentu njegovog dospeća. Po pravilu, poresku obavezu neposredno ispunjava poreski obveznik, izuzev u slučajevima kada je zakonom propisano da za njeno ispunjenje odgovara drugo lice.¹⁶ Takođe, moguće je i ispunjenje od strane drugog poreskog dužnika, ali samo ukoliko plaćanje poreza neposredno pogađa ekonomsku snagu poreskog obveznika.

Osim putem plaćanja poreza¹⁷, poreska obaveza može prestati i na druge načine¹⁸: zastarelošću poreza; otpisom poreza; na drugi zakonom propisani način.

Lice koje je dužno da plati porez predstavlja poreskog obveznika. Reč je, u stvari, o poreskom dužniku (fizičkom ili pravnom licu) koji je u obavezi da plati porez ili neko drugo sporedno poresko davanje¹⁹.

Obaveze poreskih obveznika – prava Poreske uprave

Pored plaćanja poreza kao osnovne obaveze poreskog obveznika, Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji je utvrđen niz drugih obaveza koje glavni poreski dužnik treba da ispuni. Predviđeno je da je poreski obveznik dužan da²⁰: u propisanom roku podnese prijavu za registraciju Poreskoj upravi i prijavi sve kasnije izmene podataka u prijavi; podnese poresku prijavu

¹⁶ Vid.: čl. 19. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, "Sl. glasnik RS", br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09. i 53/10.

¹⁷ Naplata poreza može se ostvariti na nekoliko načina: plaćanjem dugovanog iznosa poreza; kompenzacijom ili davanjem umesto plaćanja. Vid. čl. 23. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, "Sl. glasnik RS", br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09. i 53/10.

¹⁸ Vid.: čl. 23. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, "Sl. glasnik RS", br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09. i 53/10.

¹⁹ Vid.: čl. 12. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, "Sl. glasnik RS", br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09. i 53/10.

²⁰ Vid.: čl. 25. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, "Sl. glasnik RS", br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09. i 53/10.

Poreskoj upravi na propisanom obrascu, u roku i na način uređen poreskim propisima; podnese dokumentaciju i pruži informacije koje zahteva Poreska uprava, u skladu sa poreskim propisima; vodi propisane poslovne knjige i evidencije radi oporezivanja; u zakonskim rokovima tačno obračunava porez, kada je po zakonu dužan da to sâm čini; ne ometa i ne sprečava službena lica koja učestvuju u poreskom postupku u obavljanju zakonom utvrđene dužnosti; obavesti Poresku upravu o otvaranju ili zatvaranju računa kod banke, druge finansijske organizacije, poštanske štedionice ili druge organizacije koja obavlja platni promet u AP Kosovo i Metohija, Republici Crnoj Gori ili u inostranstvu – u roku od 15 dana od dana otvaranja, odnosno zatvaranja računa; bude prisutan tokom poreske kontrole; izvršava druge obaveze utvrđene zakonom.

Dok na strani poreskog obveznika navedene obaveze podrazumevaju njegovu dužnost, dotle na strani Poreske uprave stoji ovlašćenje (pravo) da od poreskog obveznika zahteva ispunjenje.

Prava poreskih obveznika – obaveze Poreske uprave

Osim obaveza, svaki poreski obveznik uživa i značajna prava, što podrazumeva obavezu Poreske uprave da omogući njihovo ostvarivanje. Zakonom su utvrđena sledeća prava poreskih obveznika²¹: pravo da od Poreske uprave besplatno dobije informacije o poreskim propisima iz kojih proizilazi njegova poreska obaveza, a ako je neuk i pravo na besplatno dobijanje osnovne pravne pomoći, što omogućuje da prijavi i plati porez i obračuna i plati sporedna poreska davanja, u skladu sa propisima; pravo da u pismenom obliku dobije odgovor na pitanje koje je u takvom obliku postavio Poreskoj upravi, a tiče se njegove poreske situacije; pravo da zahteva da se Poreska uprava i njeni službenici ophode prema njemu sa poštovanjem i uvažavanjem; pravo da zahteva da se o njemu prikupljeni podaci u poreskom postupku od strane Poreske uprave čuvaju kao službena tajna i koriste, odnosno čine dostupnim drugim licima, organima ili organizacijama samo u slučajevima predviđenim zakonom; pravo da zahteva da Poreska uprava poštuje njegovu privatnost; pravo da ostvari uvid u podatke o utvrđivanju i naplati poreza koji se o njemu vode kod Poreske uprave i zahteva izmenu nepotpunih ili netačnih podataka; pravo da zastupa vlastite interese pred Poreskom upravom neposredno ili putem punomoćnika; pravo da na pro-

²¹ Vid.: čl. 24. st. 1. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, "Sl. glasnik RS", br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09. i 53/10.

pisan način koristi poreske olakšice; pravo da na propisani način i u propisanim rokovima dobije refakciju, odnosno povraćaj više ili pogrešno naplaćenog poreza; pravo da prisustvuje tokom terenske poreske kontrole; pravo da dobije obrazloženje akata donetih u postupku poreske kontrole; pravo da daje obaveštenja poreskim organima u poreskom postupku; pravo da koristi pravna sredstva u poreskom postupku; pravo da koristi i druga prava utvrđena zakonom.

U slučaju da poreski obveznik ne može da ostvari nekog od navedenih prava, omogućeno mu je uživanje sudske zaštite, pri čemu naknada pretrpljene štete i sudski troškovi padaju na teret budžeta političko-teritorijalne jedinice koja je učinila povredu konkretnog prava²².

Predviđanjem ovakvih prava, zakonodavac je zaštitu poreskih obveznika u Srbiji značajno uskladio sa zaštitom, odnosno sa pravima koja uživaju obveznici u poreskim sistemima savremenih država.

ZAKLJUČAK

Značajan korak u regulisanju položaja poreskih obveznika i poboljšanju njihovog odnosa sa poreskom administracijom predstavlja usvajanje Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji. Ovim zakonom su na jedinstveni način regulisana sva prava i obaveze i poreskih obveznika i Poreske uprave i dopušteno je da obveznik čija su prava povređena ostvari zaštitu pokretanjem sudskog, odnosno upravnog postupka. Na ovaj način poreskim obveznicima u Srbiji omogućeno je ostvarivanje istih onih prava koja uživaju poreski obveznici u drugim savremenim državama. Takođe, utvrđena su ovlašćenja Poreske uprave i ograničenja kojih se mora pridržavati u njihovom vršenju, čime je u stvari predviđena adekvatna zaštita prava poreskih obveznika i drugih poreskih dužnika. Pored toga, predviđanjem različitih prava i obaveza poreskih obveznika, kao i odgovarajućih ovlašćenja i dužnosti Poreske uprave, realizovana su osnovna ustavna načela koja se odnose na slobode, prava i dužnosti čoveka i građanina. Takođe, ispoštovane su odredbe Povelje o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama²³, kao i Univerzalna deklaracija o pravima čoveka²⁴.

²² Vid.: čl. 24, st. 2-3. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, "Sl. glasnik RS", br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09. i 53/10.

²³ Vid.: Sl. list SCG, br. 6/03.

²⁴ Vid.: *Univerzalnu deklaraciju o pravima čoveka*, Rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 217 A (III) od 10. decembra 1948. godine.

PREDRAG STOJANOVIĆ, LL.D.,

Professor, Faculty of Law,

University of Kragujevac

SNEŽANA STOJANOVIĆ, LL.D.,

Assistant Professor, Faculty of Law,

University of Kragujevac

TAX PROCEDURE IN THE REPUBLIC OF SERBIA
– Rights and Duties of Tax Administration and Taxpayers –

Summary

Enactment of the Law on tax administration and tax procedure, Serbia has got legal act that unified regulation of all issues related with procedure of establishment, payment and control of public revenues. Also, in this act rights and duties of tax procedure participants and protection of taxpayers' rights are regulated. This article deals with rights and duties of Tax administration and taxpayers that are established as a result of the actual fiscal reform in Serbia.

MARINA DIMITRIJEVIĆ

PORESKO PRAVO PRED ZAHTEVIMA MODERNOG DRUŠTVA

U V O D

Poreski sistem je složene prirode i od njega se očekuje što bolje funkcionisanje kako bi se ostvarili željeni rezultati. Posredstvom poreskog prava (poreskih zakona), sistemu oporezivanja treba dati sadržaj prihvatljiv od strane poreskih obveznika. Kako je glavni zadatak poreskih organa da obezbede poštovanje poreskih zakona, neophodno je da fenomen povinovanja obveznika porezima dobro poznaju i razumeju.

Imajući u vidu da je najbolje da se u primeni poreza oslanjaju na dobrovoljnu saglasnost obveznika u ispunjavanju poreskih obaveza, poreski organi u tom cilju moraju kontinuirano poboljšavati modalitete svog postupanja. Postojeće resurse treba što efikasnije i efektivnije koristiti kako bi se obezbedio visok nivo dobrovoljnog plaćanja poreza. Alternativa tome su brojni oblici nepoštovanja poresko-pravnih normi, što uzrokuje pokretanje mehanizama odgovornosti zbog takvog ponašanja. Ovi mehanizmi, bez sumnje, ostavljaju raznovrsne efekte na oblast oporezivanja, poresku klimu u jednoj državi i same poreske obveznike.

Dr Marina Dimitrijević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" (br. 179046), koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

OSVRT NA NEKE TEME OPOREZIVANJA DANAS

Poreska vlast primenjuje poreze u okruženju koje nije jednostavna i kompaktna celina. Specifični su okviri i mogućnosti delovanja današnjih poreskih organa. Poreske politike različitih država, pretočene u poreskopravne norme, realizuju se u uslovima postojanja nejednako razvijenih poreskih kultura, ali i prakse postupanja poreskih organa u svakoj od država ponaosob.

Stremljenje ka jasnoj i konzistentnoj poreskoj politici, koje bi trebalo da bude imperativ koncipiranja iste, potrebno je ne samo iz razloga što smanjuje kompleksnost poreskog sistema i poreskih zakona, već i zato što smanjuje troškove plaćanja poreza i poboljšava percepciju poreskih obveznika o potrebi povinovanja porezima. S tim povezano, odgovorna vlada, ministarstvo finansija i poreska administracija u jednoj zemlji neophodni su za razvoj ispravne poreske politike kojom se obezbeđuju pretpostavke za kvalitetan sistem oporezivanja.

Primena poreskih zakona našla se pred novim izazovima sa liberalizacijom trgovine i kapitala. Razvoj informaciono-komunikacione tehnologije proširio je mogućnosti za poslovanje. U svetlu razvoja interneta, pojavljuju se nova razmišljanja o oporezivanju u budućnosti. Internet se razvija u globalno tržište, s velikim prometom i mogućnostima ostvarivanja velikog prihoda te, kao posledica toga, velikim poreskim potencijalom. Kako se internetski poslovi ne obavljaju samo u jednoj državi, samostalni nacionalni pokušaji rešavanja problematike oporezivanja takvih poslova nisu dovoljni. Praksa pokazuje da je efikasno oporezivanje elektronskog poslovanja moguće ostvariti (postići) samo dogovaranjem na međunarodnom nivou.¹

Poreska vlast (poreski organi), na početku druge dekade XXI veka, da bi nosila epitet dobre poreske vlasti, mora biti svesna globalnih ekonomskih kretanja i savremenih trendova u poslovanju i toga kako oni i kojom brzinom deluju na njenu uspešnost u administriranju porezima. Shodno tome, neophodno je da bude sposobna da blagovremeno proceni kakve rizike ove pojave donose u domenu primene i poštovanja poreskog prava, sa ciljem razvoja odgovarajuće strategije usmerene na bolje upravljanje rizicima.² Strategije najčešće obuhvataju dodatnu edukaciju poreskog osoblja i poreskih obveznika, bolje informisanje poreskih obveznika

¹ Nikola Mijatović, Razvoj interneta i porezne posledice, Pravo i porezi, br. 9/2008, cit. strana 75.

² U kontekstu globalizacije, rizici sa kojima se poreski organi susreću u povinovanju poreskim zakonima, procenjuju se ne samo na domaćem terenu, već i internacionalno, sa resursima dodeljenim na osnovu prioriteta, identifikovanih unutar jasnog procesa upravljanja rizicima. Videti: Principles of Good Tax Administration – Practice Note, Prepared by the OECD Committee of Fiscal

i nove poreske usluge,³ precizno profilisanje rizika u naplati poreza, predloge za promenu postojećih poreskih zakona, snažne antievazione mere i dr.⁴

Poreski organi su suočeni i sa pokretačima promena koji proizilaze iz značajnih reformi u sektoru javne administracije (čiji su poreski organi deo) a koje odlikuju moderno društvo. Te reforme su deo nastojanja Vlada današnjih država da se poboljša efikasnost i efektivnost javne administracije. Uz to prisutne su i druge temeljne karakteristike koje obeležavaju reformska nastojanja zemalja koje modernizuju svoje sisteme javne administracije: preuzimanje nekih kriterijuma i mehanizama funkcionisanja iz tržišnog sektora, a koji su primenjivi u javnom sektoru, odnosno javnoj administraciji; veća orijentacija na postupke postupanja, uz slabljenje tradicionalnih birokratskih struktura; decentralizacija, kako bi se javna administracija učinila odgovornijom i bližom građanima; odvajanje segmenta formulacije politike države u određenoj oblasti od njene konkretne primene, a u cilju poboljšanja kvaliteta obavljanja poslova u istoj; sistem odgovornosti javne administracije (uprave) temelji se na postignutim rezultatima, a ne na striktnom vezivanju za pravila i procedure (postupke).⁵ Navedene karakteristike dobijaju svoju posebnu konkretizaciju kada je reč o poreskim organima.

Pitanje koje se izdvojilo kao centralno u reformama je uspostavljanje ispravne prakse postupanja državnih organa a time i postupanja poreskih upravnih organa. Uspostavljanje kvalitetnijeg odnosa poreskih organa i poreskih obveznika, u savremenim uslovima, kako iskustvo pokazuje, postiže se značajnom upotrebom moderne informaciono-komunikacione tehnologije.⁶

Postupajući pod stalnim pritiskom da se prevaziđe raskorak između poreza koje po zakonu treba naplatiti i stvarno naplaćenih poreza, poreski organi treba da teže uspostavljanju takvog sistema rada koji poreske obveznike čini zadovoljnim i, u isto vreme, državi obezbeđuje sredstva neophodna za finansiranje javnih potreba.

Affairs Forum on Statagic Management, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, 2 May 2001, p. 3.

³ Pružanje usluga poreskim obveznicima (poreskih usluga) u skladu je tzv. savremenim uslužno-orijentisanim modelom rada poreskih organa.

⁴ Videti u tom smislu: Monitoring taxpayers' compliance: A practical guide based on leading revenue body experience, Forum on Tax Administration: Compliance Sub-group (Final report), Centre for Tax Policy and Administration, OECD, 22 June 2008, p. 11.

⁵ Donald F. Kettl, *The Global Public Management Revolution: A Report on the Transformation of Governance*, Washington, Brookings Institution Press, 2000, cit. p. 1–3.

⁶ O ovoj problematici videti opširnije: *Improving Taxpayer Service Delivery: Channel Strategy Development*, Prepared by Forum on Tax Administration Taxpayer Services Sub-group, Approved by Committee on Fiscal Affairs, May 2007, p. 4.

Neizostavno, u modernom društvu, da bi se moglo govoriti o postojanju pravne, a posebno socijalne države, nužno je da poreska obaveza bude opšta⁷ a poreski teret pravedno raspodeljen među poreskim obveznicima. Drugim rečima, svaki poreski obveznik treba da ima pravedan udeo u finansiranju javnih izdataka čime se akcenat stavlja na bitan postulat savremenog oporezivanja da svako treba da snosi poreski teret shodno svojoj ekonomskoj snazi.

Uz pravičnost savremeno oporezivanje treba da prati jednostavnost i transparentnost, kao logična posledica razvoja poreza koji su dominantni javni prihodi današnjeg doba. Veliki broj propisa u poreskoj oblasti (tzv. prenormiranost) može nepovoljno da utiče na poreske obveznike izazivajući kod njih osećaj da su u nezavidnoj poziciji u odnosu na poreske organe. Ukoliko su neobrazovani i ne velike ekonomske snage oporezivanje će im izgledati prilično odbojno a prenormiranost u oblasti oporezivanja će za njih predstavljati jedan novi oblik ograničavanja njihovih prava. Svi navedeni razlozi ukazuju da je neophodno da poreska vlast stalno osluškuje poresko javno mnjenje i da se konsultuje sa poreskim obveznicima i drugim zainteresovanim subjektima prilikom koncipiranja poreskih promena. Ovo će omogućiti da se troškovi plaćanja poreza drže na nivou koji je neophodan da bi se dostigao i održao zadovoljavajući nivo saglasnosti u povinovanju poreskim zakonima.⁸

KAKO DO USPEŠNE PRIMENE PORESKOG PRAVA?

Odlučivanje u poreskim stvarima, zbog značaja koji imaju porezi, zahteva posebne pravne norme, koje treba da osiguraju efikasno postupanje u poreskim

⁷ Stabilitnost u prikupljanju poreskih prihoda suštinski proizilazi iz osećaja poreskih obveznika da su jednaki pred zakonom, da se niko ne nalazi u privilegovanom položaju, da su dužni da izmire poreske obaveze koje su u skladu sa zakonom utvrđene, kao i da će na isti način (na osnovu zakona) biti utvrđena njihova odgovornost za nepoštovanje poreskih propisa. O ovoj problematiki videti opširnije: Marina Dimitrijević, Privreda i vladavina prava u kontekstu izazova savremenog oporezivanja, *Pravo i privreda*, br. 7–9/2011, str. 630–635.

⁸ S tim povezano, posredstvom kontrola koje poreski organi sprovode promovise se dobrovoljno povinovanje obveznika porezima (istovremeno se poreski obveznici podsećaju da će nepovinovanje porezima biti otkriveno i sankcionisano), otkrivaju se konkretni slučajevi nepovinovanja poreskim zakonima, prikupljaju se informacije o “zdravlju” poreskog sistema i potencijalnim novim šemama za izbegavanje poreskih obaveza, indentifikuju se delovi poreske oblasti koji zahtevaju drugačije pravno regulisanje od postojećeg regulisanja. Videti: *Strengthening Tax Audit Capabilities: General Principles and Approaches (Information Note)*, Prepared by Forum on Tax Administration's Compliance Sub-group, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, 16 October 2006, p. 8.

stvarima, kao i disciplinu i zakonitost ponašanja svih učesnika u poreskom postupku. Te norme primenjuju poreski organi prilikom rešavanja poreske stvari i obavezuju i njih same (poreske službenike koji preduzimaju radnje u postupku) i poreske obveznike.⁹

Vladavina prava i poštovanje prava poreskih obveznika su prioritetni zahtevi koji se, u modernom i razvijenom društvu, ističu u poreskoj sferi. Ostvarivanje tih vrednosti zahteva primenu (tumačenje) poreskih zakona u skladu sa načelom izvesnosti i načelom zaštite legitimnih očekivanja poreskih obveznika kao stranaka o čijim se pravima i obavezama odlučuje u poreskom postupku.¹⁰ Postupanje poreskih službenika i primena propisa moraju biti takvi da poreskom obvezniku omoguće da prema njima uskladi svoje ponašanje i da unapred može predvideti učinke (efekte) koje ono može uzrokovati. Lakše i kvalitetnije ostvarivanje funkcije oporezivanja, preko primene poreskih zakona, moguće je ukoliko se odnosi poreskih organa i poreskih obveznika razvijaju u atmosferi saradnje i poverenja. To istovremeno podrazumeva smanjenje sporova na relaciji poreski organi – poreski obveznici.¹¹ Povećanje odgovornosti, objektivnosti i lojalnosti zaposlenih na svim nivoima organizacione strukture poreske administracije i poboljšanje postojećih modaliteta komunikacije poreskih službi i obveznika poreza tome mogu dodatno da doprinesu.

Potencijalne smetnje navedenom mogu biti nejasni propisi koji regulišu neka poreska pitanja, nepregledni poreski obrasci, neadekvatne poreske publika-

⁹ Stanka Stojić, Porezne postupovne norme s osvrtom na pravne lekove, *Pravo i porezi*, br. 8/2004, str. 50.

¹⁰ Za potpunu sigurnost poreskih obveznika nije dovoljno da su im prava i obaveze unapred propisani zakonom, već i da način njihovog ostvarivanja bude precizno pravno regulisan, kako poreski organi svojim slobodnim delovanjem, od slučaja do slučaja, ne bi mogli da izigravaju prava poreskih obveznika koja su im zakonima prethodno već garantovana. Videti: Zoran Lončar, *Modernizacija upravnog postupka*, *Pravni život*, br. 7–8/2010, str. 121.

¹¹ U literaturi se može naići na zapažanje po kome se dobri odnosi poreskih organa i poreskih obveznika ostvaruju u tri koraka: pridavanje značaja poreskim obveznicima, zadobijanje njihovog poverenja i davanje kvalitetnih objašnjenja. Drugim rečima, dobri odnosi su suprotnost svemu onome što je loše postupanje poreskih organa (loše vršenje poreske upravne delatnosti), činjenje ili nečinjenje (...) poreskih organa koje zaslužuje kritiku jer je nerazumno i nepravilno i sl. Loše postupanje poreskih organa ne tiče se samo poreskih upravnih akata koje oni donose u poreskom postupku, već se može odnositi na svaku nepravilnu radnju koju oni preduzimaju. To su radnje koje prethode ili slede poreskim upravnim aktima, ali i sitne nepravilnosti i propusti u radu koji su uzrok velikog broja pritužbi poreskih obveznika (npr. neljubaznost poreskih službenika prema obveznicima kao strankama, neodgovarajuće radno vreme, upućivanje poreskog obveznika od jedne do druge službe (nepotrebno "šetanje" poreskog obveznika, preterani formalizam), što ima za rezultat neefikasnost u radu. Videti: Marko Davinić, *Pojam loše uprave*, *Pravni život*, br. 10/2008, str. 717–729; Patrick Neill, *Administrative Justice, Some Necessary Reforms*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 2.

cije i brošure, nedovoljna informisanost poreskih obveznika, izostanak razumevanja za konkretne probleme poreskih obveznika.¹² U celini posmatrano, razvojem institucije poreske administracije a imajući u vidu i važnost funkcija koje obavlja (utvrđivanje, kontrola i naplata poreza), regulisanje rada poreskih službenika i njihove odgovornosti za taj rad postaje sve važnije. Izuzetno bitno pitanje je koliko objektivno i visoko poreski organi postavljaju standarde svog rada pri primeni poreskog prava, te kolika je mogućnost poreskih obveznika da se zaštite ako standardi i postupanje poreskih organa nisu adekvatni. Poboljšanje mehanizama pritužbi na rad poreskih organa, ako je on nezadovoljavajući, kao i uspostavljanje različitih oblika merenja izvršenja poreskih zadataka neka su od rešenja.¹³ Time bi poreski obveznici imali jasniju sliku o tome šta i kojom dinamikom mogu očekivati od poreskih organa. Poreski organi bi, periodično, trebalo da izveštavaju javnost o tome kakvi su rezultati njihovog rada, koliko su postavljeni standardi rada ispoštovani i koje su teškoće sa kojima se oni u radu suočavaju.

