

Pravni život

časopis za pravnu teoriju i praksu

TEMATSKI BROJ

PRAVO I MORAL



25

godina kopaoničke škole
prirodnog prava

UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE

BROJ 10 • BEOGRAD • 2012 • TOM II

25
godina



giz Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

On behalf of

BMZ



Federal Ministry
for Economic Cooperation
and Development

Publikacija je podržana u okviru projekta ORF za jugo-istočnu Evropu Pravna Reforma koju sprovodi Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH u ime Saveznog Ministarstva za privrednu saradnju i razvoj (BMZ).

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 10/2012 / Godina LXI / Knjiga 556

1-1018

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 Paunović,
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

Pretplata za 2012. 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

PRAVIČNOST U PORODIČNOM PRAVU

U V O D

Suprotno engleskom pravu, naše pravo ne dopušta sudiji da sudi na osnovu pravičnosti. On mora donositi odluke na osnovu zakona. I ostale zemlje Evrope čiji su pravni sistemi zasnovani na recepciji rimskog prava koje je poznavalo suđenje na osnovu pravičnosti, pravičnost su inkorporirale u pravno tkivo. U građanskom pravu ova potpuna asorpcija principa pravičnosti je dovela do njegovog nestajanja.¹

Međutim, ovo ne znači da i u ovim zemljama ne postoji davnašnja i stalna preokupacija pravdom i pravičnošću i da ona nije bila inspiracija mnogim pravnim principima u domenu građanskog, ali i krivičnog, upravnog prava. Dodatno je pravičnost uvedena kroz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Svako se može obratiti tužbom sudu u Strazburu protiv svoje države ako smatra da mu je povređeno pravo na pravično suđenje iz čl. 6. Konvencije, odnosno ako smatra da mu je učinjena nepravda.

To što naš sud, generalno gledano, ne može donositi odluke na osnovu pravičnosti ima za cilj da se izbegne velika pravna nesigurnost koja se može iz toga razviti, kao i njihova arbitrarnost. Ovo ne znači da je pravičnost izbačena iz našeg

Dr Zoran Ponjavić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ R. Newman, *La nature de l'équité en "droit civil"*, Revue internationale de droit comparé – Année 1964 – Volume 16, br. 2, str. 291.

prava. U nekim slučajevima sud će voditi računa o pravičnosti iako se ona ne pominje (npr. u slučaju posredovanja). U drugim slučajevima zakon se izričito poziva na pravičnost (pravdu)². U domenu Građanskog prava Zakon o obligacionim odnosima na više mesta pominje pravičnost (čl. 231(2), 203(3), 182 (2), 178(3), 169 (2)). I naš današnji Porodični Zakon, kao i zakon koji mu je prethodio (Zakon o braku i porodičnim odnosima, u daljem tekstu ZBPO) pruža priliku sudu da sudi na osnovu pravičnosti. Prihvatanje ili odbijanje zahteva za konstituisanje jednog prava ponekad zavisi od moralnog prosuđivanja sudije, od njegovog shvatanja pravičnosti. Naime, Porodični zakon na više mesta govori o nepravdi, kao negaciji pravde,³ kao razlogu za isključenje nekog prava. U tim slučajevima pravna norma ovlašćuje sud da procenom faktičkih okolnosti utvrdi da li bi priznanje određenog prava u pojedinim slučajevima bilo očigledno nepravedno čime bi bilo povređeno načelo pravičnosti.⁴

O PRAVIČNOSTI

Regulisanjem putem pravnih normi prava i dužnosti subjekata porodičnih odnosa pravo treba da ostvaruje svoju svrhu: da služi pravdi.⁵ Na ovaj način pravno pravilo postaje garant pravde, njime se uspostavlja jednakost.⁶ Međutim, može se desiti da njegova primena u nekim slučajevima vređa savest, odnosno da priznanje određenog prava bude nepravedno, tj. da doneta sudska odluka iako zasnovana na pravu bude nepravična i doživljena kao nepravedna. U ovom slučaju svako ima težnju da se pozove na jedno prirodno pravo vezano za samo ljudsko postojanje koje odražava smisao pojedinca za istinskom pravdom: pravičnošću.

Pravičnost nije inspirisana pravilima pozitivnog prava. Ona im čak može biti protivna. Priroda pravičnosti, kako je još davno istakao Aristotel, je da koriguje zakon u meri u kojoj se on pojavljuje kao nedovoljan zbog svoje opštosti.⁷ Nepravda se po njemu sastoji u prisvajanju nečega nepripadajućeg. Samo na prvi

² Pravičnost je samo jedna vrsta pravde. Videti: G. Radbruh, *Filozofija prava*, Beograd, 1973, str. 48.

³ Prema Aristotelu pravda je savršena (potpuna) vrlina u odnosu prema nekome; Aristotel, *Nikomahova Etika*, Beograd, 1970, knj. 5, str. 114; Navedeno prema: S. Perović, *Prirodno pravo kao integritet pravde*, *Pravni život*, 9/2003, str. LXXXV.

⁴ "Pravičnost je pravda pojedinačnog slučaja"; G. Radbruh, n. delo, str. 48.

⁵ "Jer pravo potiče od pravde kao od svoje majke". Navedeno prema: Perović, n. delo, str. XXV, fn. 7.

⁶ Što znači da je pravedno jednako, a nepravedno nejednako. Isto, str. LXXXV

⁷ Aristotel tvrdi da je pozitivni zakon zbog svoje opštosti nepotpun, odnosno ograničen, te da mora postojati neka vrsta korekcije, odnosno dopune zakona. On lek pronalazi u pravičnosti. Smatra da je pravičnost pravedna jer služi kao popravka onoga što je zakonski pravedno. Navedeno

pogled pravičnost može biti suprotna pravu. U suštini ona je sa njim komplementarna. Ona ne slabi pravno pravilo već ga jača, prilagođavajući ga različitim situacijama kada pozitivno pravo ne sadrži zadovoljavajuće rešenje. Oslanjajući se na duh zakona ona nastoji da unapredi primenu pravne norme. Njen domen je izuzetak, a njeni putokazi su svrha zakona.

U praksi pravičnost ima trostruku ulogu: da koriguje veliku krutost jednog pravila, da upotpuni pravilo kada ono sadrži prazninu i da ga interpretira kada je nejasno. U svojoj prvoj ulozi, korektora pravila, pravičnost nudi samo jedno rešenje: izmenu pravila. Očigledne primere pružaju izuzeci od opšteg pravila predviđeni u porodičnom pravu koji se odnose na međusobno izdržavanje članova porodice, povraćaj poklona po prestanku braka i konstituisanje prava stanovanja, o čemu će biti govora u ovom radu.

Budući da pravičnost predstavlja izuzetak u primeni opšteg pravila određene mere predostrožnosti moraju biti preduzete da bi se izbegla proizvoljnost i obezbedila odgovarajuća intervencija. U primeni pravičnosti sudovi moraju imati određene putokaze: poći od namere zakonodavca i procene ozbiljnosti nepravde u svakom konkretnom slučaju.

OČIGLEDNA NEPRAVDA U PORODIČNOM PRAVU

Evolucija porodičnog prava u Srbiji poslednjih godina odvija se pod uticajem promene običaja, ali i pod uticajem ratifikovanih međunarodnih dokumenata. Razvoj individualizma u oblasti porodičnog prava, kao i njegova privatizacija, su najznačajnije promene koje se danas dešavaju.⁸ Ovo se u domenu razvoda braka najviše odvija kroz objektivizaciju uzroka za razvod, a mnogo manje u regulisanju njegovih posledica.

U domenu uzroka za razvod prihvata se objektivni brakorazvodni sistem čime je omogućeno ne samo da se dobije razvod braka bez krivice bračnog druga već i protiv njegove volje. Dovoljno je samo da se konstatuje propast braka što se izražava kroz ozbiljan i trajan poremećaj bračnih odnosa. Ovaj tip razvoda se jasno suprotstavlja jednoj viziji morala koji je nekada bio dominantan i prema kome je jedino krivica supružnika omogućavala drugom da traži razvod braka (razvod sankcija). Istina ovaj sistem je u Srbiji, kao i u drugim evropskim državama, odavno napušten. Nestankom ograničenja za razvod braka sud je postao,

prema: L. Vuchetich, Pravednost i pravičnost u fi lozofi ji prava, Pravnik, Zagreb, 41, 2 (85), 2007, str. 53.

⁸ Videti: Z. Ponjavić, Privatizacija porodice i porodičnog prava, Beograd, 2009, str. 24–25.

“brakorazvodni automat”, budući da se njegova uloga svodi na konstataciju poremećaja bračnih odnosa i izricanja razvoda.⁹

Što se tiče posledica razvoda još od vremena Zakona o braku i porodičnim odnosima pa sve do danas primetna je intencija zakonodavca da posledice razvoda učini zavisnim od ponašanja eventualno krivog supružnika. Ponašanje supružnika u braku, odnosno kršenje bračnih obaveza, može imati uticaja jedino na regulisanje posledica razvoda braka. Naime, normama porodičnog prava omogućeno je da se pod određenim opštim, objektivnim, uslovima konstituiše pravo na izdržavanje, povraćaj poklona ili pravo stanovanja. Međutim, posebnom normom, sa suprotnim značenjem, normira se situacija kada poverilac nema pravo na izdržavanje, stanovanje i povraćaj poklona, bez obzira što ispunjava objektivne uslove. Tada se navedena prava neće konstituisati jer okolnosti slučaja ukazuju da bi to bilo očigledno nepravedno čime bi bilo povređeno načelo pravičnosti.¹⁰ Prema tome, ovim se reguliše izuzetak u primeni opštih pravila, pa se kao takav, po prirodi stvari, ima usko tumačiti. Postane li princip, u slučaju njegovog šireg tumačenja, pravičnost gubi svoje ime. Takva opasnost postoji s obzirom da je ovaj izuzetak formulisan kao pravni standard, bez unapred određene sadržine. Analiza normi Porodičnog zakona i odgovarajućih sudskih odluka treba upravo da pokaže da li je ta opasnost izbegnuta.

Sličan pravni standard postojao je i ranije u pravu Republike Srbije, a postoji danas u nekim uporednim zakonodavstvima. Njegova primena je, međutim, bila ograničena samo na izdržavanje između supružnika. Prema rešenjima iz Porodičnog zakona nepravedno može biti ne samo davanje izdržavanja između supružnika, već gotovo svih srodnika koji su dužni da se izdržavaju, ali i vraćanje poklona i pravo stanovanja.

IZDRŽAVANJE I OČIGLEDNA NEPRAVDA

Pravo na izdržavanje, kao izraz porodične solidarnosti, ima onaj član porodice utvrđen Zakonom koji nema dovoljno sredstava za život, nesposoban je za rad ili nezaposlen, od drugog koji ta sredstava poseduje. Na ovaj način se postiže koliko toliko izjednačavanje materijalnog položaja članova porodice, onih koji

⁹ Uostalom i Ustav Srbije je uveo pravo na raskid braka, kao subjektivno pravo. O ovom pravu videti: Z. Ponjavić, Pravo na razvod kao subjektivno pravo, Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru : tematski zbornik radova. Knj. 1 / (Ur. Predrag Dimitrijević), str. 215–233.

¹⁰ Ovo se, u pravnoj literaturi, naziva subjektivnim uslovom (pretpostavkom). Videti: Z. Ponjavić, Porodično pravo, Kragujevac, 2011, str. 325; M. Draškić, Porodično pravo i prava deteta, Beograd, 2007, str. 367; S. Panov, Porodično pravo, Beograd, 2008, str. 562.

imaju i onih koji nemaju sredstava za egzistenciju.¹¹ U ovom slučaju jedno lice će imati pravo na izdržavanje srazmerno svom siromaštvu i potrebama i to, po pravilu, bez obzira na njegovo skrivljeno ponašanje.

Međutim, u nekim slučajevima ako bi davanje izdržavanja predstavljalo očiglednu nepravdu za dužnika, načelo pravičnosti nalaže da se ono uskrati bez obzira što poverilac ispunjava sve druge pretpostavke. Imajući u vidu da je svrha izdržavanja obezbeđenje egzistencijalnih potreba člana porodice i da stoga pravne norme kojim se to obezbeđuje čine deo javnog poretka, tumačenje navedenog pravnog standarda u praksi mora biti usko, kao što to i nalaže priroda svakog izuzetka. U suprotnom svrha neće biti postignuta.

Prema bivšem ZBPO postojala je mogućnost odbijanja zahteva za izdržavanje ako to pravičnost nalaže (a). Danas ova mogućnost postoji u uporednom pravu (b),¹² i u Porodičnog zakona Republike Srbije (v).

(a) I prema bivšem ZBPO već je bila prihvaćena objektivna brakorazvodna koncepcija koja je počivala na shvatanju da je bilo kakvo istraživanje odgovornosti za poremećaj bračnih odnosa iluzorno. Ovaj Zakon nije uslovljavao pravo na izdržavanje nakon prestanka braka krivicom bračnog druga za razvod, odnosno, ono se u načelu moglo dosuditi bez obzira na krivicu na strani bračnog druga koji ga je tražio. Ipak, ovaj Zakon je vodio računa o pravičnosti jer je bilo moguće odbiti zahtev za izdržavanje zbog ponašanja bivšeg bračnog druga u braku. Da bi se sprečilo nepravično opterećenje bivšeg bračnog druga sudu je bila data mogućnost da, uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja, odbije zahtev za izdržavanje od strane bračnog druga koji se "bez ozbiljnog povoda od strane drugog bračnog druga grubo ili nedolično ponašao u bračnoj zajednici ili ako bi njegov zahtev predstavljao očiglednu nepravdu za drugog bračnog druga" (čl. 288. st. 4). Na ovaj način ZBPO je i bez izričitog pominjanja termina "krivica" o njoj i dalje vodio računa.

Grubo i nedolično ponašanje je podrazumevalo razna fizička i psihička zlostavljanja, teške uvrede i dr.¹³ Ovakvo ponašanje je moglo dovesti do odbijanja zahteva za izdržavanje samo ako nije bilo povoda u ponašanju drugog bračnog

¹¹ Stoga se prema Aristotelu ova pravda naziva i korektivnom ili izjednačujućom pravdom. "Pravedno se postiže izjednačavanjem". Navedeno prema: S. Perović, n. delo, str. LXXXVII, fn. 189.

¹² Krivica je jedan od uslova za sticanje prava na izdržavanje i prema Principima Evropskog porodičnog prava o razvodu i posledicama razvoda na supružnike, koje je usvojila Evropska komisija za porodično pravo (Commission on European Family Law – CEFL). Prema principu 2:6 sud može zbog ponašanja poverioca u braku njegov zahtev za izdržavanje odbiti, ograničiti ili ukinuti, ako bi njegovo prihvatanje bilo izuzetno teško po dužnika.

¹³ O ovom videti: Z. Ponjavić, *Mogućnost isključenja prava na supružansko izdržavanje posle raskida braka*. Pravna misao, br. 11–12, 1985, str.46–55.

druga. Očigledna nepravda je bila alternativno postavljena u odnosu na grubo i nedolično ponašanje. I kod nje su u pitanju bile uglavnom neke subjektivne, ali i objektivne okolnosti zbog kojih nije bilo pravično dosuditi izdržavanje.

(b) Prema Nemačkom građanskom zakoniku pravo na izdržavanje razvedeni supružnik ima ako nije u stanju da sam podmiruje svoje potrebe (čl. 1577(1). Drugi uslov za ostvarenje prava na izdržavanje je da se supružnik nalazi u jednoj od situacija predviđenih u čl. 1570 do 1576 (starost poverioca, zdravstveno stanje, nedostatak posla, itd). Generalno, izdržavanje će biti dosuđeno ako supružnik usled ozbiljnih razloga nije u stanju da obavlja neku profesionalnu aktivnost i kada bi odbijanje izdržavanja za njega predstavljalo očiglednu nepravdu (Grob unbillig, čl. 1576) imajući u vidu interese oba supružnika.¹⁴ U čl. 1579 se predviđaju slučajevi kada će zahtev za izdržavanje usled očigledne nepravde za dužnika biti odbijen. Ona postoji: a) ako je brak kratko trajao; b) zbog ponašanja supružnika poverioca izdržavanja (ako je učinio teško krivično delo ili namerno prouzrokovao štetu prema supružniku dužniku ili njemu bliskom licu; ako podnosilac zahteva živi u stabilnoj i trajnoj zajednici sa drugim licem; ako je namerno sam sebe doveo u insolventan položaj; ako je podnosilac zahteva namerno zanemario ozbiljne imovinske interese dužnika; ako je namerno zanemario pre rastave, tokom dužeg perioda, svoju dužnost izdržavanja porodice; ako je očigledno odgovoran prema dužniku za nečasno postupanje; v) i u nekim “drugim ozbiljnim slučajevima”. Sledeći intenciju po kojoj su po razvodu sami braćni drugovi dužni da podmiruju svoje potrebe, sud je ovlašćen, zavisno od stepena nepravde koja se čini dužniku¹⁵, ne samo da pravo na izdržavanje isključi, već i vremenski limitira njegovo trajanje ili sukcesivno smanjenje.^{16,17}

¹⁴ Što je u pravnoj literaturi nazvano “klauzulom negativne pravičnosti” (negative Billigkeitssklausel) . Videti: M. Françoise Furkel, La faute dans le divorce en droits français et allemand, Revue internationale de droit comparé. Vol. 34 N° 4, Octobre-décembre 1982. pp. 1153–1183.

¹⁵ Odnosno, zavisno od stepena krivice supružnika koji traži izdržavanje. I u Švajcarskoj, ta-kođe, sud ceni stepen krivice. Stranka koja je “neznatno kriva može dobiti izdržavanje, mada redukovanu sumu”. Stranka koja je “ozbiljno kriva” neće dobiti izdržavanje. Navedeno prema: S. Panov, Porodično pravo, Beograd, 2008, str. 564, fn. 1361.

¹⁶ Ovim se ustvari samo slede stavovi iz Preporuke br. R (89) 1, Saveta Evrope (od 18. januara 1989), gde se već u prvom principu ističe težnje da posle razvoda braka svaki od braćnih drugova, u meri u kojoj je to ekonomski moguće, bude ekonomski samostalan i da sam podmiruje svoje potrebe. Dalje se u principu dva kaže: da se navedeni cilj iz prvog principa može takođe ostvariti i plaćanjem jedne strane drugoj, bilo kapitala bilo izdržavanja na jedan ograničen rok trajanja. Videti: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=610123&SecMode=1&DocId=699812&Usage=2>.

¹⁷ Čl. 1579. st. 1: “Ein Unterhaltsanspruch besteht nicht, soweit die Inanspruchnahme des Verpflichteten grob unbillig wäre”. Premda, kao što se primećuje, u praksi sudovi uglavnom odbija-

Prema čl.270 Francuskog građanskog zakonika razvodom braka prestaje obaveza pomaganja između supružnika, prema tome i obaveza izdržavanja koja je postojala u braku, kao njen derivat. Međutim, jedan supružnik može biti dužan da drugom isplati izvesnu sumu novca sa ciljem da se kompenzuju, u meri u kojoj je to moguće, nejednakosti koje raskid braka izaziva u pogledu životnih uslova bračnih drugova.¹⁸ Prilikom razmatranja zahteva za kompenzacijom sud polazi od potreba i mogućnosti bračnih drugova.

Kompenzacija se po pravilu isplaćuje odjednom i to u vidu određene sume novca.¹⁹ Osnovna ideja ovakvog rešenja je upravo nastojanje da se u budućnosti izbegnu sukobi između bivših bračnih drugova i da svaki od njih bude lično odgovoran za sopstvene potrebe. Sud međutim može odbiti zahtev za isplatu kompenzacije bez obzira na nejednakosti u pogledu životnih uslova izazvanih razvodom, ako to pravičnost nalaže: naročito ako je brak trajao kratko, zbog zdravstvenog stanja supružnika, ili ako je brak razveden isključivo krivicom supružnika koji zahteva ovu kompenzaciju. Na ovaj način u francuskom sudu su dati reperi za odlučivanje prilikom odbijanja zahteva zbog pravičnosti, slično nemačkom rešenju. Sistem kompenzacije koji postoji u francuskom pravu predstavlja praktičnu primenu teorije "clean break".²⁰ Prema njoj razvod mora predstavljati potpuni prekid odnosa i ekonomske zavisnosti između bivših supružnika. Obaveza izdržavanja mora biti definitivno rešena u momentu prestanka braka.

Naporedno sa kompenzacijom u francuskom pravu i dalje postoji pravo izdržavanja između srodnika, bračnih i vanbračnih drugova ali se ono ne može isključiti kada to razlozi pravičnosti nalažu.

(v) Prema Porodičnom zakonu "nema pravo na izdržavanje supružnik ako bi prihvatanje njegovog zahteva za izdržavanje predstavljalo očiglednu nepravdu za drugog supružnika" (čl. 151. st. 3). Okolnosti koje ukazuju na postojanje oči-

ju zahetve za izdržavanje. Pored ovoga, pitanje je da li se u nemačkom pravu u ovom slučaju radi o izuzetku. Nabrojanje slučajeva kada se neće primeniti opšta norma o pravu na izdržavanje usled očigledne nepravde kao i formulacija da se posebna norma ima primeniti i na druge slučajeve u najmanju ruku govori da se radi o izuzetku sa neodređenim obimom. O vrstama izuzetaka u pravu više: R. Lukić, B. Košutić, Uvod u pravo, Beograd, 2003, str. 465.

¹⁸ Kompenzacija se razlikuje od obaveze izdržavanja u osnovi u dve stvari: njeno davanje ne zavisi od krivice ili nevinosti bračnih drugova i drugo, njome se eliminišu izvori budućih sporenja bivših bračnih drugova.

¹⁹ Samo izuzetno, prema čl.276. sud može dosuditi doživotnu rentu ako poverilac zbog godina ili stanja zdravlja ne može da podmiruje svoje potrebe.

²⁰ Ova ideja "clean break" je potekla iz Engleske 1984. godine. Prema Matrimonial Causes Act (Section 25 A (1) i (2)), postojala je mogućnost da sud vodeći računa o svim okolnostima vezanim za brak i razvod može definitivno rešiti finansijska pitanja u momentu razvoda i ograničiti vremenski trajanje izdržavanja.

gledne nepravde ukazuju da bi bilo povređeno načelo pravičnosti ako bi bilo do-
suđeno pravo na izdržavanje. Te okolnosti mogu biti vezane za ponašanje supruž-
nika kojim se ogrešio o neku bračnu dužnost, ali i objektivne okolnosti, kod kojih
nema nikakvog skrivljenog postupka jednog od supružnika.²¹ One mogu biti
utvrđivane bez obzira na način na koji je brak razveden, po tužbi ili sporazumno.

Izraz “očigledna nepravda”²² iz PZ upućuje na zaključak da lakše povrede
supružanskih obaveza ne pružaju mogućnost isključenja prava. Istovremeno, ne-
jasna formulacija ovog pravnog standarda ukazuje da u našem pravu nije napu-
šten pojam krivice i da su zadržani skrivljeni uslovi u normiranju zakonske ali-
mentacije supružnika.²³ Šta više, mnogobrojne objavljene sudske odluke ukazuju
da se radi o ključnoj stvari regulisanja prava na izdržavanje.²⁴ Naš Porodični za-
kon, za razliku od nemačkog, koji mu je očigledno poslužio kao uzor, ne predviđa
exempli causa slučajeve kada postoji očigledna nepravda. Zakonodavac je ovim
ostavio veliku slobodu sudovima, ali to njihov položaj ne olakšava, već naprotiv,
otežava. S druge strane, oni nemaju veliki izbor. Kada utvrde postojanje očigledne
nepravde mogu samo da odbiju zahtev za izdržavanje, ali ne i da ga delimično do-
sude ili vremenski ograniče, kao u nemačkom pravu. Izvesno je da je na ovaj na-
čin najveći teret stavljen na pleća suda jer mora biti vrlo osjetljiv na potrebe života
i na društveno shvatanje pravičnosti.

Postoji još jedna bitna razlika između našeg i prava Nemačke i Francuske.
Porodični zakon je u odnosu na njih, ali i u odnosu na ZBPO, znatno proširio po-
lje primene “očigledne nepravde”.²⁵ Ona se kod prava izdržavanja primenjuje, kao
ranije, na izdržavanje između supružnika, vanbračnih partnera i kod izdržavanja
roditelja od strane dece, ali sada i kod izdržavanja vanbračne majke (čl. 153. st.
2),²⁶ punoletne dece od strane roditelja (čl. 155. st. 4), krvih i tazbinskih srodni-

²¹ U našoj praksi se ponekad ovaj uslov svodi samo na subjektivne okolnosti. Tako, vide-
ti: Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Gž 2-50/10 od 29.11.2010. godine i presuda Osnovnog
suda u Požegi, Sudska jedinica Ivanjica P4, P2, 1/10 od 31.03.2010. godine. Objavljeno na: <http://www.kg.ap.sud.rs/pravo-na-zakonsko-izdržavanje.html>

²² U srpskom jeziku i u pravnoj literaturi za pravdenost se često koristi reč pravda. Neprav-
da treba da je “očigledna”, ona koja se može konstatovati na prvi pogled. Međutim, istina se ne može
saznati brzo s toga ona *prima facie* može biti samo privid. Stoga profesor Panov predlaže da zako-
nodavac koristi bolji izraz: teža nepravda. Videti: S. Panov, n. delo, str. 692, fn. 1639.

²³ Videti: M. Draškić, n. delo, str. 368.

²⁴ Sudovi se, kao što ćemo videti, često i nekritički pozivaju na ovaj pravni standard, proši-
rujući ga.

²⁵ Slično rešenje postoji i u Obiteljskom zakonu Republike Hrvatske (čl.219 - izdržavanje
bračnog druga, čl.223 - izdržavanje vanbračnog druga).

²⁶ Mogućnost isključenja izdržavanja i u ovom slučaju čini nam se protivnom ustavnom na-
čelu o zaštiti majke i samohranog roditelja (čl. 66. Ustava Republike Srbije).

ka (čl. 159. st. 4). Prema tome, ovaj standard "očigledna nepravda" je našao svoju primenu u svim slučajevima izdržavanja, osim kod obaveze roditelja da izdržavaju svoju maloletnu decu. Interes deteta da bude podizano od strane svojih roditelja ne može biti ni u kom slučaju doveden u pitanje kada roditelji imaju i najmanje mogućnosti za izdržavanje.

Takođe, očigledna nepravda je predviđena i kao mogući razlog za prestanak izdržavanja u svim slučajevima, osim ako je dete poverilac (čl. 167. st. 2).

Značaj očigledne nepravde leži u tome što pravo na izdržavanje neće biti priznato jednom članu porodice bez obzira što su svi drugi uslovi, objektivne prirode, ispunjeni.²⁷ Istovremeno, ona je apsolutnog karaktera, za razliku od rešenja iz ranijeg ZBPO. Naime, kada se utvrdi da bi prihvatanje zahteva za izdržavanje predstavljalo očiglednu nepravdu, sud mora odbiti zahtev, dok je prema ZBPO on to mogao učiniti.

PRAVO STANOVANJA I PRAVO NA POVRAĆAJ POKLONA I OČIGLEDNA NEPRAVDA

Prema Porodičnom zakonu krivica se, kroz očiglednu nepravdu, uvodi kao značajna pretpostavka i u razrešavanju drugih posledica prestanka braka, izvan prava na izdržavanje: u slučaju prava stanovanja (čl. 194. st. 3) i u slučaju vraćanja poklona (čl. 190. st. 3).

Pravo stanovanja

Pravo stanovanja se konstituiše pod uslovima predviđenih zakonom, u korist deteta i roditelja koji vrši roditeljsko pravo i traje do punoletstva deteta. Oni imaju pravo besplatnog stanovanja u stanu čiji je vlasnik drugi roditelj deteta, pod uslovom da dete i roditelj koji vrši roditeljsko pravo nemaju pravo svojine na useljivom stanu. Na ovaj način se žele zaštititi pre svega interesi deteta i roditelja koji vrši roditeljsko pravo, kako posle prestanka zajedničkog života ne bi ostali bez smeštaja. Ovim pravom se ne dira u svojinu drugog roditelja, koji i dalje ostaje vlasnik stana.

²⁷ Prema tome, ovo nije jedini razlog kada će zahtev za izdržavanje biti odbijen. Zahtev će biti odbijen i ako supružnik, poverilac, ima dovoljno sredstava i zaposlen je ili sposoban za rad, odnosno ako dužnik nema mogućnosti da daje izdržavanje.

Iako je po svojoj pravnoj prirodi ovo stvarno pravo, ono je pravo iz korpusa dečijeg prava i u interesu roditelja koji vrši roditeljsko pravo.²⁸ Izvorno pravo stanovanja ima dete, zato će se u svakom slučaju njegovog konstituisanja najpre ceniti najbolji interes deteta.²⁹ Uostalom i u postupku ostvarivanja ovog prava se primenjuju pravila postupka za zaštitu prava deteta, a ne pravila postupka za zaštitu imovinskih prava.³⁰

Dete i roditelj nemaju pravo stanovanja “ako bi prihvatanje njihovog zahteva za pravo stanovanja predstavljalo očiglednu nepravdu za drugog roditelja”. Pravo stanovanja može prestati pre nego što dete navrší 18 godina, pored ostalog, kada nastanu okolnosti zbog kojih bi dalje trajanje ovog prava predstavljalo očiglednu nepravdu za drugog roditelja.

Pravo na povraćaj poklona

Porodični zakon Srbije reguliše jedino sudbinu poklona posle prestanka braka razvodom ili poništenjem. U pitanju su pokloni koje su supružnici činili jedno drugom tokom trajanja zajedničkog života u braku.

Za razliku od ranijih republičkih zakona koji su usvajali kaznenu koncepciju prilikom regulisanja povraćaja poklona u slučaju razvoda braka (bračni drug koji je kriv za razvod nema pravo da traži a morao je da vrati primljene poklone), Porodični Zakon Srbije usvaja građanskopravnu koncepciju. Prestankom braka razvodom, otpao je motiv darovanja pa se zato pokloni moraju vratiti jer bi njihovo zadržavanje predstavljalo neosnovano obogaćenje bračnog druga. Vraćaju

²⁸ U ovom smislu i odluka Vrhovnog kasacionog suda: Rev 3036/10, objavljena na: <http://www.vk.sud.rs/rev-303610-pravo-stanovanja-habitatio-mal.-dece.html>

²⁹ “Pravo stanovanja je pre svega pravo deteta”. Ovo se kaže u odluci Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1594/06 od 29. novembra 2006. godine, objavljena u: Bilten sudske prakse, br. 4/2006. Slično i: “Pravo stanovanja je pravo deteta konstituisano Porodičnim zakonom u najboljem interesu deteta. Iako je stvarno pravo, ono se ostvaruje u postupku za zaštitu prava deteta, uz obavezu suda da postupa po službenoj dužnosti u cilju zaštite dečijih prava. Sud će se starati i po službenoj dužnosti i pored obaveze stranaka, da pribavi dokaze o ispunjenosti uslova za konstituisanje ovog prava, a na roditelju koji ne vrši roditeljsko pravo i vlasnik je stana je teret dokazivanja da bi konstituisanje prava stanovanja predstavljalo za njega očiglednu nepravdu”; Presuda Okružnog suda u Subotici, Gž. 36/2009 od 23.1.2009. godine, objavljena na Paragraf Lex, mrežna verzija. U jednoj drugoj presudusi kaže: “Za ostvarenje prava stanovanja (habitatio) potrebno je da budu ispunjeni uslovi: da je to u najboljem interesu deteta i da postoji stambeni prostor na kome je moguće konstituisanje prava stanovanja”. Videti: Presude Vrhovnog kasacionog suda Rev. 1443/10 od 13.05.2010. godine, utvrđena na sednici Građanskog odeljenja 13.09.2010. godine.

³⁰ Lj. Milutinović, Pravo stanovanja – habitatio u porodičnom zakonu, Zbornik radova “Novo porodično zakonodavstvo”, Kragujevac, (Ur. Z. Ponjavić), 2006, str. 458–461.

se pokloni čija je vrednost nesrazmerno velika u odnosu na vrednost zajedničke imovine supružnika. Međutim, ova građanskopravna koncepcija je korigovana kaznenom koncepcijom.³¹

Pravo na povraćaj poklona nema supružnik (poklonodavac) ako bi prihvatanje njegovog zahteva za povraćaj poklona predstavljalo očiglednu nepravdu za drugog supružnika (poklonoprimca) (čl. 190. st. 3).^{32/33}

SADRŽINA POJMA “OČIGLEDNA NEPRAVDA”

Sadržina pojma “očigledna nepravda” nije unapred određena, pa će to morati sud da čini u svakom konkretnom slučaju uzimajući u obzir celokupnu situaciju.³⁴ Slučajevi na koje se ovaj pravni standard primenjuje su vrlo različiti s toga i njegova sadržina nije i ne može biti uvek ista. Ovo je verovatno i bio razlog da zakonodavac ni primera radi ne navede okolnosti kada očigledna nepravda postoji. Tako okolnost da je brak kratko trajao može ukazivati na postojanje očigledne nepravde zbog koje ne bi bilo pravično dosuditi izdržavanje.³⁵ Međutim, ova okolnost sama za sebe nije dovoljna da dovede do odbijanja zahteva za konstituisanje prava stanovanja. Čini se, s toga, da je sadržina ovog pojma najšira u slučaju uskraćivanja prava na izdržavanje između supružnika. Prvenstveno zato što je sadržina odnosa između supružnika, u odnosu na one između srodnika, vrlo kompleksna (intimni, emocionalni, ekonomski, itd), pa su i mogućnosti kršenja obaveza supružnika najšire. Uskraćivanje prava na izdržavanje se s toga i javlja, sasvim opravdano, kao način sankcionisanja takvog ponašanja. Istina, termin “sankcionisano” se koristi u najširem smislu reči budući da supružnik koji je kršio bračne obaveze neće morati ništa da daje već neće dobiti izdržavanje što je slaba satisfakcija za drugog supružnika. Najзад, kod normiranja prava na izdrža-

³¹ R. Korać, *Porodično pravo*, Podgorica, 2011, str. 479.

³² Slično rešenje sadrži i *Porodični Zakon C. Gore*. Prema čl. 304. st. 2, bračni drug (poklonoprimac) neće biti dužan da vrati poklon ako bi to predstavljalo očiglednu nepravdu ili ako bi ga to dovelo u teške materijalne prilike.

³³ U francuskom, kao i u nemačkom pravu, ponašanje supružnika u braku nema nikakvog uticaja na sudbinu poklona po prestanku braka. Prema *Francuskom Zakonu br. 2006-728 od 23. juna 2006.* pokloni se ne vraćaju (čl. 265. sl. 1).

³⁴ O kritici upotrebljenog izraza kao nepreciznog što omogućava “veliki volunrarizam”, vidi: V. Petrović Škero, *Novine u pravu na zakonsko izdržavanje*, Zbornik radova “Novo porodično zakonodavstvo”, Kragujevac, (Ur. Z. Ponjavić), 2006, str. 404.

³⁵ Okolnost da je brak trajao svega šest meseci ukazuje da bi prihvatanje zahteva supružnika za izdržavanje predstavljalo očiglednu nepravdu za drugog supružnika; *Presuda Apelacionog suda u Beogradu*, Gž. 2. 434/2010 od 14.6.2010. godine.

vanje između supružnika "očigledna nepravda" je izvorno nastala i kod njega neosporno i u budućnosti treba da ostane.

Prema tome, sadržinu standarda "očigledna nepravda" kod izdržavanja supružnika čini sve ono što se ranije, prema ZBPO, moglo podvesti pod grubo i nedolično ponašanje, kao što je fizičko i psihičko zlostavljanje, teške uvrede, eksploatacija bračnog druga prenošenjem celokupnog tereta izdržavanja porodice na drugog bračnog druga, ali i dovođenje namerno sebe u insolventan položaj. Takođe, i učinjeno teško krivično delo (pokušaj ubistva) supružnika od koga se traži izdržavanje ili njegovog nabližeg srodnika. Očigledna nepravda može postojati i ako je supružnik namerno prouzrokovao znatnu materijalnu štetu drugom supružniku od koga traži izdržavanje ili je u braku učinio preljubu.

Međutim, ovde ostaje mnogo nerešenih pitanja koja nastaju kao rezultat činjenice da nepostoji mogućnost da jedna okolnost a priori dovede do uskraćivanja prava na izdržavanje. Tako, primera radi, da li će biti uzeta u obzir šteta koja je učinjena bilo kad ili neposredno pre nego što je zahtev postavljen. Ili, da li će sud uskratiti ovo pravo u slučaju kada je učinjena preljuba u braku ili je potrebno i da je došlo do napuštanja bračne zajednice i zasnivanje nove sa drugim licem, itd. U svakom slučaju, ni jedna od ovih i sličnih činjenica ne sme biti uzeta u obzir sama za sebe, izolovano. Tako u slučaju preljube učinjene od strane jednog supružnika treba uzeti u obzir i trajanje bračne zajednice, njegovo angažovanje oko podizanja dece i briga za domaćinstvo, itd. Šta uraditi u slučaju da je lice koje traži izdržavanje osuđeno zbog nasilja u porodici? Široko formulisan pojam nasilja u porodici u našem Porodičnom zakonu (čl. 197) ne predstavlja sam po sebi okolnost koja ukazuje na postojanje očigledne nepravde. Suprotnim tumačenjem očigledna nepravda bi dobila znatno širu sadržinu što bio bio izvor novih nepravdi.

S druge strane, primena ovog pravnog standarda kod izdržavanja između srodnika u porodičnom pravu teško da se može prihvatiti kao sankcionisanje njihovog ponašanja kojim se krše njihova međusobna prava i obaveze budući da ona, osim obaveze izdržavanja, nisu ni predviđena Zakonom. Stoga će i sadržina ovog standarda biti, kao što je rečeno, znatno uža u odnosu na izdržavanje između supružnika. Istina, ponekad se u praksi sudova ovaj pojam dosta šire tumači tako da dobija karakter generalne klauzule koja u sebi obuhvata i druge uslove za izdržavanje, objektivne prirode. Tako se u jednoj presudi donetoj povodom zahteva punoletnog deteta na školovanju kaže: "Kada punoletno dete očigledno izbegava i kontinuirano ne ispunjava svoje školske obaveze, obavezivanje roditelja na davanje izdržavanja predstavljalo bi očiglednu nepravdu za njega."³⁶ To što dete ne

³⁶ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž. 2-8/11 od 19.01.2011. godine, Bilten Apelacionog suda u N. Sadu, 2/2011, str. 123.

ispunjava svoje školske obaveze je takođe razlog, dovoljan sam po sebi, da se odbije zahtev za izdržavanje i nema potrebe da se sud poziva na očiglednu nepravdu.³⁷ Odbijanje zahteva za izdržavanje usled očigledne nepravde može da usledi samo u slučaju da su svi uslovi za nastanak prava na strani dužnika i poverioca ispunjeni. Ako neki od njih nije ispunjen onda i ne postoji pravo koje se može zbog očigledne nepravde uskratiti.

Sadržina ovog standarda je ipak najuža kod prava stanovanja i povraćaja poklona.

S obzirom da ja pravo stanovanja pravo deteta teško da se može zamisliti situacija odbijanja zahteva deteta za pravom stanovanja usled očigledne nepravde. To bi, uostalom, bilo protivno i najboljem interesu deteta, kao najvažnijem principu kojim se moraju rukovoditi svi državni organi prilikom odlučivanja o nekom pravu deteta. Uostalom, analogno ovome, detetu ne može biti uskraćeno pravo na izdržavanje prema roditelju usled "očigledne nepravde". U najširem smislu reči činjenice koje ukazuju na postojanje očigledne nepravde u slučaju prava stanovanja prvenstveno mogu biti neke objektivne okolnosti, kao što je bolest roditelja vlasnika stana, stan je mali a u njemu već živi prva supruga i njihovo troje dece, itd.³⁸ U jednoj odluci se kaže da se "Pravni standard očigledne nepravde ne odnosi se na način dobijanja stana u vlasništvu roditelja na čiji teret se ustanovljava pravo stanovanja, u konkretnom slučaju tuženog, već da li bi sveukupna situacija u kojoj bi se tuženi našao posle eventualnog usvajanja tužbenog zahteva bila takva da bi za tuženog predstavljala očiglednu nepravdu. Ovo imajući u vidu njegovu zdravstveno stanje, socijalnu ugroženost i druge okolnosti koje on svojim angažovanjem i radnjama ne bi mogao popraviti"³⁹

U svakom slučaju, samo izuzetno moglo bi se ceniti skrivljeno ponašanje deteta prema roditelju koji je vlasnik stana, ako ima odgovarajući uzrast i ako se radi o ponašanju koje bi po svojim posledicama moralo biti ozbiljno. Skrivljeno

³⁷ Isti sud je slično postupio i u jednom drugom slučaju gde se radilo o supružanskom izdržavanju. U izreci presude se kaže: "Prilikom odlučivanja o osnovanosti zahteva za supružansko izdržavanje, pored materijalnog stanja i situacije u kojoj se nalazi supružnik koji traži izdržavanje, mora se ceniti i materijalno stanje i prilike supružnika od koga se traži izdržavanje, imajući u vidu da supružansko izdržavanje ne sme predstavljati očiglednu nepravdu za drugog supružnika, od koga se traži izdržavanje". U ovom slučaju zahtev nije osnovan jer supružnik od koga se traži izdržavanje nema dovoljno sredstava za to. Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž2 600/11 od 27. 09. 2011. godine, Bilten Apelacionog suda u N.Sadu, 3/2011, str. 137–8.

³⁸ Lj. Milutinović, n.delo, str.459. Treba dodati da ovde, ipak, postoji dilema. Da li se takav mali stan u kome živi prva supruga i njihovo troje dece može smatrati "useljivim".

³⁹ Iz rešenja Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1594/06 od 29. novembra 2006. godine, Bilten sudske prakse, br. 4/2006.

ponašanje roditelja koji vrši roditeljsko pravo prema drugom roditelju, vlasniku stana, ne može biti osnov za uskraćivanje prava stanovanja detetu jer je prikriveno principom "najboljeg interesa deteta".

Što se tiče prava na povraćaj poklona po razvodu braka skrivljeno ponašanje supružnika u braku ne treba biti osnov za uskraćivanje prava na povraćaj poklona. Njegovo zadržavanje po razvodu braka je bez pravnog osnova i to bi trebao biti jedini osnov za odlučivanje. Samo izuzetno, ako bi to poklonoprimca dovelo u izuzetno težak materijalni položaj ne bi bilo pravično vratiti poklon.

POSTUPAK UTVRĐIVANJA OKOLNOSTI IZ SADRŽAJA OČIGLEDNE NEPRAVDE

O postojanju "očigledne nepravde" sud neće voditi računa po službenoj dužnosti. Ona se utvrđuje samo po zahtevu bračnog ili vanbračnog partnera, odnosno srodnika, prema kome je usmeren zahtev za konstituisanje određenog prava. Utvrđenje ove okolnosti automatski dovodi do odbijanja zahteva za konstituisanje prava izdržavanja, stanovanja ili povraćaj poklona. Odbijanje zahteva u svim ovim slučajevima nije zakonski postavljeno kao mogućnost, zasnovana na proceni suda, kao što je bilo ranije kod izdržavanja prema bivšem ZBPO.

O činjenicama i okolnostima koje mogu dovesti do uskraćivanja prava na izdržavanje, povraćaj poklona ili pravo stanovanja, sud odlučuje izrekom presude kojom se odlučuje po zahtevu stranke za konstituisanje ovog prava. U suštini, ovo znači da se ove okolnosti ne mogu utvrđivati preventivno, u postupku za razvod, čak i ako zahtev za konstituisanje nekog od ovih prava nije postavljen.⁴⁰ Ukoliko zahtev, primera radi, za izdržavanje u bračnom sporu nije postavljen nema mesta utvrđivanju ovih činjenica zbog toga što nisu ispunjene pravne pretpostavke za to, tj. ne postoji pravni interes jedne strane za ovo negativno utvrđenje. Teret dokazivanja očigledne nepravde leži na onoj stranci koja se na nju poziva.⁴¹

⁴⁰ Prema bivšem ZBPO subjektivni uslov za izdržavanje (grubo i nedolično ponašanje) mogao se utvrđivati samo u toku parnice za razvod braka. Njegovo utvrđenje, kasnije, u parnici za izdržavanje nije moglo biti traženo jer bi to u suštini značilo ponavljanje postupka za razvod. Činjenice od kojih je zavisilo utvrđenje uzroka za razvod (ozbiljan i trajan poremećaj bračnih odnosa) i činjenice na osnovu kojih se utvrđivalo grubo i nedolično ponašanje su u osnovi bile iste. S toga je stranka, koja se želela ovom okolnošću koristiti, to morala preventivno uraditi u postupku za razvod. Ovo je ponekad moglo dovesti do šikane. Tako je jedan supružnik mogao tražiti utvrđivanje ovih činjenica u situaciji kada je bilo očigledno da takav zahtev od protivne strane nikad neće biti postavljen.

⁴¹ Kao što se već kaže u presudi Okružnog suda u Subotici, Gž. 36/2009 od 23.1.2009. godine. Vidi napomenu pod br. 32.

ZAKLJUČCI

1. Pravičnost nalazi svoju primenu samo u domenu imovinskopravnih porodičnih odnosa.

2. Pravičnost služi da se koriguje zakon kada se on pokaže kao nedovoljan zbog svoje opštosti. Ona se može odrediti kao pravda u svakom posebnom slučaju, s toga ne može postati generalno pravilo budući da tada prestaje biti pravično. Postane li princip, odnosno, jedno opšte pravno pravilo, pravičnost gubi svoje ime.

3. Odbijanje jednog prava jeste izuzetak od opšteg pravila. Opšte pravilo propisuje uslove konstituisanja prava izdržavanja, stanovanja, povraćaj poklona u Porodičnom zakonu. Ako neki od tih uslova nisu ispunjeni onda ne postoji pravo. Pozivanje na pravičnost je moguće samo ako su ispunjeni svi uslovi za konstituisanje prava. Tek tada se može aktivirati sistem zaštite na osnovu pravičnosti.

4. Pravni standard "očigledne nepravde" bez obzira kada se primenjuje ima svoj zajednički imenitelj: težnju da se pomire zahtevi tradicionalnog morala i suprotavljeni interesi subjekata porodičnopravnih odnosa. Sa ove strane posmatran, ovaj standard ima neosporno kompromisni karakter, što je u jednom demokratskom društvu sasvim normalno. Zbog ovog uvođenje klauzule kojom se otklanjaju situacije drastično suprotne pravičnosti ima svoga opravdanja. Imajući ovaj cilj u vidu, jasno je da ovo nije samo pravno, već i moralno, ili više moralno pitanje.

5. U svakom slučaju, na sudskoj praksi ostaje obaveza da dalje razrađuje pojam "očigledne nepravde" pri presuđenju svakog konkretnog slučaja. Sud mora biti vrlo osetljiv na potrebe društvenog života i na društveno shvatanje pravičnosti.

ZORAN PONJAVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law
University of Kragujevac

EQUITY IN FAMILY LAW

Summary

Although the Republic of Serbia courts do not make decisions on equity bases, it does not mean that this concept has been banned from our law. Family Law speaks about obvious examples of

injustice, as the negation of justice, which serve as the reason for the exclusion of the right to maintenance, or in some other cases, the right to remain at home or return the gifts after a divorce.

In all these cases the law authorizes the court to determine on the basis of factual circumstances whether the granting of certain rights in certain circumstances would represent an obvious example of injustice, thus violating the principle of equity. In this way, the equity concept has been given greater significance and wider scope of application than in German or French law, where equity is taken into consideration only in the cases of spousal maintenance. Yet, this principle should be carefully used and narrowly interpreted. Resorting to equity is only possible when all preconditions for constituting a law are fulfilled. Otherwise, as the author points out in his conclusion, the equity would lose its meaning.

*NIKOLA TUPANČESKI,
DRAGANA KIPRIJANOVSKA*

UPOREDNO PРАВNA ANALIZA ZAKONODAVSTVA U OBLASTI BORBE PROTIV SEKSUALNOG UZNEMIRAVANJA

U V O D

Prvobitno “skovan” u sedamdesetim godinama u okviru američkih feminističkih krugova, pojam seksualnog uznemiravanja u sadašnjim uslovima, dobija široke razmere i postaje jedna od najaktuelnijih tema u literaturi ne samo na američkom kontinentu nego, isto tako i u evropskoj naučnoj misli, a i u zakonodavstvu pojedinih država. Na evropskom tlu, ova je tema godinama bila zaboravljena, pa čak u izvesnom smislu i proskribirana. Svojevidnu vrstu zasluga za to imaju različita moralna, sociološko-pravna i politička uverenja, kao i percepcija spomenutog fenomena na čemu se delimično bazira i zakasnela reakcija i rezerviran stav teorije i zakonodavstva.

Širi društven i naučan interes za razmatranje seksualnog uznemiravanja je, još više, potstaknut i statističkim pokazateljima koji ukazuju gotovo frapantne podatke. Tako je, prema nekim podacima procentualno učešće žrtava seksualnog uznemiravanja na radnom mestu (pripadnice na ženski pol) u evropskim ze-

Dr Nikola Tupančeski, profesor i rukovodilac master studija Pravnog fakulteta “Justinijan Prvi” u Skoplju.

Mr Dragana Kiprijanovska, saradnik (demonstrator) na Pravnom fakultetu “Justinijan Prvi” u Skoplju.

mljama se kreće od 40–50%, sa najvećim procenatualnim učešćem za slučajeve uznemiravanja verbalnog tipa (skoro svaka druga ili treća zaposlena žena pojavljuje se kao žrtva maltretiranja).¹ Od ovog fenomena nisu isključeni ni pripadnici muškog pola, iako studije pokazuju da je broj muškaraca koji su žrtve seksualnog uznemiravanja na znatno nižem nivou (oko 10%).²

Prateći situacije u pojedinim evropskim zemljama, proizlazi da je u Francuskoj, prema raspoloživim podacima, ukupno 15% ispitanika (žene) bile žrtve nekog oblika seksualnog uznemiravanja na radnom mestu ili na javnim mestima,³ u Italiji, ukupno 24,4% ženske populacije starosti 14–59 godina, je izjavilo da su doživele bar jedan oblik seksualnog uznemiravanja u poslednje tri godine.⁴ Od ove realnosti ne odstupa ni Nemačka; *argumentum a fortiori*, istraživanja pokazuju da je ukupno dve trećine ispitanika (žene) redovno seksualno uznemiravano. Nasuprot tome, skoro 50% od njihovih kolega je izjavilo da se ova vrsta ponašanja, po njima, ne može kvalifikovati kao ponižavajuće ili uvredljivo.⁵ U Austriji, prema podacima iz Izveštaja o seksualnom uznemiravanju na radnom mestu podnesenom od Komisije za podjednak tretman, 81% anketiranih žena su bile predmet seksualnog uznemiravanja barem jednom ili u nekoliko navrata tokom svoje karijere.

Statistička slika bi bila nepotpuna ako se ne dopuni sa podacima o rasprostranjenosti pojave u Sjedinjenim Američkim Državama. U tom smislu, ističe se da je 83% osoba starosti od 12-16 godina (pripadnice ženskog pola) bilo izloženo nekom obliku zlostavljanja na osnovu pola, uglavnom i pre svega u javnim školama.⁶ Slična je situacija u Kanadi – prema nekim procenama, udeo žena žrtava seksualnog uznemiravanja je oko 87%.

Za potrebe našeg izlaganja, važno je imati i vidu da je otvaranje ove debate i produbljeni pristup problemima koji postoje u ovoj oblasti, pre svega inspirisan

¹ Sexual harassment in the workplace in the European Union, Equality between women and men, European Commission Directorate-General for Employment, Industrial Relations and Social Affairs, 1998.

² *Ibid.*, 14.

³ Jaspard, M., Violence against women: The first French national survey - Population and Societies, Bulletin Mensuel D'information, National Institute of Demographics, 2001, 364, 1–4.

⁴ Sabbadini, L.L., Molest and Sexual Violence. Rome: National Institute of Statistics, 1998
 според Kenny, K., Abu Samah, A., Chan Yin Fah, B., Sexual Harassment: Is it A Case of Gendered Perspective?, International Journal of Humanities and Social Science, Vol. 1 No. 19; December 2011, стр. 296.

⁵ Earle, B. H., Madek, G.A., International Perspective on Sexual Harassment Law, 1993, Law & Ineq. 43.

⁶ United Nations Entity for Gender Equality and the Environment of Women, <http://www.endvawnow.org/en/articles/299-fast-facts-statistics-on-violence-against-women-and-girls-.html>

od skorih (kvalitativnih i kvantitativnih) promena u francuskom zakonodavstvu koje su prouzrokovale povratak *retributivnog arsenala krivičnog prava*.

*Različiti pristupi definisanju seksualnog uznemiravanja
i njegovi pojavni oblici*

Postoje brojne opisne definicije pojma seksualnog uznemiravanja koja posmatra samo određene aspekte i manifestacije, pri čemu se akcentat obično stavlja na radnje preduzete na radnom mestu.⁷ Iako se doktrinarna shvatanja razvijaju relativno kasno, koncept seksualnog uznemiravanja se nazire veoma odavno i to se ogleda u činjenici da se on pominje u Starom zavetu.⁸

Ipak, pionirski korak u pravcu definisanja pojma i objašnjavanja njegovih pojava oblika pravi Catherine MacKinnon u svom delu "Sexual Harassment of Working Women" (1979).⁹ Nastojeći da ponudi adekvatne i izdržane pravne argumente, autor naglašava da je seksualno uznemiravanje ozbiljan i uvek prisutan društveni problem koji se ubraja u osnovne oblike polne diskriminacije. U najširem smislu, radi se o radnjama koje se sastoje u "nametanju seksualnih zahteva protivno volji osobe prema kojoj su usmereni, s obzirom na njegov/njen slabiji položaj ili moć."

Pored toga što se ovde radi o isključivo značajnom delu gde je detaljno razrađeno centralno pitanje, čini se da ne bi mogli da govorimo o nekom originalnom konceptu u pravom smislu reči. To je zato što istorijska retrospektiva podseća da je pojam seksualnog uznemiravanja prvenstveno proizvod američke sudske prakse.¹⁰ Počeci datiraju iz 1964 godine, kada je usvojen Zakon o građanskim pravima (*Civil Rights Act*), koji predviđa zabranu diskriminacije po osnovu pola u odnosu na zaposlene osobe.¹¹

Bez obzira na evoluciju u definisanju seksualnog uznemiravanja, ostaje činjenica da ne postoji teorijski i normativno-pravni konsenzus u pogledu samog

⁷ Tako i Workplace Violence and Harassment: a European Picture, European Agency for Safety and Health at Work (EU-OSHA), 2010, str. 16.

⁸ Tanya Martinez Shively, Sexual Harassment in the European Union: King Rex Meets Potiphar's Wife, 55 LA. L. REV. 1087, 1088-89 (1995).

⁹ Prema Fred Shapiro (2000), rad MacKinnon se ubroja među osam najčešće citiranih dela u američkoj pravnoj literaturi objavljenih krajem sedumdesetih godina.

¹⁰ Jedan od najpoznatijih sudskih sporova u kom se raspravljalo o seksualnom uznemiravanju je slučaj *Williams v. Saxbe* (1976) od kada uostalom, počinju i šire debate o ovoj pojavi. Shodno stajalištu Suda, seksualno uznemiravanje predstavlja oblik polne diskriminacije.

¹¹ 42 U.S.C. § 2000e-2 (2000).

pojma. U pitanju je složen fenomen pod kojim se mogu podvesti brojne i raznovrsne radnje, radi čega je neophodno da se ukratko zadržimo na pojedinim teorijskim stajalištima, i to pre svega, onih koji su pokazali najširu rasprostranjenost, kao i fenomenološke oblike pod kojim smo mogli podvesti postupanja ove vrste.

Evropska komisija u svom "Kodeksu praklike" definiše seksualno uznemiravanje na sledeći način "nepoželjno ponašanje seksualne prirode ili drugog oblika postupanja koji se vrši na osnovu pola i utiče na dostojanstvo osoba u radnom okruženju." U tom smislu, moguće je da se radi o različitim oblicima seksualnog uznemiravanja: fizičkog, verbalnog i neverbalnog.¹²

Jedna od najčešće citiranih definicija je definicija ponuđena iz Komisije za stanovanje i fer zapošljavanje (*Fair Employment and Housing Commission*), prema kojoj seksualno uznemiravanje predstavlja oblik (nedozvoljenog) ponašanja i u sebi obuhvata aktivnosti koje se sastoje u pritisku ili insistiranju počinitelja, koja se manifestuje u različitim oblicima i čiji se glavni cilj sastoji u korišćenju seksualnih usluga suprotno volji žrtve.

U tom smislu, možemo razlikovati više oblika (verbalno, vizuelno ili fizičko uznemiravanje uključujući i one radnje preduzete u odnosu na osobu (a) istog pola),¹³ pri čemu glavni razlog za njihovo preduzimanje predstavljaju seksualne pobude na strani počinioca.

Fenomenološka slika ove pojave se glavno sastoji iz sledećih radnja: upućivanje seksualnih predloga suprotno volji osobe; (seksualno usmerenih) "kompenzacijskih ponuda" ili tzv. ponuda za unapređenje u službi u zamenu za seksualne usluge, osveta ili pretnja osvetom, pri čemu je osnovni razlog za revanšizam negativni odgovor žrtava, dalje, gestikulacija ili pokazivanje znakova koji simbolizuju nešto, kao što je izlaganje seksualno privlačnih predmeta, slika, karikatura ili postera, *verbalno uznemiravanje*, koje se sastoji u iznošenju zahteva za seksualne usluge, potcenjujuće i uvredljive izjave i komentari; šaljive izjave seksualne pozadine; slanje sugestivnih ili nepristojnih pisama, primedbi ili poziva, elektronske beleške itd. Najviše rangirani u tom smislu su, t.j. nepristojne i seksualne šale koje su u direktnoj vezi sa seksualnim motivima počinioca.¹⁴ Seksualno uznemiravanje u svom *fizičkom obliku* se može sastojati u telesnom kontaktu, napadu, spre-

¹² Chilea, D., European Legislation Regarding the Sexual and Moral Harassment; tekst je dostupan na: http://revcurentjur.ro/arhiva/attachments_201104/recjurid114_10F.pdf.

¹³ V. *Supra*, note 2, 18.

¹⁴ Istraživačke studije ukazuju da su dejstva uznemiravanja koja se sastoje u upućivanju "šaljivih seksualnih izjava" u većini evropskih država (kao npr. Nemačka, Danska, Švedska, Holandija, Luksemburg, Ujedinjeno Kraljevstvo) imaju značajan udeo, t.j. kreću se između 56%–81%.

čavanjem ili blokiranjem kretanja, uključujući i druga ponašanja koja ukazuju na povredu osećanja stida i predstavljaju oblik ponižavajućeg postupanja.¹⁵

Polazeći od deskriptivne metode u pogledu određivanja navedene pojave, kao i većine drugih definicija pored navedene, dodaju se još i pogledi, t.j. napadno posmatranje koje sugerise seksualnu zainteresovanost; uvredljive opaske o izgledu, odevanju, delovima tela, odeće, izražavanje mišljenja i komentara kojima se zadire u seksualni život; kontinuirano izražavanje seksualnih interesa i onda kada je osoba kojoj su upućeni, jasno stavila do znanja počinocu da mu/joj to uzrokuje osećaj neprijatnosti i stida, insistiranje i/ili prinuda (direktno ili indirektno) na seksualne aktivnosti u okolnostima gde se koristi kao metod ostvarivanja kontrole ili uticaja na karijeru, mogućnosti napredovanja na radnom mestu, iznos zarade; stvaranje neprijatnog, neprijateljskog ili zastrašujućeg radnog okruženja za žrtve.¹⁶ Slično gorenavedenom su i radnja koja se sprovode u okviru obrazovnog sistema sa razlikom što ovde, počinilac nastoji da utiče ili kontroliše mogućnosti za napredovanje u procesu obrazovanja,¹⁷ polaganja ispita, ispitnih rezultata, itd.¹⁸

Najčešće, istraživačke studije i aktivnosti preduzete od strane međunarodne zajednice, isto tako i zakonodavstva države, su fokusirane na seksualno uznemiravanje sprovedeno na radnom mestu. Pojava poznata kao “*mobing*” (“*bullying*”, “*work abuse*”, “*employee abuse*”) je u poslednje dve decenije u centru pažnje stručnih krugova, a značajni napori su preduzeti i u pravcu jačanja nacionalno - pravne regulative pojedinih država koja pokriva ovu materiju.¹⁹

¹⁵ <http://www.dfeh.ca.gov/res/docs/publications/DFEH-185.pdf>.

¹⁶ Za seksualno uznemiravanje na radnom mestu opširnije v. Sabitha, M., *The Role of Gender and Attitudes towards Women in The Perception of Sexual Harassment: A Malaysian Perspective*, Paperwork Presented at Hawaii International Conference on Social Science, 11–15th June, Hawaii, USA, 2002; Dunwoody, M., V., Gutek, V.A., S.H. E. *Project Report: Sexual Harassment in the Workforce, Results of a survey*. Sacramento: Sexual Harassment in Employment Project of the California Commission on the status of women, 1985.

¹⁷ O oblicima seksualnog uznemiravanja u oblasti obrazovanja v. Mazer, D. B., Percival, E.F., *Ideology or experience? The relationships among perceptions, attitudes, and experience of sexual harassment in university students*, *Sex Roles*, 20, 1989, str. 135–147.

¹⁸ <http://fhdafiles.fhda.edu/downloads/diversity/Def.ofSexualHar.pdf>.

¹⁹ U literaturi se smatra da je prvi koji je upotrebio ovaj koncept, poznati švedski psiholog Hienz Leymann, upotrebivši ovu reč za neprijateljsko ponašanje na radnom mestu. Leymann u svojoj “Enciklopediji mobinga” (*The Mobbing Encyclopedia*), definiše mobing na sledeći način: “psihički teror ili mobing na radnom mestu uključuje neprijateljsku ili neetičku komunikaciju, koja je na sistematičan način, usmerena od strane jedne ili više osoba, pretežno prema jednom licu, koje je usled toga dovedeno u poziciju bespomoćnosti ili nemogućnosti da se odbrani i koje se u tom položaju zadržava kontinuiranim aktivnostima mobbinga.” Među glavnim elementima pojave ističu se

S obzirom na različite oblike koje može poprimiti seksualno uznemiravanje, teško je dati njegovu definiciji. To je zaista široka kategorija, ili kompleks radnja u okviru kojih se mogu ubrojiti i one radnje koja imaju elemente uznemiravanja, a koje se sprovode u zdravstvenom sektoru, pri ukazivanju pravne pomoći, kao i u oblasti sporta i trgovine.²⁰ Komplementarni deo ove definicije (ili definicija) su dela seksualnog uznemiravanja počinjenih na javnim mestima,²¹ a samim tim i u javnom prevozu.²²

Međunarodni pravni okvir

Međunarodni instrumenti u kojima su utemeljena osnovna pravila i standardi za zaštitu ljudskih prava i sloboda i, iznad svega, pravo poštovanja dostojanstva ličnosti i zahteva za obezbeđivanje osnovnih uslova za rad, su odigrali važnu ulogu u usmeravanju interesa savremenog zakonodavstva u pogledu jačanja nacionalnog pravnog okvira, putem inoviranja postojećih zakonskih rešenja ili primenom metoda uspostavljanja novog zakonskog okvira, u skladu sa odredbama međunarodnih dokumenata.

U evropskim okvirima, bez veće minucioznosti može se primetiti da su međunarodni dokumenti u vezi sa ovim pitanjem, prvenstveno i suštinski koncentrisani na seksualno uznemiravanje na radnom mestu, što znači da dodiruju samo određene aspekte fenomena.

Među značajnijim međunarodnim aktima, posebno bi izdvoili sledeće: Direktiva 76/207/EES Saveta ministara u vezi primene načela jednakog tretmana muškaraca i žena u pogledu pristupa zapošljavanju, stručnoj obuci, unapređenja i

njeno često ponavljanje (najmanje jednom nedeljno) i dugog trajanja (najmanje tokom šest meseci). Leymann zaključuje da takve preuzete radnje mogu izazvati dalekosežne posledice (kao na pr. psihički poremećaji osoba, psihosomatske i socijalne patnje, itd.), v. Gajin, S., (ur.), Drobnjak, T., Kočić-Mitaček, V., Model Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, Centar za unapređivanje pravnih studija, Beograd, 2008, str. 10 itn.

²⁰ Petersen, J., Sexual Harassment in the Workplace, Centre for Comparative and Public Law Faculty of Law The University of Hong Kong, Occasional Paper No. 4, June 2002, str. 4–5.

²¹ Opširnije o uznemiravanju na javnim mestima v. MacMillan, R., Nierobisz, A., Welsh, S. Experiencing the streets: Harassment and perceptions of safety among women, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 37, 2000, 306–322; Bernard, C., Schlaffer, E., “The Man in the Street: Why He Harass”. *Feminist Framework: Alternative Theoretical Accounts of the Relations between Women and Men*, 1984, str. 70; Gardner, C. B., *Analyzing gender in public places: Rethinking Goffman’s vision of everyday life*. *The American Sociologist*, spring, 1985, str. 44–56.

²² Opširnije v. Tanasković, B., Račeta, M., *Istraživanje seksualnog uznemiravanja u javnom prevozu u Beogradu*, TEMIDA, Decembar 2007, str. 23–32.

uslovima rada, revidirana nekoliko puta (u 2002 god. sa Direktivom 2002/73/ES²³ i Direktivom 2006/54/ES u 2006 godini Evropskog parlamenta i Saveta),²⁴ koje, između ostalog, definišu termine “uznemiravanje” i “seksualno uznemiravanje” (čl. 2, t. (c) i (d)). *Uznemiravanje* podrazumeva bilo koji oblik neželjenog ponašanja u vezi sa polom osobe, koje se sprovodi sa ciljem ili ima za posledicu povredu dostojanstva osobe i stvaranje zastrašujuće, neprijateljske, ponižavajuće ili uvredljive radne sredine. “*Seksualno uznemiravanje*”, međutim, je svaki oblik neželjenog verbalnog i neverbalnog ili fizičkog ponašanja seksualne prirode koje ima za cilj ili posledicu povredu dostojanstva osobe, a posebno stvaranje osećaja straha, neprijateljskog, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja.²⁵

Lista međunarodnih dokumenata se sastoji još i od Direktive 2000/43/ES od 29. juna 2000. god. za primenu principa jednakog tretmana bez obzira na pripadnost određenoj rasi ili etnikumu,²⁶ zatim Direktiva 2000/78/ES za postavljanje opštog okvira za jednak tretman pri zapošljavanju i izboru zanimanja,²⁷ Direktiva 89/391/EES za preduzimanje mera za unapređenje bezbednosti i zdravlja pri radu,²⁸ a od posebnog značaja na ovom mestu je i Okvirna odluka koja se odnosi na slučajeve uznemiravanja i nasilja na radnom mestu od 2007. godine.²⁹

*Kratak pregled o zakonskim rešenjima inkorporiranih
u komparativnim pravnim sistemima pojedinih država*

Opšte napomene. – Potreba za pronalaženje efikasnog odgovora za sprečavanje seksualnog uznemiravanja u komparativnim zakonodavstvima ima za svoju direktnu posledicu usvajanje pristupa od kojeg su razvijeni i različiti zakonodavni modeli: usvajanje posebnih zakona koji su, između ostalog, koncentrisani

²³ Opširnije v. i Owens, M.J., Gomes, M. G., Morgan, F.J., *The New EU Directive Prohibiting Sexual Harassment in the Workplace: Reflections From Across the Pond*, 7th Conference on International Human Resource Management Limerick, Republic of Ireland, June 2003

²⁴ http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32006L0054.

²⁵ Opširnije o ovom v. i Деаноска, А., *Сексуалното вознемирување на работното место во САД и ЕУ*, Годишник на Правниот факултет “Јустинијан Први” во чест на Тодорка Оровчанец, Скопје, 2006, str. 656–670.

²⁶ http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdo=32000L0043&model=guichett.

²⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:en:HTML>.

²⁸ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0391:en:HTML>.

²⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52007DC0686:EN:NOT>.

na uznemiravanje na radnom mestu (kao na primer Belgija, Finska, Švedska, Slovačka, Litvanija, Srbija, itd.) ili pokušaj pronalaska rešenja u okviru radnog prava, posebno zakoni koji uređuju radne odnose (kao, na primer, Kipar, Francuska, Mađarska, Poljska, Češka, Irska, Portugalija, Španija, itd.).³⁰ Konačno, ono što je u liniji sa našim izlaganjem je upravo stav koji se iako ne može "pohvaliti" sa svojim dominantnim prisustvom, ipak, zaslužuje otvorenu diskusiju i dubinsku analizu, posebno uzimajući u obzir inovacije u francuskom zakonodavstvu koje nedvosmisleno zagovaraju potrebu od reaktiviranja krivičnog pravnog mehanizma zaštite u ovoj oblasti. Drugim rečima, promene u slici seksualnog uznemiravanja, ne samo što su izazvale skretanje pažnje i izoštravanje fokusa na ovu temu, nego takođe mogu dovesti i do promena u dioptriji postavljajući još jednom glavno pitanje – (da li) i u kojoj meri je krivično pravo pozvano da interveniše u ovoj sferi odnosa?

Za taj cilj, pre nego pređemo na rešenja inkorporirana u francuskom pravu, slediće kratak prikaz zakonodavstva pojedinih država, zadržavajući se pre svega na onima u kojima posebno dolaze do izražaja krivični aspekti ovog fenomena.

Belgija. – U belgijskom pravu, debate oko seksualnog uznemiravanja se intenziviraju negde u sredini osamdesetih godina, u kom je periodu napravljeno više studija u kojima su dodatno razrađeni određeni aspekti spomenutog fenomena.

Iz aspekta zakonodavstva, značajne odredbe sadrži Zakon za zaštitu od nasilja, moralnog i seksualnog uznemiravanja na radnom mestu (*Loi relative a la protection contre la violence et harcèlement moral ou sexuel au travail*) iz 2002, dopunski revidiran u 2006 godini,³¹ gde je ugrađena sledeća definicija: "seksualno uznemiravanje obuhvata sve akte fizičkog, verbalnog ili neverbalnog karaktera, koji se sprovode na seksualnoj osnovi, u okolnostima u kojima počinitelj zna ili je morao znati da to negativno utiče na dostojanstvo određene osobe na radnom mestu."

Zakon o zaštiti od diskriminacije iz 2003, tretira seksualno uznemiravanje kao oblik diskriminacije, definišući ga na način koji je u punoj meri u skladu sa odredbama statuiranim u međunarodnim instrumentima koji se odnose na ovu problematiku.

Ono što je od posebnog značaja za potrebe našeg izlaganja, jeste upravo pitanje krivične odgovornosti za dela seksualnog uznemiravanja. Naime, belgijski

³⁰ Opširnije v. European Association of Labour Court Judges, Twelfth Annual Congress 4th & 5th July 2008, FINAL REPORT Harassment and Violence at Work.

³¹ Tekst Zakona je dostupan na francuskom jeziku na <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2006/12/articles/be0612039i.htm>.

Krivični zakonik³² dodiruje ovu materiju, sankcionirajući u posebnom poglavlju (IV bis-Du Harcelement) radnje koje imaju karakter uznemiravanja, u najširem smislu. U skladu sa odredbom čl. 442 bis, kažnjiva su dela koja se sastoje u uznemiravanju određene osobe u okolnostima u kojima počilac zna ili je morao znati da će tim ozbiljno uticati na mir dotične osobe. Delo je kažnjivo zatvorom u trajanju od petnaest dana do dve godine, ili alternativno, novčanom kaznom od 50 do 300 evra. Progon za delo iz ovog člana se preuzima pokretanjem privatne tužbe.

Mađarska. – U Mađarskoj, seksualno uznemiravanje se prvenstveno tretira Zakonom o jednakom tretmanu i promociji jednakih mogućnosti (*Act CXXV of 2003 on Equal treatment and promotion of Equal Opportunities*),³³ tačnije u odredbi iz čl. 10 gde je, između ostalog, data i definicija o uznemiravanju. Prema zakonu, ovaj pojam pokriva dela preduzeta na seksualnoj ili drugoj osnovi koja predstavljaju povredu ljudskog dostojanstva i stoje u direktnoj vezi sa odredbom iz čl. 8, odnosno negativne diskriminacije u okolnostima u kojima su sprovedene u cilju stvaranja neprijatnog, neprijateljskog, ponižavajućeg ili zastrašujućeg okruženja za žrtve. Sledeći zakonski propis je Zakon za radne odnose; uprkos tome što ne sadrži eksplicitnu definiciju spomenutog termina, zakon predviđa nekoliko odredbi koje teže da obezbede neku vrstu zaštite od dela (seksualnog) uznemiravanja. Zaštita dostojanstva osoba u radnom odnosu je jedna od glavnih odrednica Zakona. Shodno tome, poslodavac je dužan da preduzme mere koje će omogućiti stvaranje uslova za postojanje bezbednog radnog okruženja i uslova rada.

Krivičnopravni aspekti ovog fenomena dolaze do izražaja kroz nekoliko zakonskih odredbi predviđenih u mađarskom Krivičnom zakoniku, odnosno, u korpusu krivičnih dela koja štite slobodu i ljudsko dostojanstvo. U pitanju su inkriminacija iz čl. 174 “prinuda”, zatim, kleveta (čl. 180), “silovanje” (čl. 192, smešten u krivična dela protiv seksualnog morala, kao i dela “nedoličnog postupanja” iz čl. 198 Krivičnog zakonika.

Analizirajući sistem inkriminacija u mađarskom zakonu, tačnije, onih koje tangiraju našu temu, važno je napomenuti da ovako formulisana pravna rešenja predstavljaju rezultat redakcijskih izmena Krivičnog zakonika iz 1997 godine. Naime, do stupanja na snagu izmena i dopuna zakona, mađarski Krivični zakon polazi od opredeljenja za nezavisno sankcionisanje nedozvoljenih radnji koje imaju prirodu seksualnog uznemiravanja (tako, čl. 176 /A) utoliko više da zakon predvi-

³² <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/16036/preview>.

³³ Tekst Zakonot je dostupan na engleskom jeziku na <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.HUN.3-Annex3.pdf>.

da odgovornost za dela uznemiravanja koja se preduzimaju u odnosu na bivše ili sadašnje supružnike.

*Švajcarska.*³⁴ – Osvrćući se na krivičnopravne aspekte seksualnog uznemiravanja, veoma je važno napomenuti rešenja usvojena u švajcarskom pravu. Ovo, u tom smislu da unutrašnja sistematika radnji protiv seksualnog integriteta ličnosti, dopunski obuhvata i dela seksualnog uznemiravanja.

U pitanju je posebna inkriminacija Krivičnog zakonika (čl. 198), prema kojoj su “kažnjiva dela koja se sastoje u prikazivanju seksualne radnje u prisustvu drugog, kada druga osoba to ne očekuje; *drugi oblik dela sankcioniše radnje fizičkog i verbalnog seksualnog uznemiravanja.* U pogledu sankcija, zakon predviđa novčanu kaznu. Progon za radnje se preduzima po privatnoj tužbi.

Španija. – U vezi sa ovim pitanjem, višestrano su relevantna i rešenja data u španskom Krivičnom zakoniku,³⁵ koji polazi od odredbe za samostalno inkriminiranje seksualnog uznemiravanja. Naime, osnovni oblik dela iz čl.184 st. 1 sankcioniše ona ponašanja koja sadrže zahtev seksualne usluge za sebe ili za drugog u vezi sa zapošljavanjem, obrazovnim procesom ili usluga isporuke, kada se radnja obavlja u više navrata, da bi se isprovocirala žrtva, prouzrokovalo ozbiljno zastrašivanje, neprijateljsko ili ponižavajuće postupanje. Delo je kažnjivo zatvorom od tri do pet meseci, odnosno šest do deset meseci, zavisno od težine dela. Kvalifikovani oblik (st. 2) dolazi u obzir kada se radnja obavlja sa zloupotrebom položaja; propisana je kazna zatvora od pet do sedam meseci, odnosno, od deset do četrnaest meseci. Teže se kažnjavaju i slučajevi u kojima se radnja preduzima u odnosu na posebno osetljive žrtve, s obzirom na njihovu starost ili zdravlje (st.3).

Litvanija. – U Litvaniji, seksualno uznemiravanje pronalazi svoj normativni osnov u Zakonu za jednaki tretman.³⁶ Odredba iz čl. 2 st. 5 sadrži definiciju uznemiravanja, definišući ga kao oblik neželjenog ponašanja, odnosno formu diskriminacije po osnovu starosti, seksualnog opredeljenja, invaliditeta, rasne ili etničke pripadnosti, religijskog ili verskog ubeđenja, kada se ovakve aktivnosti sprovode u cilju kršenja dostojanstva ličnosti ili stvaranja zastrašujuće, neprijateljske, degradirajuće ili ponižavajuće atmosfere. Krivičnopravna odgovornost za radnje (seksualnog) uznemiravanja se može primeniti u slučajevima utvrđenim shodno odredbi čl. 152 Krivičnog zakonika.

Iz zakonskog opisa radnje, proizlazi da pod udar zakona spadaju radnje koje imaju karakter vulgarnog ponašanja, uključujući i druge radnje ove vrste,

³⁴ <http://www.admin.ch/ch/e/rs/3/311.0.en.pdf>.

³⁵ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t8.html#a184.

³⁶ Tekst Zakona je dostupan na http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/legaldocument/wcms_127927.pdf.

koji nude ili navode na seksualni odnos ili obavljanje takvih radnji zbog zadovoljavanja sopstvenih seksualnih potreba, kada se time dovode u pitanje usluge li poverenje određene osobe.

Srbija. – U Srbiji, u skladu sa definicijom sadržanom u Zakonu za radne odnose, kao oblik uznemiravanja se smatra svako neželjeno ponašanje koje se odvija na diskriminatorskoj osnovi u pogledu ličnih karakteristika žrtve (pol, rasa, religija, itd.). Van domašaja pravne regulative, u skladu sa pomenutim Zakonom, ostaju slučajevi, odnosno oblici uznemiravanja na radnom mestu, koji se preuzimaju na drugoj, nediskriminatorskoj osnovi (kao što je zloupotreba moći i položaja, itd.). Stoga, imajući u vidu postojeće praznine u srpskom zakonodavstvu, kao i preporuke sadržane u brojnim međunarodnim dokumentima iz ove oblasti, nameće se potreba donošenja posebnog zakona čiji se glavni cilj zasniva na ideji pružanja zaštite od zlostavljanja na radnom mestu.³⁷

Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu³⁸ usvojen je 5. juna 2010, a stupio je na snagu 4. septembra, 2010 godine i sadrži postupke za zaštitu od zlostavljanja od strane poslodavaca, koji uključuju sve poslodavce (državne organe, privredna društva, preduzeća i ostale poslodavce), postupak za sudsku zaštitu, mere za poboljšanje odnosa na radu i druga pitanja važna za sprečavanje nasilja na radnom mestu u vezi sa samim radom.

Iz krivičnogpravnog aspekta, međutim, radnje koje po svojoj prirodi predstavljaju formu seksualnog uznemiravanja, nisu posebno inkriminisane, ali postoje odredbe koje u izvesnoj meri, tangiraju ovu problematiku. Takva je odredba iz čl. 137 “zlostavljanje i mučenje.” Prema zakonu, kažnjive su radnje koje se sastoje u zlostavljanju ili narušavanju dostojanstva određene osobe (st. 1). Kvalifikovani oblik radnje dolazi u obzir u onim slučajevima gde se radnja vrši silom, pretnjom ili preuzimanja drugih (zabranjenih) radnji, onda kada se efekat radnje sastoji u prouzrokovanju povrede ili teške patnje u cilju dobijanja priznanja, iska za ili drugo obaveštenje, izazivanja straha, kažnjavanja (suprotno zakonu), odnosno obavljanje radnji iz drugih pobuda, onda kada preduzeta radnja (radnje) predstavljaju oblik diskriminacije. Propisana je kazna zatvora od šest meseci do pet godina. Teže se kažnjavaju dela službenih lica počinjene u vršenju službe (sa

³⁷ Ova problematika je u izvesnoj meri pokrivena Zakonom o ravnopravnosti polova iz 2009. god., (čl. 18) u saglasnosti sa kojom uznemiravanje, seksualno uznemiravanje ili seksualno učenjivanje na poslu ili u vezi posla koje čini zaposleni prema drugom zaposlenom smatra se povredom radne obaveze koja pretstavlja osnov za otkaz ugovora o radu, odnosno za izricanje mere prestanka radnog odnosa kao i osnov za udaljavanje zaposlenog sa posla. O okolnostima koje ukazuju da je izložen uznemiravanju, seksualnom uznemiravanju ili seksualnom učenjivanju zaposleni pismenim putem obaveštava poslodavca i traži efikasnu zaštitu.

³⁸ Službeni glasnik Republike Srbije br. 36/10.

zatvorom od tri meseca do tri godine za krivično delo iz st. 1, odnosno zatvorom od jedne do osam godina za delo iz st. 2).³⁹

Francuska. – Francusko (krivično) pravo ima dugu tradiciju u odnosu na regulisanje (i sankcionisanje!) radnji koje predstavljaju jednu vrstu seksualnog uznemiravanja. Skrećući pažnju na krivičnopravnu represiju, od posebnog značaja, kao što smo već pomenuli na početku, su upravo rešenja koje pruža najnovija Novela Krivičnog zakonika iz 2012. godine.

Analizirajući francuski model, gotovo je nedopustivo, da ne spomenemo originalno delo Abigail C. Saguy “What is Sexual Harassment?: From Capitol Hill to the Sorbonne”,⁴⁰ gde su posebno elaborisane varijacije, odnosno diskrepance između američkog i francuskog pristupa u odnosu na dela koja mogu biti svrstana u kategoriju seksualnog uznemiravanja. Kako god izgledale značajne data teorijska gledišta, ipak, u centru pažnje se prvenstveno i suštinski nalaze novelirana zakonska rešenja.

Ali, idemo redom. U francuskom KZ seksualno je uznemiravanje smešteno u drugom poglavlju, gde su sistematizovane i ostale forme seksualnog nasilja (silovanje, seksualno zlostavljanje, itd.). Prema izmena zakona iz 2002. godine, pod udar kažnjivosti spadaju i radnje seksualnog uznemiravanja i radnje koje se izvode na horizontalnoj osnovi. Ocenjujući ih kao nedovoljno precizne, francuski Ustavni sud je 4. maja, 2012. godine ukinuo ova uspostavljena rešenja, navodeći između ostalog, da onako kako su formulisana, ona nisu u stanju da obezbede adekvatnu zaštitu žena – žrtava dela uznemiravanja. Shodno tome, sa poslednjim redakciskim izmenama Krivičnog zakonika napravljene su značajne intervencije u tekstu zakonskih odredbi u kojima se sankcioniše seksualno zlostavljanje. Promene u materijalnom krivičnom pravu su logično izazvale dalje implikacije i u Zakonu o radnim odnosima i Zakonu o krivičnom postupku.

U krivičnopravnom smislu, ključne promene dolaze do izražaja kroz odredbu iz čl. 222-33 st. 2 i 3. Prema zakonu, kažnjiva su (i) dela seksualnog uznemiravanja i prisiljavanja na seksualni odnos ucenom. Suprotno prethodnoj odredbi shodno kojoj odgovornost počinioca dolazi u obzir samo u slučaju višestrukog izvršenja dela, novi Krivični zakon, pod udar kažnjivosti stavlja i slučajeve u kojima se radi o jednokratnom izvođenju radnje. Pored inovacije zakonskog opisa dela, izmenjena optika dolazi do izražaja i na području sankcija predviđenih za

³⁹ Opširine v. Baltasarević, V., Pravni mehanizmi za zaštitu od mobinga u Republici Srbiji, Komparativna pravna analiza zakonodavstva u oblasti bobre protiv mobinga Studija zemalja: Hrvatska, Makedonija, Crna Gora, Srbija, http://www.crnonabelo.com/wp-content/uploads/2012/04/uporedno_pravna_analiza_zakonodavstva_u_oblasti_borbe_protiv_mobinga.pdf

⁴⁰ Saguy, S. A., What is Sexual Harassment?: From Capitol Hill to the Sorbonne, University of California Press, 2003.

ova dela. Kvalifikovani oblici radnje (st. 2 i 3) su uzeti u obzir onda kada je radnja iz st. 1 preduzeta korišćenjem superiorne pozicije nadređenosti i autoriteta nad žrtvom, kada se u svojstvu pasivnog subjekta javlja maloletnik ispod 15 godina; u odnosu na posebno ugrožene žrtve, s obzirom na njihov uzrast, zdravstveno stanje, nemoć, fizičkog ili mentalnog oštećenja, ili kada se spomenuta radnja vrši u odnosu na trudnice onda kada je počinitelj znao ili bio dužan da zna stanje žrtve; teža kazna se propisuje i za slučajeve gde se radnja obavlja uz iskorištavanje materijalnog ili socijalnog statusa žrtve, onda kada počinitelj zna za takvu situaciju, kao i onda kada je u pitanju organizovano izvršavanje dela. Za teže oblike dela propisana je kazna zatvora u trajanju do tri godine i novčana kazna do 45.000 evra.

Zakon o radnim odnosima takođe predviđa krivičnu odgovornost počinitelja kada je krivično delo počinjeno na diskriminatornoj osnovi u okolnostima u kojima radnja izvršenja sadrži elemente moralnog ili seksualnog uznemiravanja.

Makedonija. – Makedonsko pozitivno zakonodavstvo tretira ovu materiju kroz relevantne odredbe sadržane u Zakonu o radnim odnosima⁴¹ i Zakonu o sprečavanju i zaštiti od diskriminacije⁴², gde je eksplicitno definisan pojam uznemiravanje u najopštijem smislu, seksualno uznemiravanje, uključujući i psihičko maltretiranje na radnom mestu (mobing).

Nasuprot pristupu usvojenom u savremenom krivičnom zakonodavstvu koje u sistematici posebnog dela Krivičnog zakonika sadrži posebnu inkriminaciju za seksualno (polno) uznemiravanje, u domaćem pravu, ove radnje se manifestiraju u različitim oblicima i često sadrže stepene ne-prava na nivou dela.

Ali pođimo redom. Zakon o radnim odnosima, u odredbi čl. 9 sadrži zabranu uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja, definišući ih na način i u meri koji u potpunosti odgovaraju definiciji ugrađenoj u Direktivi 2002/73/ES, jedne od najvažnijih međunarodnih instrumenata u vezi sa ovim pitanjem.⁴³ Značajni korak na domaćem nivou je napravljen sa Novelom iz 2009. godine,⁴⁴ u tom smislu da se u tekstu zakona posebno sankcionišu dela psihičkog maltretiranja na radnom mestu, tj. mobinga (čl. 9).⁴⁵

⁴¹ Sl. vesnik na RM, br. 62/05; 106/08; 161/08; 114/09; 130/09; 149/09; 50/10; 52/10; 124/10; 47/11; 11/12 i 39/12.

⁴² Sl. vesnik na RM, br. 50/10.

⁴³ V. čl. 9 st. 1–4 iz Zakona o radnim odnosima.

⁴⁴ Sl. vesnik na RM, br. 114/09.

⁴⁵ U saglasnosti odredbe is čl. 9-a psihičko maltretiranje na radnom mestu (mobing) je svako negativno ponašanje pojedinaca ili grupe koje se često ponavlja (najmanje u periodu od šest meseci), kao i povredu dostojanstva, integriteta, ugleda i časti zaposlenih i izaziva strah ili stvara ne-

Ono koje, međutim, zaslužuje ozbiljne primedbe na ovom mestu je činjenica da spomenuti pravni pripis ne sadrži odgovarajuće odredbe o slučajevima gde je došlo do povrede propisanih zabrana. Jedini oblik pravne zaštite koji je predviđen zakonom je sudska zaštita, ali postoji nedostatak odredbe koje bi precizno odredile zakonski osnov za sudski postupak u slučaju psihološkog uznemiravanja. *Argumentum a fortiori*, u zakonu nedostaju propisane sankcije za izvršeno delo, a same zabrane iz ovog člana nisu obuhvaćene postojećim prekršajnim odredbama iz teksta Zakona. Za tu svrhu, bilo bi uputno, da se pri sledećim redakciskim izmenama zakona, posebno uvaži potreba kompletiranja zakonskih odredbi sa propisivanjem odgovarajućih sankcija za radnja koja se sastoje u povredi zabrane psihološkog uznemiravanja na radnom mestu. Jedna od mogućih alternativnih rešenja je i donošenje posebnog zakona za sperčavanje uznemiravanja i zlostavljanja na radnom mestu gde bi se preciznije regulisala pitanja u vezi mobinga, njegovog sveobuhvatnog definisanja putem ukazivanja njegovih pojava oblika, kao i regulisanje postupaka podnošenja zahteva i dobijanja pravne pomoći i (eventualno) ugrađivanje odgovarajućih krivičnih odredbi.

U Makedoniji, u smeru uspostavljanja efikasnog pravnog okvira koji će obezbediti zaštitu od svih oblika diskriminacije, u 2010 godini usvojen je poseban Zakon o sprečavanju i zaštiti od diskriminacije (na snazi od 1. januara 2011. godine.) U tom smislu, uznemiravanje i ponižavajuće postupanje smatraju se za povredu dostojanstva osobe ili grupe osoba koje proizilazi iz diskriminacije i ima za cilj ili rezultat povredu dostojanstva osobe ili stvaranje pretećeg, neprijateljskog, ponižavajućeg ili zastrašujućeg okruženja, pristupa ili prakse. Seksualno uznemiravanje čine takozvane neželjene radnje seksualnog karaktera, izražene fizički, verbalno ili na bilo koji drugi način, a koje se vrše u cilju ili su dovele do povrede dostojanstva osobe, posebno kada se na taj način stvara neprijateljsko, preteće, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje (čl. 7. st. 1 i 2).

Što se tiče krivičnihopravnih aspekata seksualnog uznemiravanja u domaćem pravu, ostaje glavna tvrdnja prema kojoj je Krivični zakon u ovoj sferi odnosa pozvan da interveniše samo u onim slučajevima gde se radi o određenim najtežim oblicima seksualnog uznemiravanja, uključujući i slučajeve uznemiravanje koji se sprovode na radnom mestu. U pitanju su pre svega sledeće inkriminacije: obljuba zloupotrebom položaja (čl. 189) smeštena u poglavlju krivičnih dela protiv polne slobode i polni moral (proizlazi da ova inkriminacija se prevashodno sastoji u za-

prijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo ponašanje, čiji krajnji cilj može biti prestanak radnog odnosa ili napuštanja radnog mesta. Počinioč psihičkog maltretiranja na radnom mestu (mobinga) može biti jedna ili više osoba sa negativnim ponašanjem, bez obzira na njihove sposobnosti (poslodavac kao fizičko lice ili odgovorno lice ili radnik, st. 3 i 4).

štiti seksualne slobode osoba koje se nalaze u poziciji podređenosti prema drugima, ali i interes ispunjavanja obaveza, dužnosti i ovlašćenja u vršenju službene ili druge dužnosti u vezi sa poštovanjem slobode ličnosti i dostojanstva drugih.⁴⁶

Višestrano relevantna za našu temu je i odredba iz čl. 166: “povreda prava iz radnog odnosa,” kojom se štite prava zaposlenih, a istovremeno je predviđena i odgovornost pravnog lica. Ne smeju se istovremeno izgubiti iz vida i dela iz čl. 137: “povreda ravnopravnosti građana, kao i dela iz čl. 143 Krivičnog zakonika: “maltretiranje u obavljanju dužnosti.”⁴⁷

NIKOLA TUPANCESKI, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”, Skopje
DRAGANA KIPRIJANOVSKA, Msci.,
Contributor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”, Skopje

COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS OF THE LEGISLATION IN THE FIGHT AGAINST SEXUAL HARASSMENT

Summary

Following the experiences accepted in the comparative legislations of the states, the impression is that there are essential differences among them; however, a thorough analysis of the legislation truly indicates the fact that most of them contain almost uniform definitions of the above term, in compliance with the provisions incorporated in the basic international documents that regulate this matter. However, from a quantitative aspect, certain variations still persist in different states. In other words, there are evident differences in regard to the degree of “non-law” and the intensity of the violation of the legal provisions. Some of the countries accept the commitment to apply the criminal protection mechanism for acts containing elements of sexual harassment, considering the pandemic scope of this occurrence (e.g. France).

The second group, on the other hand, includes those countries that foresee disciplinary liability, or misdemeanor liability liability for acts of sexual harassment. Indeed, the application of the method of “borrowing” (or reflecting) the provisions incorporated in the developed European legislation has numerous advantages to adopting some original solutions; nevertheless, it should always be kept in mind that such solutions are not always and sufficiently compliant to the conditions and

⁴⁶ Prema Камбовски, В., Тупанчески, Н., Казнено право-посебен дел, пето, изменето и дополнето издание, Скопје, 2011, стр. 203 итн.

⁴⁷ В. *Supra*, note 25.

circumstances in a given state. From criminal point of view, the issue that remains open is whether and to what extent appropriate interventions are to be made in order to increase the criminal repression of acts of sexual harassment.

Namely, the position to the justifiability and necessity of amending the legal framework in this direction is ambivalent; on the one hand, it is in line with the provisions incorporated in most modern legislations, but what must not be forgotten, is the fact that it may bring new significant implications (specifically in the sphere of work places) that may evidently have an impact on the existing constellation of relations among the employees, the close relations among them and generally, in the broader sense, everything that makes the concept “healthy (and also pleasant) work environment.”

DEJAN MICKOVIĆ,
ANGEL RISTOV

BRAČNI UGOVOR U MAKEDONSKOM I UPOREDNOM PRAVU

U V O D

Uređivanje imotnih odnosa bračnih drugova ima izuzetno veliko značenje za funkcionisanje bračne zajednice. U uporednom pravu sve je veći broj zemalja koje pored imperativnih normi koje uređuju imovinske odnose u braku dozvoljavaju bračnim partnerima da sami dogovore model bračnog imovinskog režima.¹ Osnovni uslov za ostvarivanje ove mogućnosti je da je dozvoljen i uređen bračni ugovor kao preduslov postojanja bračnog imovinskog režima.²

Dr Dejan Micković, profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" Skoplje.

Dr Angel Ristov, asistent Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" Skoplje.