Imajući u vidu složenost poreskih poslova te teškoće će neminovno uvek postojati. Potvrda toga je aktuelno stanje u oblasti oporezivanja koje nalaže poreskim organima da se, u svom postupanju i kontaktima sa poreskim obveznicima, rukovode sledećim postavkama: jasni standardi rada; otvorenost institucije poreske administracije za informisanje poreskih obveznika o pitanjima koja ih interesuju; konsultacije sa poreskim obveznicima o pojedinim poreskim temama kada je to potrebno; korektan pristup poreskim obveznicima, koji uvažava njihove karakteristike; spremnost da se blagovremeno rešavaju poreski predmeti i isprave eventualne greške u postupanju;¹⁴ unapređenje saradnje poreskih organa sa drugim subjektima koji poseduju informacije (podatke) neophodne za potrebe oporezivanja.

¹² Izazov u postupanju poreskih organa upravo i jeste potreba da iskazuju razumevanje za individualne okolnosti poreskih obveznika. Poreski službenici nemaju pravo da se u odnosu prema poreskom obvezniku ponašaju kao neko ko "vlada" poreskim obveznikom. Na području obavljanja svoje struke oni se moraju pridržavati zakona, a u novije vreme, u razvijenim zemljama, i Kodeksa ponašanja i Pravila o konfliktu (sukobu) interesa. Kodeks ponašanja definiše ponašanje koje se može očekivati od poreskih službenika, dok pravila o konfliktu interesa smanjuju mogućnost konflikta ličnog (privatnog) i javnog interesa. Videti u tom smislu: Eugen Pusić, *Nauka o upravi*, Školska knjiga, Zagreb, 2002, str. 247–253.

¹³ Podizanje kvaliteta postupanja poreskih organa, kao nužna pretpostavka zadovoljstva poreskih obveznika, zahteva "aktivne" poreske obveznike koji su sposobni da pokrenu različite formalno-pravne (žalbena procedura, poreski spor), ali i neformalne mehanizme uticaja na poreske organe (mediji, tribine poreskih obveznika i dr.). O pravnoj zaštiti obveznika poreza videti: Marina Dimitrijević, *Pravna zaštita obveznika poreza*, *Pravni život*, br. 12/2009, str. 151–160.

¹⁴ Ažurno i ispravno postupanje poreskih organa u poreskim stvarima za poreske obveznike je bitno budući da je preduslov ostvarivanja njihovih legitimnih prava i interesa. S druge strane, ono je, ako postoji, pokazatelj dobrih poreskih procedura (usmerenih prema poreskim obveznicima i nji-

Slične sugestije i međunarodne organizacije (npr. OECD) daju poreskim organima. U odnosima sa poreskim obveznicima one poreskim organima preporučuju da:¹⁵ poreske propise primenjuju na pravedan, pouzdan i transparentan način; informišu poreske obveznike o njihovim pravima i obavezama, uključujući i pravo na pokretanje žalbene procedure i procedure za naknadu štetu kada za to postoji osnov; dosledno daju kvalitetne informacije poreskim obveznicima; ispravno obrađuju i rešavaju zahteve i pitanja poreskih obveznika; daju prostor poreskim obveznicima da kažu svoje mišljenje o poreskoj politici, poreskim zakonima, porezima i poreskim postupcima; koriste podatke o poreskom obvezniku u obimu i u svrhe koje dopušta zakon; razvijaju i čuvaju dobre odnose sa poreskim obveznicima i širom javnošću.

ZNAČAJ PRUŽANJA PORESKIH USLUGA ZA PRIMENU PORESKOG PRAVA

Savremeni koncept pružanja poreskih usluga osmišljen je da bi doprineo uspešnoj primeni poreskog prava. Njegovim postojanjem utiče se na kvalitet postupanja poreskih organa. Oni se promovišu u tzv. servis poreskih obveznika. Uz poreske usluge, moderan oblik komunikacije poreskih organa i poreskih obveznika i uvođenje jedinstvenih mesta na kojima poreski obveznici mogu dobiti informacije i obaviti potrebne radnje vezane za neko poresko pitanje (*one-stop shop*), predstavljaju trendove današnjeg doba u oblasti primene poreza. Poreski organi profilisu poreske usluge prema osobinama i preferencijama poreskih obveznika. Svi poreski obveznici nisu jednakog obrazovanja, nisu podjednako upoznati sa poreskom regulativom, porezima, poreskim postupcima, strukturom poreske administracije. Stoga je interes poreskih organa da poreske obveznike pravilno informišu o ovim pitanjima i pruže im adekvatne usluge. To bi trebalo da rezultira višim nivoom naplaćenih poreskih prihoda i zadovoljstvom poreskih obveznika takvim tretmanom.

Poreskim organima stoje na raspolaganju različiti sistemi (komunikacijski "kanali") za pružanje usluga poreskim obveznicima.¹⁶ Oni obuhvataju funkcioni-

hovim potrebama), zavidnog stepena radne discipline unutar poreskih organa i adekvatnog upravnog nadzora viših nad nižim poreskim upravnim organima. Poreski obveznici koji su izloženi pravičnom i efikasnom postupanju poreskih organa su spremniji da se povinuju poreskim zakonima. Takođe, stručni poreski službenici, čiji je rad cenjen i adekvatno vrednovan unutar poreske administracije, biće motivisaniji da sa takvim radom nastave.

¹⁵ Principles of Good Tax Administration – Practice Note, p. 4.

¹⁶ Improving Taxpayer Service Delivery: Channel Strategy Development, p. 7.

sanje *web* sajtova (osposobljenih za međusobnu komunikaciju poreskih obveznika sa poreskim organima preko *e-mail*-a), obezbeđenje telefonskih linija za postavljanje pitanja i dobijanje odgovora o poreskoj problematici (uključujući i postojanje *call* centara), štampanje poreskih publikacija i brošura, organizovanje poreskih seminara, pisanu komunikaciju preko pošte i sve veće obezbeđenje elektronskih poreskih usluga preko interneta (poreski obrasci u elektronskoj formi, elektronsko podnošenje poreske prijave i druge dokumentacije za potrebe oporezivanja, elektronsko plaćanje poreza).¹⁷

Imajući u vidu različite osobine poreskih obveznika, poreski organi najčešće primenjuju sistemski prilaz u pružanju poreskih usluga. Takav prilaz treba da omogući visok nivo delotvornosti i adekvatno izlaženje u susret zahtevima i potrebama poreskih obveznika (tzv. modeliranje poreskih usluga).¹⁸ Upravljanje odnosima sa poreskim obveznicima, i u delu koji se tiče pružanja poreskih usluga, da bi bilo efikasno treba da ima sposobnost da identifikuje činioce uticaja na ponašanje poreskih obveznika i poreske usluge oblikuje prema potrebama poreskih obveznika.

U razvijenim zemljama, poreski obveznici su osposobljeni, dobrim delom, da koriste poreske elektronske usluge, olakšavajući poreskim organima dalju ponudu i unapređenje ovih usluga. U manje razvijenim zemljama, poreske usluge se moraju oblikovati i pružati uz uvažavanje činjenice da ima i onih poreskih obveznika koji nemaju pristup internetu i ne mogu da koriste elektronske poreske usluge. Shodno tome, drugi vidovi poreskih usluga ovde i dalje imaju značaj. Bez obzira o kakvom obliku poreskih usluga da je reč, očekivanje je da one imaju ulogu saradnika u uspešnom administriranju porezima i povećanju nivoa dobrovoljnog povinovanja obveznika poreskim zakonima.

ZAKLJUČAK

Podsticanje dobrovoljne saglasnosti u ispunjavanju poreskih obaveza treba biti primarna briga poreskih organa u modernom društvu. Način na koji se oni ophode prema poreskim obveznicima utiče na shvatanje fenomena oporezivanja i na prihvatanje poreza. Pitanja uvažavanja poreskih obveznika, blagovremenog i adekvatnog reagovanja na njihove potrebe, transparentnosti i efikasnosti delova-

¹⁷ Nesporan je pozitivan trend upotrebe informaciono-komunikacione tehnologije u dizajniranju usluga koje se pružaju poreskim obveznicima. Zahvaljujući ovoj tehnologiji, poreski obveznici mogu pristupiti potrebnim informacijama i elektronskim uslugama koje poreski organi pružaju, nezavisno od vremena i mesta na kome se nalaze.

¹⁸ Improving Taxpayer Service Delivery: Channel Strategy Development, p. 18.

nja poreskih organa u poreskom postupku, takođe su važna. Današnji poreski obveznici žele videti pravednost poreskog prava i primene istog u vlastitim poresko-pravnim situacijama.

Poreski službenici su "čuvari" poverenja poreskog javnog mnjenja i javnog interesa u poreskoj sferi. Kako obavljaju izuzetno važan posao, neophodan za normalno funkcionisanje države (naplatu poreskih prihoda), profesionalnost i odgovornost u radu treba da budu u prvom planu. Ostvarivanje toga je u neposrednoj vezi sa tim kako oni sami doživljavaju posao koji obavljaju, ali i kako ih doživljavaju i šta od njih očekuju i traže poreski obveznici. Činjenice ukazuju da su za uspešnu primenu poreskog prava potrebna kvalitetna zakonska rešenja brojnih poreskih pitanja i poreski organi koji se stalno reformišu i modernizuju kako bi pravilno odgovorili izazovima koje savremeni i promenljivi društveni procesi donose.

MARINA DIMITRIJEVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Niš

TAX LAW UNDER MODERN SOCIETY DEMANDS

Summary

Modern society is characterized by numerous changes. In the environment that is constantly and rapidly changing, the existing tax legislature may gradually prove inadequate or even an obstacle to social development. Therefore, a new set of tax laws, whose quality will match the complex and ever-increasing demands of modern society, is a fundamental obligation of today's lawmakers. On the other hand, a consistent application of tax laws is an obligation of tax authorities.

Legal certainty and predictability of tax authorities' procedure, quality tax laws, respect of the legality principle in all phases of tax procedure, objectivity and non-discrimination in tax procedure, are of vital importance for the rule of law in taxation. Thus, whenever it comes to non-compliance with tax laws, the importance of tax issues requires an initiation of certain proceedings for responsibility determination. Since non-compliance with tax laws can come from both taxpayers and tax authorities, (tax authorities do not consistently apply tax laws), responsibility of both groups of factors is the subject of the author's analysis in this paper.

DANICA TASIĆ

OSNOVNE KARAKTERISTIKE I OGRANIČENJA PRISTUPA ODVOJENOG ENTITETA

– Princip “van dohvata ruke” kod oporezivanja
multinacionalnih kompanija –

U V O D

Pristup odvojenog entiteta počiva na konceptu da se za poreske svrhe različite komponente koje čine grupu multinacionalnih kompanija tretiraju kao odvojeni i posebni entiteti u međusobnim transakcijama sredstvima ili stvaranju obaveza između njih, nezavisno od njihovog svojstva pravnog lica i forme u kojoj su organizovana – kao matična kompanija i filijala ili preduzeće (nerezidentna centrala) i stalna poslovna jedinica. Shodno tome, članice globalnog preduzeća čijom se delatnošću koja se odvija u više država dohodak stvara, biće posmatrane kao nepovezana lica sa posebnim poreskim kapacitetom na tržištu takvih ili sličnih transakcija. U tom slučaju transakcije po transfernim cenama između na primer, matičnog pravnog lica i filijale ili nerezidentne centrale i nje stalne poslovne jedinice korespondirale bi transakcijama između nepovezanih lica po cenama “van dohvata ruke” te ne bi bile pod uticajem bilo kakvog odnosa između povezanih entiteta.¹ Često, međutim, transferne cene mogu zna-

Mr Danica Tasić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ Jean-Pierre Le Gall, “Some Thoughts on the Arm’s Length Principle”, *International Transfer Pricing Journal* 4/1994, 5.

čajno odstupati od cena koje se obrazuju za iste ili slične transakcije između nepovezanih lica. Upotreba transfernih cena se u najvećem broju slučajeva objašnjava poreskom evazijom, mada se transferne cene mogu koristiti i iz drugih razloga: npr., da bi se ostvarilo povećanje vrednosti kapitala nekog privrednog društva pribegava se veštačkom uvećanju poslovnog rezultata koji se postiže prebacivanjem dobiti, pri čemu vlasnici mogu nastojati da prikažu da jedno privredno društvo posluje bolje nego što bi to zaista bilo da su se transakcije između njega i povezanih lica odvijale po cenama koje postoje na slobodnom tržištu.²

Na terenu kolizionih normi u Model-konvenciji OECD čl. 5 (7) uređuje pristup odvojenog entiteta, dok princip "van dohvata ruke" uređuju čl. 7 (2) koji, inače, sadrži pravila za pripisivanje dobiti stalnoj poslovnoj jedinici i čl. 9 (1) kojim se uređuje utvrđivanje dobiti kod povezanih lica na način da se dobit jednog preduzeća uvećava za iznos razlike između dobiti utvrđene "van dohvata ruke" i dobiti iskazane u njegovom bilansu uspeha. Prema stavu 2 Komentara čl. 9 (1) Model-konvencije OECD da bi se utvrdio porez na dobit pravnih lica kod povezanih lica poreski organi države ugovornice će izvršiti korekcije njihovih bilansa, ukoliko se kao rezultat posebnih okolnosti među povezanim licima, prava oporeziva dobit ostvarena u državi ugovornici ne iskazuje u bilansima.³ Ukoliko je jedno povezano lice ostvarilo dobit, poreski organi države ugovornice će utvrditi porez na dobit pravnih lica prema korekcijama po osnovu transfernih cena iskazanim u poreskom bilansu. Usklađivanje dobiti iskazane u bilansu uspeha postiže se tako što se u trgovačke i finansijske odnose povezanih lica uvode tržišni uslovi (pr. obračunati troškovi ili obračunati prihodi između povezanih lica po tržišnim cenama) iz uporedivih transakcija pod uporedivim okolnostima⁴, odnosno dobit se uvećava za pozitivnu razliku obračunatih troškova (razlika između obračunatih troškova po osnovu transfernih cena i obračunatih troškova između povezanih lica po cenama "van dohvata ruke") i pozitivnu razliku obračunatih prihoda (razlika između obračunatih prihoda između povezanih lica po cenama "van dohvata ruke" i obračunatih prihoda po osnovu transfernih cena).⁵ U srpskom poreskom pravu kod poreskih obveznika postoji obaveza da

² Dejan Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010⁵, 333 fn. 252.

³ *Model Tax Convention on Income and on Capital* (condensed version), OECD, Paris 2010, 181.

⁴ Upor. *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, (dalje: *OECD Transfer Pricing Guidelines*) OECD, Paris 2010, para. 1.3.

⁵ D. Popović, 333.

transakcije po transfernim cenama i vrednost istih transakcija po tržišnim cenama posebno iskažu u svom poreskom bilansu. Takođe čl. 60, st. 3 ZPDPL propisuje da se transakcije između nerezidentne centrale i stalne poslovne jedinice obračunavaju po cenama “van dohvata ruke”.⁶

KLASIČNO ODREĐENJE PRINCIPA “VAN DOHVATA RUKE”

Zakonodavstvo o transfernim cenama je skup kompleksnih propisa u stalnom razvoju podložnih promenama čija se korisnost katkad osporava. Najznačajniji problem koji se javlja u vezi sa zakonodavstvom o transfernim cenama jeste kako odabrati cenu “van dohvata ruke”. Naime, u svom klasičnom određenju princip “van dohvata ruke” odnosi se na cenu “van dohvata ruke” za određenu transakciju.⁷ Kod principa “van dohvata ruke” svaka se transakcija posmatra odvojeno i posebno, kazuistički, od slučaja do slučaja tj. primena principa se zasniva na odvojenim transakcijama (eng. *transaction by transaction basis*)⁸ i pretpostavlja utvrđivanje određenog stepena uporedivosti kod svake od njih. Koncept transakcije, međutim, može sadržati nekoliko transakcija među povezanim licima, tzv. kontrolisanih transakcija (eng. *controlled transactions*) koje se posmatraju u celini i tesno su povezane međusobom ili između kojih postoji kontinuitet, zbog čega ih je teško prikazati i proceniti kao odvojene transakcije.

Određivanje cena po principu “van dohvata ruke” zasniva se na transakcionoj osnovi⁹ prema kojoj se kod utvrđivanja oporezive dobiti filijala svaka pojedinačna prekogranična transakcija među povezanim licima podvrgava testu ekonomske suštine transakcije i karaktera “van dohvata ruke”¹⁰. Iako princip “van dohvata ruke” sledi u načelu čisto transakcioni pristup, dopušta se agregacija ekonomski sličnih transakcija (pr. prodaje po osnovu linije proizvoda) pa će se procena “van dohvata ruke” obavljati u odnosu na skup transakcija jer je zbog isprepletenosti transakcija izdvajanje zasebnih transakcija skupčano sa po-

⁶ Zakon o porezu na dobit pravnih lica-ZPDPL, *Službeni glasnik RS*, br. 25/01, 80/02, 80/02 – dr. zakon, 43/03, 84/04 i 18/10, čl. 60.

⁷ Giuliermo Maisto, “Transfer Pricing in the Absence of Comparable Prices. General Report”, *Cahiers de droit fiscal international* 77 A/1992, 28.

⁸ *OECD Transfer Pricing Guidelines*, III-A.3.1 para. 3.9.

⁹ Stanley S. Surrey, “Reflections on the Allocation of Income and Expenses Among National Tax Jurisdictions”, *Law and Policy in International Business* 10/1978,

¹⁰ Christoph Sommer, *Separate Accounting or Unitary Apportionment*, unpublished PhD, Freie Universität Berlin, 2010, 63.

teškoćama.¹¹ Pod skupom (paketom) transakcija podrazumevaju se transakcije koje se javljaju u situacijama postojanja velikog broja ugovora o kupoprodaji među povezanim licima zaključenih na dugi rok, pri čemu stvaranje obaveza može biti raznovrsno: isporuka dobara i pružanje usluga, ustupanje korišćenja bestelesnih stvari, ustupanje licence za *know-how*, patent ili robnu marku.¹² Kad god se kod određivanja cene “van dohvata ruke” primenjuje čisto transakciona osnova Smernice OECD o transfernim cenama za multinacionalna preduzeća i poresku administraciju (*OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*) stavljaju u izgled mogućnost uspostavljanja dometa “van dohvata ruke” (eng. *arm's length range*) kako bi se izbegla zamka detaljnog traganja za odstupanjem pojedinačnih transakcija. U svakoj od ovih situacija, kontrolisane transakcije će biti posmatrane kao celina i u odnosu na celinu će se tražiti uporedive nekontrolisane transakcije, pri čemu se od poreskih obveznika očekuje da upotrebom metode uzorka i ostalih odgovarajućih statističkih metoda potvrde da interno određen iznos za skup transakcija u pitanju odgovara dometu “van dohvata ruke”.¹³

UPOREDIVOST KONTROLISANIH I NEKONTROLISANIH TRANSAKCIJA

Primena pravila da se transakcije između članica grupe multinacionalnih kompanija imaju obračunavati po cenama “van dohvata ruke” zavisi od *ekonomski relevantnih* karakteristika transakcija sa kojima se porede i koje se utvrđuju sprovođenjem analize uporedivosti kontrolisanih i nekontrolisanih transakcija. Da bi se nekontrolisana transakcija smatrala uporedivom sa kontrolisanom transakcijom neophodno je izvršiti određena usklađivanja među njima. Pre toga

¹¹ Sledeći izuzetak od metodologije pojedinačne transakcije je aranžman nazvan namerano izdvajanje (eng. *intentional set off*). Izuzetak u odnosu na metodologiju pojedinačne transakcije javlja se u vidu zajedničkog grupisanja u celinu transakcija koje su ekonomski različite. Kriterijum po kojem cenimo namerna izdvajanja je reciprocitet koristi, tj. postojanje uravnoteženja između koristi kod strana u ekonomski različitim transakcijama: korist koju je jedna strana u jednoj transakciji pružila drugoj strani predstavlja osnov za obavezu druge strane da u narednoj transakciji omogući ostvarenje koristi prvoj strani. Vid. *OECD Transfer Pricing Guidelines*, para. 3.13. Namerna izdvajanja u ovom slučaju imaju formu balansiranja između dve različite transakcije koju su utvrdile strane u pitanju, mada se mogu javiti u formi administriranja složenim mehanizmom klininga na nivou kontrolisanih entiteta.

¹² *OECD Transfer Pricing Guidelines*, para. 3.9–3.12.

¹³ Christoph Sommer, 63–64.

treba imati u vidu da nepovezana lica pri vrednovanju potencijalne transakcije u koju mogu eventualno stupiti to čine poređenjem određene transakcije sa ostalim realno dostupnim opcijama, te u transakciju stupaju samo ako ne vide alternativu koja je nedvosmisleno jasno *atraktivnija* za njih. Tako na primer, jedno preduzeće neće prihvatiti cenu ponuđenu od strane drugog nepovezanog lica za svoj proizvod ukoliko kod njega postoji saznanje da bi ostali potencijalni kupci bili spremni da pod istim uslovima plate po većoj ceni. Dakle, nepovezana lica se pri razmatranju potencijalnih transakcija oslanjaju na činjenice koje transakcije čine *ekonomski različitim*. Svaka ekonomski značajna različitost transakcija koju nepovezana lica uzimaju u obzir pri opredeljenju za jednu od opcija koje su im stvarno dostupne predstavlja činjenicu (faktor) na osnovu koje se utvrđuje stepen uporedivosti i vrši dalje usklađivanje između kontrolisane i nekontrolisane transakcije. Reč je o faktorima uporedivosti: to su specifične karakteristike stvari čiji se prenos vrši ili usluga koje se pružaju, delatnosti kojima se bave povezana lica (u obzir se uzimaju uložena sredstva i odgovornost za pretpostavljene rizike), ugovorni rokovi, ekonomske okolnosti transakcija i poslovne strategije povezanih lica.¹⁴

Metode putem kojih se transferne cene iskazuju po cenama “van dohvata ruke” vezuju se upravo za koncept razmatranja, poređenja i uočavanja razlika između transakcija koje značajno mogu uticati na vrednost transakcije nepovezanih lica; metod uporedivih nekontrolisanih cena (eng. *comparable uncontrolled price method*) poredi kontrolisanu transakciju sa sličnom nekontrolisanom transakcijom i uzima cenu oko koje bi se povezana lica složila da su neposredno pribegla tržišnoj alternativni kontrolisane transakcije; metod preprodajne cene (eng. *resale price method*) i metod troškova uvećan za uobičajenu maržu (eng. *cost plus method*) uzimaju i poredi ukupnu profitnu maržu ostvarenu u kontrolisanoj transakciji sa ukupnom profitnom maržom ostvarenom u nekontrolisanoj transakciji. Kod metoda preprodajne cene nabavna cena robe koja je kupljena od povezanog lica a zatim prodana nepovezanom licu usklađuje se prema preprodajnoj ceni umanjivanjem preprodajne cene za iznos razumnog profita koji odražava udeo u riziku poreskog obveznika kao preprodavca, a kod metoda koštanja uvećanog za uobičajenu maržu cena “van dohvata ruke” dobija se uvećavanjem troškova za iznos uobičajene marže.

Uopšteno određivanje uporedivosti transakcija zasniva se na pretpostavci da se transakcije mogu smatrati uporedivim ukoliko ma kakva razlika koja postoji među njima ne može uticati na okolnost (uslov) koja se metodološki ispituje (pr. cena ili marža) odnosno ukoliko se mogu sprovesti relativno preci-

¹⁴ OECD *Transfer Pricing Guidelines*, para. 1.36.

zna usklađivanja u cilju eliminisanja efekata nastalih usled različitosti među njima.¹⁵ Uporedivost transakcija podrazumeva odsustvo svake različitosti među njima koja bi mogla da dovede do imovinske (materijalne) promene kod prodajne cene koju koristi metoda uporedivih nekontrolisanih cena ili marže koje koriste metode preprodajne cene i koštanja uvećanog za uobičajenu maržu. Različite okolnosti u kojima se odvijaju kontrolisana i nekontrolisana transakcija zbog uticaja koji mogu imati na prodajnu cenu ili maržu čine transakcije nepogodnim za poređenje, osim u slučaju da se može izvršiti njihovo relativno precizno usklađivanje.¹⁶

Takođe, iako su tržišne okolnosti istovremene sa transakcijom već poznate, određivanje (formiranje) cene "van dohvata ruke" utvrđuje se prema podacima koji su poreskom obvezniku bili dostupni u trenutku kada se transakcija dogodila.¹⁷

Funkcionalna analiza

Unutar analize uporedivosti u cilju određivanja prihvatljive transferne cene poreske vlasti bi trebalo da izvrše funkcionalnu analizu. U transakcijama između dva nepovezana lica isplaćena naknada obično će reflektovati funkcije svakog od njih (imajući u vidu upotrebljena sredstva i odgovornost za pretpostavljeni rizik). Predmet funkcionalne analize kao što samo ime kaže su funkcije privrednog društva i to one ekonomski značajne aktivnosti od kojih u krajnjoj instanci zavisi njegov poslovni rezultat. Kroz funkcionalnu analizu upravo se nastoji da se identifikuju i uporede ekonomski značajne aktivnosti i preuzete odgovornosti za obaveze, uložena sredstva i odgovornost za pretpostavljene rizike strana u transakcijama (kontrolisanoj i nekontrolisanoj). U tu svrhu mogu poslužiti s jedne strane razumevanje strukture grupe i struktuiranja njenog poslovanja i njihov uticaj na kontekst u kojem deluje poreski obveznik s druge strane. Od značaja su takođe i prava i obaveze poreskih obveznika uređena zakonom.

Krajnji ishod funkcionalne analize je da se pronađu slične ali ne i nužno identične transakcije kako bi se odredile cene kontrolisanih transakcija. Ne mogu se smatrati uporedivim kontrolisane i nekontrolisane transakcije niti po-

¹⁵ *Ibid.*, para. 1.33 -1.36.

¹⁶ *Ibid.*, 1.33.

¹⁷ G. Maisto, 28.

vezana i nepovezana lica ukoliko među njima postoje značajne različitosti u odnosu na odgovornost za preduzeti rizik kod kojeg ne mogu biti izvršena odgovarajuća usklađivanja. Razmatra se naime materijalni rizik koji predviđa svaka strana a koji do određene mere određuju njihove funkcije (uložena sredstva i predviđeni rizici), s obzirom da predviđeni rizik, odnosno alokacija odgovornosti za rizik može uticati na uslove pod kojima će se transakcije odvijati kao “van dohvata ruke” ili ne. Na primer, ukoliko distributer preuzme odgovornost za marketing i oglašavanje i uloži sopstvene resurse u ove aktivnosti njegov očekivani prihod bi trebalo da bude srazmerno veći a uslovi transakcije različiti od uslova kada deluje kao agent koji ima pravo na naknadu svojih troškova i dobija odgovarajuću naknadu za vršenje te aktivnosti. Obrnuto, ugovorni proizvođač, ili lice koje po ugovoru obavlja istraživanje i ne snosi značajnu odgovornost dobija ograničeni prihod.

U skladu sa raspravom o materijalnom riziku, tj. odgovornosti za pretpostavljeni rizik koji ima uticaja na uslove (okolnosti) u kojima se transakcija odvija i gde se zaključuje da visoki stepen preuzetog rizika i očekivani veći prihod ukazuju da lica deluju po principu “van dohvata ruke”, potrebno je razmotriti kada je alokacija rizika konsistentna sa ekonomskom suštinom transakcije. Funkcije koje privredno društvo obavlja (imajući u vidu korišćena sredstva i pretpostavljene rizike¹⁸) određiće do neke mere alokaciju odgovornosti za rizik između strana u transakciji čiji se uticaj uzima u obzir kod određivanja uslova za zaključivanje transakcije “van dohvata ruke”.

Na primer, privredno društvo-proizvođač u poreskoj jurisdikciji A prodaje stvar povezanom licu-distributeru u poreskoj jurisdikciji B, pri čemu iz ugovora poreskog obveznika proizlazi da se razlike u kretanju deviznog kursa stavljaju na teret distributera, transferna cena nastala transakcijom između proizvođača i distributera biće usklađena na način da uključi u sebe iznos koji odražava funkciju i udeo u riziku distributera kao poreskog obveznika, odnosno da distributera izoluje od efekata kursnih razlika.

Dodatni faktor koji je potrebno razmotriti u izučavanju ekonomske suštine alokacije rizika je razmatranje efekata alokacije rizika kod transakcija “van dohvata ruke”. Kod transakcija “van dohvata ruke” biće alociran onaj veći udeo u riziku nad kojim postoji relativno veća kontrola. Pretpostavimo na primer, da kod privrednog društva A postoji obaveza da proizvede i otpremi robu privred-

¹⁸ U razmatranje su uključene sledeće vrste rizika: tržišni rizici (troškovi *inputa* i fluktuacije cena *outputa*); rizici od gubitka (reč je o gubitku povezanim sa ulaganjem u sredstva, mašine i postrojenja i njihovim korišćenjem); rizik uspeha ili neuspeha od ulaganja u istraživanje i razvoj; i finansijski rizici (nastali usled kursnih razlika i promena kamatne stope).

nom društvu B, a odluku o obimu proizvodnje i prodaji dobara donosi privredno društvo B, rizik ostajanja robe na zalihama neće snositi privredno društvo A jer nema kontrolu nad zalihama.

Mnoge proizvodne filijale koje se ispituju prodaju najveći deo svojih *outputa* često i kao nedovršene proizvode njihovim matičnim pravnim licima. Ukoliko matična pravna lica kupe sve proizvode svojih filijala nezavisno od tražnje za njihovim finalnim proizvodima, tržišni rizik filijala je znatno smanjen ako ne i eliminisan. U nekontrolisanim proizvodnim operacijama, nasuprot tome proizvedeni *output* uglavnom odgovara zahtevima tražnje i prodaja se ostvaruje prema zahtevima potrošača.

KONCEPT PRINCIPA “VAN DOHVATA RUKE”

Usmerenost na *fer* transferne cene u skladu sa standardom “van dohvata ruke” nezavisno postupanje povezanih lica svodi na objektivni element koji u međukompanijskom poslovanju služi kao prag za utvrđivanje svake, na način suprotan tržišnim principima, ostvarene alokacije oporezive dobiti od strane različitih povezanih lica. Kao objektivna norma princip “van dohvata ruke” ne priznaje vlasnička prava između povezanih lica niti uzima u obzir motive poreskog obveznika pri zaključivanju transakcije. Kod povezanih lica dva kriterijuma služe za procenu postupanja po principu “van dohvata ruke”: tekuće poređenje “van dohvata ruke” (eng. *actual arm's length comparison*) i hipotetičko poređenje “van dohvata ruke” (eng. *hypothetical arm's length comparison*). Nemačko poresko pravo poznaje empirijski test “van dohvata ruke” i hipotetički test “van dohvata ruke”. U nemačkom poreskom pravu princip “van dohvata ruke” usmeren je na način određivanja cena u transakcijama. To je potvrđeno prvom sentencom odeljka 1 (3) Zakona o porezu na međunarodne transakcije (*Außensteuergesetz*) prema kojoj se tradicionalne metode smatraju primarnim metodama od kojih bi obveznici, kad god je to moguće, trebalo da poštu prilikom iskazivanja transakcija u skladu sa principom “van dohvata ruke”. Profitne metode se primenjuju samo ukoliko kod nekontrolisanih transakcija postoji neograničena uporedivost.

Federalni fiskalni sud Nemačke je u presudi br. I R 22/04 od 6. aprila 2005. g.¹⁹ dao podršku stanovištu da bi empirijski test “van dohvata ruke” trebalo da ima prednost nad ostalim načinima određivanja cene “van dohvata ruke” i pove-

¹⁹ *BFH*, Decision I R 22/04 of 6 April 2005, BStBl II, 2007, 658, § 3 17.

ćao stepen kriterijuma uporedivosti koji poreski obveznik mora da ispuni kada se primenjuje metod uporedivih nekontrolisanih cena:

“Test “van dohvata ruke” koji se primenjuje u poreskom pravu trebalo bi da se izvodi, ukoliko je moguće, iz tekućih, uporedivih veličina. U skladu s tim ukoliko odgovarajuća transferna cena može da se odredi po osnovu transakcija između poreskog obveznika i nepovezanog trećeg lica (unutrašnje poređenje “van dohvata ruke”) ili po osnovu transakcija između nepovezanih trećih lica (spoljašnje poređenje “van dohvata ruke”) i pri tome ima kvalifikaciju cene “van dohvata ruke” smatra se odlučujućom za poreske svrhe”. Iako sud polazi od empirijskog testa “van dohvata ruke” u primeni se često vraća hipotetičkom testu koji se u većoj ili manjoj meri oslanja na empirijske elemente (npr. cene, bruto marža, dobit). Odeljak 1 (3) peta sentenca nemačkog Zakona o porezu na međunarodne transakcije neposredno daje prednost empirijskom testu “van dohvata ruke”, pa se prema odredbi ovog odeljka hipotetički test “van dohvata ruke” radi samo ukoliko se ne može naći neograničen ili ograničen broj uporedivih transakcija. Imajući u vidu da primena profitnih metoda u nemačkom poreskom pravu ima uzak domašaj u praksi će se ovaj test primenjivati u situacijama kada se ne mogu pronaći uporedive veličine.

Na sličan način se postupa i u američkom poreskom pravu. U Zakoniku o federalnim propisima (*Code of Federal Regulations – CFR*) odeljkom 1.482. 1 (b) (1) predviđeno je da se iskazivanje transakcija po cenama u skladu sa principom “van dohvata ruke” (test “van dohvata ruke”) sprovodi u odnosu na rezultate transakcije (cene, bruto marže ili neto marže). Pravilo sadržano u odeljku 1.482. 1 (b) (1) predstavlja osnov za donošenje Pravilnika za primenu odeljka 482 (u daljem tekstu Pravilnik 482). Bilo kakav sukob principa “van dohvata ruke” i ostalih normi mora biti rešen u korist odeljka 1.482. 1 (b) (1), osim ukoliko nije drukčije uređeno odredbama Pravilnika 482.²⁰ Osnovni cilj odnosno svrha ovog pravila sastoji se u jasnom utvrđivanju dobiti koja se ostvaruje iz kontrolisanih transakcija i sprečavanju izbegavanja plaćanja poreza koji pogađaju te transakcije. U osnovi principa “van dohvata ruke” je princip jednakosti u oporezivanju po kojem je kontrolisani poreski obveznik u obavezi da plati porez kao i nekontrolisani poreski obveznik.²¹ Oba poreska obveznika iz kontrolisane i nekontrolisane transakcije podležu jednoj od odlučujućih činjenica jer koriste zajedničke

²⁰ Jens Wittendorff, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010, 296.

²¹ Treasury Regulations § 1.481-1 (a) (1). Princip jednakosti Vrhovni sud je prepoznao u slučaju *First Security Bank of Utah v. Commissioner*, 405 U.S. 394 (1972), pozivajući se na formulu iz Pravilnika Trezora da je cilj odeljka 482 da kontrolisanog poreskog obveznika dovede u poreski paritet sa nekontrolisanim poreskim obveznikom.

nedeljive usluge države. Tako, ukoliko direktor vrši alokaciju onih elemenata zakonskog opisa poreskog činjeničnog stanja od kojih zavisi iznos oporezive dobiti poput prihoda, odbitaka, poreskih kredita i izuzimanja pod uticajem poslovne politike i ciljeva preduzeća a ne u skladu sa tržišnim zakonitostima poreski organi mogu da primene test “van dohvata ruke”.²² Kod utvrđivanja istinske oporezive dobiti kontrolisanog poreskog obveznika primena standarda u svim situacijama počiva na ideji poreski obveznik deluje po principu “van dohvata ruke” sa nekontrolisanim poreskim obveznikom. U pitanju je provera konstrukcije tekuće alokacije dobiti i tekuće alokacije troškova koja je iskorišćena u poreske svrhe. Test počiva na tome da se svaka kontrolisana transakcija iz koje su proistekli dobit ili troškovi unutar grupe kod koje postoje odstupanja od tržišnih uslova podvrgava usklađivanju prema standardu “van dohvata ruke”. Kontrolisana transakcija u skladu je sa standardom “van dohvata ruke” ukoliko su rezultati transakcije konsistentni sa rezultatima koji bi mogli da se ostvare da su nekontrolisani poreski obveznici zaključili istu transakciju pod istim uslovima.²³

Princip “van dohvata ruke” koji uređuje odeljak 1.482. 1 (b) (1) i zahtev u pogledu troškova iz odeljka 1.482. 7 (d) (1) sadrže odvojene i posebne standarde za utvrđivanje troškova koji se mogu uključiti u sporazum o podeli troškova za aktivnosti istraživanja i razvoja.²⁴ Većinsko mišljenje Apelacionog suda u njegovoj prvobitnoj odluci povodom žalbe u slučaju *Xilinx, Inc. v. Commissioner* od 27. maja 2009. godine kojom je ukinuta presuda Poreskog suda suprotno je mišljenju Trezora i Unutrašnje službe prihoda (*Internal Revenue Service – IRS*) da su svi zahtevi u pogledu troškova konsistentni sa principom “van dohvata ruke” iz odeljka 1.482. 1 (b) (1). Stav poreskih organa može se objasniti na sledeći način. Kod sporazuma o podeli troškova uporedive nekontrolisane veličine ne mogu se naći, pa u nedostatku empirijskih podataka ovim se pravilima nastoje proizvesti efekti kao kod nepovezanih lica, postavljanjem strana iz sporazuma o podeli troškova u poreskopravnu poziciju nepovezanih strana u kojoj bi se nalazila da su poslovala pod tržišnim uslovima. Ovde je reč o hipotetičkom testu “van dohvata ruke” pa se pitanje usklađenosti odeljaka 1.482. 1 (b) (1) i 1.482. 7 (d) (1) može posmatrati i kao sukob između empirijskog i hipotetičkog testa “van dohvata ruke”. Apelacioni sud je međutim u izmenjenom mišlje-

²² S. S. Surrey, 413–414.

²³ Lorraine Eden, “The Oxford Handbook of International Business”, (eds. Alan M. Rugman, Thomas L. Brewer) Oxford University Press, Oxford – New York 2001, 603.

²⁴ Posredi je prvobitno većinsko mišljenje Apelacionog suda u presudi *Xilinx, Inc. v. Commissioner* 567 F 3d 482 (9th Cir. 2009) da posebna pravila koja uređuju sporazum o podeli troškova nisu obuhvaćena principom “van dohvata ruke”.

nju od 22. marta 2010. godine potvrdio odluku Poreskog suda da nepovezana lica u sporazum o podeli troškova ne bi uključila troškove akcija s pravom opcije datih zaposlenim licima na ime naknade.²⁵ Poreski sud je najpre troškove akcija s pravom opcija ustupljenih na ime naknade zaposlenim licima koji su uključeni u aktivnost istraživanja i razvoja ili je na određeni način podržavaju podveo pod odeljak 1.482. 7 (d) (1), a zatim našao da bi u skladu sa odeljkom 1.482. 1 (b) (1) sporazum o podeli troškova između povezanih strana trebalo da reflektuje postupanje nepovezanih strana po principu “van dohvata ruke”. Imajući u vidu jednakost u oporezivanju između kontrolisanog i nekontrolisanog poreskog obveznika koja se kao svrha odeljka 1.482 želi postići, sud je zauzeo stanoviše da se svrha zakona ne može ostvariti ukoliko kriterijum troškova 1.482. 7 (d) (1) derogira princip “van dohvata ruke” 1.482. 1 (b) (1). Otuda, ukoliko se u slučaju *Xilinx* ne mogu odbiti svi troškovi akcije sa pravom opcije poreski obveznik se ne nalazi u jednakoj poreskopravnoj poziciji sa nepovezanim poreskim obveznikom.

Ako se pođe od pretpostavke da transferne cene predstavljaju problem jedino ukoliko postoji manipulacija njima, može se zaključiti da alokacija ima za cilj ponovno utvrđivanje realne dobiti od poslovanja, odnosno dela poslovanja koji se odvija unutar određene poreske jurisdikcije.

OGRANIČENJA PRINCIPA “VAN DOHVATA RUKE”

Artificijelnost principa “van dohvata ruke”

Osnovni teorijski nedostatak principa “van dohvata ruke” odnosi se na premisu na kojoj se zasnivaju teorije odvojenog entiteta, po kojoj se komponente privrednog društva, zavisno od njegove organizacione strukture ponašaju kao odvojeni i nezavisni entiteti podvrgnuti tržišnim snagama (pr. korporacije unutar grupe multinacionalnih korporacija, filijala i matična kompanija kod odnosa udela u kapitalu, stalna poslovna jedinica i nerezidentna centrala i sl.). Ova se premisa može dovesti u pitanje, imajući u vidu da se u međukompanijskom poslovanju korporacije tj. afilijacije retko kada ponašaju kao odvojeni i nezavisni entiteti čije su cene određene po principu “van dohvata ruke”. Jedan broj ekono-

²⁵ Posredi je izmenjeno mišljenje Apelacionog suda u presudi *Xilinx, Inc. v. Commissioner* 2010 U.S. App. LEXIS 778 (9th Cir. Cal. Jan. 13, 2010)

mista smatra da je princip "van dohvata ruke" suprotan ekonomskoj realnosti.²⁶ Otuda se smatra da bi prihvatanje "fiskalnog mita" o odvojenom poslovanju po principu "van dohvata ruke" svake filijale ili ogranka bilo sa matičnom kompanijom ili nekom od kompanija članica moglo prouzrokovati suštinski problem kod pitanja alokacije dobiti unutar grupe. Naime, suština poslovanja multinacionalnih kompanija je da mogu da nastupaju kao jedan entitet u tržišnim odnosima sa trećim licima sa ciljem ostvarivanja konkurentnih prednosti.²⁷ Prednost organizacione strukture multinacionalnih korporacija upravo je ukupna sinergijska efikasnost (eng. *synergistic efficiencies*) jer unutar postojeće organizacione strukture kompanije koje ulaze u sastav multinacionalne korporacije ukupno uzevši ostvaruju bolji poslovni rezultat u odnosu na rezultat koji bi bio ostvaren zasebnim poslovanjem svake od njih. Princip "van dohvata ruke" ne prepoznaje međutim veću efikasnost koja se obično ostvaruje unutar multinacionalnih kompanija.²⁸ Prednosti inherentne multinacionalnim kompanijama ostvarene ekonomijom obima (porastom obima proizvodnje padaju troškovi po jedinici proizvoda) i *sinergijskim* efektima ne mogu da budu podeljene kroz princip "van dohvata ruke" prema objektivnom kriterijumu. Zanimljivo je da se činjenice i istovremenim prihvatanjem pretpostavke da se transakcije prema unutra odvijaju u skladu sa standardom "van dohvata ruke" videćemo da je krajnji rezultat nepravilna podjela dobiti između povezanih lica.²⁹ Određeni autori međutim smatraju da se izneti prigovori pre mogu odnositi na transferne cene nastale unutar integrisane grupe nego na cene unutar multinacionalnih kompanija sa decentralizovanim modelima upravljanja i profitnim centrima kod kojih su metode za uspostavljanje unutrašnjih cena adekvatne tržišnim metodama određivanja cena (pr. metod cena postignutih u pregovorima).³⁰

²⁶ Patrick Cauwenbergh, *International Transfer Pricing: de fiscale behandeling van de prijsbepaling van grensoverschrijdende intragroepscontracten*, Intersentia Rechtswetenschappen, Antwerpen 1998, 285.

²⁷ Richard M. Bird, "Shaping a New International Tax Order", *Bulletin for International Fiscal Documentation* 42/1988, 292.

²⁸ Efikasnost unutar multinacionalnih kompanija se obično ostvaruje internalizacijom tržišta kao odgovora nesavršenostima tržišta, pre svega eksternim efektima na tržištu dobara ili tržištu proizvodnih faktora.

²⁹ Marc M. Levey, Stanley C. Ruchelman, "Section 482 – The Super Royalty Provisions Adopt the Commensurate Standard", *Tax Lawyer* 41/1987/88, 629.

³⁰ Hubert Hamaekers, "International and Comparative Taxation", *Essays in the honour of Klaus Vogel* (eds. P. Kirchhof, M. Lehner, K. Van Radd, A. Raupach, M. Rodi), Kluwer Law International, London 2002, 39.

Razlog leži u postojanju različitih ukupnih efekata koji dovode do prekranja troškova i koristi u odnosima međukompanijskog poslovanja.³¹ Pravila alokacije (troškova i koristi) u svom izvornom obliku je izučavao Mičel Kerol (*Mitchell Carroll*) kojem ukupni dobiti nisu predstavljali nepoznanicu. Iako se zalagao za primenu metodologije odvojenog računovodstva/cena “van dohvata ruke”, tvrdio je da se tom metodologijom ne mogu obuhvatiti ukupni dobiti. Rad i kapital su komponente koje jednako učestvuju u stvaranju dobiti multinacionalnih kompanija pri čemu se udeo rada u kapitalu razlikuje od poslovanja do poslovanja, te se u *alhemiji* uspešnog poslovanja umni rad kao bestelesna i nemerljiva komponenta smatra veoma važnim činiocem. Iako se umni se rad ne može precizno iskazati (izmeriti) i alocirati kroz kriterijum “van dohvata ruke”, u uporednom pravu se navodi primer švajcarskih kantonalnih poreskih vlasti koje su mestu (sedištu) uprave kompanije dodelile od 10–25% ukupne neto dobiti kompanije, što se može protumačiti kao svojevrsno formalno priznanje značaja udela rada u stvaranju ukupne dobiti.

Kada jedno preduzeće obavlja svoju delatnost putem stalnih poslovnih jedinica u više država svakoj bi od njih trebalo pripisati neto dobit od poslovanja koju bi mogle da ostvare da je bilo reči o nezavisnim preduzećima uključenim u iste ili slične delatnosti pod istim ili sličnim uslovima. Uz određene izmene ovaj stav čini suštinu pristupa “van dohvata ruke” iz čl. 7 Model-konvencije OECD prema kojem stalna poslovna jedinica deluje po principu “van dohvata ruke” kada posluje kao odvojeno i posebno preduzeće. Utvrđivanje neto poslovne dobiti stalne poslovne jedinice sprovodi se po principu “van dohvata ruke” koji može da se implementira putem odvojenog računovodstva ponovnim unošenjem u poslovnu dokumentaciju cena i naknada po vrednostima koje bi prevladivale između nepovezanih lica na slobodnom tržištu ili primenom metode određenog procenta prometa u odnosu na ukupan promet koji ostvaruje preduzeće (eng. *percentage of turnover*).³²

Multinacionalna korporacija sastoji se od ogranaka i filijala. Model-konvencija OECD predviđa primenu principa “van dohvata ruke” kod stalnih poslovnih jedinica čl. 7 (2) i kod filijala 9 (1).³³ Čl. 7 (2) propisuje da se stalnoj poslovnoj jedinici pripisuje dobit koju bi mogla da ostvari da je kao posebno i

³¹ “Multinational corporations and Income Allocations under section 482 of the Internal Revenue Code”, *Harvard Law Review* 89/1976, 1215.

³² Sol Picciotto, “International Taxation and Intrafirm Pricing in Transnational Corporate Groups”, *Accounting, Organizations and Society* 17/1992, 767.