¹ Ne postoji bračni imovinski režim koji je adekvatan i koji zadovoljava potrebe svakog bračnog para. Različiti bračni parovi imaju različite potrebe i želje u odnosu na regulisanje međusobnih imovinskih odnosa koje se mogu i menjati u toku braka. Zbog toga je veoma značajno da sami bračni partneri mogu da uređuju svoje imovinske odnose na različiti način od onog koji je predviđen u zakonu. Videti više kod Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1999, str. 135–136.

² U nauci je prisutno mišljenje da termin "bračni ugovor" nije adekvatan za označavanje ugovora kojim se uređuju imovinski odnosi između bračnih partnera, zbog toga što u nekim zakonodavstvima ovaj ugovor može biti sključen i pre braka. Pored toga, ovakav ugovor mogu sključiti i vanbračni partneri, a u određenim zakonodavstvima i partneri istog pola. Opširnije videti kod Nenad Tešić, "Ljubav na prvi potpis" – O moralnosti bračnih ugovora, *Anali Pravnog fakulteta u*

U makedonskom porodičnom zakonodavstvu dominira zakonski bračni imovinski režim, koji ne ostavlja veliki prostor za slobodnu volju bračnih partnera.³ Naime, makedonski zakonodavac izrčito reguliše samo ugovor kojim bračni partneri uređuju upravljanje i raspolaganje posebnom i zajedničkom imovinom.⁴

Da li da se reguliše bračni ugovor u makedonskom zakonodavstvu će svakako biti jedno od najznačajnijih pitanja koje će se postaviti prilikom buduće reforme porodičnog prava u Republici Makedoniji.⁵ U uporednom pravu uvođenje bračnog ugovora predstavlja jednu od značajnijih reformi u porodično-pravnim sistemima post-socijalističkih država (Srbije,⁶ Hrvatske,⁷ Rusije,⁸ Bugarske,⁹

Beogradu, LVII, 22/2009, str. 230–231; Zoran Ponjavič, “Bračni ugovor” *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 5/2009, str. 229–230; Marija Ignjatović, Imovinski ugovor bračnih drugova u pravu Republike Srbije, Neskklad teorije i prakse, *Pravni život*, 10/2008, str. 490–491. U američkom pravu postoji jasna distinkcija između različitih ugovora: predbračni ugovor (*premarital agreement*), bračni ugovor (*marital agreement*), ugovor između postojećih i budućih vanbračnih partnera (*agreement between current or prospective domestic partners*). Videti § 7.01 (3) *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, The American Law Institute, May, 16, 2000. Cit. prema Nenad Tešić, Ljubav na prvi potpis” – O moralnosti bračnih ugovora, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, LVII, 22/2009, str. 231.

³ Prema makedonskom zakonodavstvu imovina bračnih partnera može biti posebna i zajednička imovina. Više za uređivanje imotnih odnosa bračnih partnera videti kod Ljiljana Spirović Trpenovska, *Semejno pravo*, Univerzitet “Sv. Kiril i Metodij”, Pravni fakultet “Justinijan Prvi” Skopje, 2008, str. 240–252; Božidar Kočov “Imotnite odnosi na bračnite drugari” *Semejnoto zakonodavstvo na Republika Makedonija*, Vrhoven sud na Republika Makedonija, Skopje, 1994, str. 197–214.

⁴ Videti više kod Ljiljana Spirović Trpenovska, *op. cit.*, str. 250–251.

⁵ O potrebi regulisanja bračnog ugovora u makedonskom porodičnom pravu videti više kod Dejan Micković, Angel Ristov, “Reformite vo semejnoto i naslednoto pravo i ingerenciite na notarite”, *Notarius*, br. 19, Notarska komora na Republika Makedonija, Skopje, 2011, str. 70–83.

⁶ O bračnom ugovoru u srpskom pravu, v. opširnije kod Slobodan Panov, *Porodično pravo*, Pravni fakultet Univerzite u Beogradu, 2010, str. 356–368; Gordana Kovaček-Stanić, *Porodično pravo: partnersko dečje i starateljsko pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2007, Novi Sad, str. 125–129; Marija Draškić, *Porodično pravo i prava deteta*, JP Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 408–412; Milan Počuča, *Porodično pravo*, Univerzitet Privredna Akademija, Novi Sad, 2010, str. 324–326.

⁷ Opširnije o bračnom ugovoru u Hrvatskoj videti kod Mira Alinčić, Dubravka Hrabar, Dijana Jakovac-Lozić, Aleksandra Korać-Graovac, *Obiteljsko pravo*, Narodne Novine, Zagreb, 2007, str. 514–518.

⁸ O reformama u ruskom pravu koje se odnose na regulisanje bračnog ugovora videti više kod Александра Матвеевна Нечаева, *Семейное право*, Юрайт, Москва, 2011, str. 77–78.

⁹ Ekaterina Mateeva ističe da “uvođenje instituta bračnog ugovora pretstavlja suštinu zakonodavne reforme iz oblasti bračnih imovinskih odnosa u novom porodičnom kodeksu.” Ekaterina Mateeva, *Семейно право на Република България*, ВСУ “Черноризец Храбър”, София, 2010, str. 164. O bračnom ugovoru u bugarskom porodičnom pravu videti i kod: Цанка Цанкова, Методи Марков, Анна Станева, Велина Тодорова, *Коментар на новия Семейен Кодекс*, ИК “Труд

Crne Gore, Republike Srpske, Mađarske i dr.).¹⁰ U makedonskoj praksi bračni ugovor kao neimenovan ugovor se sključuje samo na osnovu načela slobode ugovaranja predviđenog u obligacionom pravu. Imajući u vidu iskustva iz uporednog prava kao i potrebu koja proizlazi iz savremenih društvenih odnosa, smatramo da je potrebno da se bračni ugovor reguliše u makedonskom porodičnom zakonodavstvu.

U ovom radu će biti obrađeno pitanje pojma bračnog ugovora, kao i njegove pojave i istoriskog razvoja. Pored toga, biće obuhvaćena i pitanja o sključivanju bračnog ugovora, ugovornih strana, kao i forme i predmeta bračnog ugovora. Na kraju rada biće izloženi i argumenti *pro et contra* uređivanja bračnog ugovora.

POJAM BRAČNOG UGOVORA

U većem broju zakonodavstva ne postoju precizna zakonska definicija bračnog ugovora. Tako na primer u nemačkom pravu, predviđa se da “supružnici mogu da urede imovinske odnose ugovorom (*Ehervetrag*), posebno da urede ili izmene bračni imovinski režim nakon stupanja u brak (§1408 *BGB*).” Slično rešenje je predviđeno i u švajcarskom zakonodavstvu prema kome: “bračni ugovor može biti sklučen pred ili nakon sključivanje braka. Ugovorne strane mogu da prihvate određeni režim, da ga opozovu ili da ga promene u granicama koja su predviđene zakonom (čl. 182 *CCS*).” Preciznu definiciju sadržaja bračnog ugovora ne predviđa ni francuski *Code Civil*.¹¹ Slično kao i stari građanski zakonici, veći broj savremenih zakonodavstva ne sadrži sveobuhvatnu definiciju pojma bračnog ugovora. U ruskom Porodičnom kodeksu bračni ugovor se opredeljuje kao ugovor između supružnika kojim se regulišu imotna prava i obaveze supružnika u braku i u slučaju razvoda braka (čl.40 *SKRF*).¹² U hrvatskom porodičnom zakonu bračni ugovor se opredeljuje kao pravno delo između budućih ili bračnih drugova za uređivanje imovinskopravnih odnosa koji obuhvataju postojeću ili buduću imovinu (čl. 255 st. 1 *ZP*). U bugarskom Porodičnom kodeksu je predviđeno da se bračnim ugovorom “uređuju imovinski odnosi između muža i žene u braku i u slučaju razvoda braka.”¹³

и право”, София, 2009, str. 105–133; Методи Марков, *Семейно и наследствено право*, Сиби, София, 2009, str. 58–63.

¹⁰ O bračnom ugovoru u uporednom pravu videti kod Gordana Kovaček Stanić, *Uporedno porodično право*, Univerzitet u Novom Sadu – Pravni fakultet, Novi Sad, 2002, str. 62–72.

¹¹ U članu 1318 *Code Civil*-a je predviđeno da bračni drugovi mogu ugovorom da regulišu njihove imovinske odnose pod uslovom da ovaj ugovor nije suprotan imperativnim zakonskim normama i dobrim običajima.

¹² Videti više kod Александра Матвеевна Нечаева, *op. cit.*, str. 77.

¹³ Екатерина Матеева, *op. cit.*, str. 165.

U pravnoj teoriji postoje različite definicije pojma bračnog ugovora. U tom smislu poznati francuski civilist Marsel Planiol, ističe da bračni ugovor pretstavlja “ugovor kojim bračni partneri utvrđuju njihova imovinska prava i sami uređuju bračni režim.”¹⁴ Žan Karbonie navodi da bračni ugovor predstavlja “jedan instrumenat raznovidnosti, mogućnosti izbora i modificiranja različitih modela bračnog imovinskog režima.”¹⁵

Prema mišljenju drugih autora bračni ugovor pretstavlja “porodični ugovor koji se odnosi na imovinski režim supružnika, ali ponekad i na nasleđivanje njihovih roditelja ili na uslove koje treba da ispune u korist njihove dece.”¹⁶ Prema nekim drugim francuskim autorima bračni ugovor (*contrat de mariage*) je ugovor kojim budući bračni partneri ili bračni partneri utvrđuju njihov imovinski režim.¹⁷ U austrijskoj pravnoj teoriji kao bračni ugovor se smatra onaj koji ima za cilj da reguliše “zbir svih imovinskih aspekata u braku.”¹⁸

U Švajcarskoj teoriji se navodi da je bračni ugovor usmeren ka izboru bračnog imovinskog režima i uređivanju imovinskih odnosa supružnika, odnosno da to pretstavlja ugovor kojim se regulišu posledice od braka u odnosu na imovinu svakog od bračnih partnera.¹⁹ Bugarska nauka definiše bračni ugovor kao “dvostrano pravno delo kojim supružnici uređuju imovinske odnose pomeđu njih koji su povezani sa brakom i njegovim prestankom.”²⁰

U Srbiji, profesor Panov definiše bračni ugovor kao “ugovor koji se zaključuje u zakonim određenoj pisanoj formi, kojim ugovorne strane (budući supružnici ili supružnici) uređuju svoje imovinske odnose o postojećoj ili budućoj imovini.”²¹

¹⁴ Marcel Planiol, *Traité Élémentaire de DROIT CIVIL*, Tome troisième, Paris, 1910, str. 8.

¹⁵ Jean Carbonier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Quardriège/Puf, Paris, 2004, str. 1262

¹⁶ Paul Orliac, Jean-Loius Gazzaniga, *Histoire du droit privé de l'An mil du Code civil*, Edition Albin Michel S.A., Paris, 1985, str. 300.

¹⁷ U francuskom pravu budući bračni partneri, ukoliko žele, imaju pravo da skluče bračni ugovor i da odaberu jedan od vidova bračnih režima koji su zakonski regulisani. Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, *Leçons de DROIT CIVIL, Tome quatrième*, Éditions Monchrestien, Paris, 1963, str. 39.

¹⁸ Werner Ogris, Paul Oberhammer, *Législation Comparée: Autriche*, No. 8, Éditions du Juris'Classeur, 1997, str.6.

¹⁹ O ovome podrobnije videti kod: D. Giesen, *Familienrecht*, Tübingen, 1994, str. 116; Ch. Brückner, *Schweizerisches Beurkundungsrecht*, Zürich, 1993, str. 654–655; Grossen Guillod, *Législation compare: Suisse*, Éditions du Juris-Classeur, No. 2, 1999, str. 12.

²⁰ Цанка Цанкова, Методи Марков, Анна Станева, Велина Тодорова, *op. cit.*, str. 125.

²¹ Slobodan Panov, *op. cit.*, str. 356.

POJAVA I ISTORIJSKI RAZVOJ
BRAČNOG UGOVORA

Bračni ugovor je pravni institut koji nema dugu pravnu istoriju.²² Rimsko pravo nije predviđalo bračni ugovor, zbog toga što je bračni imovinski režim bio uređen imperativnim zakonskim normama.²³ Zbog toga u rimskom pravu nije bilo moguće dogovorno uređivanje imovinskog režima bračnih partnera,²⁴ a rimljani su praktikovali samo davanje miraza i prebračnog dara.²⁵

U srednjevekovnom periodu nije se značajnije promenilo stanje u odnosu na bračne ugovore, mada se tada za prvi put pominju "bračni ugovori". Međutim, u Francuskoj oni su po svojoj suštini pre svega bili obećanja data u vezi sa brakom (*promesses de mariage*), i obećanje davanje miraza (*stipulation d'une dot*). Stari običaji u Francuskoj nisu predviđali bračni ugovor i nisu ostavljali prostor da se imovinski odnosi između bračnih partnera uredi dogovorno, zbog toga što su oni bili detaljno uređeni običajnim normama.²⁶ Prvi put se bračni ugovor pominje u XVII veku u pisanim običajima, kao način da se modifikuju ugovorna pravila predviđena u lokalnim statutima gradova.²⁷ Nasuprot tome, Francuski građanski zakonik iz 1804 godine daje veliki značaj prebračnom ugovoru, pomoću koga su bračni drugovi imali mogućnost da izaberu jedan od nekoliko vidova bračnih imovinskih režima predviđenim u *Code Civil*, kao i da dogovore njihov poseban imovinski režim (*Code Civil*, čl. 1387–1581).²⁸ Bračni ugovor, osim

²² Više o pojavi i istorijskom razvoju bračnog ugovora videti kod: Marcel Planiol, *op. cit.*, str. 8. Ambroise Colin, H. Capitant, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, Tome troisième, Dalloz, Paris, 1936, str. 4; Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, *op. cit.*, str. 39–42.

²³ Opširnije o ovome videti kod: Marija Ignjatović, *Predbračnite imotno-pravni odnosi u rimskoto i sovremenoto pravo*, (doktorska disertacija), Praven fakultet "Justinijan Prvi" Skopje, 2008; Ivo Puhan, *Rimsko pravo*, Univerzitet "Sv. Kiril i Metodij" Skopje, 1973, str. 187–197.

²⁴ U određenom periodu u Rimu, budući bračni partneri su imali pravo na izbor - da skluče brak *cum manu* ili *sine manu*, ali su morali da poštuju mirazni režim koji je bio regulisan zakonskim pravilima, tako da nisu imali pravo da sključuju bračen ugovore. Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, *op. cit.*, str. 45.

²⁵ *Ibid*, str. 195–197. Opširnije o bračnom imovinskom režimu u rimskom pravu videti kod: Anne Lefebvre-Teillard, *Introduction historique du droit des personnes et de la famille*, Presses Universitaires de France, Paris, 1996, str. 103–121; Paul Ourliac, J. De Malafosse, *Histoire de droit privé*, Tome III, Droit Familial, P.U.F., Paris, 1968, str. 217–232; Pierre Petot, *Histoire du droit privé français*, *La famille*, Éditions Loysel, Paris, 1992, str. 110–120.

²⁶ Opširnije o bračnom imovinskom režimu u francuskom pravu videti kod: Jean Bart, *Histoire du droit privé*, Monchrestien, Paris, 1998, str. 299–319.

²⁷ Marcel Planiol, *op. cit.*, str. 8.

²⁸ *Ibid*, str. 9.

u Francuskom građanskom zakonu, zastupljen je i u ostalim građanskim zakonima, tako da on predstavlja značajan deo porodičnih zakonodavstva u velikom broju zemalja Evrope. Austrijski građanski zakon iz 1811. godine (ABGB) predviđa više oblika bračnih ugovora (§§1217–1266), a ovo rešenje je prihvaćeno i u Srpskom građanskom zakonu iz 1844. godine (§§759 – 788), ali iskustvo pokazuje da je njegova primena u u praksi bila veoma retka.²⁹ U njemačkom građanskom zakonu (BGB) iz 1896 godine bračni ugovor (§1408) omogućava dva posebna vida ugovornih bračnih imovinskih režima: podela imovine (*Gütertenubng*, §1414 BGB) i imovinski zajednicu *Gütergemeinschaft* (§ 1415 BGB).³⁰ I Švajcarski građanski zakonik (*Code civil Suisse*) iz 1907 godine predviđa bračni ugovor, kojim se omogućuje bračnim partnerima da prihvate, opozovu ili modificiraju njihov bračni imovinski režim u granicama predviđenim zakonom (čl. 182–184).³¹

SKLJUČIVANJE BRAČNOG UGOVORA

U nekim zemljama bračni ugovor može biti sključen nakon sklapanja braka, a u nekim je predviđeno da ovaj ugovor mogu sključiti i budući bračni partneri. U slučaju kada se predviđa da se ugovor može sključiti i pre sklapanja braka, on nosi naziv *predbračni ugovor*, a ugovorne strane su budući bračni partneri. U ovom slučaju nastupanje dejstva ugovora je pod odložnim uslovom, a to je sključiva nje braka. U slučaju da ne dođe do sključivanja braka, ovaj ugovor ne proizvodi nikakve pravne posledice. Ovo rešenje je predviđeno u Francuskom građanskom zakonu (čl. 1395 *Code Civil*). Takav je slučaj i u austrijskom pravu (čl. 1217

²⁹ Slobodan Panov, *op. cit.*, str. 357.

³⁰ Videti detaljnije kod: Peter Gotwald, Dieter Schwab, Eva Büttner, *Family and Succession Law*, Wolter Kluwer International, 2001, crp. 107–116. BGB predviđa dva vida dogovornih režima: 1) režim podeljene imovine i 2) režim zajedničke imovine. U režimu podeljene imovine, svaki od bračnih drugova zadržava pravo da slobodno upravlja i raspolaže svojom imovinom, ali je dužan da podmiruje obaveze koje proizlaze od prirode braka i zajedničkog života. Režim zajednice može biti prihvaćen samo ukoliko partneri sključe bračni ugovor. Pritom, nemačko pravo predviđa mogućnost da bude prihvaćen jedan od dva modela: zajednicu koja odstupa od imovine stečene u braku ili univerzalnu zajednicu. Videti kod: Marie-Hélène Place, Patrick Cauchois le Mière, *Guide pratique de la transmission du patrimoine en Europe*, Éditions Litec, 1993, str. 123–124.

³¹ U savremenim društvima, u zadnjih nekoliko decenija, bračni ugovor se uređuje u sve većem broju zemalja. Na taj način se omogućuje bračnim partnerima da imaju alternativu prilikom uređivanja njihovog bračnog imovinskog režima: 1) da odluče da prihvate zakonski bračni imovinski režim; 2) da sključe bračni ugovor i da izaberu jedan od vidova bračnih imovinskih režima; i 3) da urede vlastiti bračni imovinski režim.

AGBG),³² gde predbračni ugovor ne proizvodi dejstvo sve do skljućivanja braka, a ovo rešenje je predviđeno i u ruskom, bugarskom, srpskom, hrvatskom i crnogorskom zakonodavstvu. U nekim drugim zemljama, kao na primer u Njemačkoj, bračni ugovor može biti skljućen samo od strane braćnih drugova, tako da nije moguće njegovo skljućivanje pre braka. Slično kao u Njemačkoj, i u Italiji predbraćni ugovori nisu dozvoljeni, jer se smatra da su oni suprotni javnom poretku, zbog toga što mogu "da utiću na supružnike u donošenju lićnih odluka, kao što je odluka o razvodu braka".³³

UGOVORNE STRANE KOD BRAĆNOG UGOVORA

U zavisnost od toga dali je u određenoj zemlji dozvoljeno skljućivanje predbraćnog ugovora, ili samo braćnog ugovora, kao ugovorne strane se mogu javiti budući braćni partneri ili samo braćni partneri. Ugovorne strane treba da budu poslovno sposobne da bi mogli zakljućiti punovažan braćni ugovor, odnosno one treba da budu punoletna lica koja su sposobna za rasuđivanje.³⁴ Osim od strane braćnih partnera, u njihovo ime i za njihov račun braćni ugovor može biti skljućen i od strane njihovog zakonskog zastupnika. U tom slućaju, braćni ugovor mogu skljućiti i lica koja su poslovno nesposobna ili imaju ogranićenu poslovnu sposobnost. Ovakvo rešenje predviđa i nemaćko pravo gde braćni ugovor može skljućiti i lice koje ima ogranićenu poslovnu sposobnost, ali samo uz saglasnost (*zustimmung*) njegovog zakonskog zastupnika (§ 1411 BGB).³⁵ Ako je zakonski zastupnik staraoc, on može skljućiti braćni ugovor samo uz saglasnost

³² Werner Ogris, Paul Oberhammer, *op. cit.*, str. 6.

³³ Gordana Kovaćek Stanić, *Uporedno porodićno pravo*, Univerzitet u Novom Sadu-Pravni fakultet, Novi Sad, 2002, str. 67. Videti podrobnije kod Leonardo Lenti, *Législation compare: Italie*, Éditions du Juris-Classeur, No. 2, 1997.

³⁴ U tom smislu francuska civilistika istiće da je za skljućivanje braćnog ugovora potrebna dvojna sposobnost – sposobnost za skljućivanje braka (*capacité de marier*) i poslovna sposobnost (*capacité de contracter*). Lica koja su delimićno poslovno sposobna ne mogu skljućivati ovaj ugovor. Predviđen je izuzetak od ovog pravila, i to za lica koja su emancipovana ili koja su dobila dozvolu za skljućivanje braka. U ovom slućaju oni mogu skljućiti braćni ugovor ali samo nakon skljućivanja braka. Ovo proizlazi iz činjenice da oni stiću potpunu poslovnu sposobnost u momentu skljućivanju braka i pored toga što nisu punoletni. Marcel Planiol, *op. cit.*, str. 9.

³⁵ U slućaju da je staratelj zakonski zastupnik, potrebno je i odobrenje (*Genehmigung*) starateljskog suda, ukoliko se iskljućuje ili ogranićava poravnanje stećenog, ili ako se ugovara promena imovinske zajednice. Zakonski zastupnik skljućuje ugovor i u ime potpuno poslovno nesposobnog supružnika; on ne može ugovoriti niti promeniti imovinsku zajednicu.

starateljskog suda.³⁶ Slična rešenja su predviđena i u srpskom³⁷ hrvatskom,³⁸ crnogorskom³⁹ i u drugim pravnim sistemima. I u francuskom pravu je dozvoljeno da bračni dogovor bude sključen od strane zastupnika, ali bračni ugovor koji je sključen bez prisustva bračnih drugova ili njihovih zastupnika je ništavan.⁴⁰ Ovakvo rešenje je predviđeno i u Švajcarskom građanskom zakoniku (čl. 183 *Code civil Suisse*).

U pravnoj teoriji se postavlja pitanje dali i vanbračni partneri mogu da sključuje ugovor za regulisanje međusobnih imovinskih odnosa.⁴¹ Imajući u vidu da su u velikom broju zemalja vanbračni partneri izjednačeni sa bračnim u pogledu imovinsko-pravnih odnosa, profesor Panov smatra da i oni mogu sključivati bračne ugovore pod uslovima predviđenim u zakonu.⁴² S druge strane, razvedeni bračni partneri nemaju pravo da sključuju bračni ugovor, već oni mogu da sključe ugovor za podelu zajedničke imovine, kao i ugovor za upravljanje i raspolaganje zajedničkom imovinom.⁴³

FORMA BRAČNOG UGOVORA

Bračni ugovor predstavlja strogo formalno pravno delo koje je uređeno imperativnim zakonskim propisima. Ugovor se sključuje u pismenoj formi, a njegova sadržina i potpisi treba da budu overeni od strane nadležnog organa (notar, sudija, javni službenik). U nemačkom pravu predviđeno je da se bračni ugovor sključuje u prisustvu dveju ugovornih strana i da treba da bude overen od strane notara (§1410 *BGB*). Da bi proizveo pravno dejstvo u odnosu na treća lica, bračni ugovor treba da bude upisan u bračno-imovinskom registru (*Güterrechtsregister*) nadležnog suda (§ 1412 *BGB*). U austrijskom pravu bračni ugovor mora biti sključen u formi notarskog akta (*NZwG, 47. 1*).⁴⁴ U švajcarskom pravu bračni ugovor

³⁶ U slučaju da su supružnici isključili ili ograničili primenu zakonskog režima, bračni ugovor može da proizvede posledice u odnosu na treća lica ukoliko je upisan u bračnom imovinskom registru (*Güterrechtsregister*) koji vodi nadležni sud ili ukoliko je treće lice bilo obavješteno o sključivanju ugovora. Ovo se odnosi i na situaciju kada dolazi do promene bračnog ugovora.

³⁷ Videti čl. 139 i 140 Porodičnog zakona Republike Srbije.

³⁸ Videti čl. 256 Porodičnog zakona Republike Hrvatske.

³⁹ Videti čl. 302 Porodičnog zakona Crne Gore.

⁴⁰ Videti kod Marcel Planiol, *op. cit.*, str. 9.

⁴¹ Slobodan Panov, *op. cit.*, str. 363.

⁴² *Ibidem*. Tako i Nenad Tešić, *op. cit.*, str. 231.

⁴³ Videti kod: Irena Majstorović, *Bračni ugovor - novina hrvatskog obiteljskog prava*, Zagreb, 2005, str. 174; Nenad Tešić, *op. cit.*, str. 232.

⁴⁴ Werner Ogris, Paul Oberhammer, *op. cit.*, str. 6.

mora biti potpisan od ugovornih strana i overen u zakonski predviđenoj formi (čl. 184 CCS). U francuskom pravu bračni ugovor mora biti sastavljen u pismenoj formi kod notara. Pritom, notar je dužan da predupredi ugovorne strane za posledice koje ovaj ugovor proizvodi. Specifično za francusko pravo je to što bračni ugovor mora biti odobren i od strane nadležnog državnog organa, a to je sud (*tribunal de grande instance*). U ruskom pravu bračni ugovor se sključuje u pismenoj formi i mora biti overen kod notara.⁴⁵ I u Bugarskoj bračni ugovor se sključuje u pismenoj formi, a notar overava sadržinu ugovora i potpise ugovornih strana. Bračni ugovor se upisuje u imovinski registar i u aktu o sključivanju braka.⁴⁶ Ali opis nema konstitutivno dejstvo već samo deklarativno dejstvo.⁴⁷ U italijanskom pravu bračni ugovor mora biti u pismenoj formi i mora biti overen od strane notara ili javnog službenika.⁴⁸ U srpskom pravu bračni ugovor mora biti u pismenoj formi i overen od strane suda. Ukoliko je predmet bračnog ugovora nekretnina, ugovor mora biti upisan u javni registar o upisivanja prava na nekretnine.⁴⁹ I u Hrvatskoj bračni ugovor mora biti sključen u pismenoj formi a potpisi bračnih partnera moraju biti overeni (čl. 255 st. 3 PZ). Ukoliko je jedan od bračnih drugova lišen poslovne sposobnosti, bračni ugovor mora biti sastavljen u obliku notarskog akta, pri čemu notar mora da proveri dali je Centar za socijalni rad odobrio njegovo sključivanje.

PREDMET BRAČNOG UGOVORA

Predmet bračnog ugovora je uređivanje imovinskih odnosa između bračnih partnera. Zbog toga, u zakonodavstvima kontinentalnog prava ugovorne strane ne mogu da uređuju pitanja koja nisu povezana sa imovinskim odnosima, kao što je to slučaj u anglosaksonskom pravu.⁵⁰ Zbog toga u porodičnim zakonodavstvima su predviđena ograničenja koja ugovorne strane moraju imati u vidu prilikom sključivanja bračnog ugovora. U tom smislu, u nemačkom pravu sloboda ugovaranja bračnih partnera je ograničena u interesu javnog poretka i dobrih običaja. U

⁴⁵ Александра Матвеевна Нечаева, *op. cit.*, str. 77.

⁴⁶ Videti više kod Методи Марков. *op. cit.*, str. 61.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Gordana Kovaček Stanić, *Uporedno porodično pravo..*, str. 67.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ U anglosaksonskom pravu bračni partneri u bračnom ugovoru ponekad predviđaju i bizarne klauzule, kao na primer zabranu gledanja fudbalskih utakmica, novčane kazne u slučaju povećanja težine, broj seksualnih odnosa, sankcije u slučaju preljube i sl. Videti više: *The Most Bizarre Prenuptial Clauses* <http://www.legalzoom.com/marriage-divorce-family-law>.

italijanskom pravu pored ograničenja u interesu javnog poretka, sloboda ugovaranja bračnih partnera je ograničena pravama i obavezama koje proizilaze iz braka.⁵¹ Naime, oni ne mogu menjati pravila koja se odnose na jednakost udela u zajedničkoj imovini i pravili o deobi imovine. Osim toga, bračni partneri ne mogu menjati imperativna pravila koja se odnose na izdržavanju dece i bračnog partnera.⁵² U austriskom pravu bračni partneri, polazeći od načela slobode ugovaranja, imaju mogućnost da bračnim ugovorom promene pravila zakonskog bračnog imovinskog režima. Oni mogu da odaberu zakonski imovinski režim, da modifikuju režim predviđen zakonom ili da ugovore vlastiti režim imovine.⁵³ U Francuskoj sloboda sključivanja bračnih ugovora ograničuje se poštovanjem morala, dobrih običaja i imperativnih pravila građanskog i porodičnog prava.

U ruskom pravu je predviđeno da bračni partneri ne mogu bračnim ugovorom da: 1) ograniče pravnu i poslovnu sposobnost jednog od njih; 2) ograniče pravo na sudsku zaštitu; 3) reguliše lične neimovinske odnose; 3) regulišu prava i obaveze u odnosu na decu; 5) predvide uslove koji stavljaju jednog od bračnih partnera u nepovoljni položaj; 6) predvide odredbe koje su suprotne porodičnom zakonodavstvu.⁵⁴

Nasuprot ovim rešenjima, u hrvatskom, srpskom i u nekim drugim zakonodavstvima predmet bračnog ugovora nije detaljnije uređen u zakonu. Imajući ovo u vidu, u Srbiji i Hrvatskoj svaki bračni ugovor koji nije u suprotnosti sa moralom, sa dobrim običajima i sa zakonskim propisima je punovažan. Smatramo da nije dobro rešenje regulisanje bračnog ugovora samo jednim članom zakona, kao što je to primer porodičnog zakonodavstva u Srbiji, jer se radi o kompleksnom ugovoru koji zahteva detaljnije uređenje kao što je to primer u nemačkom, ruskom, bugarskom i drugim zakonodavstvima.⁵⁵

Predmet bračnog ugovora *exempli causa* su najčešće imovinska pitanja koja su povezana sa: sključivanjem braka; režimom stečene imovine za vreme trajanja braka i posledice od prestanka braka. 1) U bračnom dogovoru, povodom sključivanja

⁵¹ Sloboda ugovaranja bračnih partnera sadrži dva bitna ograničenja: 1) ukoliko bračni partneri odaberu ugovorni režim zajednice, ne mogu ugovorite drugačiju podelu imovine osim podelu na jednake delove 2) promene koje su napravljene nakon sklapanje braka i koje se odnose na porodična prava moraju da budu odobren od strane suda. Marie-Hélène Place, Patrick Cauchois le Mière, *op. cit.*, str. 157.

⁵² Videti opširnije kod Gordana Kovaček Stanić, *Uporedno porodično pravo...*, str. 67.

⁵³ Videti više kod: Werner Ogris, Paul Oberhammer, *op. cit.*, str. 6.

⁵⁴ Види кај Александра Матвеевна Нечаева, *op. cit.*, стр. 78.

⁵⁵ U ovom smislu je i stav profesora Panova koji ističe da "bračni ugovor je u novom PZ Srbije regulisan samo u jednom članu. Lako je primetiti da čak i ingeniozni kolektivni um ne može tako jezgrovitim regulama da obuhvati svu složenost ustanove bračnog ugovora." *Op. cit.*, str. 351.

vanja braka, bračni partneri mogu da predvide poklone, odnosno mogu da predvide prenošenja imovine bez nadoknade u korist jednog ili u korist oba bračna druga. 2) Suštinski deo bračnog ugovora je uređivanje pitanja povezana sa režimom imovine stečene u braku.⁵⁶ 3) Značajan deo sadržine bračnog ugovora se odnosi na uređenje imovinskih odnosa u slučaju razvoda braka. U ovom smislu u ugovoru se može regulisati pitanje utvrđivanja dela svakog bračnog partnera u zajedničkoj imovini, i eventualno u odnosu na ličnu imovinu drugog bračnog partnera. U Francuskom pravu se predviđa mogućnost da bračni partneri ugovore različite udele u zajedničkoj imovini (čl. 1520 *Code Civil*). Sledeća značajna pitanja koja se mogu urediti sa bračnim ugovorom se odnose na utvrđivanje koji od bračnih partnera može da produži da koristi zajednički dom nakon razvoda braka, kao i pitanje izdržavanja između bračnih partnera i izdržavanje dece nakon razvoda braka.⁵⁷

ARGUMENTI U PRILOG I ARGUMENTI PROTIV BRAČNOG UGOVORA

Bračni ugovor je jedan od najkontraverznijih ugovora, i to ne samo u porodičnom pravu, već i u pravu uopšte. Ovaj ugovor ima veliki broj protivnika, koji smatraju da on ne odgovara savremenom karakteru braka, koji se sključuje iz ljubavi i čija je suština dijametralno sprotivna bilo kakvim imovinskim kalkulacijama koje "ubijaju romantiku" i obezvređuju ljubav. Sa druge strane, bračni ugovor ima i veliki broj pristalica, koje ističu da on omogućava da dođe do izražaja slobodna volja bračnih partnera, koji mogu da ugovorom menjaju rigidne zakonske okvire za uređenje imovinskih odnosa. Osim toga, pristalice bračnog ugovora smatraju da on omogućuje "dedramatizaciju" razvoda braka, zbog toga što bračni

⁵⁶ Upravo zbog toga, pred da regulišu ovo pitanje, oni navode koji deo imovine ulazi u njihov posebni deo, a koji deo predstavlja zajedničku imovinu. Veoma bitno pitanje koje bračni partneri mogu da regulišu u bračnom ugovoru se odnosi na to koji deo imovine stečene u braku predstavlja posebnu imovinu bračnih drugova, a koji deo zajedničku imovinu. Sledeće značajno pitanje koje se može regulisati u bračnom ugovoru je uređivanje načina upravljanja posebnom i zajedničkom imovinom bračnih partnera. U bračnom ugovoru se može regulisati i učešće bračnih partnera u podmirivanju troškova za svakodnevne potrebe porodice, kao i za međusobno izdržavanje i izdržavanje njihove dece.

⁵⁷ Pored detaljnog uređivanja kompleksnih imovinskih odnosa, polazeći od načela slobode dogovaranja, bračni partneri u bračnom ugovoru mogu da opredele primenu jednog od zakonski predviđenih režima bračne imovine (Ova mogućnost postoji u Francuskoj, Njemačkoj, Švajcarskoj i dr.). U bračnom ugovoru, ugovorne strane su slobodne da urede sva imovinsko-pravna pitanja povezana sa brakom, u granicama predviđenim u zakonu. U slučaju da bračni partneri u bračnom ugovoru ne urede određeno imovinsko-pravno pitanje, primenjuju se norme kojima se uređuje zakonski bračni imovinski režim.

partneri koji su sključili bračni ugovor neće morati da vode dugi, teški i neizvesni “rat” prilikom podele imovine ukoliko dođe do razvoda braka.

ARGUMENTI U PRILOG BRAČNOM UGOVORU

Ukoliko postoji mogućnost da bračni partneri sključe bračni ugovor, time se ostvaruje njihova slobodna volja i omogućuje se da oni regulišu imovinska pitanja na različiti način od onog koji je predviđen u zakonu. Neki autori navode da bračni ugovor omogućuje partnerima da postignu sporazum o imovinskim odnosima i finansijskim pitanjima, koja često predstavljaju uzrok za najveće konflikte u braku. Osim toga, sključivanje bračnog ugovora može da deluje preventivno, i da spreči partnere da sključe brak koji bi zatim bio neuspešan i završio bi razvodom braka. U ovom smislu, jedan advokat, čiji klijenti nisu uspeli da sključe bračni ugovor i zbog toga su prekinuli njihovu vezu ističe: “Ja ne mislim da sam sprečio sključivanje braka. Ja mislim da sam sprečio razvod braka”.⁵⁸ Pristalice bračnog ugovora smatraju da on nije izraz nepoverenja između bračnih drugova, već da predstavlja izraz prave iskrenosti, koja je neophodna za uspešan brak, kao i da on predstavlja potvrdu da bračni partneri nemaju prikrivene namere pri sklapanju braka. Neki autori navode da sama činjenica da bračni drugovi razgovaraju o sključivanju bračnog ugovora predstavlja “dokaz stabilnosti veze i zrelosti bračnih partnera”.⁵⁹

Osnovna karakteristika bračnog ugovora se sastoji u tome što on omogućuje bračnim partnerima da menjaju zakonski imovinski režim i da ga prilagode vaju sopstvenim potrebama. Ovim ugovorom bračni partneri mogu da opredele koji deo imovine predstavlja poseban deo, koji pripada svakom od njih, a koji deo predstavlja zajedničku imovinu bračnih partnera. Ovim ugovorom se može obezbediti zaštita biznisa kojim se bavi jedan od bračnih drugova, tako da se njime može predvideti tačno opredeljene stvari ili deo imovine da pripadne svakom od bračnih partnera u slučaju razvoda braka. Bračni ugovor je posebno koristan za one bračne partnere koji su razvedeni i koji žele da zaštite imovinske interese svoje dece iz prethodnog braka.⁶⁰

⁵⁸ Videti kod Allison Marston, *Planning for Love: The Politics of Prenuptial Agreements*, *Stanford Law Review*, Vol. 49, No. 4 (April 1997), str. 895.

⁵⁹ Videti kod Irena Majstorović, *op. cit.*, str. 225.

⁶⁰ U SAD, gde se preko 50% od brakova završava razvodom braka, partneri često sključuju bračni ugovor kako bi izbegli konflikte i traume zbog regulisanje imovinskih pitanja nakon prestanka braka. Postoji veliki broj sudskih odluka donešenih od strane američkih sudova prilikom razvoda braka u kojima se ukazuje da bračni ugovor u nekim slučajevima potiče sključivanje braka, zbog toga što razvedena lica se ne bi usudila da sključe novi brak ukoliko nemaju mogućnost da sključe bračni ugovor i da izbegnu traumatska iskustva iz prethodnog braka. Tako na primer, Sud u Aljasci, u odluci u slučaju *Brooks v. Brooks* u 1987. godini ističe da “ljudi koji ranije nisu imali sreće u poro-

Jedan od najjačih argumenata koji se navode u prilog bračnog ugovora je da on štiti bračne partnere u slučaju razvoda braka, zbog toga što se njime rešavaju imovinska pitanja i na taj način se sprečavaju dugi, skupi i traumatični sudski postupci za podelu imovine i za rešavanje ostalih imovinskih pitanja u slučaju razvoda braka. U makedonskom pravnom sistemu, zajednički imot koji su bračni partneri stekli za vreme trajanja braka po pravilu se deli na jednake delove, ali svaki od bračnih partnera može da traži da dobije veći deo imovine, ukoliko dokaže da je njegov udeo u stvaranju zajedničke imovine očigledno i značajno veći od udela drugog bračnog partnera. Osim toga, prilikom razvoda braka, kao sporna pitanja se često javljaju i izdržavanje koje traži jedan od partnera, kao i podela određenih stvari i imovine koje su partneri stekli za vreme trajanja braka. Upravo rešavanje ovih pitanja često dovodi do dugotrajnih i skupih sudskih postupaka, koji negativno utiču na odnose između bivših bračnih partnera. Osim toga, ovi konflikti krajnje negativno utiču na zajedničku decu, koja su često žrtve konflikta koji postoje između njihovih roditelja, koji su povezani sa nerešenim imovinskim odnosima nakon razvoda braka. Svi ovi problemi se mogu izbeći ukoliko se dopusti mogućnost da bračni partneri skluče ugovor kojim će urediti međusobne imovinske odnose. U tom smislu, Rajs ističe da “bračni ugovor omogućuje bračnim partnerima da se udaju bez straha da će se “vucarati po sudovima” i biti izloženi na javno poniženje ako jednog dana ljubav prestane”.⁶¹ Imajući u vidu sve što je gore navedeno može se zaključiti da se sklučivanjem bračnog ugovora smanjuju tenzije prilikom razvoda braka, kada se nameću pitanja o podeli zajedničke imovine i izdržavanju bivšeg bračnog partnera.

U prilog postojanju bračnog ugovora se navodi i činjenica da se u zadnjih nekoliko decenija menja suština, priroda i značaj braka, pri čemu se u prvi plan nalaze individualni interesi i potrebe bračnih partnera, a ne stabilnost bračne veze.⁶² Osim toga, u svim zemljama dolazi do dramatičnog povećanja broja razvedenih brakova, vanbračnih zajednica, kao i monoroditeljskih i rekonponiranih porodica.⁶³ U ovim uslovima, u prednjem planu u porodičnopravnim sistemima većeg broja evropskih zemalja se nalaze interesi i potrebe bračnih partnera, a ne imperativne pravne norme kojima se regulišu bračni i porodični odnosi, kao

dičnom životu mogu da ne žele da rizikuju i da skluče novi brak ukoliko nemaju mogućnost da zaštite svoje finansijske interese” Vidi više kod Allison Marston, *op. cit.*, str. 896.

⁶¹ A.L. Reiss, “The 20 Milion Question” *The New York Times (NYT)*, February 3, 2006, cit. prema Nenad Tešić, *op. cit.*, str. 235.

⁶² Više o promenama u braku u savremenom društvu videti kod Dejan Micković, *Semejstvo to vo Evropa XVI–XXI vek*, Blesok, Skopje, 2008, str. 209–220.

⁶³ O promenama u braku i porodici u evropskim zemljama videti detaljnije kod Ljiljana Spirović Trpenovska, Dejan Micković, Angel Ristov, *Nasledovanjeto vo Evropa*, Blesok, Skopje, 2011, str. 53–66.

što je bilo u renijem periodu. Ova koncepcija braka dolazi do izražaja i u sudskoj praksi u evropskim zemljama i u SAD.

U zadnjih nekoliko decenija, u sudskim odlukama u sferi porodičnog prava se obezbeđuje viši stepen zaštite prava svakog partnera i njegovim interesima, nego što je to slučaj sa zaštitom bračnoga para.⁶⁴ U ovom smislu, Singer ističe da dolazi do značajne evolucije stava Vrhovnog suda SAD prema braku. Prema ovom autoru, Sud je ranije smatrao da je brak veoma značajna javna institucija, za razliku od danas kada se “na brak gleda kao na privatnu vezu, čija osnovna cilj je promovisanje individualne sreće i ličnog ispunjavanja.”⁶⁵ U tom kontekstu, sasvim je logično da zakonodavac dozvoli sključivanje bračnog ugovora u kojemu bi došle do izražaja individualna volja i potrebe bračnih partnera.

U prilog potrebe od prihvatanja bračnog ugovora govore i podaci prema kojima se on češće primenjuje u onim zemljama koje ga predviđuju u svojim zakonodavstvima.

U SAD, u periodu od 1978. do 1988. godine broj bračnih ugovora se povećao tri puta. Procenjuje se da 5% od svih bračnih parova sključuju bračni ugovor, a ovaj procenat iznosi 20% kod partnera koji sključuju novi brak nakon razvoja prethodnog braka.⁶⁶ U Francuskoj oko 10% bračnih parova sključuju bračni ugovor i to najčešće kad je u pitanju veća imovina.⁶⁷ Bračni ugovori u Evropi su posebno popularni u Nizozemskoj, gde 25% od bračnih parova sključuje bračni ugovor, a čak 40% od vanbračnih parova starijih od 50 godina sključuju ovakav ugovor za uređenje imovinskih odnosa.⁶⁸

Bračni ugovor omogućuje bračnim partnerima pravo izbora i pruža im različite alternative prilikom uređivanja njihovih imovinskih odnosa. Prihvatanjem i regulisanjem bračnog ugovora daje se mogućnost bračnim partnerima da autonomno uredi imovinske odnose za vreme trajanja braka i u slučaju njegovog prestanka, birajući najadekvatnija rešenja. Sključivanjem bračnog ugovora, bračni partneri uređuju imovinske odnose polazeći od svojih vlastitih potreba.

Bračni ugovor je pre svega namenjen partnerima koji poseduju veću imovinu.⁶⁹ U tom smislu, imućniji bračni partneri, koji još na početku braka razgra-

⁶⁴ U ovom kontekstu je veoma interesantna odluka Vrhovnog suda SAD iz 1972 godine u kojoj se ističe: “bračni par nije nezavisni entitet koji ima vlastiti razum i srce, već je to asocijacija dve individue koje imaju posebne intelektualne i emotivne karakteristike”. Videti kod Allison A. Marston, *op. cit.*, str. 903.

⁶⁵ *Ibid.*, str. 903.

⁶⁶ *Ibid.*, str. 891.

⁶⁷ Videti kod Gordana Kovaček Stanić, *Uporedno porodično pravo.*, str. 63.

⁶⁸ Videti detaljnije kod Helmut Rainer, Should We Write Prenuptial Contracts? *European Economic Review*, Vol. 51 (2), 2007. str. 2.

⁶⁹ Brak princa Čarlsa i princeze Dijane, koji je opčinio čitav svet, je završio razvodom, nakon koga je princeza Dijana dobila čak 27 miliona dolara od kraljevske porodice. I pored ovog kraj-

ničaju emocionalno i materijalno u braku imaju veće šanse da eventualni razvod bude racionalan, kao i sam početak braka. Na taj način se izbegavaju žučne rasparave, suze i nasilje, koje često pridružuju razvod braka. Pored toga, bračni ugovor je koristan i u slučaju kada jedan od bračnih partnera ima velike dugove, zbog toga što on obezbeđuje zaštitu imovine drugog bračnog partnera. U tom pravcu neki autori iznose mišljenje da savremeni brak sve više nalikuje na partnerstva u biznisu.⁷⁰ Dosadašnja iskustva iz prakse pokazuju da bračni ugovor najčešće sključuju imoćniji partneri, stariji ili u srednjim godinama,⁷¹ kada jedan ili oba partnera već imaju porodicu, sa ciljem da zaštite svoju decu.⁷²

ARGUMENTI PROTIV BRAČNOG UGOVORA

Protivnici bračnog ugovora ističu da je njegov osnovni problem to što se ovim ugovorom u privatnoj sferi uvode principi interesa i želja za profit, koji su karakteristični za tržišne odnose, što dovodi do pojave sebičnosti i egoizma u jednoj intimnoj vezi koja u osnovi treba da se zasniva na ljubavi, poštovanju, žrtvovanju i pomaganju između partnera. U ovom smislu jedan poznati advokat iz Njujorka, specijalist za razvode, kaže: “Ne možeš ugovorom regulisati čoveko-

nje neprijatnog iskustva, zbog koga je bio prinuđen da plaća ogromne svote novca, princ Čarls nije poslušao svoje pravne savetnike i nije sključio predbračni ugovor pri sključivanju braka sa svojom drugom ženom Kamilom Parker. Za razliku od svog oca, njegov sin, princ Vilijam je bio puno pametniji i pažljiviji sključivanjem predbračnog ugovora sa svojom izabranicom Kejt Midlton. Ipak, detalji ovog predbračnog ugovora još uvek nisu poznati javnosti. Ono što je poznato je da princ Vilijam očekuje da dobije nasleđe od Kralice koje se procenjuje na 470 miliona dolara. Osim toga, nasleđe koje je princ Vilijam dobio od svoje majke, princeze Dijane, iznosi 34 miliona dolara. I pored toga što princeza Kejt potiče iz relativno imućne porodice, njena imovina ni izdaleka ne dostiže vrednost imovine koju poseduje njen suprug.

⁷⁰ Videti više: Postnuptial Agreements, *Manhattan New York Matrimonial Law-Postnuptial Agreement Lawyers*. Види: <http://www.berkbot.com/practise-areas/post-nuptial/>

⁷¹ Bračni ugovor obezbeđuje zaštitu dveju strana u pogledu njihovih zakonskih prava. U tom smislu, poznati vlasnik magazina “Playboy” Hju Hefner je izjavio: “Sključio sam predbračni ugovor zadnji put kad sam se oženio, i one je vredeo otprilike 43 milione dolara...” Zašto bi neko sumnjao da ga ne bi sključio i ovog puta. Predbračni ugovor zaštićuje svakog.” Videti na <http://www.newyorkdivorceattorney.com>.

⁷² Imajući u vidu da je bračni ugovor pre svega namenjen za imućnije partnere, on se sključuje od strane relativno malog procenta građana. Tako na primer u Nizozemskoj 20% populacije sključuje bračne ugovore, dok u Francuskoj i Nemačkoj ovaj procenat iznosi 10%. Videti više Slobodan Panov, *op. cit.*, str. 357. U Srbiji i pored toga što je predbračni ugovor bio regulisan pre šest godina, on se još uvek retko primenjuje u praksi. U najvećem broju sudova u Srbiji dosad nije sključen ni jedan ovakav ugovor. U Beogradu 2010. godine sključeno je samo 37 bračnih ugovora, dok su u Novom Sadu od 2006 do 2011 godine overeni samo 27 bračnih ugovora. Videti: Raste broj predbračnih ugovora – *Životni stil smedia* <http://www.smedia.rs>.

vo srce. Treba imati poverenje u ličnost sa kojom sključuješ brak a ne u pravni dokument.⁷³ I drugi autori navode da je osnovni problem kod bračnih ugovora u tome što se njihovim sključivanjem iskazuje nepoverenje prema bračnom partneru.⁷⁴ Osim toga, glavna primedba u odnosu na bračne ugovore se sastoji u tome da oni “uništavaju romantiku prilikom sključivanja braka.”⁷⁵ Voditi računa o imovini, o materijalnim dobrima i o novcu pre sključivanje braka, kad se smatra da treba da postoji ljubav, apsolutno poverenje i harmonija između partnera, ne odgovora savremenoj koncepciji braka u Zapadnoj civilizaciji.

Kao što ističe Živojin Perić “brak nije samo ekonomska već i moralna zajednica; ukoliko između supružnika ne postoji ljubav, onda bi brak bio samo imovinska i računovodna zajednica. Brak ne bi imao moralnu podlogu niti bi odgovarao pojmu i suštini braka.”⁷⁶

Uređivanjem bračnog ugovora u zakonu i dopuštanjem da se odstupi od zakonskog imovinskog režima, akcent bračnih odnosa se stavlja na imovinske interese, a ne na ljubav i emocije. Neki autori smatraju da bračni ugovor narušava ravnopravnost polova, zbog toga što obezbeđuje veću zaštitu imoćnijem partneru u slučaju podele imovine prilikom razvoda. U ovom smislu Brod navodi da “prihod koji imaju žene u proseku je manji od prihoda muškaraca, zbog čega bračni ugovori treba da se tretiraju ... kao način izigravanja društvenih normi o ravnopravnosti polova.”⁷⁷ Neki kritičari bračnog ugovora smatraju da se njihovim prihvaćanjem u pravnom sistemu veća pažnja posvećuje interesima i blagostanju pojedinca umesto blagostanje bračnoga para, što krajnje negativno utiče na uspeh i stabilnost braka i često dovodi do razvoda.⁷⁸

Bračni ugovor često pretstavlja indikator da ne postoji poverenje između bračnih partnera, zbog čega oni pokušavaju da zaštite svoje imovinske i finansij-

⁷³ Cit. prema Allison A. Marston, *Planing for Love: The Politics of Prenuptial Agreements*, *Stanford Law Review*, Vol. 49, No. 4, April 1997, str. 889.

⁷⁴ Kao što ističu Ralph Underwager i Hollida Wakefield, bračni ugovor narušava poverenje između bračnih partnera. *Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts*, u *Introduction to Premarital and Marital Contracts: A Lawyer's Guide to Drafting and Negotiating Enforceable Marital and Cohabitation Agreements*, Edward L. Winner & Lewis Becker eds., 1993.

⁷⁵ Mary Rowland ističe da “najveći izazov stvaranju finansiskog aranžmana prilikom sključivanja braka ne sastoji se u tome dali će on biti prihvaćen od strane suda, nego u tome dali mešanje ljubavi i novca neće uništiti romantičnu vezu.” *Linking Love and money*, *New York Times*, Feb. 25, 1990.

⁷⁶ Živojin Perić, *Lično bračno pravo po srpskom građanskom zakoniku*, Beograd, 1934, str. 52. Cit. prema Nenad Tešić, *op. cit.*, str. 230–231.

⁷⁷ J.F.Brod, “Premarital Agreements and Gender Justice” *Yale Journal of Law & Feminism*, 6/1994, str. 279.

⁷⁸ Underwager i Wakefield ističu da u osnovi bračni ugovor pre svega glorifikuje nezavisnost i individualni interes i narušava osećaj jednakosti i partnerstva koja su neophodna za uspešan brak. Videti više kod Underwager i Wakefield, *op. cit.*, str. 280.

ske interese još na početku braka. U ovom kontekstu Servidea smatra da sam čin sključivanja bračnog ugovora pretstavlja značajan indikator da se bračni partneri pripremaju za razvod braka još u momentu njegovog sključivanja.⁷⁹ Ozbiljan argument protiv bračnog ugovora je i taj koji ukazuje da on pojačava postojeću neravnopravnu raspodelu moći u društvu u kome muškarci još uvek imaju veću moć od žena. Zbog toga, kao što smatra Rajner, u slučaju razvoda braka bračni ugovor može da bude štetan za onu ugovornu stranu koja je imala manju moć tokom pregovora za njegovo sključivanje.⁸⁰ Osim toga, u nekim situacijama bračni ugovor pretstavlja sredstvo ucene koje koristi jedan bračni partner, koji insistira na njegovom sključivanju kao uslovu da prihvati sklapanje braka. Ukoliko je brak sključen sa "računom" bračni partneri ne mogu istinski da se oslone jedan na drugog.⁸¹ U tom smislu insistiranje na bračnom ugovoru je pokazatelj da bračni partneri nedovoljno veruju jedan drugom. Sledeći argument koji se navodi protiv bračnog ugovora je mišljenje da on dovodi do pripreme za razvod braka.⁸²

Kao što ističe Arhiepiskop Jekaterinburški i Verhoturski Vikentije "bračni ugovor od samog početka podrazumeva razvod – ljudi se pripremaju za to. A mi moramo verovati da stupamo u brak za večnost, da ostajemo zajedno do kraja života pa čak i nakon toga. Zato ne treba razmišljati o bračnom ugovoru."⁸³ Imajući ovo u vidu, neki autori smatraju da bračni ugovor može da se karakteriše na sledeći način: "ljubav + pare = bračni ugovor."⁸⁴

⁷⁹ Videti više kod K. Servidea, *Premarital Agreements and Gender Justice*, *Yale Journal of Law & Feminism*, 6/1994, str. 279.

⁸⁰ Videti više Helmut Rainer, *op. cit.*, str. 2.

⁸¹ Videti: Bračni ugovor – kamen temeljac ili kamen spoticanja http://vencanjeizsnova.com/index.php/bračni_ugovor.html

⁸² K. Servidea, "Reviewing Premarital Agreements to Protect the State's Interest in Marriage" *Virginia Law Review*, 91/2005, str. 537.

⁸³ Prema mišljenju Arhiepiskopa Vikentija, bračni ugovor se pojavio zbog toga što "društvo postupno gubi svoje prave vrednosti", kada mnogi mladi parovi govore "ajde da prvo živimo zajedno neko vreme i da vidimo kako će biti, to jest da žive u bludu, nevenčano, zbog toga što od početka nisu sigurni dali će ostati zajedno. Ako dvoje žele da se venčaju, treba pažljivo da razmisle, da procene, da donesu odluku i da se venčaju ne misleći da će se jednog dana razvesti. Treba da razmišljaju kako da sačuvaju brak i da to postave u temelj svoga bračnog života...neće se ništa desiti ako se nadamo i verujemo da ćemo Božjom pomoći sačuvati brak... i to moramo da postavimo u osnovi bračne zajednice koja se mora sačuvati u svim životnim okolnostima. To je prava, požrtvovana ljubav, kad se čovek posveti na očuvanju braka. A ovakvi zapadni trendovi, kao što je bračni ugovor su usmereni ka slabljenju bračne veze i same suštine braka." *Bračni ugovor priprema porodici za razvod*, *Radio Sveta Gora* Videti: <http://radiosvetigora.wordpress.com>.

⁸⁴ *Ljubav i novac jednako je bračni ugovor* Videti više: <http://sibenik-hr.info/hrvatskaljubav-i-novac-jednako-je-bračni-ugovor/>

ZAKLJUČAK

Bračni ugovor predstavlja dvostrani ugovor kojim budući bračni partneri ili bračni partneri regulišu imovinsko pravne odnose u braku i u slučaju prestanka braka.

Makedonsko porodično pravo, za razliku od nekih drugih zemalja u Evropi, ne reguliše bračni ugovor. I pored toga što ovaj ugovor nije zakonski regulisan, on se javlja u praksi na osnovu načela slobode ugovaranja.

Imajući u vidu komparativno pravna iskustva, kao i potrebu koja se javlja u praksi, smatramo da makedonski zakonodavac treba da uvede bračni ugovor u porodičnopravnom sistemu Republike Makedonije. I pored argumenata koji se navode protiv ovog ugovora, smatramo da je on potreban jer omogućuje bračnim partnerima da sami, polazeći od svojih potreba i interesa, regulišu svoje imovinsko pravne odnose.

DEJAN MICKOVIĆ, Ph.D.,

Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus" Skopje

ANGEL RISTOV, Ph.D.,

Lecturer, Faculty of Law "Iustinianus Primus" Skopje

MARITAL AGREEMENT IN MACEDONIAN AND COMPARATIVE LAW

Summary

Marital agreement represents a double sided agreement between marital partners by which they regulate property relations in marriage and in the event of dissolution of marriage. Macedonia Family Law, unlike some other countries in Europe, does not contain provisions for the marital agreement. Despite the fact that this agreement is not legally regulated, it occurs in practice, based on the principles of freedom of contracting. Bearing in mind that many countries in Europe have already regulated the marital agreement in their legal systems, as well as the need that arises in practice, we believe that the marital agreement should be introduced in the Family Law system of the Republic of Macedonia.

RANKA VUJOVIĆ

UTICAJ PROMENE POLOŽAJA DETETA U PORODICI NA NJEGOV POLOŽAJ I PRAVA U SUDSKIM POSTUPCIMA U VEZI SA PORODIČNIM ODNOSIMA

NOVA KULTURA PORODIČNIH ODNOSA
I KONCEPT DETINJSTVA

Razvoj ljudskih prava, na planu porodičnog života, u savremenom pravu vodi ka daljoj individualizaciji prava unutar porodice. To za posledicu ima uslo-
žnjavanje strukture porodičnih odnosa. U tom kontekstu i koncept detinjstva trpi
značajne promene. Dete, kao član porodice, sve više se individualizuje kao subjekt
prava. Priznavanjem autonomnog pravnog subjektiviteta detetu, povećava se broj
titulara prava iz roditeljskog odnosa. Ustanovljavanje kataloga dečijih prava, nji-
hovo pojmovno određenje i određenje sadržine pojedinih prava deteta, u nuž-
noj je vezi s pitanjem pravnog subjektiviteta i sposobnosti deteta za vršenje prava.
Naime, nepotpuna poslovna sposobnost, a onda i procesna sposobnost – u grani-
cama poslovne sposobnosti, uslovljava značajan problem zaštite prava deteta.

Pravopolitičke promene nastale u oblasti porodičnih odnosa ogledaju se u
činjenici da jezgro roditeljskog prava čine dužnosti roditelja, odnosno da su prava
koja im zakonodavac priznaje u funkciji ispunjavanja roditeljskih dužnosti. Roditelj-
ske dužnosti propisane su s ciljem da omoguće optimalan fizički, moralni i intelek-
tualni razvoj deteta u porodičnoj sredini.¹ Vršenje roditeljskog prava podrazumeva

Ranka Vujović, pomoćnik direktora Republičkog sekretarijata za zakonodavstvo, Beograd.

¹ Više o tome: Draškić, M. (2005) *Porodično pravo i prava deteta*, Beograd, str. 276–288.

aktivan stav što je u našem, ali i u drugim savremenim zakonodavstvima, izraženo ne samo kroz određivanje prava roditelja kao dužnosti roditelja², već i kroz naglašavanje prvenstvene odgovornosti roditelja za podizanje i razvoj deteta. Uz roditelje, odgovornost za stvaranje uslova za pravilno podizanje i razvoj deteta i zaštitu njegovih prava ima i država, s tim da se u modernim pravnim sistemima izdvajaju dva ključna principa na kojima je zasnovana intervencija države u roditeljsko-dečije odnose: (1) *princip najmanjeg posezanja*, koji podrazumeva da prvenstvo imaju mere koje najmanje narušavaju autonomiju i integritet porodice, pod uslovom da se njima može postići željeno dejstvo, i (2) *princip zakonske zaštite roditeljskog prava*, po kome one mere koje dublje zadiru u roditeljsko pravo moraju biti zakonom utvrđene.³ Navedeni principi predstavljaju meru državne intervencije.

Autonomija porodice, kao jedan od osnovnih principa, i *porodični integritet*, kao zaštićeno dobro, znače da intervencija države u porodične odnose treba da bude strogo ograničena i zasnovana na striktno definisanim zakonskim pretpostavkama. S obzirom na položaj deteta u porodici i njegova prava, kao i proklamovanu posebnu zaštitu (ustavno načelo), intervencija države u porodične odnose mora da bude uslovljena *najboljim interesom deteta*.

Osnov državne intervencije u situacijama kada je ponašanje roditelja prema detetu takvo da povređuje ličnost, prava i interese deteta definisan je Porodičnim zakonom kroz upotrebu pravnih standarda koji su zasnovani na određenim vrednosnim pretpostavkama koje važe u jednom društvu: “nesavesno vršenje roditeljskih prava ili dužnosti”, “zloupotreba roditeljskog prava” i “grubo zanemari vanje roditeljskih dužnosti”. S obzirom na to da se u navedenim situacijama uvek radi o povredi *prava deteta*, u srpskom zakonodavstvu, sledeći primere modernih pravnih sistema, formulisan je status deteta kao *procesnog subjekta*. Time je otklonjen nedostatak ranijeg zakonskog rešenja i pravo deteta na zaštitu definisano je kao posebno lično pravo. Dete je, kao subjekt porodičnih odnosa, nesporno oštećeno neadekvatnim postupcima ili propustima roditelja, pa *pravo na tužbu* zbog povrede prava jeste logična konsekvencija njegovog materijalnopravnog statusa.

OSNOVNI POJMOVI RODITELJSKOG ODNOSA – PRAVA, DUŽNOSTI, ODGOVORNOST

Pravni model porodice počiva na prirodnoj pojavi da je za rođenje deteta potrebno prisustvo dva roditelja – oca i majke. Koncept jedinstvenog roditelj-

² Porodični zakon, u članu 67. sadrži sledeću odredbu: “Roditeljsko pravo izvedeno je iz dužnosti roditelja i postoji samo u meri koja je potrebna za zaštitu ličnosti, prava i interesa deteta.”

³ O tome: Žegarac, N. i dr. (2004) *Zaštita deteta od zlostavljanja, priručnik za centre za socijalni rad i druge službe u lokalnoj zajednici*, (ur. Mirjana Obretković i Ljubomir Pejaković), Jugoslovenski centar za prava deteta, Beograd, str. 43.

skog odnosa zasnovan je na statusu roditelja. Roditelji su titulari prava. Roditeljska prava pripadaju i jednom i drugom roditelju – oni su dvojni pravni subjekt.

Kada je, pod uticajem ideje o pravima deteta kao ljudskim pravima, detetu priznat pravni subjektivitet, roditeljski odnos je postao složeniji. Odnosu između roditelja povodom deteta pridodata je još jedna, dvosmerna, relacija – između roditelja i deteta.

Roditeljski odnos se razlikuje od drugih pravnih odnosa po specifičnosti subjekata tog odnosa, njihovih prava i obaveza, po zaštitnom objektu, odnosno interesu koji se štiti, po prirodi sankcija i ograničenjima koja se postavljaju kod narušavanja tih odnosa.

U strukturi roditeljskog odnosa prava i dužnosti subjekata tog odnosa mogu biti različito postavljeni. Pravilo je da pravu na jednoj strani odgovara dužnost na drugoj (npr. pravo i dužnost izdržavanja). Ali pravu može da odgovara i pravo (pravo na zajednički život, pravo na lične odnose), kao što može da postoji samo pravo (pravo na razvoj) ili samo dužnost (dužnost zaštite deteta od ponižavajućih postupaka i kazni). Takođe, iz određene dužnosti može biti izvedeno više različitih prava, i obrnuto. Neka prava ispoljavaju se kao privilegije (npr. pravo roditelja da vaspitavaju svoju decu, pri čemu se način vaspitanja i vrednosti koje se deci prenose smatraju privilegijom roditelja).

U modernim zakonodavstvima, pored prava i dužnosti, sve više se insistira na odgovornosti roditelja, čime se roditeljski odnos dalje diferencira i pravo prilagođava promenama u društvenoj sferi⁴. Prema tom konceptu, prvenstvenu odgovornost za podizanje i razvoj deteta imaju roditelji. Njihova odgovornost je zajednička⁵. Odgovornost za stvaranje uslova za pravilno podizanje i razvoj deteta ima i država⁶. Za razliku od odgovornosti države, čiji su standardi jasni i koja je uvek u vezi sa stepenom razvijenosti i ekonomskom moći jednog društva, konvencija o standardu roditeljske odgovornosti još uvek ne postoji.

⁴ O promenama u sadržini roditeljskog prava i argumentima koji ih opravdavaju više u: Black, J., Bridge, J., Bond, T. (2000) *Family Law*, Oxford University Press, New York, str. 393–414.

⁵ Slične su i odredbe člana 7. st. 1. i 2. i člana 75. Porodičnog zakona. Međutim, koncept roditeljske odgovornosti nije dosledno sproveden u našem zakonodavstvu. U skladu sa osnovnim konceptom roditeljske odgovornosti koji je prisutan u jednom broju savremenih zakonodavstava (kao npr. *joint custody* - koncept roditeljske odgovornosti u engleskom pravu), roditelji svoja prava i dužnosti vrše zajednički i sporazumno, s tim da je za situacije njihovog neslaganja (ili neslaganja deteta sa roditeljima) predviđena intervencija države, prvenstveno u vidu posredovanja, odnosno pružanja drugih oblika usluga koje se ostvaruju metodima savetodavnog rada s porodicom. Nemogućnost postizanja sporazuma između roditelja (ili ugrožavanje dobrobiti deteta) dovodi do spora koji se, vezano za konkretno pitanje, rešava u sudskom postupku.

⁶ Videti član 6. st. 2, 3. i 6. PZ.

DETE KAO TITULAR PRAVA – PROCESNI POLOŽAJ
I STVARNA LEGITIMACIJA

U savremenom srpskom porodičnom pravu prava deteta definisana su kao samostalna, *lična prava*. S druge strane, prava roditelja definisana su kao *dužnosti* (prava izvedena iz dužnosti roditelja), i roditelji ih vrše samo u onoj meri koja je potrebna *radi zaštite* ličnosti, prava i interesa deteta (čl. 59–74. PZ).

U našoj pravnoj teoriji, na osnovu relevantne strane literature, učinjen je pokušaj određenja konstitutivnih elemenata pojma *dečja prava*, s obzirom da o tome postoje brojne dileme, odnosno da se preko prihvatanja te kategorije prava, kao posebne u okviru kategorije *univerzalna prava čoveka*, nastoje ostvariti sasvim specifični ciljevi uslovljeni posebnostima same kategorije subjekata koje nazivamo *decom*. Pri tom se mora uzeti u obzir i različit “pravni smisao” onih *odnosa* (što, pre svega, uključuje porodične odnose) u kojima se, makar i kao “posredni subjekti” (u smislu da nemaju obaveze, već samo prava) pojavljuju deca. Na taj način mnoga dečja prava imaju, zapravo, pravnu konotaciju “privilegija” i “imuniteta”, što ih razlikuje potpuno od kategorije “subjektivnih prava”, kod kojih se kao korelat pravu prepoznaje obaveza.⁷

Drugo pitanje je pitanje *sposobnosti* za vršenje prava. Sposobnost deteta za vršenje prava značajno usložnjava njihovu zaštitu, što je posebno prisutno u kategoriji *ličnih prava*, čija immanentna i ujedno najvažnija karakteristika i jeste da njihovo vršenje podrazumeva “isključivo autonomnu voljnu delatnost”.⁸ To je slučaj npr. sa pravom deteta na privatnost, pravom na brak i drugim pravima koja se ne mogu vršiti (pa ni štiti) preko zakonskog zastupnika. Takva prava koja pretpostavljaju sposobnost za samostalno vršenje prava vode poklapanju i sažimanju pravne i poslovne sposobnosti deteta u pojam “sposobnost za ostvarivanje prava”, odnosno za vršenje prava i za njihovu zaštitu, onda kada se ta prava nisu ostvarila spontano u faktičkim životnim odnosima.⁹

Pristup pravima deteta i pravima/dužnostima roditelja, u kom je, pored koncepta zaštite¹⁰, kao metod regulacije upotrebljen koncept ljudskih prava, za

⁷ Palačković, D. (2006) Konvencija o pravima deteta i Porodični zakon, u: *Novine u porodičnom zakonodavstvu*, zbornik, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, str. 23–38.

⁸ Vučković-Šahović, N. (2000), *Prava deteta i međunarodno pravo*, Centar za prava deteta, Beograd, str. 31.

⁹ O sposobnosti deteta za vršenje prava više u: Obretković, M., Janjić Komar, M. (1996), *Prava deteta prava čoveka*, Beograd, str. 132–135.

¹⁰ *Koncept zaštite* je najstariji oblik pravnog regulisanja interesa (deteta). Razvoj prava je i tekao duž linije zaštite slabije strane u odnosu koji se uređuje i svojevrstnog shvatanja pravde. Pošto se stepen ostvarenosti prava definiše kao vrednosti određuje društveni položaj subjekta prava (te-

rezultat ima to da se ljudska prava ne diferenciraju od subjektivnih porodičnih prava koja imaju sasvim drugu pravnu prirodu. Tako se briše granica između prava deteta i njegovih sloboda. To jeste trend u modernim zakonodavstvima. Tako je i u savremenom srpskom porodičnom pravu nivo regulisanja porodičnih odnosa pomeren sa veza i odnosa na individualna prava, ali je i dalje zadržan formalni okvir pravnog definisanja odnosa. Posledica je da je sama porodica postala model za regulisanje neposrednih ličnih odnosa.

Promene u strukturi porodičnih odnosa i metod(i) njihove regulacije reflektuju se i na procesnopравни položaj deteta u postupcima iz porodičnih odnosa.

Prema ranije važećim propisima (Zakon o braku i porodičnim odnosima¹¹, dalje: ZBPO), o vršenju mnogih prava dete nije moglo samostalno odlučivati niti je moglo kao stranka u postupku ostvarivati pravo na sudsku zaštitu. O nekim pravima deteta odlučivalo se u bračnim sporovima (u kojima je sud, po službenoj dužnosti, odlučivao o vršenju ili lišenju roditeljskog prava) i sporu za izmenu odluke o vršenju roditeljskog prava. O vršenju roditeljskog prava, prema odredbama čl. 124. i 125. ZBPO, sud je odlučivao: u bračnom sporu, sporu za poništaj braka i utvrđenje da brak ne postoji – po službenoj dužnosti. U ostalim slučajevima, odluku o vršenju roditeljskog prava donosio je organ starateljstva (u upravnom postupku). Roditelj kome je dete odlukom suda ili organa starateljstva bilo povereno na čuvanje i vaspitanje, roditeljsko pravo vršio je samostalno. Elementi zajedničkog vršenja roditeljskog prava u slučaju odvojenog života roditelja postojali su u okviru odlučivanja o pitanjima koja bitno utiču na život deteta (u slučaju spora roditelja, odluku je donosio organ starateljstva). O održavanju ličnih odnosa deteta sa roditeljem koji ne vrši roditeljsko pravo, nadležni organ odlučivao je kadaga je drugi roditelj u tome sprečavao, ili, kada bi prema okolnostima slučaja procenio daje to potrebno. U tim postupcima dete nije imalo položaj stranke. Pravo na

orija o vrednostima), problem primene navedenog koncepta na porodične odnose i nastaje na polju definisanja vrednosti, jer je onemogućena integracija vrednosti iznad individualnog nivoa regulisanja, što za posledicu ima to da se gubi celina porodičnih odnosa, odnosno gube se elementi zajednice (porodičnog integriteta). Dete “dobija” na individualnom planu, a “gubi” na porodičnom, jer njegova ljudska prava nisu razdvojena od njegovih subjektivnih porodičnih prava, pa se tako pitanje prava meša sa samostalnošću, prava deteta dobijaju status sloboda i tretiraju se kao stvar njihove nezavisnosti. O konceptima pravnog regulisanja roditeljsko-dečjih odnosa više u: Cvejić-Jančić, O. (2004), *Porodično pravo, Knjiga I – Roditeljsko i starateljsko pravo*, treće izdanje, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, str. 190. O konceptualnoj neujednačenosti u našem porodičnom pravu više u: Janjić Komar, M. (2006) Kriza pravnog modela porodice u Porodičnom zakonu Srbije, u: *Novine u porodičnom zakonodavstvu*, zbornik, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, str. 1–5.

¹¹ Zakon je objavljen u “Službenom glasniku SRS”, br. 22/80 i 11/88 i “Službenom glasniku RS”, br. 22/93, 25/93, 35/94, 46/95 i 29/01. Prestao je da važi 1. jula 2005. godine.

tužbu dete je imalo samo u postupku za poništenje usvojenja, zakonsko izdržavanje i osporavanje materinstva i očinstva (član 181. stav 2. i čl. 367. i 380. ZBPO). Porodični zakon omogućio je detetu kao titularu prava da pod određenim uslovima, slobodno izraženom voljom odlučuje o mnogim pitanjima sopstvenog života, i pravo na tužbu u postupcima u vezi sa porodičnim odnosima u kojima se odlučuje o njegovim pravima, izuzev u bračnom sporu¹².

Izmenama u srpskom porodičnom zakonodavstvu 2005. godine kreiran je set posebnih parničnih postupaka u kojima se odlučuje o pravima iz porodičnih odnosa - postupak u bračnom sporu (čl. 209-246), u sporu o materinstvu i očinstvu (čl. 246-260), u sporu za zaštitu prava deteta i sporu za vršenje odnosno lišenje roditeljskog prava (čl. 261-273), u sporu za poništenje usvojenja (čl. 274-276), u sporu za izdržavanje (čl. 277-282) i u sporu za zaštitu od nasilja u porodici (čl. 283-289).

Procesnopravni položaj deteta u sudskim postupcima u vezi sa porodičnim odnosima definisan je preko posebnih pravila postupka u porodičnim stvarima, ali i definisanjem poslovne sposobnosti deteta, načela najboljeg interesa deteta i principa participacije. Iako se postupci u vezi sa porodičnim odnosima, s obzirom na svoj predmet (razrešenje spornog porodičnog odnosa), direktno ili indirektno reflektuju i na prava i interese deteta kao člana porodice, ono nema obezbeđen položaj stranke u svakom od njih. Zakonska rešenja prema kojima u pojedinim postupcima u kojima se odlučuje o pitanjima koja se tiču deteta, a u kojima ono nema obezbeđen položaj stranke, pa tako ni mogućnost da utiče na tok postupka, u velikoj meri slabe njegovu poziciju u postupku sudske zaštite njegovih prava i interesa¹³.

Dete kao stranka u postupku

a) *Aktivna i pasivna legitimacija.* – Pravo na tužbu, odnosno položaj aktivno legitimisane stranke dete ima u postupcima u kojima se odlučuje: u sporu o materinstvu i očinstvu, u sporu za zaštitu prava deteta, u sporu za vršenje roditeljskog prava, u sporu za lišenje roditeljskog prava, u sporu za poništenje usvojenja, u sporu za izdržavanje i u sporu za zaštitu od nasilja u porodici.

¹² Delibašić, Z. (2005), Prava deteta u sporu za zaštitu prava deteta i u sporu za vršenje odnosno lišenje roditeljskog prava, *Bilten Okružnog suda u Beogradu*, broj 74.

¹³ Više o tome u: Petrušić, N. (2006), Pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja u novom porodičnom pravu Republike Srbije, u: *Novine u porodičnom zakonodavstvu*, zbornik, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, str. 99-118.

U svim ovim postupcima dete je kao titular prava iz porodičnih odnosa aktivno legitimisano, dakle ima položaj ovlašćenog tužioca. Međutim, po pitanju pasivne legitimacije, a tuženi je pasivno legitimisan ako je odgovarajuća dužnost vezana za njega, stvari stoje malo drukčije. Naime, iz prihvaćenog koncepta subjektivnih porodičnih prava deteta kao ljudskih prava i prihvaćene definicije roditeljskog prava kao dužnosti roditelja koju oni vrše "samo u onoj meri koja je potrebna radi zaštite ličnosti, prava i interesa deteta", proizlazi da dete nije pasivno legitimisano, odnosno da nema položaj nužnog i jedinstvenog suparničara sa roditeljima u postupcima u kojima se odlučuje o vršenju ili lišenju roditeljskog prava. Stvarna legitimacija u tim postupcima pripada roditeljima, nezavisno od legitimacije deteta, iako bi, *zbog prirode pravnog odnosa*, prema opštim pravilima parničnog procesnog prava tužbom morala da budu obuhvaćena sva lica koja su učesnici tog materijalnopravnog odnosa. Ako se postupak u parnicama u kojima se odlučuje o vršenju ili lišenju roditeljskog prava *ne vodi po tužbi deteta*, ono bi, prema opštim pravilima parničnog procesnog prava, moglo biti *umešač*, a ako se pravno dejstvo presude odnosi i na dete, ono bi bilo *umešač* sa položajem jedinstvenog suparničara¹⁴.

S druge strane, rešenja sadržana u Porodičnom zakonu nameću i pitanje da li roditelji, po tužbi deteta za izmenu odluke o vršenju roditeljskog prava, kada je ta odluka doneta u postupku u kom dete nema položaj stranke (npr. u bračnom sporu) imaju položaj nužnih i jedinstvenih suparničara, da li se mogu smatrati jednom strankom i moraju biti obuhvaćeni tužbom kao tuženi.

Tužba za izmenu odluke o vršenju roditeljskog prava je preobražajna tužba, jer titular prava svoje pravo na promenu može ostvariti samo donošenjem nove sudske odluke (preobražajne, konstitutivne presude) koja deluje ka ubuduće. Novom odlukom menjaju se prava i dužnosti roditelja u pogledu sadržine i obima

¹⁴ Prema *Zakonu o parničnom postupku* ("Službeni glasnik RS", broj 72/11), koji se primenjuje od 1. februara 2012. godine, više lica mogu jednom tužbom da tuže, odnosno da budu tuženi (suparničari), između ostalog, ako su u pogledu predmeta spora *u pravnoj zajednici* ili ako njihova prava, odnosno obaveze proističu iz istog činjeničnog i pravnog osnova (član 205. stav 1. tačka 1), a tužilac može tužbom da obuhvati dva ili više tuženih samo ako prema svakom od njih ističe isti zahtev ili ako prema nekima od njih ističe različite zahteve koji su *u međusobnoj vezi* i ako je isti sud stvarno i mesno nadležan za svaki od zahteva (član 206. stav 2). Ako po zakonu ili *zbog prirode pravnog odnosa* spor može da se reši samo na jednak način prema svim suparničarima (jedinstveni suparničari), oni se smatraju kao jedna parnična stranka, tako da kad pojedini suparničari propuste neku parničnu radnju, dejstvo parničnih radnji koje su izvršili drugi suparničari odnose se i na one koji te radnje nisu preduzeli (član 210). Nužno suparničarstvo postoji ako po zakonu ili *zbog prirode pravnog odnosa* tužbom moraju da se obuhvate sva lica koja su učesnici materijalnopravnog odnosa, a ako sva ta lica nisu obuhvaćena tužbom kao stranke, sud će da odbije tužbeni zahtev kao neosnovan. O nužnom suparničarstvu sud vodi računa po službenoj dužnosti (član 211).

njihovog vršenja. Budući da se promena odnosi na roditelje kao dvojni pravni subjekt (koncept jedinstvenog roditeljskog odnosa), oni bi morali da imaju položaj nužnih i jedinstvenih suparničara.

Isto pitanje postavlja se i kada se postupak vodi po tužbi deteta radi lišenja (potpunog ili delimičnog) roditeljskog prava, budući da je tužba u parnici za lišenje roditeljskog prava tipična kontitutivna (pravopreinačavna) tužba.

b) *Zastupanje deteta.* – Dete kao *stranku* koja nema parničnu sposobnost, odnosno čija je parnična sposobnost u granicama posebne poslovne sposobnosti¹⁵, zastupa *zakonski zastupnik*. Ako između deteta i njegovog zakonskog zastupnika postoje suprotni interesi, u takvom slučaju u postupku se primenjuju pravila koja obezbeđuju nezavisno zastupanje deteta¹⁶ – dete zastupa *kolizijski (privremeni) staratelj*, a ako zakonski zastupnik deteta ne zastupa dete na odgovarajući način – detetu se određuje *privremeni zastupnik*.¹⁷ Detetu se može postaviti kolizijski staratelj, odnosno privremeni zastupnik bez obzira na to u kojoj se stranoj ulozi ono nalazi.

Pravni model roditeljskog odnosa počiva na funkcionalnoj pretpostavci jednakosti interesa roditelja i dece. Stoga se pravo/dužnost roditelja da zastupaju svoju decu ograničava postavljanjem posebnog staratelja detetu samo u slučaju kada su interesi roditelja i deteta u koliziji. Dakle, osnovno pravilo je da dete u svim postupcima *izvan* granica poslovne i procesne sposobnosti deteta zastupaju njegovi roditelji (zakonsko zastupanje). Ako su interesi roditelja i deteta u suprotnosti, dete zastupa kolizijski staratelj. Kolizijskog staratelja postavlja organ starateljstva, po sopstvenoj inicijativi ili na predlog deteta, odnosno drugog lica ili ustanove kojima se dete obratilo i zatražilo pomoć. Dete koje je navršilo 10. godinu života i koje je sposobno za rasuđivanje ima pravo da samostalno ili preko drugog lica ili ustanove inicira postupak za postavljanje kolizijskog staratelja, koji treba dalje da štiti prava i interese deteta.¹⁸

Kolizijski staratelj postaviće se detetu uvek kada su njegovi interesi u koliziji sa interesima roditelja, a naročito, ako je potrebno da on u ime deteta pokrene postupak radi vršenja ili lišenja roditeljskog prava ili radi zaštite od porodičnog nasilja i dr. i da u postupku zastupa dete ako su tužbom obuhvaćena oba roditelja, kao i kada je obuhvaćen samo jedan roditelj a onaj drugi ne želi ili nije sposoban da štiti dete, odnosno da se na odgovarajući način suprotstavi tuženom roditelju.

¹⁵ Videti čl. 59-65.PZ.

¹⁶ O uporednim modelima nezavisne pravne reprezentacije deteta u sudskom postupku, videti: Petrušić, N. (2006), *Zastupanje deteta u parnici*, Pravni život, 12/2006, str. 169–192.

¹⁷ Član 265. Porodičnog zakona.

¹⁸ Član 265. stav 2. Porodičnog zakona.

Dete u postupku može zastupati i privremeni zastupnik. Privremenog zastupnika detetu postaviće sud u toku parnice, po službenoj dužnosti ili na predlog samog deteta, odnosno lica ili ustanove kojima se dete obratilo za pomoć u pokretanju postupka za postavljanje privremenog zastupnika, ako utvrdi da između deteta i njegovog zakonskog zastupnika postoje suprotni interesi ili da dete kao stranka nije zastupano na odgovarajući način¹⁹. Postupak postavljanja detetu privremenog zastupnika predlog samog deteta, odnosno lica ili ustanove kojima se dete obratilo za pomoć u pokretanju postupka za postavljanje privremenog zastupnika vodi se kao *osnovni* postupak – pre pokretanja parnice, i ima karakter vanparničnog postupka. Postupak postavljanja detetu privremenog zastupnika u toku postupka u parnici sprovodi se po odredbama člana 81. ZPP-a i ima karakter specifičnog *adhezionog* postupka. Sposobnost deteta za rasuđivanje, što je poseban uslov za uvažavanje njegovog predloga za postavljanje privremenog zastupnika, utvrđuje sud u toku (osnovnog ili adhezionog) postupka tako što sprovodi potrebne izviđaje.²⁰ Privremeni zastupnik postavlja se iz reda advokata²¹ i u postupku ima prava i dužnosti zakonskog zastupnika.

Novinu u našem porodičnom pravu predstavlja rešenje prema kome roditelji imaju pravo i dužnost da zastupaju dete i u svim pravnim poslovima i u svim postupcima *u granicama* poslovne i procesne sposobnosti deteta, osim ako nije drugačije određeno zakonom – *voljno zastupanje*. Reč je o zakonskom voljnom zastupanju, jer osnov ovlašćenja za zastupanje nije volja deteta, već sam zakon. Međutim, pitanje pravnog položaja voljnog zastupnika deteta nije sasvim razjašnjeno. Da li se njegova ovlašćenja upodobljavaju ovlašćenjima zakonskog zastupnika (čl. 76–80. ZPP), budući da su roditelji zastupnici deteta po samom zakonu, ili ovlašćenjima punomoćnika (čl. 85–94. ZPP), imajući u vidu to da je dete procesno sposobno u granicama svoje (posebne) poslovne sposobnosti?²² Voljno

¹⁹ Prema odredbama ranijeg zakona (član 375. ZBPO), ako ustanovi da zakonski zastupnik deteta ne pokazuje potrebnu pažnju u zastupanju ili zbog neznanja ili zbog nemarnosti, sud je bio dužan da o tome obavesti organ starateljstva, koji je imao pravo da učestvuje u postupku i štiti interese deteta ukoliko bi procenio da je to u opravdanom interesu deteta. Novo porodično zakonodavstvo (član 266. PZ), takođe, propisuje obavezu suda da pazi da li je dete zastupano na odgovarajući način, ali ga istovremeno obavezuje da detetu postavi privremenog zastupnika kada nije odgovarajuće zastupano.

²⁰ Videti: član 265. stav. 3. i član 266. stav 1. PZ i čl. 81–83. ZPP

²¹ Advokata sud određuje po redosledu sa liste koju mu dostavlja advokatska komora (član 81. stav 1. ZPP). Nažalost, specijalizacija advokata nije predviđena kao uslov za zastupanje deteta, iako za to postoje valjani stručni razlozi.

²² Prema članu 75. stav 3. ZPP-a, maloletnik je parnično sposoban u granicama priznate poslovne sposobnosti.

zastupanje otvara i pitanje prava deteta da odluči da li će ga, kao voljni zastupnici, zastupati oba ili samo jedan roditelj. Ako dete ima to pravo, ima li i pravo da odredi obim ovlašćenja za zastupanje? Kakva je forma tog ovlašćenja (punomoćja)? Nedefinisanost položaja voljnog zastupnika deteta u građanskom sudskom postupku potrebno je neodložno razrešiti, jer nepravilno zastupanje predstavlja bitnu povredu odredaba parničnog postupka, na koju u drugostepeni i revizijski sud paze po službenoj dužnosti²³.

Dete kao učesnik u postupku

Već je ukazano na to da dete nema obezbeđen položaj stranke u mnogim postupcima u vezi sa porodičnim odnosima koji neposredno ili posredno tangiraju i njegova prava i interese. Tako, u bračnim sporovima u kojima je sud u obavezi da presudom odluči i o vršenju roditeljskog prava, a ima mogućnost i da odluči o potpunom ili delimičnom lišenju roditeljskog prava ili da odredi, ako je to odgovarajuće, jednu ili više mera zaštite od nasilja u porodici (čl. 226. PZ) – dete nema položaj stranke. Detetu nije obezbeđen položaj stranke ni u parnici za zaštitu od nasilja u porodici ako je parnicu pokrenuo neko od drugih aktivno legitimisanih subjekata. Položaj stranke dete ne mora nužno imati ni u parnici za zaštitu prava deteta, ako ono samo nije tužilac. I slično. U takvoj situaciji, u parnici koja je zasnovana na dvostranačkoj konstrukciji, procesna pozicija deteta je “zamagljena”, jer je dete samo “pritajena”, “prikrivena”²⁴ stranka. Ono je nužno učesnik materijalnopravnog odnosa koji sud razmatra i kakvu god odluku da donese, ona će uticati na položaj i prava deteta u porodičnim odnosima.

a) *Dete kao umešač.* – U postupcima u kojima dete nije steklo položaj stranke, ono može, budući da je samostalni nosilac prava iz porodičnih odnosa, steći položaj umešača, u skladu sa opštim pravilima parničnog procesnog prava²⁵. Pri tom, dete može biti “obični” umešač ili umešač sa položajem jedinstvenog suparničara (u parnicama u kojima se dejstvo presude odnosi i na dete). Prema opštim pravilima građanskog sudskog postupka, umešač može da stupi u parnicu u toku celog postupka sve do pravnosnažnosti odluke o tužbenom zahtevu, kao i u toku postupka nastavljenog izjavljivanjem vanrednog pravnog leka. Izjavu o stupanju u

²³ Član 374. stav 2. tačka 9) ZPP-a.

²⁴ Videti: Petrušić, N., *op. cit.*, str. 112. O specifičnom položaju deteta kao “pritajene stranke” više u: Stanković, G (1997), *Procesni položaj deteta u parničnom postupku*, u: Prava deteta u svetu i Jugoslaviji, Beograd, str. 113.

²⁵ Član 215. ZPP.

parnicu umešač daje na ročištu ili podneskom koji se dostavlja strankama, a ako je izjava umešača o stupanju u parnicu data na ročištu, prepis odnosnog dela zapisnika dostaviće se samo onoj stranci koja je sa ročišta izostala.

Pošto se odredbe zakona kojima se uređuje parnični postupak primenjuju i na sudske postupke koji su u vezi sa porodičnim odnosima, ako PZ nije drukčije propisano²⁶, postavlja se pitanje ko je dužan da obavesti dete o mogućnostima da u sudskim postupcima koji ga se tiču učestvuje kao umešač. Prema rešenjima koje sadrži PZ, i kada dete nije stranka ono ima pravo da slobodno i neposredno izrazi svoje mišljenje u svakom postupku u kom se odlučuje o njegovim pravima (član 65), a sud, odnosno kolizijski staratelj ili privremeni zastupnik ima obavezu da detetu omogući slobodno izražavanje mišljenja samo kada je dete stranka (čl. 265. i 266). Nije rešeno pitanje ko ima obavezu da dete pouči o njegovom pravu da bude umešač u postupku.

b) Izražavanje mišljenja deteta. – Pravo deteta na izražavanje mišljenja u svakom sudskom postupku koji ga se tiče proklamovano je kao opšte načelo²⁷. Pravo na participaciju imaju sva deca, nezavisno od uzrasta, pola, državljanstva, porodičnog statusa, nacionalne ili druge pripadnosti ili kog drugog svojstva. Načelo nediskriminacije, dosledno sprovedeno, znači jednaku dostupnost postupaka i jednake mogućnosti za izražavanje mišljenja za svu decu.

Porodičnim zakonom učinjen je iskorak u pravcu obezbeđenja jednakih mogućnosti za svu decu time što je propisana obaveza svih organa i službi da u svim postupcima u kojima se odlučuje o pravima deteta, bilo da je dete stranka ili ga se postupak neposredno tiče, mišljenju deteta posvete dužnu pažnju. S tim u vezi, propisano je da parnični sud mišljenje deteta može utvrđivati u saradnji sa stručnjacima – sa školskim psihologom ili sa odgovarajućim stručnjakom centra za socijalni rad, porodičnog savetovaništva ili druge ustanove, koji je obučen za vođenje razgovora sa detetom određenog uzrasta.

Međutim, propisana procesna pravila ograničavaju mogućnost pristupa i neposrednog izražavanja mišljenja deci niskog kalendarskog uzrasta i deci sa smetnjama u razvoju, jer, osim usluga tumača, koje se koriste kada se radi o gluvonemom detetu ili kada se postupak vodi na jeziku koji nije maternji jezik dete-

²⁶ Član 202. PZ.

²⁷ Odredbama člana 12. KPD propisano je da države članice obezbeđuju detetu koje je sposobno da formira svoje sopstveno mišljenje pravo slobodnog izražavanja tog mišljenja o svim pitanjima koja se tiču deteta, s tim što se mišljenju deteta posvećuje dužna pažnja u skladu sa godinama života i zrelošću deteta. U tu svrhu, detetu se posebno daje prilika da bude saslušano u svim sudskim i administrativnim postupcima koji se odnose na njega, bilo neposredno ili preko zastupnika ili odgovarajućeg organa, na način koji je u skladu sa proceduralnim pravilima nacionalnog zakona. Slične odredbe sadrže čl. 65, 265. i 266. PZ.

ta, procesni zakoni ne poznaju druge vrste pomoći, kao što su: korišćenje tehničkih sredstava, učila i sl. Stoga ostaje da tehnike stručnog rada, odnosno razgovora sa detetom koriste angažovani stručnjaci, saglasno pravilima svoje struke i savremenim naučnim i stručnim dostignućima.

Kada je reč o ostvarivanju prava deteta na participaciju, u pravnoj teoriji je nesporno da se puna participacija deteta u postupku ne obezbeđuje prostim "saslušavanjem" deteta koje je u stanju da izrazi svoje mišljenje, već da je reč o jednom složenom (višefaznom) procesu²⁸. Tako je i odredbama Porodičnog zakona propisano da sud najpre utvrđuje da li je dete sposobno da formira svoje mišljenje, imajući u vidu uzrast, razvojne sposobnosti deteta i sl. U tom procesu sud, po pravilu, konsultuje stručnjake. Ako sud utvrdi da je dete sposobno da formira svoje mišljenje, on je dužan: 1) da se stara da dete blagovremeno dobije sva obaveštenja koja su mu potrebna da bi moglo da izrazi svoje mišljenje; 2) da dozvoli detetu da neposredno izrazi svoje mišljenje; 3) da se stara da se detetu na pogodan način objasne posledice prihvatanja izraženog mišljenja, kako bi moglo definitivno, na osnovu dobijenih obaveštenja i objašnjenja, da formira svoje mišljenje.