³³ U literaturi se međutim mogu naći i autori koji zastupaju kritički stav u odnosu na primenu ovog principa na oba pasivna poreska subjekta, stalnu poslovnu jedinicu i filijalu. O kritičkom stavu prema primeni principa “van dohvata ruke” na operacije ogranka i filijale upor. Chang

odvojeno preduzeće koje se bavi istim ili sličnim delatnostima, pod istim ili sličnim uslovima potpuno samostalno poslovala sa svojom nerezidentnom centralom čija je stalna poslovna jedinica³⁴, dok čl. 9 (1) propisuje usklađivanje dobiti između povezanih lica (matične kompanije i filijale i kompanija pod zajedničkom kontrolom) kod kojih se uslovi ugovoreni ili nametnuti u njihovim trgovačkim ili finansijskim odnosima razlikuju od uslova koji bi bili ugovoreni između nepovezanih lica, pa se kod utvrđivanja oporezive dobiti jednog od njih u njegovu poresku osnovicu uključuje dobit koja bi u skladu sa ovim, drugim uslovima bila obračunata tom preduzeću i čiji je obračun upravo zbog tih uslova izostao.³⁵ Dakle, odredbom čl. 7 (2) Model-konvencije OECD predviđeno je da se transakcije između nerezidentne centrale i njene stalne poslovne jedinice imaju obračunavati po principu “van dohvata ruke”, dok je odredbom čl. 9 (1) dozvoljeno usklađivanje dobiti između povezanih lica, čime se omogućava otklanjanje štetnih posledica međunarodnog dvostrukog ekonomskog oporezivanja nastalog zbog nacionalnih pravila o korigovanju transfernih cena.³⁶ Čl. 7 (3) takođe uređuje usklađivanje dobiti između preduzeća i njegove stalne poslovne jedinice jer kada se zbog pripisivanja dobiti stalnoj poslovnoj jedinici, uveća dobit stalne poslovne jedinice jedne države ugovornice, dobit preduzeća čija je stalna poslovna jedinica druge države ugovornice treba da se umanji za odgovarajući iznos. U suprotnom, u slučaju izostanka stava 3, čl. 7 koji uređuje usklađivanje dobiti između preduzeća i njegove stalne poslovne jedinice imali bismo za posledicu potencijalno dvostruko oporezivanje.³⁷

U teoriji, cene “van dohvata ruke” bi trebalo da budu formirane slobodno kao rezultat pregovora, *pogađanja* u dobroj veri između nezavisnih subjekata. U praksi, međutim, cene uspostavljene na osnovu pregovora odražavaju, uglavnom, poslovnu snagu subjekata kao pregovarača u pitanju.³⁸ Ekonomska teori-

Hee Lee, “A Strategic approach for Capital-Importing Countries Under the Arm’s Length Constraint”, *Tax Notes Int’l* 10/1999, 678.

³⁴ *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 26. Upor. Dejan Popović, Gordana Ilić-Popov, “Utvrdjivanje izvora dohotka u poreskom pravu”, *Anali Pravnog fakulteta* 2/2008, 108.

³⁵ *OECD Model Tax Convention on Income and on Capital* (condensed version), 27–28, 181.

³⁶ D. Popović, 233.

³⁷ U ranijoj varijanti Model-konvencije OECD iz 1995. godine u čl. 7 izostajala je odredba o usklađivanju dobiti između stalne poslovne jedinice i njene nerezidentne centrale, što je za posledicu imalo potencijalno ekonomsko dvostruko oporezivanje.

³⁸ Laurie J. Dicker, George N. Carlson, “The Proposed Transfer Pricing Regulations: Comments and Concern”, *National Tax Journal* 45/1992, 235–236.

ja i praksa slažu se u jednom, a to je da “standard van dohvata ruke” u najboljem slučaju može dovesti do niza uporedivih veličina (eng. *range of reasonableness*).³⁹

Različiti koncepti principa “van dohvata ruke”

Iako postoji međunarodni konsenzus da se princip “van dohvata ruke” kao alokativna norma primenjuje na povezana lica, te da američko poresko zakonodavstvo i OECD Smernice o transfernim cenama za multinacionalna preduzeća i poresku administraciju u osnovi obrađuju iste teme i imaju sličan sadržaj pravila, postoje određene oblasti u kojima se koncept i pravila “van dohvata ruke” razlikuju. Ne samo da ne postoji međunarodni konsenzus u pogledu definicije koncepta principa “van dohvata ruke”, već se razlika javlja između anglosaksonske i evropskokontinentalne percepcije ovog principa u poreskim zakonodavstvima.⁴⁰ Princip “van dohvata ruke” u američkom poreskom pravu predstavlja objektivnu i kvantitativnu normu dok je na primer u nemačkom poreskom pravu karakterisan kao subjektivna i kvalitativna norma.⁴¹

U svom klasičnom određenju kao što je ranije pomenuto, princip “van dohvata ruke” postulira da je iz poreskih razloga neophodno da finansijski i trgovački odnosi između različitih sastavnih delova multinacionalnih korporacija budu neutralni. Neutralnost se može iskazivati u odnosu na rezultat (pr. cena) ili u odnosu na postupak utvrđivanja cene. Ukoliko je cena koju su postigla dva povezana lica identična ceni koju bi bilo koje od njih postiglo na tržištu sa pravnim subjektom koji nema status povezanog lica, proizlazi da su se povezana lica ponašala kao da su u pitanju nezavisna privredna društva. Isto tako, ukoliko se pokaže da su se pravna lica tokom sklapanja finansijskih aranžmana ponašala kao nezavisna privredna društva, proizlazi da je ekonomski rezultat, tj. cena koju su postigli “van dohvata ruke”. Suština principa “van dohvata ruke” nije samo poređenje cena i poslovnih rezultata već potpuno nezavisno poslovanje koje bi postojalo da su u pitanju bila nepovezana lica.⁴² Drugim rečima, da su menadžeri dvaju povezanih lica vodili pregovore potpuno nezavisno rezultat

³⁹ Clark J. Chandler, Irving H. Plotkin, “Economic Issues in Intercompany Transfer Pricing”, *Tax Management Transfer Pricing Report* 2/1993, 2.

⁴⁰ J-P. Le Gall, 5.

⁴¹ J. Wittendorff, 778.

⁴² Hubert Hamaekers, “Can the Free Negotiation of Prices within a Multinational Enterprise Serve as an Arm’s Length Method?“, *International Transfer Pricing Journal* 4/1997, 2.

koji bi mogli da ostvare bio bi kvalifikovan kao rezultat "van dohvata ruke". Faktori po kojima cenimo pregovaranje "van dohvata ruke" tiču se organizacione strukture grupe, pre svega profitnih centara, odsustva instrukcija ili intervencija centralnog menadžmenta, isplata menadžerskih naknada iz dobiti preduzeća i zaključivanja ugovora o kupoprodaji sa stranama izvan grupe.⁴³ Decentralizovana struktura upravljanja poslovanjem unutar multinacionalne kompanije jeste pretpostavka od značaja za uspostavljanje cena "van dohvata ruke" u transakcijama između povezanih lica. U suprotnom, transakcije po transfernim cenama razlikuju se od vrednosti tih transakcija po cenama koje bi se ostvarile između nepovezanih lica na tržištu takvih ili sličnih transakcija.

Istovremeno se, međutim, priznaje da pregovaranje (cenjkanje) samo po sebi nije dovoljno da uspostavi cene "van dohvata ruke". Profesor L' Gal (*Le Gall*) je mišljenja kada je reč o principu "van dohvata ruke" da se njegovo dalje kretanje razvija u pravcu normativnih cena kao cena "van dohvata ruke". Ne uzima ju se u obzir cene koje prevladavaju između nezavisnih subjekata na tržištu, već se veća vrednost pridaje cenama koje se mogu smatrati primerenijim odgovarajućoj transakciji, imajući u vidu činjenice i okolnosti pod kojima se uspostavljaju.⁴⁴ Cene uspostavljene na osnovu činjenica i okolnosti (pr. cene koje su se pojavile, iskrsnule, cene prodora na novo tržište) koje prate određenu transakciju mogu odstupati od tržišnih cena, ali se ipak uzimaju kao "cene van dohvata ruke". Napuštanjem koncepta identiteta cena (kvantitativna objektivna analiza) i prelaskom na koncept normativnih cena (kvalitativna subjektivna analiza) nužno je odrediti situacije kojima se to potvrđuje kao i efekte koje proizvode na transferne cene.

Koncept normativnih cena može se donekle prepoznati i u opredeljenju Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj da u metode za određivanje cena "van dohvata ruke" pored tradicionalnih transakcionih metoda (metod uporedivih nekontrolisanih cena, metod preprodajne cene i metod koštanja uvećan za uobičajenu maržu) uvrsti i metode zasnovane na transakcionom profitu, transakcijske profitne metode (eng. *transactional profit based methods*) čak i ako je reč o metodama poslednje instance.⁴⁵ U pitanju su metod podele transakcionog profita (eng. *transactional profit split method*) i metod transakcione neto marže (eng. *transactional net margin method*). Postoje dva pristupa u tumačenju ovih metoda: anglosaksonski i evropskokontinentalni pristup. Osnovnu razliku između ova dva pristupa čini procena vrednosti činilaca putem kojih se određuju

⁴³ H. Hamaekers, (2002), 39.

⁴⁴ J-P. Le Gall, 6.

⁴⁵ *OECD Transfer Pricing Guidelines*, para. 2.56–2.57.

cene “van dohvata ruke”.⁴⁶ Prema anglosaksonskom modelu, smatra se da tržište utiče na ponašanje preduzetnika a time i na formiranje cena u transakcijama, kao i u određivanju profitne marže (uobičajene zarade), dok se prema evropsko-kontinentalnom modelu smatra da preduzetnik donosi odluku o cenama poredjenjem sa ostalim preduzetnicima koji se bave istom ili sličnom delatnošću.

OECD ne daje prednost ni jednom od modela, s tim što pojedina rešenja sadržana u Smernicama o transfernim cenama imaju uporište u oba pristupa: evropskokontinentalni pristup reflektuje se kroz poslovnu strategiju preduzetnika kao jednog od faktora uporedivosti kontrolisanih i nekontrolisanih transakcija, dok se anglosaksonski pristup reflektuje kroz metod podele transakcionog profita i metod transakcione neto marže uvedenih kao transakcijskih profitnih metoda. U ranijoj varijanti Smernica o transfernim cenama iz 1995. godine, kao i u Smernicama iz 2010. godine obe transakcijske profitne metode se po pravilu koriste kada se standardnim tradicionalnim transakcijskim metodama ne mogu pouzdano utvrditi cene “van dohvata ruke”. Metode se u skladu sa principom “van dohvata ruke” pri utvrđivanju kompatibilnosti transfernih cena i cena “van dohvata ruke” upotrebljavaju kao sredstva poslednje instance. Transakcijske profitne metode zasnivaju se na frakcionoj raspodeli, što prema OECD predstavlja dovoljan razlog za njihovu kvalifikaciju kao pomoćnih metoda za određivanje cena “van dohvata ruke”. U prethodnim varijantama Model-konvencije OECD, kao sukcesora modela Društva naroda postojale su dve metode za alokaciju dobiti multinacionalnih kompanija: odvojeno računovodstvo/cene “van dohvata ruke” kao osnovna metoda i frakciona raspodela propisana čl. 7 (4) kao pomoćna metoda na koju se upućivalo samo kao na sredstvo poslednje instance. Pored toga, opstanak metode frakcione raspodele bio je uslovljen zahtevom da rezultati postignuti tom metodom budu u skladu sa principom “van dohvata ruke”. Cilj OECD bio je da obezbedi da se transakcione profitne metode održe samo kao pomoćne metode, kako vremenom ne bi bile zamenjene metodama frakcione raspodele. Čl. 7 (4) izbrisan je iz Model-konvencije OECD čime je nastao novi kontinuum sa odvojenim računovodstvom/cenama “van dohvata ruke” na jednom kraju i metodologijama zasnovanim na profitu na drugom kraju. Imajući u vidu teškoće kod primene principa odvojenog računovodstva trebalo bi dati istaknutije mesto metodi podele transakcionog profita s obzirom da se ne oslanja na uporedive veličine i pruža rešenja u situacijama u kojima je teško razdvojiti transakcije između povezanih lica.

⁴⁶ C. H. Lee, 680.

DANICA TASIĆ, LL.M.,
Assistant, Faculty of Law
University of Belgrade

THE MAIN FEATURES AND THE LIMITATIONS
OF THE SEPARATE ENTITY/ARM'S LENGTH
– PRINCIPLE APPLIED TO THE TAXATION
OF MULTINATIONAL COMPANIES –

Summary

The author of this article deals with the main features and the limitations of the separate entity/arm's length principle applied to the taxation of multinational companies. When applied to the taxation of multinationals, separate accounting implies that all components of the multinational company regardless of their juridical form are to be treated as they are dealing with each other at arm's length. The appropriateness of this assumption is open to doubt and taxpayers must disclose separately transactions with associated entities and compare them with arm's length transactions. The author analyses the arm's length principle pursuant to Article 9 (1) of the OECD Model Tax Convention and examines the relationship between Article 7 (2), which attributes income to a permanent establishment and Article 9 (1) which deals with the transfer pricing adjustments between associated entities. Particular attention is given to the arm's length principle concept in the U. S. tax law and German tax law. The author concludes that separate entity /arm's length principle is not sufficient for determining true taxable income of multinationals because of the problems with its practical application.

MARKO ĆULIBRK

FISKALNA ODGOVORNOST

U V O D

Veliki broj zemalja u svetu danas se suočava sa krizom javnih finansija. Zbog toga je pitanje finansijske odgovornosti postalo globalna preokupacija. Pokazalo se da upravljanje javnim prihodima i rashodima postaje sve teži zadatak za mnoge vlade, naročito u uslovima produženog trajanja svetske finansijske krize. U SAD, Grčkoj, Portugaliji, Španiji i Italiji, kao i na prostoru nekadašnje SFRJ, vlade su jednako zabrinute zbog raskoraka između onog što iz budžeta treba da podmire i nedovoljnog priliva sredstava na državni račun. Ostaje im da se dovijaju između povećanja javnog duga, produbljivanja spoljnotrgovinskog deficita, prodaje javne imovine, privlačenja stranih investitora, rigorozne štednje u javnom sektoru, podsticanja rasta bruto nacionalnog proizvoda, sve većeg izvoza i drugih mera i tehnika, kako bi u državnoj kasi prikupili dovoljno sredstava za unapređenje ekonomije, porast zaposlenosti i finansiranje školstva, zdravstva, penzija i drugih prioritetnih javnih potreba.

Finansijska posrtanja koja su zadesila pojedine članice evro-zone, a pre svega one na jugu kontinenta, kao i kontinuirani rast deficita i javnog duga Republike Srbije, u vrh aktuelnih pitanja postavili su temu fiskalne odgovornosti. Istina,

Dr Marko Ćulibrk, generalni direktor "Ateks" a.d., Beograd.

pravila za odgovorno vođenje fiskalne politike su već postala sastavni deo međunarodnih finansijskih standarda. Takođe, ekonomska nauka je odavno objasnila osnovne koncepte i mehanizme za uravnoteženje budžeta. Međutim, uz sve to, vlade moraju da vode politiku koja će omogućiti pridobijanje poverenja građana. Zato se vlade ponašaju oprezno, insistirajući na fiskalnoj odgovornosti onih koji imaju pravo da troše državni novac, ali vodeći računa da ne otežaju život građana. Na ruku im ide to što ne postoji jednostavna matrica za egzaktno merenje fiskalne odgovornosti. U krajnoj liniji, ocena o tome da li se vlast ponaša odgovorno prema državnoj kasi često više zavisi od puke percepciju građana, iz ugla sosptvenih očekivanja, nego od tačnosti statističkih izveštaja, grafikona i bilansa.

POJAM FISKALNE ODGOVORNOSTI

Fiskalna odgovornost je složen, interdisciplinarni pojam, koji se opire jednoznačnom definisanju. On u sebi uključuje niz elemenata kako finansijskog, tako i političkog, ali sve više i pravnog karaktera. Sa finansijskog stanovišta fiskalna odgovornost podrazumeva obavezu da se donese promišljen i realističan plan državnih prihoda i rashoda kao i obavezu da se on striktno izvršava u funkciji ekonomskog razvoja i očuvanja umerenog javnog duga, odnosno njegovog postepenog smanjenja. Sa političkog stanovišta on podrazumeva odgovornost vlade prema parlamentu i javnosti za takvo upravljanje državnim finansijama koje neće voditi prekomernom ubiranju sredstava od građana i privrede, kao ni njihovom neprimerenom trošenju. Sa pravnog stanovišta on podrazumeva utvrđivanje prekršajne, materijalne i eventualno krivične odgovornosti onih državnih službenika i organa koji su svoja ovlašćenja za upravljanje sredstvima iz budžeta upotrebili mimo zakonskih normi i podzakonskih akata, odnosno suprotno normativnim okvirima i zadatim vrednostima.

Uspostavljanje fiskalne odgovornosti je cilj vredan pažnje, jer se njegovo ostvarivanje doživljava kao potvrda kompetentnosti upravljača državnim poslovima. Podrazumeva se da tom cilju teži ili bi trebalo da teži svaka vlada. Međutim, ekonomska istorija, a pre svega istorija državnih finansija velikog broja savremenih zemalja, pokazuje da olako trošenje novca poreskih obveznika i preveliko zaduživanje sadašnjih i budućih generacija nije tako retka pojava. Grčka je najnoviji, Irska prethodni, Italija, Portugalija i Španija naredni, a SAD najduže postojeći primer. Naša zemlja, u svim državnim formama u kojima je dosad postojala, osim u retkim periodima, takođe nije bila primer dovoljno odgovornog fiskalnog postupanja.

Iako se instrumenti građenja i jačanja fiskalne odgovornosti razlikuju, čini nam se da bi se oni u osnovi mogli svrstati u tri grupe. Prvu grupu čine oni koji obuhvataju direktan upliv javnosti u način na koji izvršna vlast troši budžetska sredstva, omogućavaju kontrolu državnih finansija od strane nezavisnog fiskalnog tela i uključuje redovno izveštavanje i polaganje računa pred parlamentom za postupanje sa državnim prihodima i rashodima. Tu se u osnovi radi o političkoj komponenti odgovornosti.

Drugu grupu čine oni koji obuhvataju specifična pravila, profesionalnog karaktera, koja su međunarodno priznata i u znatnoj meri standardizovana. Pravila su ili proceduralne prirode, utoliko što sadrže principe i procedure odgovornog ponašanja, ili numeričke prirode, utoliko što u apsolutnim ili relativnim ciframa definišu odnos javnog duga, fiskalnog deficita ili rashoda prema bruto nacionalnom proizvodu. Tu se u osnovi radi o pravilima stručne, "zanatske" prirode, koja se definišu odgovarajućim programskim dokumentima ili normativnim aktima. Prema raspoloživim podacima, u 2009. godini više od 80 zemalja primenjuje je fiskalna pravila, nezavisno od forme u kojoj su to činile.

Treću grupu čine instrumenti kaznene prirode, bez obzira da li je prinuđa iskazana u formi opšteg, sistemskog zakona o budžetu (*organic law*), ili u formi pojedinačnog zakona (*lex specialis*) koji po pravilu nosi naslov *Zakon o fiskalnoj odgovornosti*. Ovde se uglavnom radi o personalizovanoj odgovornosti nosioca određene funkcije, ili o odgovornosti pravnog lica za učinjene prekršaje. Studija Međunarodnog monetarnog fonda iz 2010. godine navodi da su se od 33 razvijene države u svetu dosad samo dve opredelile da ovu odgovornost utvrde posebnim zakonom o fiskalnoj odgovornosti (Australija¹ i Velika Britanija²). Međutim, u grupi zemalja u privrednom usponu (tzv. *emerging countries*) čak 40 odsto je pribeglo takvom posebnom zakonu o fiskalnoj odgovornosti.³

Interesanto je pokazati otkud tolika razlika i koji je metod u određenim okolnostima pokazao prednost, ali ovde nema potrebe da se na tome zadržavamo. Dovoljno je uočiti da pojedine visoko-razvijene države (kao na primer, Danska i Norveška) uopšte nemaju ni načelni zakon o budžetu, niti svake godine usvajaju poseban zakon o planu prikupljanja i trošenja budžete za naredenih 365 dana. One umesto toga poznaju samo dokument pod nazivom *Smernice budžeta* koje krajem

¹ *The Australian Charter of Budget Honesty Act 1998*, Canberra 1998; <http://www.comlaw.gov.au; /25/07/2011/>;

² *The UK Fiscal Responsibility Act 2010*, Chapter 3, February 10, 2010; <http://npl.ly.gov.tw/pdf/7146.pdf, /25/07/2011/>.

³ *IMF Working Paper*, WP/10/254/ str. 4; www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2010/wp10254.pdf, /25/07/2011/.

svake godine objavljuje nacionalno ministarstvo finansija. U prvom slučaju (Danska) taj dokument usvaja Vlada, a u drugom (Norveška) usvaja Parlament.

Sasvim je drugačija situacija kod onih država koje su zbog prekomernog spoljnog i unutrašnjeg zaduživanja i kontinuiranog debalansa između izdataka za javne potrebe i prikupljenih sredstava u budžetu zatražile pomoć Međunarodnog monetarnog fonda. Sa te strane one su bile podstaknute, da ne kažemo primorane, da pitanje fiskalne odgovornosti podignu na nivo zakona. U tu grupu spada i Srbija.

Zakoni o fiskalnoj odgovornosti počeli su da se javljaju pre oko 20-30 godina. Cilj je bio da se uvođenjem dodatnih normi oteža donošenje bužeta koji predviđa veliki deficit, odnosno da se onemogući osetniji rast državnog duga. Različite zemlje su kroz sopstveni zakon o fiskalnoj odgovornosti uvodile različite mehanizme za kontrolu deficita. Već pomenuta Velika Britanija je proklamovala "zlatno pravilo" po kome se država ne može zaduživati za finansiranje tekućih obaveza, odnosno, gledano iz drugog ugla, da deficit ne sme biti veći od kapitalnih ulaganja. Brazil je opet, zbog iskustva sa ogromnim budžetskim deficitom koji su napravile lokalne i regionalne vlasti, svoj zakon o fiskalnoj odgovornosti tako oblikovao da se pretežno bavi propisivanjem strogih okvira i pravila za zaduživanje regionalnih, odnosno lokalnih organa vlasti. Države kao regionalne jedinice od tada se mogu zadužiti najviše dvostruko u odnosu na godišnji prihod, a opštinske jedinice najviše do 1,2 puta preko odstvarenog godišnjeg prihoda.⁴ Pri tome su uvedene personalne i institucionalne kazne za prekršioce, ali definisana i krivična dela u oblasti narušavanja fiskalne discipline i propisa.

SAD su zaista na specifičan način regulisale ovo pitanje odgovornosti za budžetski deficit. Suština je u tome da se svake godine posebnim zakonom predvidi tačan iznos do koga se javna potrošnja može deficitarno finansirati. Predsednik svoj Predlog budžeta za narednu fiskalnu godinu (oktobar –oktobar) dostavlja Kongresu već u proleće tekuće godine, kao što je to učinio i ove godine.⁵ Međutim, njegov predlog da se u 2012. godini "plafon" za zaduživanje države poveća sa 14,294 na oko 16,000 milijardi dolara, odnosno sa oko 69 na 75 odsto bruto nacionalnog proizvoda nije dugo mogao dobiti podršku u Kongresu⁶. Vladi nije ostavljena mogućnost da izađe izvan tih okvira, pa se dve vodeće stranke svake godine

⁴ *The Brazilian Fiscal Responsibility Law*, Supplementary Law 101, of May 4, 2000; dostupan na sajtu: <http://www.surlytrader.com/wp-content/uploads/downloads/2011/07/Brazilian-Fiscal-Responsibility-Law.pdf> /25/07/2011.