Sud je dužan da mišljenje deteta utvrdi na *način* i na *mestu* koje je u skladu sa njegovim godinama i zrelošću, kao i da tom mišljenju *posveti dužnu pažnju*. "Posvetiti dužnu pažnju" svakako ne znači i uvažiti mišljenje deteta. Pored teškoća koje pravničkoj praksi nameće upotreba pravnog standarda "dužna pažnja" čiju sadržinu tek treba precizirati, teškoću u procesu obezbeđivanja zaštite prava na učešće deteta u sudskom postupku predstavlja i okolnost da nije predviđeno ni posebno pravno sredstvo kojim bi se mogla obezbediti kontrola sudske odluke donete bez objašnjenja o tome kako je (ili zašto nije) mišljenju deteta posvećena dužna pažnja.

²⁸ Uključenosti deteta u proces donošenja odluka podrazumeva više nivoa i oni se različito klasifikuju, kao npr.: (1) informisanost deteta, (2) izražavanje informisanog mišljenja deteta, (3) pravo da se njegovo/njeno mišljenje uzme u obzir prilikom donošenja odluka, (4) pravo da sami ili u saradnji sa odraslima učestvuju u donošenju odluka koje ih se tiču. Iz odredaba PZ proizlazi da participacija deteta u donošenju odluka podrazumeva: (1) blagovremeno davanje detetu svih potrebnih obaveštenja, (2) dozvolu detetu da neposredno izrazi svoje mišljenje, (3) obavezu da se mišljenju deteta posveti dužna pažnja (ocena usaglašenosti mišljenja deteta sa njegovim najboljim interesima), (4) izbor načina i mesta razgovora sa detetom, prilikom utvrđivanja njegovog mišljenja, koji odgovaraju uzrastu i zrelosti deteta, (5) izražavanje mišljenja u prisustvu lica koje dete samo izabere. Od razvojnih mogućnosti deteta pre svega zavisi na koji način će ono biti uključeno u postupak. Takođe, prilikom ocene koliko pažnje treba posvetiti mišljenju deteta i kakvu težinu ima njegovo mišljenje, ključni značaj imaju razvojne mogućnosti tj. procenjeni nivo razvojnih kompetencija deteta. Više o tome: Landsdown, G. (2005) *The Evolving capacities of the child*. Innocenti Research Center: Florence. O psihološkim aspektima utvrđivanja mišljenja deteta videti i: Vranješević, J. (2006), Razvojno-psihološki aspekt Konvencije o pravima deteta. *Pedagogija*, br. 4, str. 469–478.

U našoj praksi ocenu da li je izraženo mišljenje deteta njegovo autentično mišljenje ili je rezultat instrukcija i pritisaka od strane odraslih, odnosno da li je iskazano mišljenje ili želja deteta u skladu sa njegovim najboljim interesima, daju stručnjaci. Razgovoru, po pravilu, prisustvuje lice koje dete samo izabere. Postavlja se pitanje, budući da zakonom nisu ustanovljena posebna pravila o tome, kako će, na čiji predlog i uz čiju pomoć dete izabrati lice koje će mu pružiti pomoć i podršku u postupku u kome treba da formira i iznese svoje mišljenje. S druge strane, postavlja se pitanje kakva je uloga i zadatak tog lica, posebno u onim situacijama kad je detetu u postupku postavljen kolizijski staratelj, odnosno privremeni zastupnik, budući da i oni imaju određene zakonske dužnosti u pogledu ostvarivanja prava deteta na izražavanje mišljenja. Nejasno je, takođe, čija je dužnost da dete upozna sa pravom da izabere lice u koje ima poverenje, koje će mu pružiti podršku u procesu formiranja i izražavanja mišljenja.

Drugi problem koji se javlja u vezi sa ostvarivanjem prava deteta na slobodno izražavanje mišljenja u parnici za vršenje ili lišenje roditeljskog prava tiče se dometa tog prava. Naime, stilizacija odredbe člana 266. stav 3. Porodičnog zakona: "Ako sud utvrdi da je... stranka dete koje je sposobno da formira svoje mišljenje, dužan je..." upućuje na zaključak da u parnicama za vršenje, odnosno lišenje roditeljskog prava, u kojima dete formalno nije stranka, ono nema zakonsko pravo da izrazi svoje mišljenje, odnosno ne postoji dužnost suda na detetu omogućiti izražavanje mišljenja. Takvo tumačenje bi, nesumnjivo, suzilo pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja, budući da zakonodavac nije predvideo obavezno zasnivanje suparničarstva u tim parnicama, tako da dete, formalno posmatrano, ima položaj stranke samo ako se u parnici javlja kao tužilac.²⁹

Sledeći problem vezan za ostvarivanje prava deteta na slobodno izražavanje mišljenja u parnicama za vršenje i lišenje roditeljskog prava ogleda se u tome što je zakonodavac ovo pravo vezao za prethodnu procenu *sposobnosti* deteta da uopšte formira mišljenje. Naime, ta sposobnost deteta podložna je oceni suda, odnosno oceni upravnog organa – ako se pred njim vodi postupak radi postavljanja staratelja detetu, a ako je detetu već postavljen kolizijski staratelj ili privremeni zastupnik, onda oni vrše procenu sposobnosti deteta da formira mišljenje. Zakon, međutim, ne sadrži odredbe o tome kako se ova procena vrši, primenom kojih principa i kojih instrumenata za procenu, niti su predviđena pravna sredstva koja se mogu upotrebiti za slučaj da sud, kolizijski staratelj ili privremeni zastupnik deteta izvedu pogrešan zaključak u pogledu sposobnosti deteta da formira svoje mišljenje.³⁰

²⁹ Petrušić, N., *op. cit.*, str. 97.

³⁰ *Ibidem.*

c) *Pravo na participaciju i zaštita najboljeg interesa deteta.* – Pored faktičkih ograničenja koje u postupku utvrđivanja mišljenja deteta nameću nedovoljno precizne zakonske odredbe, Porodičnim zakonom propisana su i određena ograničenja participativnih prava deteta, koja su u vezi sa procenom njegovog najboljeg interesa. Naime, sud može lišiti dete prava na participaciju u postupku uvek kada proceni da bi izražavnije mišljenja *očigledno bilo u suprotnosti sa najboljim interesom deteta*³¹. Pri tom nije predviđeno posebno pravno sredstvo kojim bi se mogla obezbediti kontrola sudske odluke donete bez učešća deteta u postupku. Isto pravilo (o oslobađanju od dužnosti da se detetu omogući izražavanje mišljenja ako se proceni da bi to očigledno bilo u suprotnosti sa njegovim najboljim interesom) propisano je i za kolizijskog staratelja, odnosno privremenog zastupnika deteta. Pri tom dete ne raspoložuje ni jednim procesnim sredstvom koje se može upotrebiti kako bi se izdejstvovala kontrola takve odluke kolizijskog staratelja, odnosno privremenog zastupnika. Ovde se, očigledno, pošlo od stava da pravo na slobodno izražavanje mišljenja i princip najboljeg interesa deteta mogu biti međusobno kontradiktorni, u kom slučaju bi prevagu imao najbolji interes deteta. Međutim, u savremenom pravu najbolji interes deteta ne posmatra se pasivno, niti se smatra da su isključivo odrasli ti koji određuju sadržinu principa najboljeg interesa deteta, već se polazi od stava da su ta dva principa međusobno povezana, pri čemu je upravo uvažavanje mišljenja deteta veoma često u najboljem interesu deteta³².

Oslanjajući se na opšta procesna načela, a posebno na pravo na pravično suđenje, kao i na konvencijske i zakonske odredbe koje detetu priznaju pravo na izražavanje mišljenja i obavezuju sve aktere da su svim postupcima koji se tiču deteta mišljenju deteta posvete dužnu pažnju, moglo bi se zaključiti da sud može doneti odluku koja nije zasnovana na izraženom mišljenju deteta ili gde mišljenje deteta nije ni utvrđivano ako je u postupku procenjeno da bi to bilo suprotno detetovom najboljem interesu, ali takva odluka onda mora biti posebno obrazložena i time podobna za ispitivanje u instancionom postupku.³³

³¹ Član 266. *in fine* Porodičnog zakona.

³² Petrušić, N., *op. cit.*, str. 113. Videti i: Milutinović, Lj. (2008), Porodični zakon kroz sudsku praksu, *Bilten sudske prakse broj 2*, Beograd, str. 257–290.

³³ Propust suda da detetu omogući da izrazi svoje mišljenje u sudskom postupku koji se tiče deteta nije predviđen kao bitna povreda odredaba parničnog postupka koja bi dovela do ukidanja odluke i o kojoj bi drugostepeni sud vodio računa po službenoj dužnosti. Moglo bi se, eventualno, zaključiti da je reč o relativno bitnoj povredi, o kojoj drugostepeni sud vodi računa samo ako na nju ukaže žalilac. Videti i *Rešenje Vrhovnog suda Srbije*, Rev. 2393/07 od 12. septembra 2007. g.

d) *Dete kao svedok.* – Dete se u postupku može pojaviti i kao *svedok*, prema opštim pravilima građanskog procesnog prava³⁴. Položaj deteta je tada isti kao i odraslog lica koje se pojavljuje kao svedok. Zapravo, ne postoje posebna pravila o saslušanju dece kao svedoka koja bi omogućila da dete bude pripremljeno za davanje iskaza pred sudom i saslušano na odgovarajući način³⁵. Osim toga, kaznene odredbe koje zakon propisuje zbog neodazivanja na poziv suda odnosno zbog nepoštovanja suda trebalo bi dodatno prilagoditi međunarodnim standardima kada se odnose na dete kao svedoaka.

ZAKLJUČAK

Pristup regulisanju odnosa najčešće je uzrok teškoćama u primeni, odnosno u zaštiti prava. Dok je klasično porodično pravo definisalo porodične odnose sa stanovišta prava i obaveza roditelja, moderno pravo proširuje listu i na prava deteta, pri čemu se veza sa porodicom ostvaruje preko individualnih prava, a koncept ljudskih prava postaje svojevrsan metod regulisanja samih odnosa.

³⁴ Čl. 244–258. ZPP-a.

³⁵ U *Posebном protokolu o postupanju pravosudnih organa u zaštiti maloletnih lica od zlostavljanja i zanemarivanja* (2009) koji je donelo Ministarstvo pravde Republike Srbije, obrađeno je pitanje svedočenja maloletnika u građanskom sudskom postupku u kom se odlučuje o zaštiti od zlostavljanja i zanemarivanja dece (str. 18). Navodi se, između ostalog, da, u pogledu tehnika ispitivanja dece u građanskom sudskom postupku treba primeniti pravila krivičnoprocesne zaštite maloletnih lica. Naime, dete je subjekt, a ne objekt prava i sud je dužan da mu omogući da iznese iskaz, jer se u postupcima u vezi sa nasiljem u porodici i zlostavljanjem i zanemarivanjem dece, odlučuje o njegovim pravima (pravu na život, zdravlje, pravilan razvoj, obrazovanje i dr.). Sud mora da vodi računa da se radi o posebno osetljivom i ranjivom ljudskom biću, sobzirom na uzrast, pol, životno iskustvo, zdravstveno stanje i činjenicu da je često privrženo članu porodice koji ga zlostavlja i zanemaruje. Psihološka priprema deteta pre izvođenja dokaza saslušanja deteta kao svedoka od strane stručnog lica neophodan je preduslov da se dokaz kvalitetno izvede, da se psihofizički status deteta, ukoliko postoji procena rizika, ne ugrozi. Time se, istovremeno, sprečava “institucionalno zlostavljanje” deteta, odnosno sprečava se da se ono sasluša više puta. Dete se mora osloboditi svesno ili nesvesno nametnutog osećanja krivice, da je ono uzrok ponašanja roditelja ili drugog člana porodice, da je ono isključivi krivac i da će svojim iskazom otežati njihov položaj u postupku. Saslušanje deteta obavlja se uz pomoć psihologa, pedagoga ili drugog stručnog lica, odnosno stručnih službi za posredovanje u porodičnim odnosima. U *Protokolu* su date i Preporuke za vođenje razgovora sa maloletnim licem u građanskom sudskom postupku, u posebnom prilogu. Predloženo je i da se, kao pravni standard, prihvate odredbe krivičnopravnih propisa o saslušanju maloletnog lica preko video linka (i novi ZPP poznaje upotrebu ovog tehničkog sredstva), u prostoru koji je za to najpodesniji po savetu dečijeg psihologa ili drugog stručnog lica; korišćenju jednostranih ogledala, ako se sasluša u prostorijama državnih organa koji za to imaju tehničke mogućnosti; zabrani suočavanja sa licem protiv koga se vodi postupak, ako se maloletno lice nalazi u posebnom duševnom stanju zbog vrste, težine i trajanja zlostavljanja i zanemarivanja u dužem vremenskom periodu, i dr.

S druge strane, definisanje roditeljskog prava određivanjem prava roditelja kao dužnosti roditelja, u socijalnom smislu ima nedvosmisleno pozitivnu konotaciju, ali njegova primena, takođe nedvosmisleno, utiče na nedefinisan položaj roditelja i nedovoljno individualizovan odnos roditelja i dece.

To značajan utiče na položaj deteta u postupku. Samo u maternitetskim i paternitetskim parnicama detetu je obezbeđen položaj stranke (nužni i jedinstveni suparničar). U većini ostalih postupaka dete je aktivno legitimisano, ali nema i pasivnu legitimaciju, budući da za dete nisu vezane (uz prava) i dužnost, niti mu je obezbeđen položaj nužnog i jedinstvenog suparničara sa roditeljima u postupcima u kojima se odlučuje i o roditeljsko-dečjim odnosima (o vršenju ili lišenju roditeljskog prava, zaštiti od porodičnog nasilja i sl.). Stvarna legitimacija u tim postupcima pripada roditeljima, nezavisno od legitimacije deteta, iako bi, zbog prirode pravnog odnosa, prema opštim pravilima parničnog procesnog prava, tužbom morala da budu obuhvaćena sva lica koja su učesnici tog materijalno-pravnog odnosa.

Iako je učinjen značajan napredak u pravcu formulisanja statusa deteta kao procesnog subjekta, za razliku od ranije važećih propisa kada je dete u mnogim parničnim postupcima bilo svedeno na "objekt" postupanja iako je sud odlučivao upravo o njegovim pravima, propuštena je prilika da se predvidi posebno pravno sredstvo kojim bi se mogla obezbediti kontrola sudske odluke donete bez učešća deteta u postupku, kao i da se detetu kao procesnom subjektu bezrezervno obezbedi pravo na slobodno izražavanje mišljenja.

Široko diskreciono definisano uvažavanje autonomije ličnosti deteta, pored pitanja standarda prema kojima se utvrđuje "očigledna suprotnost najboljem interesu deteta" i "sposobnost" deteta da formira svoje mišljenje, nesumnjivo postavlja najveće restrikcije u pogledu prava deteta da slobodno izrazi svoje mišljenje u sudskom postupku, i još uvek ne rešava problem nezavisnog pravnog predstavljanja dece niskog kalendarskog uzrasta koja nisu dostigla nivo intelektualne i moralne zrelosti neophodan za formiranje i izražavanje sopstvene volje.

Pored toga, vezujući ostvarivanje prava na slobodno izražavanje mišljenja za princip najboljeg interesa deteta, zakonodavac je, očigledno, pošao od stava da pravo na slobodno izražavanje mišljenja deteta koje nema procesni položaj stranke i princip najboljeg interesa deteta mogu biti međusobno kontradiktorni i da u tom slučaju prevagu ima najbolji interes deteta. Taj stav je, međutim, i u teoriji i u zakonodavnoj praksi, odavno napušten.

Vezano za nezavisnu pravnu reprezentaciju deteta jeste i pitanje kvalifikovanog predstavljanja deteta u sudskom postupku. Naime, iako je propisana obaveza suda, odnosno organa starateljstva da detetu postave kolizijskog staratelja, odnosno privremenog zastupnika za slučaj da između deteta i njegovog zakonskog

zastupnika postoje suprotni interesi ili ako zakonski zastupnik deteta ne pokazuje potrebnu pažnju i ne zastupa dete na odgovarajući način – zakonodavac nije predvideo kvalifikovano predstavljanje deteta određivanjem stručnjaka – advokata za pravnog reprezentanta deteta, niti je za njega predvideo obaveznu specijalizaciju, mada se traži specijalizacija za članove sudskog veća³⁶.

Ono što kao zaključak iz svega gore navedenog proizlazi jeste da su prava i zaštita deteta u postupcima u vezi sa porodičnim odnosima, sa normativnog aspekta, u bitnoj meri poboljšana i da mehanizmi za njihovo sprovođenje jesu postavljeni, ali ono što se otvara kao pitanje jeste, da li su i u kojoj meri propisani mehanizmi dovoljni i sveobuhvatni.

RANKA VUJOVIĆ

Assistant Director of the Republic Secretariat
for Legislation

EFFECT OF CHANGE IN POSITION OF A CHILD IN THE FAMILY
OF HIS POSITION AND RIGHTS IN COURT PROCEEDINGS
IN CONNECTION WITH FAMILY RELATIONS

Summary

In contemporary law, family is understood as a social institution that performs an important social task. In this respect, parents' rights are also defined as social functions, thus shifting the emphasis from parents' power to their obligation of protection and upbringing of a child, and the interest, i.e. welfare of a child is raised to the level of general social interest. Within such concept, the concept of childhood, as a social category, is undergoing significant changes. A child is no longer only an object of protection. Development of human rights leads to development of the idea on the need to achieve an appropriate degree of child's individual freedom and its self-determination, i.e. the idea of a child as an autonomous legal subject. Except in the sphere of family and other social relations (education, culture, etc.), a child, in accordance with age and maturity, is gaining the ability to exercise its rights independently in legal and administrative proceedings. Thus the changes in the structure of family relations reflect on procedural-legal position of a child in proceeding under family, and especially parent.-child relations. Adopting the concept of human rights as a method of regulating interfamily relations, primarily child – parent relationship, in contemporary Serbian law, and the fact that child's rights that come out of the body of human rights are not separated from subjective family rights, makes more difficult the exercise of procedural, but also participatory rights of the child in legal (and other) proceedings that affect it.

³⁶ Član 35. ZPP.

OLGA S. JOVIĆ

ODVAJANJE DETETA OD RODITELJA KAO MERA PORODIČNOPRAVNE ZAŠTITE

U V O D

Roditeljsko pravo izvedeno je iz dužnosti roditelja i postoji samo u meri koja je potrebna za zaštitu ličnosti, prava i interesa deteta.¹ Odredbama o pravima deteta i dužnostima i pravima roditelja propisane su smernice za podizanje dece i njihov pravilan i potpun razvoj. Roditelji vrše roditeljsko pravo u skladu sa zakonom i u najboljem interesu deteta. Sadržinu pojma najbolji interes deteta određuju okolnosti svakog pojedinačnog slučaja, shodno potrebama deteta i njihovom zadovoljenju na najbolji mogući način.

U savremenom pravu dete se nalazi u centru porodičnih odnosa zbog čega je i odgovornost roditelja pooštrena. Budući da u vršenju roditeljskog prava može doći do zloupotrebe ovlašćenja iz sadržine roditeljskog prava u vezi sa staranjem o životu i zdravlju deteta, o vaspitavanju i obrazovanju deteta, o pravu deteta da živi sa roditeljima ili u pogledu zastupanja deteta, te povodom upravljanja i raspolaganja imovinom deteta, odnosno do zanemarivanja deteta, dete je zakonom zaštićeno. U skladu sa tim, sva nacionalna zakonodavstva predviđaju model zašti-

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

¹ Videti odredbu čl. 67. Porodičnog zakona Srbije (u daljem tekstu PZS), "Službeni glasnik RS", br. 18/2005, br. 72/2011 – dr. zakon.

te deteta kojim se nastoji postići ravnoteža između potrebe za intervencijom države i prava roditelja da brinu o deci. Normativni sistem zaštite deteta je deo ukupne razvojne i socijalne politike jedne zemlje, s obzirom da prava deteta mogu biti povređena i ugrožena na različite načine: zloupotrebom, nasiljem, zlostavljanjem ili zanemarivanjem čime fizički i lični integritet deteta može biti narušen. Osnovni uslov za opravdanost društvene intervencije u porodične odnose jeste najbolji interes deteta.

U većini slučajeva roditelji podižu dete primereno njegovim potrebama, i tada se uloga društva ogleda u obezbeđenju podrške roditeljima putem različitih mera i aktivnosti kojima će im olakšati odgajanje dece. Kako po svojoj prirodi roditeljsko pravo, ipak, nije samo subjektivno pravo roditelja prema detetu, nego je i pravni instrument na osnovu kojeg roditelji ostvaruju društveno postavljene ciljeve za uspešno odgajanje potomstva, u slučajevima kada postupci roditelja protivreče interesima deteta u meri koja ozbiljno ugrožava fizički, moralni i intelektualni razvoj deteta radi se o zloupotrebi roditeljskog prava. Isto tako, kada roditelji grubo zanemaruju roditeljske dužnosti prema fizičkim, psihičkim i socijalnim potrebama deteta, država će preko nadležnih organa biti pozvana da štiti dete o kome se roditelji ne staraju na zadovoljavajući način. Mere za zaštitu prava i interesa deteta od strane nadležnih organa tiču se zaštite ličnosti i imovine deteta kao posledice neodgovornog vršenja roditeljskih funkcija. Reč je o društvenim aktivnostima usmerenim na sprečavanje i iskorenjivanje negativnih pojava, i o organizovanju i neposrednom sprovođenju zaštitnih mera u slučajevima zlostavljanja i zanemarivanja deteta.²

OBLICI ZLOUPOTREBE DETETA

Ponašanje roditelja koje dovodi do stvarnog ili potencijalnog narušavanja zdravlja deteta, njegovog preživljavanja, razvoja ili dostojanstva u odnosu koji podrazumeva odgovornost, poverenje ili moć potpada pod opšti pojam zloupotrebe deteta. Prema definiciji Svetske zdravstvene organizacije, zloupotreba ili zlostavljanje deteta odnosi se na sve oblike fizičkog i/ili emocionalnog zlostavljanja, seksualnu zloupotrebu, zanemarivanje ili nemaran postupak.³ Drugim rečima, neprimereni postupci prema detetu koji osujećuju njegov razvoj, svoj izraz dobijaju u pojmovima zloupotrebe, zanemarivanja, zlostavljanja, zapuštanja, eksploatacije i sl.

² Videti Obretković M., Osnovni principi zaštite, u Zaštita deteta od zlostavljanja, Priručnik za centre za socijalni rad, Obretković M., Pejaković Lj. (ur.), Beograd 2001, str. 2.

³ Videti WHO Report on Consultation on Child Abuse Prevention, Doc. WHO/HSC/PVI/99.1, 29–31 March 1999, Geneva.

Pojam zloupotreba podrazumeva one postupke prema detetu u kojima se potrebe, interesi i ličnost deteta podčinjavaju interesima roditelja ili drugih lica, dok pojam zanemarivanja obuhvata propuste i nečinjenja u odnosu prema detetu koja onemogućavaju zadovoljenje razvojnih potreba deteta. U ovom drugom slučaju govori se o propustima roditelja da detetu obezbede hranu, smeštaj i odeću, odnosno o propustima roditelja u zaštiti deteta od fizičkih povreda ili opasnosti, te zapostavljanju detetovih osnovnih emocionalnih potreba i napuštanje deteta. Oblici zanemarivanja deteta mogu biti fizički, zdravstveni, emocionalni, obrazovni, vaspitni, neadekvatni nadzor.⁴ Pojmom zlostavljanja označavaju se oni događaji, situacije i stanja, odnosno ponašanja kojima se ugrožava razvoj deteta, a manifestuje se kroz oblike fizičkog, seksualnog, emocionalnog zlostavljanja i zanemarivanja.⁵

Kada postoji ozbiljna opasnost za pravilno podizanje deteta, odnosno objektivno stanje ugroženosti deteta u fizičkom, zdravstvenom, psihološkom ili vaspitnom pogledu, i visok stepen rizika koji se ne može izbeći drugim merama zaštite u okviru porodice, odvajanje deteta od roditelja predstavlja meru kojom se štiti najbolji interes deteta.

U porodičnopravnom smislu, stepen izraženosti ponašanja roditelja i stepen ugroženosti deteta su odlučujući faktori za primenu mera ograničenja ili lišenja roditeljskog prava. Polazeći od činjenice da je odgovornost roditelja integrisana u pravnim standardima “zloupotreba roditeljskog prava” i “grubo zanemarivanje roditeljskih dužnosti”, na nesumnjiv način se može zaključiti da njihova terminološka određenost pretpostavlja ponašanje različitog stepena opštosti, pa je i intezitet predviđenih mera zaštite determinisan spremnošću roditelja da prihvate socijalnu podršku i pravne intervencije užeg dejstva.⁶

⁴ Videti opširnije Obretković M, Osnovni principi zaštite, u *Zaštita deteta od zlostavljanja*, Priručnik za centre za socijalni rad, nav.delo, str. 32. i dalje.

⁵ Isto. *Fizičko zlostavljanje* obuhvata fizička činjenja kao što su: udaranje, trešenje, bacanje, davljenje, gušenje, trovanje, paljenje ili poparivanje, koja izazivaju ili mogu izazvati fizičke povrede ili smrt deteta. Fizička povreda deteta može nastati i onda kada roditelj namerno izaziva simptome bolesti kod deteta. *Seksualna zloupotreba* podrazumeva navođenje ili primoravanje deteta ili maloletnika na učešće u seksualnim aktivnostima. *Seksualna eksploatacija* odnosi se na korišćenje deteta za prostituciju, pornografiju ili druge slične aktivnosti. *Emocionalno zlostavljanje* obuhvata ponavljanje činjenja ili nečinjenja roditelja koja mogu izazvati ozbiljne i trajne ponašajne, razvojne, afektivne i druge mentalne smetnje u detetovom emocionalnom razvoju, tj. ponašanja koja razvijaju doživljaje bezvrednosti, odbačenosti i neadekvatnosti kod deteta i definiše se kroz određene modele roditeljskog ponašanja: odbacivanje-degradacija; zastrašivanje; izolacija; eksploatacija-korupcija; ignorisanje; zapostavljanje detetovog mentalnog zdravlja i posebnih edukativnih potreba.

⁶ Kao što je poznato, osim odgovornosti roditelja u građanskopravnom smislu, postoji i krivičnopravna odgovornost koja je propisana za krivična dela “zapuštanje i zlostavljanje malo-

MEHANIZMI ZAŠTITE PRAVA I INTERESA DETETA

Međunarodni okviri zaštite deteta posebnu pažnju posvećuju aktivnosti organizacija koje preko svojih organa nadziru poštovanje međunarodnih obaveza država članica da štite i poštuju prava deteta. U tom smislu, veoma značajnu ulogu ima Komitet za prava deteta koji je ustanovljen sa ciljem praćenja usklađenosti nacionalnih zakonodavstava u oblasti zaštite deteta sa odredbama Konvencije o pravima deteta,⁷ čije su odredbe posvećene pravu deteta na fizički, psihički i moralni integritet.⁸ Države ugovornice obavezne su da preduzmu zakonske, administrativne, socijalne i obrazovne mere za zaštitu od fizičkog ili mentalnog nasilja, zloupotrebe i zanemarivanja, povređivanja ili zlostavljanja, zapostavljanja ili nemarnog postupanja, maltretiranja ili eksploatacije dok je dete pod brigom roditelja, staratelja ili druge osobe koja o detetu brine. Zaštitne mere uključuju, osim, efikasnih postupaka za usvajanje socijalnih programa sa ciljem obezbeđivanja neophodne podrške deteta i onima koji se o detetu staraju, i druge oblike sprečavanja, utvrđivanja, prijavljivanja, prosleđivanja, istrage, postupanja i praćenja slučajeva zlostavljanja deteta i, po potrebi, obraćanja sudu.⁹

Shodno ustanovljenim međunarodnim standardima u ovom domenu, osnovna karakteristika višestruke društvene reakcije, na nacionalnom nivou, zahteva razgranat sistem zaštitne intervencije u prevenciji, otkrivanju i ispitivanju pojedinačnih slučajeva, preko obezbeđivanja neposredne pravne zaštite i aktivne uloge institucija sistema obrazovanja, zdravstvene zaštite, socijalne zaštite i pravosuđa. Primarna prevencija pripada obrazovnom i zdravstvenom sistemu, dok je u oblasti posebne ili sekundarne prevencije ključna uloga sistema socijalne zaštite. Funkcija pravnog sistema ostvaruje se kroz primenu zaštitnih intervencija u svim konkretnim slučajevima u kojima je potrebna zaštita deteta.¹⁰

Sve mere porodičnopravne zaštite namenjene su zaštititi, pre svega, ličnih, ali i imovinskih interesa deteta i u tom cilju ograničavaju, u manjem ili većem stepenu, ovlašćenja roditelja koja im pripadaju na osnovu roditeljskog prava.¹¹ Pre-

letnog lica”, “nasilje u porodici”, “kršenje porodičnih obaveza”, “rodoskrvnjenje”. Videti odredbe čl. 193, 194, 196, 197, Krivičnog zakonika Srbije, “Službeni glasnik RS”, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009 i 111/2009.

⁷ Videti Konvenciju o pravima deteta, “Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori”, br. 15/1990.

⁸ Videti odredbe članova 33-39. Konvencije o pravima deteta.

⁹ Videti odredbu čl. 19. Konvencije o pravima deteta.

¹⁰ Videti opširnije Obretković M, Osnovni principi zaštite, u *Zaštita deteta od zlostavljanja*, Priručnik za centre za socijalni rad, nav.delo, str. 2–3.

¹¹ Tako Draškić M., *Porodično pravo i prava deteta*, Beograd 2005, str. 300; Kovaček-Stanić G., *Porodično pravo*, Novi Sad 2007, str. 318–319; Cvejić-Jančić O., *Porodično pravo*, Novi Sad

ma rešenju prihvaćenom u domaćem pravu, organ starateljstva je državni organ koji obavlja nadzor nad vršenjem roditeljskog prava. Oblici intervencije u zaštiti interesa deteta mogu biti preventivnog i korektivnog karaktera. Ex lege, preventivni nadzor nad vršenjem roditeljskog prava obavlja organ starateljstva kada donosi odluke kojima omogućava roditeljima da vrše roditeljsko pravo.¹² Korektivni nadzor nad vršenjem roditeljskog prava podrazumeva intenzivniji uticaj na ponašanje roditelja s obzirom da organ starateljstva donosi odluke kojima ispravlja roditelje u vršenju roditeljskog prava. Porodični zakon Srbije predviđa tri mere korektivnog nadzora i to: upozoravanje roditelja na nedostatke u vršenju roditeljskog prava; upućivanje roditelja na razgovor u porodično savetovalište ili ustanovu specijalizovanu za posredovanje u porodičnim odnosima; polaganje računa o upravljanju imovinom deteta. Intervencija organa starateljstva u privatni i porodični život je opravdana potrebom zaštite ličnih i imovinskih interesa deteta, kada zaštita nije adekvatno obezbeđena od strane roditelja. Stepenn ugroženosti interesa deteta jeste osnovni parametar za određivanje blažih ili rigoroznijih mera koje su u nadležnosti organa starateljstva.¹³

Ukoliko pomenute mere korektivnog nadzora budu iscrpljene bez postizanja zadovoljavajućih rezultata, korektivni nadzor nad vršenjem roditeljskog pra-

2009, str. 324–325; Panov S., *Porodično pravo*, Beograd 2008, str. 438, Ponjavić Z., *Porodično pravo*, Kragujevac 2005, str. 260.

¹² Videti odredbu čl. 79. PZS. Dakle, reč je o odlukama kojima se rešavaju nesporazumi roditelja u vršenju roditeljskog prava, odnosno odlukama bez kojih roditelji ne bi mogli pravno važno da obavljaju neka prava i dužnosti iz sadržine roditeljskog prava (raspolaganje nepokretnom imovinom deteta ili pokretnom imovinom velike vrednosti, postavljanje kolizijskog staratelja detetu kada su interesi roditelja i deteta u suprotnosti i sl.). Mere preventivnog nadzora preduzimaju se kada roditelji vrše roditeljsko pravo zajednički i sporazumno ili samostalno, kada nema veće disfunkcionalnosti u vršenju roditeljskih prava i dužnosti. U slučaju da se roditelji obrate organu starateljstva sa zahtevom za preventivnim nadzorom, a nakon njegove intervencije se pokaže da među roditeljima postoji spor o vršenju roditeljskog prava, odluku donosi sud. Videti Draškić M., *Porodično pravo i prava deteta*, nav.delo, str. 301.

¹³ U hrvatskom pravu, na primer, mere za zaštitu ličnih prava i interesa deteta su: upozoravanje roditelja na greške i propuste u staranju o detetu; nadzor nad ostvarivanjem roditeljskog prava; oduzimanje roditelju pravo da živi sa detetom i da se stara o njemu; upućivanje deteta u ustanovu socijalne zaštite; lišenje roditeljskog prava; zabrana neovlašćenog približavanja i uznemiravanja deteta; polaganje računa o upravljanju imovinom deteta; postavljanje roditelja u položaj staratelja za detetovu imovinu; mere osiguranja na imovini roditelja. Mere preventivnog karaktera (upozoravanje roditelja na greške i propuste u staranju o detetu i nadzor nad ostvarivanjem roditeljskog prava) su u nadležnosti centra za socijalni rad, dok su oduzimanje roditelju pravo da živi sa detetom i da se stara o njemu, upućivanje deteta u ustanovu socijalne zaštite, lišenje roditeljskog prava, zabrana neovlašćenog približavanja i uznemiravanja deteta represivnog karaktera i u nadležnosti vanparničnog suda. Videti Alinčić M., Hrabar D., Jakovac-Lozić D., Korać A., *Obiteljsko pravo*, Zagreb 2006, str. 284–285.

va organ starateljstva obavlja pokretanjem sudskih postupaka na koje je ovlašćen zakonom¹⁴ (izmena odluke o vršenju roditeljskog prava, zaštita od nasilja u porodici, produženje mera za zaštitu od nasilja u porodici, lišenje roditeljskog prava, vraćanje roditeljskog prava, izdržavanje deteta i dr.).

Za razliku od mera preventivnog i korektivnog nadzora organa starateljstva, lišenje roditeljskog prava je mera koju izriče sud radi zaštite ličnih prava i interesa deteta, onemogućavajući roditelje(a) da se staraju o svom detetu. Razlog za izricanje ove mere nalazi se u činjenici da su roditelji zloupotrebili ovlašćenja iz sadržine roditeljskog prava ili grubo zanemarili dužnosti iz sadržine roditeljskog prava, odnosno da roditelji nesavesno vrše prava i dužnosti iz sadržine roditeljskog prava, zbog čega će potpuno ili delimično biti lišeni roditeljskog prava. Pri tome, sudska odluka o potpunom lišenju roditeljskog prava lišava roditelje svih prava i dužnosti iz sadržine roditeljskog prava (osim dužnosti izdržavanja deteta). Odlukom o lišenju roditeljskog prava može biti izrečena jedna ili više mera zaštite deteta od nasilja u porodici.¹⁵ Sudska odluka o delimičnom lišenju roditeljskog prava može lišiti roditelja jednog ili više prava i dužnosti iz sadržine roditeljskog prava, osim dužnosti izdržavanja deteta, a obim lišenja zavisi od sudske procene u svakom pojedinačnom slučaju.¹⁶

Ukoliko organ starateljstva proceni da je detetu koje se nalazi pod roditeljskim staranjem potrebna privremena starateljska zaštita, postaviće mu privremenu starateljsku zaštitu ličnosti, prava i interesa deteta.¹⁷ Neophodnost privremene starateljske zaštite pretpostavlja se samo ukoliko je sudski postupak za potpuno lišenje roditeljskog prava pokrenuo javni tužilac ili organ starateljstva. Po pravilu, ako je postupak za lišenje roditeljskog prava pokrenut protiv oba roditelja ili protiv roditelja koji samostalno vrši roditeljsko pravo, u cilju zaštite najboljeg interesa deteta, prava i dužnosti iz sadržine roditeljskog prava vršiće privremeni staratelj do donošenja sudske odluke kojom se potvrđuje ili otklanja sumnja u roditeljsku kompetenciju. U ovom slučaju biće neophodno privremeno odvojiti dete od roditelja, pri čemu će organ starateljstva nastojati da detetu omogući održavanje kontakata sa roditeljima vodeći računa o mestu, vremenu i načinu održavanja ličnih odnosa u skladu sa najboljim interesom deteta.¹⁸ To praktično znači da stručni radnik organa starateljstva preko plana poseta određuje učestalost i vr-

¹⁴ Videti odredbu čl. 80, st. 3. PZS.

¹⁵ Videti odredbu čl. 81, st. 5. PZS.

¹⁶ Videti odredbu čl. 82. PZS.

¹⁷ Videti odredbu čl. 132, st. 1. PZS.

¹⁸ Videti Vujović R, Privremeni staratelj, Zbornik radova sa Savetovanja "Novo porodično zakonodavstvo", Kragujevac 2006, str. 355–356.

stu kontakata između deteta i roditelja, a kontakti mogu biti nadgledani i nenadgledani, shodno okolnostima slučaja. Da bi odluka o susretima i druženju sa roditeljima i drugim članovima porodice bila doneta, voditelj slučaja mora uzeti u obzir uzrast deteta, njegovo prilagođavanje na smeštaj i odnos sa starateljem, hraniteljem ili vaspitačem, odnosno da li su posete roditelja u interesu deteta ili su rizične za dete, te da trajanje i učestalost poseta postepeno napreduje.¹⁹

Ako je parnicu za lišenje roditeljskog prava pokrenuo drugi roditelj ili dete, organ starateljstva će u svakom konkretnom slučaju proceniti da li je detetu neophodna starateljska zaštita, i ukoliko je to slučaj, postaviće privremenog staratelja.²⁰ Dete koje je navršilo 10. godinu života i koje je sposobno za rasuđivanje ima pravo da predloži lice koje će mu biti postavljeno za staratelja (čl. 127. PZS). Mišljenju deteta mora se posvetiti dužna pažnja u svim pitanjima koja ga se tiču i u svim postupcima u kojima se odlučuje o njegovim pravima, a u skladu sa godinama i zrelošću deteta (čl. 65. PZS).

IZDVAJANJE DETETA IZ PORODICE

U slučaju da je život i zdravlje ili razvoj deteta koje se nalazi pod roditeljskim staranjem u velikom riziku zbog ponašanja roditelja, potrebno je da organ starateljstva preduzme neodložnu intervenciju izmeštanja deteta iz ugrožavajućih životnih uslova i pre pokretanja postupka za potpuno ili delimično lišenje roditeljskog prava.

Prema Opštem protokolu za zaštitu dece od zlostavljanja i zanemarivanja Republike Srbije,²¹ neodložna intervencija je neophodna u situacijama koje pred-

¹⁹ Videti čl. 73. Pravilnika o organizaciji, normativima i standardima rada centra za socijalni rad, "Službeni glasnik RS", br. 59/2008, 37/2010, 39/2011 – dr.pravilnik i 1/2012 – dr. pravilnik.

²⁰ Za razliku od deteta ili drugog roditelja, organ starateljstva kao javna služba u čijoj nadležnosti su poslovi nadzora nad vršenjem roditeljskog prava, odlučuje se na pokretanje postupka za potpuno lišenje roditeljskog prava samo u slučaju kada je primenom stručnih metoda u svom radu došao do saznanja da je roditelj zloupotrebio roditeljska prava ili grubo zanemario roditeljske dužnosti čime je oštetio ili doveo u opasnost život ili zdravlje i razvoj deteta. Videti Vujović R., Privremeni staratelj, nav.delo, str. 356.

²¹ Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike (sadašnje Ministarstvo rada i socijalne politike) je u septembru mesecu 2005. godine Zaključkom 05 br. 011-5196/2005 usvojilo Opšti protokol za zaštitu dece od zlostavljanja i zanemarivanja, a potom, hronološki posmatrano, resorna ministarstva Vlade RS usvojila su: Posebni protokol za zaštitu dece u ustanovama socijalne zaštite od zlostavljanja i zanemarivanja (2006), Posebni protokol o postupanju policijskih službenika u zaštiti maloletnih lica od zlostavljanja i zanemarivanja (2006), Posebni protokol za zaštitu dece i učenika od nasilja, zlostavljanja i zanemarivanja u obrazovno-vaspitnim ustanovama (2007), Posebni protokol sistema zdravstvene zaštite za zaštitu dece od zlostavljanja i zanemarivanja (2009), Posebni protokol o postupanju pravosudnih organa u zaštiti maloletnih lica od zlostavljanja i zanemarivanja (2009).

stavljaju neposrednu pretnju od nastanka povrede ili oštećenja deteta, i to: kada je uočeno prisustvo teških povreda deteta usled fizičkog zlostavljanja ili je roditelj svojim činjenjem mogao dovesti do teških povreda deteta (npr. dete bačeno na zid ali nisu nastale teške povrede, dete mučeno, surovo kažnjavano, dete povređeno ili je moglo biti povređeno oružjem i sl.); konstatovano je da zdravstveno stanje deteta zahteva urgentan medicinski tretman koji roditelj, odnosno druga osoba koja se stara o detetu, ne želi ili nije u stanju da obezbedi; dete je u riziku od povrede ili oštećenja od strane roditelja ili staratelja koji je u psihotičnom stanju ili je agresivan usled teške mentalne bolesti, poremećaja ličnosti, upotrebe droga ili alkohola (roditelj, odnosno druga osoba koja se stara o detetu saopštava da trenutno nije u stanju da se na primeren način stara o detetu ili da misli da može povrediti dete, roditelj izgleda kao da ne shvata realnost i nije u stanju da zadovolji detetove osnovne potrebe); dete mlađe od šest godina ostavljeno je bez adekvatnog nadzora ili u potencijalno opasnim okolnostima; postoji razumna sumnja da će dete pretrpeti odmazdu ili ucenu od strane roditelja ili da će roditelj pobeći sa detetom i svoj bes i nelagodnost izazvan prijavljivanjem i istragom usmeriti prema detetu. U ovim slučajevima, cilj neodložne intervencije je da se bez odlaganja osigura bezbednost deteta.

Odvajanje deteta od roditelja bez saglasnosti roditelja, a odlukom organa strateljstva predstavlja izuzetak od pravila o isključivoj sudskoj nadležnosti i preduzima se samo u situacijama kada se dete nalazi u ozbiljnoj i neposrednoj opasnosti, kada postoji razuman povod da se veruje da bi nepreduzimanjem ove mere dete bilo izloženo daljem ozbiljnom ugrožavanju.²² Porodični zakon Srbije propisuje da je postupak stavljanja pod starateljstvo hitan, te da je organ starateljstva dužan da donese u roku od 24 sata od trenutka kada je obavešten o postojanju potrebe za starateljstvom privremeni zaključak o obezbeđenju smeštaja štice-nika.²³

Putem mere privremene starateljske zaštite osigurava se bezbednost i zaštita prava i interesa deteta privremenim izmeštanjem iz ugrožavajućih uslova u sopstvenoj porodici. Ova mera može trajati samo dok se ne otklone razlozi zbog kojih je doneta, odnosno dok sud ne odluči o primeni jedne ili više mera zaštite od nasilja u porodici,²⁴ ili dok sud ne donese odluku o potpunom ili delimičnom li-

²² Videti Mere za otklanjanje nepravilnosti u vršenju poslova smeštaja dece i omladine u ustanove socijalne zaštite, br. 560-03-619/2006-14 od 3. novembra 2006. godine, Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike Republike Srbije, str. 5.

²³ Videti odredbu čl. 332. st. 1. i 2. PZS.

²⁴ Čl. 198. PZS propisano je da protiv člana porodice koji vrši nasilje sud može odrediti jednu ili više mera zaštite od nasilja u porodici, kojom se privremeno zabranjuje ili ograničava održavanje ličnih odnosa sa drugim članom porodice. Mere zaštite od nasilja u porodici jesu: izdavanje naloga za iseljenje iz porodičnog stana ili kuće, bez obzira na pravo svojine odnosno zakupa nepo-

šenju roditeljskog prava.²⁵ Vrlo često okolnosti slučaja nalažu da se roditeljima hitno obustavi pravo na neposredno staranje o detetu, da je nužna hitna intervencija i da nije moguće da se sudska odluka donese u kratkom roku, čak ni kao sudska privremena mera, zbog čega do donošenja sudske odluke o odvajanju deteta od roditelja organ starateljstva detetu postavlja privremenog staratelja i privremenim zaključkom obezbeđuje detetu smeštaj van roditeljskog doma.²⁶ Roditelji imaju pravo da budu obavješteni i da učestvuju u ovom postupku, ali ako njihovo učešće nije moguće obezbediti, odluka će biti doneta i bez njihovog izjašnjenja. Žalba izjavljena na odluku o privremenom staratelju, odnosno na zaključak o obezbeđenju smeštaja ne zadržava izvršenje.²⁷ U obrazloženju odluke moraju biti navedeni razlozi hitnosti, a izbor druge porodice ili ustanove (zdravstvene ili socijalne) u kojoj će dete biti zbrinuto vrši se na osnovu svestrane analize okol-

kretnosti; izdavanje naloga za useljenje u porodični stan ili kuću, bez obzira na pravo svojine odnosno zakupa nepokretnosti; zabrana približavanja članu porodice na određenoj udaljenosti; zabrana pristupa u prostor oko mesta stanovanja ilimesta rada člana porodice; zabrana daljeg uznemiravanja člana porodice. Prema podacima objavljenim u dnevnom listu "Politika" od 23.03.2012. godine, zbog zlostavljanja i grubog zanemarivanja dece u 2010. godini sudovi u Srbiji lišili su roditeljskog prava više od 900 roditelja. U članku se dalje navodi da najveći broj dece koja su žrtve fizičkog nasilja žele da se nasilje prekine, da roditelji prestanu da ih tuku i da se vrate u porodice.

²⁵ Odluku o odvajanju deteta od roditelja u srpskom pravu može doneti parnični sud prilikom odlučivanja o zaštiti prava deteta ili o vršenju odnosno lišenju roditeljskog prava (potpuno, delimično lišenje, nasilje u porodici), vanparnični sud kada odlučuje o lišenju poslovne sposobnosti roditelja (ukoliko nadležni centar za socijalni rad proceni da je izmeštanje deteta u njegovom najboljem interesu u smislu čl. 124. a u vezi sa čl. 113. st. 3. PZS) i krivični (prekršajni) sud kada odlučuje o primeni vaspitnih mera prema maloletnim učiniocima krivičnih dela (prekršaja). Videti opširnije Mere za otklanjanje nepravilnosti u vršenju poslova smeštaja dece i omladine u ustanove socijalne zaštite, str. 4–5.

²⁶ Isto. Organ starateljstva ima obavezu da u što kraćem roku pokrene sudski postupak za zaštitu prava deteta, odnosno za vršenje ili lišenje roditeljskog prava, a sud će u parničnom postupku, nakon što utvrdi sve okolnosti konkretnog slučaja, doneti odluku o daljem vršenju ili lišenju roditeljskog prava, odnosno o drugim merama pravne zaštite deteta.

²⁷ Prema odredbi čl. 131. st. 1. Zakona o opštem upravnom postupku Republike Srbije, organ može po skraćenom postupku rešiti upravnu stvar neposredno: ako je stranka u svom zahtevu navela činjenice ili podnela dokaze na osnovu kojih se može utvrditi stanje stvari, ili ako se to stanje može utvrditi na osnovu opštepoznatih činjenica ili činjenica koje su organu poznate; ako se stanje stvari može utvrditi neposrednim uvidom, odnosno na osnovu službenih podataka kojima organ raspolaze, a nije potrebno posebno saslušanje stranke radi zaštite njenih prava, odnosno pravnih interesa; ako je propisom predviđeno da se upravna stvar može rešiti na osnovu činjenica ili okolnosti koje nisu potpuno utvrđene ili se dokazima samo posredno utvrđuju, pa su činjenice ili okolnosti učinjene verovatnim, a iz svih okolnosti proizlazi da zahtevu stranke treba udovoljiti; kad se radi o preduzimanju u javnom interesu hitnih mera koje se ne mogu odlagati, a činjenice na kojima rešenje treba da bude zasnovano su utvrđene ili bar učinjene verovatnim. Videti Zakon o opštem upravnom postupku, "Službeni list SRJ", br. 33/97, 31/01, "Službeni glasnik RS", br. 30/2010.

nosti svakog pojedinačnog slučaja. Oblik porodične zaštite deteta bi trebalo da u najvećoj meri odgovara potrebama deteta i datim uslovima.²⁸ Usluge socijalne zaštite pružaju se prvenstveno u neposrednom i najmanje restriktivnom okruženju, pri čemu se biraju one usluge koje detetu kao korisniku omogućavaju ostatak u zajednici.²⁹

Država je dužna da svakom detetu obezbedi zaštitu u porodičnoj sredini uvek kada je to moguće. U tom smislu, prioritet organa starateljstva je da dete ostane sa svojim roditeljima, ili da se, ako je izdvojeno iz svoje porodice što je pre moguće vrati u nju. Samo onda kada život sa roditeljima nije moguć, ili organ starateljstva proceni da nije u interesu deteta, razmatra se mogućnost smeštaja deteta u hraniteljsku porodicu ili ustanovu socijalne zaštite. Ukoliko je dete smešteno u ustanovu socijalne zaštite urgentno, organ starateljstva je u obavezi da preispita potrebu daljeg boravka u ustanovi i mogućnost primene zaštite u manje restriktivnom okruženju. Prema slovu zakona, domski smeštaj obezbeđuje se korisniku kome se ne mogu obezbediti, ili nije u njegovom najboljem interesu, ostatak u porodici, usluge u zajednici ili porodični smeštaj. Zbog naučno dokazane činjenice o dugoročnim ireverzibilnim posledicama smeštaja u ustanovu socijalne zaštite na razvoj deteta, detetu mlađem od tri godine ne obezbeđuje se domski smeštaj. Izuzetno će se detetu mlađem od tri godine obezbediti domski smeštaj, ako za to postoje naročito opravdani razlozi, s tim što na smeštaju ne može provesti duže od dva meseca, osim na osnovu saglasnosti ministarstva nadležnog za socijalnu zaštitu.³⁰

Usluge domskog smeštaja pružaju se korisniku tako da obezbeđuju pripremu za njegov povratak u biološku porodicu, odlazak u drugu porodicu, odnosno njegovu pripremu za samostalan život, u skladu sa porodičnim resursima, njegovim potrebama i najboljim interesom. Ako dete nema žive roditelje ili je njihovo boravište nepoznato, ili se sa roditeljima deteta ne može stupiti u kontakt posle potrage od najmanje šest meseci, ako su roditelji dali saglasnost za usvojenje deteta, ako su roditelji potpuno lišeni roditeljskog prava, i ako za dete nije moguće obezbediti bezbedno okruženje uz roditelja u razumnom periodu (najduže dve godine), povratak deteta u porodicu porekla se ne planira.

Imajući u vidu napred navedeno, potrebno je posebno naglasiti da dete može, pod određenim uslovima, biti izdvojeno iz porodice i na zahtev roditelja,

²⁸ Videti čl. 26. Zakona o socijalnoj zaštiti, "Službeni glasnik RS", br. 24/2011. "Usluge socijalne zaštite pružaju se u skladu sa najboljim interesom korisnika, uvažavajući njegov životni ciklus, pol, etničko i kulturno poreklo, jezik, veroispovest, životne navike, razvojne potrebe i potrebe za dodatnom podrškom u svakodnevnom funkcionisanju."

²⁹ Videti čl. 27. Zakona o socijalnoj zaštiti.

³⁰ Videti čl. 52. Zakona o socijalnoj zaštiti.

ako je reč o detetu sa smetnjama u razvoju (telesne, intelektualne, mentalne, senzorne, govorno-jezičke, socio-emocionalne, višestruke), a njegove potrebe za negom prevazilaze mogućnosti porodice, odnosno dete koje je u sukobu sa roditeljem, starateljem i zajednicom i ako svojim ponašanjem ugrožava sebe i svoju okolinu (dete sa poremećajima u društvenom ponašanju), ako se suočava s teškoćama zbog zloupotrebe alkohola, droga ili opojnih sredstava.³¹ Iako Porodični zakon Srbije ne sadrži posebnu odredbu o smeštaju deteta u ustanovu socijalne zaštite na zahtev roditelja,³² radi zaštite interesa deteta organ starateljstva može usvojiti zahtev roditelja za smeštaj deteta u ustanovu nakon pažljivog razmatranja tog zahteva sa stanovišta prava deteta i njegove dobrobiti.

ZAKLJUČAK

Pravo deteta da živi sa roditeljima je samostalno, lično pravo deteta koje nije izvedeno iz roditeljskog prava. Otuda pravo deteta da živi sa roditeljima može biti ograničeno samo sudskom odlukom kada je to u interesu deteta. I roditelji imaju pravo da žive sa svojim detetom, međutim, ako je ponašanje roditelja protivno interesu deteta, moguće je, na osnovu zakona, ograničiti pravo roditelja da žive sa svojim detetom ili ga potpuno oduzeti.

Odvojen život deteta od roditelja predstavlja izuzetak, onda kada to zahteva najbolji interes deteta: u slučaju kada su roditelji sudskom odlukom u potpunosti ili delimično lišeni roditeljskog prava, odnosno odlukom suda u slučaju nasilja u porodici. Predviđene mere porodičnopravne zaštite u određenom stepenu sužavaju ili ograničavaju ovlašćenja roditelja iz sadržine roditeljskog prava, sa ciljem zaštite interesa deteta, a ne kažnjavanja roditelja. Onda kada je život i zdravlje ili razvoj deteta koje se nalazi pod roditeljskim staranjem u velikom riziku zbog ponašanja roditelja, potrebno je da organ starateljstva preduzme neodložnu intervenciju izmeštanja deteta iz ugrožavajućih životnih uslova i pre pokretanja po-

³¹ Videti čl. 41. Zakona o socijalnoj zaštiti.

³² Za razliku od domaćeg zakonodavstva, u Obiteljskom zakonu Hrvatske izričito su propisane pretpostavke za izricanje ove mere: da na strani deteta postoje poremećaji u ponašanju i da roditelj ili lice koje o detetu brine nije u mogućnosti valjano odgajati dete. Osim kriterijuma za izricanje ove mere, radi zaštite dobrobiti deteta koje se izdvaja iz porodice i upućuje na smeštaj u ustanovu predviđeno je da se mera izriče u trajanju od godinu dana uz mogućnost ponavljanja ili ukidanja odluke. Upućivanje deteta u ustanovu socijalne zaštite je mera porodičnopravne zaštite deteta koju izriče vanparnični sud. Odluku sud bez odlaganja dostavlja centru za socijalni rad koji donosi odluku o starateljstvu. Videti odredbu čl. 112. i 113. st. 3. Obiteljskog zakona Hrvatske, "Narodne novine", br. 116/2003, izmene i dopune 17/2004, 136/2004, 107/2007, 57/2011, 61/2011.

stupka za potpuno ili delimično lišenje roditeljskog prava. Odvajanje deteta od roditelja bez saglasnosti roditelja, odlukom organa strateljstva, predstavlja izuzetak od pravila o isključivoj sudskoj nadležnosti i preduzima se samo u situacijama kada se dete nalazi u ozbiljnoj i neposrednoj opasnosti.

OLGA S. JOVIĆ, PH.D.,
Docent at the Law faculty University of Priština,
headed in Kosovska Mitrovica

SEPARATING CHILD FROM PARENT'S AS A MEASURE OF FAMILY LEGAL PROTECTION

Summary

The normative system of child protection is part of the overall development and social policy of a state, given that child's rights can be violated and threatened in various ways: by abuse, violence, abuse or neglect whereby the physical and personal integrity of the child may be compromised. The basic condition for the justification of social intervention in family relations is the best interest of the child.

The child's right to live with parents is the personal right of a child who is not derived from parental rights. Hence the right of the child to live with their parent may be limited only by court order when it is in the interest of the child. Parents have the right to live with their child, however, if the behavior of parent is against interests of the child, it is possible by law limit the right of parents to live with their child or revoke it. Separating child from parents is an exception when it requires the best interests of the child in cases where parents have a court decision total or partially deprived of parental rights or court decision in the case of domestic violence. Planned measures of family care to a certain extent narrow or limit the parent authority of their parental rights is to protect interests of the child, not to punish parents. When the life or health or development of a child who is under parental care in high risk behavior because parents there is need to take guardianship immediate intervention to relocate the child from life-threatening conditions before initiating the procedure for total or partial deprivation of parental rights.

REGISTRACIJA VANBRAČNE ZAJEDNICE

U V O D

Čovek kao društveno biće uvek je imao potrebu za udruživanjem i zajedničkim radom. Stvaranje zajedništva muškarca i žene je bio put ne samo ka razvoju porodice, već je bio put koji je doprinosa unapređenju društvenih odnosa. Zaključenje braka i zasnivanje porodice predstavlja odgovoran i zahtevan čin. Začeci ustanove braka, kakav danas poznajemo, sežu još iz prvobitne zajednice.¹ Brak je uvek neminovno pratila i vanbračna zajednica, nekada kao prethodnica a nekada kao zamena braka.

Porodični zakon definiše brak kao zakonom uređenu zajednicu života žene i muškarca, dok je vanbračna zajednica, samo zajednica (doduše trajnija), žene i muškarca.² U savremenom društvu, vanbračna zajednica je počela da izlazi iz senke institucije braka³ i danas smo svedoci sve veće popularnosti vanbračne za-

Dr Balša Kaščelan, docent Univerziteta Slobomir P, Bijeljina.

¹ Zaključivanje braka se odigravalo ili otmicom buduće mlade ili kupovinom žene od njenih bliskih srodnika. Brak parova je predstavljao značajan korak u razvitku društvenih, ekonomskih i porodičnih odnosa. Iz braka parova razvilo se ono što danas zovemo monogamni brak. Videti o razvoju ustanove braka: Nataša Deretić, Zaključenje braka u pravnoj istoriji, Novi Sad, 2011, str. 8.

² Članovi 3 i 4. Porodični zakon, (Sl. Glasnik RS, br. 18/2005 i 72/2011).

³ Početkom dvadesetog veka primećuje se povećan broj mladih koji se odlučuju na zajednički život van institucije braka. Stephen Cretney, Family Law in the Twentieth Century, Oxford University, 2003, str. 516 i dalje.

jednice, posebno kod mladih parova. S tim u vezi, u datim okolnostima je posebno značajno razumevanje uloge i svrhe vanbračne zajednice.⁴

Prema podacima Republičkog zavoda za statistiku, neveste i mladoženje se sve kasnije odlučuju da uđu u brak, a kada uđu u brak on prema statistici traje u proseku samo dvanaest godina. Statistički podaci govore o sve češćem zasnivanju vanbračne zajednice jer se broj dece rođene van braka drastično povećao u odnosu na period sa početka 21. veka, tako da je danas u Srbiji svako četvrto dete vanbračno. Slična situacija je i u ostalim evropskim zemljama, gde se beleži rast popularnosti vanbračne zajednice, naročito u skandinavskim zemljama gde je broj zasnovanih vanbračnih zajednica izjednačen sa brojem zaključenih brakova.⁵ Kod nas za zasnivanje vanbračne zajednice nije potrebna određena forma ni registracija.⁶ Ukoliko dođe (po raskidu vanbračne zajednice), do problema oko podele imovine i izdržavanja dece, one se naknadno dokazuju i ukoliko zainteresovano lice uspe da dokaže postojanje vanbračne zajednice one će proizvoditi određene pravne posledice. Dakle, nesporno je da se nakon raskida u većini slučajeva postavi pitanje imovinskih odnosa nekadašnjih vanbračnih partnera. Nekada će biti lako dokazati postojanje vanbračne zajednice, ali nekada taj postupak može biti značajno otežan. Tu dolazimo do sledećeg pitanja: imajući u vidu sve zastupljeniju pojavu vanbračne zajednice i moguće teškoće dokazivanja u sudskim postupcima njenog postojanja, da li je opravdano sačiniti neku vrstu registra vanbračnih zajednica? U teoriji⁷ se kao jedan od najvećih pravnih problema kod vanbračne

⁴ O intenciji porodičnog zakonodavstva na zaštiti vanbračnih partnera videti: Ahu Gemici-Steve Laufer, *Marriage and Cohabitation*, New York University, 2011, str. 1 i dalje.

⁵ O pravnom regulisanju vanbračne zajednice u zemljama Evropske unije videti: Dejan Mickovik, *Vonbračnata zaednica vo zemjite na Evropskata Unija, Evrodijalog*, 2006, str. 97 i dalje. U italijanskom pravu je naročito intezivna debata o homoseksualnim i heteroseksualnim zajednicama izvan braka i stepenu pravne zaštite koja im se pruža. U tom smislu videti položaj vanbračne zajednice: Federica Giardini, *Cohabitation outside marriage: The italian perspective*, *Pravni Život*, broj 10, 2008, str. 282. Videti takođe: Judith Masson-Rebecca Bailey Harris-Rebecca Probert, *Principles of Family Law*, London, 2008, str. 49. Isto: Mary Welstead-Susan Edwards, *Family Law*, Oxford University, 2006, str. 22.

⁶ O pravnom regulisanju vanbračne zajednice u zemljama Evropske unije videti: Dejan Mickovik, *Vonbračnata zaednica vo zemjite na Evropskata Unija, Evrodijalog*, 2006, str. 97 i dalje. U italijanskom pravu je naročito intezivna debata o homoseksualnim i heteroseksualnim zajednicama izvan braka i stepenu pravne zaštite koja im se pruža. U tom smislu videti položaj vanbračne zajednice: Federica Giardini, *Cohabitation outside marriage: The italian perspective*, *Pravni Život*, broj 10, 2008, str. 282. Videti takođe: Judith Masson-Rebecca Bailey Harris-Rebecca Probert, *Principles of Family Law*, London, 2008, str. 49. Isto: Mary Welstead-Susan Edwards, *Family Law*, Oxford University, 2006, str. 22.

⁷ Slobodan Panov, *Porodično pravo*, Beograd, 2010, str. 146 i dalje; Zoran Ponjavić, *Porodično pravo*, Kragujevac, 2011, str. 120; Slobodan Svorcan, *Nasledna prava bračnog i vanbračnog partnera*, Kragujevac, 1999, str. 171.

zajednice navodi odsustvo bilo kakve formalnosti koje bi označile početak i kraj ove zajednice. Upravo ovakvo označenje bi bilo značajno za sticanje ili gubljenje određenih prava i obaveza.

POJAM I KARAKTERISTIKE VANBRAČNE ZAJEDNICE

Vanbračna zajednica⁸ je zajednica života⁹ (polna, emotivna, moralna i ekonomska), dva lica suprotnog pola,¹⁰ između kojih nema bračnih smetnji. Kada posmatramo ustanovu braka i vanbračne zajednice, možemo da primetimo da suštinske razlike nema među njima.¹¹ I jednu i drugu zajednicu (posmatrano idealistički), vezuje ljubav, poštovanje, zajedništvo, razumevanje i sl. Sa druge strane, brak sa sobom nosi mnogo više formalnih ograničenja, a pojedinac je determinisan da žudi i teži slobodi. Da li zbog povećane zakonske regulative brak postaje sve manje primamljiv mladim parovima?¹² Da li zbog toga vanbračna zajednica postaje prihvatljivija forma zajedništva, jer u njoj ima manje pravila a ništa manje ljubavi nego u braku? Pitanje popularnosti braka postavljalo se mnogo puta u teoriji.¹³ Tako, prof. Cvejić-Jančić u jednom svom članku posvećuje posebnu pažnju

⁸ U literaturi se opravdano dovodi u pitanje termin koji zakonodavac koristi – vanbračna zajednica. Ovaj termin vuče sa sobom negativni prizvuk jer se u prošlosti pod ovim pojmom smatrala nemoralna i društveno neprihvatljiva zajednica muškarca i žene. Vanbračna zajednica je od tada prešla dug put i danas je ona prihvatljiva i uobičajena forma života dva lica suprotnog pola ali je njen naziv ostao isti a loš imidž stečen pod tim nazivom ostao je da prati kao senka ovu zajednicu. Olga Cvejić Jančić, *Porodično pravo*, Novi Sad, 2009, str. 205.

⁹ “Za postojanje vanbračne zajednice je potrebna sveukupnost uzajamnih odnosa vanbračnih partnera”. Olga Cvejić Jančić, *Porodično pravo*, Novi Sad, 2009, str. 205.

¹⁰ Ima autora koji ekstenzivno tumače zakonsku terminologiju, pa tako pod vanbračnom zajednicom podrazumevaju zajednicu dva pola, dakle, nije neophodno da vanbračni partneri budu lica suprotnog pola. Videti: Gordana Kovaček-Stanić, *Porodično pravo: partnersko, dečje i starateljsko pravo*, Novi Sad, 2010, str. 175.

¹¹ Slučaj u engleskoj sudskoj praksi *Kimber v. Kimber*, daje prikaz obeležja jedne vanbračne zajednice. Jonathan Herring, *Family Law*, Oxford University, 2004, str. 59. Isto tako videti: Penny Booth, *English law and cohabitation-property and other issues in cohabiting situations*, *Pravni Život*, broj 10, 2009, str. 937.

¹² O popularnosti vanbračne zajednice i pitanju da li savremena vanbračna zajednica predstavlja alternativu braku videti: John Hayward-Guy Brandon, *Cohabitation: An Alternative to Marriage*, Cambridge, 2011, str. 25.

¹³ Videti status institucije braka u Sjedinjenim američkim državama i odnos između vanbračne zajednice i braka nakon sprovedenog istraživanja Univerziteta u Denveru: Galena Kliene Rhoades-Scott M. Stanley-Howard J. Markman, *Pre-engagement Cohabitation and Gender*

analizi novih različitih oblika zajedničkog života partnera. Ne tako davno, sudovi su u većini slučajeva odbijali da priznaju vanbračnim partnerima prava koja priznaju bračnim drugovima, a novo vreme donosi rušenje barijera ne samo između vanbračnih i bračnih drugova, već se određena prava priznaju i partnerima istog pola.¹⁴ Ovaj novi talas izjednačavanja različitih formi zajedništva sa institucijom braka, našao je pogodno tlo i u feminističkoj teoriji. U obimnom delu "Neko je rekao feminizam" govori se o tome kako su porodica i brak postali osnovne forme suživota. U tom smislu, govori se da su odnosi u tradicionalnom braku postavljene na liniji "dominacija-subordinacija, jer u braku vlada stalna nejednakost".¹⁵

Kada je reč o odnosu vanbračne i bračne zajednice,¹⁶ u velikom broju slučajeva, mladi se prvo odluče na vanbračnu zajednicu vodeći se mišlju da je zajednički život pre braka dobar način pripreme za uspešan i srećan brak.¹⁷ Međutim, vanbračnu zajednicu ne treba nikako posmatrati kao prolaznu fazu ka konačnom cilju – braku.¹⁸ Takođe, istraživanja pokazuju i da prethodni zajednički život nije garancija uspešnog i dugovečenog braka.¹⁹ Vanbračnu zajednicu treba razumeti

Asymmetry in Marital Commitment, *Journal of Family Psychology*, Vol. 20, No. 4, 2006, str. 558. i dalje.

¹⁴ U radu se apostrofira ključna uloga braka kao centralne porodične ustanove, ali se postavlja otvoreno pitanje kako i na koji način promovisati druge oblike zajedničkog života. Videti o tome: Olga Cvejić Jančić, *Da li je brak prevaziđen?*, *Pravni Život*, broj 9, Beograd, 2001, str. 443.

¹⁵ Teorije koje se bave brakom identifikuju brak kao instituciju kojom se reprodukuju rodne kategorije i kao mestom podređenosti i eksploataciji žene. Lidija Vasiljević, *Neko je rekao Feminizam (Feminističke kritike pitanja braka, porodice i roditeljstva)*, Novi Sad, 2008, str. 103.

¹⁶ O sličnostima i razlikama bračne i vanbračne zajednice pogledati: Slobodan Svorcan, *Nasledna prava bračnog i vanbračnog partnera*, Kragujevac, 1999, str. 164. O karakteristikama braka i vanbračne zajednice takođe videti: Ahu Gemici-Steve Laufer, *Marriage and Cohabitation*, New York University, 2011, str. 8 i dalje.

¹⁷ John Hayward-Guy Brandon, *Cohabitation: An Alternative to Marriage*, Cambridge, 2011, str. 7.

¹⁸ O prisutnosti vanbračne zajednice govori i podatak da je u Francuskoj početkom 2000. godine bilo više od 2.500.000 vanbračnih zajednica i to onih koje se odnose samo na heteroseksualne partnere. O komparativnoj analizi registrovanja vanbračnih partnera u Francuskoj i Holandiji videti: Patrick Festy, *The Civil Solidarity Pact (PACS) in France*, *Population&Societes*, No 369, 2001, str. 1. Videti takođe: John Hayward-Guy Brandon, *Cohabitation in the 21st Century*, Cambridge, 2010, str. 6.

¹⁹ Kohabitacija (eng. Cohabitation), zajednica između lica koja nisu u braku postala je uobičajena pojava u Sjedinjenim američkim državama. Početkom 21 veka, približno 60% parova je bilo u vanbračnoj zajednici (kohabitaciji), pre zasnivanja braka ili kao alternativa braku. Profesor Tičmen analizira da li postojanje vanbračne zajednice pre braka utiče na smanjenje ili povećanje razvoja. Jay Teachman, *Premarital Sex, Premarital Cohabitation and the Risk of Subsequent Marital Dissolution Among Women*, *Journal of Marriage and Family*, Volume 65, 2003, str. 446 i dalje. Istim problemom su se bavila i brojna druga istraživanja.

kao društveno jednako vrednovanu zajednicu izjednačenu sa brakom, priči joj sa dosta razumevanja, prihvatiti realnost njenog postojanja i učestalost i na taj način je približiti parovima koji će se prema svojim afinitetima opredeljavati ili za bračnu ili za vanbračnu zajednicu.²⁰

Porodični zakon Srbije je regulisao vanbračnu zajednicu kao trajniju zajednicu života žene i muškarca, između kojih ne postoje bračne smetnje. Time se naš zakon pridružio pravima onih zemalja koje usvajaju statusni koncept vanbračne zajednice.²¹ U tekstu zakona prepoznavamo tri konstitutivna elementa²² koja moraju biti kumulativno ispunjena da bi postojala vanbračna zajednica.

Prvi elemenat se tiče zajednice života različitih polova. To znači da vanbračna zajednica nastaje faktičkim putem, uspostavljanjem zajednice života vanbračnih drugova.²³ Zajednica života mora da se temelji na principima ravnopravnosti i uvažavanja vanbračnih partnera, međusobnom pomaganju i emotivnoj vezi. U sudskoj praksi nalazimo zanimljivo viđenje utvrđivanja da li postoji vanbračna zajednica. Tako se u odluci Vrhovnog suda Hrvatske navodi: "Iz činjenica utvrđenih u postupku proizlazi da je tužitelj s pokojnicom živio u izvanbračnoj zajednici koja se može izjednačiti s bračnom, budući da je nekoliko godina prije smrti imenovane živio s njom u spornom stanju u ekonomskoj zajednici, te da su se međusobno pomagali. Izvanbračna zajednica, naime, je intimni odnos muškarca i žene u kojem se zadovoljavaju njihove složene životne potrebe, primjerice, psihičke, emocionalne, seksualne, ekonomske i dr. Da bi se, pak, takva zajednica mogla izjednačiti s bračnom mora postojati visoki stupanj međusobne povezanosti izvanbračnih drugova uvjetovan intenzitetom njihovih odnosa, pa i namjera da takva zajednica bude trajna."²⁴ Vanbračni partneri živeći u zajednici imaju zakonsku i

²⁰ Olga Cvejić Jančić, *Porodično pravo*, Novi Sad, 2009, str. 205.

²¹ Razlikujemo dva pristupa uređenju vanbračne zajednice. Prvi pristup je statusni, što znači da se vanbračna zajednica reguliše zakonom, a drugi je ugovorni, što znači da se odnosi u vanbračnoj zajednici regulišu ugovorom. O konceptima vanbračne zajednice videti: Marija Draškić, *Vanbračna zajednica: neformalni brak ili alternativa braku? Reforma porodičnog zakonodavstva*, Beograd, 1996, str. 113 i dalje.

²² Navođenje konstitutivnih elemenata vanbračne zajednice izvršeno je prema postojećoj podeli profesora Panova. U teoriji postoji više podela pretpostavki za punovažnost vanbračne zajednice. Tako, prof. Cvejić Jančić navodi da postoje tri uslova: trajnija zajednica života; zajednica života između žene i muškarca i nepostojanje bračnih smetnji. Prof. Draškić navodi: zajednica života vanbračnih partnera; dužina trajanja zajednice i smetnje za konstituisanje zakonskog pojma vanbračne zajednice. Isto prof. Kovaček-Stanić. Prof. Ponjavić izdvaja nekoliko potrebnih elemenata za konstituisanje vanbračne zajednice: različitost polova; zajednica života; monogamnost vanbračne zajednice; stabilnost i notornost.

²³ Gordana Kovaček-Stanić, *Porodično pravo: partnersko, dečje i starateljsko pravo*, Novi Sad, 2010, str. 175.

²⁴ *Vrhovni sud Republike Hrvatske, broj Gzz 5/2002-2 14, 2003.*

moralnu obavezu da se uzajamno poštuju, pomažu i održavaju zajedničko domaćinstvo.²⁵

Prema vladajućem stavu za postojanje zajednice života kod vanbračnih drugova (za razliku od bračne zajednice), neophodna je kohabitacija vanbračnih drugova, tj. zajedničko stanovanje.²⁶ Ima autora²⁷ koji smatraju (imajući u vidu intenciju novog porodičnog zakonodavstva o potpunom izjednačavanju bračne i vanbračne zajednice), da ova razlika ne bi trebala više egzistirati. U prilog drugom stavu govori uporedna sudska praksa.²⁸ Pored zajednice života, i uslov različitosti polova je neophodna pretpostavka za postojanje vanbračne zajednice.²⁹

Drugi elemenat koji se navodi u zakonskoj definiciji je dužina trajanja zajednice života. Pojam vanbračne zajednice podrazumeva da zajednica traje duži vremenski period³⁰ jer to ukazuje na njenu stabilnost.³¹ U regionalnom zakono-

²⁵ Tako se u odluci Apelacionog suda kaže da vanbračni partner nema pravo potraživati novčani ekvivalent rada koji je u toku trajanja zajednice ulagao obavljajući tekuće poslove. Ovo iz razloga što vanbračna zajednica podrazumeva "obostrano angažovanje u skladu sa svojim fizičkim, intelektualnim i ekonomskim mogućnostima i prirodnom podelom poslova". Apelacioni sud u Novom Sadu, Gž 1590/10.

²⁶ O tome govore brojni autori i sudska praksa: Marija Draškić, *Porodično pravo i prava deteta*, Beograd, 2011, str. 172; Zoran Ponjavić, *Porodično pravo*, Kragujevac, 2011, str. 120; Ljiljana Đurović, *Izdržavanje između vanbračnih drugova*, Zbornik referata: *Ostvarivanje i zaštita prava na zakonsko izdržavanje*, Kragujevac, 2002, str. 49.

²⁷ Slobodan Panov, *Porodično pravo*, Beograd, 2010, str. 144.

²⁸ Prema odluci Vrhovnog suda Hrvatske u predmetu koji se odnosi na naknadu štete za duševnu bol zbog smrti bliske osobe, sud je zauzeo stanovište da zajedničko stanovanje vanbračnih partnera nije odlučujuća činjenica za utvrđenje da li je postojala vanbračna zajednica. "Odredbom čl. 201. st. 4. ZOO je propisano da se naknada za duševne boli zbog smrti bliske osobe može dosuditi i izvanbračnom drugu ako je između njega i umrlog postojala trajnija zajednica života. Za postojanje trajnije izvanbračne zajednice muškarca i žene nije od odlučnog značaja činjenica da žive na istoj adresi, ali je u ovom konkretnom predmetu utvrđeno da 1. tužiteljica V. K. ne samo što nije stanovala zajedno sa svojim bivšim suprugom I. K. na istoj adresi, već nije dokazala da bi u vrijeme štetnog događaja između njih postojala trajnija ekonomska i emotivna zajednica". Vrhovni sud Hrvatske, Rev-1121/07-2, 2007.

²⁹ Ovaj uslov je izričito predviđen u članu 4. Porodičnog zakona.

³⁰ U francuskom pozitivnom pravu shodno izmenama iz 1999. godine, uslov da vanbračni parovi steknu prava slična onima koje imaju bračni drugovi, je da ostvaruju zajednicu života najmanje tri godine. Biljana Stanković, *Kohabitacija-odlike i pravna regulativa*, *Pravni Život*, broj 10, 2008, str. 522.

³¹ Jedna od pretpostavki koje se traže da ispuni vanbračna zajednica u cilju nastupanja pravnih posledica je i njena trajnost tj. stabilnost. Zoran Ponjavić, *Porodično pravo*, Kragujevac, 2011, str. 122. Takođe, videti: Gordana Kovaček-Stanić, *Uporedno porodično pravo*, Novi Sad, 2002, str. 120. Videti i: Ljiljana Đurović, *Izdržavanje između vanbračnih drugova*, Zbornik referata: *Ostvarivanje i zaštita prava na zakonsko izdržavanje*, Kragujevac, 2002, str. 50.

davstvu su prisutna dva stava za određenje trajanja vanbračne zajednice. Jedna grupa zakona eksplicitno navodi minimalni rok trajanja da bi vanbračna zajednica proizvodila pravna dejstva. U tu grupu spadaju porodični zakoni Hrvatske, Federacije BiH i Makedonije.³² U drugoj grupi su zakonodavstva Srbije, Slovenije i Crne Gore.³³ Porodični zakon Srbije navodi da zajednica života vanbračnih partnera mora da bude trajnija. To znači da vremenski period nije presudan i limitiran, već se time naglašava potreba da vanbračni partneri iskažu nameru ka trajnošću njihove zajednice.³⁴ O tome šta se smatra trajnijom vanbračnom zajednicom odgovor će dati sudska praksa.³⁵

Treći konstitutivni elemenat pojma vanbračne zajednice je odsustvo bračnih smetnji. Bračne smetnje su identične kao i prilikom onemogućavanja zaključenja punovažnog braka (bračnost, nesposobnost za rasuđivanje, srodstvo, starateljstvo, malolestvo i nedostaci volje).³⁶ Intencija zakonodavca je bila da i na ovaj način vanbračnu zajednicu u potpunosti izjednači sa bračnom. Međutim, u teoriji nema jedinstvenosti oko potrebe navođenja ove treće pretpostavke postojanja vanbračne zajednice. Tako, prof. Cvejić Jančić postavlja pitanje kakve posledice će proizvesti vanbračna zajednica koja je zasnovana uprkos postojanju neke od bračnih smetnji. Imajući u vidu da kod vanbračnih zajednica “postojanje bračnih smetnji ne može dovesti do poništaja iste, jer se radi o neformalnoj zajednici, pitanje je kakav pravni značaj onda ima uslovljavanje pravnih dejstava vanbračne zajednice nepostojanjem bračnih smetnji”. Ovakvo razmišljanje naročito dolazi do izražaja kada je reč o imovinskim dejstvima vanbračne zajednice, jer za “nastanak zajedničke imovine treba da bude odlučujući rad i zajednica života, bez obzira na eventualne bračne smetnje”.³⁷

³² Član 3. Obiteljski zakon Hrvatske, Broj: 01-081-03-2596/2, sa izmenama i dopunama iz 2004. godine; Član 3. Obiteljski zakon FBiH, broj 35/05 /20.06.2005; Član 13. Zakon o porodici Makedonije iz 2004. godine.

³³ Član 3. Porodični zakon Srbije; Član 12. Zakon o braku i porodičnim odnosima Slovenije; Član 12. Porodični zakon Crne Gore, broj 1/2007.

³⁴ Slobodan Panov, Porodično pravo, Beograd, 2010, str. 145.

³⁵ U pitanju je tumačenje pravnog standarda “trajnija”: Marija Draškić, Porodično pravo i prava deteta, Beograd, 2011, str. 173.

³⁶ Prof. Panov ispravno primećuje da je naš zakonodavac prevideo da kao smetnju za zasnivanje vanbračne zajednice navede pored bračnosti i već postojanje vanbračne zajednice, što otvara prostor različitim interpretacijama da li je dozvoljeno da se istovremeno bude u više vanbračnih zajednica. Na ovom mestu (što ćemo kasnije posebno apostrofirati), autor naglašava da nepostojanje registra vanbračnih zajednica otežava dokazivanje da li već postoji vanbračna zajednica. Videti: Slobodan Panov, Porodično pravo, Beograd, 2010, str. 146.

³⁷ Ovakav stav ima opravdanja kada se ne radi o ličnim ili lično-imovinskim posledicama vanbračne zajednice. Videti detaljnije: Olga Cvejić Jančić, Porodično pravo, Novi Sad, 2009, str. 205.

PITANJE REGISTRACIJE VANBRAČNE ZAJEDNICE

Uporedni primer

Kao što smo već naveli, naše pravo usvaja statusni koncept vanbračne zajednice, što znači da je ona regulisana zakonom. Zakonodavac navodi da je to zajednica života različitih polova koja se zaključuje neformalno. Međutim, neformalno zaključivanje nije opšteprihvaćen pristup u zemljama koje usvajaju statusni koncept vanbračne zajednice. U određenom broju država, vanbračni partneri imaju mogućnost da "ozvaniče" svoju vanbračnu zajednicu. To znači da se za zasnivanje vanbračne zajednice predviđa poseban postupak registracije, koji se zbog svoje male formalnosti bitno razlikuje od postupka za zasnivanja braka. Među državama koje predviđaju neku formu registracije su Francuska, Belgija, Holandija, Danska, Finska, Nemačka, Island, Luksemburg, Norveška, Švedska i Velika Britanija). Pored ove procedure, u Danskoj, Belgiji, Francuskoj, Nemačkoj i Holandiji postoji mogućnost i registrovanja istopolnih vanbračnih zajednica.³⁸ U ostalim državama, vanbračni partneri koji nisu registrovali svoju zajednicu, imaju ista prava i obaveze kao i bračni partneri pod uslovom da je ta zajednica trajala određeno vreme. Ovde spadaju zakoni država bivše SFRJ.³⁹

Kao primer registracije vanbračne zajednice uzećemo zakonodavstvo Francuske i deo njenog Građanskog zakonika koji nosi naziv "Civil Solidarity Pact" (Pacte Civil de Solidarité) ili skraćeno PACS.⁴⁰ U Francuskoj postoje tri načina na koji je moguće pravno urediti zajednički život: prvi način je sklapanje građanskog braka, zatim putem kohabitacije i registrovanog partnerstva.⁴¹ Francuski parlament je 1999. godine izglasao Zakon koji nosi naziv "Spozajem o solidarnosti i konkubinatu" kojim je predviđena mogućnost da dva partnera istog ili suprotnog pola zaključče i registruju spozajem o zajedničkom životu.⁴² Od trenutaka kada je

³⁸ Donošenjem novog zakona iz sfere porodičnih odnosa Francuska se pridružila grupi severnih evropskih država koje su još ranije legalizovali zajednice istopolnih partnera (same-sex couples). Prva je to uradila Danska 1989. godine kroz ustanovu registrovanog partnerstva (registered partnership).

³⁹ Videti o podelama i zakonskoj regulativi Francuske, Belgije, Holandije, Španije, Švedske i Norveške: Gordana Kovaček-Stanić, *Uporedno porodično pravo*, Novi Sad, 2002, str. 121.

⁴⁰ O pluralizmu vanbračnog partnerstva u francuskom pravu videti: Olga Cvejić-Jančić, *Da li je brak prevaziđen?*, *Pravni Život*, broj 9, Beograd, 2001, str. 448.

⁴¹ U skladu sa dopunama francuskog Građanskog zakonika, licima istog pola nije dozvoljeno da zaključuju građanski brak već im na raspolaganju stoji vanbračna kohabitacija. Videti: Kees Waaldijk, *More or Less Together: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners*, Paris, 2005, str. 93.

⁴² Zakon je donet između ostalog i da bi se konačno rešilo pitanje priznanja istopolnih zajednica. Imajući u vidu da su gej brakovi bili osetljivo političko pitanje, rešenje je pronađeno u mo-

donet (1999), pa sve do polovine 2001. godine, registrovano je više od 37.000 vanbračnih zajednica.⁴³

Sporazum (vanbračnu zajednicu), mogu zaključiti dva lica koja podnose zajedničku izjavu volje o nameri zasnivanja zajednice nadležnom opštinskom organu.⁴⁴ Zajedno sa izjavom volje, budući partneri podnose i izvod iz matične knjige rođenih, kao i opštinsko uverenje da ni jedan od budućih partnera se ne nalazi već u registrovanoj vanbračnoj zajednici. Kada se dostave potrebni dokumenti, opštinski organ će nakon provere izvršiti upis u registar. Na zajedničkoj izjavi volje, potpis će staviti i organ uprave pred kojim se vodi registar. Postupak se okončava davanjem uverenja budućim partnerima o registraciji njihove vanbračne zajednice.⁴⁵ Zakon predviđa da budući partneri u određenim slučajevima neće moći ući u vanbračnu zajednicu i da će takva zajednica ako se sklopi biti ništava.⁴⁶ Dakle, kao i kod braka i kod sklapanja ovog sporazuma predviđene su određene smetnje koje onemogućavaju da vanbračna zajednica proizvede pravna dejstva. Tako, zakonodavac navodi da se sporazum neće moći sklopiti ako su budući partneri u krvnom srodstvu bez obzira na stepen; ako su tazbinski srodnici u prvoj liniji i ako su pobočni srodnici zaključno sa trećim stepenom.

Takođe, smetnju za zaključenje predstavlja i činjenica postojanja braka ili prethodnog sporazuma o solidarnosti. Punovažni sporazum o solidarnosti ima slične posledice kao i građanski brak u smislu pružanja uzajamne emotivne i materijalne pomoći i postojanja zajedničke odgovornosti za tekuće poslove domaćinstva.⁴⁷ Zajednica može prestati sporazumno ili jednostranom izjavom volje partnera. Sporazumno prestaje kada partneri dostave zajedničku izjavu volje

gućnosti da se istopolne zajednice ozvaniče kroz ustanovu registrovanog partnerstva, a da se građanski brak sačuva kao ustanova partnera različitog pola. Kees Waaldijk, *More or Less Together: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners*, Paris, 2005, str. 38.

⁴³ O efektima donetog zakona i analizi njegovog delovanja za prvih šesnaest meseci videti detaljno: Patrick Festy, *The Civil Solidarity Pact (PACS) in France*, *Population&Societies*, No 369, 2001, str. 1 i dalje.

⁴⁴ Title XII, Chapter I, Art. 515-3. *Civil Covenants of Solidarity and of Concubinage*, *Civile Code*.

⁴⁵ Eventualne izmene sporazuma moguće je vršiti isključivo na način na koji je sačinjen i prvobitni dokumenat. Title XII, Chapter I, Art. 515-3. *Civil Covenants of Solidarity and of Concubinage*, *Civile Code*.

⁴⁶ Title XII, Chapter I, Art. 515-2. *Civil Covenants of Solidarity and of Concubinage*, *Civile Code*.

⁴⁷ Title XII, Chapter I, Art. 515-4. *Civil Covenants of Solidarity and of Concubinage*, *Civile Code*.

o prekidu zajednice opštinskom organu koji vodi registar.⁴⁸ Takođe, samo jedan partner može podneti zahtev za raskid zajednice. Takav zahtev on upućuje u vidu obaveštenja svom partneru a zatim taj isti zahtev upućuje i opštinskom organu. Sporazum o solidarnosti prestaje i kada jedan od partnera zaključi građanski brak sa trećom osobom ili ako jedan od partnera premine.⁴⁹ Predviđena je ista procedura u smislu da partner koji zaključi brak obavesti svog dosadašnjeg partnera, pa onda to obaveštenje prosledi opštinskom organu koji vodi registar. O posledicama prestanka vanbračne zajednice odlučuju sami partneri, a ako saglasnosti nema, odluku donosi sud.

Kada sagledamo proceduru za zaključivanje sporazuma, tj. za stvaranje vanbračne zajednice, primetićemo odsustvo posebne ceremonije koja je karakteristična za građanski brak.⁵⁰ Ova razlika ima svoje utemeljenje jer je osnovna svrha registracije vanbračne zajednice "osiguranje dokaza o događaju koji ima značajne pravne posledice za same stranke, treća lica i državu".⁵¹ Sporazum o solidarnosti i konkubinatu je doprineo većoj pravnoj sigurnosti u pogledu prava i obaveza vanbračnih partnera i garantovao većinu prava koja imaju bračni partneri.⁵²

Opravdanost registracije u našem pravu

Kao što smo već ranije naveli, određeni autori smatraju da bi bilo korisno uvesti mogućnost registracije postojanja vanbračne zajednice, naročito imajući u vidu imovinske odnose vanbračnih supružnika. U tom smislu, prof. Panov i prof. Ponjavić govore o nekoliko ključnih pogodnosti koje bi doneo registar vanbračnih zajednica.⁵³ Pre navođenja prednosti koje su po našem mišljenju opravdane,

⁴⁸ Čim nadležni organ evidentira u postojećem registru promenu stanja, sporazum će se smatrati raskinutim. Title XII, Chapter I, Art. 515-7. Civil Covenants of Solidarity and of Concubinage, Civile Code.

⁴⁹ Kada je u pitanju jednostran raskid, prema zakonu potrebno je da protekne tri meseca od dostavljanja obaveštenja opštinskom organu da bi se sporazum smatrao raskinutim. Kada je u pitanju zaključenje braka ili smrt jednog od partnera, sporazum prestaje danom zaključenja braka ili danom smrti. Title XII, Chapter I, Art. 515-7. Civil Covenants of Solidarity and of Concubinage, Civile Code.

⁵⁰ Olga Cvejić Jančić, Da li je brak prevaziđen?, Pravni život, broj 9, Beograd, 2001, str. 452.

⁵¹ Gordana Kovaček-Stanić, Uporedno porodično pravo, Novi Sad, 2002, str. 122.

⁵² Način na koji je PACS donet, šta je sve prethodilo njegovom izglasavanju i koje su izmene pratile osnovni tekst videti u: Claude Martin-Irene Thery, The PACS and Marriage and Cohabitation in France, Policy and the Family 14, 3, 2001, str. 135 i dalje.

⁵³ U sferi izdržavanja i imovinskih odnosa vanbračnih drugova situacija bi se pravno pojednostavila uvođenjem registra. Videti: Slobodan Panov, Porodično pravo, Beograd, 2010, str. 148 i dalje; Zoran Ponjavić, Porodično pravo, Kragujevac, 2011, str. 120 i dalje.

predstavimo mogući model registrovanja vanbračne zajednice. Naime, polazeći od iskustava uporednog prava, postupak registracije bi mogao početi davanjem zajedničke saglasne izjave volje o nameri zasnivanja vanbračne zajednice. Izjava volje budućih vanbračnih partnera mogla bi se dati na dva načina: usmeno i pismeno. U prvom slučaju, budući partneri pred nadležnim organom usmeno saopštavaju svoju nameru, nakon čega, nadležni organ sastavlja zapisnik, overava ga i unosi ga u registar. Činom upisa u registar smatra se da je vanbračna zajednica zasnovana. U drugom slučaju, budući partneri mogu unapred doneti pismenu izjavu kojom potvrđuju svoju nameru. Nadležni organ će tu pismenu izjavu overiti i njene podatke uneti u registar. U skladu sa zakonom, nadležni organ bi imao obavezu da utvrdi pre upisa u registar nepostojanje bračnih smetnji. Imajući u vidu namenu ovog registra, možemo postaviti pitanje koji bi organ bio nadležan za njegovo vođenje? Polazeći od toga da cilj registracije nije da se vanbračna zajednica poistoveti sa zaključivanjem braka, već da se olakša dokazivanje postojanja iste, smatramo da ne bi trebalo predvideti formalnosti i ceremonijal koji je rezervisan za brak. To znači da bi registar mogao da vodi javni beležnik (notar) ili centar za socijalni rad. Notar bi registar vodio kao poverenu nadležnost, npr. u Hrvatskoj, notaru je povereno da vodi registar zaveštanja. U drugom slučaju, možda bi se moglo razmišljati i da registar vodi opštinski centar za socijalni rad prema prebivalištu budućih partnera. Ovo rešenje imamo u vidu naročito zato što centar za socijalni rad *ex officio* može da prati da li se ostvaruje svrha vanbračne zajednice. Takođe, ukoliko ima dece u vanbračnoj zajednici, centar može da prati da li postoji odgovarajući odnos prema detetu, mogu da pokreću pitanje lišenja roditeljskog prava i sl.

Prestanak vanbračne zajednice treba da bude takođe formalno jednostavan kao i zasnivanje. Prestanak može biti putem sporazuma ili jednostranom voljom. Kada je pitanju sporazumni prestanak, potrebno je da postoji saglasna izjava volje, koja ne mora biti data istovremeno, bitno je da je podneta nadležnom organu. Nadležni organ će zajedničku izjavu o prestanku vanbračne zajednice notirati u registru i od tog trenutka će se smatrati da je zajednica zvanično prestala. Jednostrani raskid zajednice je moguć kada bilo ko od vanbračnih partnera u vidu obaveštenja pošalje izjavu o raskidu vanbračne zajednice drugom partneru. Istu takvu izjavu partner koji raskida zajednicu dužan je da pošalje i nadležnom organu koji je odmah evidentira u registar. Od tog trenutka vanbračna zajednica je prestala. Pored ova dva načina, vanbračna zajednica može biti okončana i sklapanjem braka⁵⁴ između dotadašnjih vanbračnih partnera. Takođe, vanbračna

⁵⁴ Okončanje vanbračne zajednice sklapanjem braka je svakako najpoželjniji vid prestanka takve zajednice, naročito ako vanbračni partneri imaju decu koja su rođena u vanbračnoj zajednici ili tek treba da se rode. U tom smislu, izvod iz matične knjige venčanih bračni partneri dostavljaju

zajednica može prestati i sklapanjem braka jednog od vanbračnih partnera sa trećim licem. U tom slučaju, partner koji je sklopio brak šalje obaveštenje bivšem vanbračnom partneru i kopiju tog obaveštenja zajedno sa izvodom iz matične knjige venčanih dostavlja nadležnom organu koji je evidentira u registru. Vanbračna zajednica može se poništiti shodno odredbama porodičnog zakona koje se odnose na ništavost i rušljivost braka. Na kraju, vanbračna zajednica može prestati i prirodnim putem, tj. smrću jednog od vanbračnih partnera. Izvod iz matične knjige umrlih nadživeli vanbračni drug dostavlja nadležnom organu koji tu činjenicu unosi u registar.