⁵ *The 2012 United States federal budget*, President Obama proposal to USA Congress, dostupan na sajtu: <http://www.whitehouse.gov/omb/budget/>, /25/07/2011/.

⁶ New York Times, <http://www.nytimes.com/packages/html/newsgraphics/2011/0119-budget/>, /25/07/2011/.

nadmeću oko donošenja zakona kojim bi se utvrdio novi limit zaduživanja. Kada se približi toj cifri, sa rizikom da će je prekoračiti, svaki američki predsednik i njegov kabinet suočavaju se sa opasnošću izazivanja bankrota države. Kongres SAD je sve manje spreman da podiže lestvicu za dalje zaduživanje države, zbog bojazni da to ne bude uvod u opadanje ekonomske, političke i vojne moći ove decenijama neprikosnovene svetske sile.

ZAOŠTRAVANJE FISKALNE DISCIPLINE

Poslednjih godina u nizu zemalja preduzimaju se dodatne ili nove mere u cilju povećanja racionalnosti budžetskih odluka. To čine kako siromašne afričke i latinoameričke države, tako i one koje spadaju u najveće svetske ekonomije, kao što su SAD, Italija i Japan. Istovremeno, ovom brigom su zaokupljene ne samo marginalizovane azijske države, već i najnaprednije države iz grupe BRIK. Jednom rečju, zaoštavanje fiskalne odgovornosti postalo je globalna tema i zadatak. U određenoj meri ono je postalo opsesija modernih upravljača, a katkad i svojevrsna noćna mora, kao što je to slučaj sa aktuelnim nosiocima vlasti u Vašingtonu ili u Atini.

Podizanje finansijske discipline u suštini označava novi pristup starom problemu raspolaganja oskudnim budžetskim sredstvima. Za savremenu budžetsku politiku više nije dovoljno da se samo ispoštuju propisane budžetske procedure i mehanizmi, već i da se ostvare povoljni rezultati preduzetih budžetskih mera. Modernizacija upravljanja javnim rashodima postiže se promenom pravila, uspostavljanjem novih načela, unapređenjem uloge budžetskih institucija i odgovornim angažovanjem kreatora budžetskog procesa, sa osnovnom namerom da se država učini štedljivijom. Upravljanje javnim rashodima u skladu je sa trendom postavljanja čvrstih budžetskih limita, kako bi se ograničili ukupni rashodi, a ne samo da bi se postigla budžetska ravnoteža. Opšte je prihvaćeno shvatanje da sistem upravljanja javnim rashodima ima tri komplementarna i međuzavisna cilja: a) održavanje ukupne fiskalne discipline, b) efikasnu alokaciju resursa u skladu s prioritetima države i c) efikasno pružanje usluga⁷.

Budžetske reforme koje se sprovedene u zemljama OECD-a zahtevale su izgradnju institucionalnih mehanizama koji su nužni za efektivnu kontrolu javnih rashoda. Oni obuhvataju: srednjoročni budžetski okvir, oprezna ekonomska predviđanja, tehniku budžetiranja odozgo na dole, slabljenje centralne kontrole inpu-

⁷ *Upravljanje javnim izdacima*, Priručnik za zemlje u tranziciji, urednici Richard Allen i Daniel Tommasi, SIGMA, PHARE, OECD, 2001, strp. 19.

ta, naglasak na rezultate, budžetsku transparentnost i praksu modernog finansijskog upravljanja⁸.

Efikasna raspodela sredstava odnosi se na sposobnost vlade da usmeri sredstva na osnovu postavljenih prioriteta i efektivnosti programa. Alokativna efikasnost obuhvata i preusmeravanje sredstava sa starih na nove prioritete i od manje ka više produktivnim aktivnostima u skladu sa ciljevima vlade. U razvijenim zemljama posle Drugog svetskog rata sistem budžetiranja bio je usmeren na dodeljivanje dodatnih sredstava, bez uslova za konkurenciju među zahtevima za budžetskim sredstvima ili otežanom mogućnošću realokacije sredstava između različitih budžetskih pozicija, bez obzira na njihovu nedovoljnu efikasnost. U budžetskoj praksi činjeni su pokušaji da se ovi nedostaci prevaziđu povezivanjem kratkoročnog budžetskog planiranja s višegodišnjim finansijskim planiranjem i da se ugrade elementi korisnosti i efikasnosti u trošenju javnih rashoda. Pojavili su se novi metodi u vidu sistema planiranja, programiranja i budžetiranja.⁹

Sistem planiranja, programiranja i budžetiranja prvi put je primenjen krajem šesedesetih godina prošlog veka u SAD kao celoviti metodološki postupak koji služi otklanjanju nedostataka klasičnog budžeta. Ovaj sistem sadrži tri osnovne faze koje povezuju planiranje sa budžetiranjem kroz programiranje. U fazi planiranja utvrđuju se trenutni i budući ciljeve budžeta i proceniti najpogodniji načini (alternative) ostvarivanja ovih ciljeva. U fazi programiranja razmatraju se predlozi prethodne faze i integrišu u programe koji će biti predmet budžetskog odlučivanja na različitim nivoima prema utvrđenim prioritetima trošenja. U fazi budžetiranja programi se raščlanjavaju na niz posebnih godišnjih aktivnosti, određivanjem šta ko treba da čini i dodeljivanjem potrebnih sredstava. U okviru ovog sistema primenjuje se mehanizam dugoročnog planiranja državnih finansija (na deset godina); mehanizam srednjoročnog programiranja javne potrošnje, dugova i priliva sredstava (na 3 do 5 godina); i mehanizam kratkoročnog budžetiranja (sa vrednostima koje su zadate za narednu fiskalnu godinu).

Tehnička ili operativna efikasnost u korišćenju budžetskih sredstava izražava se kao sposobnost uvođenja programa i pružanja javnih usluga po što nižim troškovima. U većini savremenih zemalja, reforme budžeta u suštini se svodi na smanjenje troškova. To se nastoji postići putem dve međusobno povezane strategije: 1) povećanja ukupne kontrole pomoću definisanja ciljeva u okviru srednjoročnog budžeta i praćenje njegovog učinka, i 2) unapređenja učinka (efekata, brzine i kva-

⁸ J. Blondal, *Budget reform in OECD member countries: common trends*, OECD Journal on Budgeting, Vol. 4, No. 4, OECD, 2003, str. 10.

⁹ Mileva Anđelković, *Reafirmacija načela budžetske ravnoteže*, "Ekonomске teme", Ekonomski fakultet Univerziteta u Nišu, broj 3/2007, str. 113.

liteta rada) javnog sektora. Glavni cilj reforme budžeta je fokusiranje na učinak i rezultate nasuprot principu “slepog” poštovanja administrativnih procedura i pravila. Tradicionalni sistemi budžetskog i finansijskog upravljanja, sa karakteristikama “slepog” pridržavanja pravila i detaljne centralne kontrole inputa, smatraju se prevaziđenim. Orijehtacija na efekte (rezultate) utrošenih sredstava u smislu obima i kvaliteta pruženih javnih dobara i usluga podrazumeva veću odgovornost rukovodilaca budžetskih programa u svakodnevrim operacijama, ali i uvođenje mehanizama čvrste interne budžetske kontrole i eksterne revizije.¹⁰

NORMATIVNI OKVIRI FISKALNE ODGOVORNOSTI NA BALKANU

Kako se u tom procesu planetarnog zaoštavanja finansijske discipline snalaze države Zapadnog Balkana? Da li one postupaju u skladu sa glavnim tokovima ili zaostaju za promena? Da bi smo dogovorili na ovo pitanje, istražili smo kako su pitanju fiskalne odgovornosti prišle države sa prostora bivše SFRJ.

U Bosni i Hercegovini fiskalna politika, a time i odgovornost, nije u nadležnosti zajedničkih državnih organa, već dva entiteta (Federacija BiH i Republika Srpska) i distrikta Brčko, kao i nižih, odnosno lokalnih teritorijalnih jedinica u njihovom sastavu. U prvom entitetu pitanje fiskalne odgovornosti uređeno je *Zakonom o bužetima u Federaciji BiH*, a u drugom entitetu *Zakonom o budžetskom sistemu Republike Srpske*. Taj fiskalni pluralizam, koji proizilazi iz konfederalne prirode Bosne i Hercegovine, u stvarnosti čini pitanje fiskalne odgovornosti teško sprovedivim. Naime u prvom od navednih zakona govori se samo o “prekršajnoj odgovornosti odgovornog lica, nosioca izvršne vlasti” bez navođenja pojedinačnih prekršaja i visine kazne¹¹, dok se u drugom uz navođenje dela propisuje novčana kazna za prekršaj u rasponu od 500 do 1.700 KM (odnosno 250 do 850 evra)¹².

U BJR Makedoniji je *Zakon o budžetu*, osim političke odgovornosti vlade pred parlamentom za korišćenje budžetskih sredstava, predvideo dve grupe kazni za prekršaj. Za pojedince kazna se kreće u rasponu od 330 do 820 evra, a za pravna

¹⁰ M. Anđelković, cit. delo, str. 115.

¹¹ *Zakon o izvršavanju budžeta/proračuna Federacije BiH za 2011*, član 52 (kaznene odredbe); (Službene novine Federacije BiH, broj 14/11, od /30.3.2011/); www.fbihvlada.gov.ba/bosanski/zakoni/index.php/25/07/2011/;

¹² *Zakon o budžetskom sistemu RS – prečišćen tekst*, član 47 (kaznene odredbe); (Službeni glasnik RS 54/08, od 02/06/2008); www.narodnaskupstinars.net/lat/zakoni/zakon.php?id_zakona=311/25/07/2011/.

lica u rasponu od 4.100 do 4.800 evra, pri čemu je dozvoljeno da se pred nadležnim sudom povede i postupak za nadoknadu štete prouzročene budžetu.¹³

Što se tiče Republike Crne Gore, *Zakon o budžetu Crne Gore za 2011*¹⁴ sadrži samo projektovane podatke, to jest preciznu kvantifikaciju ciljanih prihoda i rashoda, stečenih prava, dopuštenih troškova, kao i niz drugih neophodnih detalja i podataka, ali se ne upušta u pitanje fiskalne odgovornosti. To pitanje nije bliže elaborirano ni u *Smjernicama makroekonomske i fiskalne politike 2012-2015*, ali je realno očekivati da će ono biti uneto i izmenjeno u: *Organski zakon o budžetu*¹⁵. Važeći opšti *Zakon o budžetu* samo načelno govori o odgovornosti, ali u kontestu izvršenja budžeta. Tako se u jednom članu navodi da je “za izvršenje budžeta države odgovoran ministar finansija”¹⁶, zatim u drugom da je za “zakonito korišćenje sredstava odobrenih potrošačkoj jedinici odgovoran budžetski izvršilac”¹⁷, a potom u trećem da je “ministar finansija u ime Vlade odgovoran za vođenje računovodstva, unutrašnju kontrolu, zaduživanje i dug.”¹⁸

Republika Slovenija je svoje normativne okvire dosad najpotpunije uskladila sa načelima Evropske unije. Ona je davno donela *Zakon o javnim finansijama* i više puta ga dopunjavala i revidirala. Predlog novog, upravo je u februaru 2011. godine prošao kroz proceduru parlamenta. On je veoma opširan, detaljan i precizan, a primenjivaće se od 1. januara 2012. godine. Zakon ima čak 213 članova. Nadležnosti budžetskog karaktera, kao i odgovornost, raspodeljeni su na tri nivoa – između organa države, organa pokrajina i opštinskih organa vlasti. Budžet sadrži petoodišnju projekciju prihoda i rashoda, uvodi internu i eksternu kontrolu, organe nadzora na svim nivoima, kao i frekventno izveštavanje parlamenta na sva tri nivoa vlasti. Politička odgovornost za upravljanje budžetom i trošenje sredstava je veoma naglašena na svim nivoima, ali u pogledu kaznenih odredbi Zakon ne ide dalje od prekršajne odgovornosti. On jednako za odgovorno lice, dakle pojedinca, kao i za pravno lice, to jest organ vlasti, prvo definiše koji delikti predstavljaju teži prekršaj i za njih određuje novčanu kaznu u rasponu od 1.000 do 4.100 evra, a potom definiše lakše prekršaje i za njih propisuje novčanu kaznu u rasponu od 500

¹³ *Zakon za bućetite na Република Македонија*, (Службен весник на Република Македонија бр. 64/05, 04/08, 103/08, 156/09 и 95/10), чланови 56, 57 и 57-а.

¹⁴ *Zakon o budžetu Crne Gore za 2011*, broj akta 01-842/55, od 16.12.2010.

¹⁵ *Smjernice makroekonomske i fiskalne politike Vlade Crne Gore 2012-2015*, 11 april 2011, str. 19; dostupno na: www.mf.gov.me/.../Smjernice-makroekonomske-i-fiskalne-politik_e/25.07/2011.

¹⁶ *Zakon o budžetu Crne Gore*, No. 40/2001, prečišćen tekst, član 30; www.mf.gov.me/25/07/2011/.

¹⁷ *Ibid*, član 31.

¹⁸ *Ibid*, član 45.

do 3.000 evra. Pri tome, osim neposredne, ustanovljena je i posredna odgovornost, što u drugim zakonima na prostoru Jugoslovenske Evrope nije slučaj.¹⁹

Republika Hrvatska je jedina država sa prostora bivše SFRJ koja je donela poseban *Zakon o fiskalnoj odgovornosti*²⁰. Zakon je relativno kratak, ima svega 15 članova, ali se bavi isključivo ličnom odgovornošću za postupanje sa državnim novcem. Naime, zakonom se “*određuju pravila kojima se ograničava državna potrošnja, jača odgovornost za zakonito, namjensko i svrhovito korištenje proračunskih sredstava, te jača sustav kontrola i nadzora radi osiguranja fiskalne odgovornosti*” (član 1). Ne ulazeći ovde u odredbe o pravilima fiskalne politike, načinu njenog sprovođenja i načela za jačanje fiskalne odgovornosti, ili o rokovima izveštavanja, jer su ona gotovo ista kao svim zakonima o budžetu, najveću novinu predstavljaju odredbe kojima se uvodi *Izjava o fiskalnoj odgovornosti* (član 7) i definiše pojedinačna odgovornost za povredu ovog zakona (član 9).

Državni službenici koji imaju ovlašćenja za upravljanje i korišćenje budžetskih sredstava u ovoj fiskalnoj (2011) godini suočiće se već 1. januara 2012. godine sa dve vrste odgovornosti. Jedna se tiče zakonitosti u radu, u smislu namenske i svrshodne upotrebe sredstava u toku 2011. godine. Druga se tiče efikasnog i delotvornog funkcionisanja sistema finansijskog upravljanja i kontrole u okviru bužeta, odnosno finansijskim planom utvrđenih sredstava za tekuću budžetsku godinu. Svaki budžetski nalogodavac, bez obzira na kom nivou vlasti se nalazio (državni, županijski ili opštinski nivo), obavezan je da početkom 2012. godine potpiše izjavu u kojoj priznaje da je bio odgovoran za korišćenje sredstava u proteklom jednogodišnjem periodu, odnosno u kome je obavljao takvu funkciju. Vlada je svojom uredbom veoma detaljno propisala izgled i sadržaj Izjave, proceduru njene pripreme i predaje, plan otklanjanja uočenih nepravilnosti, način provere Izjave, kao i metodologiju izveštavanja o primeni fiskalnih pravila²¹.

U slučaju kršenja budžetskih pravila, lica ovlašćena za raspolaganjem budžetom na nivou republičke vlasti, svoj mandat staviće na raspolaganje predsedniku Vlade (ako je to učinio ministar), odnosno Vladi (ako je to učinio službenik koga imenuje Vlada). Slično tome, čelnici na nižim nivoima – regionalnom i opštinskom, staviće svoj mandat na raspolaganje organima vlasti na tom nivou. Tako je bar Zakonom predviđeno (član 11). Međutim, u praksi će ovaj zakon imati polovično dejstvo, ukoliko se ubrzo ne dopuni ili precizira. Naime, prilikom donošenja Zakona nije se imalo u vidu da je u Hrvatskoj tačno 566 župana, gradonačelni-

¹⁹ *Zakon o javnih financah (uradno prečišćeno besedilo)* (ZJF-UPB4) Ur.l. RS, št. 11/2011, čl. 195 i 196.

²⁰ “*Narodne novine Republike Hrvatske*”- 139/10, Zagreb, www.zakon.hr/z/425/Zakon-o-fiskalnoj-odgovornosti/ 125/07/2011/.

²¹ Uredba Vlade Republike Hrvatske br. 1648, od 16. lipnja 2011.

ka i načelnika opština birano neposredno, te nemaju tehničku mogućnost da stave svoj mandat na raspolaganje onima koji su ih izabrali (narodu). Da bi bili smenjeni od strane naroda, mora se organizovati referendum. Čak i tada ostaje pitanje da li bi na referendumu bilo izglasano njihovo smenjivanje. No, možda će Vlada ili Sabor usvojiti tumačenje, kojima bi se izbeglo da po slovu Zakona o fiskalnoj odgovornosti račun za svoj rad polažu samo ministri izabrani u Saboru i funkcione-ri koje je postavila Vlada.

FISKALNA ODGOVORNOST U REPUBLICI SRBIJI

U Srbiji je prvobitno dominirala ideja da se donese poseban zakona o fiskalnoj odgovornosti. Međutim, 2010. godine je odlučeno da se sve odredbe već pripremljenog i detaljno razrađenog teksta inkorporiraju u postojeći "organski" *Zakon o budžetskom sistemu Republike Srbije*, što je učinjeno u poslednjem kvartalu 2010. godine.²² Ovim dopunama utvrđeni su fiskalni principi, pravila i procedure na osnovu kojih je ustanovljen precizan, kvantitavan fiskalni okvir, kako bi se u srednjoročnom periodu obezbedila održivost fiskalne politike.

Među tim parametrima, sa stanovišta odgovornosti, od posebnog značaja su odredbe o propisivanju ciljnog deficita u visini od 1 odsto od ukupnog bruto nacionalnog proizvoda u periodu od 2011-2015. godine (sada je preko 2 odsto), ne uključujući izdatke za restituciju. Radi obezbeđivanja da stvarni fiskalni deficit u srednjem roku bude jednak ciljnom, a da se istovremeno omogući realizacija anti-ciklične fiskalne politike, propisana je i precizna formula za određivanje fiskalnog deficita (član 27-a, stav 6). Dalje, odredbe koje se tiču javnog duga predvidele su da njegov rast ne bi smeo da pređe granicu od 45 odsto BNP (sada iznosi oko 42,5 odsto). Što se tiče izdataka za penzije, predviđeno je postepeno smanjivanje njihovog učešća u BNP na 10 odsto, (sada iznosi oko 13 odsto), a plata na 8 odsto (sada iznosi oko 10 odsto). Uspostavljeno je nezavisno nadzorno telo - Fiskalni savet Republike, sa veoma širokim ovlašćenjima u pogledu kontrole i pokretanja odgovornosti. Ujedno, propisana je obaveza redovnog podnošenja *Izveštaja o fiskalnoj strategiji*, čiji je sastavni deo i *Izveštaj o ostvarenom napretku*. Istovremeno, uvedena su ograničenja i za budžetsku potrošnju na nivou lokalnih vlasti, kojima će biti dozvoljeno da potroše samo 10 odsto preko ostvarenih prihoda u prethodnoj godini.

Uz *Izveštaj o fiskalnoj strategiji* prilaže se izjava o odgovornosti koju potpisuje ministar. U izjavi o odgovornosti se obavezno navodi da su svi izveštaji na koje

²² "Službeni glasnik RS", broj 54/09, 73/10 i 101/10.

se izjava odnosi: 1) izrađeni korišćenjem analitičkih tehnika i procena koje ispunjavaju visoke standarde profesionalnog integriteta i stručnosti; 2) zasnovani na ažurnim i tačnim ekonomskim i fiskalnim informacijama dostupnim u vreme zaključenja izveštaja; 3) obuhvataju sve odluke koje je donela Vlada, a koje imaju značajan ekonomski ili fiskalni uticaj o kome je ministar imao saznanja u vreme potpisivanja izjave o odgovornosti.

Imajući u vidu novine koje su unete u ovaj "organski" Zakon, sistem odgovornog upravljanja javnim finansijama Republike Srbije mogli bi smo definisati kao skup aktivnosti i postupaka usmerenih na uspostavljanje finansijskog jedinstva u evidentiranju prihoda i primanja i rashoda i izdataka i izvršavanju rashoda korisnika sredstava budžeta Republike, odnosno lokalne vlasti, čime se obezbeđuju integritet budžetskog sistema i budžetski ciljevi. Odgovornost je pri tom postavljena stepenasto i integralno. Vlada je odgovorna za sprovođenje fiskalne politike i upravljanje javnim finansijama i sredstvima Republike Srbije u skladu s principima, pravilima i procedurama utvrđenim zakonom. Izvršni organ lokalne vlasti je odgovoran za sprovođenje fiskalne politike i upravljanje javnom imovinom, prihodima i primanjima i rashodima i izdacima na način koji je u skladu sa zakonom. Najveći stepen odgovornosti nosi vladin resor finansija, odnosno ministar koji je na njegovom čelu. Osim u pogledu izvršavanja budžeta, fiskalna odgovornost obuhvata i poštovanje procedure za izradu, podnošenje i objavljivanje izveštaja, prognoza, ocena i saopštenja propisanih zakonom.

Fiskalna odgovornost u Republici Srbiji je u osnovi izražava kroz poštovanja pet osnovnih principa upravljanja javnim finansijama, Prvi, princip polaganja računa, podrazumeva da je Vlada, odnosno izvršni organ lokalne vlasti, odgovoran Narodnoj skupštini, odnosno skupštini lokalne vlasti za izvršavanje svojih nadležnosti u vezi sa upravljanjem fiskalnom politikom. Drugi, princip pravičnosti, podrazumeva da se upravljanje fiskalnom politikom sprovodi tako što će se u obzir uzeti njen uticaj na blagostanje sadašnjih i budućih generacija. Treći, princip odgovornosti, podrazumeva da se upravljanje javnom imovinom i obavezama, prirodnim resursima i fiskalnim rizicima, sprovodi na način koji učvršćuje fiskalnu održivost. Četvrti, princip stabilnosti, podrazumeva da se fiskalna politika sprovodi na način koji ne izaziva nagle promene u kretanjima makroekonomskih i fiskalnih indikatora.

Peti, princip transparentnosti, podrazumeva: 1) da su jasno utvrđeni i definisani zadaci i odgovornosti različitih državnih organa, odnosno organa lokalne vlasti i funkcionera u vezi sa upravljanjem fiskalnom politikom; 2) da su obezbeđene ažurne finansijske i nefinansijske informacije koje se odnose na upravljanje fiskalnom politikom, da su dostupne kako bi se omogućila delotvorna javna provera vođenja fiskalne politike i stanja javnih finansija; 3) da oni koji su odgovorni

za objavljivanje takvih informacija te informacije ne uskraćuju, osim ako bi njihovo objavljivanje nanelo značajnu štetu nacionalnoj bezbednosti, odbrani ili međunarodnim odnosima Republike Srbije.