*Razlozi koji govore u prilog postojanju
registra vanbračne zajednice*

Razmišljanja o svrsishodnosti registrovanja vanbračnih zajednica nisu nova u našem pravu. U teoriji ali i u praksi postoje stavovi koji govore u prilog tome. Na ovom mestu, želimo da predstavimo, po našem mišljenju tri razloga zbog kojih bi bilo opravdano napraviti registar vanbračnih zajednica u Srbiji.

Prvi se tiče činjenice tačnog tj. preciznog utvrđivanja početka i prestanka vanbračne zajednice. Imovinski odnosi bračnih i vanbračnih drugova izazivaju veliku pažnju i rađaju brojne nedoumice kako u sudskoj praksi tako i u teoriji. Čitajući odredbe Porodičnog zakona i analizirajući sudsku praksu, više je nego očigledno da zbog nepostojanja pouzdanog kriterijuma prilikom određivanja nastanka i prestanka vanbračne zajednice, postoji problem pouzdanog razgraničenja posebne i zajedničke imovine vanbračnih partnera. Porodični zakon jasno određuje razliku između posebne i zajedničke imovine supružnika, jer se trenutak zaključenja braka nedvosmisleno utvrđuje saglasnim izjavama i stavljanjem potpisa supružnika. To znači da je imovina koja se zatekla u svojini jednog ili drugog bračnog druga pre zaključenja braka njegova posebna imovina. Ove zakonske odredbe kada se primene na vanbračnu zajednicu u suštini rađaju sporno pitanje, jer "vremenske preciznosti"⁵⁵ nastanka vanbračne zajednice i shodno tome razgraničenja posebne i zajedničke imovine - nema. Kada pouzdano utvrdimo početak vanbračne zajednice⁵⁶ možemo da konstatujemo da imovina koja se

nadležnom organu koji tu činjenicu upisuje u registar. U ovom slučaju vanbračna zajednica je prestala činom zaključenja braka a upis u registar koji sprovodi nadležni organ je deklarativne prirode.

⁵⁵ Pitanje definisanja početka vanbračne zajednice i utvrđivanja posebne imovine nije pravno jednostavno. Čak i kada nema spora to pitanje je ponekad teško definisati a u slučaju spora odgovor je još komplikovaniji. Videti: Slobodan Panov, Porodično pravo, Beograd, 2010, str. 148.

⁵⁶ Datum početka vanbračne zajednice sud posebno utvrđuje u svakom konkretnom slučaju. Najčešće sud kao dokaz uzima izjave svedoka (poznanika, komšija), ali dokaz kad je jedna va-

stekne u toku trajanja vanbračne zajednice predstavlja shodno članu 171. PZ., zajedničku imovinu.⁵⁷ Međutim, sva imovina koja je stečena u toku vanbračne zajednice ne znači automatski da ona podpada pod režim zajedničke imovine. Da bi takva imovina ušla u režim zajedničke imovine vanbračnih partnera, potrebno je ne samo da je ona stečena u vreme trajanja vanbračne zajednice, već i da je njeno sticanje rezultat zajedničkog rada⁵⁸ i doprinosa vanbračnih partnera.

Sa istim problemom sudska praksa se susreće i kada je potrebno utvrditi da li je i kada prestala vanbračna zajednica i shodno tome imovinu deklarirati kao posebnu ili zajedničku, u zavisnosti od toga da li je ona stečena u toku ili nakon prestanka zajednice.⁵⁹ Pored činjenice sklapanja braka ili činjenice smrti jednog od vanbračnih supružnika (u pitanju je očigledan trenutak kada prestaje vanbračna zajednica), u praksi se može desiti da ona prestane jednostavnim napuštanjem zajednice bez izričitog saopštavanja volje drugom vanbračnom partneru. Sa stanovišta prestanka zajednice je irelevantno da li je to napuštanje opravdano ili ne. Kod ovakvog načina prestanka vanbračne zajednice nije moguće sasvim precizno (naročito ako nema saglasnosti bivših partnera), utvrditi momenat kada je zajednica okončana. S tim u vezi, registracija vanbračnih zajednica bi omogućila pravno pojednostavljenje situacije ukoliko dođe do spora između bivših vanbračnih partnera o podeli imovine kod koje nema saglasnosti da li je stečena pre odnosno posle trajanja vanbračne zajednice ili je stečena u toku vanbračne zajednice. Drugim rečima, vanbračna zajednica se zasniva i raskida neformalnim putem, prema tome sve te činjenice treba dokazivati na sudu. Ako postoje deca, po pravilu bi trebalo uzeti da je zajednica trajala od rođenja deteta a da je prestala u trenutku prvog faktičkog odvajanja vanbračnih partnera što opet treba utvrditi sud.

Drugi razlog zbog koga nam se čini svrsishodnim registracija vanbračne zajednice jeste mogućnost uvođenja naslednog prava vanbračnog partnera. U teoriji ima autora koji predlažu i argumentuju potrebu da se vanbračnim partnerima

nbračna zajednica nastala može biti i ugovor o kupovini stana, ili zakupu stana koji su potpisali oba vanbračna partnera ili neki drugi dokument na osnovu kojeg se može zaključiti da je postojala zajednica života. Videti: Mary Welstead-Susan Edwards, *Family Law*, Oxford University, 2006, str. 22.

⁵⁷ U jednoj odluci okružnog suda se navodi da kada vanbračni drugovi u toku zajednice života kupe plac i sagrade kuću a kasnije samo jedan od njih sagradi pomoćne objekte na istom placu, šta predstavlja zajedničku a šta posebnu imovinu i koliki je svojinski udeo svakog od njih, procenjuje se obzirom na njihove doprinose u sticanju glavne stvari tj. kuće i placa, bez obzira koliki su njihovi doprinosi u sticanju pomoćnih objekata, jer oni kao pripadci glavne stvari prate i dele njenu pravnu sudbinu. Okružni sud U Valjevu, Gž 741/99.

⁵⁸ O tome govori i sudska praksa: Vrhovni sud Srbije, Rev. 5591/98; Četvrti opštinski sud u Beogradu P. br. 1004/00; Okružni sud u Beogradu Gž. br. 2745/02; Vrhovni sud Srbije Rev. br. 219/03; Vrhovni kasacioni sud Rev. 986/10.

⁵⁹ Vrhovni kasacioni sud, Rev. 230/10; Ustavni sud Republike Hrvatske, broj: U-III-4840/2005.

prizna na zaostavštini njegovog vanbračnog druga sva nasledna prava koja se priznaju i bračnim partnerima u istom obimu i kvalitetu.⁶⁰ U tom smislu, prof. Svorcan predlaže da se omogućiti sposobnost nasleđivanja vanbračnom partneru pod pretpostavkom ispunjenja određenih uslova: a) da je vanbračna zajednica imala iste odlike i karakteristike kao i bračna zajednica; b) da je vanbračna zajednica postojala u trenutku smrti ostavioca tj. vanbračnog druga;⁶¹ v) da je vanbračna zajednica trajala duži vremenski period ali se vreme ceni i u zavisnosti da li postoje zajednička deca; g) da su vanbračni drugovi punoletni i poslovno sposobni; d) da nisu u određenom krvnom i tazbinskom srodstvu i đ) da nijedan od vanbračnih partnera nije u braku sa drugim licem u momentu smrti jednog od njih.

Autor polazi od toga da vanbračna zajednica ni u čemu nije suprotna osnovnim moralnim principima našeg društva, da nastaje na istim motivima kao i bračna zajednica, da ima obeležja ista kao i bračna zajednica, da je sadržina odnosa u vanbračnoj zajednici potpuno identična sa sadržinom odnosa u bračnoj zajednici, te stoga, imajući u vidu da je sa aspekta morala, bitna suština a ne forma, prema načelu pravičnosti, autor izvlači zaključak da je sasvim logično vanbračnom partneru odrediti isti naslednopravni položaj koji uživa bračni drug. Ovakav stav nas je usmerio da analiziramo sadašnju situaciju u srpskom pravu. Naime, Zakon o nasleđivanju donet 1995. godine, ne spominje vanbračnu zajednicu niti nasledna prava vanbračnog druga. Po pozitivnom naslednom pravu, sposobnost nasleđivanja ima samo bračni drug (kao pripadnik prvog, odnosno drugog naslednog reda).⁶² To mu pravo pripada kao zakonskom i kao nužnom nasledniku. Porodični zakon donet 2005. godine, u delu koji se odnosi na vanbračnu zajednicu navodi da vanbračni partneri imaju prava i dužnosti supružnika pod uslovima

⁶⁰ Analizirajući sadržinu odnosa bračne i vanbračne zajednice, prof. Svorcan konstatuje da su ove dve zajednice po svojim suštinskim obeležjima gotovo iste. I jedna i druga zajednica nastaju na osnovu istih motiva i praćene su istim ciljevima. Videti: Slobodan Svorcan, *Nasledna prava bračnog i vanbračnog partnera*, Kragujevac, 1999, str. 172.

⁶¹ Ovde treba konstatovati da vanbračna zajednica i vanbračna veza nisu isti pojmovi. Za vanbračnu zajednicu se traži ostvarivanje zajednice života, što nije uslov postojanja vanbračne veze. To znači da vanbračna zajednica ne može da proizvodi pravna dejstva ako postoji punovažan brak jednog od vanbračnih partnera. Drugim rečima, lice koje se nalazi u braku ne može da bude u vanbračnoj zajednici ali može da bude u vanbračnoj vezi. Gledano sa stanovišta naslednog prava kod vanbračne zajednice u trenutku smrti mora da postoji zajednica života. Ako nema zajednice života, vanbračni partner gubi pravo na intestatsko nasleđivanje između vanbračnih partnera. Isti princip važi i za nasledno pravo bračnog druga. Naime, ako je zajednica života između supružnika trajno prestala krivicom nadživelog supružnika ili sporazumom, tada nadživeli supružnik gubi zakonsko nasledno pravo iako formalno brak postoji u trenutku delacije. Ipak ovde je reč o prividu braka, jer nema njegovog suštinskog elementa – zajednice života supružnika. O gubitku zakonskog naslednog prava supružnika: Oliver Antić. *Nasledno pravo*, Beograd, 2010, str. 151.

⁶² Član 9 i 12. Zakon o nasleđivanju, ("Sl. glasnik RS", br. 46/95 i 101/203 - odluka USRS).

određenim ovim zakonom.⁶³ Ustav Republike Srbije donet 2006. godine u delu koji govori o pravu na zaključenje braka i ravnopravnosti supružnika propisuje da se vanbračna zajednica izjednačava sa brakom, u skladu sa zakonom.⁶⁴ Dakle, sledeći ustavne odredbe zaključujemo da se vanbračna zajednica pravno izjednačava sa institucijom braka u skladu sa zakonom. A zakon koji je nadležan za uređenje vanbračne zajednice je Porodični zakon koji govori da vanbračni partneri imaju ista prava kao i bračni. Da li su vanbračni partneri izjednačeni sa bračnim samo u sferi porodičnih odnosa? Ili se to ustavno izjednačavanje odnosi i na sposobnost nasleđivanja? Da li treba ustavne odredbe ekstezivno tumačiti i dozvoliti vanbračnim partnerima nasledno pravo?

Ključna razlika između braka i vanbračne zajednice je u formi u formalnom nastanku i registraciji braka. Da li bračni drug ima pravo da nasledi (a vanbračni to pravo nema), samo zbog činjenice zaključenja braka? Ako je tako, i ako je postojanje braka uslov naslednog prava supružnika, kako to da se može desiti (u prethodnoj fusnoti smo to analizirali), da supružnik izgubi zakonsko nasledno pravo iako brak formalno postoji? Iz ovoga sledi da za nasledno pravo supružnika nije ključna forma braka nego suština da li postoji zajednica života ili ne. Drugim rečima, iako brak formalno postoji, ako nestane njegov suštinski element zajednica života, bračni drug neće imati pravo da nasledi svog bračnog druga. Čini nam se da je zakonodavac kod ovog pitanja uvažio suštinu braka i bračnih odnosa na uštrb formalizma. Ako je tako, u čemu je onda suštinska razlika između braka i vanbračne zajednice, što bi predstavljalo razlog da zakonodavac onemogućiti vanbračnom drugu pravo da nasledi. Taj razlog ne može da bude zaključenje braka, jer smo videli da samo postojanje braka nije presudno za nasledničko pravo nadživelog supružnika. Sa druge strane, nismo sigurni ni da je Ustav u potpunosti izjednačio bračnu i vanbračnu zajednicu, barem ne u sferi naslednog prava. Da su pisci Ustava imali takvu nameru (a Ustav je donet godinu dana posle Porodičnog zakona), svakako bi u članu 59. u delu koji govori o nasleđivanju predvideli nasledno pravo i za vanbračnog druga, ili bi se u tom smislu, po donošenju Ustava izmenio Zakon o nasleđivanju. U prilog stavu da po sadašnjem stanju stvari vanbračni drug nema pravo da nasledi govori i sudska praksa. "Odredbe Porodičnog zakona kojima je propisano da je vanbračna supruga izjednačena u pravima i dužnostima, odnose se na prava i obaveze u pogledu izdržavanja i zajedničke imovine ali ne i u pogledu prava na nasleđivanje".⁶⁵

⁶³ Član 4. Porodični zakon.

⁶⁴ Član 62. Ustav Republike Srbije, ("Sl. glasnik RS", br. 98/2006).

⁶⁵ "Isticanje u žalbi da je ista u smislu člana 4. stav 2, člana 152. stav 2. i člana 191. Porodičnog zakona izjednačena u pravima i dužnostima kao vanbračna supruga sa suprugom sada pokojnim R. nije od značaja za odluku u ovoj pravnoj stvari, jer se ove odredbe odnose na izjednačenost

Dakle, da zaključimo, po pozitivnom pravu Srbije, nadživeli vanbračni drug ne može zakonski da nasledi svog preminulog vanbračnog druga tj. nije pripadnik zakonskog naslednog reda. Da li je opravdano izmeniti odredbe Zakona o nasleđivanju u tom delu, o tome se može govoriti. U regionu imamo primere za takva rešenja. Naime, Zakon o nasleđivanju Hrvatske u članu 8. u delu koji se odnosi na zakonske naslednike kaže da "ostavioca nasleđuje i njegov vanbračni drug koji je u pravu nasleđivanja izjednačen sa bračnim".⁶⁶ Vanbračnom zajednicom u smislu ovog zakona smatra se zajednica neudate žene i neoženjenog muškarca koja je trajala duže vreme (Porodični zakon Hrvatske precizira vremenski period), pod uslovom da su bile ispunjene pretpostavke koje se traže za punovažnost braka. Pravo da nasledi preminulog bračnog druga, nadživeli bračni drug ima pod uslovom da su ispunjene zakonske pretpostavke postojanja vanbračne zajednice. To znači da vanbračni drug učestvuje u nasleđivanju kao pripadnik prvog i drugog naslednog reda. Isto predviđa i Zakon o nasleđivanju Republike Slovenije. U odredbama koje se tiču nasleđivanja predviđa se da nevenčani par koji ostvaruje zajednicu života duže vreme, nasleđuje na jednak način kao i bračni drugovi.⁶⁷ U pravnim sistemima gde je predviđena mogućnost zakonskog nasleđivanja vanbračnog druga kao jedno od najspornijih pitanja javlja se pitanje trajanja vanbračne zajednice. Obzirom da u Hrvatskoj ne postoji mogućnost registracije vanbračne zajednice a vanbračnom drugu je dato nasledno pravo, najčešće je sporan početak trajanja zajednice jer nema vremenske preciznosti kada ona nastaje.⁶⁸ Isto tako, za nasledno pravo je značajna činjenica da li vanbračna zajednica postoji u trenutku delacije, pa ponekad kao sporno pitanje može biti i trenutak prestanka vanbračne zajednice,⁶⁹ jer nema registrovanog prestanka takve zajednice. To su sporna pitanja koja su se javila u sudskoj praksi naših suseda. Imajući sve to u vidu, ako se u srpskom pravu bude razmišljalo o uvođenju naslednog prava vanbračnog druga, svakako bi bilo bolje pre toga u okviru porodičnog zakono-

u pravima i obavezama vanbračne i bračne supruge, u pogledu izdržavanja i u pogledu zajedničke imovine, ali ne i u pogledu prava na nasleđivanje. Dakle, kako S.G. kao vanbračna supruga nije zakonski naslednik sada pokojnog R. ista nije stranka u postupku rasprave zaostavštine R.J. bivši iz G.M. i s obzirom na to nije ni mogla podneti žalbu u ovoj pravnoj stvari, pa kako je žalba izjavljena od lica koje nije ovlašćeno za podnošenje žalbe, to je Okružni sud u Č, a shodno članu 373. u vezi člana 365. ZPP, odlučio kao u izreci ovog rešenja i žalbu S.G. odbacio kao nedopuštenu. Okružni sud u Čačku, Gž. 454/2007.

⁶⁶ Član 8. Zakon o nasleđivanju Hrvatske, (N.N. 48/03, 163/03, 35/05).

⁶⁷ Član 10. Zakon o nasleđivanju Slovenije, (Ur. L. SRS, št. 67/2001, 83/2001 i dalje).

⁶⁸ Vlado Belaj–Anica Čulo, Nasledno pravo vanbračnog druga, Pravni Vjesnik, 1–2/2007, str.1 i dalje.

⁶⁹ Vlado Belaj–Anica Čulo, Nasledno pravo vanbračnog druga, Pravni Vjesnik, 1–2/2007, str. 1 i dalje.

davstva inkorporirati pravila o registraciji vanbračne zajednice i time predupređiti barem deo spornih pitanja. Kao što smo ranije spominjali, nepostojanje registra vanbračnih zajednica i upisa u javne knjige, može dovesti do spora oko trenutka nastanka vanbračne zajednice a taj datum ima ogroman značaj u regulisanju njihovih međusobnih odnosa. I trenutak prestanka vanbračne zajednice može biti sporan što može uticati na eventualno nasledno pravo nadživelog bračnog druga.

Kao treći razlog za uvođenja registra vanbračnih zajednica navodimo pravila o izdržavanju vanbračnih partnera⁷⁰ nakon prestanka vanbračne zajednice. Naime, pravo i dužnost izdržavanja između vanbračnih drugova postoji i posle prestanka vanbračne zajednice.⁷¹ U ovoj oblasti shodno se primenjuju pravila koja važe za izdržavanje supružnika.⁷² Imajući u vidu da nema formalnog nastanka i prestanka vanbračne zajednice⁷³ ove odredbe mogu izazvati nedoumice u praksi. Ostvarivanje prava na zakonsko izdržavanje vanbračnog partnera se ostvaruje isključivo putem samostalne parnice.⁷⁴ Tužba za izdržavanje vanbračnog partnera može se podneti u roku od godinu dana od dana prestanka zajednice života

⁷⁰ Izdržavanje je institut specifične pravne prirode jer ima za cilj zaštitu slabijih članova društva u odnosu na koje određena lica imaju zakonom propisanu dužnost izdržavanja. O pravnoj prirodi izdržavanja videti: Ivan Šimović, *Izdržavanje bračnih i vanbračnih drugova i istopolnih partnera*, Revija socijalne politike, br. 3., Zagreb, 2011, str. 259.

⁷¹ Da bi vanbračni partner uspeo sa zahtevom za izdržavanje, vanbračna zajednica treba da je trajala duže vreme ili da vanbračni partneri imaju zajedničku decu. Olga Cvejić-Jančić, *Odbijanje zahteva za izdržavanje*, Zbornik referata: Ostvarivanje i zaštita prava na zakonsko izdržavanje, Kragujevac, 2002, str. 24; Dušica Palačković, *Parnica za određivanje i promenu visine izdržavanja*, Zbornik referata: Ostvarivanje i zaštita prava na zakonsko izdržavanje, Kragujevac, 2002, str. 137.

⁷² Međutim, iako postoji mogućnost da bivši vanbračni drug traži izdržavanje, takvih primera u sudskoj praksi nema, za razliku od bračnog prava koji karakteriše veliki broj sporova iz oblasti izdržavanja. O razlozima zbog čega je takav trend prisutan videti: Ljiljana Đurović, *Izdržavanje između vanbračnih drugova*, Zbornik referata: Ostvarivanje i zaštita prava na zakonsko izdržavanje, Kragujevac, 2002, str. 55.

⁷³ Kada govorimo o prestanku braka tj. vanbračne zajednice, razlika između sporazumnog prestanka braka i sporazumnog prestanka vanbračne zajednice je u tome što vanbračni partneri (ako imaju dece), moraju pred sudom da potpišu dva dokumenta. Prvi dokument se tiče vršenja roditeljskog prava (ko i na koji način vrši roditeljsko pravo), a drugi dokument se tiče načina deobe zajedničke imovine. Sa druge strane, bračni drugovi prilikom sporazumnog razvoda potpisuju samo jedan dokument koji se zove sporazum o razvodu i njime se obuhvataju gore navedeni slučajevi. To dalje znači da kada nema sporazumnog razvoda, tj. prestanka zajednice, tada se podnosi jedna tužba za razvod braka kod bračne zajednice, a kod prekida vanbračne zajednice, vanbračni drugovi pokreću dva spora: jedan se tiče vršenja roditeljskog prava a drugi se odnosi na deobu zajedničke imovine. Postupak o kome mi u ovom delu rada govorimo a koji se tiče izdržavanja posle prestanka vanbračne zajednice, pokreće se tužbom u posebnom parničnom postupku za izdržavanje.

⁷⁴ Dušica Palačković, *Parnica za određivanje i promenu visine izdržavanja*, Zbornik referata: Ostvarivanje i zaštita prava na zakonsko izdržavanje, Kragujevac, 2002, str. 136.

vanbračnih partnera, odnosno od dana kada je učinjeno poslednje faktičko davanje na ime izdržavanja.⁷⁵ Budući da nekad nema izvesnosti oko trenutka kada je prestala zajednica života vanbračnih partnera, vanbračni drug može osporiti blagovremenost podnete tužbe za izdržavanje. S druge strane, izdržavanje vanbračnog druga se određuje sudskom odlukom na određeno vreme⁷⁶ a najduže na pet godina od trenutka prestanka vanbračne zajednice. I u ovom slučaju u praksi se može javiti kao sporno pitanje prestanka izdržavanja jer nema preciznog trenutka kada je prestala vanbračna zajednica. Zakon predviđa da se trajanje izdržavanja vanbračnog druga može produžiti i posle isteka roka od pet godina ako naročito opravdani razlozi sprečavaju poverioca izdržavanja da radi.⁷⁷ Kada sagledamo aspekt mogućnosti i utvrđivanja zakonskog izdržavanja između vanbračnih drugova, slobodni smo da konstatujemo da bi registracija vanbračne zajednice pravno pojednostavila računanje roka izdržavanja.

ZAKLJUČAK

Za zasnivanje vanbračne zajednice u srpskom pravu nije potrebna određena forma ni registracija. Ukoliko dođe (po raskidu vanbračne zajednice), do problema oko podele imovine i izdržavanja dece, one se naknadno dokazuju i ukoliko zainteresovano lice uspe da dokaže postojanje vanbračne zajednice one će proizvoditi određene pravne posledice. Nakon raskida u većini slučajeva se postavi pitanje imovinskih odnosa nekadašnjih vanbračnih partnera. Nekada će biti lako dokazati postojanje vanbračne zajednice, ali nekada taj postupak može biti značajno otežan. Pored činjenice dokazivanja postojanja vanbračne zajednice, sporan može biti i trenutak nastanka ali i trenutak prestanka vanbračne zajednice. Upravo ovakvo označenje je značajno za sticanje ili gubljenje određenih prava i obaveza. Autor predstavlja tri razloga koji govore u prilog registraciji vanbračne zajednice i daje primer nadležnosti i vođenja registra. Prvi razlog se tiče činjenice tačnog tj. preciznog utvrđivanja početka i prestanka vanbračne zajednice. Imovinski odnosi bračnih i vanbračnih drugova izazivaju veliku pažnju i rađaju brojne nedoumice kako u sudskoj praksi tako i u teoriji. Čitajući odredbe Porodičnog

⁷⁵ Član 279. Porodičnog zakona.

⁷⁶ U delu Porodičnog zakona koji se odnosi na izdržavanje supružnika uvodi se pravni standard "očigledne nepravde za dužnika izdržavanja" kojim je data mogućnost sudu da proceni u svakom pojedinačnom slučaju da li ta "očigledna nepravda" postoji ili ne. Ovim je data mogućnost dužniku izdržavanja da u posebnim prilikama izbegne zakonsku obavezu na davanje izdržavanja. Imajući u vidu da je kod nas veoma rasprostranjen "rad na crno" i da sve više privatnih poslodavaca izbegava da prijave svoje radnike, onda se realni prihodi dužnika izdržavanja teško mogu utvrditi.

⁷⁷ Ovde se može postaviti pitanje da li po isteku roka od pet godina, sud produžava izdržavanje vanbračnom drugu na novih pet godina ili na neodređeno vreme?

zakona i analizirajući sudsku praksu, više je nego očigledno da zbog nepostojanja pouzdanog kriterijuma prilikom određivanja nastanka i prestanka vanbračne zajednice, postoji problem pouzdanog razgraničenja posebne i zajedničke imovine vanbračnih partnera. Drugi razlog zbog koga se čini svrsishodnim registracija vanbračne zajednice, jeste mogućnost uvođenja naslednog prava vanbračnog partnera. Imajući u vidu pravne sisteme gde je omogućeno nasledno pravo vanbračnom drugu i uporedna iskustva, ako se u srpskom pravu bude razmišljalo o uvođenju naslednog prava vanbračnog druga, svakako bi bilo bolje pre toga u okviru porodičnog zakonodavstva inkorporirati pravila o registraciji vanbračne zajednice i time preduprediti barem deo spornih pitanja. A sporna pitanja se najčešće odnose na trenutak prestanka vanbračne zajednice što utiče na nasledno pravo nadživelog bračnog druga. Kao treći razlog za uvođenje registra vanbračnih zajednica, autor navodi pravila o izdržavanju vanbračnih partnera. Ta pravila su vremenski ograničena i računaju se od dana prestanka vanbračne zajednice. Autor zaključuje da bi registracija vanbračne zajednice pravno pojednostavila utvrđivanje trenutka nastanka odnosno prestanka vanbračne zajednice i time predupredila deo mogućih spornih pitanja između vanbračnih drugova.

BALŠA KAŠČELAN, LL.D.,
Assistant Professor, University of Slobomir P,
Bijeljina

REGISTERED COHABITATION

Summary

This article discusses nonmarital cohabitation agreements between unmarried persons who wish to live together and contract with respect to their rights and obligations regarding property, support, and related matters. Although cohabitation has existed throughout history, modern trends are especially important because they are part of a broader pattern of social transformation affecting the family. The institution of marriage remains the dominant form of family living, but the rapid increase in cohabitation suggests this could change. While some people still choose to marry young, others elect to cohabit with varying degrees of commitment or intentions of eventual marriage. Many couples believe-mistakenly-that cohabitation will lower their risk of divorce. This is an understandable misconception. Other reasons for living together include convenience, financial savings, companionship and security. Regarding domestic law, chabitation in Serbian law is common but does not require some form of registration. The author presents three main reasons that speak in favor of the registration of the cohabitation and provides an example of registered cohabitation.

MAJA ČOLAKOVIĆ

POLOŽAJ DJETETA KAO PACIJENTA U PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE

U V O D

Djeca u savremenom pravu uživaju položaj subjekata s posebnim pravima i interesima. Taj položaj se, s jedne strane, očituje u garanciji naročite brige i zaštite društva prema njima, a s druge u uvažavanju njihovih rastućih sposobnosti u svim pravnim odnosima. Budući da se nalaze u procesu postepenog dostizanja tjelesne, psihičke i intelektualne zrelosti, potrebni su im staranje i zaštita odraslih osoba, ali im se istovremeno priznaje mogućnost izražavanja volje i mišljenja u brojnim pravnim odnosima osobnog i imovinskog karaktera, koji ih se neposredno ili posredno tiču. Takav odnos prema djeci propisuju Konvencija o pravima djeteta¹ i drugi međunarodni dokumenti kojima su normirana dječja, odnosno

Dr Maja Čolaković, docentica na Pravnom fakultetu Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru, Bosna i Hercegovina.

¹ Konvencija o pravima djeteta OUN iz 1989. godine (*Convention on the Rights of the Child*, u daljem tekstu: KPD), predstavlja prvi međunarodni pravni akt obavezujućeg karaktera, kojim je obuhvaćen i uređen vrlo širok spektar prava djeteta i uspostavljen poseban mehanizam njihove zaštite. KPD-e su do sad ratifikovale 192 zemlje. Izuzetak su Somalija i Sjedinjene Američke Države. Bosna i Hercegovina je postala stranka KPD-a 6. marta 1992. godine i ona u njoj važi na osnovu Zakona o ratifikaciji Konvencije UN-a o pravima djeteta (Službeni list Republike Bosne i Hercegovine 2/92. i 13/94.). KPD je sastavni dio Ustava Bosne i Hercegovine iz 1995. godine i direktno se primjenjuje u Bosni i Hercegovini od dana njegovog stupanja na snagu (Aneks I Ustava BiH).

ljudska prava, a u skladu s njihovim odredbama uređen je i položaj djece u većini nacionalnih pravnih sistema.

U tom kontekstu je naročito interesantno pitanje položaja djeteta kao pacijenta. Za provođenje raznovrsnih zdravstvenih postupaka u cilju očuvanja i poboljšanja života i zdravlja, odnosno liječenja nužan je pristanak osobe nad kojom se ti postupci preduzimaju.² Imajući u vidu da sva djeca nemaju jednak uzrast i stepen zrelosti, odnosno da sva ona ne posjeduju pravno relevantnu volju,³ slučaj kada se dijete pojavljuje u ulozi pacijenta izaziva krucijalnu dilemu o tome ko je ovlašten na donošenje odluke o podvrgavanju djeteta zdravstvenom postupku. Je li to isključivo zakonski zastupnik djeteta, odnosno uz zakonskog zastupnika eventualno i treća osoba (sud, organ starateljstva itd.), ili u postupak odlučivanja na adekvatan način mora biti uključeno i samo dijete?⁴

U savremenom pravu je jasno izražen stav da i maloljetnim osobama treba priznati pravo na samoodređenje u pogledu vlastitog tjelesnog integriteta i zdravlja. Generalno govoreći, u najvećem broju zemalja djetetu je priznata mogućnost da se u skladu sa svojim uzrastom i zrelošću izjasni u pogledu zdravstvenih postupaka kojima treba biti podvrgnuto, s tim da među pojedinim zakonodavstvima postoje izvjesne razlike u pogledu načina uvažavanja djetetove volje i mišljenja. Te razlike se ispoljavaju u propisanom uzrastu (kreće se u rasponu od 14 do 18 godina), te obimu u kojem se uvažava djetetova volja (ovlaštenje da samostalno done-

² Tjelesno i psihičko zdravlje čovjeka predstavlja jedan od objekata prava na tjelesni integritet. U cilju njegovog očuvanja i poboljšanja čovjek je ovlašten preduzimati različite zahvate u svoje tijelo, bilo da ih izvodi sam ili da na to ovlasti druge osobe. Svaki čin tuđeg zadiranja u tijelo i zdravlje iziskuje prethodni pristanak čovjeka o čijem se tijelu i zdravlju radi. Samo izuzetno, u situacijama strogo normiranim zakonom, moguće je izvesti zahvat u tjelesni integritet bez prethodnog pristanka dotične osobe. Kada je u pitanju izvođenje medicinskog zahvata uslovljenog pristankom, onda taj pristanak mora biti utemeljen na prethodnom informisanju pacijenta o svim okolnostima nužnim za donošenje odluke da se podvrgne zahvatu. Da bi bio valjan, pristanak usto mora biti dobrovoljan, dat ozbiljno i svjesno. Više o karakteristikama pristanka obaviještenog pacijenta vidjeti: Bevanda, Marko-Čolaković, Maja, Pravo pacijenta na obaviještenost i pristanak i pravne posljedice liječenja bez pristanka pacijenta, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 7, Mostar 2009, str. 200–202.

³ Uz precizno normiran ograničeni broj izuzetaka koji se tiču prijevremenog stjecanja potpune poslovne sposobnosti, kao i sposobnost samostalnog preduzimanja tačno određenih pravnih poslova (tzv. specijalna sposobnost), djeca tj. maloljetne osobe su poslovno nesposobne ili ograničeno poslovno sposobne. Za poslovno nesposobnu maloljetnu osobu pravne poslove sklapa njen zakonski zastupnik, dok ih ograničeno poslovno sposobna maloljetna osoba može sklapati sama, pod uslovom da se njen zakonski zastupnik s tim saglasi. Poslovna sposobnost je svojstvo primarno namijenjeno stjecanju imovinskih prava i obaveza.

⁴ Cf. Jakovac-Lozić, Dijana, Prava djeteta kao pacijenta, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 3, Mostar, 2005, str. 150.

se odluku o zdravstvenoj mjeri ili ovlaštenje na izražavanje stava, pri čemu konačnu odluku donosi njegov zakonski zastupnik, odnosno treća osoba).⁵

Predmet analize u ovom radu je položaj djeteta kao pacijenta u pravu Bosne i Hercegovine, s fokusom na pitanje je li mu priznata sposobnost očitovanja volje i mišljenja o preduzimanju različitih zdravstvenih postupaka kojima ono treba biti podvrgnuto. Posljednjih godina u Bosni i Hercegovini teče zakonodavna reforma koja tangira i segment prava djeteta. Uz nove porodične zakone, doneseni su i brojni zakoni iz oblasti zdravstva,⁶ koji bi trebali biti usklađeni s principima i savremenim pravnim rješenjima međunarodnih dokumenata o zaštiti ljudskih prava, odnosno prava djeteta i prava pacijenata, te standardima postavljenim u oblasti zdravstva na nivou Evropske unije. Analiza relevantnih odredaba ovih zakona pokazaće je li u bosanskohercegovačkom pravu na legislativnom nivou dostignut savremeni standard uvažavanja prava djeteta kao pacijenta.

Navedenoj analizi prethodi kratki prikaz odredaba Konvencije o pravima djeteta, kojima je definisan pojam djeteta te uređeno njegovo pravo na život i zdravlje i pravo na izražavanje vlastitog mišljenja o svim pitanjima koja se na njega odnose.

I

Konvencija o pravima djeteta definiše dijete kao svako ljudsko biće mlađe od 18 godina, sem ako se prema zakonu koji se primjenjuje na dijete punoljetnost ne stječe ranije.⁷ Uz princip uvažavanja postepenog razvoja djetetovih sposobnosti, osnovni princip koji KPD proklamuje je princip zaštite najboljeg interesa djeteta, kao rukovodeći kriterij u preduzimanju svih aktivnosti vezanih za dijete.⁸

⁵ Komparativnopravni prikaz regulacije ovog pitanja u pravu pojedinih evropskih zemalja: Stultiëns, Loes – Goffin, Tom – Borry, Pascal – Dierickx, Kris – Nys, Herman, Minors and Informed Consent: A Comparative Approach, *European Journal of Health Law* 14, 2007, str. 21–46; Jakovac-Lozić, Dijana, op. cit., str. 156–180.

⁶ Legislativna nadležnost u ovim oblastima pripada entitetima i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine.

⁷ Čl. 1. KPD. I u bosanskohercegovačkom pravu punoljetnost se redovno stječe u dobi od 18 godina (čl. 157. st. 2. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine 35/05, u daljem tekstu: PZFBiH; čl. 139. st. 2. Porodičnog zakona Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine 23/07, u daljem tekstu: PZBD; čl. 108. st. 2. Porodičnog zakona Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske 54/02, u daljem tekstu: PZRS).

⁸ Čl. 3. st. 1. KPD. Konvencija proklamuje potpunu jednakost sve djece i njihovu zaštitu od svakog oblika represije te u isto vrijeme obavezuje države ugovornice na poštovanje njome ustanov-

Među pravima normiranih ovom Konvencijom na prvom mjestu se nalazi prirodeno pravo djeteta na život.⁹ U vezi s njim je i pravo djeteta na zdravlje, izraženo kao pravo djeteta na uživanje najviše moguće razine zdravlja i na korištenje olakšica za ozdravljenje i oporavak¹⁰ te paralelna obaveza država članica da svakom djetetu omoguće ostvarenje prava na korištenje zdravstvenih usluga.¹¹ Na pravo djeteta na zdravlje odnosi se i odredba kojom je djetetu, poslanom u određenu instituciju u cilju zaštite ili liječenja njegovog tjelesnog ili psihičkog zdravlja, priznato pravo na periodično preispitivanje tretmana koji mu se pruža.¹²

Naročita pažnja u KPD-u posvećena je normiranju prava djece s posebnim potrebama, pri čemu su uzete u obzir i njihove posebne potrebe u ostvarenju prava na zdravlje, odnosno zdravstvene zaštite.¹³

Mada je tokom njene izrade postojala intencija da se izričito normira pravo djeteta na davanje pristanka na zdravstvene tretmane i medicinske eksperimente, KPD u konačnoj verziji ne sadrži takvu odredbu.¹⁴

Međutim, na ovo pitanje moguće je primijeniti "generalnu" odredbu o obavezi uvažavanja djetetovog mišljenja. KPD obavezuje države članice da osiguraju djetetu koje je u stanju oblikovati vlastito mišljenje, slobodno izražavanje njegovih stavova o svim pitanjima koja se na njega odnose, te da ih uvažavaju u skladu s uzrastom i zrelošću djeteta.^{15,16}

ljenih prava, predviđajući efikasne mehanizme kontrole i sankcije za njihovo kršenje. Metod kojim su u KPD-u regulisana prava djeteta u teoriji se karakteriše kao "četiri P": *participation, protection, prevention, provision* – učešće djece u odlučivanju o stvarima koje ih se lično tiču, zaštita djece od diskriminacije i svih oblika zanemarivanja i iskorištavanja, *sprječavanje* škođenja djeci, te *pružanje* podrške i pomoći djeci u zadovoljenju njihovih osnovnih potreba. Više: Van Bueren, Geraldine, *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague – Boston – London, 1998, str. 13–15.

⁹ U skladu s ovim pravom propisana je obaveza država članica da u najvećoj mogućoj mjeri djetetu osiguraju opstanak i razvoj (čl. 6. st. 1. i 2. KPD).

¹⁰ Čl. 24. st. 1. KPD.

¹¹ U čl. 24. st. 2. normirane su mjere koje države moraju preduzimati u cilju realizacije prava na zdravlje, dok se odredbom st. 3. istog člana države obavezuju na provođenje mjera za otklanjanje tradicionalnih postupaka koji štete zdravlju djece. Pri izradi Konvencije pod "tradicionalnim postupkom" u prvom redu se imalo na umu spolno obrezivanje djevojčica (klitorektomija), ali je umjesto izričitog navođenja tog zahvata upotrijebljen ovaj uopćeni termin. Vidjeti detaljnije: Jakovac-Lozić, Dijana, op. cit., str. 139. i 140.

¹² Čl. 25. KPD.

¹³ Čl. 23. KPD.

¹⁴ Van Bueren, Geraldine, op. cit., str. 311–312.

¹⁵ Čl. 12. KPD.

¹⁶ U doktrini je u vezi s pravom djeteta na izražavanje vlastitog mišljenja razvijen pojam jednog posebnog svojstva – tzv. konsultativne sposobnosti. Ona predstavlja sposobnost djeteta na izra-

II

Definiciju pacijenta u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu sadrže Zakon o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata Federacije Bosne i Hercegovine¹⁷ i Zakon o zdravstvenoj zaštiti Federacije Bosne i Hercegovine.¹⁸ ZPO-OP i ZZZFBiH¹⁹ definišu pacijenta kao svaku osiguranu ili neosiguranu zdravu ili bolesnu osobu, koja zatraži ili kojoj se pruža određena mjera ili usluga u cilju očuvanja i unapređenja zdravlja, sprečavanja bolesti, liječenja ili zdravstvene njege i rehabilitacije. Istovjetnu definiciju sadrži i Zakon o zdravstvenoj zaštiti Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.²⁰ Za razliku od njih, Zakon o zdravstvenoj zaštiti Republike Srpske²¹ ne normira pojam pacijenta, već samo propisuje njegova prava i obaveze u ostvarivanju zdravstvene zaštite.

Odredbe relevantne za položaja djeteta kao pacijenta u bosanskohercegovačkom pravu je moguće naći u više raznovrsnih propisa, počev od porodičnog zakonodavstva pa do propisa iz oblasti zdravstva.

Norme tri porodična zakona važeća na teritoriji Bosne i Hercegovine, sadrže odredbe kojima je generalno uređen status djeteta, odnosno njegova prava i obaveze. Među tim pravima svakako je najvažnije pravo djeteta na život i zdravlje. PZFBiH i PZBD decidno normiraju pravo djeteta na staranje o njegovom životu, zdravlju i razvoju ličnosti,²² a obavezu na to staranje dodjeljuju roditeljima.²³ PZRS izričito ne propisuje pravo djeteta na život i zdravlje, ali izričito propisuje

žavanje mišljenja, želja i stavova u svim odnosima koji se tiču njegovih prava i interesa. Suprotno poslovnoj sposobnosti, konsultativna sposobnost nije vezana za određeni uzrast, već isključivo za sposobnost za rasuđivanje, tako da je posjeduju sve maloljetne osobe sposobne formirati i izraziti vlastito mišljenje o pojedinim pravnim pitanjima. O konsultativnoj sposobnosti djeteta detaljnije vidjeti: Palačković, Dušica, Značaj volje maloletnika u kontekstu prava na samoodređenje, Pravni život 9/2002, tom I., str. 705.

¹⁷ Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine 40/10, u daljem tekstu: ZPOOP.

¹⁸ Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine 46/10, u daljem tekstu: ZZZFBiH.

¹⁹ Čl. 1. st. 3. ZPOOP; Čl. 27. st. 1. ZZZFBiH.

²⁰ Čl. 2. t. h. Zakona o zdravstvenoj zaštiti Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine 38/11., u daljem tekstu: ZZZBD).

²¹ Službeni glasnik Republike Srpske 106/09, u daljem tekstu: ZZZRS.

²² Čl. 124. st. 1. PZFBiH; Čl. 107. st. 1. PZBD.

²³ Čl. 134. st. 1. PZFBiH; Čl. 117. st. 1. PZBD. Propisivanjem ove obaveze roditelja djelomično je ispunjena obaveza države normirana u čl. 6. KPD-a. Vidjeti: Bubić, Suzana–Traljić, Nerimana, Roditeljsko i starateljsko pravo, Sarajevo, 2007, str. 150.

pravo i obavezu roditelja da štite svoju maloljetnu djecu i da brinu o njihovom životu i zdravlju, iz čega nedvosmisleno proizilazi da to pravo pripada djetetu.²⁴

Zaštita tjelesnog i psihičkog integriteta djeteta propisana je u još nekoliko odredaba porodičnih zakona. PZFBiH i PZBD sankcionišu pravo djeteta na zaštitu od svih oblika nasilja, zloupotrebe, zlostavljanja i zanemarivanja u porodici²⁵ te propisuju obavezu roditelja na zaštitu njihovog djeteta od svih vrsta nasilja, povreda, ekonomske eksploatacije i seksualne zloupotrebe koje nad njim provode druge osobe.²⁶ PZRS sadrži odredbu kojom zabranjuje roditeljima i ostalim članovima porodice da dijete podvrgavaju ponižavajućim postupcima, duševnom i tjelesnom kažnjavanju, odnosno zlostavljanju.^{27,28}

PZFBiH i PZBD, u skladu s odredbama KPD-a, normiraju pravo djeteta na izražavanje i uvažavanje vlastitoga mišljenja shodno njegovom uzrastu i zrelosti.²⁹ Važeća verzija PZRS-a ne sadrži odredbu ovakvog sadržaja, ali bi ovo pravo djeteta *de lege ferenda* u PZRS-u trebalo biti normirano.³⁰

U vezi s pitanjem sposobnosti djeteta da očituje volju u pogledu podvrgavanja zdravstvenim postupcima stoje i odredbe porodičnog prava kojima je normirana poslovna sposobnost djeteta, odnosno pravo i obaveza roditelja da zastupaju svoju maloljetnu djecu. Sva tri važeća porodična zakona u Bosni i Hercegovini propisuju pravo i obavezu roditelja da zastupaju njihovo dijete,³¹ s tim da PZFBiH i PZBD djeci koja su dostigla određeni uzrast priznaju sposobnost za samostalno nastupanje u pravnom prometu, odnosno priznaju im ograničenu poslovnu sposobnost. Taj uzrast je u PZFBiH-u određen na 14 godina,³² a u PZBD-u na 14, od-

²⁴ Čl. 81. st. 1. PZRS. U Republici Srpskoj se odvija reforma porodičnog zakonodavstva, koja bi trebala rezultirati donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Porodičnog zakona (u daljem tekstu: ZID PZRS). Sudeći prema Nacrtu ovog akta iz septembra 2011. godine, pravo i obaveza roditelja na brigu o životu i zdravlju njihovog djeteta u novoj verziji PZRS-a će biti detaljnije regulisani, uz istovremeno sankcionisanje prava djeteta na osiguranje najboljih mogućih životnih i zdravstvenih uslova za njegov pravilan i potpun razvoj (čl. 3. Nacrta ZID PZRS).

²⁵ Čl. 127. PZFBiH; Čl. 110. PZBD.

²⁶ Čl. 134. PZFBiH; Čl. 117. PZBD. Detaljnije o obavezi roditelja da se staraju o životu i zdravlju djeteta vidjeti: Bubić, Suzana–Traljić, Nerimana, op. cit., str. 150.

²⁷ Čl. 97. st. 1. PZRS.

²⁸ Prema porodičnopravnim normama, najstroža mjera koja može pogoditi roditelje zbog kršenja obaveze staranja o životu, zdravlju i dobrobiti djeteta je oduzimanje roditeljskog staranja (čl. 154. PZFBiH; čl. 136. PZBD), odnosno roditeljskog prava (čl. 106. PZRS).

²⁹ Čl. 125. st. 1. PZFBiH; Čl. 108. PZBD.

³⁰ Čl. 6. Nacrta ZID PZRS.

³¹ Čl. 137. st. 1. PZFBiH; Čl. 120. st. 1. PZBD; Čl. 84. st. 1. PZRS.

³² Čl. 157. st. 5. PZFBiH.

nosno 16 godina.³³ PZRS ne normira ograničenu poslovnu sposobnost maloljetnika.³⁴

III

Analiza propisa iz oblasti zdravstva u bosanskohercegovačkom pravu, čije se odredbe odnose na dijete, nužno mora početi od tri važeća zakona o zdravstvenoj zaštiti, jer su u pitanju zakoni koji bi se s aspekta statusa pacijenta uslovno mogli okarakterisati kao *lex generalis*. U tom smislu za područje Federacije Bosne i Hercegovine istu važnost ima i Zakon o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata Federacije Bosne i Hercegovine.³⁵

Zakoni o zdravstvenoj zaštiti garantuju jednakost, pravičnost, sveobuhvatnost i dostupnost zdravstvene zaštite svim građanima,³⁶ pri čemu dodatno štite maloljetne osobe. Ovi zakoni sadrže odredbe kojima je normirano osiguranje zdravstvene zaštite pod jednakim uslovima grupacijama od posebnog socijalno-medicinskog značaja, među koje spada i grupacija djece.³⁷ ZZZFBiH uz to izričito propisuje da svako dijete od rođenja do navršениh 18 godina života ima pravo na najviši mogući standard zdravlja i zdravstvene zaštite.³⁸

Osim ovih odredaba, na dijete se u zakonima o zdravstvenoj zaštiti i ZPO-OP-u odnose odredbe kojima je normirano pravo pacijenta na slobodno odlučivanje o medicinskom tretmanu kojem bi on trebao biti podvrgnut i iskazivanje

³³ U odredbama koje se odnose na prestanak roditeljskog staranja i stjecanje potpune poslovne sposobnosti PZBD propisuje da maloljetnik stječe ograničenu poslovnu sposobnost s navršениh 14 godina (čl. 139. st. 5. PZBD). Ista dobna granica je izričito normirana i za maloljetnike pod starateljstvom, u dijelu Zakona kojim je uređeno starateljstvo nad maloljetnim osobama (čl. 169. st. 2. PZBD). Međutim, u odredbama kojima je propisan sadržaj roditeljskog staranja PZBD normira 16 godina kao uslov za samostalno nastupanje maloljetnika u pravnom prometu (čl. 120. st. 2. PZBD), što znači da nije određena ista životna dob za stjecanje ograničene poslovne sposobnosti kad je u pitanju dijete o kojem se staraju roditelji i dijete kojem je postavljen staratelj.

³⁴ U tom pogledu bi ZID PZRS trebao donijeti izmjene. Uzrast za stjecanje ograničene poslovne sposobnosti u Republici Srpskoj *de lege ferenda* bi trebao biti 15 godina (čl. 5. Nacrta ZID PZRS).

³⁵ Republika Srpska i Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine još uvijek nemaju ovakav zakon.

³⁶ Čl. 18, 19. i 21. ZZZFBiH; Čl. 11–14. ZZZRS; Čl. 11–13, 15. i 16. ZZZBD. U Federaciji Bosne i Hercegovine pravo na dostupnu zdravstvenu zaštitu u skladu sa zdravstvenim stanjem i ličnim potrebama zagantovano je svakom pacijentu i u odredbama ZPOOP-a (čl. 7).

³⁷ ZZZFBiH normira da su to djeca od rođenja, kao i djeca za vrijeme redovnog školovanja u osnovnim i srednjim školama (čl. 12. st. 2.), dok ZZZRS (čl. 8. st. 2.) i ZZZBD (čl. 8. st. 2) određuju da su to djeca do navršениh 15 godina života i školska djeca.

³⁸ Čl. 26. st. 2. ZZZFBiH.

pristanka na taj tretman, kao i još nekoliko odredaba kojima su uređena druga prava pacijenta.

Zakoni o zdravstvenoj zaštiti normiraju pravo svakog građanina na ostvarenje zdravstvene zaštite uz poštovanje najvišeg mogućeg standarda ljudskih prava te sankcionišu njegovo pravo na tjelesni i psihički integritet i uvažavanje njegovih ličnih uvjerenja u postupku ostvarivanja zdravstvene zaštite.³⁹ Poštovanje prava na tjelesni i psihički integritet realizuje se i putem osiguranja pacijentovog prava da slobodno odlučuje o svemu što se tiče njegovog zdravlja, uključujući i slobodan izbor predložene medicinske mjere, propisanog odredbama ZPOOP-a, ZZZRS-a i ZZZBD-a.⁴⁰ Da bi pacijent mogao donijeti adekvatnu odluku o svom liječenju, ovim zakonima mu je zagarantovano i pravo na informisanje u vezi s njegovim zdravljem.⁴¹ Ono podrazumijeva pravo da od nadležnog ljekara dobije informaciju o svom zdravstvenom stanju i svim drugim okolnostima (dijagnoza i prognoza bolesti, metode liječenja, mogući rizici i posljedice itd.), na osnovu kojih će formirati odluku o pristanku.⁴² Izjava o pristanku na medicinski tretman je opoziva.⁴³ Navedeni zakoni nemaju jednak pristup regulaciji pitanja prava maloljetne osobe na samoodlučivanje i pristanak na medicinski zahvat. Sva tri zakona propisuju da je za preduzimanje takvog zahvata na maloljetnom pacijentu neophodan pristanak njegovog zakonskog zastupnika,⁴⁴ odnosno jednog od zakonom određenih srodnika,⁴⁵ ali na različit način regulišu ovlaštenje maloljetnika da se u tom pogledu sam očituje.

ZZZRS i ZZZBD normiraju jedino mogućnost da maloljetna osoba starija od 15 godina samostalno dadne pristanak na medicinski tretman u slučaju sum-

³⁹ Čl. 26. st. 1. ZZZFBiH; Čl. 17. ZZZRS; Čl. 21. st. 2. ZZZBD.

⁴⁰ Čl. 6. i 17. ZPOOP; Čl. 23. i 24. ZZZRS; Čl. 29. i 30. ZZZBD.

⁴¹ Čl. 8. ZPOOP; Čl. 22. ZZZRS; Čl. 28. ZZZBD.

⁴² ZPOOP usto propisuje pravo pacijenta da od zdravstvenih radnika i ustanova dobije opće informacije koje se odnose na zdravstvenu ustanovu, posebne informacije vezane za osiguranje sigurnosti i kvalitete zdravstvene usluge te pojedinačne lične informacije vezane za liječnika i ostalo zdravstveno osoblje koje učestvuje u njegovom liječenju, organizacijskim aspektima njegovog liječenja itd. (čl. 9).

⁴³ Prema ZZZRS-u i ZZZBD-u, pristanak i opoziv moraju biti sačinjeni u pismenoj formi (čl. 24. st. 2. i 3. ZZZRS; čl. 30. st. 2. i 3. ZZZBD). Za razliku od ovih zakona, ZPOOP taksativno određuje one medicinske postupke za koje je nužan pismeni pristanak, ostavljajući mogućnost da u drugim slučajevima pristanak na zahvat bude izjavljen i usmenim putem (čl. 18. st. 1. i 2.). Za opoziv bilo koje medicinske mjere dovoljna je usmena forma (čl. 18. st. 5). ZPOOP također normira i mogućnost da pacijent pisanom izjavom odbije prijem obavještenja o stanju svog zdravlja i očekivanom ishodu predloženih medicinskih postupaka (čl. 14. st. 1).

⁴⁴ Čl. 22. st. 1. ZPOOP; Čl. 31. st. 1. ZZZBD.

⁴⁵ Čl. 25. st. 1. ZZZRS.

nje ili izvjesnosti u pogledu postojanja zarazne bolesti i bolesti ovisnosti.⁴⁶ ZPOOP sankcioniše pravo na samoodređenje djeteta u mnogo širem obimu, postavljajući kao kriterij njegovu zrelost i sposobnost za rasuđivanje, odnosno životnu dob. Ovaj zakon propisuje obavezu uključivanja maloljetnog pacijenta u donošenje odluke o izvođenju predložene medicinske mjere u njegovom liječenju, u skladu s njegovom zrelošću i sposobnošću za rasuđivanje.⁴⁷ Ako je maloljetna osoba navršila 15 godina života i posjeduje sposobnost za rasuđivanje, ona može samostalno dati pristanak na predloženu medicinsku mjeru, izuzev u zakonom taksativno određenim slučajevima.⁴⁸ I kad su u pitanju neki od ovih izuzetaka, postoji obaveza uvažavanja mišljenja maloljetnika starijeg od 15 godina, shodno njegovoj zrelosti i sposobnosti za rasuđivanje.^{49,50}

Zakon štiti dijete i u situacijama kad su njegovi interesi u pogledu izvođenja medicinske mjere u suprotnosti s interesima njegovog zakonskog zastupnika, propisujući obavezu uključivanja organa starateljstva u proces donošenja odluke.⁵¹

⁴⁶ Ukoliko maloljetna osoba pristane na takav tretman, saglasnost njenog zakonskog zastupnika nije potrebna (čl. 25. st. 3. ZZZRS; čl. 31. st. 3. ZZZBD).

⁴⁷ Čl. 22. st. 2. ZPOOP.

⁴⁸ Čl. 22. st. 5. ZPOOP. Među slučajeve koji čine taksativno normirane izuzetke spadaju invazivne dijagnostičke i terapijske procedure, operativni zahvati i prekid trudnoće.

⁴⁹ Radi se o preduzimanju operativnih zahvata i zahvata prekida trudnoće (čl. 22. st. 6. ZPOOP).

⁵⁰ Čini se kako zakonodavac nije bio dovoljno precizan prilikom kreiranja ove odredbe, jer rješenja koja sadrži čl. 22. djeluju donekle kontradiktorno. U st. 1. ovog člana propisano je da pristanak na podvrgavanje medicinskim zahvatima za maloljetnu osobu daje njen zakonski zastupnik, dok je u st. 4. maloljetnoj osobi starijoj od 15 godina priznato ovlaštenje da sama donese odluku o pristanku na određene medicinske zahvate. Iz tumačenja st. 1. proizilazi da se on odnosi kako na sve maloljetne osobe, neovisno o njihovom uzrastu, tako i na sve medicinske postupke, dok se u st. 4. pravi izuzetak od ovog pravila u pogledu maloljetnih osoba određenog uzrasta i određenih medicinskih postupaka. Zakonodavac je u st. 4. očigledno propustio naglasiti da je u pitanju izuzetak od pravila propisanog u st. 1, što je greška koju bi *de lege ferenda* svakako trebalo korigovati. Kontradiktornost koju bi također valjalo korigovati postoji i između pravila propisanih u st. 2. i st. 5, vezanih za obavezu uvažavanja maloljetnikovog stava o predloženom medicinskom tretmanu. U st. 2. nalaže se uvažavanje stavova maloljetnih osoba neovisno o njihovom uzrastu i neovisno o vrsti medicinskog tretmana, dok se u st. 5. propisuje obaveza uvažavanja stavova maloljetnika starijih od 15 godina samo u slučajevima dvije od četiri vrste medicinskog tretmana koji su u st. 4. normirani kao izuzeci. Iz ovog proističe zaključak da u slučajevima preduzimanja ostalih tretmana normiranih u st. 4. ne postoji obaveza uvažavanja volje i mišljenja maloljetnika, što je suprotno rješenju u st. 2. čl. 22. Cf.: Petrić, Silvija, Nacrt Zakona o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenta Federacije Bosne i Hercegovine, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 8, Mostar 2010, str. 66.

⁵¹ Čl. 22. st. 6. ZPOOP.

ZPOOP, ZZZRS i ZZZBD uređuju i pitanje pristanka pacijenta na njegovo podvrgavanje medicinskom i naučnom eksperimentu. Takvi eksperimenti mogu biti izvođeni nad djecom samo izuzetno, pri čemu je prema odredbama ZZZRS-a i ZZZBD-a za njihovo preduzimanje nužan pristanak zakonskog zastupnika, odnosno takstativno određenog srodnika djeteta, pod pretpostavkama analognim rješenju pitanja pristanka na medicinski tretman u terapijske svrhe.⁵² I ZPOOP uslovljava izvođenje takvog eksperimenta pristankom zakonskog zastupnika maloljetnika, ali pritom obavezuje da se u donošenju odluke o pristanku uvaži i mišljenje maloljetnog pacijenta.⁵³

ZPOOP, ZZZRS i ZZZBD sadrže još nekoliko odredaba koje se odnose na položaj djeteta kao pacijenta, pri čemu je ZPOOP u regulisanju tog položaja nešto detaljniji u poređenju sa ZZZRS-om i ZZZBD-om. Među odredbama sva tri zakona nalazi se i odredba o zaštiti prava na privatnost pacijenta tokom procesa liječenja. U cilju zaštite te privatnosti, izričito su određene osobe koje mogu prisustvovati pregledu pacijenta. Za pacijente mlađe od 15 godina predviđena je mogućnost da pregledu prisustvuju i njihovi roditelji, odnosno staratelji.⁵⁴

Uz navedeno, ZPOOP se dotiče položaja maloljetnog pacijenta i u odredbama kojima je normirano pravo pacijenta na uvid u njegovu medicinsku dokumentaciju,⁵⁵ potom pravo na samovoljno napuštanje stacionarne zdravstvene ustanove⁵⁶ te pravo na posebne mjere zdravstvene zaštite pacijenta koji je žrtva nasilja u porodici.⁵⁷

Analiza odredaba tri važeća zakona o zdravstvenoj zaštiti i ZPOOP-a, koje se odnose na položaj djeteta kao pacijenta, pokazuje da se njegovo pravo na samoodređenje u pogledu podvrgavanja zdravstvenim tretmanima i medicinskim (naučnim) eksperimentima samo donekle poštuje. U tom smislu najdalje je otišao ZPOOP, ali odredbe kojima je regulisano ovo pitanje nisu potpuno precizne i jasne, što izaziva potrebu za njihovim tumačenjem. U ZZZRS-u i ZZZBD-u pravo na samoodređenje djeteta normirano je kao vrlo ograničeni izuzetak, a ne kao

⁵² Čl. 28. st. 2. i 3. ZZZRS; Čl. 36. st. 2. i 3. ZZZBD.

⁵³ Čl. 38. st. 3. ZPOOPFBiH. Uz ovo, Zakon u st 7. navedenog člana ovlašćuje maloljetnika, starijeg od 15 godina i sposobnog za rasuđivanje, da samostalno dadne pristanak na anketiranja o rizičnim ponašanjima koje može biti praćeno manjom medicinskom mjerom (uzimanje manje količine krvi za analizu).

⁵⁴ Čl. 26. st. 3. ZPOOP; Čl. 30. st. 2. ZZZRS; Čl. 38. st. 2. ZZZRS.

⁵⁵ Na to pravo ovlašteni su roditelji ili staratelj maloljetnog pacijenta (čl. 33. st. 2. ZPOOP).

⁵⁶ U slučaju da maloljetni pacijent samovoljno napusti stacionarnu zdravstvenu ustanovu, nadležni zdravstveni radnik obavezan je o tome obavijestiti njegovog zakonskog zastupnika (čl. 37. st. 6. ZPOOP).

⁵⁷ Čl. 7. st. 4. i čl. 40. st. 6. ZPOOP.

pravilo. Takvo rješenje zaslužuje kritiku, jer nije u skladu s čl. 12. Konvencije o pravima djeteta⁵⁸ niti s čl. 6. Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini.⁵⁹ Stoga je nužno promijeniti ga.

IV

Osim zakona o zdravstvenoj zaštiti i ZPOOP-a, u Bosni i Hercegovini je na snazi još nekoliko zakona iz oblasti zdravstva čije se odredbe odnose na položaj djeteta kao pacijenta. Radi se o zakonima kojima je normirana zaštita osoba s duševnim smetnjama te posebni medicinski postupci kao što su prekid trudnoće, transfuzija ljudske krvi, transplantacija ljudskih organa i tkiva u terapijske svrhe itd.

1.

Tri važeća zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama normiraju pravo osoba s duševnim smetnjama da dadnu pristanak na njihovo liječenje. Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama Federacije Bosne i Hercegovine,⁶⁰ Zakon zaštiti lica sa mentalnim poremećajima Republike Srpske⁶¹ i Zakon o zaštiti lica s mentalnim poremećajima Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine⁶² propisuju

⁵⁸ Supra, poglavlje I.

⁵⁹ Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini Vijeća Evrope iz 1997. godine (*The Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*), jeste prvi međunarodni akt iz ove oblasti obavezujućeg dejstva, kojim se osigurava poštovanje tjelesnog i psihičkog integriteta i drugih temeljnih prava i sloboda u pogledu primjene biologije i medicine. Posebno poglavlje Konvencije posvećeno je pristanku pacijenta na podvrgavanje medicinskom tretmanu (poglavlje II, čl. 5–9). Konvencija u čl. 6. st. 1. propisuje da se zahvat na osobi nesposobnoj da na njega sama očituje pristanak može izvršiti isključivo radi njene neposredne koristi. Ako prema odredbama odgovarajućeg nacionalnog zakona maloljetna osoba nije sposobna dati pristanak na zahvat, ovaj se može izvršiti samo uz odobrenje osobe ili tijela ovlaštenih da o tome odluče (čl. 6. st. 2). U tom slučaju postoji obaveza da se kao značajan faktor u donošenju odluke o izvođenju zahvata uzme u obzir mišljenje maloljetne osobe, proporcionalno njenom uzrastu i stepenu zrelosti (čl. 6.3). U poglavlju V (čl. 15–18) Konvencije uređeno je pitanje izvođenja naučnih eksperimenata na ljudima. S tim u vezi je propisano da se ovakvo istraživanje na osobi koja sama nije sposobna očitovati pristanak može izvesti samo ako mu se ona ne protivi (čl. 17). Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini ratifikovana je u Bosni i Hercegovini 15. maja 2007. godine, a stupila je na snagu u 1. septembra iste godine.

⁶⁰ Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine 37/01, 40/02, 52/11, u daljem tekstu: ZZODS.

⁶¹ Službeni glasnik Republike Srpske 46/04, u daljem tekstu: ZZOMPRS.

⁶² Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH 12/06, u daljem tekstu: ZZOMPBD.

da osoba s duševnim (mentalnim) smetnjama, koja je sposobna razumjeti predloženi medicinski postupak, odlučiti o njemu i izraziti svoju volju, ne može biti podvrgnuta tom postupku bez njenog pristanka izraženog u pisanoj formi.⁶³ Pristanak na liječenje djeteta ili maloljetne osobe,⁶⁴ koji se nisu u stanju u tom pogledu sami izjasniti, daju njihovi zakonski zastupnici. Pritom se mišljenje maloljetne osobe mora uvažiti shodno njenom uzrastu i stepenu zrelosti.⁶⁵ U slučajevima propisanim zakonom, kada se duševno oboljelo dijete i maloljetna osoba prisilno podvrgavaju liječenju i smještavaju u zdravstvenu ustanovu bez pristanka njihovih zakonskih zastupnika, odluku o tom liječenju donosi sud.⁶⁶ Zakoni sankcionišu i provođenje biomedicinskih istraživanja nad duševno oboljelom djecom i maloljetnim osobama, postavljajući za to strože uslove u odnosu na one predviđene za odrasle duševno bolesne osobe.⁶⁷

Na osnovu proučavanja navedenih odredaba može se konstatovati kako je zakonodavac u normiranju prava maloljetnih osoba na samoodređenje u slučajevima provođenja postupka za liječenje duševne bolesti slijedio trend uvažavanja volje maloljetnika prihvaćen u savremenom pravu, što predstavlja pozitivno rješenje.

2.

Za razliku od prava na samoodređenje duševno oboljelih maloljetnika, analiza odredaba dva zakona o prekidu trudnoće koji važe na području Bosne i Hercegovine pokazuje da je pravo maloljetne trudnice da samostalno donese odluku o podvrgavanju tom zahvatu u ovim zakonima određeno dosta restriktivno.

Zakon o uslovima i postupku za prekid trudnoće Bosne i Hercegovine⁶⁸ propisuje da za maloljetnu trudnicu zahtjev za prekid trudnoće podnosi roditelj, odnosno staratelj ili organ starateljstva. Izuzetno, maloljetnica starija od 16 godi-

⁶³ Čl. 8. st. 1. ZZODS; Čl. 9. st. 1. ZZOMPRS; Čl. 6. st. 1. ZZOMPBD. Pored obaveza iskazivanja pristanka u pisanoj formi, ZZOMPRS i ZZOMPBD uslovljavaju preduzimanje postupka liječenja potpisivanjem ugovora o liječenju.

⁶⁴ Zakoni pod djetetom podrazumijevaju osobu mlađu od 14 godina, a pod maloljetnom osobom onu od 14 do 18 godina života (čl. 3. ZZODS; čl. 3. ZZOMPRS; čl. 3. ZZOMPBD).

⁶⁵ Čl. 8. st. 4. ZZODS; Čl. 9. st. 3. ZZOMPRS; Čl. 6. st. 3. ZZOMPBD.

⁶⁶ Čl. 10, čl. 22. st. 2. i čl. 29. ZZODS; Čl. 11, čl. 22. st. 2. i čl. 31. ZZOMPRS; Čl. 7. st. 5, čl. 17. st. 2. i čl. 23. ZZOMPBD.

⁶⁷ Čl. 16. st. 4. ZZODS; Čl. 17. st. 3. ZZOMPRS; Čl. 12. st. 3. ZZOMPBD.

⁶⁸ Službeni list Republike Bosne i Hercegovine 29/77, u daljem tekstu: ZPTBiH. Ovaj zakon je još uvijek u primjeni na području Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.

na, koja ostvaruje sredstva za život po osnovu rada, može sama podnijeti ovaj zahtjev.⁶⁹ Ukoliko je maloljetnica starija od 14 godina, prekid trudnoće ne može biti izvršen bez njene saglasnosti.⁷⁰ Na prekid trudnoće maloljetnice na području Federacije Bosne i Hercegovine se odnosi i ranije analizirana odredba ZPOOP-a, kojom je regulisano ovlaštenje djeteta da se izjasni u pogledu podvrgavanja medicinskom postupku.⁷¹ Njome je propisana obaveza konsultovanja i uvažavanja mišljenja maloljetne trudnice starije od 15 godina o preduzimanju zahvata prekida trudnoće, u skladu s njenom zrelošću. S obzirom na to da je ZPOOP *lex posteriori* u odnosu na ZPTBiH, ovime su *de lege lata* postroženi uslovi za pravo na samoodređenje maloljetne trudnice, kako postavljanjem više dobne granice, tako i ograničavanjem obaveze uvažavanja njenog stava shodno nivou njene zrelosti.

Zakon o uslovima i postupku za prekid trudnoće Republike Srpske⁷² uređuje ovo pitanje s nešto više ograničenja u poređenju sa ZPTBiH-om i ZPOOP-om. Pravo na podnošenje zahtjeva u ime maloljetne trudnice pripada njenom zakonskom zastupniku, odnosno organu starateljstva, dok ga maloljetnica starija od 16 godina, koja ima poslovnu sposobnost, može podnijeti sama.⁷³ ZPTRS ne normira pravo maloljetne trudnice na izjašnjavanje o podvrgavanju takvom postupku, a takvo pravo nije joj priznato niti odredbama ZZZRS-a kao *lex generalis* u ovoj oblasti.⁷⁴

Navedene zakonske odredbe ne odgovaraju stavovima doktrine⁷⁵ niti tretmanu ovog pitanja u uporednom pravu i judikaturi.⁷⁶ U novijim zakonodavnim rješenjima nacionalnih pravnih sistema uočljiva je snažna tendencija ka uvažavanju samostalnosti maloljetnica u odlučivanju o prekidu trudnoće. Pritom su gra-

⁶⁹ Čl. 3. st. 2. ZPTBiH.

⁷⁰ Čl. 3. st. 3. ZPTBiH.

⁷¹ Supra, bilj. 49.

⁷² Službeni glasnik Republike Srpske 34/08., u daljem tekstu: ZPTRS.

⁷³ Čl. 5. st. 2. i 3. ZPTRS. Prema odredbama PZRS-a, maloljetna osoba može steći poslovnu sposobnost samo izuzetno, sklapanjem braka na osnovu odobrenja suda, ukoliko je starija od 16 godina (čl. 108. st. 3. i čl. 36. st. 2. PZRS).

⁷⁴ Supra, bilj. 46.

⁷⁵ Autori su jednoglasni u stavu da lični karakter reproduktivnih prava, među koje spada i pravo na slobodno odlučivanje o rađanju djece, isključuje mogućnost da maloljetnu osobu u tome zastupa roditelj ili staratelj. Detaljnije: Janjić-Komar, Marina–Obretković, Mirjana, Prava deteta – prava čoveka, Beograd 1996, str. 124-135.

⁷⁶ Kao ilustracija stavova judikature može poslužiti slučaj iz američkog pravosuđa *Bellotti v. Baird* 443 U.S. 622 (1979). Razmatrajući odluku najviše sudske instance američke savezne države Massachusetts o obaveznoj saglasnosti roditelja na zahtjev za pobačaj maloljetnice, koju predviđa zakonodavstvo ove države, Vrhovni sud SAD je presudio da ovakva odluka znači protivustavno ograničenje prava na pobačaj.

nice kojima je to ovlaštenje omeđeno postavljene u znatno širem obimu nego što je to učinjeno u ZPTBiH-u, ZPOOP-u i ZPTRS-u.⁷⁷

3.

Mogućnost da se dijete pojavi u ulozi davaoca krvi u cilju transfuzije propisana je Zakonom o krvi i krvnim sastojcima Federacije Bosne i Hercegovine,⁷⁸ dok mu Zakon o transfuzijskoj medicini Republike Srpske ne priznaje takvo ovlaštenje.⁷⁹ Prema odredbama ZKKS-a, davalac može biti punoljetna i poslovno sposobna osoba, ukoliko je utvrđeno da je sposobna dati krv bez opasnosti po svoje zdravlje ili zdravlje primaoca. U izuzetnim slučajevima davalac može biti maloljetna osoba koja nije mlađa od 17 godina, pri čemu joj je za podvrgavanje takvom zahvatu potrebna saglasnost zakonskog zastupnika data u pismenoj formi.⁸⁰ U slučajevima autologne transfuzije (primanja vlastite krvi) osoba može biti mlađa od 18 godina.⁸¹

4.

Novi entitetski zakoni o transplantaciji⁸² sadrže odredbe kojima je uređen položaj maloljetnih osoba u ulozi primalaca i davalaca dijelova tijela za transplan-

⁷⁷ Zakoni pojedinih zemalja normiraju minimalnu starosnu dob u kojoj se maloljetna trudnica može samostalno izjasniti o prekidu trudnoće. Ta dob se, ovisno o zemlji, kreće u rasponu od 14 do 18 godina. Vidjeti: Guttmacher Institute, State Policies In Brief, An Overview of Minors' Consent Law, September 1, 2012, http://www.guttmacher.org/statecenter/spibs/spib_OMCL.pdf (20. 9. 2012.); Confalone, Nicoletta, Abortion Legislation in Europe, Choices, Vol. 28, No. 2/2000., str. 2-7., http://www.ippfen.org/NR/rdonlyres/EA3A57B4-9B15-490C-ACBC-DAF60CE1637F/0/Abortion_Choices.Autumn2000.pdf (20. 9. 2012).

⁷⁸ Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine 9/10., u daljem tekstu: ZKKS.

⁷⁹ Službeni glasnik Republike Srpske 1/08. Zakon u čl. 11. st. 1. propisuje da davaoci krvi mogu biti sve zdrave osobe od 18 do 65 godina.

⁸⁰ Čl. 24. ZKKS. Zakon u čl. 25. normira obavezu pribavljanja pismene saglasnosti osobe koja pristupa davanju krvi prije svakog čina davanja, zasnovanu na njenom prethodnom informisanju o svim relevantnim informacijama. Tumačenjem ove odredbe dolazi se do zaključka da je za maloljetnu osobu, uz saglasnost njenog zakonskog zastupnika, potreban i njen pismeni pristanak.

⁸¹ I za podvrgavanje ovom postupku nužna je saglasnost zakonskog zastupnika djeteta (čl. 27).

⁸² Zakon o transplantaciji ljudskih organa i tkiva Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine 75/09, u daljem tekstu: ZTFBiH); Zakon o transplantaciji ljudskih organa Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske 14/10, u daljem tekstu: ZTORS) i Zakon o transplantaciji ljudskih tkiva i ćelija Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske 14/10, u daljem tekstu: ZTTČRS).

taciju u terapijske svrhe, ali to pitanje u ovim zakonima nije uređeno na potpuno jednak način.

Budući da je primanje organa i tkiva u cilju liječenja u najboljem interesu maloljetne osobe, jer se time spašava njen život i poboljšava zdravstveno stanje, sva tri zakona o transplantaciji priznaju maloljetnoj osobi mogućnost da bude primalac organa i tkiva bez ikakvih ograničenja. Pritom regulišu da pristanak za maloljetnog primaoca daje njegov zakonski zastupnik.⁸³ Maloljetnoj osobi nije priznato ovlaštenje da se u tom pogledu i sama izjasni.⁸⁴ Za razliku od primanja tj. presađivanja, uzimanje organa i tkiva za transplantaciju *inter vivos* sa sobom nosi izvjestan rizik po život i zdravlje davaoca pa je mogućnost da se dijete pojavi u ulozi davaoca tokom života u savremenom pravu svedena na najmanju mjeru.⁸⁵

Rješenja entitetskih zakona o transplantaciji se u tom pogledu međusobno razilaze. ZTFBiH priznaje maloljetnicima ovlaštenje da doniraju tkivo koje se obnavlja isključivo svojoj braći ili sestrama.⁸⁶ Nasuprot tome, ZTTČRS izričito zabranjuje da se maloljetna osoba pojavi u ulozi živog davaoca tkiva i ćelija za presađivanje.⁸⁷

Priznajući mu pravo da bude davalac tkiva, ZTFBiH donekle uvažava i djetetovo pravo na samoodređenje. Zakon propisuje da pristanak na izvođenje za-

⁸³ Čl. 14. st. 3. ZTFBiH, čl. 25. ZTORS i čl. 25. ZTTČRS.

⁸⁴ U pojedinim zemljama je maloljetnicima, shodno njihovom uzrastu odnosno stepenu zrelosti, priznato ovlaštenje da se očituju o podvrgavanju transplantativnom zahvatu. Zahvat ne smije biti izveden ako mu se maloljetnik izričito protivi, makar se sa tim prethodno saglasio njegov zakonski zastupnik. O regulaciji ovog pitanja u komparativnom pravu vidjeti detaljnije: Čolaković, Maja, Maloljetna osoba kao davalac i primalac organa i tkiva za transplantaciju, Zbornik radova I. simpozijuma "Medicina i pravo" sa međunarodnim učešćem, Mostar, 29. 2. 2008, str. 180–183.

⁸⁵ Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini i Dodatni protokol uz Konvenciju o ljudskim pravima i biomedicini u vezi sa presađivanjem organa i tkiva ljudskog porijekla iz 2002. godine (*Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning transplantation of organs and tissues of human origin*), dopuštaju uzimanje od maloljetne osobe isključivo tkiva koje se obnavlja, pod uslovima da nema kompatibilnog donora sposobnog da o tome da svoj pristanak, da maloljetnik donira tkivo svome bratu ili sestri, da je cilj donacije spašavanje života primaoca, da ovlaštena osoba dadne svoju saglasnosti u pismenoj formi i da se potencijalni donor ne protivi izvođenju zahvata (čl. 20. st. 1. Bioetičke konvencije i čl. 14. Dodatnog protokola o transplantaciji). I Rukovodni principi o transplantaciji ljudskih organa Svjetske zdravstvene organizacije (*Guiding Principles on Human Organ Transplantation World Health Organization*), usvojeni 1991, a revidirani 2008. godine, propisuju zabranu eksplantacije ćelija, tkiva i organa iz tijela živog maloljetnika, sem u slučaju strogo ograničenih izuzetaka predviđenih nacionalnim pravom (Rukovodni princip br. 4).

⁸⁶ Čl. 24. ZTFBiH.

⁸⁷ Čl. 29. ZTTČRS. Dok ZTFBiH čini korak naprijed u odnosu na ranije legislativno rješenje ovog pitanja u bosanskohercegovačkom pravu, ZTTČRS je u tom pogledu nazadan.

hvata uzimanja tkiva daje zakonski zastupnik maloljetnika, ali se isti ne smije izvesti ako mu se maloljetni davalac usprotivi.^{88,89}

ZTFBiH, ZTORS i ZTTČRS normiraju mogućnost eksplantacije organa i tkiva od umrle maloljetne osobe, pod uslovom da se s tim u pismenoj formi saglase oba njena roditelja, odnosno staratelj.⁹⁰ Međutim, maloljetnim osobama nije priznato ovlaštenje da se tokom života izjasne o davanju organa i tkiva za transplantaciju *mortis causa*, kao što to mogu učiniti punoljetne i potpuno poslovno sposobne osobe.^{91,92}

Analiza rješenja iz entitetskih zakona o transplantaciji i njihova komparacija s rješenjima u međunarodnim dokumentima i pravu pojedinih zemalja pokazuje da ovo pitanje u bosanskohercegovačkom pravu nije uređeno na potpuno adekvatan način. Uskraćivanjem ovlaštenja djetetu da aktivno učestvuje u cjelokupnom postupku odlučivanja o transplantativnom zahvatu i da se izričito izjasni u pogledu davanja ili primanja organa i tkiva za presađivanje, ukoliko je za to sposobno shodno svom uzrastu i zrelosti, neopravdano se zanemaruje njegovo pravo na samoodređenje u pogledu vlastitog tijela.

ZAKLJUČAK

Proučavanje položaja djeteta kao pacijenta u bosanskohercegovačkom pravu ukazalo je na nekoliko njegovih obilježja: brojnost i raznovrsnost odredaba kojima je taj položaj regulisan; proklamovanje prava na život, zdravlje i osiguranje zdravstvene zaštite djeteta u skladu s trendom usvojenim u savremenom pravu; znatno ograničavanje djetetovog prava na samoodređenje u slučajevima podvrgavanja zdravstvenim postupcima. Najveći broj odredaba relevantnih za položaj

⁸⁸ Čl. 24. ZTFBiH.

⁸⁹ Pojedina nacionalna zakonodavstva određuju način davanja saglasnosti za uzimanje regenerativnih tkiva od maloljetnika shodno njegovom uzrastu, tako da je pored saglasnosti zakonskog zastupnika neophodna i izričita saglasnost maloljetnika koji je dostigao zakonom propisani uzrast. Dobna granica se kreće od 12 do 15 godina. U drugim zemljama se maloljetnim osobama u skladu s njihovom zrelošću i sposobnošću za rasuđivanje daje mogućnost izjašnjavanja o podvrgavanju zahvatu eksplantacije. Vidjeti o tome: Čolaković, Maja, op. cit., str. 183–188.

⁹⁰ Čl. 33. ZTFBiH; Čl. 41. ZTORS i čl. 41. ZTTČRS.

⁹¹ O načinu iskazivanja pristanka na kadaveričnu transplantaciju u bosanskohercegovačkom pravu vidjeti detaljnije: Čolaković, Maja, Pravo na odlučivanje o *post mortem* davanju dijelova tijela za transplantaciju (uporednopravni prikaz), Pravni život 9/2011, str. 413–420.

⁹² U pojedinim nacionalnim zakonodavstvima maloljetnim osobama ovo ovlaštenje je priznato, i to prema kriteriju uzrasta. Vidjeti detaljnije: Čolaković, Maja, Maloljetna osoba kao davalac i primalac organa i tkiva za transplantaciju, str. 188–192.

djeteta kao pacijenta potječe iz porodičnog zakonodavstva i propisa iz oblasti zdravstva, a njihov broj je multipliciran podjelom legislativne nadležnosti, koja u ovoj oblasti pripada Federaciji Bosne i Hercegovine, Republici Srpskoj i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine.

Djeca uživaju pravo na život, zdravlje i osiguranje zdravstvene zaštite, pri čemu su u ostvarenju ovih prava dodatno zaštićena u poređenju s odraslima. Obaveza da im se osigura njihova realizacija pripada roditeljima, starateljima, odnosno cjelokupnom društvu. Takvo rješenje odgovara rješenjima usvojenim u međunarodnim dokumentima iz oblasti ljudskih, tj. dječjih prava, pravu Evropske unije i većini nacionalnih zakonodavstava. Budući da je za preduzimanje zdravstvenih zahvata i medicinskih mjera nužan pristanak osobe koja im se podvrgava, u savremenom pravu djetetu je priznato ovlaštenje da se o tome i samo izjasni, a njegovo mišljenje se uvažava shodno njegovom uzrastu i zrelosti. U određenim slučajevima stav djeteta starijeg uzrasta prevladava nad stavom njegovog zakonskog zastupnika. Analiza odredaba kojima je ovo pitanje regulisano u pravu Bosne i Hercegovine, odnosno u zakonima dva entiteta i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, pokazuje nedostatke u toj regulaciji. Generalno govoreći, djetetu je pravo na samoodređenje u pogledu njegovog tjelesnog integriteta i zdravlja priznato parcijalno, u ograničenom obimu, ili mu nije uopće priznato, što varira od zakona do zakona. Pri tom je i u zakonima koji ga normiraju, postavljajući kao kriterij uzrast i zrelost djeteta, taj uzrast međusobno neusklađen, a djeci starijeg uzrasta samo izuzetno je priznato ovlaštenje da samostalno odluče o zahvatu.

Nema sumnje da je ovo pravo nužno priznati djetetu u svim zdravstvenim postupcima kojima treba biti podvrgnuto, ukoliko je ono sposobno formirati i izraziti vlastiti stav, jer i djeca, poput odraslih osoba, zavređuju poštovanje njihovog prava na samoodređenje u najvećoj mjeri, u skladu s njihovim najboljim interesom.

MAJA ČOLAKOVIĆ, LL.D.,

Assistant Professor, Faculty of Law University "Džemal Bijedić"
u Mostaru, Bosna i Hercegovina

STATUS OF A CHILD AS A PATIENT IN THE LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The status of a child as a patient in the law of Bosnia and Herzegovina is regulated by the provisions of several different regulations. Most of these provisions are contained in the family law

acts and health law acts passed on The Federation of Bosnia and Herzegovina, Republika Srpska and The Brčko District level.

The children have the right to life and the right to health and health care. They are additionally protected in the exercise of these rights in comparison to adults. This legislative arrangements adopted in the law of Bosnia and Herzegovina follows a trend adopted in international documents on human/childrens rights, the European law and most national legislations. Since any intervention in the health field may only be carried out after the person concerned has given an informed consent to it, the modern-day law allowed children to take healt care decisions autonomously in proportion to their age and degree of maturity.

Analysé of the provisions that regulate this issue in the law of Bosnia and Herzegovina e.g. the laws of the two BH entities and Brčko District, shows shortcomings in this regulation. Generally speaking, a minor patient's right to self-determination is either recognized partially, in a limited way, or it is not recognized at all. That varies from act to act. On the other hand, in the acts that do contain these provisions and use the age and maturity of the child as criterion, this age limit is not harmonized.

ANITA DURAKOVIĆ

KOLIZIONOPRAVNA AUTONOMIJA ZA RAZVOD BRAKA

– Jesu li predložena europska pravila prihvatljiva
za Bosnu i Hercegovinu? –

U V O D

Uredba (EU) br. 1259/2010 o provođenju pojačane suradnje u oblasti izbora mjerodavnog prava za razvod i rastavu braka (u daljem tekstu Uredba Rim III¹) usvojena je 20.12.2010. godine², a primjenjuje se, sukladno čl. 21, od 21.6.2012. godine u četrnaest država članica potpisnice ove Uredbe³. Uredba Rim III značajna je iz više razloga. Prvi put države članice iskoristile su mehanizam pojačane suradnje u oblasti pravosudne suradnje u građanskim predmetima kako bi postigle sporazum o jedinstvenim pravilima u oblasti određivanja mjerodavnog prava. Unificirane su kolizione norma o razvodu i rastavi braka, dakle oblast brakorazvodnog prava koja je na bitno različit način regulirana u država članicama. Njihova kolizionopravna rješenja zasnivaju se na različitim tačkama vezivanja. Veći-

Dr Anita Duraković, docentica Pravnog fakulteta Univerziteta “Džemal Bijedić” u Mostaru, Bosna i Hercegovina.

¹ Uredba 1259/2010 ne sadrži, kao što je to slučaj sa Uredbama Rim I i Rim II, u svom službenom nazivu uputu da spada u red “Rim uredbi”. Međutim, izraz Rim III naišao je na široku podršku među pravnim teoretičarima.

² Objavljena u Službenom listu Europske unije L 343 od 29.10.2010., str. 10.

³ Austrija, Belgija, Bugarska, Francuska, Italija, Letonija, Luksemburg, Mađarska, Malta, Njemačka, Portugal, Rumunjska, Slovenija, Španjolska

na država članica uzimaju kao primarnu tačku vezivanja zajedničko državljanstvo bračnih partnera, druge pak vezuju međunarodni razvod braka za zajedničko redovno boravište, a jedan broj zemalja polazi od domaćeg prava – *lex fori*.⁴ Divergentna rješenja susrećemo u pogledu autonomije volje u ovoj oblasti; samo mali broj država članica predviđa ograničenu mogućnost izbora mjerodavnog prava.⁵ Razlike su još očitije u pogledu materijalnih normi za razvod braka. Dok jedan broj država članica omogućava gotovo bezuvjetan razvod braka⁶, druge propisuju veoma stroge brakorazvodne uvjete.⁷ Ujednačavanjem, makar i parcijalnim, kolizionih normi o razvodu i rastavi braka učinjen je važan korak u izgradnji europskog međunarodnog privatnog prava te dat doprinos jačanju europskog pravnog prostora.

Uredbom Rim III dopunjena su pravila o nadležnosti i priznanju propisana Uredbom 2201/2003^{8,9} što bi trebalo ograničiti *forum shopping* u bračnim predmetima sa međunarodnim obilježjem.¹⁰ S obzirom da se radi o regionalno ograničenom rješenju, neki autori smatraju da je poticaj za *forum shopping* u odnosu na države članice koje nisu potpisnice Uredbe i treće države postao još veći: Uredba Rim III, naime, znatno odstupa od postojećih nacionalnih kolizionih rješenja, koja uglavnom prihvaćaju zajedničko državljanstvo kao primarnu tačku vezivanja.¹¹ Naposljetku, Uredba Rim III daje mogućnost bračnim partnerima da sami

⁴ Pregled različitih tačaka vezivanja prihvaćenih u država članicama može se naći u: Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters (COM 2005, 82 final) od 14.3.2005., SEC (2005) 331.

⁵ Prema Commission Staff Working Paper samo holandsko, njemačko, španjolsko i belgijsko pravo predviđa ograničenu mogućnost izbora mjerodavnog prava.

⁶ Liberalno brakorazvodno zakonodavstvo susrećemo u Švedskoj i Finskoj. Od 2005. godine i Španjolska se ubraja među države koje su znatno olakšale razvod braka.

⁷ Stroge brakorazvodne uvjete nalazimo u zakonodavstvima Irske, Italije, Poljske, Slovačke i Slovenije. Malta dugo vremena nije uopće poznavala institut razvoda braka, ali ga je uvela čl. 66B *Civil Code (Civil Code (Amendmen) Act, Government Gazette of Malta* No 18784 od 29.7.2011.).

⁸ Uredba Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. 10. 2003. o nadležnosti, priznanju i izvršenju, odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti, Objavljena je u Službeni list Europske unije L 338 od 23. 12. 2003. Stupila je na snagu 1. 3. 2005.

⁹ Prvobitno su trebala biti dopunjena i pravila o nadležnosti te zajedno sa kolizionim normama ugrađena u Uredbu 2201/2003. To je jasno vidljivo iz Prijedlog Uredbe za izmjenu Uredbe 2201/2003 u odnosu na nadležnost u bračnim predmetima i uvođenje pravila o mjerodavnom pravu u ovu oblast od 17. .7. 2006., COM (2006) 399 final. Ovaj Prijedlog nije dobio jednoglasnu potvrdu koja se traži shodno čl. 81. st. 3. reč. 2. Ugovora o funkcioniranju EU.

¹⁰ Uredba Rim III treba "...Spriječiti slučajeve u kojima će jedan bračni partner učiniti sve kako bi prvi podnio zahtjev za razvod braka ne bi li se postupak vodio prema pravnom poretku koji prema njegovom mišljenju bolje štiti njegove interese". (Preambula 9).

¹¹ Gruber, U. P., Scheidung auf Europäisch – die Rom III Verordnung, IPRax 5/2012, str. 382.

izaberu mjerodavno pravo za razvod i rastavu braka. Upotreba kolizionopravne autonomije volje stranaka u ovoj oblasti, u kojoj izbor prava nije bio tradicionalno prihvaćen, predstavlja značajnu novinu. Do nedavno isključivo rezervirana za ugovore s međunarodnim elementom, autonomija volje stranaka kao tačka vezivanja sve je prisutnija i u drugim oblastima, kao porodičnopravni odnosi, nasljeđivanje, vanugovorna odgovornost itd. U pravu Europske unije, konvencijskom i usporednom pravu, ovaj trend jasno je uočljiv, a to znači da će autonomija volje kao kolizionni instrument morati naći svoje mjesto i u međunarodnom brakorazvodnom pravu Bosne i Hercegovine.

U radu ćemo predstaviti rješenja Uredbe Rim III, navesti argumenti koji se u europskoj pravnoj teoriji navode u prilog autonomije volje, analizirati u kojoj mjeri domaće kolizionne norme odstupaju od europskih te pokušati odgovoriti na pitanje da li je kolizionopravna autonomija volje kao tačka vezivanja u oblasti razvod i rastave braka prihvatljiva i u Bosni i Hercegovini. ili ukazati na mogući pravaca razvoja ovoga instituta u međunarodnom brakorazvodnom pravu Bosne i Hercegovine.

RJEŠENJA UREDBE RIM III

Kolizionopravna rješenja sadržana u Uredbi Rim III predstavljaju novost za većinu država članica. Radi se o jednom novom pristupu u rješavanju međunarodno obilježenih razvoda braka: bračnim partnerima daje se mogućnost izbora mjerodavnog prava. Prava između kojih mogu birati unaprijed je fiksirao europski zakonodavac. Radi se o onim pravnim sistema sa kojima su bračni partneri na određeni način povezani. Dovoljno snažna veza, koja opravdava primjenu upravo tog izabranog prava kao mjerodavnog, ostvarena je preko zajedničkog redovnog boravišta, državljanstva i *lex fori*. Bračni partneri mogu izabrati kao mjerodavno za razvod braka pravo država članica potpisnica ove Uredbe, pravo države članice koja nije potpisnica ove Uredbe ili pravo države nečlanice - preambula 12. Kako bi se spriječilo da se na razvod braka primijeni pravo koje nije u skladu sa zajedničkim vrijednostima Europske unije, uvedena je zaštitna klauzula. Tako, izabrano pravo treba biti u skladu s temeljnim pravima propisanim Ugovorima, kao i pravilima Povelje Europske unije o osnovnim ljudskim pravima - preambula 16. Bračni partneri mogu birati između sljedećih alternativa (član 5):

- prava države u kojoj su bračni partneri, u momentu izbora mjerodavnog prava, imali zajedničko redovno boravište, ili
- prava države u kojoj su bračni partneri imali posljednje zajedničko redovno boravište, ukoliko jedan od njih, u momentu izbora mjerodavnog prava, još uvijek tu ima redovno boravište, ili

- prava države čije državljanstvo posjeduje jedan od bračnih partnera u momentu izbora mjerodavnog prava, ili
- prava države suda.