Sa stanovišta Zakona, za Vladu će moći da se kaže da je odgovorno vodila fisklanu politiku ukoliko u periodu od 2011. do 2015. godine obezbedi: 1) održivost duga države; 2) uredno servisiranje duga; 3) predvidljivost nivoa poreskih stopa i poreskih osnovica za naredne godine; 4) racionalno upravljanje fiskalnim rizicima; 5) upravljanje javnom imovinom i obavezama, prirodnim resursima, na način koji neće opterećivati buduće generacije; i 6) podsticanje privrednog rasta. Pri tome će se meriti da li je ostvarila zadate vrednosti, bilo da su one izražene u apsolutnim iznosima, procentima ili matematičkoj formuli. Zakon ovlašćuje Narodnu skupštinu da svake godine odmerava političku odgovornost Vlade za upravljanje javnim finansijama, prilikom razmatranja njenog Izveštaja o fiskalnoj strategiji. Zakonodavni organ pri tom konkretno procenjuje da li su kratkoročni i srednjoročni ciljevi fiskalne politike objektivno utvrđeni, da li su srednjoročni ciljevi usklađeni sa fiskalnim principima i pravilima utvrđenim zakonom, kako fiskalna politika utiče na međugeneracijsku raspodelu dohotka, kao i da li se Vladina procena održivosti fiskalne politike pokazala osnovanom. Pojedinačna odgovornost izvršilaca budžeta bliže je definisana članovima 71 i 72 ovog Zakona.

U članu 71 se precizno navodi za šta je sve odgovoran funkcioner, odnosno rukovodilac direktnog ili indirektnog korisnika budžetskih sredstava. On je prvo odgovoran za preuzimanje obaveza, njihovu verifikaciju, izdavanje naloga za plaćanje i izdavanje naloga za uplatu. Potom je odgovoran za zakonitu, namensku, ekonomičnu i ekonomičnu upotrebu budžetskih sredstava koja "pripadaju" njegovoj jedinici. Konačno, on može preneti svoja prvonavedena ovlašćenja na druga lica, ali time ne biva oslobođen odgovornosti za njihove postupke.

U članu 72 propisana je obaveza podele odgovornosti između naredbodavca i računopolagača. Isto lice ne može se pojaviti u obe uloge, niti naredbodavac i računopolagač mogu odgovarati za istu stvar. Odgovornost naredbodavca vezana je za upravljanje sredstvima, preuzimanje obaveza i izdavanje naloga. Nasuprot tome, odgovornost računopolagača vezana je za zakonito i tačno sastavljanje isprava o poslovnoj promeni i drugim poslovnim događajima koji se tiču korišćenja sredstava.

U članu 103 navedno je 9 različitih prekršaja, za koje se može izreći novčana kazna odgovornom licu u iznosu od 500.000 do 1.000.000 dinara. Zahtev za pokretanje prekršajnog postupka podnosi budžetska inspekcija, na svim nivoima vlasti (republički, pokrajinski, opštinski). Slaba strana ovog rešenja je što je to pravo pripisano samo budžetskoj inspekciji.

Što se tiče Fiskalnog saveta Republike, kao instrumenta održavanja i jačanja fiskalne discipline, on formalno gledano uživa visok stepen samostalnosti, nezavisnosti, pravnog subjektiviteta i materijalne autonomije. Njegove kompetencije se ipak najvećim delom svode na davanje saveta, ocena i mišljenja i to pre svega Narodnoj skupštini. Doduše, ocene koje o uočenim propustima u sferi fiskalne politike i u pogledu trošenja budžetskih sredstava iznese Fiskalni savet, po svojim političkim posledicama mogu imati daleko ozbiljniji i teži efekat nego puko pokretanje prekršajnog postupka.

UPOREĐIVANJE FISKALNE ODGOVORNOSTI DRŽAVA

Da li je stepen fiskalne odgovornosti država moguće meriti. Uprkos složenosti ovog zadatka, kao i nedovoljnosti parametara i analiza, na američkom Standfor univerzitetu je u martu 2011. godine učinjen takav pokušaj. Sprovedeno je istraživanje koje je obuhvatilo 34 razvijene države, pre svega članice OECD i države pripadnice tzv. BRIK grupe (Brazil, Rusija, Indija, Kina).²³ Autori su bili inspirisani činjenicom da mnoge suverene države pitanje fiskalne odgovornosti stavljaju visoko u red svojih prioriteta, ali da u teoriji i u međunarodnoj praksi ne postoji jednostavna, sveobuhvatna matrica za vrednovanje i upoređivanje fiskalne odgovornosti država. Sa namerom da oblikuju metodologiju za što objektivnijeg merenja i upoređivanja fiskalne odgovornosti država, oni su kombinovali različite parametre, odabrali originalne kriterijume i čak odredili nove izraze u fiskalnoj terminologiji. Tako su uveli pojam *fiskalnog prostora* (*fiscal space*), *fiskalnog puta* (*fiscal path*) i *fiskalnog upravljanja* (*fiscal government*).

Fiskalni prostor je shvaćen kao onaj slobodni prostor (procenat) za zaduživanje, koji postoji između sadašnjeg nivoa duga jedne države i onog koje je maksimalno moguće, a da ona ne upadne u finansijsku krizu. Tu je poenta bila da se tačno proceni "plafon" podnošljive zaduženosti za svaku državu, sa stanovišta visine njenog bruto nacionalnog proizvoda i ekonomske uspešnosti. *Fiskalni put* je definisan kao procenjeni vremenski period, to jest broj godina, koliko bi trebalo da protekne od trenutnog stepena, do maksimalnog stepena zaduženosti države u odnosu prema visini bruto nacionalnog proizvoda, a prema projektovanom kretanju njenih ekonomskih performansi, kao i budućih prihoda i rashoda. Ukoliko je dr-

²³ *Sovereign Fiscal Responsibility Index 2011*, Standfor University and the Comeback America Initiative, March 23 ,2011; http://www.tcaii.org/pdfs/SFRI_Final_Report_Executive_Summary.pdf, /25/07/2011/.

žava srednje zadužena, ali ima prilično uravnoteženi budžet, ona će daleko kasnije dostići taj trenutak gorke istine kada više ne sme povećavati javni dug, za razliku od države koja je danas vrlo nisko zadužena, ali čiji drug rapidno raste, jer će vrlo brzo preći taj svoj put, iza koga stoji finansijski ambis. *Fiskalno upravljanje* je definisano kao složeni kriterijum, to jest zbirna vrednost, u rasponu od 1 do 100, koja obuhvata ocenu kvaliteta usvojenih fiskalnih pravila, stvarnu transparentnost fiskalnih radnji i politike vlade, kao i faktičnu primenu fiskalnih propisa, procedura i vrednosti u posmatranoj godini. Reperna godina bila je 2010.

Na kraju je dobijena tabela finansijske odgovornosti, na kojoj su izlistane sve države, sa interesantnim podacima, koji su zanimljivi po svakom od ovih kriterijuma. Na primer, na prvom i drugom mestu, kao finansijski najodgovornije, našle su se vlade Australije i Novog Zelanda. Švedska je "zaslužila" četvrto, a Kina peto mesto na listi. Brazil je deseta, a Indija dvanaesta najodgovornija država u pogledu finansijske konkurentnosti. Norveška je "zauzela" 14. a Meksiko 18. mesto. Slovenija je jedina država sa prostora nekadašnje SFRJ koja je uopšte dospela na ovu listu i tu je razvrstana na visoko 20. mesto, čak za jednu stepenicu iznad susedne Austrije, koja je 21. Nemačka je tu na 25, a Belgija na 26. mestu. Finansijska odgovornost vlade SAD, u poređenju sa ostalim odabranim državama, ocenjena je prilično slabo, jer se ova država našla tek na 28-om, od ukupno 34 mesta. Japan se našao na 31. mestu, jer je njegov javni dug u 2010. godini dostigao dvostruku vrednost bruto nacionalnog proizvoda. Irska, Portugailija i Grčka, prema ovoj listi, predstavljaju finansijski najneodgovornije države među 34 ispitanih.

Naravno, može se postaviti pitanje sveobuhvatnosti ove analize, obima podataka koji su uzeti u obzir, kriterijuma po kojima su države ocenjevane i slično, ali je nedvosmisleno da su autori u velikoj meri bili oslonjeni na podatke uglednih međunarodnih insitucija i statističke izvore nacionalnih vlada. U velikoj meri oslonac su predstavljale specijalizovane publikacije MMF, a posebno "*Fiscal monitor*". Srbije, naravno, nema na toj listi istraženih, ali je interesantno da su se ranije procene "*Fiscal monitor*" koje su se ticale procene fiskalnih performansi i kretanja u Srbiji, pokazale tačnim u poslednje 3-4 godine, gotovo do u drugu decimalu.

ZAKLJUČAK

Zaoštravanje fiskalne odgovornosti postalo je opšte mesto državne politike gotovo svih savremenih zemalja. Ono je naročito postalo aktuelno posle izbivanja svetske finansijske krize. Vlade najvećeg broja zemalja uporno promovišu staro načelo da se za javne potrebe može trošiti samo onoliko koliko fiskalni "guber" dozvoljava, a ne kolike se želje korinsika. Međutim, u praksi znatan deo država u

tome ne uspeva. Ne samo male i nerazvijene države, već i pojedine sa najačom proizvodnjom ostaju razapete između političkih obećanja i ekonomskih mogućnosti koje dozvoljava državni budžet. Kriterijumi za procenjivanje fiskalne odgovornosti postali su sve sofisticiraniji, a instrumenti na kojima se ona gradi sve ujednačeniji i efikasniji. Odgovornost je osim političke, poprimila kako stručnu, tako i kaznenu dimenziju.

Posebno su države u tranziciji, zbog neuspeha da javnu potrošnju usklade sa obimom prikupljenih sredstava, bile primorane da fiskalnu odgovornost definišu zakonom i svedu na konkretnu odgovornost fizičkog ili pravnog lica, koje upravlja ili raspolaže budžetskim sredstvima. Tako je i Srbija, krajem 2010. godine, u skladu sa pravilima OECD, ali podstaknuta unutrašnjim razlozima i na traženje MMF, prihvatila da fiskalnu odgovornost reguliše zakonom, kao uslovom za dobijanje dodatnih sredstva za jačanje sopstvenog budžeta i markoeekonomske stabilnosti. Naravno, domaćoj javnosti i stručnim institucijama ostaje da prate, procenjuju i utvrđuju odstupanja i prekršaje na ovom planu. Međutim, ostaje otvoreno pitanje šta učiniti ukoliko i vlada i skupština odstupe od fiskalne politike i parametara koju su utvrdili, da bi izašli u suret naraslim interesima, zahtevima i volji građana. Skupštinu nije moguće pozvati na političku odgovornost, a vladajuće stranke tek će na izborima saznati kako birači ocenjuju njihovu odgovornost za upravljanje budžetskim sredstvima. Ipak, Srbija je prvi put na ozbiljniji način utvrdila legalne okvire, institucionalne pretpostavke i matematičke proporcije za procenjivanje fiskalne odgovornosti, bar u tekućem petogodištu. Put do njihove dosledne primene u praksi, a verovatno i do neopohodne korekcije, tek predstoji.

MARKO ČULIBRK, LL.D.,
General Director of "Ateks" a.d.,
President of the Assembly of Serbian Chamber of Commerce

FISCAL RESPONSIBILITY

Summary

Fiscal responsibility has become one of the topics all over the world. Not only the nations immersed in financial crisis, but even more the highly developed countries frequently and continuously debate on strengthening of fiscal accountability, transparency and fiscal rules enforcement.

Together with political responsibility, the government and its officials faced other forms responsibly, including those imposed by law. Many of countries resorted to the legal remedies with intention to limit and put under the control the unexpected growth of domestic public spending and internal debt. Advanced nations rather choose to implement the refined regulations then to invoke the law. For example, around 40 percent of emerging countries embedded a fiscal rule in Financial Responsibility Law – type legislation.

The percentage of advanced countries which have introduced fiscal responsibility by law hasn't overcome 20 percent. Serbia also, since the end of 2010, possesses the legal tools, together with normative rules and mathematic formulas for strengthening fiscal responsibility of the Government and its policy. In this article the experience of the ex-YU countries in the sphere of fiscal responsibility has been detailed, together with a description of Serbian way. In addition, we have exposed the newest attempts for exact theoretical measurement of the fiscal responsibility, and establishing of the list of the most responsible governments in the world, based on its assessed fiscal responsibility.

OPOREZIVANJE I OSNIVANJE INVESTICIONIH FONDOVA U SKLADU SA ODREDBAMA ZAKONSKIH PROPISA

INVESTICIONI FONDOVI U FORMI DRUŠTVA SA OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU

Odredbama Zakona o investicionim fondovima je uređeno da se određene vrste investicionih fondova mogu osnivati u formi društva sa ograničenom odgovornošću koje se osniva radi obavljanja određene delatnosti pod zajedničkim poslovnim imenom..

Društvo odgovara za svoje obaveze celokupnom imovinom koja je evidentirana u poslovnim knjigama i iskazana u finansijskim izveštajima kao imovina društva. Član društva sa ograničenom odgovornošću ne odgovara za obaveze društva, osim do iznosa neunetog¹ uloga u imovinu društva.

Glavna, redovna obaveza člana je da uplati ulog u osnovni kapital društva i ona je kongentne prirode za razliku od doplatne obaveze koja je dodatna, vanredna, uslovna i fakultativna obaveza.² Članovi društva sa ograničenom odgo-

Dr Radica Šipovac, docent Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad.

¹ Član. 104, Zakona o privrednim društvima "Sl. gl. RS" br. 125/04.

² Vitez, Miroslav: *Doplatna obaveza člana društva sa ograničenom odgovornošću*, Pravni život, broj 11, Beograd 2005. godine, Tom III, str. 119.

vornošću ne odgovaraju poveriocima društva, oni su samo obavezni da u imovinu društva unesu svoje uloge i snose rizik poslovanja društva do tog iznosa sredstava.

Društvo sa ograničenom odgovornošću u skladu sa novim odredbama zakona ne može imati ograničen broj članova, osnovni kapital se izražava u dinarima a upisani kapital se uplaćuje nakon registracije društva.

Prilikom osnivanja društva sa ograničenom odgovornošću, u skladu sa ranijim odredbama sačinjavao se ugovor³ kao evidencija potencijalnih poslovnih događaja između društva i banke, a ugovoreni novčani ulogi uplaćivani su na privremeni račun banke do upisa društva u registar. Novčani deo osnovnog kapitala društva na dan uplate iznosio je najmanje petstotina evra u dinarskoj protivvrednosti po srednjem kursu Narodne banke Srbije.

Prilikom osnivanja društva sa ograničenom odgovornošću donosi se osnivački akt a društvo može da ima i ugovor članova društva. Osnivački akt je formalni pravni akt, sačinjen u pisanom obliku koji sadrži zakonom propisane elemente.

Izmene zakona o privrednim društvima⁴ odnose se na odredbe o osnivačkom aktu i statutu, njihovim izmenama i ništavosti odredbi.

Delatnosti koje će obavljati društvo određuju se aktom o osnivanju, a oznake i nazivi delatnosti sadržani su u Zakonu o klasifikaciji delatnosti i o registru jedinica razvrstavanja⁵ s tim da ako se u osnivački akt unose i delatnosti za koje je potrebno prethodno pribaviti saglasnost, dozvolu ili drugi akt državnog organa, o tome se mora pribaviti traženi dokaz kako je to uređeno zakonom. Novim odredbama zakona uređeno je da društvo, preduzetnik i ogranak ima pretežnu delatnost a može obavljati i sve druge delatnosti uređene osnivačkim aktom, odnosno statutom društva.

Usvojeni novi zakonski propisi imaće odloženu primenu. Novi Zakon o privrednim društvima stupa na snagu februara 2012. godine a Zakon o tržištu kapitala počće da se primenjuje u novembru 2011. godine, odnosno nakon prestanka važenja odredbi Zakona o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata.

Donošenjem zakona o privrednim društvima vrednovani su međunarodni principi regulisanja, osnivanja i poslovanja privrednih subjekata u skladu sa zakonodavstvom (direktivama, model zakonima i dr.) Evropske unije. Odredba-

³ Carić Slavko: *Odnos između ugovora o osnivanju i drugih opštih pravila društva sa ograničenom odgovornošću*, Pravni život, Beograd 1993. godine, broj 9–10, str. 1240.

⁴ Zakona o privrednim društvima, "Sl. glasnik RS" 36/2011.

⁵ "Službeni list SRJ", broj 31/96...i 74/99. godine.

ma zakona propisano je da se zakonom uređuje pravni položaj privrednih društava, njihovo osnivanje, upravljanje, statusne promene, promene pravne forme i dr. Izmene se odnose na preciznije definisanje u privrednom društvu pojma imovine, neto imovine i osnovnog kapitala.

Za privatizaciju u našoj zemlji se može reći da je duga, spora i neefikasna. Posebnim odredbama Zakona o privatizaciji⁶, usvojenog 2010. godine, uređena su pojedinačna pitanja povećanja osnovnog kapitala i specifičnosti vlasničkog statusa nastalog tim povećanjem za privredna društva koja primenjuju postupak privatizacije. Odredbama ovog zakona uređeno je da ugovor o prodaji kapitala (imovine) treba da bude sačinjen od odredbi o načinu, oblicima i roku ulaganja kupca u privatizovano preduzeće, bez obzira da li je osnovni kapital uvećan dokapitalizacijom ili na drugi način, sa ciljem obavljanja registrovane delatnosti.

Važeći zakon o privrednim društvima je regulisao povećanje osnovnog kapitala i pitanja međusobnih odnosa članova u društvima lica (ortračkom i komanditnom). Norme kojima su uređena ova pitanja su dispozitivnog karaktera za razliku od imperativnih normi kojima su uređena pitanja društava kapitala. Imperativne odredbe su predviđene za društvo sa ograničenom odgovornošću i akcionarsko društvo a posebno su stroge za akcionarska društva koja trguju akcijama na finansijskom tržištu.

Novodonetim odredbama Zakona o privrednim društvima uređeno je da se ugovorom o osnivanju društva lica definišu pitanja raspodele dobiti kao i sva druga pitanja značajna za poslovanje ortračkog ili komanditnog društva, odnosno odredbe Zakona o privrednim društvima se primenjuju samo u slučajevima koji nisu predviđeni osnivačkim aktom društva.

Odredbama novog Zakona za društvo sa ograničenom odgovornošću su detaljno uređena pitanja povećanja osnovnog kapitala novim ulozima, pretvaranjem dobiti društva ili rezervi u osnovni kapital, konverzijom potraživanja, statusnim promenama ili pretvaranjem dodatnih uplata u osnovni kapital. Ukoliko se odluka o povećanju osnovnog kapitala ne donese na redovnoj godišnjoj skupštini, dobit neće ostati neraspoređena, odnosno odluka o raspodeli se može doneti, u toku godine na nekoj od vanrednih sednica skupštine, bez obzira da li je to dobit iz jedne ili je kumulirana iz više prethodnih godina. Osnov za donošenje odluke o raspodeli su godišnji finansijski izveštaji i izveštaji o poslovanju odobreni od strane revizora čije usvajanje ne utiče na prava članova društva sa ograničenom odgovornošću ukoliko se ispostavi da su prezentovani izveštaji pogrešno iskazani, odnosno netačni. Imperativne odredbe zakona u društvu sa

⁶ Zakon o privatizaciji, "Sl. gl. RS", br. 38/2001,.... i 30/2010.

ograničenom odgovornošću uređuju obavezno postojanje osnivačkog akta, jedan udeo po svakom članu, maksimalan broj članova, minimalni iznos kapitala prilikom osnivanja, pitanja registracije društva, odgovornost za obaveze i drugo. Ostale obaveze i međusobne odnose u društvu članovi uređuju slobodno.

OPOREZIVANJE DOBITI

Povećanje osnovnog kapitala društva pretvaranjem neraspoređene dobiti u osnovni kapital društva predstavlja povećanje osnovnog kapitala i ne podleže zakonskim propisima kojima je predviđeno oporezivanje. Ukoliko je društvo donelo odluku da se isplata dividende izvrši u udelima društva prilikom isplate dividende biće u obavezi da plati porez na dobit po odbitku. Povećanje osnovnog kapitala iz sredstava društva ne podleže obavezi plaćanja poreza pošto sredstva ostaju u društvu za razliku od postupka isplate dividendi ili učešća u dobiti.

Sa poreskog stanovišta raspodela dobiti u rezerve ili pretvaranje dobiti u osnovni kapital za vlasnike kapitala, ne predstavlja isplatu dividendi, već povećanje kapitala iz sredstava društva što ne podleže oporezivanju. Povećanje uдела vlasnika kapitala sa poreskog stanovišta uređeno je odredbama Zakona o privrednim društvima⁷ i ne smatra se isplatom dividende.

Odredbama Zakona o porezu na dohodak građana⁸ uređeno je da se na prihode od kapitala fizičkih lica obračunava i plaća porez po odbitku na ostvareni iznos kapitala primenom poreske stope (10%) na osnovicu koju čini ukupan iznos raspodeljene dividende. Ukoliko porez po odbitku ne obračuna i ne uplati isplatilac prihoda, fizičko lice kao poreski obveznik sam popunjava poresku prijavu i podnosi nadležnom poreskom organu obračun i vrši uplatu iznosa poreza na dohodak građana po odbitku na zarade ili drugu vrstu prihoda (iskazanu u obrascu) u skladu sa odredbama Zakona i pravilnika.

Plaćanje poreza po odbitku na prihode ostvarene u drugoj državi ili iz druge države,⁹ ima obveznik ostvarilac prihoda ukoliko isti ne uplati isplatilac prihoda, ne obračuna i ne isplati drugi isplatilac ili ukoliko je prihod ostvaren od lica za koje je zakonskim odredbama uređeno da nije obveznik obračunavanja i plaćanja poreza po odbitku. Primalac zarade ili drugog prihoda obavezan je da u roku od 15 dana, od dana primanja zarade ili prihoda, podnese poresku

⁷ Član 114. i član 254,6–260. Zakona o privrednim društvima, "Sl. glasnik RS" 36/2011.

⁸ Zakon o porezu na dohodak građana, "Sl. glasnik RS", broj 24/01,... i 18/2010.

⁹ Član 107. Zakonom o porezu na dohodak građana, "Sl. glasnik RS", broj 24/01,...i 18/2010.

prijavu o obračunatom i plaćenom porezu po odbitku. Ukoliko fizičko lice obveznik, ne podnese prijavu i ne uplati obračunati porez obračunava se kamata na dugovani porez po osnovu prihoda u skladu sa odredbama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji.¹⁰

U slučajevima kada je fizičko lice zaposleno kod inostranog poslodavca zakon¹¹ obavezuje plaćanje poreza na ostvareni dohodak, iz svih izvora osim onih koji su posebno izuzeti odredbama zakona. Ukoliko zbir zarada i ostalih prihoda prelazi propisani neoporezivi iznos podnosilac prijave podleže plaćanju godišnjeg poreza na dohodak građana. Treba naglasiti da prihodi ostvareni po osnovu kapitalnog dobitka i prihod od kapitala po osnovu dividendi i udela nisu predmet opozivanja ukupnim godišnjim porezom na dohodak građana.