Izbor zajedničkog redovnog boravišta, aktualnog ili posljednjeg, omogućava bračnim partnerima da “konzerviraju” mjerodavno pravo i oduzmu dejstvo svim kasnijim promjenama statuta.¹² Za razliku od prethodnih alternativa državljanstvo jednog bračnog partnera izaziva određene probleme. Prije svega, veza se ostvaruje samo preko jedne strane, koja je, u pravilu, sa izabranim pravom bolje upoznata od druge strane. Neravnopravan tretman drugog bračnog partnera navodi nas na razmišljanje da bi zajedničko državljanstvo bračnih partnera, tačka vezivanja koja je bila sadržana u Prijedlogu Uredbe za izmjenu Uredbe 2201/2003, bila mnogo bolje rješenje. Poseban problem izaziva višestruko državljanstvo jednog bračnog partnera. S obzirom da Uredba Rim III ne sadrži pravilo o dvojnog državljanstvu, dalo bi se zaključiti, shodno preambuli 10, da je moguće izabrati kao mjerodavno i neefektivno državljanstvo jednog bračnog partnera.¹³ Međutim, Uredba Rim III opredijelila se za drugačije rješenje. Prema preambuli 22 pitanje dvojnog državljanstva regulirat će se prema unutrašnjem pravu, pri čemu se morati voditi računa o temeljnim načelima Europske unije.¹⁴ Kada su u pitanju apatridi, rješenje treba, također, tražiti u unutrašnjem pravu, uključujući i međunarodne ugovore kojih je država potpisnica.¹⁵ Posljednja alternativa je *lex fori* – pravo države suda: bračni partneri mogu izabrati pravo nadležnog suda za razvod braka. Doslovno shvaćena, ova odredba bi podrazumijevala da bračni partneri mogu izabrati mjerodavno pravi tek nakon pokretanja postupka pred nadležnim sudom. To je, međutim, suprotno čl. 5. st. 2. i 3. koji propisuje vrijeme sklapanja sporazuma na jedinstven način za sve opcije. Bračni partneri mogu, da-

¹² Gruber, U. P., op. cit., str. 385.

¹³ Prema preambuli 10, Uredba Rim III treba biti u skladu sa Uredbom 2201/2003. To znači da i Uredbu Rim III obavezuje odluka Europskog suda pravde u slučaju “*Hadadi*” prema kojoj se pitanje načina tretiranja dvojnog državljanstva treba tumačiti autonomno prema europskom pravu. Europski sud pravde zauzeo je stajalište da je dovoljno za nadležnost prema čl. 3. st. 1. tač. b. Uredbe 2201/2003 i svako neefektivno zajedničko državljanstvo (EuGH v. 16. 7. 2009. – Rs. C – 168/08, *Hadadi/Mesko*, IPRax 2010, 66).

¹⁴ Ako uzmemo za primjer njemačko pravo, to bi značilo, prema čl. 5. st. 1. reč. 1. Uvodnog zakona u njemački građanski zakon, primjenu pravo države čiji državljanin i sa kojim je u bližoj vezi. Ukoliko bračni partner pored stranog ima i njemačko državljanstvo čl. 5. st. 1. reč. 2. Uvodnog zakona u njemački građanski zakon daje prednost njemačkom pravu. Međutim, ova odredba u suprotnosti je sa temeljnim načelima Europske unije - posebno sa zabranom diskriminacije na temelju državljanstva (čl. 18. Ugovora o funkcioniranju EU) - te nije primjenjiva. To znači da ostaje . 5. st. 1. reč. 1. Uvodnog zakona u njemački građanski zakon i traganje za efektivnim državljanstvom.

¹⁵ Ovdje se prije svega misli na Konvenciju UN o pravnom položaju osoba bez državljanstva od 28.9.1954.

kle, izabrati bilo koje pravo kao *lex fori*, s tim da će u državi čije pravo su izabra-
li pokrenuti postupak razvoda braka. Sud te državi mora biti nadležan za razvod
braka prema odredbama Uredbi 2201/2003, odnosno minimalno je potrebno da
jedan bračni partner u toj državi ima redovno boravište ili će ga tek imati – čl. 3.
st. 1. tač. a. Uredbi 2201/2003. Ako francusko-španjolski bračni par u bračnom
ugovoru izabere kao mjerodavni luksemburško pravo, jer namjerava kasnije da se
tamo preseli, sporazumni izbor kao izbor *lex fori* proizvodit će dejstvo samo ako
se luksemburški sud proglasi nadležnim prema čl. 3. Uredbe 2201/2003.¹⁶ Valja-
nost sporazuma o izboru mjerodavnog prava cijeni se prema pravu koje bi bilo
mjerodavno da je sporazum valjan – čl. 6. st. 1. Uredbe Rim III. Ovo rješenje pre-
uzeto je iz Uredbe Rim I – čl. 10. st.1.¹⁷ Međutim, za razliku od tog rješenja, koji
za valjanost sporazuma ne zahtijeva da stranke budu upoznate sa sadržajem iza-
branog prava, iz preambule 18 Uredbe Rim III proizlazi nešto drugo. Prema ovoj
preambuli, Uredba predviđa kao princip, da oba bračna partnera budu upoznata
sa sadržajem mjerodavnog prava te da svaki od njih bude potpuno svjestan prav-
nih i socijalnih posljedica učinjenog izbora. Kako bi zakonodavac bio siguran da
su bračni partneri svjesni posljedica svoje odluke o izboru mjerodavnog prava i
kako bi se zaštitila slabija strana u postupku, uvedena su određena pravila koja se
tiču forme sporazuma – preambula 19. Sporazum bračnih partnera mora biti u
pismenoj formi, datiran, potpisan te zaključen najkasnije do početka postupka –
čl. 5. st. 2. i čl. 7. St. 1. Ukoliko pravo države u kojoj bračni partneri imaju redov-
no boravište u momentu zaključenja sporazuma sadrži dodatna pravila u pogledu
forme sporazuma, ova pravila moraju se poštivati – čl. 7. St. 2. Sporazum brač-
nih partnera koji imaju redovno boravište u različitim državama, biti će formalno
valjan, ako zadovoljava uvjete propisane pravilima jedne od tih država – čl. 7. St.
3. Također, sporazum o mjerodavnom pravu može se postići i u toku postupka,
ako pravo države suda predviđa tu mogućnost – čl. 5. st. 3. Ukoliko bračni par-
tneri nisu postigli sporazum, za razvod ili rastavu braka bit će mjerodavno jed-
no od sljedećih prava: pravo zajedničkog redovnog boravišta bračnih partnera u
momentu pokretanja postupka; pravo posljednjeg zajedničkog redovnog boravi-
šte bračnih partnera, ukoliko ono nije prestalo godinu dana od početka postupka
i jedan od bračnih partnera još uvijek tu ima redovno boravište; pravo zajednič-

¹⁶ Basedow, J., Das internationale Scheidungsrecht de EU, Anmerkungen zur Rom III –Ver-
ordnung u: Borić, T., Lurger, B., Schwarzenegger, P., Terlitz, U., Öffnung und Wandel – Die interna-
tionale Dimension des Rechts II, FS für Willibald Posch, Beč 2011, str. 23.

¹⁷ Prijedlog Uredbe za izmjenu Uredbe 2201/2003 nije regulirao pitanje mjerodavnog prava
za valjanost sporazuma. To znači da sudovi na različit način cijene valjanost sporazuma, neko pre-
ma objektivnim tačkama vezivanja, a neko prema domaćem pravu. Time bi bila ugrožena jedinstve-
na primjena Uredbe. Zbog toga se europski zakonodavac odlučio da preuzme rješenje Uredbe Rim I
i unese ga u konačni tekst Uredbe Rim III.

kog državljanstva bračnih partnera u momentu pokretanja postupka; pravo države suda.

Ukoliko mjerodavno pravo ne predviđa razvod braka¹⁸ ili bračnom partneru, s obzirom na njegovu ili njenu spolnu pripadnost, ne omogućava pristup razvodu ili rastavi, kao mjerodavno primijenit će se pravo države suda – član 10. Radi se o posebno oblikovanoj *ordre public* klauzuli kojom se želi spriječiti neravnopravan tretman bračnih partnera.¹⁹ Pravo mjerodavno prema odredbama ove Uredbe neće se primijeniti ako je u očiglednoj suprotnosti s domaćim javnim poretkom – član 12. Izrazom “u očiglednoj suprotnosti” želi se naglasiti da će se odstupanje od mjerodavnog prava pozivom na institut javnog poretka koristiti samo izuzetno. Pored opće klauzule Uredba sadrži i specijalnu klauzulu javnog poretka – član 13: Njome se sud države, čije pravo ne predviđa razvod braka ili se konkretni brak ne smatra valjanim da bi se proveo postupaka razvod braka, ne obavezuje da izrekne razvod braka. Kada se kaže “čije pravo ne predviđa razvod braka” misli se, prema preambuli 26, na pravo države koje uopće ne poznaju institut razvoda braka.²⁰ Konkretna brak koji se ne smatra valjanim da bi se proveo postupak razvoda braka, prema preambuli 26, jeste takav brak koji nije predviđen prema pravu države članice. Ovdje se prije svega misli na istospolne brakove.²¹

Uredba Rim III, kao što vidimo, uvodi ograničenu autonomiju volje, odnosno daje bračnim partnerima mogućnost da biraju između onih prava koje izrijeckom navodi europski zakonodavac. Radi se o pravima država sa kojima su jedan ili oba bračna partnera na neki način povezani. Kao tačke vezivanja navode se redovno boravište, državljanstvo i *lex fori*, dakle težišni kontakti koji su karakteristični za oblast porodičnog prava i među kojima još uvijek vlada konkurencija u usporednim zakonodavstvima.

¹⁸ Jedino europsko pravo koje ne poznaje institut razvoda braka je sve donedavno bilo malteško pravo. Međutim, Malta je omogućila razvod braka tako da ovaj dio pravila ima značaj samo u odnosu na treće zemlje.

¹⁹ Prije svega se misli na supruge, žene koje su prema islamskom i židovskom pravu diskriminirane. Primjena prava nadležnog suda umjesto izabranog prava omogućila bi tim ženama razvod braka, ali i proizvela određene negativne konsekvence jer ovakav europski razvod braka često ne bi bio priznat u njihovim državama. Ukoliko žena u Europi ponovo stupi u brak, u svojoj državi smatrat će se bigamistkinjom te će biti kazneno gonjena, što praktično znači da tamo više neće moći ići. Obavezna primjena *lex fori* nije u stanju da izbjegne ovakva kontraproduktivna dejstva. Revizija Uredbe Rim III, propisana u čl. 20., mogla bi pojasniti da apstraktni neravnopravni tretman muža i žene prema *lex causae* može voditi primjeni domaćeg prava kao zamjenskog samo ako je, u konkretnom slučaju, žena otežan razvod braka za razliku od muža. Basedow, J., op. cit., str. 31. (FN. 16)

²⁰ Pogledati FN 18.

²¹ Pogledati Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Begründung einer verstärkte Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts (KOM (2010) 0105 – C7 – 0102/2010 – 2010/0067 (CNS), Tadeuzs Ziwekfa, 2010/0067.

DILEMA IZMEĐU DRŽAVLJANSTVA, REDOVNOG BORAVIŠTA
(DOMICILA) I LEX FORI

U pogledu izbora dominantne tačke vezivanja u oblasti bračnih odnosa, još uvijek je prisutna konkurencija između državljanstva kao personalne tačke vezivanja, domicila i redovnog boravišta kao teritorijalnih veza, te *lex fori* na kojem insistira jedan broj država, Švedska, Finska, Velika Britanija. Cjelokupno međunarodno porodično pravo obilježeno je nemogućnošću država članica Europske unije da postignu dogovor u pogledu primarne tačke vezivanja.²² Ovo pitanje podijelilo je države i njihove pravne sisteme na dva bloka i predstavlja smetnju procesu ujednačavanja kolizionih normi. Uvođenjem autonomije volje u ovu oblast zaobilazi se spomenuti konflikt, pozitivno se utječe na rješavanja međunarodnih razvoda braka i olakšava priznavanje stranih brakorazvodnih odluka. Kratko ćemo se osvrnuti na argumente *pro et contra* spomenutih tačaka vezivanja.

Državljanstvo te domicil i redovno boravište predstavljaju u osnovi različite koncepte vezivanja. Državljanstvo je javnopravni odnos između države i osobe u kojem osoba, državljanin, stječe takav status da su mu dostupna sva prava – privatna, politička, ekonomska i druga – koja osigurava pravni sistem dotične države za svoje građane. Prava kojima je osnova državljanstvo ne gube se samim tim što osoba boravi van države čiji je državljanin. Domicil se konstituira boravkom osobe u određenoj državi uz njenu namjeru da se tu trajno nastani. Redovno boravište podrazumijeva boravljenje na određenoj teritoriji i određenu stalnost tog boravka. Nedostaje mu, dakle, voljni element, odnosno namjera da osoba u toj državi trajno ostane.²³ Jasno je da jedna osoba može imati državljanstvo jedne države, biti zakonski domicilirana na teritoriji druge, a istovremeno imati redovno boravište u trećoj državi. Stoga se, sasvim je razumljivo, nameću brojna pitanja: Koje je personalno pravo osobe?; Kojem pravu u takvom slučaju treba podvrgnuti porodičnopravne odnose?; Koje pravo je mjerodavno u slučaju razvoda braka?; Kako opravdati izbor jedne od navedenih tačaka vezivanja?

U prilog državljanstva kao tačke vezivanje izjasnio se Mancini²⁴, sredina 19. stoljeća, navodeći da je veza između individue i nacije dovoljno snažna da oprav-

²² Rauscher, H., *Heimatlos in Europa? – Gedanken gegen eine Aufgabe des Staatsangehörigkeitsprinzip im IPR* u: FS Erick Jayme, 2004, str. 730.

²³ Više o tome u: Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., Pavić, V., *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2010, str. 274–275. Muminović, E., *op. cit.*, str. 119–126.

²⁴ Mancini (1817–1888), talijanski pravni teoretičar skrenuo je na sebe pažnju šire javnosti pristupnim predavanjem, održanom 1985. g. na Univerzitetu u Torinu, na temu “Nacionalnost kao osnova međunarodnog prava”. Poznat je po isticanju tri ideje vodilje koje trebaju poslužiti za rješavanje sukoba zakona: nacija, sloboda volje i suverenost. Smatrao je da u pogledu statusnih, porodičnih i nasljednih odnosa valja uvijek primijeniti nacionalno pravo. Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad, 2003., str. 234.

dava prihvaćanje državljanškog prava kao personalnog prava. Pod utjecajem njegove teorije državljanški princip u tom periodu, potpuno je dominirao, ali je bilo i zemalja, koje su, potaknute namjerom isključive primjene domaćeg prava, uzimale domicil kao pogodan kriterij za određivanje mjerodavnog prava u ovoj oblasti (npr. Engleska). Razlozi koji se u novije vrijeme navode u prilog državljanstva nešto su drugačiji. Vezivanjem za državljanstvo žele se zadovoljiti interesi osoba za održavanjem njihovih kulturnih i političkih spona sa državom čiji su državljani. Među autorima koji plediraju za prihvaćanje državljanstva kao primarne tačke vezivanja ističe se Erik Jayme koji smatra da se, i pored svih teškoća u vezi sa upotrebom državljanstva, na taj način najbolje može očuvati kulturni identitet osobe.²⁵ Posebno ističe problem osoba sa dvojnim državljanstvom, ali rješenje za njega nalazi u utvrđivanju efektivnog državljanstva. Dalje navodi da etnička pripadnost koja nije ojačana pripadnošću jednoj državi nije dostatna tačka vezivanja, što je u slučaju zemalja nastalih raspadom Jugoslavije izazvalo velike probleme.²⁶ Odstupi li se od državljanškog principa, smatra on, zaštita kulturnog identiteta moguća je jedino širokim tumačenjem materijalnih normi, odnosno zakonodavac treba izraditi alternativne materijalne norme koje će respektirati multikulturalni karakter društva.²⁷ Državljanški princip je, prema Jürgenu Basedowu, od centralnog značaja u međunarodnom porodičnom pravu²⁸, ali se ne može zanemariti pitanje njegovog djelokruga u okviru postojećih pravila europskog prava. Ovdje se prije svega misli na opću zabranu diskriminacije na temelju državljanstva ugrađenu u čl. 18. Ugovora o funkcioniranju Europske unije i na mjesto koje je državljanstvu dodijeljeno u pravnim aktima sekundarnog prava. O tome će biti riječi nešto kasnije.

Favoriziranje teritorijalnih koncepata vezivanja – domicila i redovnog boravišta – pravda se postojanjem očigledne veze između osobe i države u kojoj je njeno središte života i rada: pitanja osobnog statusa trebala bi biti podvrgnuta pravu države u kojoj ta osoba živi i radi. Prihvaćanjem domicila ili redovnog boravišta

²⁵ Više o tome u: Jayme, E., *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht* u: Jayme, E., *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*, Heidelberg, 2005, str. 5–15; Jayme, E., *Die Kulturelle Dimension des Recht – ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung*, *RabelsZ* 69, 2003, str. 211–230.

²⁶ *Ibidem*. Smatramo ispravnim da u situaciji kada osoba sebe smatra Hrvatom, odnosno ima hrvatsku nacionalnu pripadnost, ali ne i hrvatsko državljanstvo, ne možemo tretirati primjenu hrvatskog prava kao personalnog prava za reguliranje npr. statusnih pitanja.

²⁷ Navodi se primjer španjolskog zakonodavca koji je prilikom reforme Zakona o zaštiti maloljetnika predvidio različite forme privremenog staranja djece npr. institut “kafala” islamskog prava, kako bi udovoljio Konvenciji UN-a o pravima djeteta. Jayme, E., *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht* u: Jayme, E., *op. cit.*, str. 8.

²⁸ Basedow, J., *Das Staatangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union*, *IPRax* 2/2011, str. 111.

želi se podržati integracija osoba u novo kulturno i pravno okruženje. To posebno vrijedi za razvod braka. Bračni partneri žele se razvesti tamo gdje žive i ne računaju na brakorazvodno pravo države čiji su državljani.²⁹ Prihvatanje redovnog boravišta odgovor je na pojačanu mobilnost europskih građana, poticaj je integraciji i asimilaciju u novu sredinu: svi građani jedne države bivaju podvrgnuti jednakom pravu bez obzira na njihovo državljanstvo. Izboru redovnog boravišta sklonije su imigracione zemlje, one u koje se ljudi tradicionalnu useljavaju, i to kako bi svoje "raznoliko" stanovništvo podvela pod jedinstveno pravo. Vezivanje za redovno boravište predstavlja vrlo često sinonim za primjenu *lex fori* i udovoljava potrebama države prijema.

Izbor *lex fori*, odnosno prava nadležnog suda susrećemo u pojedinim pravnim sistemima. U Švedskoj npr. za razvod braka mjerodavno je domaće pravo uvijek kada je nadležan domaći sud. Isključiva primjena domaćeg prava na razvod braka pravda se činjenicom da se u Švedskoj razvod braka smatra temeljnim ljudskim pravom pa je, samim tim, razvod gotovo bezuvjetan.³⁰ Primjena drugog prava koje je manje liberalno neprihvatljiva je jer predstavlja ugrožavanje tih prava. Zbog ovakvih stajališta, Švedska se dvije godine opirala donošenju jedinstvenih pravila o pravu mjerodavnom za razvod braka s međunarodnim obilježjem, pribijajući se da bi tada švedski sudovi bili u situaciji da moraju primijeniti strano pravo, koje kao npr. pravo Malte ograničava pravo na razvod braka kao temeljno pravo ili kao npr. pravo Irana, koje izražava diskriminaciju spolova.³¹

Niti jedna od navedenih tačaka vezivanja, s obzirom na aktualni društveni razvitak Europske unije, ne može se smatrati manje modernom ili prihvatljivom u odnosu na drugu. Da li jedna osoba osjeća veću pripadnost prema državi čiji je državljanin ili državi u kojoj ima domicil ili redovno boravište, zavisi mnogo više od njenih osobnih životnih okolnosti i vrlo je teško takve stvari generalizirati. Za međunarodno privatno i procesno pravo Europske unije, koje ne stoji u službi suverenih pravnih politika pojedinih država članica, već djeluje kao nezavisni sudac između različitih pravnih poredaka, glavni zadatak treba da bude traženje prostorne i socijalne veze određene pravne situacije sa državom članicom i njenim pravom. Ta veza ponekad se ostvaruje preko državljanstva, ponekad preko redovnog boravišta ili *lex fori*.

Pravopolitički upitno je koja od tačaka vezivanja predstavlja intenzivniju vezu od druge. Odlučujuće pitanje jeste da li se snažnija pripadnost osobe državi

²⁹ Rauscher, T., op. cit., str. 733.

³⁰ Duraković, A., Pravo na razvod braka, Revija za ekonomiju i pravo, Godine 11, Br. 1, Mostar 2010, str. 28.

³¹ Keine Einigung bei Verordnung zum Scheidungsrecht (Rom III), EU KOMP@KT AKTUEL, str. 5-6. http://www.thueringen.de/imperia/md/content/tskboxl/newsletter_2008/eu-kompakt-02-2008.pdf (29.8.2008).

čiji je državljanin, odnosno državi u kojoj boravi, treba cijeniti primjenom samo objektivnih kriterija – kao kod britansko-irskog poimanja domicila, ili je potrebno uključivanje subjektivnih faktora.³² Objektivni faktori, pored relativno kratkog boravka koji ukazuje da jednostavno nije moglo doći do integracije u zemlji boravka, bili bi: boravak ostatka familije u zemlji porijekla, češće posjete iz privatnih razloga zemlji porijekla, imovina, posebno nekretnine koje se nalaze u zemlji porijekla. Subjektivni faktor bio bi npr. činjenica da postoji li ne postoji namjera povratka u zemlju porijekla koja bi se u svakom konkretnom slučaju morala dokazivati.³³ Prema odluci Europskog suda pravde, pri određivanju redovnog boravišta u smislu čl. 8. st. 1. Uredbe 2201/2003 treba uzeti u obzir sve činjenične okolnosti, kojima se može utvrditi da se ne radi samo o prolaznom i trenutnom prisustvu u određenoj državi, već da je boravak izraz određene integracije u socijalno i familijarno okruženje. Pri tome se posebno treba uzeti u obzir dužina, redovnost i okolnosti boravka u državi članici, kao i razlozi boravka i preseljenja familije u tu državu, državljanstvo djeteta, mjesto i okolnosti školovanja, poznavanje jezika kao i familijarnu i socijalnu vezu djeteta sa tom državom.³⁴ Dakle redovno boravište treba biti ojačano kroz porodične, poslovne i socijalne veze sa državom boravka, da tu bude efektivno središte života i rada, a da dužina boravka bude samo jedna od mnogih objektivnih indicija koje treba uzeti u obzir.

U današnje vrijeme državljanstvo kao tačka vezivanja postepeno gubi na značaju,³⁵ što jasno pokazuju novije multilateralne konvencije i uredbe koje redovnost daju redovnom boravištu.³⁶ Europska komisija smatra trenutno zajedničko redovno boravište bračnih partnera smislenijom i značajnijom vezom od zajedničkog državljanstvo.³⁷ Nasuprot tome, nacionalni zakonodavci u europskim zemljama još uvijek su ustrajni u primjeni državljanstva kao primarne tačke vezivanja. Tako se u nemalom broju europskih zemalja, posebno onih koje su tek stupile

³² Lurger, B., Zukunftsperspektiven für das europäische Familie- und Erbrecht u: Bäck, E., Familien- und Erbrecht Europas Perspektive, Wien, 2007, str. 68.

³³ Rauscher, T., op. cit., str. 733.

³⁴ Europski sud pravde odlučivao je o tome da li dijete ima redovno boravište u Švedskoj ili Finskoj. EuGH, Urteil v. 2.4.2009. – Rs. C-523/07 – A, Slg. 2009-I, 2805, Basedow, J., op. cit., str. 115. (FN 28).

³⁵ Henrich, D., Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip? u: FS Stoll, 2001, str. 437, prema: Jayme, E., Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht, 2005, str. 10.

³⁶ Pogledati: Haška konvencija o nadležnosti i zakonu koji se primjenjuje u predmetima zaštite maloljetnika iz 1961.; Haška konvencija o pravima djeteta iz 1996. – RabelsZ, 1998, str. 502; Haška konvencija o međunarodnoj zaštiti odraslih iz 2000. – RabelsZ, 2000, str. 715. Na taj način zemljama *common law* pravne tradicije, koje nikada nisu prihvaćale državljanški princip, ratifikacija ovih konvencija u značajnoj mjeri je olakšana.

³⁷ Basedow, J., op. cit., str. 25 (FN 16).

u članstvo EU, pod personalnim pravom podrazumijeva nacionalno pravo.³⁸ Dakle, još se uvijek ne može govoriti o potpunom napuštanju državljanstva, ili kako je njemački pravni teoretičar Christian Kohler primijetio: "...u novim zemljama članicama još uvijek nije primjetna "erozija državljanškog principa".³⁹ S obzirom na ovakvu prihvaćenost državljanškog principa, insistiranja na isključivoj primjeni redovnog boravišta može dovesti do porasta tzv. "šepajućih pravnih poslova", u našem slučaju "šepajućih razvoda", odnosno razvoda braka koji bi bili priznati u jednoj državi, državi redovnog boravišta bračnih partera, ali ne bi bili priznati u drugim državama npr. državi zajedničkog državljanstva bračnih partnera ili državi u kojoj jedan od njih želi ubuduće živjeti.

Komunitarno koliziono pravo razvija se u pravcu prihvaćanja redovnog boravišta kao primarne tačke vezivanja. To je i razumljivo s obzirom da je primjena državljanškog principa u Europskoj uniji u određenoj mjeri sužena (ali ne i odbaćena) uslijed pravila primarnog prava. Ovdje se, prije svega misli, na opću zabranu diskriminacije na osnovu državljanstva sadržanu u čl. 18. Ugovora o funkcioniranju EU, te posebne odredbe o slobodnom kretanju osoba: sloboda poslovnog nastana prema čl. 49, sloboda pružanja usluge prema čl. 56 i sloboda kretanja radnika prema čl. 45. Sloboda poslovnog nastana i sloboda pružanja usluga zagaran- tirana je državljanima država članica, a slobodno kretanje radnika "...ukidanje drugačijeg tretmana radnika neke od država članica na temelju državljanstva..." – čl. 45. st. 2. Ugovora o funkcioniranju EU. Kada su u pitanju dvojni državljani koji pored državljanstva neke od država članica imaju i državljanstvo treće države, Europski sud pravde zauzeo je jasan stav: te osobe ne mogu biti ograničene u slučaju da je državljanstvo treće države efektivno državljanstvo, one se mogu pozivati na slobodu kretanja i opću zabranu diskriminacije propisanu u primarnom pravu.⁴⁰ Primjena državljanstva kao tačke vezivanja u bračnim odnosima sa međunarodnim obilježjem stigmatizirana je općom zabranom diskriminacije na temelju državljanstva i slobodom kretanja te bi se moglo pretpostaviti da državljanski princip nećemo susresti u aktima sekundarnog prava.

³⁸ Ista je situacija i u mnogim državama izvan Europe, npr. u državama Azije i Afrike, posebno u onim koje prihvataju šerijatsko pravo.

³⁹ Mansel, H. P., *Das Staatsangehörigkeitsprinzip im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationale Privatrecht: Schutz der Kulturellen Identität oder Diskriminierung der Person*; u: Jayme, E., *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*, Heidelberg, 2005, str. 124.

⁴⁰ U slučaju Micheletti španjolske vlasti su odbile dozvoliti argentinsko-talijanskom državljaninu da se kao zubar trajno poslovno nastani u Španjolskoj. Europski sud pravde dodijelio mu je pravo na slobodan izbor poslovnog nastana iako je utvrđeno da je argentinsko državljanstvo efektivno. *EuGH, Urteil v. 7.7.1992. – Rs. C-369/90 – Micheletti /Delegacion del Gobierno de Contrabia*, Slg. 1992-I, 4239, Basedow, J., op. cit., str. 112. (FN 28).

Međutim, Uredba 2201/2003 propisuje u bračnim sporovima nadležnost suda države zajedničkog državljanstva bračnih partnera – čl. 3. st. 1b. Da li se ovdje radi o diskriminaciji stranih bračnih partnera? Smatramo da to nije slučaj jer predviđena mogućnost zasnivanja nadležnosti suda na temelju redovnog boravišta bračnih partnera – čl. 3. st. 1a.⁴¹ Državljanstvo se javlja kao kriterij u još nekim odredbama Uredbe 2201/2003. Tako je moguće zasnovati nadležnost suda u državi redovnog boravišta podnosioca zahtjeva, ukoliko je on (ona) tu boravio najmanje šest mjeseci neprekidno prije podnošenja zahtjeva i ako je uz to državljanin dotične zemlje. Ukoliko se radi o strancu zahtijeva se boravak u trajanju od najmanje 12 mjeseci. Da li se ovdje radi o diskriminaciji na temelju državljanstva? Smatramo da to nije slučaj⁴² i da je problem u mehaničkom razumijevanju čl. 18. Ugovora o funkcioniranju EU. Ako se osoba preseli u državu čije državljanstvo posjeduje, radi se o povratniku koje je ojačao već postojeću vezu sa svojom državom.

Nasuprot tome, stranac koji zasnjuje redovno boravište u istoj državi tek treba da izgradi veze sa tom državom.⁴³ Zbog toga je europski zakonodavac i predvidio različiti dužinu boravka. Državljanstvo kao tačku vezivanja susrećemo u još nekim aktima sekundarnog prava: Uredba 4/2009 koja se odnosi na izdržavanje⁴⁴, Uredba 650/2012 u oblasti nasljeđivanja.⁴⁵

Uredba 2201/2003 propisuje u bračnim sporovima, u prvom redu, nadležnost suda redovnog boravišta bračnih partnera te je za očekivati čestu primjenu prava suda – *lex fori* kao mjerodavnog za razvod braka. To za suce predstavlja olakšanje, jer primjenjuju domaće pravo koje najbolje poznaju, a i oslobođeni su svih onih problema vezanih za primjenu stranog prava: saznanje, tumačenje, odstupanje od primjene stranog prava itd. Pojedini autori smatraju da bračnim partnerima, državljanima različitih država, koji nemaju državljanstvo države u ko-

⁴¹ Diskriminacija bi se možda sastojala u činjenici da se njemački par koji u Rimu može razvesti u Njemačkoj, a talijanski par koji živi u Rimu ne može. Međutim, zajedničko državljanstvo njemačkog para pokazuje jasnu vezu sa Njemačkom i njenim pravom koja kod talijanskog para nedostaje. Različit tretman je, dakle, opravdan. , Basedow, J., op. cit., str. 114. (FN 28).

⁴² Neki autori smatraju da se radi o povredi zabrane diskriminacije. Tako Hau, W., *Das System der internationalen Entscheidungszuständigkeit im europäischen Eheverfahrensrecht*, Fam Rz 2000, 1336; Schack, H., *Das neue Internationale Eheverfahrensrecht in Europa*, RabelsZ 65, 2001, str. 623.

⁴³ Basedow, J., op. cit., str. 114. (FN 28).

⁴⁴ Uredba 4/2009 od 18. 12. 2008. o nadležnost, mjerodavnom pravu i priznanju i izvršenju odluka i zajedničkom radu u oblasti izdržavanja, Službeni list EU L 7/1.

⁴⁵ Uredba 650/2012 od 4.6.2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i donošenje i izvršenje javnih isprava u predmetima nasljeđivanja kao i uvođenje europskog uvjerenja o nasljeđivanju, Službeni list EU L 201/107.

joj se razvode, mora biti omogućeno da zahtijevaju razvod braka po pravilima domaće države, odnosno *lex fori*.⁴⁶ Međutim, strani bračni partneri ne smiju biti prisiljeni na primjenu prava suda ili prava redovnog boravišta.⁴⁷ Oni moraju imati mogućnost da umjesto domaće države ili prava države redovnog boravišta izaberu pravo države čije državljanstvo posjeduju. Tko, uostalom, bolje od bračnih partnera može znati s kojom od država postoji jača i bliža veza?

Davanje prednosti jednoj tački vezivanja izaziva brojna pitanja i dileme te je upravo zato mogućnost izbora mjerodavnog prava za reguliranje bračnih odnosa najjednostavniji način da se izbjegnu problemi koji su rezultat postojanja ovih triju glavnih tačaka vezivanja u europskom, konvencijskom i usporednom međunarodnom porodičnom pravu.

PREDNOSTI KOLIZIONOPRAVNE AUTONOMIJE ZA RAZVOD BRAKA

U skladu sa globalnim kretanjima u razvoju kolizionog prava u mnogim oblastima⁴⁸, europski zakonodavac Uredbom Rim III uvodi kolizionopravnu autonomiju volje u oblast bračnih odnosa. Ovakav pristup u skladu je sa zbivanjima koja se jasno mogu pratiti: s jedne strane norme koje donosi država u oblasti braka i porodice sve više "omekšavaju" i omogućavaju bračnim partnerima da sami odrede dužinu trajanja i formu svog zajedničkog života. S druge strane mobilnost stanovništva u posljednjem desetljeću osjetno je porasla. Različito motivirane migracije otežavaju nacionalnom zakonodavcu jasno identificiranje države sa kojom su bračni partneri u najbližoj vezi.⁴⁹ Kolizionopravna autonomija volje, u ovoj situaciji, nameće se kao vrlo dobro rješenje. U europskoj pravnoj teoriji navode se brojni razlozi u prilog proširenja koncepta autonomije volje i na druge pravne oblasti, a ne samo ugovorne odnose.

Uvođenje autonomije volje znači, u izvjesnom smislu, odstupanje od slijepe kolizije pravičnosti koja izbor mjerodavnog prava čini predvidljivim i davanje izvjesne prednosti materijalnoj pravičnosti koja podrazumijeva da stranke biraju ono pravo koje najbolje odgovara njihovim interesima. Naime, objektivizirane tačke vezivanja temelje se na načelu najtješnje povezanosti. Koristeći se njima,

⁴⁶ Čolović, V., Primena *lex nationales* kao tačke vezivanja u bračnim odnosima sa elementom inostranosti, Godišnjak Pravnog fakulteta u Beogradu, godina I, 1/2010, str. 224.

⁴⁷ Mansel, H.P., op. cit., str. 124..

⁴⁸ Leible, S., Partiautonomi im IPR – Allgemeines Aknüpungsprinzip oder Verlegenheilösung, FS Erick Jayme, 2004, str. 485–503.

⁴⁹ Basedow, J., op. cit., str. 21. (FN 16).

sud nastoji pronaći pravo koje je s danim slučajem u najbližoj vezi. S druge strane, stranke, kada imaju mogućnost izbora, biraju ono pravo koje je u skladu s njihovim interesima. Ovdje se, prema mišljenju nekih autora,⁵⁰ ne radi o dvama suprotstavljenim načelima, cilj im je isti. U temeljima najtješnje povezanosti stoji opravdana pretpostavka da će rješenje sukoba zakona koje je pravično u kolizionom smislu najčešće polučiti i materijalnu pravičnost *in concreto*. Uvođenje autonomije volje u kolizioni instrumentarij služi upravo tome da zamijeni ovu pretpostavku izvjesnošću. Volja stranaka, a ne neka druga tačka vezivanja, predstavlja vezu s izabranim "najboljim pravom".⁵¹ Stranke imaju pravo, koje im se ne može osporiti, da svoje privatnopravne odnose podvrgnu zakonu koji najbolje odgovara njihovim interesima.⁵² Objektivne tačke vezivanja javljaju se kao supsidijarna vezivanja u situaciji kada stranke nisu izabrale mjerodavno pravo, ili radi zaštite prava trećih, odnosno općih društvenih interesa. Dakle, objektivne tačke vezivanja bi trebale predstavljati izuzetak, a ne pravilo.

U prilog autonomiji volje navodi se još jedan razlog značajan za razvoj europskog međunarodnog privatnog prava: reguliranje prekograničnih privatnopravnih odnosa krutim, imperativnim kolizionim normama predstavlja ograničenje temeljnih prava predviđenih Ugovorom o funkcioniranju EU, dovodi do neravnopravnog tretmana i diskriminacije učesnika tih odnosa u odnosu na reguliranje privatnopravnih odnosa koji nemaju međunarodni karakter.⁵³ U tom smislu bi se uvođenjem autonomije volje anulirala ograničenja temeljnih sloboda: sloboda izbora poslovnog nastana prema čl. 49, sloboda pružanja usluge prema čl. 56 i sloboda kretanja radnika prema čl. 45.⁵⁴ Bračnim partnerima koji imaju redovno boravište u državi čije državljanstvo ne posjeduju treba omogućiti da umjesto prava zajedničkog državljanstva izaberu pravo redovnog boravišta za reguliranje njihovih bračnih odnosa.⁵⁵ Njihov je izbor izraz njihove integracije u toj državi, te drugačiji tretman u odnosu na državljane te države ne bi biti opravdan.

⁵⁰ Muminović, E., O uzajamnom odnosu načela najuže veze, autonomije volje i favorabilnosti mjerodavnog prava u vezi sa potrebom zakonodavnog djelovanja države BiH u materiji međunarodnog privatnog prava, Separat iz Godišnjaka Pravnog fakulteta u Sarajevu XLI, 1998, str. 237.

⁵¹ Leibel, S., op. cit., str. 503.

⁵² Henrich, D., Parteiautonomi, Privatautonomi und kulturelle Identität, FS Erick Jayme, 2004, str. 321.

⁵³ Lurger, B., str. 69.

⁵⁴ Autor u radu navodi odredbe Ugovora o EZ koje su sadržane u drugim članovima. Von Wimowsky, P., EG-Vertarg und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit, RabelsZ 62, 1998., str. 3., Rühl, G., Die Kosten der Rechtswahlfreiheit, RabelsZ 71, 2007., str. 590–591.

⁵⁵ Henrich, D., op. cit., 323.

Nadalje, navodi se da prihvaćanje autonomije volje utječe na povećanje razine pravne sigurnosti kao posljedica predvidljivosti mjerodavnog prava,⁵⁶ što uveliko doprinosi stabilnosti privatnopravnih odnosa na međunarodnom planu.

Autonomija volje, bez obzira na to da li se njeno uvođenje obrazlaže davanjem prednosti materijalnoj pravičnosti ili zahtjevom za ispunjenjem temeljnih sloboda, ne može biti opći princip u međunarodnom bračnom pravu. Prednost treba dati ograničenoj autonomiji volje, odnosno davanjem mogućnosti izbora između onih zakonodavstava koja je zakonodavac fiksirao kao tijesno povezana s odnosima te vrste.⁵⁷ Ovakav pristup ima oslonac i u Savignyjevoj teoriji o “sjedištu pravnog odnosa”, prema kojoj se, kao mjerodavno, treba primijeniti pravo one države kojoj privatnopravni odnos “pripada”, odnosno s kojim postoji najtješnja veza.⁵⁸ Na ovaj način se štite same stranke, bračni partneri od mogućnosti da se na njihov razvod braka primijeni pravo države sa kojom nisu ni na koji način povezani.

Autonomija volje omogućuje strankama da kao mjerodavno izaberu ono pravo koje najbolje odgovara njihovim interesima, a taj izbor, u stvarnosti, ima vrlo malo veze s osjećajem za pripadnost jednoj ili drugoj državi. Bračni partneri koji se žele razvesti izabrat će kao mjerodavno ono pravo koje će im olakšati razvod braka, odnosno koje predviđa najmanje prepreka za razvod. Na taj način oni indirektno utječu na izbor materijalnih normi, a samim tim i na odluku suda. Materijalne norme kao da se nadmeću koja će od njih biti primijenjena. Granica između izravne harmonizacije materijalnih normi, koja za Europsku komisiju nikada nije bila prihvatljiva i poželjna, i indirektnog utjecaja na izbor materijalnog prava preko kolizionih normi, polagano postaje tanja i nejasnija.⁵⁹ Liberalizacija razvoda braka promjenom materijalnih normi ili izbor prava koje ne postavlja velika ograničenja imaju sličan cilj: olakšati bračnim partnerima koji to žele da se razvedu. Da li je to i želja nacionalnog ili europskog zakonodavca, drugo je pitanje. Orijehtacija *in favorem divortii* predstavlja, prema nekim autorima, prikriveno ali efikasno ujednačavanje materijalnih normi.⁶⁰

⁵⁶ Leibel, S., op. cit., str. 503.

⁵⁷ Volja jedne osobe da kao personalno pravo izabere pravo države X, dakle bilo koje pravo, ne može se uzeti kao dovoljno snažan težišni kontakt. Kohler, C., Einfluss der Globalisierung auf die Wahl der Anknüpfungsmomente im Internationalen Familienrecht u: Freitag, R., Leible, S., Sippel, H., Wanitzke, U., Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert, 2006., str. 11.

⁵⁸ Von Savigny, K.F, System des heutigen Römischen Recht VIII, 1849, str. 43.

⁵⁹ Lurger, B., Die Einfluss der Personenfreizügigkeit des EGV auf das österreichische Familien- und Erbrecht (Teil II), EF-Z 5, 2008, str. 167.

⁶⁰ Kohler, C., Zur Gestaltung des europäischen Kollisionsrecht für Ehesachen: Der steinige Weg zu einheitlichen Vorschriften über das anwendbare Recht für Scheidung und Trennung, FamRZ 18, 2008, str. 1678.

Bosanskohercegovačke kolizione norme za razvod braka

Zakon o međunarodnom privatnom pravu⁶¹ (u daljem tekstu ZMPP) u čl. 35. određuje mjerodavno pravo za razvod braka s međunarodnim obilježjem:

“Za razvod braka mjerodavno je pravo države čiji su državljani oba bračna partnera u vrijeme podnošenja tužbe (čl. 35. st.1. ZMPP). Ako su bračni partneri državljani različitih država u vrijeme podnošenja tužbe, za razvod braka mjerodavna su kumulativna prava obje države čiji su oni državljani (čl. 35. st. 2. ZMPP). Ako se brak ne bi mogao razvesti po pravu određenom u stavu 2. ovog člana, za razvod braka mjerodavno je pravo BiH, ako je jedan od bračnih partnera imao u vrijeme podnošenja tužbe prebivalište u BiH (čl. 35. st. 3. ZMPP). Ako je jedna od bračnih partnera državljanin BiH koji nema prebivalište u BiH, a brak se ne bi mogao razvesti po pravu određenom u stavu 2. ovog člana, za razvod braka mjerodavno je pravo BiH (čl. 35. st. 4. ZMPP).”

Osnovna karakteristika domaćih kolizionih normi jeste da se kao primarna tačka vezivanja koristi državljanstvo, odnosno zajedničko državljanstvo bračnih partnera. Time je zakonodavac istakao stav o pripadanju i prihvaćanju europske kontinentalne pravne tradicije, ali i osigurao da statusna pitanja fizičkih osoba budu podvrgnuta njihovom državljanском pravu. U nedostatku zajedničkog državljanstva zahtijeva se kumulativna primjena prava država čiji su državljani bračni partneri, što za posljedicu ima da će se razvod braka moći izreći samo ukoliko budu ispunjeni uvjeti koje postavlja strožije pravo (čime se otežava razvod braka). Zakonodavac je time pokazao da je skloniji tradiciji, s tim da se ne smije zaboraviti da ovo rješenje ipak garantira priznanje odluke o razvodu braka u zemljama čiji su državljani bivši bračni partneri. ZMPP također sadrži i pravila *in favorem divortii*, koja određuju kao mjerodavno domaće pravo, ukoliko je jedan od bračnih partnera domaći državljanin, pa i onda kada to nije slučaj, ako je u vrijeme podnošenja tužbe jedan od bračnih partnera imao prebivalište u Bosni i Hercegovini. Na taj način zakonodavac je pokazao da slijedi i trend olakšavanja razvoda braka ako postoji veza s domaćim pravnim poretkom.

Prihvatljivost europskih rješenja ili rješenja de lege ferenda

Domaće kolizione norme znatno odstupaju od pravila sadržanih u Uredbi Rim III. Europski pristup rješavanju međunarodno obilježenih razvoda braka sa-

⁶¹ Pravi naziv ovoga zakona jeste Zakon o rješavanu sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima od 23. 7. 1982., objavljen u Službenom listu SFRJ, br. 43/82 i 72/82. Bosna i Hercegovina preuzela ga je u svoj pravni sistem Uredbom sa zakonskom snagom o preuzimanju i primjenjivanju saveznih zakona, Službeni list Republike BiH, br. 2/92. Kasnije je donesen i Zakon o potvrđivanju uredbi sa zakonskom snagom, Službeni list BiH, br. 13/1994.

svim je drugačiji: kao primarna tačka vezivanja pojavljuje se autonomija volje, a ukoliko bračni partneri nisu izabrali mjerodavno pravo, supsidijarno se primjenjuju objektivne tačke vezivanja. Bračni partneri mogu birati između prava zajedničkog boravišta, aktualnog i posljednjeg, prava državljanstva jednog bračnog partnera i prava države suda. Kao objektivne tačke vezivanja navode se: zajedničko redovno boravište, posljednje zajedničko boravište, zajedničko državljanstvo i *lex fori*.

S obzirom na odstupanje domaćih kolizionih normi u odnosu na predložena europska pravila, s pravom se postavlja pitanje njihove prihvatljivosti za Bosnu i Hercegovinu. Kao prvo, nameće se pitanje mogućnosti prihvaćanja autonomije volje u oblasti bračnog prava.

Razloge koji se u europskoj pravnoj teoriji navode u prilog autonomije volje, a koje smo naprijed elaborirali, smatramo u potpunosti prihvatljivim i za naše pravo: zaobilazanje problema koji se javljaju kao rezultat postojanja triju glavnih tačaka vezivanja u usporednom međunarodnom porodičnom pravu, davanje prednosti materijalnoj pravičnosti, ispunjenje temeljnih sloboda propisanih Ugovorom o funkcioniranju EU, povećanje razine pravne sigurnosti kroz predvidljivost mjerodavnog prava i stabilnosti privatnopravnih odnosa na međunarodnom planu. Pored toga, Bosna i Hercegovina kao potpisnica Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanja⁶² čiji je jedan od ciljeva i podržati napore Bosne i Hercegovine u razvijanju ekonomske i međunarodne suradnje, uključujući i usklađivanje njenog zakonodavstva sa zakonodavstvom Zajednice (čl. 1. st. 2. tač. d), očitovala je svoje opredjeljenje "za usklađivanjem postojećeg zakonodavstva sa zakonodavstvom Zajednice i nastojanje da osigura postepeno usklađivanje svojih postojećih zakonodavstava i budućeg zakonodavstva sa pravnom stečevinom (*acquien*) Zajednice (čl. 70). Međutim, i prije potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, čak prije otpočinjanja procesa stabilizacije i pridruživanja (pregovori su započeli 2006. godine), u vrijeme kada na međunarodnom nivou nije postojala obaveza preuzimanja *acquis communautaire*-a, na nacionalnoj razini je 2003. godine uvedena obaveza za organe BiH da prilikom izrade novih propisa vode računa o suglasnosti s europskom pravnom stečevinom.⁶³

Kada se ovim razlozima doda činjenica da uslijed enormnog iseljavanja stanovništva iz Bosne i Hercegovine veliki broj naših građana živi unutar Europskoj uniji, onda je zaista nesporno da je prihvaćanje autonomije volje u bosanskoher-

⁶² Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Europske zajednice i njenih država, s jedne strane, i Bosne i Hercegovine, s druge strane potpisan je 16.6.2008. Cijeloviti tekst Sprazuma na web stranici Vijeća ministara BiH, www.dei.gov.ba.

⁶³ Odluka o procedurama u postupku harmonizacije zakonodavstva BiH sa *acquis communautaire*, Službeni glasnik BiH, 44/2003.

cegovačkom međunarodnom brakorazvodnom pravu moguć, ispravan i nužan korak.

U oblasti bračnih odnosa, još jednom naglašavamo, u obzir dolazi samo ograničena autonomija volje, odnosno autonomija volje ograničena uvjetom koneksiteta. Bračni partneri mogu birati između više ponuđenih tačaka vezivanja, a njihov izbor može biti rukovođen privrženosti jednoj državi i njenom pravu ili podesnošću materijalnih rješenja. U svakom slučaju, jedna od tih veza "ojačana" voljom stranaka, postaje najtješnja i indicira pravo koje treba biti primijenjeno. Tačke vezivanja između kojih strane mogu birati jesu one uobičajene za oblast bračnog prava: zajedničko državljanstvo, zajedničko redovno boravište, posljednje zajedničko redovno boravište i pravo suda. Navedene tačke vezivanja mogu imati i ulogu objektivnih tačaka vezivanja u nedostatku voljnog izbora mjerodavnog prava.

ANITA DURAKOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law, University
"Džemal Bijedić", Mostar, Bosnia and Herzegovina

COLLISION LAW AUTONOMY OF THE WILL TO DIVORCE

– Are the proposed European rules acceptable to Bosnia and Herzegovina? –

Summary

The Rome III Regulation envisions the possibility for spouses to achieve an agreement about the law applicable to divorce. They can choose between the right of common habitual residence, the right of common citizenship and the right of court; hence they have the choice of the points common for the area of International Family Law. This paper addresses the issue of acceptability of collision law autonomy of the will to divorce in International Private Law of Bosnia and Herzegovina, having in mind that domestic collision standards significantly differ from the proposed European rules. There are numerous reasons stated in the European legal theory which support the autonomy of the will and which are, at the same time, considered acceptable for our law as well. Besides, Bosnia and Herzegovina has signed the Stabilization and Association Agreement which requires coordination of the existing legislation with the legislation of the Community. If we add to these reasons the fact that a large number of our citizens live in European Union, it becomes undeniably clear that accepting the autonomy of the will in International Divorce Law of Bosnia and Herzegovina is a possible, correct and necessary step.

INCEST U PORODICI

U V O D

Incest¹ je veoma rasprostranjen problem koji ima ozbiljne kliničke, socijalne, moralne i pravne implikacije. On je najteži i najčešći oblik seksualnog zlostavljanja deteta, koji je zato uvek pobuđivao najviše pažnje i interesovanje stručne i društvene javnosti.²

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

¹ Reč incest potiče od latinskog glagola *incestare*, što znači osramotiti, okaljati, a u literaturi se koriste i nazivi rodoskrvnuće, rodoskrnavljenje. (Klaić, B. *Veliki rječnik stranih riječi*, Zora, Zagreb, 1966, str. 528) Prema većini mitologija, incestuoznih veza je bilo među bogovima, faraonima i kraljevima, zatim u zatvorenim društvima "koja su želela očuvati i ojačati svoju bivstvenu nadmoć: kod Egipćana (Izida je postala žena svog brata Ozirisa, i imala je četvoro dece sa svojim sinom Horusom), kod Inka, Polinežana, Grka itd". Chevalier, J. and Cheerbrant, A, *Riječnik simbola*, Nakladni zavod, MN, Zagreb 1983.

² Sukob seksualnog nagona prema roditeljima i najbližim krvnim srođnicima i etičke svesti, izražen kao Edipov ili Elektrin kompleks, predmet je interesovanja ne samo psihologije i filozofije, nego i religije, medicine i drugih nauka, a posebno književnosti, počev od grčkih edipovskih tragedija, Rasinove *Fedre*, Šekspirove *Zimske priče*, Šatobrijana, pa do danas. Autori Rečnika simbola Ševalije i Čirbrent o incestu govore i sledeće: "Premda je grčka mitologija puna incestuoznih veza... incest je za grčke tragičare, a nedvojbeno i kolektivnu dušu naroda ispunjavao svetim užasom. Sofoklov *Kralj Edip* temelji svu svoju dramsku snagu na tom osećanju užasa." (Chevalier J, and Cheerbrant, A, *op. cit.*, 1983).

Rezultati istraživanja u svetu govore o alarmantnom broju dece koja su izložena incestu.³ Američki autori upozoravaju da je oko 10% američke populacije imalo incestuozna iskustva.⁴ Istovremeno, se pretpostavlja da ovi podaci predstavljaju samo “vrh ledenog brega”, jer se iza njih krije daleko više neotkrivenih slučajeva. Nasuprot zvaničnim statistikama, navode se i podaci o povećanju obima ove pojave svuda u svetu. Tako se navodi da u SAD godišnje postoji oko 5000 incestuoznih odnosa između oca i kćeri.⁵ Rasprostranjenost incesta između roditelja i njihove dece je teško proceniti, jer je često skriven u privatnosti doma. Neki autori procenjuju da 20 miliona Amerikanaca su, kao deca, bili izloženi incestu u svojim porodicama.⁶ U analiziranoj praksi novosadskog Centra za socijalni rad, u periodu od 1998. do 2003. godine, pronađen je jedan slučaj incesta, između oca i kćerke.⁷

Incest neosporno predstavlja ozbiljan problem, pre svega zbog dalekosežnosti posledica, ali i zbog teškoće otkrivanja koja uslovljava dugotrajnost viktimizacije. Dete je u slučaju incesta izloženo postupcima koji ga traumatizuju zauvek, ostavljajući posledice u vidu poremećenog osećanja griže savesti, samookrivljanja, potrebe za višegodišnjim terapijama. Prateća, kulturom određena stigmatizacija u vezi sa ovim problemom posebno onemogućava žrtvu i porodicu, pa i društvo da se suoče sa realno prisutnim problemom incesta.⁸

Incestu su znači izložena deca kao najbеспomoćnija i najosetljivija populacija. Detetovo prirodno stanje zavisnosti se koristi da dete postane žrtva. U stvari, dete je zbog neravnoteže moći u odnosu na odrasle srodnike, emotivne vezanosti i zavisnosti od njih, toliko беспomoćno. Prema tome, suštinu incestnih pojava čini distribucija moći i pravo na vlasništvo u porodici.⁹

S pravom se ističe: “Incest je najtraumatičnije iskustvo koje dete može doživeti. Incest je nasilje nad telom i poverenjem koje prelazi sve granice izdržljivo-

³ Prema izveštajima Američkog nacionalnog centra za zloupotrebu i zlostavljanje dece NCCAN (14, 1994) od 200.000 žrtava u 1992. godini, 120.000 ili oko 60% su žrtve seksualne zloupotrebe. Većina žrtava su devojčice koje su zloupotrebili očevi. (Jan G. Ahrens, *Recovered Memories: True or False? A Look at False Memory Syndrome*, str. 379).

⁴ Roth, L, H, *Clinical Treatment on the Violent Person*, New York, 1987.

⁵ Konstantinović-Vilić, S, Nikolić-Ristanović, V, *Kriminologija*, Studentski kulturni centar, Niš, 1997, str. 143.

⁶ Turner, Jeffrey S. *Encyclopedia of Relationships Across the Lifespan*. Greenwood Publishing Group, 1997, p. 92.

⁷ Ljubojev, N. Seksualno zlostavljanje deteta u porodici, *Pravni život*, 10, 2008, str. 405–417.

⁸ Veselinović, J, “Incest – višestruko čuvana tajna”, *Sociologija*, br. 9–10, 1996, str. 133.

⁹ Vukov, M, Baba-Milikić, N, Incest – najbolje čuvana porodična tajna, *Sociologija*, br. 1, Beograd, 1993, str. 137.

sti koje se mogu zamisliti”.¹⁰ On je najteži od svih oblika zlostavljanja dece. Incest između odraslih i dece smatra se oblikom seksualnog zlostavljanja dece ¹¹ i često dovodi do ozbiljnih i dugoročnih psiholoških trauma, posebno u slučaju roditeljskog incesta.¹²

Prema tome, incest mora da se identifikuje kao nasilje sa dugotrajnim i traumatizirajućim psihološkim i socijalnim posledicama po žrtve. U teoriji se ističe da “kad se sruše odbrane od incesta i uspostavi seksualni kontakt između roditelja i dece ili između dece (iznad desete godine života), psihološke posledice za dete su uvek *užasne*, vode jakom bolu, stidu, krivici, dubokoj opštoj nesreći i nesposobnosti da se u daljem životu ostvare trajnije ljubavne veze”.¹³ Incest je nasilje nad detetovom seksualnošću, nad njegovim ličnim fizičkim granicama.¹⁴

DEFINICIJE INCESTA

Do donošenja Krivičnog zakonika Srbije iz 2005. u našoj teoriji bilo je više definicija incesta. Prema tradicionalnoj definiciji, pod pojmom incesta se podrazumevala obljava između srodnika po krvi. Ovo shvatanje izjednačava pojam incesta sa pojmom krivičnog dela rodoskrvnjenje, kako je tada bio predviđen.¹⁵

U to vreme, prema najširoj definiciji, incest je shvatan kao “seksualno nasilje na osnovu odnosa zavisnosti, izlaganje seksualno neodgovarajućim radnjama, ili seksualno prenaplašenim radnjama, kroz upotrebu deteta radi zadovoljenja seksualnih ili seksualno-emotivnih potreba, jednog ili više lica, koja zasnivaju svoj autoritet kroz postojeću emotivnu povezanost sa tim detetom”. Pri tome se zaključuje da je incest “seksualna zloupotreba odnosa poverenja i zavisnosti, uz korišćenje pozi-

¹⁰ Mršević, Z, *Incest između mita i stvarnosti*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja i Jugoslovenski centar za prava deteta, Beograd, 1997, str. 51.

¹¹ Faller, K. C. *Child Sexual Abuse: Intervention and Treatment Issues*. DIANE Publishing, 1993, p. 64. schetky, D. H.; Green, A. H. *Child Sexual Abuse: A Handbook for Health Care and Legal Professionals*. Psychology Press.1998, p. 128.

¹² Courtois, C. A. *Healing the Incest Wound: Adult Survivors in Therapy*. W. W. Norton & Company.1998, p. 208.

¹³ Klajn, M., *Uspešan roditelj*, Biblioteka Rod, Beograd, 1997, str. 47.

¹⁴ Vukov, M., Baba-Milikić, N, *op. cit.*, 1993, str. 137.

¹⁵ Tako: Lazarević, Lj, *Krivično pravo*, posebni deo, Savremena administracija, Beograd, 2000, str. 255, Šeparović, Z, “Neki problemi krivičnopravne zaštite porodice”, *Položaj i problemi porodice*, Beograd, 1968, str. 53, Hirjan, F, Singer, M, *Maloljetnici u krivičnom pravu*, Globus, Zagreb, 1987, str. 245–248.

cije moći učinioca nad žrtvom”.¹⁶ Po ovoj definiciji incestnici mogu da budu i osobe bliske deci, a ne obavezno i krvni srodnici (na primer, očuh).¹⁷

Prema pozitivnom zakonodavstvu Srbije, krivično delo rodoskrvnjenje (incest), koje se nalazi u grupi krivičnih dela protiv braka i porodice, postoji u slučaju kada punoletno lice izvrši obljubu sa maloletnim srodnikom po krvi u pravoj liniji i sa bratom, odnosno sestrom.¹⁸ Krivičnim zakonikom Srbije iz 2005. je napušteno krivično delo incesta kao takvo, te se sada kažnjavaju samo seksualni odnosi između bliskih srodnika kada se radi o maloletniku.

U stranoj literaturi postoje različite definicije incesta, uže, šire, porodičnopravne i krivičnopravne.

Po tradicionalnoj definiciji incest predstavlja polnu vezu između krvnih srodnika. Međutim, pravna definicija “incesta”, uključujući prirodu odnosa između lica, kao i vrste seksualne aktivnosti, varira od zemlje do zemlje, pa čak i u unutar jedne zemlje. Ovaj tabu, u svim zemljama, takođe, se proširio i na mogućnost zaključenja braka između ovih pojedinaca.

No danas incest se shvata i definiše i šire kao seksualno zlostavljanje deteta od strane odrasle osobe od poverenja koja je u poziciji moći i predstavlja autoritet za dete.¹⁹ U francuskom pravu, kažnjavaju se seksualni odnosi između bliskih srodnika kada se radi o maloletniku i licu koje je na osnovu svog položaja prema maloletniku u poziciji da zloupotrebi svoj autoritet.²⁰

¹⁶ Mršević, Z, *op. cit.*, 1998, str. 25. Mršević, Z, *Ženska prava su ljudska prava*, Beograd, 1994, str. 136–148.

¹⁷ U literaturi se incest šire shvata i definiše kao “seksualno zlostavljanje deteta od strane odrasle osobe od poverenja, koja je u poziciji moći i predstavlja autoritet za dete”. (Popadić, D, *Seksualno zlostavljanje dece/incest*, Izveštaj za period septembar 1995. –septembar 1996, Incest trauma centar, Beograd).

¹⁸ Pre reforme za krivično delo rodoskrvnjenje nije bio predviđen ni jedan teži ili kvalifikovani oblik, nego je zakonodavac svrstavao u istu grupu situacije obljube sa punoletnim i obljube nad maloletnim (član 121. KZS). Međutim, veoma je važno napraviti razliku između incesta koji se dešava dobrovoljno između odraslih krvnih srodnika i seksualnog nasilja koje se vrši prema detetu. U prvom slučaju nema nasilja ostvarenog zloupotrebom porodične moći, a samim tim nema ni žrtve. Dok se drugi dešava nad detetom kao nasilje sa teškim psihološkim i socijalnim posledicama po žrtvu. Prema tome, pažnja treba da je usmerena ka incestu koji predstavlja kršenje osećanja sigurnosti i bliskosti od strane osobe od poverenja u porodici, bez obzira da li je reč o najbližem krvnom srodstvu (na primer otac, stariji brat). Kršenje odnosa poverenja između deteta i srodnika, a u nekim pravima i odrasle osobe od autoriteta, je ono što najtraumatičnije deluje na dete. U stvari, dete je na ovaj najgori mogući način prerano gurnuto, bez svoje volje, u svet seksualnosti.

¹⁹ Blume, E. S, *Secret Survivors – Uncovering Incest and Its Aftereffects in Women*. John Wiley and Sons, New York, 1990, str. 4; Courtois C., A, *op. cit.*, 1988, str. 12.

²⁰ Francuskog Krivičnog zakonika član 331 .

KARAKTERISTIKE I POSLEDICE INCESTA

Incest kao jedan od oblika seksualnog zlostavljanja dece i iskorišćavanja moći nad decom, je nasilje kojem uglavnom ne treba upotreba sile. Osnovano se ističe da što je odnos bliži, manje je sile potrebno da se incestne radnje učine i manje je verovatno da će učinilac koristiti fizičku silu.²¹

Mišljenja smo da incest nije obavezno seksualni odnos. On podrazumeva pokušaje ili izvršenja seksualnog odnosa, kao i milovanje i stimulaciju dečijih genitalija, negenitalno dodirivanje, egzibicionizam, upućivanje detetu skradnih reči itd. Prema tome, incest nije uvek vezan za fizički kontakt i seksualnu aktivnost u tom obliku. Češće se pojavljuju drugi oblici incesta.²²

Incest se retko dogodi jednom, uglavnom predstavlja višegodišnju traumu kojoj je dete izloženo tokom detinjstva. Iskustva terapeuta govore da se incest nikada ne dešava samo jednom.²³

Najčešća vrsta međugeneracijskog incesta je između oca i ćerke. Incest između oca i ćerke se dugi niz godina najčešće prijavljivao i zbog toga je ovaj oblik i najviše proučavan²⁴. Novija istraživanja ukazuju na postojanje još jednog međugeneracijskog incesta i to između majke i sina.²⁵ Međutim, unutar porodice incest se ne događa isključivo međugeneracijski, jer je, iako u manjem procentu, moguć incest između brata i sestre, ukoliko su maloletni. Virdžiniju Vulf je od šeste godine sve do mladosti, seksualno zlostavljao devetnaestogodišnji polubrat. Bajron je živeo sa polusestrom. U Velikoj Britaniji je zabeleženo da je u 30% slučajeva seksualnog zlostavljanja, sestru zlostavlja brat.²⁶ Novija istraživanja pokazuju da je incest između brata i sestre, posebno starijeg brata koji ima seksualne odnose sa maloletnom sestrom, najčešći oblik incesta,²⁷ dok se u nekim studijama smatra

²¹ Mršević, Z., *op. cit.*, 1998, str. 247.

²² U istraživanjima se procenjuje da je 10–15% opšte populacije proživelo jedan od oblika seksualnog zlostavljanja, a u manje od 2% je bio ostvaren seksualni odnos ili njegov pokušaj. Nemeroff, W. Edward; Craighead. *The Corsini Encyclopedia of Psychology and Behavioral Science*. New York: Wiley. 2001. Istraživanja pokazuju da kod žena procenat je visok i to 20%. (Courtois, C. A., *op. cit.*, 1998.)

²³ Kapor-Stanulović, N., *Psihologija roditeljstva*, Nolit, Beograd, 1985, str. 42.

²⁴ Hades Herman, Judith. *Father-Daughter Incest*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. 1981, 282.

²⁵ Margolin, Leslie. "The effects of mother-son incest". *Journal of Family and Economic Issues* 1985, 8 (2): 104–114. doi:10.1007/BF01553341.

²⁶ Kapor-Stanulović, N., *op. cit.*, 1998, str. 41.

²⁷ Goldman, R., & Goldman, J. "The prevalence and nature of child sexual abuse in Australia". *Australian Journal of Sex, Marriage and Family* 1988, 9 (2): 94–106. Wiehe, Vernon, *Sibling*

da se incest sa potomkom dešava češće nego drugi oblici incesta.²⁸ Istraživanja su pokazala da ukoliko je počinioc zlostavljanja brat, žrtve su mlađe, duži je period seksualnog zlostavljanja, a oni koriste nasilje češće nego drugi učinioci²⁹. Posledice ovog zlostavljanja su iste kao i kod seksualnog zlostavljanja u međugeneracijskom incestu otac-ćerka.³⁰ Strana istraživanja pokazuju da je najščešće prijavljeni oblik seksualnog zlostavljanja incest između mlađeg i starijeg brata.³¹

Incest se pojavljuje kao obrazac ponašanja u nekoliko generacija (otac seksualno zlostavlja kćerku, a kasnije i unuku). Po pravilu, u porodici postoje najmanje dva međugeneracijska incesta, sa tendencijom višegeneracijskog prenošenja.³² U stranoj literaturi se iznosi slučaj porodice Carielo (Cariello) u kojoj postoji negativna tradicija seksualnog zlostavljanja u više generacija.³³ Žrtve incesta su i devojčice i dečaci.³⁴ U literaturi se najčešće citira podatak da na deset incestuiranih

Abuse: Hidden Physical, Emotional, and Sexual Trauma. Sage Publications, 1997. Canavan, M. C.; Meyer, W. J.; Higgs, D. C. "The female experience of sibling incest". *Journal of Marital and Family Therap*, 1992, y 18 (2): 129–142. doi:10.1111/j.1752-0606.1992.tb00924.Smith, H., & Israel, E. "Sibling incest: A study of the dynamics of 25 cases". *Child Abuse and Neglect*, 1987, 11 (1): 101–108. doi:10.1016/0145-2134(87)90038-X. PMID 3828862. Cole, E. "Sibling incest: The myth of benign sibling incest". *Women and Therapy*, 1982, 1 (3): 79–89. doi:10.1300/J015V01N03_10. Cawson, P., Wattam, C., Brooker, S., & Kelly, G. *Child maltreatment in the United Kingdom: A study of the prevalence of child abuse and neglect*. London: National Society for the Prevention of Cruelty to Children. 2000.

²⁸ Finkelhor, David (1981). *Sexually Victimized Children*. Simon and Schuster.

²⁹ Laviola, M. "Effects of older brother-younger sister incest: A study of the dynamics of 17 cases". *Child Abuse and Neglect*, 1992, 16 (3): 409–421. doi:10.1016/0145-2134(92)90050-2. PMID 1617475. Cyr, M., Wright, J., McDuff, P., & Perron. "Intrafamilial sexual abuse: Brother-sister incest does not differ from father-daughter and stepfather-stepdaughter incest". *Child Abuse and Neglect*, 2002, 26 (9): 957–973. doi:10.1016/S0145-2134(02)00365-4. PMID 12433139.

³⁰ Jane M. Rudd; Sharon D. Herzberger "Brother-sister incest—father-daughter incest: a comparison of characteristics and consequences". *Child Abuse & Neglect*, 1999, 23 (9): 915–928. doi:10.1016/S0145-2134(99)00058-7. Mireille Cyr; S John Wrighta, Pierre McDuffa and Alain Perron. "Intrafamilial sexual abuse: brother-sister incest does not differ from father-daughter and stepfather-stepdaughter incest". *Child Abuse & Neglect*, 2002, 26 (9): 957–973. doi:10.1016/S0145-2134(02)00365-4. PMID 12433139.

³¹ Turner, J. S. *Encyclopedia of Relationships Across the Lifespan*. Greenwood Publishing Group. 1996, p. 92. M. Kalogerakis; American Psychiatric Association. Workgroup on Psychiatric Practice in the Juvenile Court. *Handbook of psychiatric practice in the juvenile court: the Workgroup on Psychiatric Practice in the Juvenile Court of the American Psychiatric Association*. American Psychiatric Pub. 199, p. 106.

³² Vukov, M., Baba-Milikić, N., *op. cit.*, 1993, str. 140–141.

³³ Rase, J, *The Cariello Family: a Tradition of Abuse*, 1999. str. 1–10.

³⁴ Dobro je što je incest problem koji u novije vreme privlači sve više pažnje stručnih institucija, udruženja i pokreta za dečiju zaštitu. Tako se razvojem volonterskih SOS službi i Incest trauma

devojčica dolazi jedan incestuirani dečak, a da su muškarci učinioci u 97% slučajeva.³⁵ Deca u uzrastu od 13. do 15. godine najčešće su žrtve incesta, mada incest sa decom oba pola, može započeti veoma rano, u uzrastu od 3. do 4. godine. Dužina trajanja incesta je u proseku dve godine, iako može trajati i u dužem rasponu (6–8 godina).³⁶

Počinioci incesta mogu biti i muški i ženski srodnici, ali su po pravilu to muškarci, najčešće očevi.³⁷ Statistika pokazuje da su u 11% slučajeva to žene, a u 89% slučajeva muškarci.³⁸ U teoriji se iznosi da su odlike počinilaca incesta: nedostatak kontrole agresivnosti i seksualnih pobuda, loša socijalna adaptacija, kao i prekomerna upotreba alkohola.³⁹ U oko 30–50% slučajeva počinioci su alkoholičari, a u 12% slučajeva su depresivni.⁴⁰

Jedno od retkih istraživanja o incestu u našoj zemlji je istraživanje koje je obavila autor Zorica Mršević u studiji "Incest između mita i stvarnosti".⁴¹ U uzor-

centra iz Beograda, došlo do više podataka o incestu. Na osnovu iskustva Incest trauma centra zasnovanog na javljanju i pričama žrtava incesta, pokazalo se da su izvršioци incesta najčešće muškarci – u 90-95% slučajeva. Istraživači procenjuju da je oko 1% žena od ukupne ženske populacije pretrpelo incest od oca; da su žrtve uglavnom devojčice uzrasta od tri ili četiri godine; da je uzrast izvršioca oko četrdeset godina i da je mali broj (3-6%) psihotičara. Mršević, Z., *op. cit.*, 1998, str. 25.

³⁵ Brownmiller, S, *Gegen unseren Willen, Vergewaltigung und Maennerherrschaft*, Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch Verlag, 1991. Prema: Mršević, Z., *op. cit.*, 1998, str. 88.

³⁶ Maisch, N, *Incest, Stein and Day*, New York, 1972. Prema: Vukov, M, Baba-Milikić, N, *op. cit.*, 1993, str. 139.

³⁷ Incest između oca i ćerke je najčešće prijavljen oblik incesta, a u manjem broju i incest između majke i sina. Turner, J. S. *Encyclopedia of Relationships Across the Lifespan*. Greenwood Publishing Group.1996, p. 92. Mali je broj slučajeva u kojima postoji incest između oca i sina, mada nije poznato da li je prevalenca manja, jer se retko otkriva. Dorais, M; Translated by I. Denholm Meyer. *Don't Tell: The Sexual Abuse of Boys*. McGill-Queen's Press.2002, p. 24. Courtois, Ch. A, *op. cit.*, 1998. U literaturi su počinitelji incesta opisani ili kao autoritarni tirani (Lustig, 1966) ili su inhibirani, plašljivi, sa nedostatkom socijalnih veština u komunikacijama. Očevi-počinitelji incesta su: "zavisni od seksa, ali nisu obavezno pedofili; često su emocionalno retardirani i osećaju se strano u svetu odraslih; deca ih seksualno uzbuđuju i ne smatraju lošim ako sebe seksualno zadovolje na račun deteta; to su osobe koje imaju problem saosećanja sa drugim ljudima; obično smatraju da deca nemaju nikakva prava, a i sami su bili žrtve seksualnog nasilja; zapaža se i njihova loša kontrola impulsa, konfuzija oko ljubavi i seksa, agresivno ponašanje; ponekad, počinitelji su neupadljivi, sa ideološkim "backgroundom" koji se opisuje kao religiozan, moralan, a seksualnost je za njih tabu sa negativnom konotacijom". Vukov, M, Baba-Milikić, N, *op. cit.*, 1993, str. 141.

³⁸ Vukov, M, Baba-Milikić, N, *op. cit.*, 1993, str. 139.

³⁹ Ivanović, D., "Teorije o incest zabrani i incestuozno ponašanje", *Sociologija*, 47, 1995, str. 45.

⁴⁰ Finkelhor, D., Psychological Cultural and Family Factors in Incest and Family Sexual Abuse, *Journal of Marriage and Family Counseling*, 41-48.

⁴¹ Mršević Z., *op. cit.*, 1997, str. 27–32.

ku korišćenom u studiji, koji čini 99 originalnih slučajeva onih koji su preživeli incest, preovlađuju ženske žrtve incesta, njih je 93,9%.⁴² Izvršioци su u većini slučajeva muškarci i to u 72,7%. Žene kao izvršioци javljaju se u 7,1% slučajeva, a 20,2% se ne izjašnjava, ne seća ili iz drugih razloga ne želi da o tome govori.⁴³ Takođe, novije istraživanje koje je obavljeno u našoj zemlji pokazuje da se incest teško u javnosti prihvata kao pojava koja se često dešava.⁴⁴ Incest, za one koji su ga preživeli, predstavlja ozbiljan, doživotan problem. Posledica koju osećaju žrtve naziva se *post-incestni sindrom*.⁴⁵ On je mešavina straha, konfuzije, besa, sramote, depresije, niskog samovrednovanja, osećaja krivice.⁴⁶

⁴² Autor Zorica Mršević izražava rezervu, jer uzorak nije slučajaj, već se do slučajeva došlo kroz rad ženskih grupa koje su orijentisane na pružanje pomoći i podrške ženama-žrtvama incesta. Samim tim, moguće je uglavnom prisustvo incestnih slučajeva prema ženama, jer se one obraćaju za pomoć ženskim grupama, nego što to čine muškarci. Međutim, i strana istraživanja pokazuju da pored toga što su žrtve incesta i devojčice i dečaci, "na deset incestiranih devojčica dolazi jedan incestirani dečak". (Brownmiller, 1991) (Mršević, Z., *op. cit.*, 1997, str. 27–32).

⁴³ Prema rezultatima ovog istraživanja, 16,2% žrtava su doživele seksualno zlostavljanje koje je počelo kad su bile mlađe od pet godina, 31,3% između pete i desete godine, 8,1% između deset i petnaest godina, a između petnaest i osamnaest godina bilo je 10,3% žrtava. To znači da je kod 47,5% žrtava seksualno zlostavljanje započelo pre desete godine, odnosno pre uobičajenog nastupanja puberteta. Radnje seksualne zlopotrebe su trajale u periodu dužem od pet godina u 85,8% slučajeva, kraće od pet godina, dešavale su se u 11,3% slučajeva, a jednom ili nekoliko puta u 3,1% slučajeva. Najčešći oblik zlopotrebljavanja je kompletan seksualni odnos vaginalnog, oralnog ili analnog tipa, i to u 58,9% slučajeva. Drugi oblici seksualnog zlopotrebljavanja, kao što je dodirivanje, ljubljenje, peting, pokazivanje pornografskih proizvoda i slično, javljaju se u 3,1% slučajeva. Očevi su najčešće izvršioци incesta, i to u 32,3% slučajeva. Braća u 20,6%, dede u 8,2%, više raznih, pojedinačno nedefinisanih muških učinilaca u 8,2%, ujaci i stričevi u 7,3%, druge muške osobe od poverenja u 6,2%, muška deca starija od žrtve u 5,2% i majka u 2,1%. Elementi post-incestnog sindroma grupisani su u nekoliko kategorija: 1) strahovi, bes, osećaj krivice, multiplikovanje ličnosti, bizarno ponašanje, emotivna neuravnoteženost javljaju se u 56,6% slučajeva; 2) potreba za permanentnim višegodišnjim terapijama pojavljuje se u 39,4% slučajeva; 3) pokušaji samoubistva, samopovređivanja, ulaženje u visokorizične životne situacije i prostituisanje se nalaze u 13,5% slučajeva; 4) alkoholizam, narkomanija, trankvilajzeri, karakteristika su 10,1% slučajeva; nemogućnost ostvarivanja ili znatni problemi u profesionalnoj realizaciji u 10,1% i nemogućnost ili znatni problemi u ostvarivanju stalnog partnerstva javljaju se u 6,2% slučajeva; a samo 10,3% tvrdi da nema posebnih problema. Porazno je da nijedan od izvršilaca seksualnog zlostavljanja prema 99 osoba iz uzorka koje su to preživeli, nije za svoje nasilje izveden pred sud i primerno osuđen. (Mršević, Z., *op.cit.* . 1997, str. 27-32).

⁴⁴ Kostić, M., Kriminalna viktimizacija dece (Seksualno zlostavljanje), *Sociologija*, Beograd, 9–10, 1996, str. 92.

⁴⁵ Courtois, C. A. *op. cit.*, 1998, p. 208. Trepper, T. S.; Mary Jo Barrett. *Systemic Treatment of Incest: A Therapeutic Handbook*. Psychology Press. 1989. Kluff, R.P. *Incest-Related Syndromes of Adult Psychopathology*. American Psychiatric Pub, Inc.1990. pp. 83, 89.

⁴⁶ Autori Skot i Ston istraživali su MMPI mere psihičke poremećenosti kod maloletnih i odraslih žrtava incesta otac-kćerka. Rezultati njihovog istraživanja pokazuju da žrtve incesta po-

U stranoj literaturi se kao posledice incestnog iskustva kod dece, kao i trajne posledice ovog posttraumatskog stres-sindroma navode: "gubitak smisla i doživljaja realnosti ("nije istina to što mi se događa"), pasivna bespomoćnost, izolacija, internalizacija stida kroz adicije i prekomerno uzimanje hrane, seksualizovani bes, identifikacija s ulogom žrtve, delinkvencija, kriminal, prostitucija, seksualne disfunkcije, problemi ishrane, multipla ličnost, depresija, ponavljanje situacije zlo-upotrebe u novim životnim okolnostima, problemi intimnosti, konfuzija oko ljubavi i seksa, ekscesivna zavisnost od objekta".⁴⁷ U našoj literaturi se ističe: "Mnoge žene, žrtve incesta, u zreloom dobu imaju brojne, neuspešne emotivne veze, često su promiskuitetne, sa vanbračnom decom, i sklone su razvijanju veoma zavisnih odnosa."⁴⁸

Danas, incest mora da se posmatra kao kompleksan, porodični, društveni i psihološki problem, koji tek treba da se istražuje i analizira u potrazi za adekvatnijim postupcima otkrivanja i pomoći žrtvama koje su ga preživele.

ZABRANA INCESTA

Zabrana incesta potiče još iz rimskog prava⁴⁹, ali vremenom se krivično-pravno određivanje incesta ograničilo samo na najbliže krvne srodnike i kao takvo dugo je postojalo u skoro svim krivičnim zakonima u svetu.⁵⁰ U teoriji se iznosi da je nekada incest bio uobičajeni oblik seksualnih odnosa, na primer, u prvobitnoj

stižu T-skorove od preko 80 na skalama psihopatskih devijacija i shizofrenije. (Scott, R. L, Stone, D. A, MMPI Measures of Psychological Disturbance in Adolescent and Adult Victimis of Father – Daughter Incest. *Journal of Consulting and Clinical Psychology* 42, 1986).

⁴⁷ Kinzl, J., Biebl, W., Sexual abuse of girls: aspects of the genesis of mental disorders and therapeutic implications, *Acta Psychiatrica*, 1991, Scand. 83, str. 427-431; Bradshaw, J, *The Family*, Health Communications Inc., Deerfield Beach, Florida, 1988. Prema: Vukov, M., Baba-Milikić, N, *op. cit.* 1993, str. 142.

⁴⁸ Vukov, M., Baba-Milikić, N., *op. cit.*, 1993, str. 142.

⁴⁹ Rimski senat je odobrio dekret kojim je omogućeno da se imperator Klaudije oženi kćerkom svoga brata. Agripinom, ali se i dalje smatralo za incest kada neko ima seksualni odnos sa kćerkom svoje sestre (S.1.162). Ova pravila su važila i za vreme Ulpijana do 233.godine. A Votson, Pravo u knjigama, zakonu i stvarnosti:uporednopravni pregled, *Anali,Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd, 2007. br. 2, str. 16–17. Incestnici su bacani sa Tarpejske stene. (Chevalier, J, and Cheerbrant, A, *op. cit.*, 1983).

⁵⁰ Istoričari ističu da je u Trećoj knjizi Mojsijevoj, Jevrejima incest, ne samo kao brak među braćom i sestrama, već i u vidu svakog seksualnog odnosa među bliskim srodnicima, bio zabranjen pod pretnjom prokletstvom i progonstvom (Mršević, Z, *op. cit.* 1998, str. 1). U feudalnom krivičnom pravu, incest je smatran veoma teškim krivičnim delom, a učinioci incesta su kažnjavani veoma teškim, čak i smrtnim kaznama (što je zavisilo od stepena srodstva). U tome je značajnu ulogu imala crkva, za koju je incest bio težak greh.

zajednici gde nije bilo ni braka, ni porodice, dakle, gde nisu bile poznate srodničke veze, te za incest nije bilo ni posebnih motiva.⁵¹ Još dugo, i pored rane prohibicije, incest ostaje skrivena pojava, pa je čak u mnogim starim kulturama, kao na primer u egipatskoj, bio privilegija ili je bio obaveza i dužnost (faraona).⁵² Postoji i suprotno mišljenje autora Hopkinsa (Hopkins) da se u Egiptu više ne može govoriti samo o kraljevskom incestu, već da bi neko kompletno objašnjenje trebalo da obuhvati i incestuozno ponašanje običnih ljudi.⁵³

Danas u većini zakonodavstava, kao i u našem pravu, predviđeno je krivično delo rodoskrvnjenja, sa većim ili manjim razlikama. Međutim, neke zemlje napuštaju inkriminisanje ovog dela.⁵⁴ U teoriji krivičnog prava sve su izraženije tendencije ka dekriminalizaciji ovog krivičnog dela, sem kada se radi o maloletnicima.⁵⁵

U teoriji postoje različita shvatanja o razlozima za inkriminisanje rodoskrvnjenja. Prema tradicionalnom i uglavnom u prvo vreme preovlađujućem shvatanju, razlog za inkriminaciju rodoskrvnjenja je biološke prirode, odnosno negativno eugeničko iskustvo u vezi sa potomcima koji su se rađali iz incestuoznih

⁵¹ Košiček, M, *Nauka o spolnosti* (Mozaik znanja, tom 25), Oslobođenje, Sarajevo, 1971.

⁵² Kod nekih staroegipatskih dinastija važno je pravilo da prestolonaslednik mora da se oženi sestrom, ako hoće da ga priznaju za pravovaljanog kralja. Ova tradicija se nastavlja tek za vreme dinastije Ptolomejevića koji poznaju brak između braće i sestara još narednih tri stotine godina. Prema: Mršević, Z, *op. cit.*, 1998, str. 11.

⁵³ U teoriji se ističe da se danas ne može znati kako su brakovi između braće i sestara u Egiptu počeli, ali da se zna kako se sa tom praksom završilo. Egipćani od 212 g.n.e. primenjuju rimske zakone, a ne egipatske. Rimski zakon je zabranjivao brak između bliskih srodnika, a primenjivao se u svim delovima Rimskog carstva. (Hopkins, K. Brother-sister marriage in Roman Egypt, *Comparative Studies in Society and History* 1980, 22 (3) : pp. 303–354).

⁵⁴ Incest je vrlo čest u slučajevima seksualnog zlostavljanja dece, međutim, moguć je i kao dobrovoljni čin među odraslim osobama. Jedan takav slučaj je pre dve godine došao pred nemački Vrhovni sud, radilo se o slučaju brata i sestre Patrika S. (Patric) i Suzan C. (Susan) koji imaju četvoro dece. Njih dvoje nisu se poznavali sve dok Patrik nije navršio 23 godine, a Suzan 16. Patrik je iz svoje biološke porodice, koja je bila problematična, bio izdvojen s tri godine u hraniteljsku porodicu, a kasnije je i usvojen. Kada je odrastao, Patrik je potražio svoju biološku porodicu, našao je i preselio se, ali je ubrzo potom majka umrla i Patrik je ostao sam sa Suzan. Već sa 16 godina Suzana je prvi put zatrudnela. U Nemačkoj je incest kažnjiv od 1973. godine pa su brat i sestra bili sudski gonjeni od 2001. godine. O ovom pitanju u evropskim zakonodavstvima postoje različita rešenja. Na primer, u Francuskoj rodoskrvnjenje pri kojem nema prisile nije kažnjivo još od doba Napoleona, dakle već 200 godina. Ovo je u Nemačkoj pokrenulo pitanje da li incest između odraslih osoba treba da bude kažnjavan. U aprilu 2012. godine pred Evropskim sudom za ljudska prava, Patrik je izgubio spor da je prekršeno njihovo pravo na privatni i porodični život.

⁵⁵ U teoriji krivičnog prava sve je jača tendencija da se rodoskrvnjenje kažnjava samo ako je izvršeno na štetu maloletnika. (Hirjan, F., Singer, M., *op. cit.*, 1987, str. 247)

odnosa.⁵⁶ Naime, smatralo se da će se deca iz brakova bliskih krvnih srodnika češće rađati sa malformacijama ili bolestima. Međutim, danas je medicinsko objašnjenje ove pojave preciznije. Rizik postoji u slučaju kada su oba roditelja nosioci istovrsnih gena koji su prenosioci određene nasledne bolesti, ili malformacije, s obzirom da tada postoji velika verovatnoća, čak izvesnost da će se bolest preneti na dete.⁵⁷ Dakle, rizik nije u postojanju bliskog krvnog srodstva, samog po sebi.

Po drugom shvatanju, razlog za inkriminisanje rodoskrvnjenja je društvene prirode, jer u velikom broju zemalja seksualni odnosi između bliskih srodnika su protivni običajima i moralu. S obzirom na to da se sklapanje braka smatra nemoralnim i protivnim običajima, u mnogim zakonodavstvima incest predstavlja krivično delo.

U svetu danas postoje različite odredbe u odnosu na rodoskrvnjenje: od potpune nekažnjivosti u belgijskom pravu, pa sve do kažnjivosti rodoskrvnih odnosa čak do 7. stepena srodstva u etiopskom pravu. Prema našem zakonodavstvu, krivično delo rodoskrvnjenja vrši punoletno lice koje izvrši obljubu ili sa njom izjednačeni polni čin sa maloletnim srodnikom po krvi u pravoj liniji ili sa maloletnim bratom, odnosno sestrom, kazniće se zatvorom.⁵⁸ U Krivičnom zakoniku rodoskrvnjenje je inkriminirano kao krivično delo u grupi protiv braka i porodice. Radnja izvršenja je obljuba ili polni čin koji izvrši punoletno lice prema maloletnom srodniku po krvi u pravoj liniji ili sa maloletnim bratom, odnosno sestrom. Za krivičnu odgovornost relevantni oblik vinosti je umišljaj. Propisana kazna za ovo krivično delo je zatvorska kazna od šest meseci do pet godina.⁵⁹ Rodoskrvnjenje se retko javlja kao samostalno krivično delo, već je po pravilu povezano

⁵⁶ Prema: Simson-Geerds: *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtvergleichender Sicht*, München, 1969. Hirjan, F., Singer, M., 1981, *op. cit.*, str. 246.

⁵⁷ Novija istraživanja pokazuju da imuni sistem može biti podložniji infektivnim bolestima kod dece iz incestuoznih veza. Lieberman, D.; Tooby, J.; Cosmides, L. "Does morality have a biological basis? An empirical test of the factors governing moral sentiments relating to incest". *Proceedings of the Royal Society B: Biological Sciences*, 2003, 270 (1517): 819. doi:10.1098/rspb.2002.2290.

⁵⁸ Čl. 197. *Krivični zakonik* ("Sl. glasnik RS", br. 85/2005, 88/2005 - ispr. 107/2005 - ispr. 72/2009 i 111/2009). Prema našem ranijem zakonodavstvu, krivično delo rodoskrvnjenja se sastojalo u obljudi sa srodnikom po krvi u pravoj liniji ili bratom, odnosno sestrom.

⁵⁹ Krivični zakon Srbije iz 1860. godine i Krivični zakonik iz 1906. godine, poznavali su krivično delo rodoskrvnjenje, za koje su bile predviđene stroge kazne. Kazne su se razlikovale prema stepenu srodstva i okolnostima pod kojima je došlo do obljube među srodnicima. Maksimalna je kazna bila 12 godina robije, a minimalna šest meseci zatvora. U Krivičnom zakoniku Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine za obljubu među srodnicima u pravoj liniji bila je predviđena robija do 10 godina, a u pobočnoj liniji do 5 godina. Međutim, kažnjavana je i obljuba između tazbinskih srodnika kaznom zatvora u trajanju od jedne godine. U SFRJ Krivični zakonik iz 1951. godine ograničio je krivično delo rodoskrvnjenja samo na srodnike po krvi u pravoj liniji ili na brata, odnosno sestru. Propisana kazna za ovo delo je bila kazna zatvora do 3 godine.

sa krivičnim delom silovanja. U Sjedinjenim Američkim Državama prema Nacionalnom centru za žrtve kriminala veliki broj silovanja učinio je član porodice: istraživanje pokazuje da 46% dece koja su bila silovana su žrtve njihovih članova porodice. Većina ovih žrtava (61%) je silovana pre 18-te godine, odnosno u 29% slučajeva žrtva je bila mlađa od 11 godina. Takođe, žrtave silovanja u 11% slučajeva su silovali očevi, a 16% su silovali drugi rođaci.⁶⁰

Univerzalno postojanje incest tabua u različitim društvima, koji je među najčešćim kulturnim tabuima, kako danas tako i u mnogim prošlim društvima, ⁶¹ jedan je od razloga za predviđanje srodstva kao bračne smetnje. Kada se radi o krvnom srodstvu zajedničko rešenje za većinu prava je postojanje smetnje između srodnika u pravoj liniji,⁶² brak ne mogu sklopiti između sebe otac i ćerka, majka i sin, deda i baba sa unucima, na primer. U pobočnom srodstvu postoje razlike. U domaćem zakonodavstvu srodnici do četvrtog stepena ne mogu međusobno da zaključe brak, odnosno preciznije, svi srodnici do trećeg, a u četvrtom deca rođene braće i sestara i deca polubraće i polusestara.⁶³ Može se primetiti da je incest kao krivično delo postavljeno uže od srodstva kao bračne smetnje.

ZAKLJUČAK

Prema zakonodavstvu Srbije, krivično delo rodoskrvnjenje (incest), koje se nalazi u grupi krivičnih dela protiv braka i porodice, postoji u slučaju kada puno-

⁶⁰ "Incest". *National Center for Victims of Crime and Crime Victims Research and Treatment Center*. National Center for Victims of Crime. 1992.

⁶¹ Durkheim, E, *Incest: The Nature and Origin of the Taboo*, 1963.

⁶² Neke države u SAD ,zabranjuju brak sa srodnikom po krvi u prvoj liniji i to u 24 države, dok u nekim brak među njima se može dozvoliti pod određenim okolnostima.

⁶³ Čl. 19. Porodičnog zakona Srbije iz 2005. godine "Službeni glasnik", br. 18/2005, 72/2011 glasi: "Brak ne mogu sklopiti krvni srodnici u pravoj liniji, a od srodnika u pobočnoj liniji brak ne mogu sklopiti: rođeni brat i sestra, brat i sestra po ocu ili majci, stric i sinovica, ujak i sestričina, tetka i bratanac, tetka i sestrić, deca rođene braće i sestara, te deca braće i sestara po ocu ili majci". Shvatanje o neprihvatljivosti polnih odnosa između bliskih srodnika sadržalo je i naše porodično zakonodavstvo, što se ističe kroz odredbu o krvnom srodstvu kao bračnoj smetnji. Smetnja je postojala u pravoj liniji neograničeno, a u pobočnoj liniji do 4. stepena (između dece rođene braće i sestara) i nije se mogla otkloniti. Ova bračna smetnja je u našem pravu strože predviđena nego u mnogim stranim pravima. Po bračnom pravilniku Srpske pravoslavne crkve bračna smetnja postoji u pobočnoj liniji kao neotklonjiva čak do 5. stepena, a postoji i u dvorodnom i trorodnom srodstvu (par. 12. i par. 13. Bračnog pravilnika). U uporednom pravu ova bračna smetnja postoji u pobočnom srodstvu do 2. ili 3. stepena i često je otklonjiva. Urednopravno, može se reći da je drugi stepen krvnog srodstva (rođena braća i sestre) univerzalno prihvaćen kao neotklonjiva smetnja, sem u Švedskoj, gde polubraća i polusestre mogu dobiti dozvolu vlade, odnosno tela koje odredi vlada. (Ch. 2, sec. 3 Zakona o braku (SFS 1987:230) sa amandmanima 1988: 1452), izdanje Ministarstva pravde, 1989.

letno lice izvrši obljubu sa maloletnim srodnikom po krvi u pravoj liniji i sa bratom, odnosno sestrom. Krivičnim zakonikom Srbije iz 2005. je napušteno krivično delo incesta kao takvo, te se sada kažnjavaju samo seksualni odnosi između bliskih srodnika kada se radi o maloletniku.

Incest je najtraumatičnije iskustvo koje dete može doživeti. Dete je u slučaju incesta izloženo postupcima koji ga traumatizuju zauvek, ostavljajući posledice u vidu poremećenog osećanja griže savesti, samookrivljanja, potrebe za višegodišnjim terapijama.

Incest je nasilje nad telom i poverenjem koje prelazi sve granice izdržljivosti koje se mogu zamisliti. On je najteži od svih oblika zlostavljanja dece. Prema tome, incest mora da se identifikuje kao nasilje sa dugotrajnim i traumatizirajućim psihološkim i socijalnim posledicama po žrtve.

Incestu su izložena deca kao najbespomoćnija i najosetljivija populacija. Detetovo prirodno stanje zavisnosti i fizičke i socijalne nemoći se koristi da dete postane žrtva. U stvari, dete je zbog neravnoteže moći u odnosu na odrasle srodnike, emotivne vezanosti i zavisnosti od njih, toliko bespomoćno.