Prihode koje ostvare fizička lica nerezidenti kod nerezidentnog pravnog lica, odnosno ako strano fizičko lice ostvari prihod obavljanjem delatnosti na teritoriji republike Srbije, a isplatilac pravno lice–nerezident nije osnovao stalnu poslovnu jedinicu na našoj teritoriji, nije u obavezi da obračuna i uplati porez po odbitku. Ukoliko fizičko lice obavlja rad za potrebe domaćeg pravnog lica, na teritoriji Republike Srbije i za svoj rad ostvaruje zaradu od inostranog poslodavca po osnovu zaključenog ugovora o radu, a zarada ne ide na teret stalne poslovne jedinice niti je period boravka duži od 183 dana (rezident) primanje ostvareno na taj način ne podleže odredbama ZPDG u Republici Srbiji.

Zakonom o porezu na dobit pravnih lica¹² uređeno je da se na isplaćenu dividendu, koju ostvaruju pravna lica rezidenti, ne obračunava i ne plaća porez po odbitku. Ovaj poreski oblik direktno utiče na iskazanu raspoloživu dobit preduzeća. U našoj zemlji se, kao i u većini tranzicionih država, primenjuje sistem delimične poreske integracije, odnosno prvo se opozuje dobit preduzeća porezom na dobit a zatim se nakon raspodele dividendi vrši opozivanje porezom na dohodak građana.

Zakonom o porezu na dobit pravnih lica je propisano postojanje poreskih olakšica u vidu poreskih kredita, poreskih oslobođenja i odlaganja poreske obaveze.

Poreski kredit umanjuje utvrđeni porez i može se ostvariti za uložene investicije za osnovna sredstva, za dobit ostvarenu u novoosnovanoj poslovnoj jedinici u nedovoljno razvijenim područjima i poreski kredit za novozaposlane radnike.

¹⁰ Član 75. stav 2. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, "Sl. glasnik RS", br. 24/01,...i 61/07. i čl. 107 ZPDG.

¹¹ Član 1. i 2. ZPDG.

¹² Zakon o porezu na dobit pravnih lica, "Sl. glasnik RS", 25/01, ... i 18/2010.

Pravo na poresko oslobađanje obveznik može da ostvari po osnovu ulaganja sredstava u sopstvenu registrovanu delatnost, odnosno priznaje mu se pravo na poreski kredit čiji obuhvat zavisi od razvrstavanja poreskog obveznika.

Za korišćenje investicionog poreskog kredita postoje ograničenja po osnovu ulaganja iz tekuće godine i na mogućnost otuđenja osnovnog sredstva (pre isteka roka).

Negativne osobine su im favorizovanje ulaganja u sredstva koja imaju kraći vek trajanja ili u vidu protivzakonitih radnji da se isto sredstvo više puta kupuje ili prodaje pa se samim tim i kredit češće ostvaruje. Kako bi se nedostaci otklonili ili ublažili trebalo bi zakonske odredbe urediti tako da se zabrani otuđenje nabavljenog osnovnog sredstva u određenom vremenskom intervalu.

Poreski podsticaji

Odredbama Zakona su predviđeni brojni poreski podsticaji, odnosno oslobađanja i olakšice od plaćanja poreza usled kojih se godišnje gubi i do pet odsto bruto društvenog proizvoda.

Poreski obveznik koji koristi poresku olakšicu, uštedena sredstva može da koristi u različite svrhe, pošto sredstva ostvarena poreskim oslobođenjem predstavljaju prihod kvalifikovanom poreskom obvezniku a manjak državnog budžetu.

Alokacija resursa izazvana poreskim oslobođenjem privlači preduzeća u one privredne grane gde je uređeno da se oslobođenje odnosi na prvih dve, tri ili pet godina poslovanja. Neretko se dešava da kada istekne period poreskog oslobođenja, poreski obveznik svoj kapital seli u drugi region ili državu gde sličnu olakšicu može ponovo da koristi.

Poresko oslobođenje može da bude uzrok smanjenom prilivu sredstava u budžet nezakonitom primenom transfernih cena, odnosno sredstva ostvarena u preduzeću koje podleže oporezivanju prebacuju se i iskazuju u preduzeću koje ima pravo na poresko oslobođenje, odnosno za vreme trajanja poreskog oslobođenja ne mogu koristiti oslobođenja po osnovu poslovnih gubitaka i poreske amortizacije

Predviđeno je “veliko”, poresko oslobođenje prilikom ulaganja sredstava u privredu Republike u trajanju od deset godina i “malo” poresko oslobođenje, u trajanju od pet godina, prilikom ulaganja na području od posebnog interesa za Republiku.

Pravni sistem Srbije definisao je ulaganja radi sticanja dobiti Zakonom o stranim ulaganjima, Zakonom o koncesijama, deviznom poslovanju i kreditnim poslovima sa inostranstvom, carinama, računovodstvu i reviziji i drugim zakonskim i podzakonskim aktima.

Neophodno je napomenuti da se poreska obaveza uopšteno, utvrđuje na osnovu pravne regulative koja je bila na snazi u vreme nastanka obaveze, odnosno u skladu sa odredbama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji poreska obaveza se utvrđuje na osnovu poreskih propisa koji su bili na snazi u vreme nastanka obaveze, osim ako je za pojedine odredbe uređeno da imaju povratno dejstvo. Kako bi se materijalni propisi (poreski) mogli primeniti na konkretne slučajeve propisuju se opšta pravna pravila-načela u čijim granicama se postupak vodi a na radnje u postupku primenjuju se propisi koji su u to vreme nadležni.

AKCIONARSKA DRUŠTVA

Imperativnim odredbama novog Zakona uređeno je da se osnovni kapital akcionarskog društva može povećati, na osnovu odluke skupštine društva i to novim ulozima, uslovnim povećanjem, povećanjem iz neraspoređene dobiti i rezervi društva raspoloživih za povećanje osnovnog kapitala (povećanje iz neto imovine) i kao rezultat statusne promene. Ukoliko se osnovni kapital povećava novim ulozima odredbama zakona je uređena mogućnost konverzije potraživanja u kapital. Zakonodavac novim odredbama nije predvideo konverziju potraživanja kod javnih akcionarskih društava, odnosno kod kojih se ove odredbe izričito isključuju.

Povećanje osnovnog kapitala je dozvoljeno uz uslovno pridržavanje i poštovanje ograničenja ostvarivanja određenih prava u vidu: imalaca zamenljivih obveznica na konverziju u akcije društva, imalaca varanta, ostvarivanje prava zaposlenih na kupovinu akcija društva i sprovođenje postupka statusne promene.

Inoviranim odredbama Zakona o privrednim društvima¹³ usvojenog 2011. godine, uređeno je da se povećanje osnovnog kapitala društva vrši u skladu sa odredbama osnivačkog akta i odluke skupštine o raspodeli dobiti. Odlukom se može predvideti mogućnost da se deo dobiti može izdvojiti za povećanje osnovnog kapitala, pretvaranjem dobiti u osnovni kapital, što direktno utiče na povećanje udela članova (akcionara) u skladu sa njihovim procentualnim uče-

¹³ "Sl. gl. RS", br. 36/2011.

šćem u osnovnom kapitalu društva. Istom odlukom se može urediti i usmeravanje dela dobiti u statutarne rezerve sa određenom namenom (za povećanje osnovnog kapitala ili za otkup sopstvenih udela ili akcija).

Zakon o privrednim društvima je propisao pretežno imperativnim odredbama postupak pretvaranja neraspoređene dobiti u osnovni kapital, zatim sadržinu i način donošenja odluke skupštine o povećanju kapitala. Istim zakonskim odredbama je uređeno i donošenje odluke o izdavanju akcija po osnovu povećanja kapitala, obaveza vršanja revizije finansijskih izveštaja, postupak registracije i izveštavanja nadležnih organa i sl.

Otvoreno akcionarsko društvo pretvaranje neraspoređene dobiti u osnovni kapital, do početka primene odredbi Zakona o tržištu kapitala, vrši u skladu sa odredbama Zakona o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata, odnosno primenjuju se odredbe koje se odnose na postupak emitovanja akcija bez prospekta i javne ponude. Otvoreno akcionarsko društvo primenjuje odredbe, istog zakona, o upisu akcija u Centralni registar hartija od vrednosti i uključivanju akcija na organizovano tržište.

Novim odredbama Zakona o privrednim društvima ukinuta je podela na otvorena i zatvorena akcionarska društva, pravna forma nije uslovljena brojem akcionara, obavezno postojanje osnivačkog akta i statuta, osnovni kapital se izražava u dinarima (tri miliona), jedinstvena evidencija akcionara u Centralnom registru i dr.

Odredbama Zakona o investicionim fondovima je uređeno da se društvo za upravljanje investicionim fondovima može organizovati u vidu zatvorenog akcionarskog društva a na njegovo poslovanje primenjuju se odredbe zakona kojima se uređuju privredna društva, ako ovim ili nekim drugim zakonom nije drugačije određeno.

Definicija¹⁴ društva sa ograničenom odgovornošću data je u zakonu kao privredno društvo koje osniva jedno ili više pravnih i/ ili fizičkih lica u svojstvu člana društva, radi obavljanja delatnosti pod zajedničkim imenom. Društvo sa ograničenom odgovornošću samostalno istupa u pravnom prometu i ima svoju imovinu. Za obaveze društvo odgovara celokupnom imovinom koja je odvojena od imovine članova društva tj. član društva ne može raspolagati imovinom društva kao da je njegova lična imovina.

Za obaveze društva član društva odgovara samo do visine osnivačkim aktom preuzete obaveze neunetog uloga u društvo. Imovinu društva čini pravo svojine i druga prava koja društvo ostvaruje na osnovu uloga ili prava koja je steklo poslovanjem.

¹⁴ Član 104, Zakon o privrednim društvima, "Sl. gl. RS", br. 125/04.

U knjigovodstvenom smislu imovina društva je aktiva iskazana u bilansu stanja (neuplaćeni upisani kapital, nematerijalna ulaganja, nekretnine, postrojenja, oprema, biološka sredstva, učešća u kapitalu drugih pravnih lica, dugoročni finansijski plasmani, zalihe novca i novčani ekvivalenti, potraživanja itd.).

Prilikom osnivanja društva prva imovina se sastoji od uloga osnivača a poslovanjem imovina menja svoj oblik. Na kraju obračunskog perioda poslovanjem društva ostvaruju se dobitak ili gubitak koji uslovljavaju povećanje ili smanjenje imovine. Promena vrednosti imovine društva ne utiče na promenu u visini udela članova društva koja je uređena Zakonom.

Unošenjem uloga u društvo član stiče udeo u društvu koji je srazmeran sa vrednošću uloga. Unošenjem uloga u društvo, ulog prestaje da bude imovina osnivača i postaje imovina društva. Član društva nema pravo na povraćaj uloga niti pravo na kamatu po osnovu uloga u društvo. Pošto je član društva po osnovu uloga stekao udeo, koji je njegova lična imovina, on sa tom imovinom može slobodno da raspolaže. Ukoliko udeo proda društvu, plaćanje članu od strane društva ne smatra se povraćajem uloga.

ZAKON O POREZU NA DOBIT PRAVNIH LICA

Novim odredbama zakona promena pravne forme privrednih društava izvršene su minimalno a statusne promene društva u potpunosti su usklađene sa zakonodavstvom Evropske unije. Statusne promene su urađene generalno i društvo koje se reorganizuje prenosi imovinu i obaveze a njegovi članovi u tom društvu stižu udele, odnosno akcije.

Odredbama Zakona o porezu na dobit¹⁵ uređeno je da se dobit obveznika u toku postupka stečaja utvrđuje kao pozitivna razlika imovine obveznika na kraju i na početku postupka. Dobit utvrđena u poreskom bilansu podleže opozivanju. Odredbama Zakona takođe je uređeno da period za koji se utvrđuje osnovica poreza treba da odgovara stvarnom vremenskom periodu trajanja postupka stečaja, s tim što ne može biti duži od jedne godine. Preduzeća koja imaju obavezu sastavljanja poreskog bilansa na obrascu PB, u skladu sa Zakonom i Pravilnikom, na osnovu evidencija iz računovodstva, unose podatke bitne za utvrđivanje dobiti dužnika, što podrazumeva i iskazivanje nastalih kapitalnih dobitaka ili gubitaka u poreskom bilansu.

¹⁵ Zakon o porezu na dobit pravnih lica, "Službeni glasnik RS", 25/01, 80/02, 43/03, 84/04 i 18/2010. godine.

Zato je bitno da se, u zakonom propisanom roku, podnese nadležnoj filijali Poreske uprave prijava i poreski bilans kako bi mogao da se utvrdi i prijavi eventualni dug po osnovu poreza na dobit preduzeća.

Porez na dobit pravnih lica predstavlja jedan od novijih poreskih oblika a primenjuju ga mnoge zemlje u svojim poreskim sistemima. Visina stope poreza na dobit se razlikuje od zemlje do zemlje, postoje razlike u visini poreskih zahvatanja u evropskim zemljama, koje su uslovljene mnogim faktorima. Stope poreza na dobit u Zemljama Centralne i Istočne Evrope i nekim "starim" zemljama Evrposke unije pokazuju tendenciju opadanja u poslednjih deset godina. Raspon se kreće između najnižih stopa poreza od 9% u Crnoj Gori, 10% u Srbiji¹⁶ i 12,5% u Irskoj do najviše od 38,31% u Nemačkoj. Sniženje stopa poreza na dobit doprinosi bržem i efikasnijem sprovođenju postupka stečaja ali i privlačenju investitora.

INVESTICIONI FONDOVI U FORMI AKCIONARSKOG DRUŠTVA

Investicioni fondovi se mogu osnivati u formi otvorenih ili zatvorenih akcionarskih društava kao i u formi privatnih investicionih fondova.

Privredno društvo osnovano kao DOO može da menja svoju pravnu formu i postaje zatvoreno akcionarsko društvo ukoliko je ispunilo uslove propisane odredbama Zakona o privrednim društvima.¹⁷ Mogućnost transformacije društva sa ograničenom odgovornošću u zatvoreno akcionarsko društvo je bitna promena pravnog oblika organizovanja koja spada u materiju koja se izučava u teoriji investicionih fondova.

Akcionarsko društvo može osnovati jedno ili više pravnih ili fizičkih, domaćih ili stranih lica u svojstvu akcionara radi obavljanja određene delatnosti, koristeći zajedničko poslovno ime, čiji je osnovni kapital utvrđen i podeljen na akcije. Akcionarsko društvo može da osnuje jedno ili više lica (jednočlano i višočlano) sačinjavanjem ugovora o osnivanju.

Podela akcionarskih društva na otvorena i zatvorena je najnovijim odredbama Zakona o privrednim društvima ukinuta. Podelu možemo nastaviti na akcionarska društva koja se kotiraju na berzi i društva koja se ne kotiraju na berzi.

¹⁶ Zakon o porezu na dobit preduzeća, "Službeni glasnik RS", broj 25/2001, 80/2002, 43/2003 i 84/2004. godine, član 39, poreska stopa smanjena na 10%.

¹⁷ Član 104. Zakona o privrednim društvima.

Predviđena su dva obavezna akta: osnivački akt i statut. Statut akcionarskog društva bliže uređuje upravljanje i rad društva nakon osnivanja, sačinjava se u pisanoj formi i proizvodi pravno dejstvo prema akcionarima od dana njegovog donošenja, ako donetim osnivačkim aktom nije drugačije određeno. Akcionarsko društvo odgovara za svoje obaveze celokupnom imovinom koja je evidentirana u poslovnim knjigama i iskazana u finansijskim izveštajima kao imovina društva. Član društva – akcionar ne odgovara za obaveze društva, osim do iznosa ugovorenog a neunetog uloga u imovinu društva.

Akcionarsko društvo se smatra otvorenim ako akcionari – osnivači objave javni poziv u sredstvima informisanja za upis i uplatu akcija u vreme osnivanja društva, u stvari ako javni poziv uputi društvo nakon postupka osnivanja.

Institut sticanja sopstvenih akcija predstavlja postupak u kome akcionarsko društvo od fizičkih i pravnih lica (akcionara), otkupljuje i dolazi u posed, u stvari ulazi u vlasništvo nad akcijama koje je samo emitovalo.

U tržišnim ekonomijama razvijenih zemalja postupak sticanja sopstvenih akcija se primenjuje u skladu sa pravnim pravilima konkretne kompanije i zemlje u kojoj ona posluje.

Institut sticanja sopstvenih akcija u našoj zemlji, uređen je odredbama Zakona o privrednim društvima (novim odredbama zakona precizirani su uslovi sticanja sopstvenih akcija) u skladu sa kojom su sopstvene akcije one akcije koje društvo stiče od svojih akcionara tj. one akcije koje je društvo samo emitovalo. Odredba zakona se odnosi i na druge hartije od vrednosti koje je akcionarsko društvo izdalo ali i na njih se odnosi klauzula da se mogu sticati, isključivo, od vlasnika tih hartija od vrednosti, direktno ili indirektno. Metodologija sticanja ili otuđivanja akcija uređena je osnivačkim aktom društva i odredbama Zakona o privrednim društvima.¹⁸

OPOREZIVANJE DRUŠTVA LICA I DRUŠTVA KAPITALA

U savremenim fiskalnim sistemima tržišno orijentisanih privreda opšte je u primeni princip oporezivanja privrednih subjekata kao pravnih lica. Oslanjajući se na rešenja iz građanskog prava ovaj koncept poznaje dve situacije:

– u slučaju da preduzeće nema status pravnog lica i da je registrovano kao preduzetnik, preduzeće i njegov vlasnik smatraju se celinom, pa profit koji se ostvari obavljanjem delatnosti oporezuje se porezom na dohodak građana.

¹⁸ Član 230–231, Zakona o privrednim društvima.

– u drugoj situaciji pravno lice je u formi društva kapitala gde ekonomska snaga pravnog lica nije zavisna od ekonomske snage njenih članova i oporezuje se porezom na dobit korporacija.

Zakonska regulativa zemalja Evropske unije poznaje četiri forme trgovačkih društava: dva društva lica i dva društva kapitala. Iste pravne forme društava poznaje regulativa Mađarske, Slovenije, Poljske, Češke i drugih evropskih zemalja. Zakonska regulativa Jugoslavije iz 1937. godine, je odredbama koje sadrži Trgovinski zakon postavila osnove akcija i akcionarstava a u kontinuitetu i investicionih fondova koji se danas, kad je usvojen Zakon o investicionim fondovima, osnivaju kao akcionarska društva (otvoreni i zatvoreni) i društva sa ograničenom odgovornošću (privatni).

Za koji će se organizacioni oblik privrednog društva osnivač odlučiti, između četiri ponuđene forme, u prvom redu zavisi od osobina okruženja i komparativnih prednosti.

Društva lica, odnosno, ortačko i komanditno društvo su preduzeća sa više vlasnika ili ortaka, koji odgovaraju za poslovanje celokupnom svojom ličnom i poslovnim imovinom.

Društva kapitala, osnovana kao akcionarska društva i društva sa ograničenom odgovornošću, su preduzeća kod kojih vlasnici odgovaraju za poslovanje samo svojom poslovnim imovinom, kupljenim udelima ili akcijama.

Obavljanje određene privredne delatnosti retko se gde među evropskim zemljama može vezati posebnim zakonom za organizacioni oblik društva lica, čijim propisima je uređena neograničena odgovornost ortaka. I upravo zbog neograničene odgovornosti ortaka, prilikom izbora organizacionog oblika privrednog društva više je naglašena orijentacija na osnivanje društva kapitala, gde postoji ograničena odgovornost osnivača i članova privrednog društva i akcionara za rizik poslovanja. Jedan od principa je i princip slobode izbora tipa privrednog društva. Zakonom o privrednim društvima uređena je jedinstvena regulativa formi privrednih društava, bez obzira na svojinski oblik, izbegava se favorizacija ili nejednak tretman različitih svojinskih oblika, koji se klasifikuju u skladu sa statusom članova i akcionara i prirodi investiranoj kapitala u akcije ili udele. Status privrednog društva se određuje u zavisnosti da li obavljaju ili ne delatnost od opšteg interesa.

Grupa društva kapitala iskazuje se kroz dve pravne forme: akcionarska društva i društava sa ograničenom odgovornošću.

Globalizacija, monetarne integracije (prelazak evropskih zemalja na evro) i nove informatičke tehnologije doprinose povećanju transparentnosti i smanje-

nju transakcionih troškova na tržištu kapitala. Svi ovi procesi, globalizacija koja u sebi sadrži i libelarizaciju, uticali su na smanjenje i rušenje različitih barijera nacionalnih tržišta. Efekte i prednosti ovih promena primenile su banke i multinacionalne kompanije.

Fizička lica – obični građani dobili su mogućnost da se uključe u savremene finansijske tokove i svoje ponekad beznačajne sume novca ulože u hartije od vrednosti.

ULOZI I UDELI U DOO

Odredbama Zakona o investicionim fondovima je uređeno da se društvo za upravljanje investicionim fondovima može organizovati u vidu zatvorenog akcionarskog društva a na njegovo poslovanje primenjuju se odredbe zakona kojima se uređuju privredna društva, ako ovim ili nekim drugim zakonom nije drugačije određeno.

Ulozi u društvo uplaćuju se u skladu sa osnivačkim aktom a mogu biti novčani i nenovčani, u izvršenom radu i pruženim uslugama društvu i ne moraju biti jednake vrednosti. Član društva sa ograničenom odgovornošću može imati jedan udeo u osnovnom kapitalu društva koji stiče srazmerno vrednosti uloga a može imati i više udela koji se spajaju i čine jedan udeo. Na osnovu visine udela članovi društva sa ograničenom odgovornošću ostvaruju pravo glasa kao i imovinska prava prema društvu uključujući i učešće u dobiti i raspodeli likvidacionog viška.

Udeli u društvima sa ograničenom odgovornošću su prava koja kao protivvrednost uloženom kapitalu pripadaju članovima društva. Ta prava predstavljaju deo kapitala društva i ona, odnosno njihov obim, determinišu ovlašćenja članova društva.

Udeli predstavljaju iznose koje članovi ulažu u osnovni kapital društva, (koji se sada izražava u dinarima) jednokratno ili sukcesivno, odnosno predstavljaju pojedinačno procentualno iskazan iznos učešća člana društva u osnovnom kapitalu.

Udeo predstavlja zbir pojedinačnih potvrda izdatih na ime prilikom ulaganja članova u osnovni kapital društva, odnosno iznos udela treba da je procentualno određen i srazmeran sa sumom (visinom uloga članova) u osnovni kapital društva.

FISKALNI TRETMAN INVESTICIONIH FONDOVA

Pod fiskalnim tretmanom investicionih fondova podrazumeva se, usvojenom zakonska regulativa neke zemlje kojom se postiže izbegavanje u poreskom zakonodavstvu ekonomskog dvostrukog oporezivanja dohotka fonda i dohotka ulagača uz pojedinačne fiskalne olakšice.

Prema vrsti i načinu organizacije investicioni fond nije pravno lice i u skladu sa odredbama Zakona,¹⁹ ne podleže plaćanju poreza na kapitalnu dobit. Definicija kapitalne dobiti data je u članu 27. Zakona i kapitalnim dobitkom se smatra prihod koji obveznik ostvari prodajom udela u imovini pravnih lica, akcija i ostalih hartija od vrednosti a izuzimaju se obveznice Republike Srbije emitovane po osnovu zajma za privredni razvoj i devizne štednje građana, državnih zapisa Republike i zapisa Narodne banke Srbije.