Incest kao jedan od oblika seksualnog zlostavljanja dece i iskorišćavanja moći nad decom, je nasilje kojem uglavnom ne treba upotreba sile. Incest nije obavezno seksualni odnos. Incest se retko dogodi jednom, uglavnom predstavlja višegodišnju traumu kojoj je dete izloženo tokom detinjstva.

Žrtve incesta su i devojčice i dečaci. Incest, za one koji su ga preživeli, predstavlja ozbiljan, doživotan problem. Posledica koju osećaju žrtve koju predstavlja post-incestni sindrom, je mešavina straha, konfuzije, besa, sramote, depresije, niskog samovrednovanja, osećaja krivice.

Najčešća vrsta međugeneracijskog incesta je između oca i ćerke. Danas se ukazuje na postojanje još jednog međugeneracijskog incesta između majke i sina. Međutim, unutar porodice incest se ne događa isključivo međugeneracijski, jer je moguć incest između brata i sestre, ukoliko su brat ili sestra maloletani, ali i incest između maloletnog i starijeg brata.

Univerzalno postojanje tzv. incest tabua u različitim društvima, jedan je od razloga za predviđanje srodstva kao bračne smetnje. Kada se radi o krvnom srodstvu zajedničko rešenje za većinu prava je postojanje smetnje između srodnika u pravoj liniji, brak ne mogu sklopiti između sebe otac i ćerka, majka i sin, deda i baba sa unucima, na primer. U pobočnom srodstvu postoje razlike. U našem zakonodvstvu srodnici do četvrtog stepena ne mogu međusobno da zaključe brak, odnosno preciznije, svi srodnici do trećeg, a u četvrtom deca rođene braće i sestara i deca polubraće i polusestara. Može se primetiti da je incest kao krivično delo postavljeno uže od srodstva kao bračne smetnje.

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

INCEST IN THE FAMILY AND THEIR CONSEQUENCES

Summary

In the paper the author points out that the incest is one of the hardest aspect of sexual child abuse, which can cause serious consequences on physical, psychological and social development of the victim.

In our opinion, incest between an adult and a child is considered a form of child sexual abuse, concerns attempts to or performed sex, as well as other means of activities with the child which are done for the sexual purposes, using the force or without it by the parent or brother and sister. Incest is a traumatic event so that only one incident is enough to the child, who has survived it, and leaves hard and long-lasting psychological and social consequences. However, incest is rarely happening only once, it is repeated several months or even some years. Incest within the family is the problem to which full attention should be dedicated, those who have survived have long-lasting consequences in the way of disrupted memory, guilty conscience, self-blaming and a need for a several years of a therapy.

The existence of incest taboos in different societies, is one of the reasons for the prescription of kinship as marital constraint. In our law incest as an offense is narrower set of kinship as marital constraint. Also, according to the criminal law of Serbia, now apply only when an adult performs sexual intercourse with an underage relative in the direct line and to his brother or sister.

PRAVO DETETA NA PRISTUP I RAZMENU INFORMACIJA I ZAŠTITA DETETA OD ŠTETNIH INFORMACIJA

U V O D

Pravo deteta da traži, dobije i razmeni informacije, deo je šireg prava deteta na učešće, participaciju. Pravo na dobijanje informacija, prvo je u nizu prava koje čine lanac prava na donošenje odluke. Dobijanje informacija nalazi se na početku procesa koji se završava pravom deteta na donošenje odluke. Stoga, da bi dete moglo da donese odluku o nekom pitanju koje ga se tiče, ono najpre treba da dobije i razmeni potrebne informacije. Nakon toga, dete koje je sposobno da formira sopstveno mišljenje, ima pravo da tako formirano mišljenje izrazi.¹ Krajnji rezultat procesa ogleda se u donošenju odluke koja se tiče određenog pitanja vezanog za život deteta, bilo da se radi o bitni(ji)m odlukama (odluka deteta o izboru škole, odluka deteta sa kojim roditeljem će živeti,² odluka deteta o načinu raspolaganja sredstvima stečenim ugovorom o radu) ili, pak, svakodnevnim aktivnostima (odluka o izboru muzičke grupe, odluka o izboru televizijskog programa, odluka o izboru literature za čitanje).

Mr Uroš Novaković, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ V. Vlašković, Pravo na mišljenje deteta, Slobode i prava čoveka i građanina u konceptu novog zakonodavstva Republike Srbije, Kragujevac, 2005, str. 418, o pravnoj prirodi prava deteta na mišljenje.

² O pravu deteta na lične odnose sa roditeljima, videti, O. Cvejić-Jančić, Zaštita roditeljskog prava i prava deteta, Pravni život, 10/2009, str. 853.

Uloga medija u procesu dobijanja informacija, a samim tim i formiranja mišljenja i donošenja odluka deteta, ima sve veći značaj. Olakšan pristup dece masmedijima, posebno *Internetu*, nosi pored dobrih strana, niz opasnosti oličenih u naizgled bezazlenim informacijama i sadržajima. Povećanje uloge medija u svakodnevnim aktivnostima dece povlači potrebu za većim stepenom (pravne) odgovornosti države koja je direktno nadležna za postupanje medija u odnosu na razvoj dece.

U (naj)novije vreme, posebno sa razvojem masovnih medija, komunikacija i tehnologije, njihove dostupnosti velikom broju ljudi, posebno deci, ona su postala samostalnija i sposobnija u pogledu formiranja sopstvenog mišljenja. Nije uvek slučaj da su deca sposobna da donose odluke (potpuno samostalno) i da poseduju sopstveno mišljenje.³ Da bi dete moglo da formira i izrazi mišljenje, potrebno je (i) prethodno ostvarivanje drugih prava – prava na obrazovanje, prava na ishranu, prava na negu i zaštitu, prava na adekvatne životne uslove.⁴ U skladu sa razvojem samostalnosti, deci je priznato pravo da poseduju mišljenje, da to mišljenje izraze i da se mišljenju deteta, posebno prilikom donošenja odluka koje se tiču deteta, pokloni pažnja. Pretpostavka da bi dete moglo da formira mišljenje jeste dobijanje adekvatnih informacija.⁵ Postavlja se pitanje, u svemiru (loših) informacija koje su informacije potrebne (i korisne) za dete? Odnosno, kakvo će mišljenje i odluka deteta biti, zavisi u velikoj meri od prirode primljenih i obrađenih informacija. Pravo deteta na prijem informacija ima, poslužimo se jezikom procesnog prava, karakter prethodnog pitanja u odnosu na pravo deteta na izražavanje mišljenja. Korisne informacije vode zdravim, tolerantnim, miroljubivim stavovima, dok štetne, nasilne informacije rezultiraju agresivnošću, netolerancijom i nezadovoljstvom kod dece.

³ U tom pravcu ističe se da roditelji, suprotno shvatanju o individualnim kapacitetima deteta, imaju "pravo veta" na aktivnosti i odluke deteta za koje smatraju da nisu u najboljem interesu deteta. O tome, C. van Nijnatten, *Authority Relations in Families and Child Welfare in The Netherlands and England: New Styles of Governance*, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 14, Num. 2, August 2000, str. 117. Ne ulazeći previše u celishodnost "prava veta" u drugim oblastima prava deteta, smatramo da je oblast prava pristupa i razmene informacija deteta pogodna da se povremeno primeni ovo pravo roditelja, ali isključivo i samo u cilju zaštite deteta od štetnih informacija i radi ograničenog korišćenja masmedija od strane deteta.

⁴ Camelia Manuela Lataianu, *Social Protection of Children in Public Care in Romania from the Perspective of EU Integration*, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 17, num. 1, april 2003, Oxford, 2003, str. 106, o tome koliko uslovi za život dece koja se nalaze u socijalnim ustanovama utiču na (ne)mogućnost posedovanja i izražavanja mišljenja deteta.

⁵ Z. Ponjavić, *Porodično pravo*, Kragujevac, 2005, str. 243. Prof. Ponjavić ističe da pravo deteta na mišljenje obuhvata pravo na slobodno izražavanje mišljenja, pravo na obaveštavanje radi formiranja mišljenja i pravo da se mišljenje deteta uzme u obzir.

PRAVO DETETA NA DOBIJANJE I RAZMENU INFORMACIJA
I PRAVO DETETA NA PARTICIPACIJU

Pravo deteta da traži i dobije informacije, deo je šireg prava deteta na učešće – participaciju.⁶ Prava deteta mogu se svrstati u tri šire kategorije: prava na obezbeđenje⁷, prava na participaciju i prava na zaštitu⁸. Pod pravom na participaciju podrazumevaju se pravo deteta da traži, prima i razmenjuje informacije⁹, pravo na slobodu mišljenja, savesti i veroispovesti, pravo na mirno okupljanje, pravo na udruživanje, pravo na izražavanje mišljenja, pravo na saslušanje pred državnim organima.

Pravo deteta da traži informacije najpre se ogleda kroz pravo na saznanje informacija koje se tiču biološkog porekla.¹⁰ To su slučajevi kod prirodnog rođenja (dete je nađeno bez dokumenta o poreklu), utvrđivanja očinstva (majka ne želi da otkrije identitet oca, istekao je zakonski rok za utvrđivanje očinstva, majka ne zna ko je otac deteta), anonimnog porođaja (u pravima koja dozvoljavaju anonimni porođaj,¹¹ kao što je francusko pravo, zabrana otkrivanja identiteta majke a samim tim i oca), biomedicinski potpomognutog oplodjenja¹² (zabrana saznanja nekih ili svih podataka o donoru), usvojenja (zabrana saznanja podataka o biološkim roditeljima usvojene dece), boravka u socijalnim službama (zabrana saznanja podataka o biološkim roditeljima dece koja se nalaze u ustanovama socijalne zaštite). U svim navedenim pravnim institutima radi se o pravu deteta na uvid u informacije koje se tiču njegovog porekla.¹³ Zabrana uvida u informacije o poreklu

⁶ M. Draškić, Porodično pravo i prava deteta, Beograd, 2010, str. 284, o pravu deteta na participaciju.

⁷ Ova grupa prava obuhvata pravo deteta na život i razvoj, pravo na ime i državljanstvo, pravo na saznanje porekla, pravo na obrazovanje, pravo na zdravstvenu zaštitu, pravo na izdržavanje.

⁸ Pravo na zaštitu od fizičke, seksualne i psihološke eksploatacije i pravo na zaštitu od diskriminacije (zabrana diskriminacije biološke i usvojene dece, bračne i vanbračne dece).

⁹ Prema jednoj podeli, pravo na izražavanje, primanje i davanje informacija spada u "druću generaciju" prava deteta, M. Janjić-Komar, M. Obretković, Prava deteta-prava čoveka, Beograd, 1996, str. 101.

¹⁰ Ustav Republike Srbije govori u čl.64. st.2. da svako dete ima pravo da sazna svoje poreklo i da očuva svoj identitet. Takođe, i Porodični zakon predviđa da svako dete bez obzira na uzrast ima pravo da sazna ko su mu roditelji. Navedeni zakon u čl. 59. predviđa da dete sa navršenom 15. godinom može da izvrši uvid u matične knjige i druga dokumenta koja se odnose na njegovo poreklo.

¹¹ O. Cvejić - Jančić, Pravo na anonimni porođaj, Pravni život, 9/1998, str. 653 i dalje.

¹² G. Van Bueren, Child Rights in Europe, Strasbourg, 2007, str. 65.

¹³ Videti odluke Evropskog suda za ljudska prava o navedenoj problematici: *Alexandra Marckx v. Belgium*, No. 6833/74, od 24. oktobra 1978, godine; *Kroon v. The Netherlands*, No. 18535/91, od 20. septembra 1994. godine; *Odievre v. France*, No. 42326/98, od 13. februara 2003. g.

deteta zapravo govori o sukobu dva prava – prava na saznanje sopstvenog porekla¹⁴ putem informacija i prava deteta na stabilan i siguran razvoj.

U određenim slučajevima pravi se razlika između vremenskog okvira u kome dete zahteva informacije. Detetu se ne dozvoljava da izvrši uvid u neke ili sve informacije o poreklu dok je maloletno, ali kada stekne punoletstvo isto pravo se aktivira i detetu se omogućava uvid. Sa određenim uzrastom (pretpostavlja se i zrelošću), u našem pravu sa 15. godinom, dete stiže određena prava.¹⁵ Navedeni segment prava na dobijanje informacija tiče se saznanja podataka o sopstvenom poreklu.¹⁶ Drugi aspekt, na kome je pretežni akcenat naše analize, predstavlja dobijanje i razmenu informacija koje se tiču svakodnevnih aktivnosti deteta (prijem i razmena kulturnih, zabavnih, naučnih, sportskih i drugih informacija). Poseban deo u okviru navedene grupe informacija čini zaštita deteta od štetnih informacija i sadržaja.

PRAVO DETETA DA TRAŽI, DOBIJE I RAZMENI INFORMACIJE

Pravo da dete traži, dobije i razmeni informacije ima veliki značaj na formiranje mišljenja deteta.

Pravo deteta na traženje i pristup informacijama uglavnom se tokom razvoja ovog prava odnosilo na informacije o poreklu deteta. Pristup drugoj kategoriji informacija (naučnih, zabavnih, kulturnih) regulisana je u međunarodnim dokumentima. Tako, od međunarodnih pravnih akata, pored Konvencije o pravima deteta, ovo pravo predviđaju UN deklaracija o pravima čoveka, Konvencija o pravima deteta¹⁷ i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima.¹⁸ Američka konvencija o ljudskim pravima predviđa da “javni sadržaji mogu biti predmet prethodne cenzure u cilju moralne zaštite dece i mladih.”¹⁹ Suprotno navedenom

¹⁴ O pravu deteta na saznanje porekla videti M. Draškić, Pravo deteta na saznanje porekla, Pravni kapacitet Srbije za Evropske integracije, knjiga IV, Beograd, 2009, str. 44.

¹⁵ S. Panov, Porodično pravo, Beograd, 2010, str. 214, o sticanju prava deteta sa određenim uzrastom u našem pravu.

¹⁶ Način ostvarivanja prava deteta na saznanje porekla, Z. Ponjavić, Ostvarivanje i zaštita prava deteta da zna svoje poreklo, Pravna riječ, 24/ 2010. Banja Luka, str. 300.

¹⁷ O odredbama Konvencije o pravima deteta, videti M. Draškić, Prava dece i Konvencija UN o pravima deteta, Pravni zbornik, br. 2-3/1995, str. 41.

¹⁸ Tokom usvajanja Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, Gana, Indija i Libija insistirale su da pravo na pristup informacijama bude definisano kao pravo na sakupljanje informacija.

¹⁹ Član 13. stav. 4. Američke konvencije o ljudskim pravima.

pristupu, Evropska konvencija o ljudskim pravima i Afrička povelja o pravima ne poznaju ovo pravo.

Osnovni dokument međunarodne pravne snage, koji najobuhvatnije reguliše prava deteta, a govori o pravu deteta na pristup i razmenu informacija različitog sadržaja, oličen je u Konvenciji o pravima deteta.²⁰

Značaj prava na dobijanje informacija posebno se ogleda kod dece koja traže informacije o svom poreklu, a boravila su određeno ili sve vreme tokom detinjstva u ustanovama socijalne zaštite. Iako Konvencija o pravima deteta predviđa pravo da dete traži informacije, dete nema pravo na zaštitu ako se navedeno pravo uskrati.²¹ Evropska konvencija o ljudskim pravima, ni neposredno, ni posredno, ne predviđa pravo na uvid ili razmenu informacija između dece.

Porodični zakon Srbije predviđa jedan od dva segmenta prava na informacije. Dete ima pravo da traži i dobije informacije koje se odnose na njegovo poreklo, dok oblast razmene "drugih" informacija nije regulisana. Porodični zakon Srbije nema odredbi o pravu deteta da prima i razmenjuje informacije umetničkog, kulturnog, naučnog, zabavnog sadržaja. Propisano je pravo deteta na informacije o sopstvenom poreklu, tako što dete sa navršenih 15 godina može da izvrši uvid u matičnu knjigu rođenih i druga dokumenta koja sadrže podatke o njegovom poreklu.²² Jedna odredba Porodičnog zakona govori o pravu deteta na blagovremeno dobijanje svih obaveštenja koja su mu potrebna za formiranje svog mišljenja.²³ Ne samo da Porodični zakon, već i naše zakonodavstvo u celini posmatrano, nema odredbi o pristupu deteta informacijama i razmeni informacija i sadržaja između dece koji imaju naučni, kulturni, zabavni karakter.

Pitanje prijema i razmene informacija tiče se i učešća dece u političkom životu. Sloboda izražavanja (mišljenja) ne obuhvata slobodu pristupa i razmene političkih informacija, izražavanja političkih ideja i stavova deteta, posebno ne na izborima. Ovo prihvata većina zakonodavstava i aktivno biračko pravo vezuje za punoletstvo, odnosno za posedovanje potpune poslovne sposobnosti određene osobe. Uprkos takvoj praksi, postoje primeri da je Nikaragva 1987. godine predvidela da deca iznad 16 godina mogu da glasaju na izborima. Brazil je, takođe,

²⁰ Konvencija o pravima deteta usvojena je na zasedanju Generalne skupštine Ujedinjenih Nacija 20. novembra 1989. godine. Konvenciju su ratifikovale 193 države, a SAD i Somalija su je (samo) potpisale. Naša država ratifikovala je Konvenciju 1990. godine, Zakonom o ratifikaciji Konvencije UN o pravima deteta, "Službeni list SFRJ", br. 15/1990.

²¹ S. Cretney, *Principles of Family Law*, London, 2008, str. 498 i dalje, o uticaju Konvencije o pravima deteta na pravo Engleske i Velsa kao i reformi oblasti prava deteta.

²² Član 59. Porodičnog zakona Srbije.

²³ Član 65. st. 2. Porodičnog zakona Srbije.

po ugledu na Nikaragvu, predvideo pravo deteta da sa navršenih 16 godina ima pravo da glasa na izborima. Iako specifičnosti datog socijano-kulturnog konteksta mogu nalagati drugačiji pristup regulisanju određenog (porodičnog pravnog) instituta, uz neospornu originalnost, smatramo navedena rešenja protivnim interesima deteta. Izneti stav obrazložimo mogućnostima za manipulaciju i eksploataciju dece u političke svrhe. Moguće je da, individualno posmatrano, neko dete ima političku zrelost i potrebna znanja, ali uopšteno posmatrano, deca kao grupa, nisu dovoljno zrela da bi pre punoletstva stekla aktivno biračko pravo. U korpusu prava koja se stiču punoletstvom (zaključivanje svih pravnih poslova samostalno, prava na zasnivanje radnog odnosa bez saglasnosti roditelja, prava na zaključenje braka), aktivno biračko pravo, kao političko pravo, ne izdvaja se kao posebno po značaju za dete u odnosu na građanska prava da bi se steklo pre punoletstva. S obzirom da su deca podložna uticajima odraslih osoba, način zloupotrebe dece u političke ugrožava psihički integritet dece, i onemogućava razvoj i artikulaciju (političkih) vrednosti i u krajnjem rezultatu emancipaciju deteta.²⁴

S druge strane, postavilo se pitanje da li se propisivanjem određenog uzrasta za sticanje pasivnog biračkog prava (pravo da se neko kandiduje na izborima) krši pravo na slobodu izražavanja. Evropski sud za ljudska prava podvukao je u slučaju *W,X,Y, i Z protiv Belgije* da belgijske vlasti, propisivanjem minimalnog uzrasta od 25 godina, da bi se neka osoba kandidovala na izborima, nije prekršila pravo na slobodu izražavanja.²⁵

Ukoliko su u pitanju informacije koje se tiču nekog člana porodice, smatra se da dete ima pravo da traži i dobije informacije o tome gde se nalazi neki član njegove porodice. Ovo pitanje odnosi se na slučajevne deportacije, azila, pritvaranja ili zatvaranja nekog člana porodice, posebno ako su u pitanju roditelji ili osobe koje vrše roditeljsko pravo²⁶. U takvim slučajevima neophodnost dobijanja informacija nalaže potreba za zaštitom deteta obzirom da su pritvaranjem, deportacijom ili odlaskom roditelja ili člana porodice, deca ostala bez roditeljskog staranja.

²⁴ O zaštiti dece od zloupotreba u političke svrhe, videti, M. Janjić-Komar, M. Obretković, *Prava deteta - prava čoveka*, Beograd, 1996, str. 100.

²⁵ Videti slučaj *W,X,Y,Z v. Belgium*, No. 8701/79.

²⁶ Iz Velike Britanije navodimo slučaj o objavljivanju informacija o vršenju roditeljskog prava nad detetom od strane staratelja. Medijima nije bila potrebna dozvola suda da objave informacije o staratelju deteta i detetu, obzirom da objavljeni intervju nije sadržao vrednosnu ocenu o staranju nad detetom i da je postojao javni interes za objavljivanjem intervjua. Slučaj *Kelly v. BBC* (2001) 2 WLR 253.

ZAŠTITA DETETA OD ŠTETNIH INFORMACIJA I SADRŽAJA

Konvencija UN o pravima deteta izričito propisuje zaštitu deteta od štetnih informacija. Države potpisnice Konvencije priznaju značajnu ulogu sredstava javnog informisanja koja imaju dužnost da obezbede da dete ima pristup informacijama i materijalima iz različitih nacionalnih i međunarodnih izvora, posebno onih koji su usmereni na razvoj socijalnog, duhovnog, moralnog, dobra kao i fizičkog i mentalnog zdravlja. Države imaju obavezu da podstiču sredstva javnog informisanja da šire informacije i materijal od društvenog i kulturnog značaja za dete, da podstiču međunarodnu saradnju u izradi, razmeni i širenju takvih informacija i materijala iz različitih kulturnih, nacionalnih i međunarodnih izvora, da podstiču izdavanje i distribuciju dečijih knjiga, da podstiču sredstva javnog informisanja da posvete posebnu pažnju jezičkim potrebama deteta koje pripada manjinskoj grupi, da podstiču razvoj odgovarajućih smernica za zaštitu deteta od informacija i materijala štetnih po njegovo dobro.²⁷

Dete ima pravo na slobodu izražavanja što podrazumeva slobodu da traži, prima i daje informacije i ideje svih vrsta bez obzira na granice. Informacije se razmenjuju usmeno, pismeno, u štampanom obliku, umetničkoj formi ili preko drugog sredstva informisanja po izboru samog deteta. Ovo pravo deteta trpi određena ograničenja propisana zakonom i to radi poštovanja prava ili ugleda drugih ili radi zaštite nacionalne bezbednosti, javnog poretka, javnog zdravlja ili morala. Upravo, navedeno ograničenje, "radi zaštite javnog zdravlja i morala", izvor je borbe države (i društva) protiv pristupa dece štetnim informacijama i sadržajima. Pozivanjem na zaštitu javnog zdravlja i morala država može i treba da ograniči pristup dece nekim (štetnim) sadržajima i informacijama.²⁸ Sa druge strane, treba voditi računa da se iza pozivanja države na ova legitimna ograničenja ne krije zabrana pristupa dece informacijama koje pozitivno utiču na njihov razvoj.²⁹ Iako dete ima pravo da dobija i razmenjuje informacije i to pravo treba

²⁷ Videti član 17. Konvencije UN o pravima deteta.

²⁸ Pod pojmom štetnih informacija podrazumevamo sve pornografske, nasilne i druge sadržaje i informacije koje nemaju za cilj razvoj vrednosti tolerancije, razumevanja, saosećajnosti, pođrške i kreativnosti kod deteta.

²⁹ Korišćenje *Interneta*, i drugih masovnih medija ima mnoge pozitivne efekte na razvoj kreativnosti i samostalnosti deteta. Pitanje mere i granice jeste ona tačka razdvajanja između korisnog i štetnog. Jedna ista stvar (*Internet*), može biti, u zavisnosti od načina upotrebe, korisna ili štetna (po dete). Istraživanje geografskih, istorijskih, kulturnih, sadržaja primer je korisnog efekta *Interneta* i drugih masmedija. Isto tako, istraživanje deteta može ići u pogubnom smeru pornografskih sajtova, ili višesatnog korišćenja kompjutera za igranje nasilnih video igara.

da koristi u cilju sopstvenog razvoja u zdravu i odgovornu osobu, država treba da limitiranjem pristupa štetnim informacijama omogući deci da ovo pravo uživa u pravom smislu i punom obimu. Država i porodica (roditelji) su ti koji treba da uvidom, eventualnom i ograničenjem, omoguće da dete ostvari ovo pravo, a da prilikom ostvarivanja ovog prava ne bude izloženo štetnim uticajima. Naime, država se prilikom ostvarivanja prava deteta na pristup i razmenu informacija javlja kao "filter", i to kao "primarni filter". Ukoliko država sa svoje strane ne ispuni dužnost zaštite, porodica, odnosno roditelji ili osobe koje vrše roditeljsko pravo, čine "sekundarni filter" koji deci ne pruža mogućnost da sadržajima koji postaju dostupni neintervencijom države, pristupe i da ih usvoje.

Propuštanje da roditelji nadziru informacije i sadržaje koje deca primaju i razmenjuju predstavlja jedan od oblika zanemarivanja deteta.³⁰ Oblici zanemarivanja deteta mogu biti fizički, emocionalni,³¹ obrazovni, vaspitni, pritom i neadekvatan nadzor i napuštanje deteta.³²

Prema međunarodnom pravu, razlikuju se informacije u koje dete ima pravo na uvid i one u koje nema uvid (doktrina prethodne zabrane). Komitet Saveta Evrope doneo je preporuku da vlade država članica preduzmu adekvatne mere da kompanije koje emituju program, prilikom prikazivanja nasilja, obrate posebnu pažnju na osetljive grupe, među kojima se prvenstveno izdvajaju deca.³³

Takođe, ističe se da u reklamama koje koriste decu ili su namenjene deci, treba izbeći sve što bi moglo da škodi njihovom zdravlju, razvoju i interesima.³⁴

³⁰ M. Oldham, *Blackstone's statutes on Family Law*, Oxford, 2010, str. 8. Još daleke 1933. godine, Zakon o deci i mladim osobama Velike Britanije predvideo je odgovornost osoba koje imaju dužnost staranja o deci ako povrede, zanemare, napuste, dete ili izlože dete negativnim uticajima koji mogu dovesti do nepotrebnog narušavanja psihičkog ili fizičkog zdravlja.

³¹ M. Janjić - Komar, S. Panov, *Veza generacija*, Beograd, 2000, str. 184, o pojmu emotivnog zanemarivanja deteta.

³² O. Jović, *Javnopravni okviri zaštite deteta od zlostavljanja i zanemarivanja*, *Pravni život*, 10/2009, str. 1067.

³³ Konkretizacija ove odredbe u našem društvenom okruženju pokazuje da se u jednom elektronskom mediju – televiziji, pre emitovanja određenog sadržaja (emisije, serije, filma) pojavljuje crveni krug i glas koji upozorava da taj sadržaj nije namenjen deci mlađoj od određenog uzrasta (npr. 14. 15. ili 16. godina). Bolji pristup ogledao bi se u neprikazivanju neadekvatnih sadržaja, a samim tim i nedostupnosti deci različitog uzrasta, nego u (pukom) deklarativnom upozoravanju. Ukoliko roditelji ili druge osobe koje se straju o detetu nisu prisutne prilikom prikazivanja sadržaja, nema (za)brane da dete bude izloženo takvim sadržajima. Podvlačimo važnost preventivnog, ne reaktivnog delovanja države (i roditelja).

³⁴ Poželjne informacije su one koje usmeravaju dete na razvoj ličnosti, talenta, mentalnih i fizičkih osobina do njegovih krajnjih granica; koje razvijaju poštovanje ljudskih prava i osnovnih sloboda; koje razvijaju poštovanje roditelja deteta, njihovog kulturnog identiteta, jezika i vrednosti,

Na evropskom nivou veliki značaj u sprečavanju seksualne eksploatacije i pristupa dece seksualnim sadržajima ima Konvencija Saveta Evrope o zaštiti dece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja.³⁵ Prevencija je jedno od osnovnih načela Konvencije, a posebno se podvlači dvosmerna saradnja između roditelja i države (obrazovnih institucija) u spečavanju pristupa dece pornografskim sadržajima. Države potpisnice imaju dužnost da preduzmu sve neophodne zakonodavne i druge mere da bi obezbedile da deca tokom osnovnog i srednjoškolskog obrazovanja, dobiju informacije o opasnostima od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja i o načinu da se samostalno, u skladu sa sopstvenim mogućnostima, zaštite od takvih sadržaja. Informacije se daju u saradnji sa roditeljima a posebna pažnja se vodi o situacijama koje podrazumevaju rizike, a to su slučajevi korišćenja nove informacione i komunikacione tehnologije.³⁶

Pored Konvencije Saveta Evrope o zaštiti dece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja, veliki je broj dokumenata na evropskom nivou koji regulišu materiju zaštite dece od seksualne eksploatacije, što nam govori o značaju i opasnosti ovih informacija i sadržaja. Povećenje pravne regulacije govori da su ti sadržaji (sve) prisutni(ji). Od dokumenata ističemo: Preporuku br. P (91) 11 Komiteta ministara u vezi sa seksualnim iskorišćavanjem, pornografijom i prostitucijom dece i mlađih punoletnika; Preporuku Rec (2001) 16 o zaštiti dece od seksualnog iskorišćavanja³⁷; Konvenciju o kibernetičkom kriminalu; Konvenciju Saveta evrope o akciji protiv nezakonite trgovine ljudskim bićima (ETC br. 197);

Značajno je pomenuti i odluke na nivou Evropske Unije: Okvirna odluka Saveta Evropske unije o borbi protiv seksualnog iskorišćavanja dece i dečije por-

nacionalnih vrednosti zemlje u kojoj dete živi; koje razvijaju poštovanje prema prirodnoj okolini; koje pripremaju dete za odgovoran život u slobodnom društvu, u duhu razumevanja, mira, tolerancije, ravnopravnosti polova, prijateljstva među narodima, etničkim, verskim, nacionalnim grupama. Videti član 39. Konvencije o pravima deteta.

³⁵ Pored navedene Konvencije postoji niz međunarodnih dokumenata koji regulišu ovu oblast - Stokholmska deklaracija i Akcioni program usvojeni na Prvom Svetskom kongresu protiv komercijalnog seksualnog iskorišćavanja dece koji je održan od 27. do 31. avgusta 1996. godine; Globalna obaveza usvojena na Drugom Svetskom kongresu protiv komercijalnog seksualnog iskorišćavanja dece, održanog od 17. do 20. decembra 2001. godine u Jokohami; Budimpeštanska obaveza i Akcioni plan usvojeni na pripremnoj konferenciji za Drugi Svetski kongres protiv komercijalnog iskorišćavanja dece, održanoj od 20. do 21. novembra 2001. godine; Rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija br. C-27/2 "Svet pogodan za decu"; Trogodišnji program "Izgradnja Evrope za decu i sa decom", usvojen nakon Konferencije u Monaku od 4. do 5. aprila 2006. godine.

³⁶ O tome N. Vučković-Šahović, Prava deteta u međunarodnim dokumentima, Beograd, 2011, str. 475.

³⁷ V. Dunn, V. Lachkovic, Family Law in Practice, Oxford, 2010, str.185, o definisanju radnji seksualnog zlostavljanja deteta.

nografije (2004/68/JHA); Okvirna odluka Saveta Evropske unije o položaju žrtava u krivičnom postupku (2001/220/JSA); Okvirna odluka saveta Evropske unije o borbi protiv nezakonite trgovine ljudskim bićima (2002/629/JHA).

Fizički, psihički i moralni razvoj deteta pretpostavke su koje imaju odlučujući značaj pri donošenju odluke o pristupu deteta određenoj informaciji, bilo da se informacija tiče detetovog porekla ili svakodnevnih aktivnosti izražene kroz pristup masovnim medijima.³⁸

Konvencija o pravima deteta podvlači značaj izrade smernica za zaštitu dece od informacija i materijala koji mogu biti potencijalno štetni za decu. Iako pozdravljamo ulogu i nameru, kako međunarodnog, tako i inostranih pravnih sistema u pravcu zaštite dece od štetnih informacija, kroz donošenje određenih pravila, smatramo da je porodica, odnosno roditelji ili one osobe koje vrše roditeljsko pravo, okruženje u kome dete treba da uživa zaštitu od takvih, štetnih sadržaja. Moralna i pravna je obaveza roditelja da dete vaspitavaju u duhu koji će razvijati zdrave psihološke, fizičke, emocionalne karakteristike deteta. Štetnost po razvoj deteta shvata se kao štetnost u odnosu na moral deteta. Navedenim, ne negiramo i umanjujemo obavezu države koja treba sa svoje strane da pruži zaštitu putem pravnih pravila.

Prilikom odlučivanja o pristupu i razmeni informacija, materijala i sadržaja, zapravo je reč o sukobu prava roditelja na zaštitu deteta i prava deteta na pristup informacijama. Dalje razvijajući ovu tvrdnju, radi se o sukobu prava deteta na izražavanje mišljenja (čiji je jedan segment pravo na dobijanje informacija) i prava, tačnije, dužnosti roditelja na zaštitu deteta od štetnih sadržaja.

Kada je reč o zabrani pristupa informacijama, možemo praviti razliku između nekoliko vrsta informacija. Informacije putem elektronskih medija, među kojima se razlikuju internet i kompjuterske informacije (kroz mailove, internet sajtove i društvene mreže, mobilne telefone, diskove), informacije putem televizije i informacije putem radija. Posebnu grupu čine informacije putem štampanih medija (časopisi, novine, magazini, pamfleti).

ULOGA MEDIJA

Prilikom usvajanja Konvencije o pravima deteta³⁹, Poljska je predložila odredbu prema kojoj države imaju dužnost da zaštite decu od štetnih uticaja ma-

³⁸ Sa razvojem *Interneta* i društvenih mreža (*Facebook, Twiter, My space*) akcentujemo nove opasnosti koje se javljaju kada se deci omogući nesmetan i nekontrolisan pristup ovim mrežama sa mnoštvom štetnih i opasnih sadržaja prisutnih na istim.

³⁹ N. Vučković-Šahović, Dvadeset godina Konvencije o pravima deteta, *Pravni život*, 10/2009, str. 1043, o postignutim rezultatima 20. godina nakon usvajanja Konvencije o pravima deteta.

smedija. U odgovoru na predlog Poljske, većina država je istakla da masmediji imaju više dobrog nego lošeg uticaja na decu. Deklaracija UNESCO o masmedijima podvlači da masmediji imaju značajnu ulogu u vaspitanju dece i mladih u pravcu mira, pravde, slobode, uzajamnog poštovanja i razumevanja.

Masovni mediji imaju znatan uticaj u formiranju stavova mlade generacije. Države treba da osiguraju da dete ima pristup domaćim i međunarodnim materijalima koji su neophodni da bi dete moglo da formira mišljenje. Posebno se ističe korisnost pristupa materijalima koji promovišu socijalno, duhovno i moralno blagostanje, kao i fizičko i psihičko zdravlje deteta. U tom cilju, države treba da: pospeše međunarodnu saradnju u razmeni, proizvodnji i širenju materijala iz različitih kulturnih, nacionalnih i međunarodnih izvora; podstiču sredstva javnog informisanja da šire informacije i materijal od društvenog i kulturnog uticaja za dete; podstiču izdavanje i distribuciju dečijih knjiga; podstiču sredstva javnog informisanja da posvete posebnu pažnju jezičkim potrebama deteta koje pripada manjinskoj grupi; podstiču razvoj odgovarajućih smernica za zaštitu deteta od informacija i materijala štetnih po njegov razvoj.⁴⁰ Način postupanja medija, posebno novinara u odnosu na decu⁴¹ značajan je sa aspekta uvažavanja međunarodnih standarda.⁴²

⁴⁰ Videti član 17. Konvencije o pravima deteta.

⁴¹ Za način izveštavanja novinara o deci u Srbiji, videti T. Lukšić - Orlandić, Štampa pod lupom, Beograd, 2000.

⁴² Međunarodna federacija novinara usvojila je na prvoj međunarodnoj konsultativnoj konferenciji o novinarstvu i pravima deteta održanoj 2. maja 1998. godine u Resifeu u Brazilu, Smernice i principe za izveštavanje o temama sa decom. Svi profesionalci u medijima imaju obavezu da se pridržavaju najviših etičkih i profesionalnih standarda i dužni su da u okviru struke promovišu Konvenciju o pravima deteta. Masmediji treba da vode računa o kršenju dečijih prava i pitanjima koja se odnose na sigurnost, privatnost, bezbednost, eksploataciju, zdravlje i socijalnu sigurnost dece. Novinarska aktivnost koja se tiče života i dobrobiti dece treba uvek da bude vođena na način koji ima u vidu osetljivost dečije populacije. Smernice u 11 tačaka navode konkretne mere koje novinari i medijske organizacije preduzimaju da održe najviše standarde etičnog ponašanja u izveštavanju o pitanjima koja se odnose na decu: 1. boriti se za vrhunske standarde u pogledu verodostojnosti i osetljivosti kada se izveštava o temama koje uključuju decu; 2. izbegavati publikovanje programa i slika koje zadiru u dečiji medijski prostor a sadrže informacije štetne po decu; 3. izbegavati upotrebe stereotipa i senzacionalnog predstavljanja u promociji novinarskih materijala o deci; 4. razmatrati pažljivo posledice publikovanja bilo kog materijala koji se tiče dece; 5. boriti se protiv vizuelnog ili drugog načina identifikovanja dece, osim ako je to izričito u javnom interesu; 6. davati detetu, gde god je to moguće, pristup medijima da izrazi svoje mišljenje, bez pritiska bilo koje vrste; 7. osigurati nezavisnu proveru informacija dobijenih od dece i voditi računa da takva provera ne stavi dete, izvor informacija, u rizik; 8. izbegavati upotrebu slika dece sa seksualnom konotacijom; 9. upotrebljavati pošten, otvoren i ispravan način u slikanju dece, uz saglasnost, kad god je moguće, dece ili odrasle osobe odgovorne za dete; 10. proveriti kredibilitet organizacije koja tvrdi da govori u ime deteta, ili da reprezentuje dete; 11. ne plaćati deci ili njihovim roditeljima ili starateljima za infor-

NAČIN DOBIJANJA I RAZMENE INFORMACIJA

Dete ima pravo da traži, dobije i podeli informacije i ideje, usmeno ili pismeno, u umetničkom obliku ili kroz druge oblike po izboru deteta. Neopravdana je tumačiti da nemogućnost deteta da primi ili dobije informacije usmenim putem onemogućava uživanje ovog prava. Ukoliko nije moguće da dete shvati ili dobije informacije u usmenom obliku, tada je potrebno prilagoditi detetu način dobijanja te informacije (pismeno ili na drugi način).⁴³

U Švedskoj se pomoću crtanja dece u mnogim postupcima dolazi do informacija o psihološkom stanju deteta. Navedeni metod je naročito značajan kada se radi o svedočenju deteta u postupcima zlostavljanja, zloupotrebe i zanemari-vanja. Način izražavanja mišljenja i emocija deteta kroz crtanje i druge alternativne vidove ima domašaja u sudskom postupku. Sudovi bi mogli i trebali da primenjuju takve alternativne načine saslušanja deteta, pored onih tradicionalnih, najčešće verbalnih metoda, u slučaju da dete nije u stanju da shvati ili izrazi mišljenje usmeno, ili bi takav način izražavanja mišljenja, odnosno prijema informacija, bio štetan po dete i suprotan interesima deteta. U skladu sa pravom da dete izrazi mišljenje na način koji je u skladu sa godinama i zrelošću deteta, izbor oblika u kome će primiti, razmeniti informacije i izraziti mišljenje, treba da bude na strani deteta.

PRAVO NA PRISTUP, RAZMENU I ZAŠTITU
OD ŠTETNIH INFORMACIJA U SUDSKOJ PRAKSI

Sudska praksa nam može poslužiti kao indikator (ne)postojanja sudske zaštite prava dece na pristup i razmenu informacija i sadržaja. Kao jedno od novijih prava u korpusu prava deteta, nije često obrađivano kroz sudsku prizmu. Koristeći se klasifikacijom sa početka rada, jedan deo prava na pristup informacijama – pravo na saznanje informacija o sopstvenom poreklu, bio je predmet odlučivanja (inostranih, međunarodnih) sudova u značajnijem broju slučajeva (*Aleksan-*

mativni materijal koji se tiče dobrobiti dece, osim ako to nije izričito u interesu deteta; Ostavljamo sudu čitalaca da (pr)ocene koliko su navedene odredbe u skladu sa trenutnom praksom izveštavanja novinara (u srpskim i svetskim medijima) u vezi sa decom.

⁴³ Npr. deca koja su izbegla iz ratnih područja često ne mogu usmeno izraziti svoje emocije, stavove i mišljenja, ali mogu to učiniti na drugi način, kroz slikanje, crtanje, različite vidove umetničkog izražavanja. Uopšteno posmatrano, prilikom izražavanja mišljenja u sudskom ili drugom postupku dete ne može neposredno, kao što to čine odrasli, da izrazi neki stav, ali je moguće i poželjno da se uz pomoć psihologa, socijalnog radnika ili drugih stručnih osoba deca izraze posredno, na drugi način, najčešće kroz neku vrstu igre ili umetničkim putem.

dra Marks protiv Belgije, Kroon protiv Holandije, Odièvre protiv Francuske). Obzirom da nam domaća sudska praksa ne pruža građu za analizu, akcentat će biti na sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava i inostranih sudova.

U poznatom slučaju *Graham Gaskin v. United Kingdom*,⁴⁴ Evropski sud za ljudska prava je odlučivao o pravu na pristup podacima o rođenju i poreklu podnosioca predstavke. Podnosilac se obratio Evropskom sudu kao punoletna osoba. Pravo na pristup informacijama različito se tumačilo od strane Evropskog suda za ljudska prava, u vreme kada je Gaskin bio dete, u odnosu na Gaskina kao odraslu osobu. Naime, Velika Britanija je uskratila Grahamu Gaskinu, koji je većinu detinjstva proveo u socijalnim ustanovama, pravo na uvid u informacije o sopstvenom poreklu, koje je zahtevao još kao dete, pozivajući se na tajnost takve vrste podataka. Prema pravu Velike Britanije, deci ispod 18 godina dozvoljen je uvid u podatke samo ako su podaci u kompjuterizovanom obliku. Evropski sud za ljudska prava presudio je da zrelost podnosioca predstavke, proteklo vreme i nedostatak procedure za uvid u podatke, govore da tajnost podataka i uskraćivanje uvida nije bilo adekvatno cilju koji su vlasti Velike Britanije htele postići.⁴⁵

Pravo na pristup informacijama u okviru prava deteta na obrazovanje manifestovalo se kroz pravo deteta na slobodu izražavanja. Sloboda izražavanja mišljenja u školi, istakao je Evropski sud za ljudska prava, ne znači garantovanje “jezičke slobode” i pristupa svim informacijama, posebno ako je u pitanju jezik manjina ili neprikladan jezik.⁴⁶

Vrhovni sud SAD ističe da đaci ne mogu biti kažnjeni za izražavanje mišljenja, osim ako škola smatra da tako određeno izražavanje mišljenja predstavlja mešanje u normalan rad škole ili se time ugrožavaju prava drugih đaka. Škola ne krši slobodu pristupa informacijama ako se vrši izdavačka kontrola sadržaja koji se objavljuju u okviru školskih aktivnosti.⁴⁷

Kada je u pitanju pravo na obrazovanje deteta i pravo deteta na pristup informacijama u okviru školskih časova, podvučena je razlika između “informacije” i “indoktrinacije”.⁴⁸

⁴⁴ *Graham Gaskin v. The United Kingdom*, No. 10454/83, od 7. jula 1989. godine. Videti i slučaj *Leander v. Sweden* No. 116/87, od 26. marta 1987. godine.

⁴⁵ G.V. Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Hague, 1998, str. 132.

⁴⁶ *Belgian Linguistic case*, No. 1474/62.

⁴⁷ Slučaj *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*. Za slobodu iznošenja mišljenja u školskom okruženju videti slučaj, *Hazelwood School District v. Cathy Kuhlmeier*.

⁴⁸ R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, str. 147. Naime, u slučaju *Kjedsen v. Denmark* (1976) 1 EHRR 711, radilo se o informacijama koje dete dobija na časovima seksualnog vaspitanja.

Ako bi se izjednačilo pravo dece i odraslih prilikom slobode izražavanja i pristupa informacijama, postavlja se pitanje da li sloboda izražavanja podrazumeva slobodu seksualnog izražavanja i pristupa takvim sadržajima. Smatramo da sloboda seksualnog izražavanja i pristupa takvim sadržajima nije rezervisana za decu, već je (privatno) pravo isključivo vezano za odrasle (punoletne) osobe. Konvencija UN o pravima deteta ističe obavezu država potpisnica da se spreči eksploatacija dece u pornografske svrhe. Evropski sud za ljudska prava je u slučaju *X protiv Velike Britanije* istakao da sloboda izražavanja podrazumeva izražavanje mišljenja, formiranog kroz pristup i razmenu informacija i ideja a ne izražavanje fizičkih, odnosno seksualnih akata (stavova). Sloboda izražavanja je vezana za intelektualnu, psihičku komponentu, ne za izražavanje fizičkih, telesnih radnji.

Slučaj iz sudske prakse Velike Britanije, kasnije iznet pred Evropski sud za ljudska prava, *Handyside v. UK*,⁴⁹ odnosio se na zabranu pristupa štetnim sadržajima – školski udžbenik sa eksplisnim seksualnim sadržajima *The Little Red Schoolbook*. Primećujemo složenost pitanja pristupa deteta informacijama obzirom da je pitanje štetnosti informacija povezano sa pravom deteta na obrazovanje. Česta je praksa da se pitanje pristupa i razmene informacija povezuje sa pravom deteta na obrazovanje. U tom preseku dve oblasti krije se opasnost za dobijanje štetnih informacija, obzirom da pored korisnosti informacija iz oblasti obrazovanja za razvoj deteta,⁵⁰ mnoge informacije, iako obrazovnog karaktera, mogu biti štetne po dete. U navedenom slučaju, vlasti Velike Britanije zabranile su dalje štampanje, i uništile postojeće kopije, knjige - školskog udžbenika, sa seksualnim sadržajima koji su bili namenjeni dvanaestogodišnjoj i starijoj deci, pozivajući se na zaštitu morala dece. Velika Britanija je tvrdila da nije ugrozila pravo na slobodu izražavanja izdavača, ali da razlozi zaštite morala dece pretežu nad slobodom izražavanja autora i izdavača. Evropski sud za ljudska prava nije utvrdio povredu Evropske konvencije o ljudskim pravima, istakavši da su mere vlasti Velike Britanije bile u okviru polja slobodne procene (diskreciono pravo države).

Zabrana pristupa dece određenim časopisima opravdana je obzirom da su deca sklona da usvajaju sadržaje imitacijom, što može štetno uticati na dete i njegov razvoj, posebno ako su to informacije i sadržaji koji imaju pornografski, nasilni ili destruktivan sadržaj. Zabrana pristupa nedoličnim, pornografskim sadržajima potvrđena je i kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava u pomenutom slučaju *Handyside v. UK*.⁵¹ Uopšteno posmatrajući, zabrana nekih sadržaja izda-

⁴⁹ *Handyside v. United Kingdom*, No. 5493/72 od 30. septembra 1975. godine.

⁵⁰ M. Janjić - Komar, Pravo na razvoj, *Pravni život* 9/2003, str.817.

⁵¹ U. Kilkelly, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Ashgate, 1999, str. 124. Postavlja se pitanje da li je moguće da se dete samostalno obrati Evropskom sudu za ljudska prava. Prema Ursuli Kilkelly, generalno je to moguće, ali se pravi razlika da li roditelj, prema do-

vača opravdana je obzirom da se zaštita prava i morala dece pokazuje kao neophodna usled posebne ranjivosti dece kao kategorije. Iako nema jedinstvenog moralnog shvatanja koje tačno informacije štete razvoju deteta, obaveza i pravo domaćih vlasti je da to utvrde i sankcionišu⁵². Postoji saglasnost da su konzumiranje cigareta, alkohola i psihoaktivnih supstanci, kao i pristup materijalima sa seksualnim sadržajima od strane dece protivni interesima i razvoju deteta. U skladu sa time, pristup informacijama i reklamama koje imaju za cilj promovisanje cigareta, alkohola i drugih poroka, svakako je štetan po decu. Možemo zaključiti da ukoliko je određena radnja ili postupak štetan po dete, svaka informacija i(li) sadržaj koja bi promovisala ili favorizovala takav postupak, po analogiji, bila bi informacija štetna po dete.

U Holandiji se postavilo pitanje zaštite dece od uticaja reklama i javnog oglašavanja, oblasti koja je u novije vreme od izuzetne važnosti za zaštitu deteta od štetnih informacija.⁵³ Reklame su za predmet imale sok za decu i igračke namenjene deci. U reklami koja je imala za predmet sok za decu, primarno je reklamirano jedno letovalište dok je sok namenjen deci prikazan kao "sporedni materijal" u toj reklami. Iako je holandsko udruženje za zaštitu dece od javnog oglašavanja podnelo predstavku Evropskom sudu za ljudska prava, Sud nije našao povredu. U teoriji se postavilo pitanje da li je u skladu sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima da se zabrani reklamiranje igračaka za decu tokom emitovanja dečijeg programa. Svako mešanje i ograničavanje prava deteta od strane države treba da bude proporcionalno cilju koji se želi postići, što zavisi od okolnosti slučaja.⁵⁴

maćem pravu, vrši roditeljsko pravo nad detetom. Ukoliko je to slučaj, moguće je da roditelj u ime deteta podnese predstavku ESLJP. Ako prema unutrašnjem pravu roditelj ne vrši roditeljsko pravo prema detetu, predstavka podnesena u ime deteta biće odbačena. Ipak, ako se prema okolnostima slučaja pokazuje da su interesi deteta i roditelja suprotstavljeni, ESLJP, može detetu postaviti posebnog staratelja za taj postupak (*guardian ad litem*). U jednom poznatom slučaju iz ove oblasti *Keegan v Ireland* (26. maj 1994, Series A, no 290, 18 EHRR 342), vanbračni otac je u ime ćerke podneo predstavku ESLJP radi povrede prava na porodični život jer mu nije omogućeno da učestvuje u postupku usvojenja njegove ćerke. Navodimo još neke od značajnih slučajeva Evropskog suda za ljudska prava povodom prava deteta na utvrđivanje porekla: *X i Y v Netherlands* od 19. decembra 1974. godine; *SD, DP, i AT v United Kingdom* od 20. maja 1996. godine; *X v Sweden* od 4. maja 1979. godine; *Irlen v Germany* od 13. jula 1987. godine; *MB v United Kingdom* od 6. aprila 1994. godine; *Kroon i drugi v Netherlands* od 27. oktobra 1994. godine.

⁵² Videti i slučajeve: *Jersild v. Danmark*, od 23. septembra 1994. godine, Series A no 298, 19 EHRR; *X & German Association of Z v. Germany*, No 1167/61, od 16. decembra 1963. godine; *Muller v Switzerland*, od 24. maja 1988. godine, Series A no 133, 13 EHRR 212; *X, Y & Z v United Kingdom*, No 5528/72, od 4. jula 1976. godine.

⁵³ J. Filipović, *Mali kupci veliko tržište*, Beograd, 2010. str. 143-150, o uticaju reklama na decu.

⁵⁴ U. Kilkelly, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Ashgate, 1999, str. 132.

Korišćenje Interneta, društvenih mreža i TV programa u velikoj meri, kao i reklama koje mogu izazvati zavisnost od određenog proizvoda (igračka, napitak, slatkiš), iako nisu informacije direktno štetne po dete, kao pornografske ili nasilne informacije, pozivaju na oprez i potrebu ograničenja pristupa takvim sadržajima.

ZAKLJUČAK

Pravo deteta da pristupi, dobije i razmeni informacije i sadržaje, deo je prava deteta na participaciju i ima veliki značaj za formiranje mišljenja i donošenje odluke deteta. Jedan deo prava deteta na dobijanje informacija odnosi se na pravo na saznanje porekla. Drugi deo tiče se velikog broja informacija putem medija koje su dostupne, kako odraslima, tako i deci. Deca i odrasli nemaju ista prava po pitanju dostupnosti određenim grupama informacija i sadržaja. Dok odrasle osobe imaju neograničeno pravo da pristupe svim vrstama informacija i sadržaja, deci se usled potrebe za adekvatnom zaštitom, negom i vaspitanjem, opravdano može ograničiti pristup jednoj vrsti (štetnih) informacija.

Odgovornost za dobijanje informacija i zaštitu od informacija šetnog karaktera koje deca dobijaju ima dva nivoa. Na prvom mestu, roditelji i(li) osobe koje vrše roditeljsko pravo (staratelji, babe, dede, rođaci, socijalne službe) imaju najveći stepen odgovornosti za zaštitu dece od štetnih i neprilagođenih informacija i sadržaja. To je neposredni i primarni oblik zaštite. Sa druge strane, država, kontrolom (elektronskih i pisanih) medija po pitanju štetnih informacija, treba da ispuni obavezu da dete (iz)raste u fizički, psihički i moralno zdravu osobu. Zaštita deteta od štetnih informacija i sadržaja predstavlja izvršenje obaveze roditelja iz sadržine roditeljskog prava u pogledu zanemarivanja deteta. Zaštita deteta od štetnih informacija i sadržaja predstavlja aktivno delovanje u pogledu spečavanja zloupotrebe deteta i zanemarivanja vaspitanja i razvoja deteta. Zaštita deteta od štetnih i neprimerenih informacija i sadržaja predstavlja konkretizaciju prava deteta na potpun i pravilan razvoj. Pretpostavimo da jedno dete svoje stavove i mišljenje formira gledanjem nasilnih sadržaja, zatim svakodnevno čita i prati sadržaje u kojima se promovisu vrednosti poput nerada, zavisti, razvrata, kriminala. Pretpostavimo isto tako, hipotetički, (ali vrlo ostvarljivo i faktički) životnu situaciju u kojoj dete prati medije i pisane sadržaje koji promovisu nenasilne poruke, poruke tolerancije, razumevanja, ljubavi i etike, gde su poštenje, vrednoća, poštovanost i skromnost dominantni obrasci. Rezultat pristupa ovako suprotnim informacijama i sadržajima, sa velikom izvesnošću, može da bude - dva potpuno različito emotivno formirana deteta. Stoga, roditelji su osobe koje će, posebno deci mlađeg uzrasta, ograničavanjem štetnih informacija i ukazivanjem na adekvatne sadržaje uputiti dete u pravcu usvajanja vrednosti koje će voditi ka formi-

ranju deteta u zdravu individu, člana porodice, i konačno, člana zajednice. Država sa svoje strane, kontrolisanjem medija i ograničavanjem prikazivanja štetnih sadržaja ima ulogu brane u zaštiti prava deteta. Možemo reći da država (treba da) predstavlja branu od reke štetnih informacija i sadržaja, neku vrstu opšte zaštite, a roditelji i lica koja vrše roditeljsko pravo, vrše ulogu posebne zaštite deteta ukoliko "državna brana popusti" i štetne informacije prođu državnu cenzuru. Ukoliko jedan od dva zaštitna sloja ne izvrši svoju funkciju, posledice po dete mogu biti velike. Iako ne bi bilo poželjno poređenje, štetniji efekti po dete mogu nastupiti ako roditelji ne vrše nadzor nad informacijama i sadržajima koje dete dobija i usvaja. Obzirom da država (često) ne (može da) cenzuriše programe i medije koji evidentno prikazuju sadržaje štetne po dete, roditelji su dužni da svoju decu zaštite od takvih sadržaja. U najnepoželjnijem scenariju, nepostojanje oba zaštitna sloja rezultira u izlaganju deteta štetnim sadržajima, koje će ono poput suseda upijati, sa velikom izvesnošću da formira svoju ličnost u smeru koji će voditi usvajanju, imitaciji i promovisanju tih nasilnih, dekadentnih sadržaja.

Kod prava na pristup informacijama i sadržajima postoji sukob prava deteta na pristup informacijama i izražavanja sopstvenog mišljenja, u odnosu na diskreciono pravo roditelja da deci ograniče pristup određenim informacijama i sadržajima. Pravo deteta na pristup informacijama, tim pre dobija na značaju, ako postoji svest da je u savremeno (današnje) doba detetu znatno olakšan pristup nasilnim, pornografskim i neprikladnim sadržajima. (Ne)moć države u zaštiti deteta od štetnih informacija, iako ima značajnu ulogu, govori u prilog jačanja porodične kohezije i velikog napora roditelja u vaspitanju deteta, posebno kroz redukovanje (štetnih) informacija i sadržaja, u promovisanju detetu tradicionalnih i univerzalnih vrednosti.

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

RIGHT OF THE CHILD TO RECEIVE AND EXCHANGE INFORMATIONS AND CHILD PROTECTION FROM HARMFUL INFORMATIONS

Summary

Right of the child to seek, receive and exchange informations is part of the wider right of the child to participation. Right to receive information represent first of many rights which constitu-

te chain of the child rights to make decision. At the beginning of mentioned process is right to receive information, and it ends with the right of the child to make decision. Presumption that child can make decision is that child receive and exchange required informations. After receiving information, child capable to form his own opinion, has the right to express his opinion. Result of the entire process reflects in making decision about certain question related to the child's life.

Right of the child to receive information consists of the two parts. One part is right of the child to receive information referred to his origin. Another part is to receive number of useful informations through masmedia, which are referred to the adults and the children as well.

Responsibility for receiving informations and child protection from harmful informations has two levels. Primarily, parents and persons who has parental responsibility (relatives, grandparents, guardians, social services) are essentially responsible to protect children against harmful and inadequate informations, publications and contents. This is basic and immediate form of the protection. On the other side, state, by controlling informations sent through print and electronic masmedia, has to fulfill an obligation that child grow to one physicaly, psychicaly and morally healthy person.

DOBROSAV MILOVANOVIĆ,
DRAGAN VASILJEVIĆ

POLOŽAJ UPRAVE U DEMOKRATSKOJ PRAVNOJ DRŽAVI

U V O D

U periodu apsolutističke feudalne monarhije, sudski a naročito upravni organi vršili su svoju funkciju uglavnom po slobodnom nahodjenju, držeći se svoje procene i interpretacije državnih interesa. To je bio period koji karakteriše pravna nesigurnost građana. U skladu sa postavkama demokratskih buržoaskih revolucija, predaja zakonodavne vlasti paralamentu koji je izabran opštim pravom glasa značila je, između ostalog, početak stvaranja pravne države. Pojava pravne države nastaje u procesu ograničavanja apsolutističke vlasti monarha, kao nosioca celokupne upravne vlasti, a taj proces je započet periodom demokratskih buržoaskih revolucija. Imajući u vidu da je ovaj proces u Nemačkoj kasnio, jer je monarhistička vlast nadživela buržoaske revolucije u drugim evropskim zemljama (Engleska, Francuska)¹, upravo u nemačkoj pravnoj literaturi dolazi do pojave pojma i izraza pravna država krajem 19. i početkom 20. veka, mada se ideja o pravnoj državi začela i ranije.

Dr Dobrosav Milovanović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

Dr Dragan Vasiljević, profesor Kriminalističko-policijske akademije, Beograd.

¹ U Engleskoj se pojavio termin vladavina prava, kao rezultat evolutivnog procesa ograničenja vlasti monarha, dok je u Francuskoj zbacivanje monarha i uspostavljanje republike izvedeno revolucijom.

Nemačka pravna nauka uglavnom je polazila od formalnog shvatanja pojma pravne države, pri čemu je posebno imala u vidu potrebu da državni organi treba da poštuju donete zakone i da se delatnost državnih organa, pre svega upravnih, mora podvrći sudskoj kontroli, a sve u cilju zaštite prava i sloboda građana.

Nakon vremena S. Jovanovića, Đ. Tasića, M. Markovića izraz pravna država ponovo je izraženije ušao u našu pravnu, političku i medijsku javnost pre dve decenije, jer je za teoretičare u periodu socijalističke države izraz pravna država služio za označavanje konzervativnog prava. Naime, diktatura proletarijata imala je svoje specifične kategorije kao što su socijalistička zakonitost ili socijalistički moral. Stoga je pravna država bila sa druge strane demokratske linije, rezervisana za državu koja je buržoaska, eksploatatorska, nenarodna i slično.

ISTORIJAT PRAVNE DRŽAVE

U evoluciji ideje o pravnoj državi obično se razlikuju dve faze. To je faza liberalnog “borbenog” koncepta i faza “odbrambenog”, konzervirajućeg koncepta pravne države.

Prva faza u razvoju pravne države nastaje na prelasku iz 18. u 19. vek, kao filozofski i pravno-politički zahtev za uspostavljanje “civilnog društva”, nasuprot vladajućem sistemu apsolutne monarhije. To je podrazumevalo obezbeđivanje svih konstitutivnih elemenata pojma “civilnog društva”, kao što je sloboda pojedinaca u svim oblastima, slobodna utakmica i konkurencija, ukidanje starih privilegija plemstva, i dr.²

Rezultat uspostavljanja liberalne “građanske” pravne države, prema Huberu – socijalnom revolucijom, i to: u Francuskoj političkom revolucijom 1789. godine, i u Nemačkoj posle 1806. godine političkom reformom, jeste postavljanje temeljnog državno–pravnog principa zaštite vrednosti novog društva: život čoveka, sloboda, svojina.³

Sredinom 19. veka, nova filozofija industrijske ere i skretanje od racionalističkih i idealističkih orijentacija ka pozitivizmu i naturalizmu, potkrepljen i prvim socijalnim sukobima na klasnoj osnovi, imaju za posledicu da se na sceni pojavljuju nova shvatanja o državi. Liberalni koncept države, od Hobbesa, Spinoze, Lockea, Kanta, Rousseaua do Hegela, doživljava fazu preispitivanja kroz novoafirmisane kolektivističke ideje o superiornosti nacije i države. Dalji razvoj državno-

² E. R. Huber, *Rechtstaat und Socialstaat in der modernen industriegesellschaft*, Oldenburg, str. 7.

³ V. Kambovski, *Pristup problemu uspostavljanja pravne države*, Beograd, 1991, str. 15.

pravne ideje praćen je novim momentima koji se sastoje u državnom intervencionizmu u privredi i drugim društvenim oblastima, kao i u autoritarnosti državne vlasti. Kao sinteza ovih kretanja nastaje pojam "socijalne države" koji se vezuje za Steina (1842. godine). Povećanoj socijalnoj i klasnoj konfliktnosti suprotstavlja se pacifističko i solidarističko shvatanje države i prava uz istovremeno jačanje arbitrnosti i principa svrsishodnosti. Socijalna država pokušava da afirmiše cilj opšteg dobra i da prevlada socijalne i klasne suprotnosti kroz socijalnu integraciju koja je u funkciji gesla "zaštititi društvo putem države".

Slabljenje načela zakonitosti, negacija humanih i demokratskih vrednosti, posebno kroz ekstremizam totalitarnih ideologija i fašističkih teorija države i prava 20. veka, izazivaju povratak ka pravnoj državi kao spasonosnoj ideji za savremeno društvo i njegove humanističke i demokratske ciljeve. Strahu od totalitarnih iskustava hitlerizma, staljinizma i drugih ideologija pridodat je i strah od tendencija države da okupira sve društvene tokove i da kontroliše i priguši pokušaje slobodne individualne kreacije. To je u vremenskom smislu i prelomna tačka gde počinje druga "odbrambena" faza u razvoju ideje o pravnoj državi.⁴

Spoj ovih kontradiktornih kretanja je učenje o socijalnoj pravnoj državi koje spaja pravac zaštite društva od države (liberalni aspekt pojma pravne države) i zaštite društva putem države (nužni princip svrsishodnosti države i prava). Povezivanje ovih pravaca predstavlja civilizacijski način prevladavanja klasnog konflikta u društvu koji se rešava reformama i civilizacijskim sredstvima, transformišući klasni konflikt u socijalni kontakt i dovodeći suprotstavljene društvene snage i slojeve u državi ne u poziciju stalne međusobne borbe do istrebljenja, već u poziciju socijalnog partnerstva.⁵

Pravnoj državi mogu se uputiti prigovori formalne i sadržinske prirode koji ne dovode u pitanje samo opravdanost već i formalno-logičku zasnovanost pravne države. Jedan od prigovora je formalne prirode i proizilazi iz čovekove nesavršenosti a odnosi se na nesklad između proklamovane opšte obaveznosti pravom i pravne obaveznosti suverena. Odgovor na ovaj problem dao je svojevremeno G. Jelinek teorijom o samoobavezivanju suverena. Prema njemu suveren stvarajući pravo i samog sebe obavezuje, pa je zato i sam podređen pravu⁶. Međutim, ovo Jelinekovo objašnjenje nije dovoljno ubedljivo, jer samoobavezivanje suverena pravom nije nikako istinito pravno obavezivanje. U protivnom, suveren to više ne bi ni bio. Drugi važan prigovor pravnoj državi odnosi se na njegovu sadržinu

⁴ V. Kambovski, *Pravna država, kriminalna politika i ljudske slobode i prava*, Informacije 1989/34, str. 5.

⁵ E. R. Huber, *op. cit.*, str. 16.

⁶ G. Jelinek, *Upravno pravo*, knj. I, Beograd, 1940, str. 79.

i proizilazi iz nesavršenosti društva. Pravna država, zapravo, nema svoju stalnu sadržinu. Različiti pokušaji sa određivanjem njene stalne sadržine završavali su se bezuspešno, jer pravno-istorijsko iskustvo poznaje i liberalnu i fašističku pravnu državu i birokratsku pravnu državu i demokratsku pravnu državu, kakve su savremene razvijene zemlje.

Ovi prigovori formalne i sadržinske prirode prikazuju pravnu državu kao pritivrečan pojam i tvorevinu. Pravna država, čak i kada je demokratska, i danas predstavlja "pre jedno željeno stanje", nego "jednu stvarnost" koja traje ili možda krajnju svrhu društvenog razvića.⁷

Imajući u vidu da se pravna država nalazi pred novim, savremenim izazovima kojima ne može valjano da se suprotstavi, to nas navodi na zaključak da pravna država u svojoj principijelnoj čistoti pripada možda pre svetu vrednosti nego stvarnom svetu. Pomenutom izazovu pozitivizacije prava može da se doda bar još jedan koji se sastoji u preteranom normativizmu koji, posmatrano na duži rok, demokratsku državu pretvara u neefikasnu i birokratsku. Proizvodnja propisa u takvoj državi možda i nije slučajna i može da se dovede u vezu za programskim i ideološkim izazovima koji u zaoštrenim društvenim neprilikama mogu da dovedu do "vlade straha" koja sobom donosi "tiraniju".

Sučeljena sa novim izazovima, misao o pravnoj državi se iznova problematizuje i relativizuje. Međutim, to ne znači da treba napustiti koncept pravne države, pošto je i dalje aktuelna njena značajna uloga u preoblikovanju kolektivne svesti, popularisanju i pravnom utvrđivanju vrednosti koje su bliske ideji pravde u čijem je središtu čovek.

Na pravnu državu veliki uticaj vrši i slaganje njenog oblika sa sadržinom. Slaganje oblika i sadržine predstavlja važan uslov bez kojeg je teško zamisliti postojanje bilo kakve pravne države. Neslaganja između oblika i sadržine države koja su prisutna na samom početku, najčešće su karakteristična za stvaranje labavih državnih saveza. Osim nekih izuzetaka, ti savezi po pravilu nisu dugo trajali. Možda je bolje od takvih projekata odustati i pre bilo kakvog pokušaja njihovog realizovanja. Treba imati u vidu da su mnogo opasnija naknadna neslaganja između oblika i sadržine prava, jer se njima razara pravo i nestaje država pod snažnim dezintegracionim delovanjem unutrašnjih i spoljašnjih faktora različite prirode. Redak je slučaj da se dezintegracija države ili njen potpuni nestanak okončaju bez rata, što je primer sa skorim razdvajanjem Češke i Slovačke. Primeri zloupotrebe oblika postoje i kada se radi o integracionim procesima, kada se stvaraju i priznaju države po svaku cenu, pa čak i po cenu uništenja dotle postojeće države, kršenjem osnovnih normi međunarodnog prava. U svakom slučaju, obzirom da ni-

⁷ B. S. Marković, Načela demokratije, Beograd, 1937, str. 10.

jedna zloupotreba ne može večno da traje, na kraju se svaki oblik države prilagodi njenoj suštini i sadržini.

PRAVNA DRŽAVA I NAŠA ISKUSTVA

Pravna država nije strana ni našim iskustvima, obzirom da je srpski narod oduvek bio državotvoran narod. U krugovima naših istaknutih pravnika postojala je ništa manje jasna predstava o tome šta je pravna država. Proučavanjem njenih raznih aspekata bave se vodeći pravni pisci, a među njima posebno Slobodan Jovanović i Đorđe Tasić.⁸ U studiji Milivoja Markovića koja se pojavila uoči Drugog svetskog rata, postavlja se pitanje koje nema samo teorijsko značenje već se odnosi i na jugoslovenske prilike. U raspravi "Pravna država" ovaj autor piše: "kad se postavi pitanje, da li se jedna određena država ima smatrati kao pravna država, nije dovoljno imati samo zakonske propise koji u njoj važe. Potrebno je znati i kako se ti propisi primenjuju, a naročito kako je organizovana i kako se vrši kontrola nad aktima upravne vlasti. Naime, ta kontrola je najvažnija garancija građanskih prava, najjače jemstvo pravne države"⁹. Ovaj autor dalje ukazuje da je načelo pravne države na dva različita načina ugroženo u nedemokratskim režimima, u totalitarnim i autoritarnim državama: "pre rata evropske su države mogle da se podvedu, bar teorijski, pod tip pravne države, razume se sa većim ili manjim odstupanjima. Posle rata odstupanja su sve značajnija, a katkad idu i do negacije pravne države. To je naročito slučaj u državama u kojima jedna politička stranka postaje poseban državni faktor. Politička ideologija vladajuće (i istovremeno jedine) stranke veoma je razrađena i iz nje se crpe i kriterijum za razlikovanje prava i neprava."¹⁰

Srpskom državotvornom i pravnom iskustvu nije strano ni iskustvo pravne države, niti su mu nepoznata iskustva drugih zemalja sa pravnom državom. I pored toga ne možemo tvrditi da je tokom 19. Veka, a pogotovo u 20. veku srpski narod imao valjanu pravnu državu. Za 19. vek može se reći da je bio vek postepenog ali stalnog razvoja srpske države, dok je 20. vek prvenstveno obeležila stagnacija te državnosti. Zato je danas najvažnije da stvorimo jednu "normalnu" državu koja predstavlja neophodan uslov za stvaranje valjane pravne države,¹¹ kao demo-

⁸ S. Jovanović, *Država*, Beograd, 1936. knj. I–II. Đorđe Tasić, *Prava i dužnosti građana*, Novi Sad, 1925.

⁹ M. Marković, *Pravna država*, Beograd, 1939, str. 54–55.

¹⁰ Isto, str. 54.

¹¹ M. Spalajković, *Misija Srbije, Političko zaveštanje srpskom narodu*, Pariz, 1964, str. 21.

kratski obrazac vladanja. U ovim teškim vremenima, nije čudno što je zahtev za pravnom državom i modernom zakonitošću, kakva pripada srpskom narodu po prirodnom i istorijskom pravu, toliko jasno prisutan i istaknut. Možda i zbog toga što se dobra zakonitost u dobro uređenim državama ne oseća, a kod nas potreba za pravnom državom i takvom zakonitošću još traje.¹²

PRAVNA DRŽAVA I PRIMENA PRAVA

Kao što se vidi, pojmu pravne države moguće je prići sa različitih aspekata. Međutim, treba naglasiti da različiti termini (“pravna država”, “vladavina prava”, ustavna država”), i pored razlika koje u sebi kriju, ipak proizilaze iz iste suštine i istog pitanja: koja to svojstva treba da ima jedna pravno uređena zajednica u vidu države da bi se njeni članovi ponašali po onim pravilima koja odgovaraju njihovoj zajedničkoj volji i to na način da se ta pravila isto primenjuju na iste slučajeve.

Polazeći od ovoga, a imajući u vidu društveni uzrok prava, mišljenja smo da bi pojam pravne države trebalo da izrazi saglasnost većine pripadnika za određeni kvalitet i kvantitet pravnih normi po kojima će se oni ubuduće ponašati u državi. Drugim rečima, u pravnoj državi potrebno je da pravo predstavlja izraz zajedničkog htenja, a ne da bude nametnuto agresijom manjine. Kada se postigne taj sklad, onda se javlja druga neophodna potreba, da se takvo pravo primenjuje na sve pripadnike bez ikakve razlike.

Pošto oba ova zahteva nije moguće ostvariti u potpunosti, javlja se potreba da se odredi područje društvene tolerancije u okviru kojeg će biti moguća odstupanja, a da to ne ugrozi suštinu ovih zahteva. U stvari, pravna država podrazumeva da u njoj vlada pravo, a ne sila, i da se svi, pa i “gospodar”, ponašaju u skladu sa pravom, i to u smislu dužnosti.

Načelo legaliteta, tačnije, njegova povreda najbolje se uočava u pojavi nepriemene zakona ili neobjektivne primene. Život jednog zakona karakteriše se obaveznošću njegove primene, bez obzira i na eventualnu “oporost” njegovih rešenja. Još je Ulpianus govorio, da se zakon mora poštovati, ma kako bio strog – *dura lex, sed lex*.

Primenu prava nalaže princip ustavnosti i zakonitosti jedne pravne države, njen legalan i legitimni pravni poredak. Naravno, to nikako ne znači da zakon treba da bude večit i nepromenjiv, ali dok se ne steknu uslovi za njegovu promenu, i dok se ta promena legalno ne iskaže kroz odgovarajući postupak, postojeći zakon se ima primenjivati u punom smislu te reči. Pravna država ne bi smela da

¹² D. Mitrović, O pravnoj državi i drugim pravnim temama, Beograd, 1998, str. 67.

zna za pojavu zakona koji uživa pravnu snagu, a koji se ne primenjuje, bez obzira na veći ili manji stepen neprimene. Jer, pozitivno pravo koje se ne primenjuje, i nije pravo, već antipravo. Uostalom, zakoni i postoje da bi se primenjivali, a ne da budu mrtvo slovo na papiru (*leges non verbis, sed rebus, sunt impositae*).

Mogući su različiti uzroci neprimene i neobjektivne primene prava. Najčešće, to su nedostaci u kvalitetu i kvantitetu prava, a posebno nedostaci se ogledaju u pojavi da pravne norme nisu primerene društvenim odnosima. U tom smislu, jedna norma koja je više lepa želja nego realnost, ne može biti primenjena, jer nema društvenih pretpostavki za njenu primenu. Ponekad, uzroci leže i u nedovoljnoj zainteresovanosti subjekata za izvršenja, i to zbog očuvanja određenih interesa, ili iz proste indolentnosti, jer je izostala efikasna kontrola akata izvršenja.

Uzroci mogu biti interne prirode, kao što su: nedovoljna stručnost onoga ko primenjuje pravo, neažurnost, ali i samovolja koja može ići i do stepena namere. Međutim, oni mogu biti i eksterne prirode. To su uticaji spolja iz najrazličitijih sfera koji ne vode računa o samostalnosti i potrebnom dostojanstvu organa koji primenjuje pravo, već jedino vide trenutni cilj ili interes, koji bez obzira da li je pojedinačni ili kolektivni, ne uživa zaštitu *de lege lata*.

Nedostaci u kvalitetu i kvantitetu prava koji dovode do neprimene ili neobjektivne primene prava, neminovno ugrožavaju načelo ustavnosti i zakonitosti, što naravno dalje vodi u pravnu nesigurnost svih subjekata kojima je pravo adresovano.

Svaki pravni sistem u sebi subsumira dva procesa: proces stvaranja i proces realizacije prava. Ugroženost načela ustavnosti i zakonitosti može se pratiti na oba ova procesa. Povreda ovih načela u procesu stvaranja prava, pre svega bi trebalo da dovede do reagovanja sudske i poslovne prakse, a naročito prakse ustavnih sudova, koji bi svojim odlukama morali da otklanjaju mane opštih akata. Pri tome, ne treba gubiti iz vida činjenicu da je neustavan i nezakonit akt bio određeno vreme primenjivan u praksi. Naravno, sve ovo utiče na ocenu kvaliteta prava, pravnu svest i poverenje u pravni sistem.

Ugroženost načela ustavnosti i zakonitosti u procesu realizacije prava manifestuje se na različite načine. Počev od nestručnosti subjekata koji primenjuju pravo i njihove arbitrarnosti, pa do dubljih kako subjektivnih tako i objektivnih uzroka, koji proizilaze iz strukture pravnog sistema i nepostojanja systemske integracije pravnih i društvenih institucija.

Ako se pod idealnom pravnom državom podrazumeva država koja je obezbedila vladavinu načela legitimiteta i legaliteta do najvišeg nivoa, u tom smislu da je svaki zakon izraz volje svih i da je svaki zakon uvek u svakom slučaju primenjen na pravičan i jednak način, onda je teško pronaći primer takve države kako u prošlosti tako u sadašnjosti, a teško ga je zamisliti i u budućnosti. Zato je kod

određivanja pojma pravne države potrebno odrediti područje društvene tolerancije na kome vlada načelo legitimiteta i legaliteta. Kada se povrede granice tog područja, onda je i pravna država izgubila to svojstvo. Stoga je neophodno utvrditi kriterijume za prepoznavanje takvog stanja.

S obzirom da nema idealnog pravnog sistema, znači da se svaki pravni sistem karakteriše određenim stepenom nesigurnosti, neadekvatnim normama, pa i nejednakom primenom prava. Međutim, to su, kako smo već konstatovali, područja tolerancije, koja sama po sebi ne predstavljaju atribut krize. Ali, kada se pravna nesigurnost javlja kao posledica nedostataka u kvalitetu i kvantitetu prava, usled koje je došlo do neprimene ili neobjektivne primene prava, i to tako da je ustavnost i zakonitost ugrožena do te mere, da je pravna nesigurnost, po opštem mišljenju, postala društvena realnost – onda se priroda i intenzitet takve nesigurnosti javlja kao kvalifikativ određenog stanja stvari. Ova pojava može biti utvrđena jedino pomoću objektivnih naučnih metoda, odnosno, postupkom naučnog saznavanja relevantnih činjenica. Razume se da u svemu ovome važnu ulogu imaju i konstatacije i ocene stanja izrečene u najširoj i stručnoj javnosti. Pri tome, može se reći, da opštepoznate činjenice nije potrebno dokazivati. A kada je reč o saznanju da li je pravna nesigurnost u jednom sistemu notorna ili nije, potrebno je da o tome naučni metodi pruže notoran odgovor. U vezi sa tim, konkretno društvo i država morali bi da preduzmu i mere koje će sprečiti nastupanje visokog stepena pravne nesigurnosti i nepoverenja u institucije države, jer se u suprotnom stvaraju preduslovi za “pronalaženje rešenja problema u društvu i drugim metodima delovanja”.

PRAVNA DRŽAVA I SAVREMENA UPRAVA

Moderni koncept uprave, kao skupa autoritativnih i neautoritativnih aktivnosti, zasniva se na principima pravne države. Pri tome se ne misli samo na pravnu državu u formalnom smislu, nego 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.

Država upravnu funkciju vrši neprekidno (kontinuirano), pa se zahvaljujući njoj i predstavlja u spoljnom svetu kao najvidljivija institucija. Pravna država se začinje opštim pravnim aktima, a živi posredstvom upravne funkcije, odnosno akata i radnji iz kojih se ona sastoji.

Ne sme se zaboraviti da nije uvek u istorijskom razvitku država upravna funkcija sledila posle zakonodavne. Poznato je da su postojali periodi koje je karakterisao stav da uprava nema osnov u zakonu nego u volji vladaoca ili držav-

nom razlogu. Tada je načelo celishodnosti, a ne zakonitosti, bilo najviše načelo rada uprave. To je bilo vreme policijske države, koje nadamo se, zauvek pripada prošlosti. U evoluciji moderne države, kao jedan od najvećih kvaliteta, s razlogom se ističe podvrgavanje uprave normama objektivnog prava. To zapravo znači dve stvari: prvo, da nema uprave bez pravnog osnova, i drugo, da akti putem kojih se vrši upravna funkcija podležu kontroli svoje pravne ispravnosti, uključujući tu i sudsku kontrolu. To su, zapravo, sredstva za sprečavanje arbitrarnosti uprave i za njeno podvođenje pod objektivno pravo. Njima se kao “*conditio sine qua non*” priključuje i kodifikacija postupka vršenja uprave, pre svega postupka izdavanja upravnih akata.

Odsustvo pravne države znači i odsustvo kontrole i odgovornosti za bilo kakav, pa i nezakonit akt, učinjen od strane onih u čijim je rukama monopol donošenja i sprovođenja zakona. Prema tome, tu opstaju uslovi koji isključuju suštinske ciljeve pravne države. U takvom ambijentu građanin je uskraćen u pravima i slobodama ma kakav mu položaj bio dat u ustavu.¹³

SAVREMENA UPRAVA U ZEMLJAMA EVROPSKE UNIJE

Trend koji je karakterističan za sadašnju etapu tranzicije kroz koju prolazi naša država jeste harmonizacija domaćeg prava sa pravom Evropske unije. To podrazumeva usklađivanje domaćih propisa i prakse sa evropskim i međunarodnim standardima. Harmonizacija predstavlja deo savremenog procesa globalizacije prava uopšte, a samim tim i prava uprave u evropskim i svetskim razmerama.

Ranije, pravo uprave kao deo važećeg zakonodavstva bilo je uglavnom ograničeno na nacionalne pravne propise. Danas, potreba za istraživanjem i identifikovanjem sličnosti i razlika u rešavanju problema prava uprave unutar evropskog pravnog sistema nije samo želja za znanjem, već pre svega kako tvrdi prof. Jirgen Švarc – proizvod praktične potrebe. Evropska zajednica (a od 1992. godine – Evropska unija), koju je Evropski sud pravde definisao kao zajednicu zasnovanu na pravu (“*as a community based on law*”), mogla bi se, po shvatanju ovog autora, preciznije nazvati “*zajednicom utemeljenom na upravnom pravu*” (“*a community based on administrative law*”). Evropska unija je i zajednica upravnog prava, koje je njenim osnivanjem, najzad, izašlo iz okvira svoje nacionalne izolacije, čime je

¹³ Videti detaljnije: D. Vasiljević- D. Milovanović, Osnovna načela u postupanju policije, Pravni život, Beograd, tom II, br. 10/2011, str. 183–194; D. Vasiljević, Normativni okviri kontrole rada policije, Pravni život, Beograd, tom II, br. 10/2008. str. 789–806.

prevazišlo svoje dotadašnje vidike i otvorilo sebi veće perspektive razvoja.¹⁴ U vezi sa ovim ocena je da je upravno pravo Evropske unije kao oblast i disciplina u fazi "utvrđivanja svog identiteta", drugim rečima, nova i relativno neizdiferencirana administrativna disciplina čije je sadržinsko uobličavanje i sistematizacija u toku.¹⁵

Ovakve ocene daju nam za pravo da konstatujemo da u sadašnjem trenutku još nisu sazreli uslovi da se insistira na jasnom i preciznom razgraničenju između pojedinih pravnih područja u okviru pravnog sistema Evropske unije i da, zato, sve ono što važi za pravo Evropske unije u celini važi, na opšti način, i za njen porijekal upravnog prava.

Kako je Evropska unija pravna zajednica, ona ne raspolaže nekim direktnim sredstvom za sprovođenje svojih ovlašćenja, te stoga mora da se u velikoj meri oslanja na države članice. Ta činjenica ukazuje zašto je centralna sudska vlast bitna za svaki proces integracije, ukoliko predstavlja jaku garanciju da će se i nadnacionalne institucije i države članice pridržavati usvojenih pravila. Zato Sud pravde i ako nije institucija koja stoji u hijerarhijskom odnosu iznad sudova država članica, ima važnu funkciju. On obezbeđuje poštovanje takvih pravila u tumačenju i primeni primarnih izvora prava Evropske unije.

Evropskom sudu pravde, zahvaljujući bogatoj praksi, kao ovlašćenom garantu pravilnog tumačenja i primene komunitarnog prava, pripada velika zasluga što je utvrdio fundamentalne principe na kojima je zasnovana Evropska unija. Ti principi su ravnopravnost, sloboda, solidarnost i jedinstvo. Pri čemu je sloboda suštinska vrednost u evropskoj integraciji i obuhvata četiri velike slobode koje se tiču kretanja radne snage, kapitala, dobara i usluga.

Istraživanja prof. Jirgena Švarca, idu u prilog konstataciji da je Evropski sud pravde definisao veći broj principa upravno-pravne prirode, pozivajući se na opšta pravna načela zajednička državama članicama koje one moraju uvažavati unutar svog pravnog poretka kada primenjuju pravo Evropske unije. Među takve principe, primera radi, spadaju: vezanost uprave zakonom; princip proporcionalnosti; pravna izvesnost; zaštita legitimnih očekivanja; nediskriminacija; vanugrovnorna odgovornost, itd. Svi ovi principi koji se odnose na rad uprave mogu se objediniti u četiri grupe i to: 1) pouzdanost i predvidljivost; 2) otvorenost i transparentnost; 3) odgovornost; 4) efikasnost i efektivnost.

Navedena opšta načela svojstvena su i domaćem pravu, mada njihova značenja još nisu u dovoljnoj meri standardizovana. Njihova istinska afirmacija zna-

¹⁴ Uporedi, J. Schwarze: "European administrative Law", Office for Official Publications of the European Communities, Sweet and Maxwell, London, 1992, str. 3-4.

¹⁵ Uporedi, "Pravo Evropske unije", (Zbornik radova) "Službeni glasnik", Beograd, 1996, str. 200 i 204.

čila bi korak napred u realizaciji koncepta vladavine prava, posebno pravnoj sigurnosti, ali i javnosti rada uprave, naročito obezbeđivanjem slobodnog pristupa informacijama kojima ona raspolaže ili kontroliše.

Buduće perspektive koje se odnose na dalje upotpunjavanje i unapređivanje evropskog upravnog prava, po svemu sudeći, izuzev delimičnih kodifikacija u pojedinim sektorima, i dalje će se oslanjati na postupni i oprezni razvoj precedenlnog prava (case law), odnosno prava slučajeva, čiji je glavni tvorac, do sada bio a i na dalje će biti, Evropski sud pravde.

TENDENCIJE U RAZVOJU UPRAVE I NJENA REFORMA U PERIODU TRANZICIJE

Uprava kao složena društvena pojava najtešnje je povezana sa državnom vlašću a samim tim i sa državom. Tako je uprava pratila dug istorijski proces razvoja države, njenog oblika i karaktera, i u skladu sa tim procesom prilagođavala svoju organizaciju i delatnost. Tokom čitavog razvoja uprave mogu se uočiti određene tendencije koje je prate od perioda nastanka do današnjih dana. To su: 1) tendencija diferencijacije; 2) tendencija smanjenja uloge prinude; 3) tendencija profesionalizacije.

U starijoj pravnoj literaturi od strane nekih autora isticana je i tendencija porasta.¹⁶ Tendencija porasta znači da uprava teži stalnom uvećanju. Stvaraju se novi organi i drugi subjekti koji vrše poslove uprave a samim tim zapošljava i sve veći broj kadrova. Ovu tendenciju usloveli su objektivni razlozi kao npr: porast zadataka i poslova koji se pred upravu postavljaju, proces urbanizacije, podele u unutrašnjoj organizacionoj strukturi uprave, promene u sistemu zaštite ljudskih prava i slično. Danas, uvođenjem novih metoda rada i informacione tehnologije, stručnim osposobljavanjem i usavršavanjem kadrova, pravne države i savremene uprave ne mogu počivati na ovoj tendenciji.¹⁷

Tendencija diferencijacije podrazumeva da se uprava koja je u početnom periodu razvoja bila jedinstvena celina vremenom diferencirala po pojedinim oblastima za koje su stvoreni i organski nosioci. Početna diferencijacija je izvršena stvaranjem nekoliko ključnih upravnih resora, bez kojih je država teško mogla da funkcioniše, i to: odbrana, spoljni poslovi, finansije, pravosuđe, unutrašnji

¹⁶ E. Pusić, *Nauka o upravi*, I, Zagreb, 1989, str. 40.

¹⁷ Videti detaljnije: D. Milovanović, J. Ničić, M. Davinić, *Stručno usavršavanje državnih službenika u Republici Srbiji*, Beograd, 2011, str. 13–23; D. Kavran, Z. Vukašinović, *Evropski upravni prostor i reforma javne uprave*, NBP – Nauka, bezbednost, policija, Časopis Policijske akademije, Beograd, 2004, Vol. IX, br. 2–3, str. 9–33.

poslovi. Ovi resori i danas postoje, ali je vreme stvorilo potrebu za novim resorima u oblasti privrede, zdravstva, nauke, prosvete, kulture, ekonomije, saobraćaja, i dr. Ovaj proces još uvek traje, jer će vreme pokazati da je nužno obrazovati nove državne subjekte za vršenje poslova i zadataka u oblastima kojima se još uvek ne pridaje veliki značaj.

Tendencija smanjenja uloge prinude znači da uprava u svojim upravno-pravnim odnosima sa građanima sve manje primenjuje prinudu. Na tendenciju smanjenja uloge prinude utiču različiti faktori: porast svesti ljudi koji češće nego ranije dobrovoljno izvršavaju svoje obaveze; porast tehničko-tehnološkog nivoa u radu uprave koji smanjuje potrebu neophodnog kontakta sa građanima, razvoj zaštite ljudskih prava i drugo.

Generalno posmatrano prinudu ne mogu da koriste svi organi uprave. Legalna mogućnost njene upotrebe ustanovljena je sa malim izuzecima jedino u korist policije, koja takođe u svom radu nastoji da smanji ulogu prinude u granicama nužnog i neophodnog. Ipak, neophodno je imati u vidu da smo i u poslednje vreme, usled eskalacije unutrašnjih i spoljnih sukoba u svetu, svedoci enormne upotrebe savremenih sredstava prinude čije su posledice brojne ljudske žrtve, narušavanje zdravlja, povreda elementarnih ljudskih prava, ozbiljno ugrožavanje životne sredine. Stoga je ovu tendenciju neophodno posmatrati kao cikličan proces, obrnuto proporcionalan postojanju i snazi pravne države, što dodatno potvrđuje neophodnost stalne borbe za principe pravne države.

Tendencija profesionalizacije znači da lica koja rade u upravi svoje zadatke i poslove obavljaju kao profesiju. Tokom istorijskog razvoja uprave to nije uvek bilo tako. Među osnovnim načelima na kojima se zasniva delovanje i postupanje državnih službenika u upravi su zakonitost, nepristrasnost i politička neutralnost. Samo vrh upravne piramide može biti povezan sa politikom i samo na njega bi trebale da utiču političke promene partija i koalicija na vlasti, a ne i na profesionalni službenički aparat.

Reforma uprave na modernim osnovama, u skladu sa evropskim i međunarodnim standardima predstavlja prioritetan zadatak država koje je zahvatio talas tranzicije. Državna uprava ima ključnu ulogu u prelasku na tržišnu ekonomiju i stvaranju uslova za nesmetano funkcionisanje tržišnog modela privređivanja. Uz to reforma uprave treba da dovede do njene istinske depolitizacije i profesionalizacije kroz obrazovanje i jačanje lojalnosti poslu, uz menadžersku kontrolu rezultata.¹⁸

¹⁸ D. Vasiljević, Z. Vukašinović Radojičić, Merit System As a Modern Civil Service System, International Scientific Conference "Archibald Reiss Days" Conference Proceedings, Academy of criminalist and police studies, Belgrade, Vol. II, 2011, pp. 22–26.

Strategija reforme uprave razlikuje se od zemlje do zemlje i možda bi bilo ispravnije govoriti o više takvih posebnih strategija koje se, sa stanovišta istaknutog eksperta za javnu upravu prof. dr Dragoljuba Kavrana, mogu klasifikovati u nekoliko grupa.¹⁹

Prvu grupu čine pravno-legalističke strategije. Njih karakteriše pravni osnov sadržan u aktima donetim u parlamentu i od strane vlade kojima se kontroliše državni mehanizam odozgo i odlučuje o vrsti, obimu i sadržini upravne reforme. Zapravo, nema reforme bez valjanog pravnog osnova.

Druga grupa strategija je eksperimentalno-projektivna. Njima se razvija model upravne reforme u vidu eksperimenta u okviru pojedinih regiona (oglednih primera), pre nego što se postigne saglasnost da se takva reforma sprovede u celoj zemlji, na nacionalnom nivou. Predloženi model reforme se prethodno primenjuje na uzorku, a zatim, zavisno od postignutih rezultata i na celinu.

Treća grupa strategija spada u organizaciono-procesne strategije. One stavljaju akcenat na definisanje novih zadataka i poslova vezanih za reorganizaciju i reobrazovanje. Takođe, one istražuju metode i tehniku u procesu upravljanja, rukovođenja i odlučivanja u javnom sektoru, i analiziraju i organizuju izvršenja političkih odluka. Ove strategije bave se procesima stalnog obrazovanja i podizanja sposobnosti za bavljenjem menadžerskim poslovima.

Četvrta grupa strategija se naziva i "Novi sistemi javnog upravljanja". Ove strategije se zasnivaju na metodama i tehnikama preuzetim iz privatnog sektora. One počivaju na vrstama "cost-benefit" analize, davanju širokih ovlašćenja menadžerima, uvođenju procesnog upravljanja koje se temelji na rezultatima. Celokupna uprava se podvrgava stalnom preispitivanju i oceni efikasnosti i ekonomičnosti, a redovno i sistematski se ocenjuju rezultati ukupnog rada. Ova grupa strategija je dominantna u mnogim zemljama tranzicije.

Iz prikaza ovih grupa strategija reforme uprave nameće se zaključak da one, pre svega, imaju za cilj racionalizaciju uprave, odnosno upravne strukture kao skupa upravnih organa, organizacija i javnih službi odnosno, bitno smanjenje troškova njihovog funkcionisanja uz eliminisanje suvišnih institucija. Suština problema svodi se na uklanjanje iz državne administracije svega suvišnog, uz istovremeno unapređenje onoga što je neophodno. Ipak, smatramo da se u savremenim uslovima enormno brzog odvijanja događaja, krupnih problema i nepredvidljivih kretanja, pored ostalih mera podrazumevaju i naglasak na jačanju sposobnosti upravnih (rukovodećih) službenika da predviđaju buduće događaje i da pronalaze kreativna rešenja.