U slučaju da investicioni fond kupi hartije od vrednosti i proda ih kasnije po višoj ceni, na ostvarenu razliku nije obveznik plaćanja poreza. U suprotnom slučaju, investitor koji kupi udeo u investicionom fondu jeste poreski obveznik i obaveze plaćanja poreza izvršava u skladu sa poreskim zakonodavstvom zemlje u kojoj posluje. Ukoliko investitor poreski obveznik, u našoj zemlji, izvrši prodaju udela i ostvari veću prodajnu cenu od nabavne, utvrđuje kapitalni dobitak, a u slučajevima kada je prodajna cena manja od nabavne, utvrđuje kapitalni gubitak. Prodajnom cenom smatra se ugovorena cena ili tržišna cena koju utvrđuje nadležni poreski organ, u slučajevima kada utvrdi da je ugovorena cena niža od tržišne. Prilikom utvrđivanja kapitalnog dobitka kao ugovorena tj. tržišna cena uzima se cena bez poreza na prenos apsolutnih prava.²⁰

Utvrđivanje nabavne cene uređuju odredbe Zakona, posebno za hartije od vrednosti koje se kotiraju na berzi i za hartije od vrednosti koje se ne kotiraju na berzi.

Poreski aspekti kupovine i prodaje akcija uređeni su odredbama Zakona o porezima na imovinu²¹, Zakonom o porezu na dobit pravnih lica²², Zakonom o porezu na dohodak građana²³ i Zakonom o porezu na dodatu vrednost.²⁴

¹⁹ Zakon o porezu na dobit preduzeća, "Sl. gl. RS", broj 25/01..... i 84/04.

²⁰ Član 28. Zakona o porezima na imovinu, "Sl. glasnik RS", broj 26/01, 45/02, 80/02, 135/04, 61/07 i 5/2009.

²¹ "Sl. glasnik RS" broj 26/01, 135/04 i 5/09.

²² "Sl. glasnik RS" broj 25/01, 84/04 i 18/2010. godine.

²³ "Sl. glasnik RS" broj 24/01, i 10/07 i 18/2010

²⁴ Zakon o porezu na dodatu vrednost, "Sl. glasnik RS", broj 84/04, 86/04, 135/04, 61/05 i 61/07.

Računovodstveno obuhvatanje poslovanja akcijama kao hartijama od vrednosti uređeno je Zakonom o računovodstvu i reviziji²⁵ i propisima donetim na osnovu tog zakona a u skladu sa Međunarodnim računovodstvenim standardima (MRS) i Međunarodnim standardima finansijskog izveštavanja (MSFI).

Promet hartija od vrednosti na finansijskim tržištima uređen je Zakonom o porezu na dodatu vrednost i ne plaća se u prometu novca i kapitala prilikom poslovanja i posredovanja u poslovanju akcijama, udelima u društvima i udruženjima, obveznicama i drugim hartijama od vrednosti, osim poslovanja koje se odnosi na čuvanje i upravljanje hartijama od vrednosti.

Poresko izveštavanje i poreska harmonizacija

Finansijsko izveštavanje u zemljama Evropske unije je uređeno posebnim direktivama i to IV, VII i VIII. Četvrta Direktiva Saveta EZ, od 25. jula 1978. godine, obuhvata finansijske izveštaje prezentovane u godišnjim računima određenih pravnih formi privrednih društava zasnovana na članu 54. Ugovora (78/660/EEZ).

Ako uzmemo u obzir da je strateški cilj Srbije punopravno članstvo u Evropskoj uniji, da bi to ostvarili neophodna je harmonizacija sveukupnih odnosa, ujednačavanje i približavanje naše poreske politike sa poreskom politikom Evropske unije, kao i harmonizacija poreza i poreskih stopa. Poreska harmonizacija se definiše kao proces uklanjanja poreskih prepreka između država članica Evropske unije, kao i razlika u njihovim poreskim sistemima.

Proces harmonizacije neposrednih poreza teče dosta usporeno. Od harmonizacije poreza na dohodak građana se odmah odustalo, dok su u oblasti poreza na dobit korporacija usvojene dve direktive.

Neposredni porezi predstavljaju značajan instrument javnih prihoda i sredstvo ekonomske politike države i zato ga se države članice nerado odriču. Liberalizacija tokova kapitala na unutrašnjem tržištu Evropske unije kao i poreska konkurencija među državama članicama jačaju ekonomsku potrebu za daljim usklađivanjem poreza, tako da harmonizaciju neposrednih poreza svrstavaju među političke ciljeve od prioritetnog značaja.²⁶

²⁵ "Sl. glasnik RS", broj 46/06.

²⁶ Đorđević, Dragomir; Tešić, Aleksandra: *Proces harmonizacije poreza u Evropskoj uniji*, Privredni savetnik, Beograd 2007. godine, broj 11, str. 132.

Nejednake poreske politike i unutar njih nejednake poreske stope zemalja članica Evropske unije različito utiču i pokreću mnoge procese kao seljenje kapitala, investicije, ulaganja i sl.

Ekonomske aktivnosti se odvijaju između različitih država i kontinenata. Kretanja kapitala, tehnologija i ljudi uzrokovali su različite finansijske transakcije koje predstavljaju različite osnove za nastanak poreske obaveze.

Međunarodno dvostruko oporezivanje se manifestuje kao pravno dvostruko oporezivanje, ekonomsko dvostruko oporezivanje i u obliku fenomena sličnih dvostrukom oporezivanju. Dvostruko oporezivanje, u pravnom smislu, postoji u slučajevima kada se ono dešava istom poreskom obvezniku. Treba imati u vidu, da se identičnost poreskog obveznika odnosi na zakonskog, a ne na faktičkog obveznika. Dvostruko oporezovanim se smatra samo onaj subjekt koji je stvarno pogođen porezom, a ne onaj koji je zakonom obavezan da porez plati.²⁷

Treba razlikovati dvostruko oporezivanje od ekonomskog dvostrukog oporezivanja, koje se manifestuje u različitom poreskom tretmanu raspodeljenog i akumulisanog dela dobiti.²⁸

Član društva ne može raspolagati imovinom društva kao da je njegova lična, pošto uzimanje iz imovine i korišćenje usluga privrednog društva od strane vlasnika za njihove privatne potrebe smatra se prihodom od kapitala.

Zakon o porezu na dobit je poslednjim izmenama i dopunama nastavio proces izgradnje pravednog i podsticajnog sistema oporezivanja dobiti. Kako bi se postigla jedinstvenost sistema u zemlji i kompatibilnost sa sistemima EU izvršena su usklađivanja zakonskih propisa.

Kako bi se povećala ulaganja a istovremeno razvijalo tržište kapitala ukinut je porez po odbitku na isplaćene dividende i udele u dobiti za rezidentne obveznike a za prihode koje ostvari nerezidentni obveznik zadržana je poreska obaveza²⁹

Oporezivanje hartija od vrednosti podleže sledećim zakonskim propisima: Zakon o porezu na dodatnu vrednost; Zakon o porezima na imovinu; Zakon o porezu na dobit pravnih lica i Zakon o porezu na dohodak građana.

Odredbama Zakona o PDV uređeno je da se ovaj porez ne plaća u prometu novca i kapitala.

²⁷ Popović, Dejan: *Nauka o porezima i poresko pravo*, Institut Otvoreno društvo/Institut za ustavnu i zakonodavnu politiku, 1997. godine.

²⁸ Šipovac, Radica: *Ekonomsko dvostruko oporezivanje*, Pravni život, br. 10/2002. god.

²⁹ Ukoliko je potpisan međunarodni ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja i ako njime nije drugačije predviđeno.

Uvođenjem poreskih oslobođenja plaćanja PDV³⁰ omogućeno je stvaranje povoljnijeg ambijenta za investiranje u zemlji kroz smanjenje obaveza prilikom realizacije investicionih projekata iz oblasti infrastrukture koji se finansiraju iz sredstava zajma ili kredita, čije vraćanje garantuje država.

Poresko oslobođenje na promet dobara i usluga odnosi se na sačinjene ugovore o kreditu, odnosno zajmu za koje je uređen poseban postupak, ako je tim ugovorima predviđeno da se iz dobijenih novčanih sredstava neće plaćati troškovi poreza.

ZAKLJUČAK

Funkcionisanje svakog sistema zavisi od postavljenosti njegovih delova. Tako je i sa regulativom koja čini pravni i poreski sistem naše zemlje. Reforme zakonodavstva u Srbiji, odnosno izmene regulative kojom je uređeno, osnivanje, poslovanje i oporezivanje akcionarskih društava i društava sa ogranišenom odgovornošću vrše se sa težnjom pristupanja Evropskoj Uniji i usklađivanja naših pravnih pravila sa regulativom EU.

RADICA ŠIPOVAC, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
Business Academy, Novi Sad

TAXING AND SETTING UP INVESTMENT FUNDS IN ACCORDANCE WITH LEGAL REGULATIONS

Summary

The functioning of every system is dependent on how its parts are set. The same applies to the regulation on which the legislative and tax systems in our country are based. Legislative reforms in Serbia, in other words adjustments to the regulation pertaining to establishing and managing public limited companies and limited companies, are implemented with the aim to improve the system, aid in the process of joining the EU and adjust our law with EU regulations.

³⁰ Zakon o PDV član 24. i Pravilnik o načinu i postupku ostvarivanja poreskih oslobođenja kod PDV sa pravom i bez prava na odbitak prethodnog poreza, "Sl. gl. RS", br. 112/06, sa stupanjem na snagu 23. decembra 2006.

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo

Justice and Law

La Justice et le Droit

PRAVO I ODGOVORNOST – II tom

LAW AND RESPONSIBILITY – Vol. II

Druga katedra

Secon Department

PRAVO NA SLOBODU

RIGHT TO FREEDOM

2. Sloboda ličnosti

Freedom of Personality

Slobodan Panov

Pojam i pravne posledice preljube

Concept and legal consequences of adultery 5

Lydia Neves Bastos Telles Nunes

Some considerations about Brazilian experiences in alimony
obligation

Neka razmatranja brazilskih iskustava o obavezi izdržavanja 29

Nevena Vučković-Šahović

Zakon o pravima deteta

Law on the rights of the child 35

<i>Tatjana Devjak</i>	
Pravo deteta do participacije u procesu vaspitanja i obrazovanja u vrtiću The child's right to participation in the proces of education in kindergarten	53
<i>Olga Jović</i>	
Religijski identitet deteta The religious identity of the child	63
<i>Nadežda Ljubojev</i>	
Oblici zanemarivanja deteta u porodici i njihove posledice Forms of child neglect in the family and their consequences	79
<i>Alenka Polak</i>	
Škola kao prostor saznavanja, poštovanja i poučavanja prava deteta The school as a space of perception, respectation and teaching of children's rights	91
<i>Melanija Jančić</i>	
Evropski sud za ljudska prava – prikaz slučajeva u vezi sa diskriminacijom na osnovu seksualne orijentacije The European court of human rights	101
<i>Uroš Novaković</i>	
Najbolji interes deteta – zajedničko vršenje roditeljskog prava Best interest of the child – joint custody	115
3. Upravno-pravna zaštita slobode	
<i>Administrative-Law Protection of Freedom</i>	
<i>Zehra Odyakmaz</i>	
Administration's responsibility in terror incidents Odgovornost države za štetu prouzrokovanu terorističkim aktivnostima	137
<i>Borče Davitkovski,</i> <i>Dragan Gocevski</i>	
Legal mechanisms for protection/non protection against mobbing in the public sector in Macedonia Pravni mehanizmi zaštite/nezaštite protiv mobinga u javnom sektoru u Republici Makedoniji	171

<i>Dragan Vasiljević</i> <i>Dobrosav Milovanović</i>	
Osnovna načela u postupanju policije Basic principles in police conduct	183
<i>Gregor Virant</i>	
Pravni režim selekcije najviših rukovodećih državnih službenika The legal regime of selection of the highest-ranking civil servants	79
<i>Ljubodrag Pljakić</i>	
Primena ZUP-a u gradnji i legalizaciji objekata Implementation of the law on administrative procedure in the construction and legalization of facilities	217
<i>Jelena Ivanović</i>	
Vanredno ukidanje rešenja u upravnom postupku Extraordinary rescinding of an order in an administrative procedure	229
<i>Srećko Devjak</i> <i>Jože Benčina</i>	
Uvod OECD smernica za korporativno upravljanje društvima u državnom vlasništvu u zemljama u tranziciji The implementation of guidelines of the OECD for corporate governance of state-owned enterprises in transition countries . . .	241
<i>Nevenka Bačanić</i>	
Zakon o upravnim sporovima i upravna stvar The law on administrative disputes and administrative matter . . .	251
<i>Zoran Lončar</i>	
Usmena rasprava u upravnom sporu The verbal hearings in administrative dispute	265
<i>Polonca Kovač</i>	
Ćutanje uprave između zaštite prava stranaka i javnog interesa Administrative silence between protection of rights of parties and public interest	279
<i>Ana Pavlovska-Daneva,</i> <i>Elena Davitkovski</i>	
The Principles within the European Administrative Space Principi evropskog upravnog prostora	289
	985

<i>Aleksandra Rabrenović</i>	
Depolitizacija rukovodeće strukture državne uprave Srbije Depolitisation of senior civil service in Serbia	307
<i>Marko Davinić,</i> <i>Igor Todoroski</i>	
Elektronska uprava u Republici Srbiji E-government in the Republic of Serbia	325
<i>Zorica Vukašinović-Radojičić</i>	
Načela rada službenika u institucijama Evropske unije The standards of public official's status in the European union institutions	337
<i>Zorica Urošević</i>	
Normativna ovlašćenja grada i rad komunalne policije	351
<i>Mihovil Škarica</i>	
Djelokrug lokalne samouprave u Republici Hrvatskoj u kontekstu decentralizacijskih reformi i načela supsidijarnosti Functions of local self-government in Croatia in the context of decentralization reforms and the principle of subsidiarity	367

Treća katedra

Third Department

PRAVO NA IMOVINU

RIGHT TO PROPERTY

A. Kodifikacije

Codification

Gale Galev,

Jadranka Dabović-Anastasovska,

Neda Zdraveva,

Nenad Gavrilović

Predmet i metod građanskog prava kao osnovne determinante i vodilje u pripremi i izradi Građanskog zakonika Republike Makedonije The subject-matter and the method of the civil law as basic determinants and chief guidelines for drafting and preparation of the Civil Code of the Republic of Macedonia	387
---	-----

Emilija Stanković

- Uticaj rimskog prava na kodifikacije građanskog prava
The influence of roman law in the codification of civil law 403

Nina Kršljanin

- Kolektivna odgovornost u Dušanovom zakoniku
Collective responsibility in Dushan's code 413

Angel Ristov

- Evropski građanski zakonik – utopija ili realnost
European Civil Code – wishful thinking or reality 429

B. Svojina

Ownership

1.a. Svojina i druga stvarna prava

Ownership and other property rights

Petar Simonetti

- Oblici vlasništva, pretvorba društvenog vlasništva, jamstvo
i zaštita privatnog vlasništva u ustavnom poretku
Republike Hrvatske
Property and its transformation, guaranty and protection under
the constitutional system of the Republic of Croatia 449

Duško Medić

- Pravo građenja u pravu Republike Srpske
Construction right in the law of Republika Srpska 465

Vladimir Todorović

- Denacionalizacija u Srbiji u svetlu novog Zakona o vraćanju
oduzete imovine i obeštećenju
Denationalization in Serbia in the light of the new law on
restitution and compensation 483

Durđe Ninković

- Primedbe i predlozi na Nacrt Zakona o vraćanju imovine
i obeštećenju 501

<i>Miroslav Lazić, Nina Planojević</i>	
Svojina i fiducijarna svojina u novom stvarnom pravu Crne Gore Ownership and fiduciary ownership in the new property law of Montenegro	511
<i>Mirjana Vulić</i>	
Urbana komasacija Urban redistribution of land	529
<i>1.b. Svojina i nasleđe Ownership and inheritance</i>	
<i>Dragica Živojinović</i>	
Istorijski razvoj i pravni osnov prava supružnika na izborni (nužni) deo u SAD Historical development and the rationale of the spousal right to elective (forced) share in USA	539
<i>Miloš Stanković</i>	
Zaštita primalaca prema pravilima o prestanku Ugovora o doživotnom izdržavanju u srpskom pozitivnom pravu The protection of recipients according to the rules on the cessation of the lifetime care agreement in Serbian positive law ..	557
<i>Tamara Đurđić</i>	
Naslednička državina Hereditary possession	583
<i>Novak Krstić</i>	
Višestruko raspolaganje nepokretnom stvari na osnovu Ugovora o doživotnom izdržavanju Multiple disposition of real estate on the basis of lifetime maintenance agreement	597
2. Ugovor i odgovornost za štetu <i>Contract and Liability for Damage</i>	
<i>Miodrag Orlić</i>	
Ogled o odnosu građanske i krivične odgovornosti An essay on the relationship between private and criminal responsibility	615

Soledad Bender,

Johannes Steinbach

- Fundamentals of Directive 85/374/EEC on Liability of Defective products and its implementation in Germany
Osnovi Direktive 85/374/EEZ o odgovornosti za proizvode s manom i njena primena u Nemačkoj 637

Branko Morait

- Pravo u odgovornosti
Law in liability 647

Radovan Vukadinović

- Ima li mesta za dokumentarni akreditiv u novom Građanskom zakoniku Srbije
Is there the place for letter of credit in new Serbian Civil Code .. 663

Marija Karanikić-Mirić

- Odgovornost vlasnika motornog vozila kao preduslov obaveze osiguravača
Liability of the insured party as a precondition of the insurer's duty to indemnify 685

Vladimir Vuletić

- Razvoj odgovornosti za evikciju
Development of liability for eviction 709

Aleksandra Vučić-Milovanović

- Ersatz immaterieller schäden im Österreichischen entwurf des neuen schadensersatzrechts
Naknada nematerijalne štete po austrijskom Nacrtu novog odštetnog prava 733

Đuro Đurić

- Aktuelna pitanja materijalnih nedostataka stvari u nemačkoj sudskoj praksi
Aktuelle fragen zum begriff des sachmangels 741

Đorđe Nikolić

- Zatezna kamata i stopa zatezne kamate u pravu Srbije
Default interest and default interest rate in Serbian law 759

<i>Jelena Borovac</i>	
Obeštećenje neosnovano osuđenih lica i neosnovano lišenih slobode u sudskoj praksi Indemnification of groundlessly convicted and groundlessly imprisoned persons in court practice	779
<i>Snežana Miladinović</i>	
Zastupanje u odredbama načela Evropskog ugovornog prava The agency in the principles of European contract law	795
<i>Dragan Vujisić</i>	
Pravo potrošača na jednostrani raskid ugovora Consumers' right to unilateral breach of contract	813
<i>Igor Kambovski</i>	
Neki aspekti elektronskog ugovora Some aspects of electronic contracts	825
<i>Nataša Petrović-Tomić</i>	
Osiguranje od profesionalne odgovornosti advokata Insurance of lawyers' professional liability	835
<i>Milan Milović</i>	
Novine u propisima o visini stope zatezne kamate New moments in the regulations on the levels of default interest rates	865
3. Porezi	
<i>Taxes</i>	
<i>Zoran Isailović</i>	
Poreski subjekti i savremeno pravo Tax entities in contemporary law	871
<i>Miroslav Vrhovšek</i>	
Kritički osvrt na pojedina rešenja u poreskom sistemu Republike Srbije Critical review of some decisions in the tax system in Serbia	891
<i>Predrag Stojanović,</i> <i>Snežana Stojanović</i>	
Poreski postupak u Republici Srbiji Tax procedure in the Republic of Serbia	911

Marina Dimitrijević

Poresko pravo pred zahtevima modernog društva Tax law under modern society demand	921
--	-----

Danica Tasić

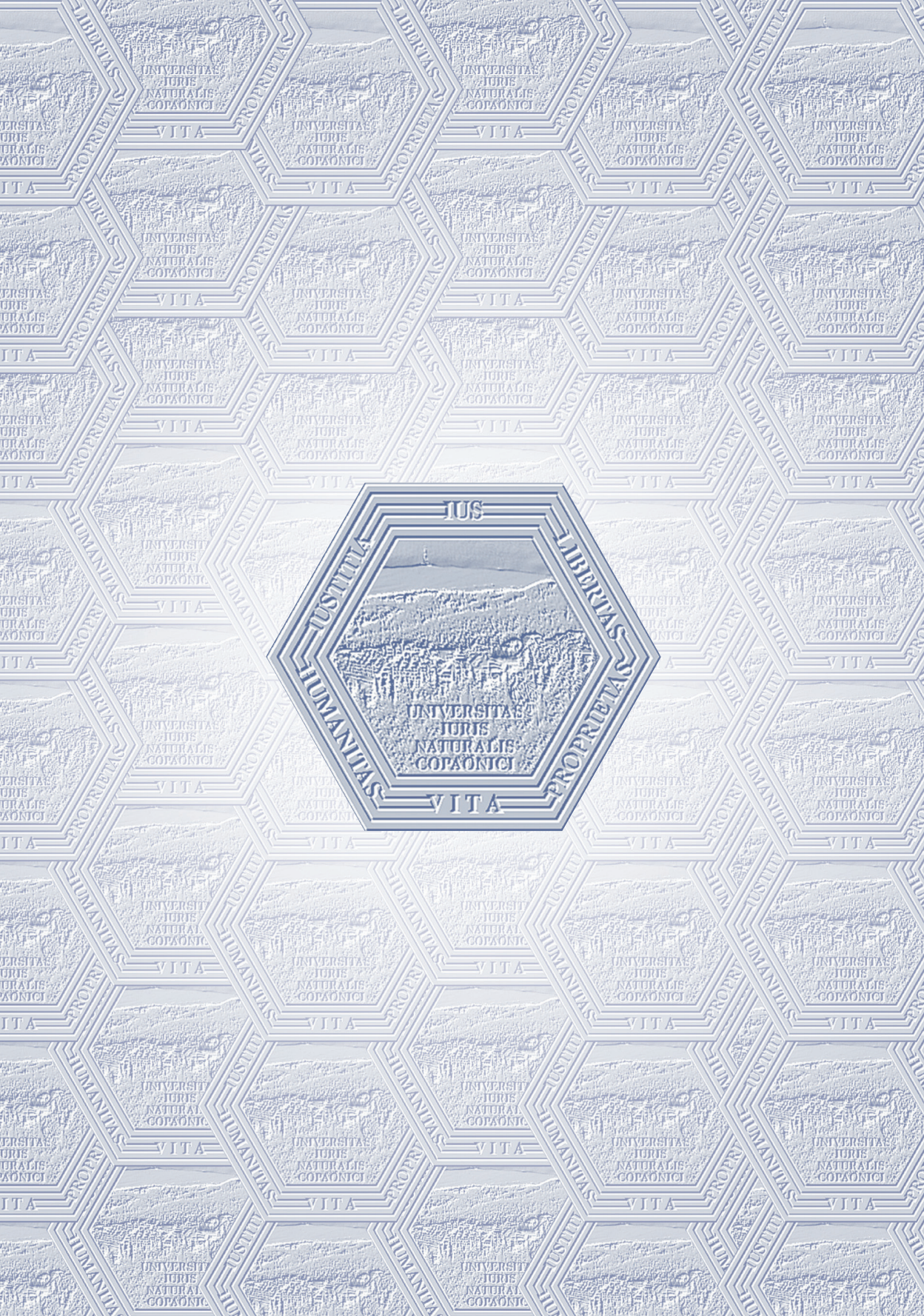
Osnovne karakteristike i ograničenja pristupa odvojenog entiteta The main features and the limitations of the separate entity/arm's length	931
--	-----

Marko Čulibrk

Fiskalna odgovornost Fiscal responsibility	949
---	-----

Radica Šipovac

Oporezivanje i osnivanje investicionih fondova u skladu sa odredbama zakonskih propisa Taxing and setting up investment funds in accordance with legal regulations	965
---	-----



UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

IUSTITIA



UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

VITA