¹⁹ D. Kavran, Javna uprava, Beograd, 2003.

ZAKLJUČAK

Savremena uprava u pravnoj državi mora biti izložena sudu kako korisnika (građana) tako i nadležnih organa i organizacija, počev od parlamentarne kontrole do mnogih drugih oblika ocenjivanja njenog rada saglasno izraženim potrebama građana. Uprava mora da osluškuje glas svojih korisnika, da brine o kvalitetu svojih usluga i da nastoji da svede na minimum primenu neizbežnih formalnosti u svom radu i opštenju sa strankama. Reč je o jednoj transparentnoj i otvorenoj upravi čiji je kadar podvrgnut procesu stalnog obrazovanja radi sticanja odgovarajućih menadžerskih sposobnosti.

Drugim rečima, uprava u demokratskoj pravnoj državi svoje aktivnosti mora da zasniva na načelu legaliteta i mora biti podvrgnuta svim oblicima kontrole koje poznaje savremeni svet. Na taj način se i dovršava građevina koja se zove pravna država.

Pravna država postoji kada u svom pravnom sistemu obezbedi vladavinu načela legitimiteta i legaliteta u tolikoj meri da se njihova primena kreće u granicama društvene tolerancije. Tako da pravna država i kriza pravog sistema ne mogu istovremeno postojati u licu jedne državno pravne tvorevine. Pri tome treba istaći da obe ove društvene pojave nisu "statične i okamenjene" i da su transformacije iz jednog svojstva u drugo, ne samo moguće; već su u savremenom svetu one i realne i aktuelne.

Pravna država kao obrazac načela ustavnosti i zakonitosti nigde i nikada nije ostvarena kako je zamišljena, ali to ne znači da traganje za boljom i najboljom pravnom državom gubi smisao.

Teorijske i praktične slabosti zajedno sa starim i novim izazovima, pravnu državu čine krhkom tvorevinom. Upravo, promenljivost kao prepoznatljivo obeležje pravne države, ne znači da ideja pravne države treba da bude odbačena pošto je odigrala veliku ulogu u pravnom utvrđivanju i popularisanju vrednosti koje su bliske ideji pravde i drugim idejama u čijem je sedištu čovek. Samo na taj način može da se objasni borba srpskog naroda za stvaranje sopstvene "normalne" države. Taj napor predstavlja garanciju da još uvek nisu napuštene glavne civilizacijske tekovine iz kojih je i zarad kojih je pravna država i nastala.

DOBROSAV MILOVANOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law University of Belgrade
DRAGAN VASILJEVIĆ, LL.D.,
Professor, Criminology and Police Academy, Belgrade

THE STATUS OF THE ADMINISTRATION IN A DEMOCRATIC LEGAL STATE

Summary

This paper focuses on the status of administration in a democratic legal state. In this regard, the paper shows the history of the rule of law in the world and in our country. The subject of discussion is the relationship between the rule of law and the implementation of law. In addition, authors analyze the relationship between the rule of law and contemporary administration, with special emphasis on the European Union. Finally, the trends in the development of the administration and its reform in countries in transition are discussed.

Democratic legal state which seeks modern world is facing many challenges. However, this does not mean that the concept of the rule of law should be abandoned, since it still play a significant role in reshaping the collective consciousness, popularization and legal determination of the values that are close to the idea of justice, centered on a man.

Administration as an important state activity exists in every state, but in a democratic state based on the rule of law government must have certain properties. Specifically, its activities must be based on the principle of legality and the administration must be subjected to all forms of control that knows the modern world. In this way, the building that is called the rule of law is completed. On the other hand, a prerequisite for the survival and effectiveness of the legal state is that it is established on a real social relationships and adaptable to modern trends. Only in this way it is possible to ensure that the adopted rules are implemented and that they can achieve the desired goals.

ZEHRA ODYAKMAZ,
OĞUZHAN GÜZEL

ADMINISTRATION AND MORALITY

I. INTRODUCTION

Along with rules of law that regulate lives of communities, there are also rules of morality as important as rules of law which also regulate the same lives. Therefore moral rules are to be regulated and are sanctioned in a specific way.

The *subject* of this study is primarily as follows: When a sufferer brings an action against the unlawful administrative act and wins the case which is implemented by the administration to multiple parties, the administration corrects its administrative act in practice only for that concerned party. For the correction of the similar act regarding the others, the administration expects the others also to file and win the cases. However this behaviour of the administration is not moral.

Administration's this way is in question not only for its unlawful administrative acts but also in situations where it damages multiple people with its similar actions. Among the people damaged by the administrative action, the administration compensates only the damages of the ones who win the suit against the administration. In order to get their compensations, others should also have to bring an action, win it and apply to the administration with the court order.

Prof. Dr. Zehra Odyakmaz, Lecturer of Administrative Law, Mevlâna University, Dean of Law Faculty.

Oğuzhan Güzel, Research Assistant of Administrative Law, Mevlâna University, Law Faculty. Abbreviations: ama. Above mentioned article, amw. above mentioned work, and cont'd: and continued, D. Decision, No. Number, p. page, V. Volume, Y. Year.

Whereas, in both situations, that is when it conducts an unlawful act and when it damages people by any of its actions, if a claimant wins its case before the administrative court, the administration should not wait for the others also to bring action before the court and for the sufferers of the same action in similar situation it should –ex officio- abrogate, change, correct its administrative act or withdraw if not expired or compensate if it has caused any damage. By this attitude, the administration shall have behaved morally. This will not be the only subject of our study. The fact that the administration in the performance of an act or action, should behave good and honest and also certainly behave “morally”, is also subject of our study.

The *purpose* of this study is; to emphasize that there is no need for a new regulation for the administration to act ex officio in similar cases even if there is not any legislation about it, principles and provisions that already exist in both international agreements and in domestic law shall be sufficient. Therefore, the victim shall use many existing principles of administrative law as a basis and shall be able to invite the administration to act ex officio without waiting for the filing of a suit. Our suggestion is; if a person has filed and won a suit against administration’s act or action about the same matter, a regulation should be made about the people in the same situation, regarding the suspension of “statute of limitations” – so that it can also be applied to them. And this should be the natural expectation of us from the “moral administration”.

II. CONCEPTS⁽¹⁾

Although it can be thought that “morality” and “ethics” have the same meaning as they are used interchangeably, they are different from each other.

“Morality”; is social rules which regulate the manners of behaviours which people within society are obliged to obey. It is the total of values to be achieved about what is good or bad and right or wrong, which make a basis for personal and social relations. So morality is rules of behaviour to which individuals, socie-

¹ For the concepts of “morality” and “ethics” see. Eryilmaz, Bilâl: “Sunuş (Presentation)”, Kamu Görevlileri Etik Rehberi (Ethics Guide for Public Officers (Prepared by: Mustafa Lütfi ŞEN), 3. Edition, Ankara April 2012, p. 5, (141 pages), Turkish Republic Prime Ministry Council of Ethics for Public Officers; “Etik Nedir? (What is Ethics?)”, Ethics Guide for Public Officers, amw., p. 9; Çeli kkol, Özlem: “Ahlâk, Etik ve İş Ahlâkı Tanımlamaları Üzerine Bir İnceleme (An Examination on Definitions of Morality, Ethics and Work Ethics)”, Journal of Denizli Bar, January–February 2012, p. 42 and cont’d. For more information see. Öktem, Niyazi: “Tıp, Hukuk ve Etik Üstüne (About Medicine, Law and Ethics)”, As a gift for Yiğit Okur, p. 305–309, Turkish Republic Galatasaray University Publications; Türkbağ, Ahmet Ulvi: “Hukuk ve Ahlâkın Kesişim Noktası Olarak Hukuk Normu (Legal Norm As a Junction of Law and Morality)”, Galatasaray University Law Faculty Journal, 2/2008, p. 29–36.

ties, nations adopt and have to obey. These rules of behaviour are standards, values, principles which shape relations between individuals and the society.

“Ethics”; is the alliance of principles or standards which makes it possible for individuals and societies to make judgements such as good and bad or right and wrong through their behaviours. “Ethics”; focus on subjects such as the qualities required to be a good person and rules that determine and limit individual’s behaviours. “Ethics”; means the maintenance of good life, by questioning the concepts of right-wrong, duty-responsibility and social responsibility. Morality; is about the answers to be given to the question of “how to live” and about the questions that arise from these answers. Ethics; explains what is right and good and what people’s purposes should be.

Morality; is experienced factual and historical; but ethics is the research oriented to this fact. Ethics; is the complement of moral principles which is the basis for person’s behaviours. In other words, ethics is the guiding values, principles and standards that help people to determine “how the works should be done”. Ethics is a process at the same time. When making decisions and putting them into practice during this process, it is essential to stick to certain values.

On the other side it is also said that, ethics is the branch of philosophy which deals with morality. Ethics; is philosophy which roots back to at least 2500 years. This branch of philosophy searches the values, norms, rules which underlies the social relations in terms of aspects such as right-wrong or good-bad. Therefore ethics; is about the value of certain individual and socially moral experiences in life.

III. ADMINISTRATION-MORALITY RELATION IN TERMS OF INTERNATIONAL LEGISLATION

1. Administration-Morality Relation in The Charter of Fundamental Rights of The European Union⁽²⁾

The Charter of Fundamental Rights of The European Union was first presented to the state and government presidents in the European Union Summit

² For The Charter of Fundamental Rights of The European Union, see. Akyılmaz, Bahtiyar: “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası – Good Administration and Code of Good Administrative Behaviour”, Gazi University Law Faculty Journal, June–December 2003, V:VII, Y:2003, No. 1–2, p. 145–146; Odyakmaz, Zehra: “Kamu Yönetimi Reformundan İdari Beklentiler (Administrative Expectations From Public Administration Reform)”, p. 13–25, Kamu Yönetimi Reformu (Public Administration Reform) (Panel), Ankara 21.06.2003, Ankara 2003, 96 pages, Türkiye Kamu – Sen Arge Publications, Publication No: 7. For the Turkish text of The Charter of Fundamental Rights of The European Union, see. <http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/hukuk/temelhak.pdf>. For the English text of The Charter of Fundamental Rights of The European Union, see. http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf.

held in Biarritz, France on 13-14 October 2000 and it was recognized. Then it was formally proclaimed in Nice Summit in 7-8 December 2000.

The Charter of Fundamental Rights of The European Union regulates the fundamental rights of the European Union citizens and the responsibilities of the European Union towards its citizens.

Articles 41, 42 and 8 of the Charter which regulates “right to good administration”, actually explains how a moral “administration” should behave. According to paragraph 3 of Article 41: “Every person has the right to have the Community 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.” According to this Article, the European Union shall have behaved moral by compensating the damages suffered by its citizens without waiting for them to file a suit.

According to paragraph 1 of Article 8: “*Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her.*”

This is a very important matter. There are similar provisions in the constitutions of almost all states. Protection of personal data is the duty of the state (administration). An administration which does not or can not protect personal data of its citizens means it does not behave morally and honestly.

According to paragraph 2 of Article 8: “Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified.” As per this paragraph the administration shall make fair use of personal data for the identified purposes with the consent of the related person and shall make it simple for the related person to reach his/her data and make corrections on it. So the administration shall have behaved and acted honestly and morally.

According to Article 42; “*Any citizen of the Union, and any natural or legal person residing or having its registered office in a Member State, has a right of access to European Parliament, Council and Commission documents.*”

Article 42 regulates the right of access to the documents related to the works of the European Union. In addition to the citizens of the Union, foreigners residing in a member state also take advantage of this right. This is an example of moral administrative behaviour.

The Charter of Fundamental Rights of the European Union, has made the principles of administrative procedure regulated by the Resolution (77) 31 of the Committee of Ministers ⁽³⁾ as basic principles of the Union. With these principles

³ For more information on the principles of administrative procedure regulated by the Resolution (77) 31 of the Committee of Ministers, see. Odyakmaz, Zehra: “Hazırlanmakta Olan İdari

The Charter of Fundamental Rights of the European Union has regulated liability of good administration for the “administration” and “right of good administration” for the individuals.

2. Administration and Morality Relation in the European Code of Good Administrative Behaviour⁴

The European Commission adopted “The European Code of Good Administrative Behaviour” on 13 September 2000. It provides a useful guide for Commission staff in their relations with the public.

On 6 September 2001, the European Parliament approved the European Code of Good Administrative Behaviour. In the primary presentation of the Code, it is emphasized that simplification of administrative procedures and featuring personal responsibility is important for putting the principles of good administration into practice.

According to paragraph 2 of the Article 8 of the Code with the title “Impartiality and Independence”: “The conduct of the official shall never be guided by personal, he or she, or any close member family or national interest or by political pressure. The official shall not take part in a decision in which of his or her family, has a financial interest.”

Usûl Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar (In Terms of Administrative Procedural Law Under Preparation, Transparency and Rights Granted to Individual in Democratisation Process)”, A gift to Prof. Dr. Naci Kinacıoğlu, Gazi University Law Faculty Journal, V. I, No. 2, December 1997, p. 1–21; Odyakmaz, Zehra: “İdari Usûlden Beklediklerimiz (Our Expectations From Administrative Procedure)”, p. 2–5, T.C. Başbakanlık İdari Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler (Turkish Republic Prime Ministry Preparation of Administrative Procedural Law International Symposium Proceedings, 17–18 January 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 pages, T.C. Başbakanlık Basımevi; Odyakmaz, Zehra: “Demokratik Yönetim İçin İdari Usul Yasası (Administrative Procedural Law For Democratic Administration)”, p. 203–208, Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller 2002 (Law Scope Conferences and Panel Discussions 2002), 3, Ankara Barosu Yayınları (ABA Publications), 602 pages; Odyakmaz, Zehra: “Şeffaf Yönetime Doğru (Through Transparent Administration)”, Strateji (Yimler Bülteni), Y: 1, No: 2, p. 3; Odyakmaz, Zehra: “Kamu Yönetimi Reformundan İdari Beklentiler (Administrative Expectations From Public Administration Reform)”, ama., p. 13–25.

⁴ For The European Code of Good Administrative Behaviour, see. Akyılmaz, Bahtiyar: amw., p. 149. For the presentation, see Kinnock, Neil: http://ec.europa.eu/transparency/civil_society/code/_docs/code_en.pdf. For the Turkish text of The European Code of Good Administrative Behaviour, see. www.ombudsman.europa.eu/showResource?resourceId=1226503345059_code2005_tr.pdf&type=pdf&download=true&lang=tr. For the English text of The European Code of Good Administrative Behaviour, see. http://ec.europa.eu/transparency/civil_society/code/_docs/code_en.pdf.

Here, how the officer who represents the administration should or should not act is regulated. All that is stated here is within the content of “morality”.

In accordance with Article 20 titled as “Notification of the decision”: “1.... 2. *The official shall abstain from communicating the decision to other sources until the person or persons concerned have been informed.*” The related person shall be informed about the decision regarding him at first hand. To deliver this decision to others is only with the person’s own initiative.

According to Article 21 titled as “Data protection”: “1. The official who deals with personal data concerning a citizen shall respect the privacy and the integrity of the individual in accordance with the provisions of Regulation (EC) No 45/2001 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2000 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data. 2. The official shall in particular avoid processing personal data for non-legitimate purposes or the transmission of such data to non authorised persons.”

Here we also see protection of personal data by the administration and how a moral administration shall behave.

IV. THE LEGISLATION ON ADMINISTRATION-MORALITY RELATION IN TURKEY

1. *The Legislation on Administration-Morality Relation Before 2004*⁽⁵⁾

Before 2004, there was no special regulation in Turkey regarding ethics principles and values binding the civil servants.

The ethics principles and standards used to take place dispersedly in; the Constitution, Law No.657 on Civil Servants and the by-laws issued on this Law, Law No. 2531 on Works Banned From Being Performed by Civil Servants Who Quit Public Duty, Law No. 3628 on Asset Declaration, Struggle Against Bribery and Corruption, Law No.5237 on Turkish Criminal Law and in other legislations.

In accordance with paragraph 2 of Article 40 of the Constitution titled as “Protection of Fundamental Rights and Freedoms”: “The State is obliged to indicate in its acts, the legal remedies and authorities the persons concerned should apply and their time limits.”

The liability for guiding ways of application does not belong only to the “*administration*” but also to the “*state*”; in other words in their acts, not only the executive body but all the authorities of the state including the legislative and judicial

⁵ Ethics Guide For Public Officers, amw. p. 23.

bodies are obliged to tell to the addressee the special-general, administrative-judicial ways of application and the time limits⁽⁶⁾.

When it is considered that, concept of “state” involves also the “judicial” body as a separate power along with the “administration” and provisions of the constitution are rules which are binding also for places of jurisdiction as well as administrative authorities, there is no doubt that liabilities as stated in Article 40 of the Constitution are valid also for judicial bodies.

There can be situations where the liabilities are not executed or the concerned people are misguided when administrations and judicial bodies are performing their power born by the Constitution. In the stated situations, in order to prevent the concerned people to lose their right due to misguidance caused by administrations and judicial bodies, the terms of litigation should be figured taking Article 40 of the Constitution into account.

Therefore with regard to paragraph 2 added to Article 40, a moral administration should indicate in its acts, the authority which the concerned should apply, their time limits and procedures. In case the administration fails to apply this constitutional obligation it shall have conducted against the constitution and moral rules and it shall have to compensate the damage suffered by the concerned. When the claimant misses the time limit and loses his/her right because of the misguidance of the place of jurisdiction, as the starting date of time of litigation The Turkish Council of State has accepted the application date to the wrong place as the application date to the right place.⁽⁷⁾

By this decision, the Turkish Council of State has accepted that “court” is within the concept of state, or rather state entity and implemented this provision even for court’s judicial activity.

This decision taken by the Turkish Council of State, in favour of the party who is damaged by the wrong decision of the place of jurisdiction regarding time limit, is very important in terms of our subject. Because, if the Council of State can practise this constitutional provision even for a court order, it shall under any circumstances decide in favour of the concerned party in case the administration does not state time and place of application or misguide the concerned party and cause damage. Thus, by making the administration compensate the damage cau-

⁶ Akyılmaz, Bahtiyar: *ama.*, p. 147; Odyakmaz, Zehra-Ümit Kaymak-İsmail Ercan: *İdari Yargı Konu Soru Mevzuat (Administrative Judiciary Subject Question Legislation)*, Updated 8. Edition, İstanbul September 2012, p. 212, Themis XII Levha, Publication No: 224, (XII+491pages).

⁷ For the decision of the Turkish Council of State Chamber 10 of 1/07/2009 and Docket.2009/5891 D.2009/7313, see. Odyakmaz, Zehra-Ümit Kaymak-İsmail Ercan: *İdari Yargı (Administrative Judiciary)*, *amw.*, p. 212, footnote 5; <http://www.danistay.gov.tr>.

sed by its own fault, the Council of State shall have encouraged the administration to act morally.

2. *The Legislation on Administration-Morality Relation After 2004*

In Turkey, year 2004 has been a milestone in terms of constituting an administrative system based on ethics. In 2004, Law no 5176 on “The Establishment of Council of Ethics for Public Service and Making Modifications on Some Laws” was enacted and The Council of Ethics for Public Service was established.

A. Law No. 5176 on The Establishment of Council Of Ethics For Public Service and Making Modifications on Some Laws⁽⁸⁾

The aim of this Law in relation to our subject is; to determine the ethical attitude principles such as transparency, impartiality, honesty, accountability and safeguarding public benefit that should be abided by the public officials. Especially the concept of “honesty” is our concern here.

The Law covers almost all administrations. The provisions of this Law does not apply to the President of the Republic, members of the Grand National Assembly of Turkey, members of the Board of Ministers, Turkish Armed Forces, adjudication members and the universities (Article 1).

a. Importance of Ethics in Public Administration in General⁽⁹⁾

Existing control methods are insufficient to prevent maladministration and corruptions which appear during management process. As the corruptions are observed by existing methods only after they occur, recovery of the wasted public resources are usually impossible. Under this circumstance, “ethics control” becomes more of an issue as a tool for preventing corruption prior to its occurrence.

b. Benefits of Principles and Values in Regard to Management Ethics⁽¹⁰⁾

There are some principles and values related to management ethics. These values;

- *Guide public servants about behaving well and avoiding bad behaviour.*
- *Increase the confidence to the state and to the public servants, develop legality of the management and provide integration of state and public.*

⁸ For the Law No. 5176 on The Establishment of Council of Ethics for Public Service and Making Modifications on Some Laws, see. Official Gazette No. 25486 and dated 8 June 2004.

⁹ Ethics Guide for Public Officers, amw., p. 12–13.

¹⁰ Ethics Guide for Public Officers, amw., p. 10.

- Increase administrative behaviour standard in public institutions.
- Guide the decision-makers and implementers in cases where values conflict.
- Strengthen social fabric, economic development, democracy and state of law.
- Lower the cost and increase the quality of public services.

c. Public Servants and Ethics⁽¹¹⁾

Democratic management is based upon the duty between the public and the public servants. The society expects public servants to be sensitive about administrative standards. Therefore, public servants should protect themselves from any doubt of corruption which shall damage public's sense of trust.

Public servants' being in a dilemma is a frequently encountered situation. Ethic dilemma; is the conflict of two or more values ⁽¹²⁾. And The Council of Ethics for Public Servants has been established to determine the ethical attitude principles such as transparency, impartiality, honesty, accountability, safeguarding public benefit that should be abided by the public officials and to supervise the implementation.

d. The Council of Ethics for Public Service⁽¹³⁾

Almost all of the Council's duties are directly or indirectly related with administration-morality relation (Article 3):

– The Council; shall determine the principles of ethical behaviour for public officials by preparing by-laws.

– The Council; shall conduct the necessary investigation and inquiries on public officials for violation of ethical codes after personal claims or by the Council's own initiative and shall inform the concerned authorities about the result.

¹¹ Odyakmaz, Zehra-Ümit Kaymak-İsmail ERCAN: Anayasa Hukuku İdare Hukuku (Constitutional Law Administrative Law), Expanded and Updated 15. Edition, İstanbul August 2012, p. 457, Themis Oniki Levha Publications, Publication No.183, (XXXX+655 pages). For some of the bureaucratic values, performance standards, behavioral standards and other various values for public officers, see. Dereli, Esen: "Kamu Görevliliği ve Ahlâk (Public Service and Morality)", Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi (Journal of Social Politics Conferences), No.43-44, Y.2000, p. 337-338; Ethics Guide for Public Officers, ama., p. 89-91. For the basic principles determined for the moral behaviours of public officers, see. DERELİ, Esen: ama., p. 338-339.

¹² For examples on dilemma, see. Ethics Guide for Public Officers, amw., p. 14-17.

¹³ The Council of Ethics for Public Service has been established by Law No. 5176 on The Establishment of Council of Ethics for Public Service and Making Modifications on Some Laws. (see. Official Gazette No. 25486 and dated 8 June 2004). Odyakmaz, Zehra-Ümit Kaymak-İsmail ERCAN: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku (Constitutional Law Administrative Law), amw., p. 457-459.

– The Council; shall conduct studies to embed ethical culture, have them conducted and support other studies.

The application claims can be made by any Turkish citizen who has contractual capacity or foreigners residing in Turkey.

The application claims can be made to the Council on public officials who serve at least as general managers or an equivalent senior position level. For others, applications are made to their own institution, and the institution transfers him/her to the disciplinary board for the required investigation.

The Council informs the concerned people and the Prime Ministry on the result of its investigation and research in writing (Article 5). Remedy for administrative jurisdiction is available for the Council's decisions.

B. The Regulation on the Principles of Ethical Behaviour of the Public Officials and Application Procedures and Essentials ⁽¹⁴⁾

a. Principles of Ethical Behaviour⁽¹⁵⁾

The Regulation states the principles of ethical behaviour as follows (article 5-22): “Consciousness of public service in performance of a duty, consciousness of serving the community, compliance with service standards, commitment to the objective and mission, integrity and impartiality, respectability and confidence, decency and respect, notification to the competent authorities, avoiding conflict of interest, not using the duty and power to derive benefits, prohibition of receiving gifts and deriving benefits, making appropriate use of public domain and sources, avoiding extravagance, not making binding explanations and factitious statement, transparency and participation, manager's liability of accountability, relations with former public officials, declaring property.”

It is seen that most of these principles directly or indirectly regulate “administration-morality” relation. For instance the principle on “avoiding extravagance” (Article 17 of regulation) is directly related with the main subject of our study. We are saying that; when administration's acting against law is certain by judgement of the place of jurisdiction, if the administration corrects its similar

¹⁴ For “The Regulation on the Principles of Ethical Behaviour of the Public Officials and Application Procedures and Essentials”, see. Official Gazette no. 25785 and dated 13 April 2005.

¹⁵ For the explanations on “Principles of Ethical Behaviour”, see. Ethics Guide for Public Officers, amw., p. 25–80 and By-law, Second Part, articles 5–22. For “Right of Application by Claiming Breach of Ethical Behaviour Principles”, see. Ethics Guide for Public Officers, amw., p. 83–87; Odyakmaz, Zehra-Ümit Kaymak-İsmail Ercan: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku (Constitutional Law Administrative Law), amw., p. 458–459.

acts without waiting for filing of a claim it shall have behaved moral. Principle of “Avoiding extravagance” also brings solutions to such matters. Because, in the case that only one claimant files a suit out of ten for the same unlawful administrative act and the case is won, the administration is ordered by the court to pay for counsel’s fee and court expenses as well as annulment of its administrative act. If the administration cancels, changes or corrects the other nine unlawful administrative acts ex officio –for acting moral by not waiting for others to file claims– it shall have avoided extravagance by not being have to pay for all court expenses including the counsel’s fee.

b. Ethics Commission

According to Article 29 of the Regulation; An ethics commission consisting of at least three people from the institution should be established by the top executive of the institution or organization, in order to establish and develop ethical culture, to advise and direct about the problems the personnel face with about the principles of ethical behaviour and to evaluate ethical practices.

*C. Circular Regulated by Turkish Republic Prime Ministry
on The Prevention of Psychological Harassment (Mobbing) at Work⁽¹⁶⁾*

A common and well accepted definition of psychological harassment⁽¹⁷⁾ (harassment at work/mobbing) has not yet been made. This concept has a very broad content; meaning psychological violence, pressure, harassment, bothering. It also has physical, economic, social and political aspects.

There is not a clear regulation on psychological intimidation in Turkish law. Nevertheless, some regulations in Criminal Law, Labour Law no. 4857, Code of Obligations and Civil Code might be accepted as regulating psychological intimidation. Articles of the Constitution which regulate “General Principles” and

¹⁶ For the Circular No. 2011/2 and dated 19 March 2011, Regulated by Turkish Republic Prime Ministry on The Prevention of Psychological Harassment (Mobbing) at Work, see. Official Gazette of 27879 dated 19 March 2011.

¹⁷ For more information on this, see. Koçak, Yüksel–Mukaddes ÇİÇEK–Atıl Cem ÇİÇEK: “Kamu Çalışanları Üzerinde Psikolojik Şiddet (Mobbing) ve Çevresel Etmenlerle İlişkisi: Kağızman Örneği (Psychological Harassment on Public Officers and its Relation With Environmental Factors: Sample Kağızman)”, Geçmişten Geleceğe Her Yönüyle Kağızman Sempozyumu (Past and Future Symposium in Every Aspect Kağızman), 24–26 May 2012, p. 465–471, Savaş Kitap ve Yayınevi; Altay, Oya Bostancı: “Mobbing (Psychological Harassment)”, Kocaeli Bar Journal, 2009/2, p. 162–169; Meyvacı, Yaşar: “Mobbing, Duygusal Saldırıdır (Mobbing is an Emotional Attack)”, Journal of Balıkesir Bar, p. 29.

“Fundamental Rights and Duties” and Article 10 which regulate the principle of “Equality before the Law” might be considered in these terms.

Even though the lawmaker has not named it clearly as psychological intimidation in these laws, many provisions can be accepted as so. In recent years, the matter of mobbing is mentioned in decisions of Turkish jurisdiction namely as “harassment at work”¹⁸

In fact what we want to state here is the Circular of the Prime Ministry dated 2011 on “Prevention of Psychological Harassment (Mobbing) at Work”. This circular defines psychological harassment by examples, states the importance, lists the measures to be taken in details and announces that a “Council for Fighting Psychological Harassment” shall be established. This circular is important in terms of achieving a moral administration:

“The psychological harassment in public bodies and institutions and in private sector, destroys the employers’ honour and dignity, lowers their efficiency and negatively affects their working life by causing failure in their health.

Prevention of psychological harassment which appears for a certain period of time by the intentional and systematic humiliation, despisement, exclusion, damage of personality and dignity, ill-treatment, terrorisation of the worker is crucial in terms of both work health and safety and development of work peace.

Accordingly, following precautions have been approved for the protection of workers from psychological harassment:

1. Combating psychological harassment at work is primarily the employer’s responsibility. The employer shall take all necessary precautions to prevent psychological harassment.
2. All employees shall stay away from all sorts of actions and behaviours which can be considered as a psychological harassment.
3. Collective labor agreements shall include precautionary provisions to avoid psychological harassment cases at work.
4. In order to strengthen combat with psychological harassment, aid and support shall be provided by psychologists to the employees through Ministry of Labor and Social Security Communication Centre and Alo 170 call centre.

¹⁸ The claimant who is a lecturer at faculty of medicine has been inflicted three separate disciplinary punishments. The administrative court has annulled them. Thereupon, intimidating and sickening acts and actions have started against the claimant at work. This mobbing action has negatively affected the claimant’s moral nature. The claimant has demanded from the administration for the compensation of non-pecuniary damage. The administrative court has decided for the compensation of non-pecuniary damage due to the psychological harassment against the claimant. The Turkish Council of State has approved this decision of the administrative court. (see. The Turkish Council of State Chamber 8 decision of 16/04/2012 with Docket 2008/10606 and D.2012/1736).

5. In order to monitor and evaluate psychological harassment cases suffered by employees and produce anti-harassment policies, a “Council to Combat Psychological Harassment” shall be established within the body of Ministry of Labor and Social Security, with the participation of State Personnel Administration, non-governmental organisations and concerned parties.

6. The inspectors shall examine the claims of psychological harassment with care and conclude as soon as possible.

7. When conducting acts and actions related with claims of psychological harassment, utmost attention shall be given to protection of the concerned people’s personal lives.

8. For the purpose of raising awareness about psychological harassment at work, The Ministry of Labor and Social Security, State Personnel Administration and social parties shall organise seminars and trainings.

V. ADMINISTRATION-MORALITY RELATION IN TERMS OF ADMINISTRATION’S IMPLEMENTATIONS

1. Administration-Morality Relation in terms of Executability of Administrative Acts⁽¹⁹⁾

One of the general features of administrative acts, in addition to unilateralism, executability and being subject to judicial review is, “presumption of compliance with law”. Because administrative acts are considered to be lawful at the moment of execution and henceforth make use of presumption of compliance with law, until it is proved to be otherwise.

The administration should act in compliance with rules of constitution and laws and for this reason its acts are regarded as legal. The concerned people can claim for the illegality of administrative acts only within a certain period of time. Even a suit is filed against illegality of administrative acts –unless administrative judiciary (courts) decides for stay of execution- executability of the act does not stop. Due to these implementations, the administration should act moral. If the one who files a suit against the administrative act wins the case, the administration should make corrections and apply the same corrections to the acts of the ones who suffer the same act but do not file a suit. The administration should conduct its acts more ca-

¹⁹ Odyakmaz, Zehra-Ümit Kaymak-İsmail ERCAN: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku (Constitutional Law Administrative Law), amw., p. 286-288; Günday, Metin: İdare Hukuku (Administrative Law), Updated and Revised 10. Edition, Ankara October 2011, p. 123-126, İmaj Publications, (xxxiv+652 pages).

refully because it is clear that its administrative acts will live for a long time in the law world, although they are unlawful and a suit is filed against these acts. During the process of trial, if the administration figures out that it has been faulty, it has to withdraw its other similar acts, and thus shall have acted moral.

2. Administration-Morality Relation In Terms of Elements of Administrative Acts⁽²⁰⁾

As known, administrative act has five elements: competence, form, reason, subject and purpose. Among them, element of purpose is particularly related with concept of morality.

Purpose is the subjective, moral element of administrative act. That is the real purpose deep down the mind of the public officer who conducted that administrative act. In fact administrative acts have a single purpose and that is the maintenance of public interest.

Administrative acts which are conducted for personal, philosophical, religious or political reasons are unlawful in terms of purpose.

Not any administrative act of an administration which is liable of behaving moral should be cancelled before administrative judiciary (courts) especially on the ground of illegality in terms of element of purpose. In other words, the administration should never deflect the element of purpose.

3. Administration-Morality Relation in Terms of Forms of Expiration of Administrative Acts⁽²¹⁾

Administrative acts may expire by actual or legal reasons. In time dependant acts, the act may discharge spontaneously by the end of the period.

Administrative acts –such as withdrawal, annulment, amendment, correction- may expire personally by the administration's will.

Withdrawal; is the retrospective removal of the consequences born by a wrongful or unlawful administrative act starting with the occurrence date of the act, from the law system personally by the administration .

²⁰ Odyakmaz, Zehra-Ümit Kaymak-İsmail Ercan: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku (Constitutional Law Administrative Law), amw., p. 301; Günday, Metin: amw., p. 160-162.

²¹ Odyakmaz, Zehra-Ümit Kaymak-İsmail Ercan: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku (Constitutional Law Administrative Law), amw., p. 301-308; Günday, Metin: amw., p. 170-183.

As the administration is obliged to act in accordance with the Constitution and the laws, it is liable of withdrawing its wrongful administrative act personally. The application of the concerned people is not necessary for the withdrawal.

Withdrawal is stipulated by time. The administration can withdraw its wrongful administrative act only within the time-limit of action for annulment and if there is an action for annulment until the case is concluded. However, administrative acts which are commissive, considered as non-existing, conducted maliciously and occurring due to clear mistake of the administration and fault of the concerned can always be withdrawn.

If an action for annulment is claimed for the unlawfulness of an administrative act, the administration should withdraw that administrative act without waiting for the case to be concluded. Yet more, it should withdraw, if the time has expired then revoke, amend or correct that act and also the other administrative acts concerning other sufferers who yet have not filed a suit. Thus the administration should not wait for the others to bring an action and win it, and revoke its administrative act personally.

Administration-Morality Relation in Terms of Fulfilment of Judicial Decisions by The Administration

In accordance with Article 28 of Administrative Procedural Law⁽²²⁾; the administration must implement the acts or take the actions required by the judgments and stay of execution orders given by the Council of State, regional administrative courts, administrative courts and tax courts without delay. This period, under no circumstances, can exceed thirty days from the notification of the decision to the administration. This opportunity of thirty days period is abused in practice. The Law *does not* tell the administration to wait still for thirty days in any case and do what is required on the thirtieth day. Administration's habit of waiting until the thirtieth day –as long as it does not clarify the reason for waiting- does not comply with moral administration.

²² Odyakmaz, Zehra-Ümit Kaymak-İsmail Ercan: İdarî Yargı (Administrative Law), amw., p. 163-164. Article 28 titled "Consequences of Decisions" of the Administrative Judiciary Procedural Law: "1. The administration must implement acts and take actions required by the judgments and stay of execution orders given by the Council of State, regional administrative courts, administrative courts and tax courts without delay. This period, under no circumstances, can exceed thirty days from the notification of the decision to the administration... 4. If the public servants deliberately fail to fulfil the requirements of the decisions of the Courts within thirty days, in addition to the action that might be brought against the administration, a compensation action against the public servant who failed to fulfil the requirements of the decision might be brought..."

*4. Administration-Morality Relation in Terms of Correction
of Regulatory Acts Which Include Unlawful Provisions⁽²³⁾*

When the claimant brings an action for annulment with the claim that the administrative act is illegal; he/she can also ask for the annulment of the illegal article or articles of the regulatory act which is the basis of that administrative act or may ask for the annulment of just the administrative act. And in cases where the claimant asks for the annulment of only the administrative act, the illegality of the regulatory act, which is taken as a basis for this administrative act, can not be determined definitely during administrative jurisdiction process. Or rather, has the administrative act been defected because of the illegality of the regulatory act itself or due to an implementation of the administration? The administration should abolish (abrogate) this provision in the regulatory act, which has been a basis for the administration's administrative act and is proven unlawful.

Moral administration; should not implement this provision of the regulatory act anymore, where its illegality is proven by the court decision. So, if the cancellation for some articles of the regulatory act is not asked from the court, and if the illegality of these articles has been observed anyhow, the administration should not ignore this situation.

VI. ADMINISTRATION-MORALITY RELATION IN TERMS
OF ADMINISTRATOR'S RESPONSIBILITY WITHOUT FAULT
IN SITUATIONS WHERE PRINCIPLE OF RISK IS IMPLEMENTED⁽²⁴⁾

As known, administration being held responsible for its attitudes and behaviours even it has no fault, is called responsibility without fault.

In responsibility without fault, it is sufficient to prove casual relation between administration's behaviour and the damage caused. It is not necessary to pro-

²³ Odyakmaz, Zehra-Ümit Kaymak-İsmail Ercan: İdarî Yargı (Administrative Law), amw., p. 191. For more information on regulatory acts, see. Gözler, Kemal-Gürsel Kaplan: İdare Hukuku Dersleri (Lessons on Administrative Law), Corrected and Updated Eleventh Edition, Bursa August 2011, p. 416-447.

²⁴ For Administration's Responsibility Without Fault and Principle of Risk, see. Günday, Metin: amw., p. 378-379; Odyakmaz, Zehra-Ümit Kaymak-İsmail Ercan: İdarî Yargı (Administrative Judiciary), amw., p. 170-171; Odyakmaz, Zehra-Ümit Kaymak-İsmail Ercan: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku (Constitutional Law Administrative Law), amw., p. 421-424; Gözler, Kemal-Gürsel Kaplan: amw., p. 760-763.

ve that administration's behaviour is faulty. Besides, administration's attitudes and behaviours should not necessarily be unlawful.

Responsibility without fault is based upon two principles in general: They are; principle of risk (danger=damage) and equality before public burdens. We believe, administration and morality relation can be in question only in terms of implementation of risk principle.

Principle of risk is in general based upon; compensation of the damage caused by some activities due to risks involved in them, regardless of action- holder's fault, that is to say the administrators. Casual relation between the risky activity and the damage occurred is sufficient, no fault is considered.

In administrative law – different from the principle of danger implemented in private law – it is not possible for the administration to bring proof of faultlessness. So the administration can not exclude itself from responsibility by claiming or proving that all attention and care has been shown to prevent the danger.

Here, the administration shall have behaved moral by immediately compensating the damage it caused in terms of principle of responsibility without fault. Now, let us consider administration-morality relation with regards to cases in administrative law where principle of danger is implemented:

1. Administration-Morality Relation In Terms Of Administration's Dangerous Activities and Its Tools and Equipments⁽²⁵⁾

Use of some of the administrative activities and goods are obligatory for the maintenance of public benefit even though they are risky or dangerous in terms of quality. For instance, the administration is obliged to use various arms, ships, planes and keep ammunition and mines.

Accordingly, as these tools and equipments are technically complex and have a high risk of creating danger and therefore may cause damages with reason that can not always be determined, the damage caused should be compensated by the administration regardless of fault.

In cases like this, moral administration should not wait for the injured party to bring an action; but should immediately compensate the damage.

²⁵ Günday, Metin: amw., p. 379–380; Odyakmaz, Zehra–Ümit Kaymak–İsmail Ercan: İdarî Yargı (Administrative Judiciary), amw., p. 170; Odyakmaz, Zehra–Ümit Kaymak–İsmail Ercan: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku (Constitutional Law Administrative Law), amw., p. 421–422; Gözler, Kemal–Gürsel Kaplan: amw., p. 763–765.

Here we are settled by stating that; one who is affected by an administrative action shall apply to the administration before bringing a full remedy action, get the administration's statement that it shall not make any payments without any court order, and then he/she may bring a full remedy action.

*2. Administration-Morality Relation In Terms Of Principle
of Occupational Risk⁽²⁶⁾*

Occupational risk is the case that; a public worker suffers a damage derived from or during work. As this damage is considered as an unavoidable risk of the service, the damage that occurs shall be compensated by the administration although the administration has no fault. In such cases instead of trying not to make payments the moral administration should compensate for the damage which is claimed by the affected party based on principle of occupational risk, without any necessity for filing a suit.

Besides, The Legal Disputes Evaluation Commission, basing upon the Statutory Decree No.659 accepted in 2011, has been established for the purpose of settlement of disputes between various administrations.

The Commission shall present opinion to competent authority related to amicable settlement of all kinds of legal disputes among the administration and real or legal entity. The Commission shall meet in 5 days to discuss the matters submitted and prepare its report in 30 days at the latest. Regarding the applications of amicability for the administrative acts and actions; the Commission shall determine the subject of the application, the cause and reasons of the damage, whether the damage is or is not caused by the administrative act or action and occurrence pattern, whether or not the administration has liability to damage, amount of the damage and the amount of compensation.

²⁶ For occupational risk principle, see. Odyakmaz, Zehra: "Administration's Responsibility in Terror Incidents", *Pravni zivot casopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski Broj, Pravo I Odgovornost*, 24 godina kopaonice škole prirodnog prava, udruženje pravnika Srbije, Broj 10, Beograd 2011, Tom II, p. 137-170; Odyakmaz, Zehra: "Mahkeme Kararları Işığında Terör Olaylarında İdarenin Sorumluluğuna Genel Bir Bakış", *Under publication for Mevlâna University Law Faculty Journal*, V.1, No.1.; Günday, Metin: *amw.*, p. 380-381; Odyakmaz, Zehra-Ümit Kaymak-İsmail Ercan: *İdari Yargı (Administrative Judiciary)*, *amw.*, p. 170; Odyakmaz, Zehra-Ümit Kaymak-İsmail Ercan: *Anayasa Hukuku, İdare Hukuku (Constitutional Law Administrative Law)*, *amw.*, p. 422-423; Gözler, Kemal-Gürsel Kaplan: *amw.*, p. 765-767. For the Statutory Decree of 26 September 2011 No.659 on the Execution of Legal Services at The Government Entities Having a Special Budget and at Public Administrations Covered by General Budget, see. (Empowering Law of 6 September 2011 No. 6223) *Official Gazette of 2 November 2011 No.28102*, 5. Tertip Düstur, V.51.

3. Administration-Morality Relation In Terms Of Principle of Social Risk⁽²⁷⁾

The principle of social risk is; holding the administration responsible without fault, for the anarchy and terror actions oriented to disturb constitutional order or for the similar social incidents. The most important feature of social risk principle is the *non-requirement of causal relation* between the damage and administration's action.

According to the Council of State; "... 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." It is known that terrorist actions are against the state and such actions do not arise due to personal hostility against the damaged person. People who are damaged by terrorist actions and who have not been a part of these actions 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. The administration which is liable for preventing terrorist actions but fails to do it should compensate the damages that occur thereof as per social risk principle, without demanding causal relation. Besides, in accordance with Law on Compensation for Damage Arising From Terror and Combating Terror, "Damage Assessment Commissions" have been established. These commissions determine the damage suffered by third persons who are not related with the terrorist action and the amount to be paid to them, prepare a draft friendly settlement agreement and send it to the right owner, because during fight against terrorism the administration or the terrorists have harmed third persons who are unrelated to the terrorist action. This Law is a nice example which shows how a moral administration should behave.

VII. ADMINISTRATION-MORALITY RELATION IN TERMS OF PROFESSIONAL ORGANISATIONS WITH PUBLIC INSTITUTION STATUS

One of the leading duties of bars, chambers of commerce and other similar professional organisations is to determine rules to build "professional ethics".

²⁷ For the principle of social risk, see. Günday, Metin: amw., p. 381; Odyakmaz, Zehra-Ümit Kaymak-İsmail ERCAN: İdarî Yargı (Administrative Judiciary), amw., p. 170-171; Odyakmaz, Zehra-Ümit Kaymak-İsmail Ercan: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku (Constitutional Law Administrative Law), amw., p. 423-424; GÖZLER, Kemal-Gürsel Kaplan: amw., p. 771.

Article 135 of the Turkish Constitution clearly defines these functions of professional organisation with public institution status: “Public professional organisations and their higher organisations are public corporate bodies established by law, with the objectives of safeguarding professional discipline and ethics in order to ensure integrity and trust in relations among its members and with the public....”

VIII. ADMINISTRATION-MORALITY RELATION IN TERMS
OF INDEPENDENT ADMINISTRATIVE AUTHORITIES (INDEPENDENT
REGULATORY COMMISSIONS)⁽²⁸⁾

When the reasons of occurrence for independent administrative authorities in the world and in Turkey are examined it shall be seen that; some of these authorities have been established for reasons such as; to prevent monopolist attempts in the market, inconveniences brought by unfair competition, unequal negotiating power employer-employee relation.

Duties of institutions especially such as Competition Authority and Radio and Television High Council are; to include moral dominant rules in the fields they regulated and to implement them.

IX. SUGGESTION

What we want to suggest here in this study is; when a suit is filed against the administration for its unlawful action or act and the administration loses the suit; when the administration corrects its unlawful act or compensating the damage due to its unlawful action regarding the claimant, necessary law amendments should be made so that the rights of the people who are affected by the same act or action but who do not or can not file a suit, not be barred by “limitation”.⁽²⁹⁾

²⁸ For more information, see. Günday, Metin: amw., p. 568–576; Odyakmaz, Zehra–Ümit Kaymak–İsmail Ercan: İdarî Yargı (Administrative Judiciary), amw., p. 202; Odyakmaz, Zehra–Ümit Kaymak–İsmail Ercan: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku (Constitutional Law Administrative Law), amw., p. 604–616; Gözler, Kemal–Gürsel Kaplan: amw., p. 243–250.

²⁹ Odyakmaz, Zehra: “Administration’s Responsibility in Health Services”, *Pravni zivot casopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski Broj, Pravo I Prostor*, 23 godina kopaonice skole prirodnog prava, udruzenje pravnika srbije, Broj 10, Beograd 2010, Tom II, p. 263–297, Duruga Katedra Pravo Na Slobodu; Odyakmaz, Zehra: “Time in Law and Issue of Reasonable Period of Time in Administrative Judiciary (Hukukta Zaman ve İdarî Yargıda Makûl Süre Konusu)”, *Pravni zivot casopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski Broj, Pravo I Vreme*, 22 godina kopaonice skole prirodnog prava, udruzenje pravnika srbije, Broj 11, Beograd 2009, Tom III, p. 25–52; Odyakmaz, Zehra: “Hukukta Zaman ve İdarî Yargıda Makûl Süre Sorunu (Time in Law and Issue of Reasonable Period of Time

In fact moral administration, without waiting for the concerned people to bring any actions, should correct, amend, withdraw or revoke its unlawful act or should pay compensation. Thus work load of administrative judiciary shall lessen.

X. CONCLUSION

As a conclusion; by the law enacted in 2004 on the Establishment of the Council of Ethics for Public Service and the by-law on “Principles of Ethical Behaviour”, Turkey has displayed its care for “ethics and morality”.

The Council of Ethics for Public Service, established on the basis of this Law, examines the breach applications under the ethical values and principles determined by itself. And the “Ethics Commissions” established in public bodies and institutions on the basis of this Law, make studies for settlement of ethical culture. They both contribute to the issue of “administration and morality”. However, the most important thing to be done is; first of all raising awareness and then keeping “administrative personnel” informed on how “moral administration” should behave, in other words to adopt the necessity of “ethics training” and put it into practise.⁽³⁰⁾

Dr ZEHRA ODYAKMAZ

Professor, Pravni fakultet, Mevlana Univerzitet, Turska
OĞUZHAN GÜZEL

Asistent, Pravni fakultet, Mevlana Univerzitet, Turska

UPRAVA I MORAL

Rezime

U Turskoj je zakonom iz 2004. godine ustanovljen “Etički savet” a zatim je doneta i Uredba kojom su određeni “Principi etičkog ponašanja”.

in Administrative Judiciary)”, Turkish Academy of Justice Journal “Adalet İçin Bilgi – Information for Justice”, (It is a refereed journal published quarterly), July 2010, Y:1, No:2, p. 1–31.

³⁰ For “ethics training”, see. Ethics Guide For Public Officers, amw., p. 82; Odyakmaz, Zehra: “İdari Uyumsuzluklarda Alternatif Çözüm Yolları (Türk Mevzuatı ve Uygulamaları) – Alternative Dispute Resolutions in Administrative Disputes (Turkish Legislations and Its Implementations)”, p. 63–83, Symposium on the Alternative Dispute Resolutions, Ankara 3–5 April 2006 (Edited by: Mehmet Tiryaki), Ankara 2006, 152 pages, Turkish Academy of Justice.

Autor se zalaže za uvođenje moralnih načela u svakodnevni rad javne uprave, posebno prilikom donošenja upravnih akata. Moralna načela su slična pravnim normama po svom značenju ako ne i po svom sadržaju. Bitna su za savremenu demokratsku državnu upravu i lokalnu samoupravu kao i za rad drugih organa i organizacija čijim se odlukama na imperativna način stiti javni interes. Pri tome je osobito značajno da se, ukoliko je povodom žalbe doslo do pravosnažnog rešenja organa uprave ili odluke suda u korist stranke, takvo rešenje primeni i na sve druge slučajeve kod kojih je, pod istim uslovima, došlo do donošenja akta na štetu stranke. Osnov nije precedent – već povreda morala od strane donosioca upravnog akta. Organ bi trebalo da donese novi akt Ex Officio. Dalje, građanin bi trebalo da ima prava da, pozivajući se na principe domaceg sistema upravnog prava, internacionalnih standarda ali i povrede morala - traži da donosilac upravnog akta takodje ex officio ispravi sadržinu izreke akta i donese novi, povoljni akt čak i ne čekajući ulaganje žalbe odnosno tužbe.

U radu se iscrpno razrađuju osnove na kojima počiva moralni kodeks, zatim razlika između “moralnosti” i “etike”. Analiziraju se i mnogi slučajevi prakse u Turskoj. Posebno se autor zalaže za organizaciju procesa obrazovanja službenika koje bi približila shvatanja o moralu. “Etički” trening postaje potreba prakse. Rad počiva na izuzetno obimnoj literaturi inace nastaloj na osnovama značajne i dugotrajne istorije razvoja upravnih nauka u Turskoj.

DRAGAN MITROVIĆ,
MARKO TRAJKOVIĆ,
KOSTA MITROVIĆ

MORALNOST PRAVA, POSLOVNA ETIKA I BIOETIKA

U V O D

Pravna nauka je jedna od najstarijih društvenih nauka. Njeno poreklo doseže do samih početaka evropske civilizacije. Ti počeci su postavljeni u antičkoj filozofskoj i društvenoj misli. Od tada njen razvoj obeležavaju usponi i padovi.¹

U XX veku dolazi do promena i pojave novih filozofsko-pravnih, ontološko-normativnih, analitičko-naučnih ili dijalektičko-kritičkih teorija. Uz njih, postoji i razvija se prirodnopravna, racionalistički, čak i religijski nadahnuta filozofija i teorija prava, nadahnuta etičkim razmišljanjima, budući da se sve više uviđa kako strogi sociologizam i pozitivizam nisu dovoljni za valjano objašnjenje osnovnih pravnih problema.

Na samom kraju XX i početku XXI veka, stvoreni su uslovi za “veliko rastvaranje” konsolidovanih škola i pravaca zbog čega izgleda da više “nije od tako velike

Dr Dragan M. Mitrović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

Dr Marko S. Trajković, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

Kosta D. Mitrović, master Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

¹ R. Lukić, *Teorija države i prava*, Beograd 1976, 4–11. Vid. J. Finch, *Introduction to Legal Theory*, 1979; W. Morrison: *Jurisprudence: from the Greeks to Post-Modernism*, 1997; G. Faso, *Istorija filozofije prava*, Beograd (Podgorica) 2007; D. M. Mitrović, *Teorija države i prava*, Beograd 2010.

koristi tradicionalno razlikovanje jusnaturalizma od juspozitivizma i jusrealizma”.² Takođe, dolazi do tematskog proširenja pravnog interesovanja. Pored tradicionalnih tema u rasponu od teorije pravde do pravne nauke i od teorije norme do teorije organizacije, sve više se afirmišu studije konstitucionalizma kao osobena teorija prava, feminističke studije i studije ženskog prava, kritičke pravne studije, nove institucionalističke teorije, normativna filozofija prava, multikulturalizam, komunitarizam, bioetika i biojurstika, pokret prava i književnosti, sve do funkcionalističkih, kibernetičkih, informatičkih i drugih pravnih teorija. Očigledno, napuštanje metaetičkih istraživanja sredinom prošlog veka nije predstavljalo kraj interesovanja za moralne obrasce i probleme.³

PRAVO I MORAL

Moral (od lat. *moralis* – moralan) predstavlja posebnu vrstu društvenih normi koja je izvorno potpuno autonomna. To važi samo za lični moral, a ne za društveni moral, koji je heteronoman kao sve druge društvene norme. Na primer, moralne su sve norme koje nalažu poštenje i istinoljubivost. Budući da je čovekovo generičko svojstvo to što je moralno biće, nasuprot moralnim nakazama, osećajem za moralnost trebalo bi da budu natopljeni svi čovekovi postupci i sve čovekove tvorevine. Takođe, pravilo je da su svi društveni propisi obavezniji za odnose subjekte kada su podržani moralnim normama. To naročito važi za pravne norme, jer *pravo i moral* usmeravaju ljudsko ponašanje radi ostvarenja određenih vrednosti, prilagođavaju se spoljnim uticajima i promenama u društvu i teže postizanju potpunog obuhvatanja i normiranja odnosa na neprotivrečan, jasan i određen način.⁴ Prema tom zajedničkom cilju, moralne norme su najbliže pravnim, iako između njih postoje važne razlike. Pre svega, moralne norme imaju jednostrani, a pravne norme dvostrani karakter.⁵ Takođe, priroda morala je jednostavnija od prirode pravne norme, koja je složenija: moral je samo imperativna pojava, a pravo u isto vreme imperativno-atributivna pojava (od latinskih reči *imperio* – zapovedati, propisivati, nalagati, i *atribuo* – podeliti, doznačiti). Moral se izražava jednostavnom formulom “do fas” (“daj da učiniš ljudima”), dok za pravo postoje složenije formule: “do ut des” (“dajem da mi daš”), “facio ut facias” (“činim da mi učiniš”) ili “do ut facias, facio ut des” (“dajem da mi učiniš, činiš da bi mi dao”). Takođe, zbog svog čisto imperativnog karaktera, za postojanje morala

² Vid. G. Faso, 661–710.

³ Vid. P. Singer, *Uvod u etiku*, Beograd 2003.

⁴ Dž. Raz, *Etika u javnom domenu*, Beograd (Podgorica) 2005, 229–230.

⁵ Vid. L. Petražicki, *Teorija prava i morala*, Beograd (Podgorica, Sremski Karlovci) 1999.

nije nužno postojanje drugih ljudi. Čovek ima moralne obaveze i prema samom sebi, a ne samo prema drugima, kakav je iskućivo slučaj sa pravom. (Za postojanje moralnih normi dovoljan je samo jedan čovek, a za postojanje prava najmanje dva.) Zbog toga moral može u isto vreme da bude lični i društveni, dok pravo može da bude samo društveno. Isto tako, moral obuhvata sve naše spoljašnje i unutrašnje akte. Moralnoj normi odgovaraju, ili ne, svi svesni i slobodni akti, želje ili misli, dok pravo obuhvata samo društvene akte, koji su jednaki aktima drugih ljudi prema nama. Najzad, dok je za neki nemoralni akt prvenstveno nadležan unutrašnji sud savesti, za neki nezakoniti pravni akt prvenstveno je nadležan spoljašnji formalni sud sa njegovim spoljašnjim kaznama kojima se ponovo uspostavlja deliktom narušena ravnoteža. Saglasno sa tim, može se primetiti kako pravo ispoljava nekoliko osobina koje ga jasno razlikuju od morala: prvo, pravo je dvostrana ili imperativno-atributivna pojava, a moral jednostrana ili imperativna pojava; drugo, pravo je izrazito društvena pojava, dok je moral mešovita, "lično-društvena" pojava; i treće, pravo ima spoljašnji karakter po svojoj prirodi i sankciji, dok moral ima unutrašnji karakter po svojoj prirodi i sankciji.⁶

U modernom dobu, pojavila su se *shvatanja* koja zbog nužnih razlika između prava i morala potpuno razdvajaju moral od prava (od Huga Grocijusa i Imanuela Kanta do Hansa Kelzena i Ričarda Posnera). Ta shvatanja sasvim su suprotna shvatanjima koja poistovećuju moral sa pravom (kao što je bio slučaj u antici sa učenjima Platona i Aristotela ili u srednjem veku sa učenjem Tome Akvinskog). Srećom, prevladalo je treće, savremeno shvatanje. Prema njemu, pravo predstavlja "etički minimum" (Georg Jelinek) u smislu da moralne norme neophodne za održavanje društva postaju pravne. Budući da se pravo i moral delom "dopunjavaju", a delom "odbijaju" jedno od drugog (Artur Kaufman),⁷ danas se smatra ispravnim samo ono pravo koje sadrži barem "minimum moralnosti" (Lon Fuller). Treće stanovište potvrđuje pravna praksa, koja i te kako vodi računa o tome da li je neka pravna norma suprotna moralnoj, odnosno da li je tumačenje pravne norme saglasno sa javnim moralom.⁸ Kako ističe Jirgen Habermas: "Moral više ne lebdi iznad prava... on ulazi u pozitivno pravo, a da se u njemu ne rastvara".⁹ Ali, izgleda da se može reći i suprotno: da je pravo ispod morala, a ne samo ispod pravde.¹⁰

⁶ S. V. Troicki, *Crkveno pravo*, Beograd 2011, 19–21.

⁷ A. Kaufman, *Pravo i razumevanje prava*, Beograd (Valjevo) 1998, 176–179.

⁸ Ph. Harris, *An Introduction to Law*, Cambridge 2007, 18, 23–26.

⁹ J. Habermas, *Kako je moguća legitimnost putem legalnosti*, Zagreb 1987, 140. Vid. D. Vrbanić, *Sociologija prava*, Zagreb 2006, 149.

¹⁰ Ph. Harris, 19.

Napuštanje metaetičkih istraživanja sredinom prošlog veka nije predstavljalo kraj interesovanja za moralne obrasce i probleme, već je prvo dovelo do prelaska “sa metaetike na normativnu etiku”, a ubrzo zatim i do istraživanja u “primenjenoj etici” (ambijentalna etika, poslovna etika, bioetika, biojuristika, prava životinja itd.).¹¹ Za takav preokret velikim delom zaslužno je i danas sasvim savremeno učenje Lona L. Fulera o unutrašnjoj i spoljašnjoj moralnosti prava.

FULEROVA BORBA ZA VRAĆANJE MORALA U PRAVO

Svoje glavne ideje Fuller je izložio 1964. godine u knjizi *Moralnost prava* (*Morality of Law*), tom njegovom verovatno najpoznatijem delu, koje je do danas doživelo više izdanja.¹² Knjiga se temelji na predavanjima koja je Fuller održao u aprilu 1963. godine na Pravnom fakultetu Jel. Na kraju knjige objavljen je dodatak “Problem zavidnog doušnika”, očigledno nadahnut nezastarivim i neprolaznim iskustvom nacional-socijalističke, fašističke, staljinističke i svake druge diktature. Prilog je prvobitno zamišljen kao osnov za raspravu na kursu iz jurisprudencije, ali je takođe korišćen i kao neka vrsta uvoda u probleme jurisprudencije na kursevima koje su tih godina pohađali svi studenti prve godine na Harvardskom pravnom fakultetu. Ali, uprkos takvoj skromnoj nameni, njegova vrednost ni malo nije izgubila na svom značaju. Reč je o pravom malom remek-delu, u kome je sasvim jasno pokazano kako se razgibavanjem moralom nadahnutog razmišljanja uspostavlja ustava svakom totalitarnom obrascu.

Verovatno će biti interesantne okolnosti koje obasjavaju pojavu ovog Fulerovog dela. Među njima, posebno mesto pripada iscrpljujućoj polemici koju je Fuller vodio sa Herbertom Hartom, najpoznatijim učenikom Hansa Kelzena i verovatno najoštrijim Fulеровim kritičarem. Povod je bila Hartova polemika sa američkim filozofom Bodenhajmerom, koji se kritički izrazio o Hartovom radu *Definicija i teorija u jurisprudenciji* iz 1952. godine. U polemiku između Harta i Bodenhajmera nešto kasnije uključio se i Fuller, pored drugih uglednih pravnika (Paunda, Dvorkina, A. P. d'Entreva, Raza, Rosa), i to čak pre objavljivanja svoje knjige *Moralnost prava*. Ne treba da čudi što je Fuller u ovoj svojoj knjizi jedan njen deo posvetio iznošenju prigovora na postojeća gledišta o pravu.

Argumentovano kritikujući pravni pozitivizam, Fuller je naročito istakao verbalnu i formalnu prirodu iskaza o pravu i nesposobnost pozitivizma da se bavi sadržinom prava. Pored toga što je pozitivizam nesposoban da razlikuje “pravo” od “dobrog prava”, tvrdio je Fuller, on isto tako nije sposoban da utvrdi neko po-

¹¹ Vid. K. William, *Etika*, Zagreb 1998.

¹² Vid. L. L. Fuller, *Moralnost prava*, Beograd (2003) 2011.

uzdano ili konačno merilo za pravo kao pojavu iskustvenog sveta. I sam zdrav razum nam kazuje da su u svetu prava, kao i u svetu činjenica uopšte, ono što “je” (*Sein*) i ono što “treba” (*Sollen*) nerazdvojno isprepletani.

Fuler je tom prilikom razmotrio i Hartov pojam prava. Polemiku, sada između Harta i Fuleru, rasplamsala je Fulerova tvrdnja da Hartovi prigovori njegovom pojmu unutrašnje moralnosti prava, naročito oni koje je Hart učinio u svetlu svog učenja o pravilu priznanja (*rule of recognition*) – “promašuju cilj”. Hart je tvrdio da Fulerova načela unutrašnje moralnosti prava nisu moralne prirode, već da se radi o načelima veštine koja su nezavisna od materijalnih ciljeva prava. On je isticao kako Fuler svojim načelima unutrašnje moralnosti prava nije uspeo da se oslobodi pravnog pozitivizma protiv koga se tako zdušno zalagao u svom učenju. Interesantno je da i Artur Kaufman deli mišljenje slično Hartovom. Prema njemu, Fulerovo učenje spada u tzv. “empirijski pozitivizam”, iako takva ocena o Fulerovom naučnom delu ne može uspešno da se odbrani od prigovora koji joj se mogu uputiti. U svakoj iole značajnijoj pravnoj enciklopediji ili enciklopediji pravnih filozofa, Fulerovo naučno delo se svrstava u pravac tzv. “procesualnog prirodnog prava”, a ne u pravac pravnog pozitivizma.

Fuler je svoje glavne ideje i tvrdnje dopunio već u drugom izdanju knjige iz 1969. godine, dodavši postojećem tekstu posebnu, petu glavu pod nazivom “Odgovor kritičarima”. To nije slučajno, jer je pojava prvog izdanja njegove Moralnosti prava 1964. godine sa nosećom idejom o tesnoj ili, još bolje, o nerazdvojnoj povezanosti prava i morala, na pristalice pravnog pozitivizma proizvela isti efekat kao mahanje crvenom maramom biku u koridi.

Knjiga je gotovo odmah pokrenula lavinu optužbi. Da je Fuler izdržao sili nu napada koji su dolazili sa svih strana pokazuje upravo ta peta glava u drugom izdanju njegove knjige, koja se neznatno proširena nalazi u izdanju iz 1977. godine, kao i u svim kasnijim izdanjima. U njoj je Fuler argumentovano odgovorio na naučne optužbe svojih kritičara. Kao rezultat tog odgovora, mnogi Fulerovi žestoki kritičari izmenili su svoj stav prema njegovoj teoriji. Naročito je upečatljiv primer Fulerovog žestokog kritičara Roberta S. Samersa, koji je svoju kritiku premetnuo u odbranu Fulerove teorije. Štaviše, Samers je jedno svoje delo u celini posvetio Lonu Fuleru, baš tako ga i nazvavši: “Lon L. Fuler” (Lon L. Fuller, 1984.). Herbert Hart, naravno, tako nešto nikad nije učinio.

To nije jedina Fulerova knjiga koja je doživela više izdanja. Podsećamo i na druge njegove knjige koje su isto tako doživele više izdanja kako za njegovog života, tako i posle (*Legal Fictions* (1970); *Anatomy of the Law* (1976); *The Principles of Social Order: Selected Essays* (1982.); *Law in Quest of Itself* (1966. i 1987); *Basic Contract Law /American Casebook Series, 1996./* itd.). Ali, ti radovi su uglavnom objavljeni u vreme pošto je Fuler već na sebe skrenuo pažnju svetske pravne

filozofije i nauke, i to upravo zahvaljujući svojoj svakako najprovokativnijoj knjizi “Moralnost prava”, kojom je ponovo vraćena etika u pravo.

Da je reč o izuzetnoj knjizi pokazuje preko pedeset kritički intoniranih, uglavnom kraćih radova Bernsa, Vroblevskog, Vušlija, Dijasa, Harta, Majera, Perelmana, Rosa, Samersa, Takeru, Švarca, da pomenemo samo neka ugledna imena, napisanih već do 1967. godine, u kojima je Fuller više napadan nego što je branjen. Međutim, posle njegove smrti, prvobitna oštrica kritike je ublažena ili sasvim napuštena u korist onog što predstavlja Fulerovu ideju-vodilju i neprolazan doprinos pravnoj filozofiji i nauci: da pravo ne može da bude potpuno amoralno ili izopačeno, već da mora da sadrži barem minimum moralnosti.

U takvoj izmenjenoj naučnoj klimi pojavili su se radovi u kojima je Fulerov doprinos sasvim drugačije ocenjivan. Pored pomenutog Roberta Samersa, tako su postupili i drugi pisci, kakav je slučaj sa Čarlsom Kovelom (*The Defence of Natural Law: A Study of the Ideas of Law and Justice in the Writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin, 2000.*) ili sa Barijem Meklod-Kulinanom (Lon L. Fuller and the Enterprise of Law, Legal Notes, No. 22, London 2000).

To su samo neki upečatljivi primeri velikog interesovanja za Fulerov naučni učinak. A takvih primera je mnogo više. Uostalom, ako promena sveta menja našu naučnu sliku tog sveta, onda je takva promena mogla samo da doprinese porastu interesovanja za istraživanje etičke strane prava. Sigurno je da danas postoji više hiljada pisanih naučnih odrednica o Fulerovom naučnom delu, dok njihov broj u elektronskim izdanjima na internetu uopšte ne može pouzdano da se utvrdi.

UNUTRAŠNJA MORALNOST PRAVA

Fuller u svom pravnom učenju, u kome centralno mesto pripada tzv. “unutrašnjoj moralnosti prava”, pokušava da otkloni ili barem da prevaziđe slabosti pravnog pozitivizma i prirodNOPRAVNE teorije. Takvoj nameri odgovara njegova definicija prava, prema kojoj pravo predstavlja “poduhvat podređivanja ljudskog ponašanja vladavini pravila”.¹³ Ali, to nisu bilo kakva pravna pravila, već samo ona koja raspolazu unutrašnjom i spoljašnjom moralnošću. U protivnom, reč je o izopačenom pravu.

Na toj osnovi Fuller izlaže svoje učenje o moralu. Bez njega ne može da se razume ni njegovo učenje o moralnosti prava. U najkraćem, Fuller razlikuje dve vrste morala: “moral dužnosti” i “moral težnji”. Moral težnji polazi od vrha ljudskih ostvarenja, a moral dužnosti od dna. Međutim, unutrašnja moralnost prava ra-

¹³ L. L. Fuller, 105.

sprostire se kako na oblast morala dužnosti, tako i na oblast morala težnji. Dužnosti se sastoje u zabranama, dok unutrašnja moralnost prava dodatno zahteva pozitivne zahteve i njima odgovarajuće akte. I dok je relativno jednostavno utvrditi kada su dužnosti prekršene (na primer, kada je donet retroaktivan zakon ili kada zakon uopšte nije objavljen), to nije slučaj sa pozitivnim zahtevima (na primer, kada treba da se proceni da li je usvojen zakon u dovoljnoj meri jasan i razumljiv).

Pošto je odredio pojam prava kao svrsishodnu delatnost čiji je proizvod pravni sistem, Fuller navodi osam nužnih zahteva (uslova, elemenata ili načela) od kojih bi trebalo da zavisi postojanja i ostvarivanje zakonitosti u svakom savremenom sistemu. To su: opštost, obnarodovanje, zabrana zloupotrebe retroaktivnosti, jasnost, neprotivrečnost, ostvarivost, stabilnost pravnih pravila i postojanje saglasnosti između proglašanih pravila i načina na koje se ona primenjuju. Skup tih osam zahteva Fuller označava izrazom unutrašnja moralnost prava, koja u sebe uključuje i moralnost koja pravo čini mogućnim. Kada se radi o predmetu zakonodavne delatnosti, tada je na delu tzv. "spoljašnja moralnost prava".¹⁴

Ponekad može da dođe do sukoba između unutrašnje i spoljašnje moralnosti, kao i do sukoba unutar same unutrašnje moralnosti prava. Do toga, ističe Fuller, dolazi ili zbog toga što potreba za postojanošću zakona dolazi u sukob sa čestim izmenama zakona usled promena konkretnih okolnosti, ili zbog ljudskih uverenja, ili zbog toga što čak i strogo ispunjavanje svih osam navedenih zahteva unutrašnje moralnosti prava samo po sebi nije dovoljno da pozitivno pravo zbilja postane ispravno (dobro, valjano) budući da je veoma teško povući jasnu granicu između upotrebe i zloupotrebe prava.

Pomenuti zahtevi, tj. merila unutrašnje moralnosti prava, prvenstveno su proceduralnog karaktera. Njima se ništa pouzdano ne kazuje o važnim ciljevima prava, jer su oni neutralni prema širem skupu etičkih pitanja. Ali, unutrašnja moralnost ne može da bude neutralna kada je reč o poimanju čoveka. Napuštanjem unutrašnje moralnosti prava protivilo bi se dostojanstvu koje čoveka proizvodi u biće slobode.¹⁵ Od tog kamena temeljca u Fulerovom učenju dalje je nastavila bioetika sa svojom biojuristikom.

Ljudsko dostojanstvo međutim nije jedini cilj ka kome teži unutrašnja moralnost prava. To su isto tako pravda, kao i sama osobena ljudska priroda sposobna da raspozna pravdu. Zato se Fuller u svojoj knjizi posebno bavi vezom unutrašnje moralnosti prava i prirodnog prava, smatrajući rezultate svog učenja jednom vrstom prirodnog prava. Prirodno pravo za njega predstavlja skup zahteva prak-

¹⁴ *Ibid.*, 61–91.

¹⁵ Vid. Dž. Raz, *Moralnost slobode*, Zagreb 2007.

tične razboritosti kojima se uređuje ljudski život i ljudska zajednica. Ti prirodnopravni zahtevi prethode svakom moralu. Oni zahtevaju pretodno postojanje osnovnih dobara bez kojih nikakav valjan ljudski život ne može da se zamisli.

Fuler, isto tako, razlikuje procesno prirodno pravo od supstancijalnog (materijalnog) prirodnog prava. On smatra da je unutrašnja moralnost prava "proceduralna verzija prirodnog prava". Tom prilikom, on namerno koristi izraz "proceduralan", pripisujući mu posebno i prošireno značenje. Ono sadrži i supstancijalnu "saglasnost između službene delatnosti i izdatog zakona".¹⁶

Fuler teži da svojim učenjem o unutrašnjoj moralnosti prava prevlada rasep između formalnog i materijalnog sadržaja prava, koji je prisutan kako u pozitivizmu, tako i u prirodnopravnoj doktrini. Dok mnogi pozitivisti smatraju da i najgori zakon važi ako je formalno korektan, pristalice prirodnog prava tvrde obrnuto: da nijedan formalno korektno donet zakon ipak to nije sve dok ne postane moralno dobar (ispravan). U protivnom, gubi se iz vida istinski smisao zakona – a to je uvek interes čoveka zbog koga je zakon donet.

UTICAJ UČENJA O MORALNOSTI PRAVA NA POSLOVNU ETIKU

Učenje o moralnosti prava doprinelo je, mimo svih prvobitnih očekivanja, razvoju postojećih ili sasvim mladih disciplina koje se bave istraživanjem etičnosti čovekovog svakodnevnog života ili života kao takvog.¹⁷ Ono nije samo vratilo prognani moral u pravo, već je uticalo na nastanak ili barem ubrzavanje razvoja novih vrsta etički zasnovanih disciplina. To je naročito karakteristično za jednu primenjenu etičku disciplinu – poslovnu etiku.

Poslovna etika u najkraćem može da se posmatra kao skup određenih moralnih pravila (ili barem težnji ka ostvarivanju tih pravila) kojima se ljudi rukovode u poslovanju (dakle, kao kodeks moralnih pravila koja važe u svetu poslovanja), ili kao skup učenja o pravilima poslovnog morala.¹⁸ Prvo značenje poslovne etike relativno je jasno: to je skup moralnih normi (pravila, načela) koje regulišu profesionalne odnose subjekata prava u oblasti poslovanja (na primer, između proizvođača i potrošača, investitora i izvođača, uprave i radnika itd.). Zasebna moralna pravila važe za pripadnike drugih profesija u tzv. "neprivrednim delatno-

¹⁶ Dž. Raz, 105–114.

¹⁷ Vid. R. Orlić, "Poslovna etika između opšte etike i poslovne prakse", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2009, 98–121.

¹⁸ G. Chryssides, J. Kaler, *Essentials of Business Ethics*, McGraw-Hill Book Company, Maidenhead, 1996, 3–4.

stima” (na primer, advokatska etika, lekarska etika, profesorska etika itd.). Drugo značenje poslovne etike, međutim, može da izazove dodatne nedoumice, jer shvaćanja poslovnog morala i učenja o njemu mogu da budu krajnje različiti.

Pomenute nedoumice razvejava jedno šire shvaćanje praktične poslovne etike, koja se mora posmatrati kao važan deo opšte etike. Takođe, zasebno pitanje predstavlja načelna nedoumica da li poslovni ljudi treba samo da primenjuju moralna pravila (prepuštajući njihovo stvaranje i tumačenje filozofima-etičarima ili teolozima) ili oni sami mogu da učestvuju u njihovom stvaranju i tumačenju (zamišljajući u svakom konkretnom slučaju krajnje razloge ljudskih moralnih ili nemoralnih postupaka). Očigledno je da i poslovni ljudi moraju da poseduju nekakav credo (svoje moralno “vjeruju”). Njega bi trebalo da se sete naročito u trenucima krize ili velike društvene neizvesnosti. Zbog toga se obično dešava da osobene norme poslovnog morala budu usaglašene sa opštim moralnim pravilima. Na primer, opšte pravilo poslovanja (sadržano u Hamurabijevom zakoniku, a zatim u pravilima rimskog prava ili svim kasnijim građanskim zakonicima) nalaže da prodavac ne sme da prevari kupca kvalitetom prodate stvari, što znači da “prodavac odgovara za fizičke mane stvari” (*caveat venditor*). **To pravilo, koje sledi opštu etiku koja nalaže pošteno postupanje, ostalo je nepromenjeno više od tri hiljade godina. Ali, već početkom XIX veka, želeći da pospeše poslovanje, pravnici u Engleskoj i SAD uspeali su da ubede sudove da prihvate pravilo “neka je kupac na oprezu” (*caveat emptor*), što je u praksi proizvelo nepravdu, čak u tolikoj meri da su i sami poslovni ljudi predložili sudovima da se vrte na staro pravilo *caveat venditor*, tj. da prodavac treba da se brine za kvalitet stvari koju prodaje.** Pomenuti primer pokazuje da i poslovne moralne norme moraju da budu nadahnute sadržajima drugih društvenih pravila moralnog karaktera, čak i u situacijama kada se ta opšta društvena pravila ubrzano menjaju. Očigledno, i poslovni ljudi su samo ljudi sa vrlinama i manama. A kada je reč o manama, to što se neka osoba bavi poslovanjem još uvek ne znači da ona ne može da bude hulja, podlac, gulikoža, hohštapler, lažov, prepredenjak, mućkaroš, lupež, ulizica, nitkov, šičardžija, sitna duša, laskavac, itd.,¹⁹ jer ljudi ne menjaju svoju narav time što ulaze u svet poslovanja. U tom svetu samo je izoštravaju. Baviti se poslovanjem samo po sebi ne znači i moralno se razvijati na bolje. Ali, postoji i druga strana, po kojoj se poslovni ljudi često unapred označavaju kao nemoralni: “Trgovac ti laže sa smijehom” (Njegoš, Gorski vijenac, 1122). Zbog toga je i u ovoj oblasti ljudske delatnosti neophodno stvoriti odgovarajuću normativnu regulaciju zasnovanu na

¹⁹ R. Orlić, 111. Vid. R. C. Jebb, *The Characters of Theophrastus*, Macmillan, London 1909, 39–43.

poslovnim moralnim normama. To je već delimično učinjeno stvaranjem svet-skog trgovačkog kodeksa običajnih poslovnih i drugih normi (UNIDROIT).²⁰

O poslovnom moralu ne razmišljaju samo naučnici i filozofi. Izraz poslovna etika ima svoje pežorativno značenje, koje mu najčešće pridaju sami poslovni ljudi. To značenje ima veze sa etičkom teorijom kada se odnosi na stav poslovnih ljudi prema svom ponašanju što, u krajnjoj liniji, zahteva prethodno zauzimanje ili zadržavanje nekakvog moralnog stava. Iako takvi pogledi najčešće naginju vulgarizaciji poslovne etike, o čemu je naročito pisao Fuller, nije zgoreg osvrnuti se i na njih, kako bi se oni jasno odvojili od pravog značenja poslovne etike. Evo nekoliko karakterističnih shvatanja poslovne etike koja navodi i komentariše profesor Ranko Orlić u svom radu *Poslovna etika između opšte etike i poslovne prakse*.²¹

Prvo pežorativno značenje poslovne etike može se izraziti uzrečicom “posao je posao”. Svi koji dele takvo mišljenje smatraju da su ciljevi poslovanja čisto komercijalni (maksimiranje profita itd.), a ne etički. Na primer, samo kupac treba da brine o kvalitetu robe koju kupuje (caveat emptor), zaposleni treba da se unapred osiguraju da će biti zadovoljni u organizaciji u kojoj rade itd. Ipak, većina poslovnih ljudi sklona je tome da odbaci takav stav jer on navodi na pomisao da je sve dozvoljeno i da je svet poslovanja sasvim amoralan. Izreka “posao je posao”, međutim, ne mora nužno da podrazumeva “poslovni moralni razvrat”. Time se naznačava da ostaje barem malo poslovne etike, iako verovatno sasvim nedovoljno.²²

Drugo značenje poslovne etike u navedenom smislu zasniva se na ideji da pravo predstavlja minimum morala (Lon Fuller), tj. da pravo obezbeđuje donju granicu ispod koje svet poslovanja ne bi trebalo da se spusti. U ovom slučaju, od poslovnog sveta očekuje se više od pukog pridržavanja zakona. Poslovni ljudi ne treba da budu dotaknuti samo pravnim nego i višim moralnim razlozima, bez obzira što se drugi konkurenti u svom poslovanju drže minimuma morala nadajući se da će time steći ili održati prednost na tržištu. Iako je takvo njihovo “moralno” ponašanje često povezano sa smanjenjem troškova, na duži rok ono ne može da im obezbedi poslovni uspeh.²³

Treće značenje može se nazvati teorijom koincidencije. Njime se ističe da se dobro ponašanje podudara sa dobrim poslovanjem. Na primer, ako se prodaje roba rđavog kvaliteta, potrošači će napustiti prodavca; ako se kandidati za posao diskriminišu na osnovu pola ili nekakve kolektivne pripadnosti, ili ako se ljudi za-

²⁰ R. Orlić, 112 i dalje.

²¹ *Ibid.*, 116–118.

²² *Ibid.*, 117.

²³ *Ibidem*.

pošljavaju na osnovu prijateljskih veza, tada se gube prilike da se za neki posao angažuju najposposobnije osobe. Pouka je sledeća: što se neko moralnije ponaša, to je manji rizik od parničenja sa poslovnim partnerima, klijentima itd. Ali, može da se zaključi suprotno: ako se dogodi da se poslovni ljudi moralno ponašaju, onda oni to čine zbog pogrešnog razloga.²⁴

Prema četvrtom značenju, poslovni ljudi treba da se ponašaju prema uobičajenim ili preovlađujućim moralnim standardima koji su prihvaćeni od javnosti ili koji su tipični za svet poslovanja. Na primer, “uprkos činjenici što neki ljudi mogu da osuđuju stereotipnu (zlo)upotrebu žena u reklamne svrhe (gde se kao vrhunac njihovog stvaranja smatra dobro skuvano jelo ili dobro oprano rublje), konvencionalista bi mogao da dokazuje kako u savremenom društvu žena još uvek kuva i pere, te da reklama treba da odražava socijalne konvencije a ne da ih menja”.²⁵ Ukoliko bi se prihvatio takav stav, tada bi se moralo odobriti korišćenje dečijeg rada u sredinama gde se to i danas smatra uobičajenim.

Postoji još jedno značenje poslovne etike. Prema njemu ljudi u svetu poslovanja treba da slede iste standarde etičkog ponašanja koje praktikuju u privatnom životu. Ovaj pogled bi se mogao nazvati “univerzalnom moralnošću” (Imanuel Kant). Na primer, kao što komšije ne očekuju od nas da bacamo đubre u njihovo dvorište, tako se i od poslovnih ljudi ne očekuje da svojim aktivnostima zagađuju ili trajno uništavaju okolinu. Mnogi pravni pisci takvo ponašanje zabranjuju pozivanjem na prirodnopravne norme. Nedostatak pozitivnopravnih normi oni objašnjavaju očiglednom činjenicom da se radi o apsolutno zabranjenom štetočinskom ponašanju. U krajnjem, to znači da jedan moral ne može da se praktikuje kod kuće, a drugi na poslu. Moralni integritet ličnosti zahteva moralnu doslednost: ponašanje u profesiji mora biti u skladu sa ponašanjem izvan profesije. Kada to nije slučaj, pojedinac postaje moralni homo duplex, podložan strogim moralnim i pravnim sankcijama. A šta tek reći za čoveka koji za svoje beskrupulozno ponašanje u svetu poslovanja traži oprost greha od svog sveštenika, a u ponedeljak, pošto je “očišćen” od počinjenih grehova, dalje nastavlja sa istim nemoralnim ponašanjem?!²⁶

Stav univerzalne moralnosti je privlačan, ali on i danas izražava samo jedan fini ideal. Priroda sveta poslovanja mnogo je surovija: ona iziskuje ono što se može nazvati dvojnim standardom. Nije teško biti moralan kada smo sigurni da će i konkurenti slediti naš primer. Ali, to gotovo nikad nije slučaj. Takmaci upravo nemoralnim ponašanjem stiču takmičarsku prednost i time prisiljavaju druge

²⁴ *Ibid.*, 118.

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ *Ibidem.*

da razmišljaju o vlastitom moralnom stavu, pitajući se: zašto da ja budem moralan kada su svi oko mene nemoralni? Očigledno je da gledišta univerzalne moralnosti, kao suprotnost pežorativnom značenju poslovnog morala, ima poželjnih dodirnih tačaka sa Kantovim i Fulerovim učenjem o moralu, mada na jedan sirov način. Na žalost, njega je teško primeniti, a kamo li pretočiti u poslovnu praksu u kojoj se prednost najčešće stiže ili povećava unižavanjem ili napuštanjem poslovnih etičkih pravila i standarda.²⁷

UTICAJ UČENJA O MORALNOSTI PRAVA NA BIOETIKU I BIOJURISTIKU

Eho Fulerove ideje nužnoj minimalnoj moralnosti prava i upozorenje da se napuštanje unutrašnje moralnosti protivi dostojanstvu koje čoveka proizvodi u biće slobode, prihvatila je kao svoj kredo sasvim umesno i ispravno mlada bioetička nauka, a naročito jedna njena izvedena grana – biojuristika.²⁸ Očigledno, u slučaju bioetike, samo Kantovo učenje više nije dovoljno.

Izraz “bioetika” (“etika života” ili “etika svega živog”), da podsetimo, prvi put je upotrebio 1971. godine Amerikanac Van Ranseler Poter u svojoj knjizi “Bioetika. Most ka budućnosti” (*Bioethics. A Bridge to the Future*), podrazumevajući pod njom nauku koja ima za cilj poboljšanje kvaliteta života.²⁹ Od tada, bioetička istraživanja su se proširila iz SAD u Evropu, a zatim širom sveta, postavši na neki način “planetarna pojava”.³⁰

Za bioetiku se kaže da je pre “skup višedisciplinarnih istraživanja, rasprava i postupaka” koji imaju za cilj “objašnjavanje ili rešavanje pitanja etičkog karaktera” nastalih primenom tehnoloških inovacija, nego nekakva nova etika ili kulturni pokret.

Praktičan razlog za nastanak bioetike vezuje se za potrebu da se “formuliše jedna nova etika koja bi bila u stanju, putem tesnog dijaloga između biomedicinskih i humanističkih nauka, garantuje preživljavanje čovečanstva”.³¹ Pored tog zadatka, koji je prikazuje kao jedan kulturni pokret, bioetika raspolaže svojom institucionalnom stranom. Na primer, njena pojava podstakla je rasprave oko opravdanosti postojanja “privatnih i državnih istraživačkih centara, univerzitetskih katedri i

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Vid. P. Singer, *Praktična etika*, Zagreb 2003.

²⁹ Vid. A. Čović, *Etika I bioetika. Razmišljanja na pragu bioetičke epohe*, Zagreb 2004.

³⁰ Vid. M. Mori, “La bioetica”, *Bioetica*, 1993, 115–143. Nav. prema: G. Faso, 704.

³¹ G. Faso, 705.

udruženja.”³² Zbog takvog svog usmerenja, bioetika prvenstveno razmatra pitanja: “Kada počinje život?, Kada i do kada se može govoriti o ‘ličnosti’ ili o ‘ljudskom životu’?, Koliku autonomiju ima pojedinac u određivanju sopstvenog života i smrti?, Kada nastaviti održavanje života, a kada ga prekinuti?, Kada treba štititi majku, kada fetus ili, čak, embrion u epruveti?, Gde su granice lečenja i koje su granice humanog i nehumanog eksperimentisanja?”³³ Navedenim pitanjima multidisciplinarno su obuhvaćene i problemski povezane različite oblasti ljudskog znanja, od onog usko biološkog (na primer, kada se može odrediti početak života), preko tema religiozno-filozofske prirode (na primer, pitanje svetosti života i smrti), sve do čisto filozofskih ili pravnih tema (na primer, da li i kako utvrditi etička i pravna pravila u navedenim oblastima).³⁴ Na taj način su u bioetici nerazdvojno isprepletani ideološki, verski, kulturni, institucionalni, vrednosni i drugi obrasci koji su inače neujednačeni u savremenoj praksi. Na primer, to je dovelo do razlikovanja tzv. “laičke bioetike” (Uberto Skarpeli)³⁵ od tzv. “rimokatoličke bioetike” (Frančesko D’Agostino).

Polazne tačke laičke bioetike predstavljaju: poštovanje individualne autonomije u oblasti zdravlja, gde svako ima pravo da bira sve ono što se odnosi na njegov vlastiti život; garancije poštovanja religioznih uverenja pojedinaca (vernika), ako ih oni uopšte imaju (ateisti); unapređenje kvaliteta života do najvišeg mogućeg nivoa, nasuprot pukom trajanju života (životarenju): garancije jednakog i najboljeg mogućeg pristupa medicinskom lečenju.³⁶ Zaseban problem predstavlja određivanje jedinstvenih merila za delovanje. Ona bi trebalo da budu zasnovana na jedinstvenom ili barem srodnom pravnom regulisanju. U širem smislu, bioetika danas obuhvata, pored biomedicinske problematike, očuvanje ambijenta (ambijentalna bioetika) i prava životinja (animalistička bioetika).

Iz bioetike je kasnije nastala biojurstika, kao izvedena bioetička disciplina sa snažnim osloncem na pravo. Prema Piteru Singeru, njen zadatak je da “pravno postavi granice slobode čoveka da se upliće u procese života”.³⁷

Najpoznatiji predstavnik bioetičkog učenja u pravnoj nauci i filozofiji je Italijan Frančesko D’Agostino. Nadahnut rimokatoličkim učenjem (rimokatolička bioetika), on kritikuje rasparčavanje čoveka koje je u nauci ukinulo njegovo suštinsko jezgro (pretvorivši ga u “splet fenomena” i “biće s onu stranu pojave”) i pronala-

³² *Ibid.*, 705–706.

³³ Vid. Z. Bošković, *Medicina i pravo*, Zagreb 2007

³⁴ G. Faso, 705.

³⁵ Vid. U. Scarpelli, *Bioetica*, Milano 1998.

³⁶ G. Faso, 705.

³⁷ P. Singer, *Praktična etika*, 128.

zi u pravu jedno "relaciono ljudsko iskustvo, sistem odbrane neotuđivih prerogativa osobe u njenoj realnosti subjekta u odnosu".³⁸ Te neotuđive prerogative prema D'Agostinu počivaju na četiri glavna bioetička načela. Prvo je načelo odbrane fizičkog života koje sankcioniše njegovu nepovredivost (budući da je telesni život "temeljna vrednost ličnosti"). Na njega se nadovezuje načelo slobode i odgovornosti koje podrazumeva na primer da se bolesnik tretira kao ličnost, ali i moralnu odgovornost lekara da odbije sve moralno neprihvatljive zahteve (problem eutanazije, eksperimente na pacijentima itd.). Treće je načelo celovitosti koje, na primer, dozvoljava da se interveniše u fizički život osoba ako je to zbilja nužno za spasavanje celine "telo-psiha-duh". Najzad, četvrto je načelo društvenosti i pomoći. Ono obavezuje svakog pojedinca da živi učestvujući u ostvarivanju života drugih.

Pomenutim načelima D'Agostino je postavio temelje "biojuristike" koja se bavi određivanjem granice čovekove slobode da se meša u procese života. To je u skladu ne samo sa Singerovom definicijom biojuristike, već i sa izvornom Fulerovom idejom o nužnoj unutrašnjoj i spoljašnjoj moralnosti prava. Zbog takvog svog uticaja, Fulerovo učenje danas je postalo poučan primer kako vraćanje morala u pravo omogućava uspostavljanje pouzdanih institucionalnih, pravnih i drugih okvira u mnogim novim etički zasnovanim "nepravnim" disciplinama.

ZAKLJUČAK

Lon L. Fuller pripada najužem krugu velikana čije učenje, možda čak i više nego za njegovog života, zaokuplja pravnu misao u svetu. Zahvaljujući Fulerovim plodonosnim idejama u pravo je ponovo vraćena iz njega neopravdano proglašena moralna ideja, pomoću koje možemo da razlikujemo bilo koji pravni poredak od dobrog pravnog poretka: "dobar poredak" čini pravo koje odgovara zahtevima pravde i morala ili barem idejama ljudi o tome šta bi oni trebalo da budu. Bez uvažavanja minimuma zahteva unutrašnje moralnosti prava nijedno pravo ne može da se uspostavi u obliku ispravnog poretka. Iako je pravo preduslov dobrog prava, sama pravna pravila nisu dovoljna. Potrebna je moralnost koja pravo čini mogućnim.

Interesantno je, kada se govori o Fulerovom učinku, da pisci manje ukazuju na njegovo iskreno opredeljenje zbog koga je pravo dovodio u najtešnju vezu sa tržištem i biznisom. On je smatrao da je pravo moralno samo kada je u sprezi sa tržišnim poretkom. Odgovarajući na pitanje koje je društvo najbolje, Fuller ističe

³⁸ G. Faso, 706 i dalje.

da je to društvo ekonomskih preduzetnika u najširem smislu. Na taj način, on je i vladavinu prava doveo u vezu sa tržišnim poretkom.

Eho Fulerovog učenja lako može da se prepozna u mnogim mladim etički nadahnutim disciplinama. U stvari, Fulerov misaoni tok i uticaj bio je toliko značajan da je, gotovo u isto vreme, ubrzao moderno formiranje jedne disciplinane koja se bavi praktičnim pitanjima svakodnevnog života – poslovne etike sa njenim podvrstama, ali i nastanak jedne sasvim nove filozofsko ili religijsko nadahnute naučne discipline koja se bavi izvornim i najdubljim problemima života i njegovog smisla u svim njegovim izvedenim i primenjenim oblicima. Reč je o bioetici i iz nje izvedenoj disciplini – biojuristici. Obe discipline nužno razvijaju snažne oslonce i veze sa pravom, budući da u savremenim društvima samo moral nije dovoljan.

DRAGAN M. MITROVIĆ, LL.D.,

Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

MARKO S. TRAJKOVIĆ, LL.D.,

Assistant professor, Faculty of Law, University of Niš

KOSTA D. MITROVIĆ

Kosta D. Mitrović, master studies student, Faculty of Law, University of Niš

MORALITY OF LAW, BUSINESS ETHICS AND BIOETHICS

Summary

Lon L. Fuller belongs to the narrowest circle of giants whose study, perhaps even more than during his lifetime, occupies legal thought the world over. He developed his original procedural natural-legal study in an effort to surmount the gap between positivism and iusnaturalism. What especially attracts attention in Fuller's study even today is that it offers an alternative to the mankind. Owing to his fertile thoughts, an unjustifiably excluded moral idea was brought back into the law, by means of which the distinction may be made between any legal order and a fair legal order. Today no law may be established in the form of a fair order without the appreciation of the minimum of requests of the internal morality of law: morality which makes possible the existence of the law is needed.

Fuller had brought the law into the closest possible connection with the market and business, which is less emphasised when his work is being discussed about. He believed that the law can be moral only on condition that it is closely linked up with the market system. Hence, his study is

continually being pervaded by the spirits in full vigour and enterprise. This spirit exhibits his concept of law as a giant screen of the dynamic formation and an incessant research of the law. The echo of Fuller's study is easily discernable in many young ethically inspired disciplines. In effect, Fuller's line of thought and impact was thus significant that it, almost coinciding in time with the appearance of his work, accelerated the development of a discipline dealing with the practical everyday life issues – business ethics with its subtypes.

However, it also influenced the foundation of quite a new philosophically and religiously inspired academic discipline concerned with the authentic or the most comprehensive issues of life and its meaning as to its all derived and applied forms. It has to do with bioethics and therefrom derived new discipline – bioiuristics. Both disciplines consequently develop strong support and ties with the law in view of the fact that in the contemporary societies the moral alone is insufficient. However, the law itself is not sufficient. Perhaps the time has come for us to start behaving as moral and legal persons rather than moral freaks and offenders.

ODLOŽNO DEJSTVO TUŽBE I ODRŽAVANJE USMENE RASPRAVE U UPRAVNOM SPORU

U V O D

Zakon o upravnim sporovima¹ – u daljem tekstu: ZUS, kao jedan od četiri najvažnija procesna zakona (ZUP, ZPP, ZKP), prema trogodišnjem radu od stupanja na snagu predstavlja relativno novi zakon, a prema primeni u praksi je još uvek novi zakon. Ovoj konstataciji doprinosi činjenica da je Upravni sud u 2010. godini i delom u 2011. godini bio u obavezi da prethodno okonča nezavršene predmete po Zakonu o upravnim sporovima² – u daljem tekstu: prethodni Zakon, tako da je taj sud počeo da se bavi pravom primenom ZUS-a tek krajem 2011. godine i u 2012. godini. Otuda se nalazimo i na početku ozbiljnije izgradnje pravnih stavova u primeni ZUS-a kako bi proverili njegovu pravu vrednost. Imajući u vidu da se u upravnom sporu odlučuje o zakonitosti akata izvršne vlasti, eto ozbiljnog razloga da i teorija i praksa, na osnovu izgrađenih pravnih stavova, daju pun doprinos mestu i ulozi sudske i izvršne vlasti³. Nema bliskijih odnosa ove dve

Ljubodrag Pljakić, dugogodišnji sudija Vrhovnog suda Srbije.

¹ “Službeni glasnik RS” br. 111/09.

² “Službeni list SRJ” br. 46/96.

³ Lj. Pljakić: Upravni sud u procesu demokratizacije Srbije – Pravni informator 2/2010.

vlasti od rešavanja predmeta u upravnom sporu. Na taj način se učvršćuje saznanje da je kvalitetan upravni sudija živi garant zakonitosti rada izvršne vlasti⁴.

Autor je, još od stupanja na snagu ZUS-a, najveći značaj pridavao dvema novinama: principu obaveznosti rasprave u upravnom sporu i odložnom dejstvu podnete tužbe. Razlog za pisanje ovoga referata je u neslaganju autora sa pojediniim rešenjima sudske prakse vezanim za primenu ova dva ključna instituta. Otuda je proistekao i naslov ovog referata.

ODLOŽNO DEJSTVO TUŽBE U UPRAVNOM SPORU

(čl. 23. ZUS-a)

Mnoge kolege koje su se duže vreme bavile suđenjem u Upravnom sporu (autor 29 godina, 13 godina u Okružnom sudu i 16 godina u Vrhovnom sudu Srbije) bile su obradovane ovom odredbom u ZUS-u. Osećala se dugogodišnja potreba za jednim ovakvim ili sličnim rešenjem kojim bi se, radi zaštite građana i pravnih lica, odlukom suda odložilo dejstvo izvršnog upravnog akta do okončanja postupka po podnetoj tužbi, ako bi njegovo izvršenje nanelo tužiocu nenadoknadivu štetu.

Podsećanja radi, po prethodnom Zakonu, rešenje navedenog karaktera je bilo sredstvo u rukama upravnog organa koji je, uz ispunjavanje određenih uslova, odlučivao o mogućem odlaganju izvršenja. Naravno, on se takvom mogućnošću retko koristio, naročito ne u predmetima fiskalne prirode u korist države. Zato je bilo krajnje logično da, ako Upravni sud odlučuje u upravnom sporu o zakonitosti akta izvršne vlasti, on treba i da odluči da li ima mesta primeni jednog takvog instituta.

Odredba člana 23. u stavu 1. ZUS-a je predvidela rešenje po kome "tužba, po pravilu, ne odlaže izvršenje upravnog akta protiv koga je podneta". Autor je uverenja da je ovakvo rešenje instituta odložnog dejstva, na samom početku ZUS-a, opteretilo Sud u primeni dva, inače dobro razrađena modela, kao razloga za odlaganje izvršenja (odložno dejstvo po zahtevu uz tužbu ili u toku upravnog spora i po zahtevu pre tužbe povodom podnete žalbe protiv prvostepenog rešenja kod koga žalba ne odlaže izvršenje). Sud je njihovoj primeni dao karakter restriktivnosti i time je, u praksi, skoro izjednačio ovaj institut sa rešenjem iz prethodnog Zakona kada je o tome odlučivala izvršna vlast (ostaje za analizu da li je i ako jeste, u kojoj meri, sprovedena reforma pravosuđa uticala na izgradnju ovakvog pristupa).

⁴ Lj. Pljakić: Upravno sudstvo u Nemačkoj i zakonska rešenja u Srbiji – Budvanski pravnički dani 2012. godine.

Podaci sa savetovanja sudova oktobra 2011. godine, na Zlatiboru o tome rečito govore⁵.

“Prema podacima sudske statistike Upravnog suda, zahtevi u smislu člana 23. stav 2. Zakona o upravnim sporovima su podneti u 2010. godini u 438 predmeta, a u 2011. godini do 25.08.2011. godine u 326 predmeta, a od čega je sud usvojio u 2010. godini 19 zahteva, a u 2011. godini 9 zahteva. U primeni odredbe člana 23. stav 3. Zakona o upravnim sporovima podneto je u 2010. godini 102 zahteva a u 2011. godini do 25.08.2011. godine 101 zahtev, od toga je zahtev usvojen u 2010. godini u 7 predmeta, a u 2011. godini u 3 predmeta”.

Čak i bez posebne analize predmeta i uz podnete zahteve bez ikakvih dokaza (sud ne sudi na časnu reč: prim. autora), smatram da je izuzetno mali broj uvažnih zahteva u ovoj materiji.

Podsećanja radi, stav 2. člana 23. se odnosi na meritorne odluke (ne i na prekid postupka) i na diskreciono ovlašćenje suda za odlučivanje (“sud može”) što nije sporno. Razlozi za odlaganje, po shvatanju autora, cene se od Suda sa nedovoljnom pažnjom, u jezičkom tumačenju norme.

“Ako bi izvršenje nanelo tužiocu štetu *koja bi se teško mogla nadoknaditi*, a odlaganje nije protivno javnom interesu, niti bi se odlaganjem *nanela veća ili nenadoknadiva šteta protivnoj stranci, odnosno zainteresovanom licu*”.

Ima dakle, razlike između karaktera štete koju bi pretrpeo tužilac ako izvršenje akta ne bi bilo odloženo (“koja bi se teško mogla nadoknaditi”) i štete koju bi odlaganjem pretrpelo treće lice (“nanela veća ili nenadoknadiva šteta”). Smatram da je veća ona šteta koju tužilac trpi ako se odlaganje izvršenja ne odloži, od štete koju zbog toga trpi zainteresovano lice⁶.

Šta je sa javnim interesom?

Načelno bismo rekli da, kod prihvaćenog pravnog stava po kome navedena tri razloga moraju da budu kumulativno ispunjena, javni interes se ne pretpostavlja već se po svakom podnetom zahtevu posebno ceni. U suprotnom, došli bi smo u situaciju da se odlaganje nikada neće dogoditi.

Javni interes se ceni, između ostalog, i prema materiji u kojoj je doneto rešenje. Tako na primer, ako je odlaganje izvršenja rešenja u materiji u kojoj se radi o izgradnji magistralnih puteva, saobraćajnica, brana, dalekovoda za napajanje električnom energijom i sl. naravno da preovlađujući interes može da bude da se ne odlaže izvršenje izvršnog upravnog akta. Drugačija je situacija kod utvrđenih obaveza fiskalne prirode.

⁵ Bilten VKS 3/2011, str. 396.

⁶ Detaljnije: Lj. Pljakić – Priručnik za upravni spor sa komentarom, sudskom praksom i obrascima za praktičnu primenu – “Intermeks 2011. godine”.

Efekti naloženih obaveza fiskalne prirode (porezi, carine) su da se naplaćenim iznosima preko budžeta finansiraju zakonom utvrđene obaveze. Zbog toga se u ovoj materiji ne može otići u neželjenu krajnost pa da se svi zahtevi za odlaganje naplate uvažavaju. Ali, ambijent življenja i privređivanja koji je država dužna da obezbedi građanima i pravnim licima, itekako je od značaja prilikom odlučivanja da li će Sud da uvaži zahtev za odlaganje izvršenja. Ovakav ambijent, posrnule privrede, uz otežanu naplatu potraživanja, uz neprestanu pretnju stečajem zbog nemogućnosti plaćanja kod pravnih lica i preduzetnika, kao i socijalni status većine građana, kod značajnijih iznosa obaveza, mogu da budu razlog odlaganja izvršenja, uz obavezu suda da takav predmet uzme što pre u rad.

Postoje bar tri ozbiljna razloga za odlaganje izvršenja izvršnog upravnog akta veće novčane vrednosti.

Najpre, pogrešno shvatanje upravnih organa da odbijanje zahteva za odlaganje ima karakter meritorne odluke (ne privremene do donošenja presude: prim. autora) pa upravni organi odmah pristupaju izvršenju takvog akta. Proizlazi da je za stranku bolje (kod procentualno malog broja uvaženih zahteva kako smo već izneli) da nije ni tražila odlaganje, jer u toj situaciji organ uprave često sačeka meritornu odluku suda. Odbijanje suda samo ubrzava izvršenje!!

Drugi ozbiljan razlog je u tome što Sud posle dobijenih upravnih spisa i detaljnog upoznavanja sa predmetom često bude "vezan" odbijenim zahtevom za odlaganje što vodi i odbijanju tužbe u upravnom sporu. U sumnji da li uvažiti zahtev za odlaganje ili odbiti, opuštenije se sudi i stvari sagledavaju ako je izvršenje odloženo. Uvažavanjem zahteva, a eventualnim kasnijim odbijanjem tužbe, javni interes nije povređen, jer će obaveza biti naplaćena sa kamatom, a stranka uverena da nije u pravu u svom zahtevu.

Treći, ne manje važan razlog za uvažavanje zahteva je u nepostojanju pravne zaštite protiv rešenja o odbijanju odlaganja. Moralo bi da postoji pravno sredstvo protiv takve odluke (prigovor, žalba) radi provere donete odluke od strane Suda. Žalba u ZUS-u ne postoji (zbog nepostojanja višestepenog sudstva po Zakonu o uređenju sudova, pa ne postoji sud koji bi po žalbi odlučivao; Vrhovni kasacioni sud odlučuje po vanrednim pravnim sredstvima). Ne postoji ni nadležnost Vrhovnog kasacionog suda (već samo protiv meritornih odluka, pod određenim uslovima), a ne postoje ni razlozi za podnošenje ustavne žalbe.

Zbog toga i ne čudi da su rešenja suda o odbijanju odlaganja često kao na matrici izvučena, bez obrazloženih razloga koji su uglavnom, paušalne prirode o nedokazanosti štete, čak i onda kada su priloženi odgovarajući dokazi koji se izostavljaju kao navodi stranke u obrazloženju da bi izostala i njihova ocena.

Sud je prihvatio pravni stav da neodlučivanje po zahtevu za odlaganje u zakonskom roku od 5 dana, predstavlja povredu prava na suđenje u razumnom roku, pa se uglavnom, ovog roka pridržava.

Pravna priroda odložnog dejstva

Ovo pitanje nije novo u upravno-sudskoj praksi. Svodi se na razlikovanje užeg značenja prema kome odložno dejstvo ima u vidu samo upravne akte kojima je naložena obaveza (iseljenje, rušenje objekta, plaćanje), i šireg značenja koje u svojoj pravnoj prirodi podrazumeva otklanjanje pravnog dejstva upravnog akta bez obzira na karakter utvrđene obaveze.

Šire značenje, koje zastupa i autor⁷ zasniva se na pravnom shvatanju sednice Upravnog suda Hrvatske od 08.03.1983. godine koje glasi:

“Pod odgodom izvršenja riješenja, u smislu ove zakonske odredbe, treba razumjeti odgodu pravnih učinaka konačnog riješenja, bez obzira o kakvom riješenju se radi, a ne samo odgodu izvršenja riješenja kojim se stranci naređuje neka obaveza.

Preovladalo je mišljenje da pod izvršenjem riješenja u smislu člana 17. (kasnije član 16. – prim. autora) ZUS treba smatrati izvršenje u širem smislu riječi, a ne samo izvršenje riješenja u upravnom postupku, pa odgoda izvršenja riješenja po ovoj odredbi znači odgodu pravnih učinaka konačnih riješenja bez obzira o kakvom se riješenju radi.

Iz odredaba ZUP-a proizlazi da pod izvršenjem riješenja Zakon smatra izvršenje u upravnom postupku kao i izvršenje riješenja u širem smislu (na primer član 266. stav 1. ovog zakona – kasnije član 256. – prim. autora).

Prema pravnom shvatanju manjine, odredba člana 17. (kasnije član 16. – prim. autora) ZUS-a ima u vidu odgodu izvršenja riješenja koja su izvršna u upravnom postupku (član 270. ZUP-a) – kasnije član 261. – prim. autora), a to su samo riješenja kojima se stranci određuje obaveza (a ne neko pravo) pa se po članu 17. (kasnije član 16. – prim. autora) može odgoditi izvršenje samo takvog riješenja”.

Ovo šire pravno shvatanje prihvatio je i uvaženi profesor upravnog prava dr Zoran R. Tomić⁸.

Ono je iskazano i u rešenju Upravnog suda⁹ kojim je odloženo izvršenje rešenja kojim je utvrđeno da je državni službenik ostao neraspoređen, a da će mu prestati radni odnos ukoliko mu se u roku od 2 meseca ne pronade odgovarajuće radno mesto. U obrazloženju rešenja Sud je izneo i sledeće razloge:

⁷ Lj. Pljakić – citirano delo str. 251.

⁸ Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom, drugo, dopunjeno izdanje - Službeni glasnik 2012. godine.

⁹ I-1 U - 21478/10 od 06.05.2010. godine.

“Upravni sud je našao da su ispunjeni uslovi iz člana 23. stav 2. ZUS-a da se odluži izvršenje do odluke Suda zbog toga što za tužioca izvršenjem odluke može nastati šteta koja se teško može nadoknaditi jer se radi o njegovom radno-pravnom statusu čiji je krajnji ishod, ako se rešenje izvrši, prestanak tužiočevog radnog odnosa. Kako za tuženog odlaganje ovog rešenja u upravnoj stvari, koja zbog svoje prirode inače, podrazumeva hitno rešavanje, ne može da nastupi veća ili nenadoknadiva šteta, to je Upravni sud zahtev uvažio”.

Važno je ukazati da je u ovom predmetu meritornom presudom istog veća od 10.06.2010. godine (samo mesec dana kasnije – prim. autora) uvažena tužba istog tužioca i poništeno osporeno rešenje zbog toga što odlučne činjenice nisu pravilno utvrđene. Evo primera kako treba postupiti.

Međutim, posle ove presude, opšta sednica svih sudija Upravnog suda, većinom glasova, nije prihvatila citirano šire shvatanje, tako da vladajući stav Suda predstavlja iskazano navedeno uže shvatanje.

Jedan od ciljeva ovog referata je da se vladajući stav Upravnog suda promeni, sa već navedenih razloga.

Primeri upravno-sudske prakse

U praksi, obraćanjem Sudu u primeni odredbe člana 23. ZUS-a, češće se koristi mogućnost podnošenja zahteva uz tužbu za odlaganje izvršnog dejstva upravnog akta, od mogućnosti podnošenja zahteva, i pre podnete tužbe (stav 3.) u situaciji kada žalba protiv prvostepenog rešenja ne odlaže njegovo izvršenje, mada su ovi predmeti česti – poreski, carinski. Izgleda da korišćenje ove mogućnosti nije dovoljno poznato u stručnoj javnosti, iako je o tome dosta pisano u komentarima Zakona i kroz referate na savetovanjima. Školski primer dostavljanja potrebnih dokaza od značaja za odlučivanje i sama odluka Suda, dati su u predmetu suda¹⁰.

Radi se o utvrđenju obaveze plaćanja PDV velike vrednosti. Podnosilac zahteva je, pored iznošenja razloga da obavlja važnu društvenu delatnost od značaja za građane, posebno omladinu, dostavio dokaze o podacima iz završnog računa za 2011. godinu o prosečnom mesečnom prihodu, kao i o prosečnim mesečnim troškovima (koji su priloženi), o broju zaposlenih, navodeći da bi izvršenjem rešenja došlo do blokade računa i nemogućnosti da redovno servisira svoje obaveze. Dostavljen je bilans stanja, izveštaj revizora, specifikacija prihoda i rashoda i mišljenje Resornog ministarstva u pogledu utvrđene obaveze.

¹⁰ II-1 Uo – 43/12.

Sud je zahtev uvažio i odložio izvršenje izvršnog prvostepenog rešenja. U razlozima je, između ostalog, naveo:

“Podnosilac zahteva je sudu dostavio bilans stanja poslovanja za 2011. godinu prema kome bilansu jasno proizlazi da su navodi iz zahteva u pogledu neto dobiti i u pogledu poslovanja tačni.

Kako je zahtevom za odlaganje izvršenja tužilac tražio odlaganje izvršenja rešenja kojim mu je naređena uplata poreske obaveze, pa pri činjenici ostvarenja dobiti za 2011. godinu i broja zaposlenih kod podnosioca, sud je našao da su ispunjeni uslovi iz člana 23. stav 2. i 3. Zakona o upravnim sporovima za odlaganje izvršenja navedenog rešenja, budući da odlaganje nije protivno javnom interesu, da se poreskom organu ne bi pričinila šteta, a izvršenje rešenja bi tužiocu nanelo štetu koja bi se teško mogla nadoknaditi”.

Jedina greška suda prilikom odlučivanja je što je odlaganje izvršeno do odluke po žalbi, umesto do pravnosnažnosti prvostepenog rešenja. Zašto? Zbog toga što poništajem rešenja od strane drugostepenog organa više nema izvršnog naslova, ali odbijanjem žalbe tužilac uz tužbu mora da podnosi novi zahtev za odlaganje: formulacijom “do pravnosnažnosti prvostepenog rešenja” pokriva se odložno dejstvo i za vreme trajanja upravnog spora.

Primer dobrog i lošeg odlučivanja po zahtevu za odlaganje postavljenom uz tužbu nalazi se u istom predmetu pre poništaja osporenog rešenja (dobar primer) i posle donošenja novog rešenja u novom postupku po tužbi (loš primer).

U predmetu¹¹ po podnetom zahtevu, rešenjem Upravnog suda od 17.08.2011. godine odloženo je rešenje tuženog do donošenja odluke po tužbi. Radilo se o utvrđivanju obaveze tužioca plaćanja godišnje naknade za korišćenje radio stanice u radio mreži po dodeljenom kanalu, u iznosu 4.731.336,00 dinara.

Tužilac je u tužbi osporio postojanje utvrđene obaveze, a od dokaza je priložio bilans stanja na dan 31.12.2010. godine iz koga se vidi neto gubitak za 2010. godinu u iznosu od 66.586.000,00 dinara i fotokopije bilansa uspeha i redovnog godišnjeg finansijskog izveštaja iz Agencije za privredne registre. Takođe, i izveštaj o bonitetu pravnih lica i bilans stanja za 6 meseci 2011. godine.

Uvažavajući zahtev za odlaganje, Sud je u razlozima naveo:

“Ocenjujući osnovanost zahteva podnosioca za odlaganje izvršenja, Upravni sud je našao da su ispunjeni uslovi za odlaganje izvršenja *kumulativno propisani* citiranog odredbom člana 23. stav 2. Zakona o upravnim sporovima, stoga što bi izvršenjem osporenog rešenja kojim se potražuje novčani iznos 4.731.336,00 dinara za podnosioca zahteva nastupila šteta sa nesagledivim posledicama, koja se pre svega ogleda u onemogućavanju tužioca da obavlja delatnost zbog nemogućnosti plaćanja utvrđenog iznosa naknade, što bi nesumnjivo dovelo do pokretanja postupka za oduzimanje dozvole za rad, uz mogućnost njenog

¹¹ 15 U – 9064/11.

oduzimanja. Sud je našao i da odlaganje izvršenja osporenog rešenja nije protivno javnom interesu, niti bi se odlaganjem nanela veća ili nenadoknadiva šteta protivnoj stranci”.

Kasnije, prilikom meritornog odlučivanja, sud je i tužbu uvažio i poništio osporenog rešenje.

U novom postupku, tuženi organ donosi identično rešenje, tužilac ponovo ustaje sa tužbom i novim zahtevom za odlaganje izvršenja osporenog rešenja (radi se o jednostepenom odlučivanju u upravnom postupku – prim. autora) ističući da je tuženi samo prepisao ranije rešenje, ukazujući na iste one dokaze koje je Sud uvažio i ranije odložio rešenje, posebno navodeći da se materijalno-finan-sijsko stanje kod tužioca još više pogoršalo.

Sud je u postupku po novoj tužbi rešenjem¹² odbio zahtev tužioca za odlaganje izvršenja, u nešto izmenjenom sastavu veća u odnosu na raniji sastav. U razlozima su samo citirani stavovi člana 23. ZUS-a i iznet stav suda bez ocene navo-da i dokaza koji su u ranijem postupku bili značajni za uvažavanje zahteva.

“Razmatrajući zahtev tužioca za odlaganje izvršenja navedenog rešenja, Upravni sud je našao da zahtev treba odbiti, *jer nisu ispunjeni kumulativni uslovi* propisani odredbom člana 23. stav 2. Zakona o upravnim sporovima”.

Koji uslovi, da li svi ili neki od njih i zbog čega? To su pitanja zbog kojih se od strane suda vrši kontrola upravnih akata! Šta je sa standardima Evropskog suda za ljudska prava o očekivanoj odluci suda u situaciji kada je u prethodnoj oceni zakonitosti donetog akta zahtev uvažen? Stranka ima pravo na obrazloženu odluku kao element prava na pravično suđenje, pogotovu što protiv donete odluke nije dozvoljeno nikakvo pravno sredstvo!

U istom predmetu, tužilac je ponovio zahtev za odlaganje (moguće je, nema presuđene stvari – prim. autora), posebno potencirajući da ukoliko obavezu plati iz redovnog priliva, nastupiće uslovi za otvaranje stečajnog postupka. Dostavio je i druge dokaze i naveo nove činjenice u prilogu uvažavanja zahteva.

Isto veće je rešenjem od 18.06.2012. godine ponovo odbilo zahtev, opet citirajući propis i tri kumulativna razloga koji inače, i nisu sporni, ali obrazložene odluke ponovo nije bilo.

Kod punomoćnika stranaka je formirano mišljenje da kada Sud jednom odbije zahtev za odlaganje, da ni po jednom od sledećih zahteva za odlaganje neće doneti uvažavajuću odluku, bez obzira na kvalitet dokaza. Zaista, i autor je mišljenja da pri ovakvom odlučivanju i odsustvu razloga za odbijanje razloga nije ni bilo razloga za ovakvom odredbom u ZUS-u, odredbu ili praksu u njenoj primeni treba hitno primeniti!

¹² 11 U – 6889/12 od 29.05.2012. godine.

Stav autora

Autor se zalaže za rešenje iz nemačkog zakonodavstva prema kome podneta tužba u upravnom sporu odlaže izvršenje konačnog upravnog akta, ali uz navođenje oblasti na koje se taj princip ne odnosi, uz obavezu suda da u tim predmetima u kratkom roku zakaže usmenu raspravu radi poštovanja načela pristupa sudu i omogućavanja stranci da se neposredno izjasni, štiteći svoja prava i pravne interese.

Sve dotle, dok se odgovarajuće izmene Zakona ne dogode, treba ohrabriti sudije za većim uvažavanjem zahteva poštujući tako prava građana i pravnih lica. Naravno da stranke moraju da pruže i odgovarajuće dokaze, mada se nekada i iz samih osporenih rešenja uočavaju bitne povrede pravila postupanja zbog kojih će tužba nužno biti uvažena.

Šta još može da bude od značaja za odluku Suda?

Svakako, odgovarajući izveštaj Agencije za privredne registre o poslovanju tužioca; nalaz veštaka iz krivičnog postupka u vezi krivičnog dela poreske utaje o tome da u odnosnoj stvari nije bilo povrede poreskih propisa ili i odustankom javnog tužioca od gonjenja, iz istog razloga (ovi dokazi mogu da budu i razlog za obnovu upravnog postupka, prema postojećoj praksi); razlozi iz obrazloženja rešenja da je odlučeno u skraćenom umesto u posebnom ispitnom postupku (taj razlog se izričito ne navodi jer se tiče meritornog odlučivanja); donošenje rešenja od strane lica za koje u uvodu ne postoji ovlašćenje; neprihvatanje pravnog stava Suda iz ranije presude (načelo obaveznosti presude u upravnom sporu) i sl.

USMENA JAVNA RASPRAVA U UPRAVNOM SPORU

(čl. 2. i čl. 33–39. ZUS-a)

Zakonski razlozi držanja rasprave

Značaj usmene javne rasprave u ZUS-u je istaknut već u članu 2. osnovnih odredbi utvrđujući da “u upravnom sporu sud odlučuje na osnovu Zakona i u razumnom roku, *na podlozi činjenica utvrđenih na usmenoj javnoj raspravi*. U prethodnom Zakonu, princip je bio odlučivanje suda, po pravilu, na osnovu činjeničnog stanja u upravnom postupku, pa autor u sećanju ima samo jedan slučaj kolege koji je vodio javnu raspravu.

Isti princip ZUS-a o usmenoj javnoj raspravi je predviđen i u stavu 1. člana 33.

Analizom daljih odredbi o raspravi u upravnom sporu, utisak je, da je početni princip dosta sužen. Taj utisak se zasniva na dva parametra: jedan zakonski

– o slučajevima držanja rasprave, a drugi praktičan i tiče se rada Upravnog suda – diskrecionog ovlašćenja za držanje rasprave i sadržine (suštine) održane rasprave.

Što se tiče zakonskog rešenja za držanje rasprave ono počinje sa dva diskreciona ovlašćenja suda. Jedno se zasniva na negativnom određenju da se rasprava ne održi “ako je predlog spora takav da očigledno ne iziskuje neposredno saslušanje stranaka”, o čemu odlučuje sud u svakom predmetu posebno ili “ako stranke na to izričito pristanu”.

Analizom podnetih tužbi i donetih presuda Suda zaključuje se da stranke uglavnom traže održavanje usmene rasprave i da sud takve zahteve vrlo retko uvažava, navodeći razloge za neodržavanje rasprave (obaveza je suda da navede razloga – stav 3. člana 33.): kod uvažanih tužbi razlozi su da će organi u novom postupku utvrditi potpuno činjenično stanje, a kod odbijajućih tužbi da su činjenice pravilno utvrđene u upravnom postupku te da nije imalo potrebe za raspravom. Prvim odlukama stranke nisu nezadovoljne zato što su uvažavajuće, a drugim, odbijajućim, nisu zadovoljne pogotovu jer nemaju mogućnost korišćenja vanrednog pravnog sredstva.

Sporazum stranaka da se rasprava ne održi skoro i da ne postoji.

Drugo diskreciono ovlašćenje suda za držanje rasprave (stav 1. član 34. ZUS-a) tiče se složenosti predmeta spora ili potrebe za boljim razjašnjenjem stvari, kao i ako tuženi organ posle dva traženja ne dostavi spise (ovaj razlog se približava obligatornom).

Sud u praksi takođe, ređe nalazi da se radi o složenoj stvari kao razlogu za držanje rasprave, pre će naći razloge u nepotpuno i nepravilno utvrđenom činjeničnom stanju zbog čega će uvažiti tužbu, nego što će držati raspravu.

Posledice nekorišćenja oba diskreciona ovlašćenja suda su ozbiljne: uskraćivanje stranci prava na pristup sudu kao elemenat prava na pravično suđenje i time direktno kršenje člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima kao i povredu načela efikasnosti da se do pravde dođe. Ovakve primedbe autora o odsustvu korišćenja diskrecionog ovlašćenja suda za držanje rasprave, mogu da budu predmet ozbiljne analize podnetih zahteva za držanje rasprave i ocene suda da raspravu treba držati. Razloge za ovakav stav suda autor nalazi u problemu od koga pati čitavo pravosuđe: žurba da se završi što više predmeta kao (skoro) jedinom merilu kod ocene uspešnosti vršenja sudijske funkcije (stručni rad, predavanja, učestvovanje na savetovanjima, pisani referati u reformi pravosuđa nisu bili primećivani, pa time ni vrednovani!). Neprestano se zaboravlja da je pitanje broja predmeta u radu i potrebnog broja sudija za okončanje predmeta državno pitanje za Visoki savet sudstva¹³.

¹³ Lj. Pljakić – Vršenje sudijske funkcije – Pravni informator 10/04.

Obligatori razlozi

U stavu 2. člana 34. su predviđeni obligatori razlozi za držanje rasprave. Oni se tiču upravnih postupaka u kojima su učestvovala dve ili više stranaka i kada sud utvrđuje činjenično stanje radi rešavanja u punoj jurisdikciji. Slučajevi dvostranačkih predmeta su u postupcima eksproprijacije, raznih dozvola, bespravnog useljenja, zaštite konkurencije i slično.

Imajući u vidu prethodno rečeno, odnos broja održanih rasprava iz obligatornih razloga i razloga diskrecione prirode svakako ide u korist prvih.

Svrha i sadržina držanja rasprave

Svrha držanja rasprave kod suda se ne iscrpljuje samo u poštovanju člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima i ostvarenju prava stranke na pristup sudu. Vrlo je važan tok vođenja rasprave (član 39. ZUS-a) i način utvrđivanja odlučnih činjenica bitnih za presuđenje. Pristup stranke sudu gubi svoju svrhu bez temeljno pripremljene rasprave i njenog vođenja, raspravljanja na sudu, utvrđivanja činjenica i donošenja odgovarajućih činjeničnih zaključaka. Obrazloženje presude donete povodom održane rasprave mora da sadrži činjenice koje je sam Sud utvrdio, dokaze kojima su činjenice utvrđene i pravilno primenjeno materijalno pravo.

Ovakav pristup zahteva da je sudeće veće apsolutno upoznato sa predmetom spora. Izjave stranaka se odnose "samo na sporna pitanja i okolnosti od značaja za rešenje stvari". Zapisnik se glasno diktira, mora da bude jasan i pregledan, on je službena isprava o preduzetim radnjama na ročištu. Stranke imaju pravo da odmah traže kopiju raspravnog zapisnika, a ne da se punomoćnicima kaže da dođu sutra za primerak zapisnika kada bude "prečišćen". Stiče se utisak da upravne sudije, koje su sudijsku praksu sticale u redovnoj proceduri sudovanja imaju kvalitetniji pristup držanju rasprave od sudija koje su direktno izabrane iz organa državne uprave. Ove sudije imaju veliku obavezu da se oslobode službeničkog mentaliteta rada državne uprave (starešina potpisuje rešenje) i da udahnu sudijski integritet.

Otežavajuća okolnost u radu upravnih sudija pa time i u držanju usmene rasprave je nedostatak specijalizacije sudijskih veća za rad po pojedinim oblastima, imajući u vidu da je materijalno pravo u upravnoj oblasti najšire u odnosu na sve druge oblasti prava. Primer hitne specijalizacije upravnih sudija je i u materiji zaštite konkurencije, budući da su ovi predmeti pod budnim okom evropskih organizacija.

Potrebno je ukazati da u predmetima u kojima je rasprava obavezna po zakonu, rasprava mora da bude održana i ukoliko su se stranke sporazumom odrekle održavanja rasprave.

Primeri upravno-sudske prakse

Upravno-sudska praksa Upravnog suda, kada je u pitanju držanje rasprave pred tim sudom vrlo je raznolika počev od razloga da se rasprava ne održi do sadržine same rasprave onda kada je održana. Ovakav problem se uočava i kod drugih sudova, a direktna je posledica nedovoljno kvalitetnog kadra – sudija i savetnika u Odeljenju sudske prakse. Problem je i u različitim odlukama koje izlaze iz suda, u identičnim stvarima.

*U presudi Upravnog suda*¹⁴ u predmetu zaštite konkurencije, sud je uvažio tužbe više tužilaca kojima su utvrđene mere zaštite konkurencije plaćanjem odgovarajućih iznosa. Sud je naveo da nije držao raspravu, u primeni člana 33. stav 2. ZUS-a, jer predmet ne iziskuje neposredno saslušanje stranaka i posebno utvrđivanje činjeničnog stanja. Pri tome je sud naveo dva apsolutno pogrešna pravna stava. Polazeći od činjenice da sud zna pravo raspravu možda i nije ni trebalo držati, ali imajući u vidu izrečene stavove suda, proizlazi da je rasprava bila nužna.

Naime, ocenjujući izrečenu meru zaštite konkurencije, Sud nalazi da je pogrešan stav Komisije za zaštitu konkurencije da je trebalo izreći upravnu meru zaštite konkurencije budući da je u prekršajnom postupku pravnosnažno izrečena kazna za prekršaj pa stranka ne može dva puta da bude kažnjena.

“Dakle, osporenim rešenjem se nije mogla odrediti mera zaštite konkurencije sa nalogom uplate odgovarajućeg novčanog iznosa jer se radi o pravnosnažno presuđenoj prekršajnoj stvari”!!!

Neverovatno je koliko Sud u ovoj presudi ne razlikuje pravnu prirodu prekršajnog kažnjavanja (isključivo penalnog karaktera) te njena pravnosnažnost ne utiče na upravnu meru zaštite konkurencije koja se po ranijem zakonu istovremeno izricala.

Druga povreda iz obrazloženja iz iste presude je takođe, drastična. Tiče se primene pravnog stava Građanskog odeljenja VSS starog bar, 30 godina, prema kome “ako ranijim zakonom nije bilo predviđen rok zastarelosti vođenja postupka, a novim zakonom je predviđen rok zastarelosti od 3 godine, onda zastarelost, u odnosu na pravne situacije pre stupanja na snagu zakona počinje da teče najranije od stupanja na snagu novog zakona”. Logično, jer zastarelost ne teče u vreme-

¹⁴ 1 U – 2553/12 od 10.05.2012. godine.

nu u kome nije bila zakonom predviđena (vremensko važenje zakona). Sud je međutim, u istoj presudi rekao:

“Isto tako, mera zaštite konkurencije po odredbama člana 68. stav 3. Zakona o zaštiti konkurencije, ne bi se mogla odrediti ni naplatiti protekom 3 godine od dana završene radnje ili propuštanja roka, imajući u vidu vreme izvršenja radnje (2008. godina) jer je i taj rok za tužioca istekao (zakon koji predviđa zastarelost je stupio na snagu 01.11.2009. godine, posle izvršenih radnji: prim. autora)”.

Dalji komentar ovim pogrešnim stavovima nije potreban.

*U jednom drugom predmetu Upravnog suda*¹⁵ sud je u uvodu presude naveo da je presudu od 29.09.2011. godine doneo “po održanoj usmenoj raspravi”, na strani 8 je konstatovao da je “održao usmenu, javnu raspravu primenom odredbe člana 34. stav 1. Zakona o upravnim sporovima, kojim je propisano da će veće suda uvek održati raspravu zbog složenosti predmeta spora ili radi boljeg razjašnjenja stanja stvari”, zatim da je “usmena rasprava održana u prisustvu uredno pozvanih tužilaca i prisustva ovlašćenog lica tuženog organa”, ali je već u sledećem stavu izneo stav kao da je sudio van rasprave, na osnovu upravnih spisa, kako se najčešće sudilo po starom Zakonu:

“Rešavajući ovaj upravni spor na osnovu činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku...”

U daljim obrazlaganjima Sud navodi manjkavosti osporenog rešenja:

“Tuženi organ nije na dovoljno jasan i potpun način obrazložio pravnu prirodu prijave tužioca...”

“Savet komisije nije pravilno primenio i pravila posebnog upravnog postupka u odnosu na predloge koje su učinile stranke u toku postupka, a odnose se na izvođenje dokaza saslušanjem svedoka...”

“Tuženi je učinio i bitnu povredu pravila upravnog postupka jer nije ocenio sve dokaze prezentovane od strane tužilaca...”

“Obrazloženje za neprihvatanje izvođenja dokaza saslušanjem stranaka dato je u formi obaveštenja, a ne posebnog zaključka.”

“Trebalo je da primeni odredbe o kažnjavanju koje su blaže za njihove učinioce...”

Posle svih ovih konstatacija Suda na osnovu obrazloženja osporenog rešenja Sud zaključuje:

“Sa iznetih razloga, nakon zaključene usmene rasprave, Upravni sud je odlučio kao u dispozitivu presude i predmet vratio na ponovni postupak...”

Imajući u vidu ovakvo obrazloženje presude, ozbiljno se nameće pitanje kakva je svrha držanja usmene rasprave kod suda izuzev što se sud, u ovom predme-

¹⁵ 1 U – 7215/11.

tu, samo na početku i na kraju izjasnio da je raspravu održao. Upravo, sva navedena pitanja i nedostaci na koje je sud ukazao i naložio da se otklone u ponovnom postupku kod tuženog organa mogao je sud i sam da reši na osnovu spisa, bez rasprave. Ako se već odlučio za držanje rasprave “zbog složenosti stvari” obrazložene presude je moralo da sadrži činjenice koje je sud utvrdio i time je otklonio (u prisustvu stranaka) sve nedostatke upravnog postupka iskazujući svoj odnos prema predmetu spora.

Svrha držanja rasprave na ovaj način nije ispunjena, samo je izgubljeno vreme da se predmet ranije, bez zakazivanja rasprave presudi u nejavnoj sednici.

Pozitivan primer predstavlja *presuda Upravnog suda*¹⁶ u predmetu u kome je održana usmena rasprava iz obligatornih razloga, u kome su učestvovala dve stranke. Sud je u razlozima izneo i izjašnjenje stranka na raspravi, odgovore na pitanja Suda koji su kasnije cenjeni u sklopu sa utvrđenjima u upravnom postupku i navodima iz tužbe i odgovora i jasno dao odgovor u čemu je nezakonitost rešenja donetog u vršenju službenog nadzora.

Sa iznetih razloga, posle ukazivanja na pogrešne pravne stavove suda, nepotpunu primenu instituta odložnog dejstva tužbe i retke primere držanja rasprave kod suda van obligatornih razloga, kao i sa neadekvatno vođenom raspravom, ima mesta unapređivanju pojedinih rešenja u zakonskom tekstu, ali i pri postojećem tekstu ZUS-a promeniti praksu radi adekvatne primene ZUS-a, što bi doprinelo većoj zaštiti prava građana i pravnih lica i ostvarenju ustavne uloge Upravnog suda kao specijalizovanog.

Zaključci su se sami iskristalisali:

1. Preispitati pravni stav Upravnog suda prema kome se odložno dejstvo tužbe iz člana 23. ZUS-a odnosi samo na rešenja kojima je u upravnom postupku naložena neka obaveza i zameniti ga pravnim stavom kojim odložno dejstvo tužbe shvata kao otklanjanje pravnog dejstva upravnog akta, bez obzira na karakter utvrđene obaveze.

2. Ohrabriti sudije da, pri uredno postavljenim zahtevima za odlaganje izvršenja, češće udovoljavaju zahtevima stranaka, pogotovu fiskalne prirode zbog mogućnosti nastupanja stečaja, kod pravnih lica, i velikog osiromašenja kada su građani u pitanju.

3. U izmeni zakonske regulative odložnog dejstva predvideti rešenje iz nemačkog zakonodavstva da podnošenje tužbe u upravnom sporu, samo po sebi, odlaže izvršenje upravnog akta, uz navođenje posebnih oblasti koje bi u tome bile izuzetak, ali i uz obavezu izjašnjavanja stranka neposredno pred sudom u kratkom roku.

¹⁶ 9 U – 29894/10 od 25.11.2011. godine.

4. Koristiti veće mogućnosti za pristup stranke sudu radi usmene rasprave van obligatornih razloga, uz izvođenje dokaza i utvrđivanja činjenica od strane Suda.

5. Izmenama ZUS-a proširiti razloge obaveznog držanja usmene rasprave.

6. Preko Pravosudnog centra organizovati praktična predavanja o tehnici vođenja rasprave, kao i načinu izvođenja dokaza i sadržini tako donete presude. Ovakav način usavršavanja važio bi posebno za sudije koje su izabrane neposredno iz organa uprave.

LJUBODRAG PLJAKIĆ

long-standing judge of the Supreme Court
of Serbia

REMISSIBLE EFFECT OF THE PLAINT AND HOLDING OF A HEARING IN AN ADMINISTRATIVE DISPUTE

Summary

The Law on Administrative Disputes is, after its passing at the end of 2009, a comparatively new law, and regarding the court practice in its implementation a really new law. As with other laws, its value is assessed not only by its sheer legal text, but even more by the formed court practice in the implementation of its regulations.

The author deems that the two most significant values of this procedural law consist in the principle of holding a public hearing in the administrative dispute and the possibility of the remissible effect of the submitted complaint in the administrative dispute.

Giving examples from the practice of the Administrative Court, the author concludes that the two stated key novelties in the Law are used insufficiently and inadequately in the protection of civil rights and legal persons. That is where the title of the paper comes from.

The author is devoted to the improvement of the Law text through corresponding amendments in the sense of compulsory holding of a hearing and the possibility of a remissible effect of the complaint, as well as, in the implementation of the present law, the change of the attitudes of the court practice for the same purpose.

ZORAN LONČAR

ODLAGANJE IZVRŠENJA UPRAVNOG AKTA U UPRAVNOM SPORU

U V O D

Jedna od osnovnih specifičnosti pravnog položaja stranaka u upravnim stvarima je da po pravilu uživaju dvostruku pravnu zaštitu. Ako je stranka nezadovoljna donetim upravnim aktom ima mogućnost da proveru njegove zakonitosti traži najpre žalbom pred drugostepenim organom uprave, a zatim i tužbom pred upravnim sudom. Upravni akt koji stranka smatra nezakonitim ne ugožava njen pravni interes sve dok ne počne da proizvodi pravne posledice, odnosno sve dok stranka ne dođe u situaciju da mora da ga izvrši. Da bi se obezbedila potpuna pravna sigurnost stranaka, u upravnom postupku je kao osnovno pravilo propisano da je žalba uvek dozvoljena i da odlaže izvršenje osporenog upravnog akta. Odstupanje od tog pravila je moguće samo ako je izričito predviđeno zakonom. Bez obzira na pojavu sve većeg broja posebnih upravnih postupaka u kojima žalba nema suspenzivno dejstvo (porezi, oružje i municija, putne isprave, prebivalište i boravište ...), još uvek se ne bi moglo reći da u upravnom postupku stranka ne uživa maksimalnu pravnu zaštitu.

Dr Zoran Lončar, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu. Rad je nastao kao rezultat istraživačkog rada na projektu *Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava* (EU i Srbija), čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

U upravnom sporu je situacija nešto drugačija nego upravnom postupku. Kada protiv konačnog upravnog akta kojim mu se nalaže neka obaveza tužilac pokrene upravni spor, osnovni njegov interes je da na kraju spora osporeni upravni akt bude stavljen van snage, a da do donošenja definitivne odluke suda o njegovoj zakonitosti on ne proizvodi pravne posledice. Stoga bi sa aspekta zaštite interesa tužioca bilo potpuno opravdano kada bi i u upravnom sporu tužba uvek imala suspenzivno dejstvo, kao što je to slučaj sa žalbom u upravnom postupku. Međutim, javni interes ponekad nalaže da se sa izvršenjem upravnog akta ne čeka suviše dugo. Nakon što je stranka već jednom imala mogućnost da traži proveru zakonitosti upravnog akta u upravnom postupku, ponovna provera njegove zakonitosti u upravnom sporu, prema pravilima sudskog postupka, može ponekad značiti obesmišljavanje celokupne aktivnosti organa uprave. Takav bi slučaj bio na primer, sa sprovođenjem mere karantina usled zaraznih bolesti, rušenja trošnog objekta sklonog padu, zabrane održavanja javnog skupa, oduzimanja putne isprave i sl. Potreba zaštite javnog interesa nalaže da se izvršenju upravnog akta ponekad pristupi i pre okončanja provere zakonitosti u upravnom sporu.¹

S obzirom na istovremenu važnost zaštite interesa stranaka i javnog interesa, prilikom regulisanja pitanja odlaganja izvršenja upravnog akta u upravnom sporu moraju se tražiti rešenja koja omogućavaju ravnotežu između ove dve vrste interesa. U pogledu mogućnosti odlaganja izvršenja upravnog akta u upravnom sporu postoji nekoliko različitih teorijskih modela, koji se zasnivaju ili na automatskom suspenzivnom dejstvu tužbe ili na pravu tužioca da traži odlaganje izvršenja upravnog akta nakon što pokrene upravni spor. Pri tome, tužilac odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta može da traži ili od suda pred kojim je pokrenuo upravni spor ili od samog organa uprave koji je nadležan za njegovu izvršenje. Svaki od mogućih teorijskih modela ima svoje prednosti i nedostatke, a njihov izbor je stvar konkretnog pravnog sistema.

U Srbiji je danas osnovno pravilo da upravni akt postaje izvršan u momentu sticanja svojstva konačnosti. Stoga je odlaganje izvršenja upravnog akta u upravnom sporu veoma aktuelno pitanje, jer postoje samo retki slučajevi kada se povodom podnete tužbe uopšte ne postavlja pitanje izvršenja osporenog upravnog akta.² U cilju osvetljavanja instituta odlaganja izvršenja upravnog akta, u radu ćemo nastojati najpre da utvrdimo koja pitanja u pogledu odlaganja izvršenja upravnog

¹ Osnovni cilj uspostavljanja pravila o nesuspendivnom dejstvu tužbe je da se spreči da "čisto proceduralna mera ne bi paralizovala funkcionisanje administracije". G. Braibant, B. Stirn, *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris, 2002, str. 585.

² Jedan od takvih slučajeva je vezan za postupak eksproprijacije, u kome upis svojine i drugih prava na eksproprijisanoj nepokretnosti može da se izvršiti tek po pravnosnažnosti rešenja o eksproprijaciji (član 65. Zakona o eksproprijaciji, "Službeni glasnik Republike Srbije", broj 53. od 28. decembra 1995. godine i broj 20 od 19. marta 2009. godine). Sasvim je obrnut slučaj vezan za rešenje Narodne banke Srbije koje se donosi u postupku kontrole boniteta i zakonitosti poslovanja ba-

akta u upravnom sporu predstavljaju međunarodno-pravne standarde, kao i kakva su rešenja prihvaćena u uporednim zakonodavstvima država koje su nam najbliže u pogledu pravnog režima ove vrste sudske kontrole uprave, da bi smo na kraju mogli da utvrdimo i da li je pitanje odlaganja izvršenja upravnog akta kod nas na zadovoljavajući način rešeno nakon nedavne zakonodavne reforme upravnog spora.

*Međunarodno-pravni standardi
o odlaganju izvršenja upravnog akta*

Pravila o odlaganju izvršenja upravnog akta u upravnom sporu ne sadrži ni jedan obavezujući međunarodno-pravni dokument. Pitanje odlaganja izvršenja upravnog akta u upravnom sporu je regulisano jedino u dve preporuke Komiteta ministara Saveta Evrope. U pitanju su Preporuka o sudskoj kontroli upravnih akata iz 2004. godine³ i Preporuka o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnim stvarima iz 1989. godine.⁴ Pravila o odlaganju izvršenja upravnog akta u upravnom sporu koja su sadržana u navedenim preporukama, iako nisu pravno obavezujuća, predstavljaju standarde koje Savet Evrope smatra poželjnim da budu ostvareni u zakonodavstvima država članica i iz te činjenice proizlazi njihov poseban značaj.

Preporuka o sudskoj kontroli upravnih akata predstavlja najvažniji dokument Saveta Evrope u oblasti upravnog spora. U pogledu odlaganja izvršenja upravnih akata u njoj je predviđeno samo pravilo da bi "sud trebalo da bude ovlašćen da izda privremene mere do okončanja postupka koji je pred njim pokrenut".⁵ U komentarima ovog principa sadržanog u Preporuci ne daju se nikakva bliža objašnjenja, već se samo upućuje na primenu Preporuke o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnim stvarima,⁶ koja predstavlja ujedno osnovni dokument za pitanje pravnih standarda vezanih za odlaganje izvršenja upravnog akta u upravnom sporu.

U Preporuci o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnim stvarima uređena su pitanja koja se odnose na: nadležnost za odlučivanje o privremenoj meri u uprav-

naka, gde je izričito zabranjeno da se pod bilo kojim uslovom može odložiti izvršenje (član 9 Zakon o bankama, "Službeni glasnik Republike Srbije", broj 125 od 14. decembra 2004. godine).

³ Recommendation Rec (2004) 20 of Committee of Ministers to member states on judicial review of administrative acts – usvojena na 909. sednici Komiteta ministara održanoj 15. decembra 2004. godine na nivou zamenika ministara.

⁴ Recommendation No. R (89) 8 of the Committee of Ministers to Member States on Provisional Court Protection in Administrative Matters – usvojena na 428. sednici Komiteta ministara održanoj 13. septembra 1998. godine na nivou zamenika ministara.

⁵ Recommendation Rec (2004) 20, Principle 5 d.

⁶ Comments on principles, paragraf 95.

nim stvarima; momenat donošenja odluke o privremenoj zaštiti u upravnim stvarima; vrste privremenih mera koje se mogu doneti u cilju privremene zaštite stranaka u upravnim stvarima; uslova pod kojim se privremene mere mogu doneti, svrhe njihovog donošenja i hitnosti postupka.

U pogledu *nadležnosti* za odlučivanje o privremenoj zaštiti u upravnim stvarima izričito je predviđeno da to može biti isključivo sudski organ, i to “sud pred kojim je osporen upravni akt ili drugi sud”.⁷ Svi principci o privremenoj zaštiti stranaka u upravnim stvarima koji su sadržani u Preporuci i njenim komentarijima odnose se isključivo na nadležnosti suda, a ne i nekih drugih državnih ili ne-državnih organa. Što se tiče *momenta* do kog se od suda može tražiti donošenje odluke o privremenoj zaštiti u upravnim stvarima, predviđeno je da bi sud trebalo da bude ovlašćen da donese privremene mere pre svega u toku sudskog postupka koji se vodi po tužbi protiv osporenog akta, ali da bi sud trebalo da bude u mogućnosti da donese privremenu meru i pre pokretanja upravnog spora, ako su u pitanju razlozi hitnosti ili ako je podneta žalba u upravnom postupku koja nema suspenzivno dejstvo, a postupak po žalbi još nije okončan.⁸ U pogledu *vrste* mera privremene zaštite koje sud može izreći u upravnom sporu predviđeno je da to mogu biti: potpuno ili delimično odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta, potpuno ili delimično vraćanje stanja stvari koje je postojalo u vreme donošenja upravnog akta ili posle toga, kao i nametanje nekih drugih obaveza upravi koje su u skladu sa ovlašćenjima suda.⁹

U vezi *uslova* za izdavanje mere privremene zaštite predviđeno je da bi “sud trebalo da uzme u obzir sve relevantne faktore i interese”, odnosno da sagleda suštinu samog spora. Sud bi posebno trebalo da vodi računa o činjenici da li bi izvršenje osporenog upravnog akta moglo da izazove ozbiljnu štetu koja bi se teško mogla otkloniti i da li postoje očigledni (*prima facie*) razlozi protiv valjanosti osporenog akta.¹⁰ U objašnjenjima ovog principa navedeno je da bi u obzir trebalo da budu uzeti “interesi društva, adresata upravnog akta i eventualnih trećih zainteresovanih lica”.¹¹ Preduzimanje privremene mere u svakom slučaju ne bi smelo da ni na koji način prejudicira konačnu odluku suda u pogledu osporenog upravnog akta.¹² U pogledu *svrhe* privremene sudske zaštite u upravnim stvarima navedeno je da ona “nije u tome da onemogući efikasno delovanje javnih tela, već da očuva pravičnost koja treba da preovladava u odnosima pojedinaca sa upravom”.

⁷ Recommendation No. R (89) 8, Principle I.

⁸ Recommendation No. R (89) 8, Principle I.

⁹ Recommendation No. R (89) 8, Principle III.

¹⁰ Recommendation No. R (89) 8, Principle II.

¹¹ Recommendation No. R (89) 8, Explanatory Memorandum, paragraf 12.

¹² Recommendation No. R (89) 8., Principle III.

dok se u garantovanju te pravičnosti ogleda “osnovni posao suda”.¹³ Da bi izricanjem mera privremene sudske zaštite mogla da se ostvari takva svrha, predviđeno je i da se “postupak pred sudom vodi ubrzano”.¹⁴

Uporedna rešenja o odlaganju izvršenja upravnog akta

Za dobro razumevanje pojedinih instituta našeg pravnog sistema od značaja je poznavanje pravnih sistema država koje su imale najveći uticaj prilikom njegovog uobličavanja. Kada je u pitanju pravni režim upravnog spora u Srbiji, radi se pre svega o zakonodavstvu Francuske, pod čijim uticajem je svojevremeno kod nas uspostavljan ovaj vid sudske kontrole nad zakonitošću rada uprave. S obzirom na to da je pravni režim upravnog spora kod nas dugo bio jedinstven sa drugim republikama bivše Jugoslavije, i to počev još od 1952. godine, kada je donet prvi posleratni Zakon o upravnim sporovima, kao i da sve novonastale države na teritoriji bivše Jugoslavije danas prolaze kroz iste integrativne procese, predmet naše pažnje u radu su i današnja zakonodavstva svih bivših jugoslovenskih republika.

U *Francuskoj* je pravni režim odlaganja izvršenja upravnog akta u upravnom sporu uređen Zakonom o upravnim sudovima.¹⁵ Tužba u upravnom sporu u *Francuskoj* nema automatski suspenzivno dejstvo.¹⁶ Od 1. januara 2001. godine postoji mogućnost za odlaganje izvršenja upravnih akata u upravnom sporu, odnosno primenjuje se pravilo prema kome predsednik suda ili drugo lice koje on ovlasti mogu da nalože odlaganje izvršenja ili neku drugu meru protiv osporenog upravnog akta (R 533-2).¹⁷ Odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta u *Francuskoj* se može odobriti ako je verovatno da bi bila naneta ozbiljna šteta javnom interesu ili pravu podnosica tužbe (R 533-2). Isto tako, sud može da naloži i obustavu izvršenja odluke koju je započeo organ uprave (R 521). Uprkos zakonskim mogućnostima, kao i dugoj tradiciji i razvijenosti upravnog spora, odlaganje izvršenja upravnih akata u upravnom sporu u *Francuskoj* je retko korišćena moguć-

¹³ Recommendation No. R (89) 8, Explanatory Memorandum, paragraf 12.

¹⁴ Recommendation No. R (89) 8., Principle IV.

¹⁵ Code de justice administrative, Version consolidée au 1 octobre 2011.

¹⁶ “U pogledu tužbe, pravilo o devolutivnom dejstvu je upotunjeno u upravnom sporu pravilom o nesuspensivnom dejstvu”. G. Braibant, B. Stirn, Le droit administratif français, Dalloz, Paris, 2002, str. 585.

¹⁷ Décret n° 2000-1115 od 22. novembra 2000. godine.

nost. Štaviše, postoje mišljenja da nekorišćenje mera privremene zaštite stranaka predstavlja jednu od najvećih slabosti upravnog spora u Francuskoj.¹⁸

U Sloveniji je pravni režim odlaganja izvršenja upravnih akata u upravnom sporu uređen novim Zakonom o upravnim sporovima, koji je počeo da se primenjuje od 1. januara 2008. godine.¹⁹ Osnovno je pravilo da tužba i dalje ne odlaže izvršenje osporenog upravnog akta, ako nije drugačije regulisano posebnim zakonom (član 32. stav 1). Upravnom sudu se može podneti zahtev za odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta pod uslovom da bi izvršenjem stranci mogla biti naneta nepopravljiva (teško popravljiva) šteta i da nije suprotno javnom interesu (član 32. stav 2). U slovenačkom pravnom sistemu postoji i privremena mera za privremeno uređenje stanja (tzv. regulativna privremena mera) o kojoj takođe odlučuje Upravni sud (član 32. stav 3). Međutim, prema slovenačkoj sudskoj praksi, Upravni sud može da odredi privremeno uređenje stanja samo među onim strankama koje su “u spornom odnosu”. Dakle, privremeno uređenje stanja mora da se tiče samo odnosa između tužioca i tužene stranke, a ne i trećih lica, što primenu ove vrste privremene mere u praksi znatno sužava.²⁰ O zahtevu za odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta ili izdavanju privremene mere u Sloveniji odlučuje veće od troje sudija u roku od 7 dana od podnetog zahteva (član 32. stav 5). Protiv odluke Upravnog suda o zahtevu za odlaganje izvršenja upravnog akta ili zahteva za izdavanje privremene mere može se u roku od tri dana izjaviti žalba Vrhovnom sudu, koji o njoj mora da odluči u roku od 15 dana (član 32. stav 6).

U Hrvatskoj je pravni režim odlaganja izvršenja upravnog akta u upravnom sporu regulisan novim Zakonom o upravnim sporovima,²¹ koji je počeo da se primenjuje 1. januara 2012. godine.²² Osnovno je pravilo da tužba i dalje nema automatski suspezivno dejstvo, ali se ono može predvideti posebnim zakonom (član 26. stav 1). Upravni sud u upravnom sporu može da odobri zahtev za odlaganje izvršenja upravnog akta pod uslovom da bi se izvršenjem tužiocu mogla naneti šteta koja bi se teško mogla popraviti i ako odlaganje izvršenja nije su-

¹⁸ “Nedovoljno korišćenje ovih postupaka danas čini jednu od osnovnih slabosti upravnog sudstva, naročito ukoliko je uporedimo sa praksom redovnih sudova, koji ih često koriste”. G. Braibant, B. Stirn, *Le droit administratif français*, str. 609. O hitnim merama u francuskom upravnom sporu videti: J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 23-e édition, Paris, 2010, str. 648–654; Ch. Debbasch, F. Colin, *Droit administratif*, Economica, 7-e édition, Paris, 2004, str. 674–678.

¹⁹ Zakon o upravnom sporu, “Uradni list Republike Slovenije”, št. 105 od 12. oktobra 2006. g.

²⁰ B. Zalar, “*Privremene mere – problemi u praksi: primer Slovenije*”, referat na Seminaru za sudije Vrhovnog i Upravnog suda Crne Gore, Bečići, 4-5 decembar 2008. godine, str. 4.

²¹ Zakon o upravnim sporovima, “Narodne novine”, broj 20 od 12. februara 2010. godine.

²² O dosadašnjem pravnom režimu odlaganja izvršenja upravnih akata u upravnom sporu u Hrvatskoj, koji je bio zasnovan na rešenjima bivšeg jugoslovenskog Zakona o upravnim sporovima iz 1976. godine, videti: I. Borković, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002, str. 509–510.

protro javnom interesu (član 26. stav 2). Specifičnost hrvatskog pravnog režima odlaganja izvršenja upravnih akta u upravnom sporu predstavlja izričito propisan uslov da Upravni sud o zahtevu za odlaganje izvršenja može da odluči samo ako zakonom nije predviđeno da žalba u upravnom postupku ne odlaže izvršenje (član 26. stav 2). Bez obzira na to što je ovakav uslov izričito propisan novim Zakonom, on po prirodi stvari nema poseban značaj za odlaganje izvršenja upravnih akata u upravnom sporu, pošto se zahtevi za odlaganje izvršenja neće ni podnositi Upravnom sudu u slučajevima kada žalba nema suspezivno dejstvo, jer će verovatno već biti izvršeni u upravnom postupku. Pored zahteva za odlaganje izvršenja, u Hrvatskoj u upravnom sporu postoji i mogućnost izricanja privremenih mera. Upravni sud može na predlog stranke da rešenjem izda privremenu meru ako je to neophodno kako bi se izbegla teška i nepopravljiva šteta (član 47 stav 1 i 2). Protiv rešenja Upravnog suda o privremenoj meri može se izjaviti žalba Visokom upravnom sudu (član 47. stav 3), u roku od 15 dana od dostavljanja rešenja stranci (član 70. stav 1).

U *Crnoj Gori* je pravni režim odlaganja izvršenja upravnog akta u upravnom sporu uređen Zakonom o upravnom sporu iz 2003. godine.²³ Tužba u upravnom sporu u *Crnoj Gori* takođe nema suspenzivno dejstvo (član 13. stav 1), već se povodom pokrenutog upravnog spora tužilac sa zahtevom za odlaganje izvršenja može obratiti organu uprave čiji akt se izvršava ili organu koji je nadležan za izvršenje. Nadležni organ može odložiti izvršenje upravnog akta ako bi izvršenje nanelo tužiocu štetu koja bi se teško mogla nadoknaditi, da odlaganje nije protivno javnom interesu, niti da bi se odlaganjem nanela veća nenadoknadiva šteta protivnoj stranci (član 13. stav 2). O zahtevu za odlaganje izvršenja nadležni organ mora da reši najkasnije u roku od tri dana. Nadležni organ može da odloži izvršenje osporenog upravnog akta i iz drugih važnih razloga, ako to nije u suprotnosti sa javnim interesom (član 13. stav 3). Pored zahteva za odlaganje izvršenja upravnog akta koji može da se podnese organu uprave, povodom pokrenutog upravnog spora Upravnom sudu može biti podnet i zahtev za izdavanje privremene mere za uređenje stanja (član 14. stav 1). Tužilac od suda može zahtevati donošenje privremene mere do donošenja sudske odluke, pod uslovom da se odlaganjem izvršenja upravnog akta ne mogu sprečiti velike štetne posledice za tužioca ili ako bi osporeni akt prouzrokovao nenadoknadivu štetu (član 14. stav 1). Zanimljivo je da je odlučivanje o privremenoj meri u *Crnoj Gori* inokosna nadležnosti predsednika sudskog veća, koji odluku po zahtevu mora da donese u roku od 5 dana (član 14 stav 2). Protiv rešenja kojim je odlučeno o privremenoj meri može se u roku od tri dana izjaviti žalba veću Upravnog suda (član 14. stav 3), koji je o njoj dužan

²³ Zakon o upravnom sporu, "Službeni list Crne Gore", broj 60 od 28. oktobra 2003. godine i broj 32 od 1. jula 2011. godine.

da odluči u roku od sedam dana (član 14. stav 4).²⁴ U Crnoj Gori, međutim, zahtevi za izdavanje privremene mere u upravnom sporu imaju izuzetni mali praktični značaj pošto je u prve dve godine rada Upravnog suda od ukupno 65 podnetih zahteva, određena svega jedna privremena mera. Preovlađujuće je mišljenje u sudskoj praksi da se razlog za mali procenat prihvaćanih zahteva nalazi u nedovoljnoj jasnoći zakonske odredbe o privremenoj meri.²⁵

U *Bosni i Hercegovini* u oblasti upravnog spora postoji odvojena nadležnost između Federacije, Republike Srpske i Distrikta Brčko.²⁶ Pravni režim odlaganja izvršenja upravnih akata u upravnom sporu na federalnom nivou je uređen Zakonom o upravnim sporovima iz 2002. godine,²⁷ u Republici Srpskoj Zakonom o upravnim sporovima iz 2005. godine,²⁸ koji je upravo u pogledu izvršenja upravnog akta izmenjen 2011. godine,²⁹ a u Distriktu Brčko se primenjuje Zakonom o upravnim sporovima iz 2000. godine.³⁰

U *Federaciji* tužba nema automatsko suspenzivno dejstvo (član 12. stav 1). Odlaganje izvršenja upravnog akta je po pravilu u nadležnosti organa uprave koji sprovodi izvršenje (član 18. stav 2), ali se može tražiti i od suda pred kojim je pokrenut upravni spor, ukoliko to izričito pismeno zatraži tužilac (član 18. stav 4). Bez obzira na to od koga se traži odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta,

²⁴ Propisivanje inokosne nadležnosti predsednika veća Upravnog suda da odlučuje o zahtevu za izdavanjem privremene mere očigledno je rezultat želje da se protiv odluke o izdavanju privremene mere obezbedi pravna zaštita stranaka u vidu prava žalbe. S obzirom na nepostojanje upravnog suda više instance, zakonodavac se u Crnoj Gori pri propisivanju nadležnosti za rešavanje po žalbi opredelio za nadležnost veća Upravnog suda, a ne za nadležnosti Vrhovnog suda, kao što je to učinjeno u Sloveniji. Osnovni nedostatak takvog zakonskog rešenja se ogleda u neostvarivanju principa devolutivnosti, s obzirom na to da o žalbi na odluku o zahtevu za izdavanje privremene mere koju je doneo predsednik veća, odlučuje veće od troje sudija, kojim predsedava isti predsednik koji je i doneo odluku protiv koje je izjavljena žalba. Pored toga, bitan nedostatak ovakvog zakonskog rešenja predstavlja činjenica da je u Crnoj Gori, kao razlog za apsolutno izuzeće sudije predviđen i slučaj ako je sudija u istom predmetu učestvovao u donošenju odluke. Videti: Član 69. tačka 4. Zakona o parničnom postupku Crne Gore, "Službeni list Republike Crne Gore", broj 22 od 2. aprila 2004. godine, koji se u upravnom sporu shodno primenjuje na osnovu odredbe člana 55. Zakona o upravnom sporu.

²⁵ Videti: G. Pot, *Privremena mjera u upravnom sporu*, referat sa savetovanja "Upravni sud – dvije godine rada", Miločer, 2-3. februar 2007. godine, str. 2.

²⁶ Videti: M. Rađenović, *Pravo upravnog spora*, Pravni fakultet, Banja Luka, 2010, str. 49–51; P. Kunić, *Upravno pravo*, Pravni fakultet, Banja Luka, 2010, str. 508–510.

²⁷ "Službeni glasnik BiH", broj 29 od 3. jula 2002. godine.

²⁸ "Službeni glasnik Republike Srpske", broj 109 od 16. novembra 2005. godine.

²⁹ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima, "Službeni glasnik Republike Srpske", broj 63 od 26. avgusta 2011. godine.

³⁰ "Službeni glasnik Brčko Distrikta", broj 3 od 3. avgusta 2000. godine.

uslovi za odlaganje izvršenja su isti: da bi izvršenje nanelo tužiocu štetu koja bi se teško mogla popraviti; da odlaganje nije protivno javnom interesu i da se njime ne bi nanela veća nenadoknadiiva šteta protivnoj stranci (član 18. stav 2). Nadležni organ uprave ili sud može odložiti izvršenje osporenog upravnog akta i iz drugih razloga, ako to javni interes dozvoljava (član 18. stav 3). O zahtevu za odlaganje izvršenja mora se odlučiti u roku od tri dana od podnetog zahteva (član 18. stav 2). Na federalnom nivou u BiH ne postoji mogućnost izricanja privremenih mera u upravnom sporu, ali zato postoji mogućnost da se od suda uz osnovni zahtev za poništaj upravnog akta, traži i priznavanje prava na povraćaj u pređašnje stanje koje je postojalo pre izvršenja pobijanog konačnog upravnog akta (član 12. stav 2. tačka 2).

U Republici Srpskoj tužba takođe nema suspenzivno dejstvo (član 14. stav 1), a odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta se može tražiti i od organa uprave koji je nadležan za izvršenje i od suda pred kojim je pokrenut upravni spor, pod istim uslovima kao i na federalnom nivou (član 14. stav 2). Jedine razlike se javljaju u pogledu rokova. U Republici Srpskoj je organ uprave nadležan za izvršenja dužan da odluči o zahtevu za odlaganje najkasnije u roku od osam dana od podnošenja zahteva (član 14. stav 2), dok za sud važi rok od petnaest dana od podnošenja zahteva (član 14. stav 5). U slučaju da sud prihvati zahtev, izvršenje upravnog akta se može odložiti najduže za 60 dana od donošenja odluke o odlaganju (član 14. stav 4).

U Distriktu Brčko tužba u upravnom sporu takođe automatski ne odlaže izvršenje osporenog upravnog akta (član 16. stav 1). Pod istim uslovima se može podneti zahtev za odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta kao i na federalnim nivou, ali samo sudu pred kojim je pokrenut upravni spor (član 16. stav 2). Sud je dužan da o zahtevu za odlaganje izvršenja upravnog akta reši u roku od 24 časa od momenta njegovog podnošenja (član 16. stav 3). U slučaju da sud prihvati zahtev za odlaganje izvršenja, ne postoji poseban vremenski rok u kome odlaganje izvršenja može najduže da traje, kao što je slučaj u Republici Srpskoj, već odlaganje izvršenja traje do donošenja konačne odluke u vezi za pokrenutim upravnim sporom. Za razliku od Federacije i Republike Srpske, povodom odluke upravnog suda o zahtevu za odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta može se izjaviti žalba koja ne odlaže izvršenje odluke. Međutim, rok za izjavljivanje žalbe i nadležnost za rešavanje po žalbi nisu izričito regulisani Zakonom o upravnim sporovima, već se na ova pitanja, prema članu 32. pomenutog Zakona, shodno primenjuju pravila Zakona o parničnom postupku.

U Makedoniji je pravni režim odlaganja izvršenja upravnog akta uređen Zakonom o upravnim sporovima iz 2006. godine,³¹ koji je u pogledu ovog pita-

³¹ Zakon za upravne sporovi, "Službeni vesnik na Republika Makedonija", broj 62 od 22. maja 2006. godine.

nja dopunjen 2010. godine.³² Kao i u ostalim bivšim jugoslovenskim republikama, ni u Makedoniji tužba po pravilu ne sprečava izvršenje osporenog upravnog akta (član 14. stav 1). Međutim, postoji mogućnost da protiv osporenog upravnog akta bude podnet zahtev za odlaganje izvršenja, o kome odlučuje organ koji sprovodi izvršenje (član 14.) i zahtev za izdavanje privremene mere, o kome odlučuje Upravni sud (član 15). Organ koji sprovodi izvršenje upravnog akta može prihvatiti zahtev za odlaganje izvršenja pod uslovom da bi izvršenje upravnog akta prouzrokovalo štetu koja bi se teško mogla popraviti, da odlaganje izvršenja nije u suprotnosti sa javnim interesom, kao i da se odlaganjem izvršenja ne nanosi veća nenadoknadiva šteta suprotnoj stranci (član 14. stav 2). Povodom zahteva za odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta nadležni organ uprave je dužan da donese rešenje u roku od tri dana (član 14. stav 3). Organ uprave može odložiti izvršenje osporenog upravnog akta do konačne sudske odluke i iz drugih razloga, ako to nije suprotno javnom interesu (član 14. stav 4). Ako nadležni organ uprave ne prihvati zahtev za odlaganje izvršenja upravnog akta koji je osporen u upravnom sporu, od Upravnog suda se onda može tražiti izdavanje privremene mere u cilju odlaganja izvršenja upravnog akta (član 15. stav 1). Tužilac od Upravnog suda može tražiti i izdavanje privremene mere radi privremenog regulisanja situacije u vezi spornih pravnih odnosa (član 15. stav 2). Upravni sud je dužan da odluči po zahtevu za izdavanje privremene mere u roku od sedam dana (član 15. stav 4). Protiv odluke donete po zahtevu za izdavanje privremene mere može se u roku od tri dana poneti žalba Višem upravnom sudu, koji je dužan da o njoj reši u roku od tri dana (član 15. stav 5).

Odlaganje izvršenja upravnog akta u Srbiji

U upravnom sporu u Srbiji tužba i dalje nema suspenzivno dejstvo. Međutim, novim Zakonom o upravnim sporovima je uneto nekoliko bitnih novina u pravni režim odlaganja izvršenja osporenog upravnog akta, kojima se u značajnoj meri poboljšava pravni položaj tužioca.³³ Najvažnija novina tiče se promene nadležnosti za odlučivanje po zahtevu za odlaganje izvršenja. U skladu sa preporučenim principima Saveta Evrope, danas se samo od suda može tražiti odlaganje izvršenja upravnog akta. Upravni sud može po zahtevu tužioca da odloži izvršenje konačnog upravnog akta kojim je meritorno odlučeno u upravnoj stvari, do donošenja sudske odluke, pod uslovom da se izvršenjem ne bi nanela tužiocu šteta koja bi se teško mogla nadoknaditi, da izvršenje nije protivno javnom intere-

³² Zakon za izmenuvanje i dopolnuvanje na zakonot za upravnite sporovi, "Službeni vesnik na Republika Makedonija", broj 150 od 18. novembra 2010. godine.

³³ Zakon o upravnim sporovima, "Službeni glasnik Republike Srbije", broj 111 od 30. decembra 2009. godine.

su, i da se odlaganjem izvršenja ne nanosi veća ili nenadoknadiva šteta protivnoj stranci, odnosno zainteresovanom licu (član 23. stav 2).

Do sada se odlaganje izvršenja upravnog akta povodom pokrenutog upravnog spora moglo tražiti isključivo od organa uprave (donosioca upravnog akta ili organa nadležnog za njegovo izvršenje). Nadležni organ uprave je mogao da odobri odlaganje izvršenja pod istim uslovom kao i sud danas, ako bi se izvršenjem nanela tužiocu šteta koja bi se teško mogla popraviti, a odlaganje izvršenja nije protivno javnom interesu, niti bi se odlaganjem nanela veća nenadoknadiva šteta protivnoj stranci (član 16. stav 2). Pored toga, nadležni organ uprave je bio ovlašćen da odloži izvršenje upravnog akta i iz nekih *drugih razloga*, ako to nije bilo u suprotnosti sa javnim interesom (član 16. stav 3). Postojanje ovakve zakonske mogućnosti u ranijem Zakonu o upravnim sporovima, koja zbog svog svog porekla iz nekadašnjeg jugoslovenskog zakonodavstva i danas postoji u nekim od bivših jugoslovenskih republika, poput Bosne i Hercegovine, Crne Gore, Makedonije i sve do nedavno Hrvatske, imalo je za posledicu da se u teoriji kod pojedinih autora javilo razlikovanje na obavezno i fakultativno odlaganje izvršenja.³⁴ Zasnivanje navedenog razlikovanja samo na zakonskoj formulaciji da se izvršenje upravnog akta “može” odložiti, naspram “odložiće se”, ne čini nam se opravdanim, pošto su i kod “obaveznog” izvršenja (“odložiće se”), jednako kao i kod “fakultativnog” (“može se odložiti”), uvek u pitanju uslovi čije je ispunjenje zavisilo isključivo od procene nadležnog organa uprave (poput, na primer štete koja bi se teško mogla popraviti, da odlaganje nije suprotno javnom interesu, da odlaganjem ne bi bila naneta veća nenadoknadiva šteta protivnoj stranci ...). S obzirom na to da su u novom Zakonu o upravnim sporovima izostavljeni “drugi razlozi” zbog kojih se može odložiti izvršenje upravnog akta, takvo razlikovanje je samim tim danas postalo potpuno bespredmetno.

Bez obzira na gotovo istovetne uslove koji su se tražili za odlaganje izvršenja upravnog akta, osnovni nedostatak ranijeg zakonskog rešenja ogledao se u činjenici da o zahtevu za odlaganje izvršenja nije odlučivao sud koji vodi upravni spor, već organ uprave koji je bio nadležan za izvršenje upravnog akta. Takvim za-

³⁴ “Kad postoje spomenuti uvjeti, nadležno tijelo nema nikakvog drugog izbora osim da odgodi izvršenje. Svaka sloboda postupanja ograničena je ovdje imperativom pravne norme koja formulacijom “odgodit će” naređuje spomenutom tijelu kako da postupi u povodu zahtjeva za odgodu. Pod fakultativnim odlaganjem se, pak, smatra samo slučaj kada nadležni “organ može i iz drugih razloga (dakle izvan onih što su predviđeni za obavezno odlaganje) odgoditi izvršenje osporenog upravnog akta do konačne sudske odluke, ako to dopušta javni interes. Na taj je način omogućeno spomenutom tijelu da prema svom nahođenju i “iz drugih razloga” odgodi izvršenje upravnog akta. Da li će ono iskoristi ovlast, ovisi o njegovoj ocjeni svrhovitosti takvog postupanja.” I. Borković, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002, str. 509–510. Slično shvatanje postoji i kod S. Popovića, “*Dejstvo tužbe na izvršenje akata protiv kojih je pokrenut upravni spor*”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, broj 3, 1954, str. 281–282; M. Rađenović, *Pravo upravnog spora*, Pravni fakultet, Banja Luka, 2010, str. 85–86; P. Kunića, *Upravno pravo*, Pravni fakultet, Banja Luka, 2010, str. 524.

konskim rešenjem stranka se, nakon što je zaštitu svojih prava i pravnih interesa od nezakonitog delovanja organa uprave zatražila pred sudom u upravnom sporu, sa zahtevom za odlaganje izvršenja ponovo vraćala pred upravnu vlast, koja se o njenom pravu ili obavezi utvrđenoj upravnim aktom već izjasnila i to po pravilu, čak u dva stepena. Kao rezultat ovakvog zakonskog rešenja, u praksi smo imali izuzetno retku pojavu odlaganja izvršenja upravnih akata protiv kojih je bio pokrenut upravni spor. Ona se uglavnom odnosila samo na dvostranačke predmete iz upravnih postupaka pokrenutih po zahtevu stranke, iz razloga što kod njih nije u većoj meri angažovan javni interes, na primer iseljenje bespravno useljenog lica, ostvarivanje prava preče gradnje i sl.³⁵

Iz želje da se otklone ranije teorijske dileme, koje su svojeremeno podelile i sudsku praksu oko pitanja da li se povodom pokrenutog upravnog spora može tražiti odlaganje izvršenja svakog konačnog upravnog akta ili samo obavezujućeg akta,³⁶ u novom Zakonu o upravnim sporovima je kao bitan uslov za odlaganje izvršenja uneto da se radi o konačnom upravnom aktu kojim je "meritorno" odlučeno u upravnoj stvari (član 23. stav 2). Međutim, uprkos stavu da je ovakvom zakonskom formulacijom omogućeno da predmet odlaganja izvršenja danas budu samo pojedinačni pravni akti kojima se stranci nalažu obaveze,³⁷ ne čini nam se da ovakva formulacija predstavlja i najsrećnije zakonsko rešenje. Naime, meritorno odlučivanje organa uprave podrazumeva ne samo donošenje obavezujućih, već i ovlašćujućih upravnih akata, a kod njih se pitanje izvršenja po prirodi stvari uopšte ne postavlja. Ako stranka nije zadovoljna ovlašćujućim upravnim aktom, ne mora da podnosi zahtev za odlaganje njegovog izvršenja. Dovoljno je samo da se ne koristi ovlašćenjem koje joj je upravnim aktom dato.³⁸ Pored toga,

³⁵ Videti: Lj. Pljakić, "Odložno dejstvo tužbe u upravnom sporu", Zbornik radova "Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva", Budva, 2010, str. 345.

³⁶ Tako je svojevremeno 3. marta 1983. godine Upravni sud Republike Hrvatske većinom glasova zauzeo pravni stav, koji je u to vreme uticao i na sudsku praksu u Republici Srbiji, da se "pod odgodom izvršenja rješenja u smislu ove zakonske odredbe treba razumjeti odgoda pravnih učinika konačnog rješenja bez obzira o kakvom se rješenju radi, a ne samo odgoda izvršenja rješenja kojim se stranci naređuje neka obaveza", dok je pravno shvatanje manjine u sudu bilo da "ZUS u vidu ima odgodu izvršenja samo rješenja kojima se stranci određuje obaveza, a ne i ona kojima se zahtjev stranke odbija ili konstituiraju neko pravo". Navedeno prema: Z. Tomić, V. Bačić, Komentar Zakona o upravnim sporovima, Službeni list SFRJ, Beograd, 1989, str. 123–124.

³⁷ "Novi ZUS delom otklanja tu dilemu jer govori isključivo o odlaganju meritornog (u) pravnog akta (stav 2), a pošto je reč o odlaganju u korist tužioca, onda smatram da su se u kontekstu člana 23. imali u vidu samo pojedinačni pravni akti kojima se stranci nalaže određena obaveza. Naime, samo izvršenjem takve vrste akta može se tužiocu naneti šteta koju on traženjem odlaganja nastoji da izbegne – i samo su takvi akti po svojoj prirodi podobni za prinudno izvršenje". Z. Tomić, Komentar Zakona o upravnim sporovima, Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 394.

³⁸ O prirodi ovlašćujućih upravnih akata videti: D. Milkov, Upravno pravo, II, Pravni fakultet, Novi Sad, 2010, str. 27–29.

meritorno odlučivanje organa uprave podrazumeva donošenje i negativnih (odbijajućih) upravnih akata, a oni se po prirodi stvari ne mogu izvršavati, pa samim tim ne mogu biti ni predmet zahteva za odlaganje izvršenja u upravnom sporu. Zbog toga smatramo da bi bilo mnogo bolje da je u novom Zakonu o upravnim sporovima umesto meritorne odluke kao predmet zahteva za odlaganje izvršenja naveden obavezujući upravni akt.³⁹

O odlaganju izvršenja sud odlučuje u formi rešenja, najkasnije u roku od pet dana od primljenog zahteva tužioca. Rok za odlučivanja suda je za dva dana duži u odnosu na rok u kome je ranije organ uprave bio dužan da odluči o zahtevu za odlaganje izvršenja. Bez obzira na neznatno produženje roka za odlučivanje suda, on je i dalje u potpunosti u skladu sa standardom o hitnom postupanju, propisanim Preporukom o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnim stvarima.⁴⁰ Produženje roka za odlučivanje po zahtevu za odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta predstavlja nužnu posledicu nešto drugačijeg postupka odlučivanja suda povodom podnetog zahteva. Prilikom odlučivanja o zahtevu za odlaganje izvršenja, sud u okviru propisanog roka mora najpre da preispita sve procesne pretpostavke neophodne za vođenje samog upravnog spora (dozvoljenost tužbe, blagovremenost i pravnu legitimisanost tužioca), pošto je pravo na zahtev za odlaganje izvršenja upravnog akta vezano isključivo za osporavanje njegove zakonitosti u upravnom sporu, pa tek onda sud može da preispita i sve uslove koji su vezani za verovatnoću nastanka štete, njenu visinu i posledice za propisane subjekte. Pri tome, sud je dužan da u osnovnim crtama sagleda i samu suštinu spora (Recommendation No. R (89) 8, Principle II, Explanatory Memorandum, paragraf 13). Bez obzira na to što bi se možda moglo postaviti sasvim opravdanim i pitanje stvarne mogućnosti suda da u relativno kratkom roku od svega pet dana odgovori na sve pravne zahteve postupka odlučivanja po zahtevu za odlaganje izvršenja upravnog akta, nepostupanje suda u zakonskom roku se smatra da predstavlja povredu prava na suđenje u razumnom roku.⁴¹

Dosadašnja praksa Upravnog suda nažalost pokazuje da se o zahtevu za odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta, sud danas samo formalno izjašnjava u navedenom roku, i to gotovo po pravilu odbijajući zahtev tužioca, bez upuštanja u ocenu suštine spora, odnosno valjanosti osporenog upravnog akta. Pri tome, za beleženi su čak i slučajevi da se o pojedinim zahtevima za odlaganje izvršenja os-

³⁹ Videti: D. Milkov, *Upravno pravo*, III, Pravni fakultet, Novi Sad, 2012, str. 106–107; D. Milkov, “O upravnom sporu u Srbiji”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, tom I, broj 3, 2011, str. 128–129.

⁴⁰ Recommendation No. R (89) 8., Principle IV.

⁴¹ “Nedonošenje odluke od strane Suda u navedenom roku predstavlja povredu prava na suđenje u razumnom roku sa mogućnošću podnošenja tužbe prema državi Srbiji za nastalu štetu”. Lj. Pljakić, *Odložno dejstvo tužbe u upravnom sporu*, *Zbornik radova “Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva”*, Budva, 2010, str. 345.

porenog upravnog akta Upravni sud uopšte nije ni izjašnjavao u formi posebnog rešenja, već u samoj presudi donetoj na kraju upravnog spora.⁴² Navedena pojava se očigledno javlja kao posledica neadekvatne organizacije današnjeg upravnog sudstva, koju karakteriše, pre svega, mali broj sudija spram velikog broja predmeta u radu, zbog čega Upravni sud nije u stanju da odgovori, ne samo zahtevu za blagovremeno i kvalitetno odlučivanje po zahtevima za odlaganje izvršenja osporenih upravnih akata, već i kompletne primene novog koncepta upravno-sudske kontrole zakonitosti upravnih akata, zasnovanog na usmenoj raspravi kao osnovnom načinom utvrđivanja činjeničnog stanja.⁴³

Jednu od najbitnijih novina u pravnom režimu odlaganja izvršenja upravnih akata, predstavlja mogućnost stranke da od Upravnog suda traži odlaganje izvršenja upravnog akata i pre pokretanja upravnog spora, odnosno tokom trajanja samog upravnog postupka. Naime, prema novom Zakonu o upravnim sporovima stranka iz upravnog postupka može Upravnom sudu da podnese zahtev za odlaganje izvršenja upravnog akata, pre nego što pokrene upravni spor, u slučajevima: hitnosti, kada priroda stvari nalaže intervenciju suda pre nego što upravni spor bude pokrenut (na primer, rušenje bespravno sagrađenog objekta), kao i u slučaju kada je izjavljena žalba drugostepenom organu uprave koja nema odložno dejstvo, a postupak po žalbi nije okončan (član 23. stav 3). Unošenje ove novine u pravni režim odlaganja izvršenja upravnih akata je posledica njegovog usaglašavanja sa Preporukom o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnim stvarima, kojom je predviđena ovakva mogućnost u cilju veće pravne sigurnosti stranaka u upravnim postupku, pošto se smatra da sud može mnogo objektivnije da sagleda opravdanost odlaganja izvršenja upravnog akata, nego organ uprave o čijem upravnom aktu se radi.⁴⁴

Povodom pravne mogućnosti da Upravni sud odluči o zahtevu za odlaganje izvršenja upravnog akata pre samog pokretanja upravnog spora, kao sporno se može postaviti pitanje dužine trajanja odluke o odlaganju izvršenja. Osnovno pitanje koje se u tom slučaju postavlja je da li se rešenje suda o odlaganju izvršenja upravnog akata odnosi samo na upravni postupak tokom čijeg trajanja je podnet zahtev za odlaganje izvršenja ili se odnosi i na upravni spor koji može biti pokrenut po okončanju upravnog postupka. Iako postoje ozbiljni argumenti u prilog dejstva sudskog rešenja o odlaganju izvršenja upravnog akata sve do momenta

⁴² Videti: Presuda Upravnog suda U. 17938/10 od 7. oktobra 2011. godine.

⁴³ Videti: Z. Lončar, "Usmena rasprava u upravnom sporu", *Pravni život*, broj 10, 2011, str. 265–277; Z. Lončar, *Osnovne tendencije u razvoju upravnog spora u Srbiji*, Zbornik na Pravniot fakultet "Justinijan prvi" vo Skopje, tematski broj posvećen međunarodnom naučnom skupu: *Razvojne tendencije u upravnom zakonodavstvu*, Ohrid, 24–26. juni 2011. godine, str. 47–68;

⁴⁴ Recommendation No. R (89) 8, Principle I.

njegove pravnosnažnosti,⁴⁵ smatramo da ovu pravnu prazninu u novom Zakonu o upravnim sporovima ipak treba uže tumačiti. Naime, nakon što drugostepeni organ uprave odluči po žalbi, koja nije imala suspenzivno dejstvo, i zbog čega je sud doneo rešenje o odlaganju izvršenja, ako se stranka odluči da pokrene upravni spor, sud mora biti u prilici da ponovo sagleda sve činjenice na kojima počiva ju razlozi za osporavanje upravnog akta, pošto oni mogu biti nekada upotpunjeni i odlukom drugostepenog organa. Pored toga, nezadovoljstvo stranke donetim drugostepenim upravnim aktom može u tužbi da počiva i na nekom drugom razlogu u odnosu na one koji su prvobitno bili izneti u zahtevu za odlaganje izvršenja, koji sud možda ne smatra valjanim za dalje odlaganje izvršenja upravnog akta. Isto tako, u slučaju kada je drugostepeni organ povodom žalbe izmenio prvostepeno rešenje, obaveza stranke na izvršenje se odnosi na drugostepeni upravni akt, a ne više na prvostepeni akt čije je izvršenje sud ranije odložio. Zbog toga, smatramo da Upravnom sudu treba dati priliku da ponovo preispita svoj raniji stav u vezi odluke o odlaganju izvršenja upravnog akta i da bi stranka, ako ima nameru da protiv konačnog upravnog akta pokrene upravni spor, ponovo trebala da podnese i zahtev za odlaganje njegovog izvršenja.

Najveći nedostatak novog pravnog režima odlaganja izvršenja upravnih akta u upravnom sporu predstavlja nemogućnost pravne zaštite stranke protiv odluke suda po zahtevu za odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta. U slučaju pogrešne ocene o (ne)ispunjenosti uslova za odlaganje izvršenja, neblagovremenog odlučivanja ili uopšte neodlučivanja po zahtevu za odlaganje izvršenja, kakvi primeri nažalost postoje u praksi Upravnog suda, stranka nema mogućnost da upotrebi bilo koje pravno sredstvo. U pogledu pravne zaštite stranaka, važeći pravni režim odlaganja izvršenja upravnih akta u upravnom sporu predstavlja korak unazad u odnosu na prethodni period, kada su stranke uživale pravnu zaštitu. Protiv odluke organa uprave o odlaganju izvršenja mogla se ranije, pod određenim uslovima, izjaviti žalba drugostepenom organu uprave, ali i voditi poseban upravni spor, pa čak upotrebiti određena vanredna pravna sredstva predviđena ranijim Zakonom o upravnim sporovima. Izostavljanje pravne zaštite stranaka u slučaju rešenja Upravnog suda o odlaganju izvršenja upravnog akta posledica je jednostepene organizacije upravnog sudstva i činjenice da osnovnu nadležnost Vrhovnog kasacionog suda čini rešavanje samo po vanrednim pravnim sredstvima. Time su stranke u upravnim sporovima u Srbiji u pogledu mogućnosti pravne zaštite u slučaju odlaganja izvršenja upravnih akta stavljene u neuporedivo lošiji pravni položaj, nego na primer u Sloveniji i Crnoj Gori, gde takođe postoje

⁴⁵ "Smatramo da u rešenju Suda treba da stoji da odložno dejstvo traje do pravnosnažnosti rešenja. Ukoliko žalba bude odbijena, a stranka ne podnese tužbu u upravnom sporu, nastupila je pravnosnažnost prvostepenog rešenja. Za slučaj da je žalba odbijena i podneta nova tužba, ne treba podnositi novi zahtev za odlaganje, jer bi već doneto rešenje Suda o odlaganju "pokrivalo" i period do presuđenja po tužbi". Lj. Pljakić, "Odložno dejstvo tužbe u upravnom sporu", str. 349.

jednostepen sistem upravnog sudstva, ali stranke imaju pravo žalbe na odluku o odlaganju izvršenja upravnog akta o kojoj odlučuje Vrhovni sud (Slovenija), odnosno veće Upravnog suda (Crna Gora). Izostavljanje pravne zaštite stranaka u slučaju donošenja odluke o odlaganju izvršenja upravnog akta, istovremeno otvara i pitanje ustavnosti takvog zakonskog rešenja, s obzirom na to da je članom 36. stav 2. Ustava Republike Srbije, u okviru načela prava na pravno sredstvo, izričito predviđeno da “svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu”.

Odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta u našem pravnom sistemu predstavlja jedinu meru koju Upravni sud može preduziti od svih mera koje su predviđene Preporukom o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnim stvarima Saveta Evrope.⁴⁶ Kao razlog za nepostojanje drugih privremenih mera u našem upravnom sporu navode se pre svega organizacioni razlozi (jednostепенost upravnog spora, ograničena nadležnost Vrhovnog kasacionog suda), a posebno priroda upravno sudskog postupka, koja se bitno razlikuje od parničnog postupka, u kome je primena privremenih mera u mnogo većoj meri prisutna.⁴⁷

Svakako da bi pravni položaj stranaka u upravnom sporu bio znatno bolji da je u konačnoj verziji Zakona o upravnim sporovima mesto našla i odredba o mogućnosti izricanja, na zahtev stranke, privremene mere kojom se do donošenja presude uređuje stanje povodom koga se vodi upravni spor (na primer, zaštita nekih ličnih prava tužioca, poput zaštite privatnosti ili porodičnog života i sl.). Ovom prilikom nije na odmet pomenuti da je takva mogućnost bila predviđena još Prednacrtom Zakona o upravnim sporovima iz decembra 2004. godine (član 20. stav 2), koji je prošao javnu i stručnu raspravu, dobio pozitivno mišljenje eksperata Saveta Evrope i kasnije predstavljao osnovu za izradu važećeg Zakona o upravnim sporovima iz 2009. godine. Neunošenje ovakve odredbe u tekst novog Zakona o upravnim sporovima, ne samo da ne ide u prilog jačanja pravnog položaja stranaka u upravnom sporu, već nije ni u skladu sa Preporukom o sudskoj kontroli upravnih akata Saveta Evrope.

ZAKLJUČAK

Pravni režim odlaganja izvršenja upravnih akta u upravnom sporu sadrži nekoliko novih elemenata koji značajno doprinose podizanju kvaliteta prav-

⁴⁶ Recommendation No. R (89) 8, Principle III.

⁴⁷ Videti: Z. Tomić, Komentar Zakona o upravnim sporovima, Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 391–392; K. Manojlović-Andrić, *Mogućnosti određivanja privremenih mera u upravnim sporovima iz oblasti građevinskih i stambenih odnosa*, Biletet sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, broj 2, 1999, str. 282–285.

nog položaja stranaka. Među njima najvažniju novinu predstavlja uspostavljanje nadležnosti Upravnog suda da odlučuje o zahtevu tužioca za odlaganje izvršenja upravnog akta. Uspostavljanje sudske nadležnosti umesto dosadašnje nadležnosti organa uprave predstavlja značajan korak u povećanju pravne sigurnosti stranaka pri ostvarivanju svojih prava u upravnim stvarima. Dosadašnja praksa je pokazala da su organi uprave povodom pokrenutog upravnog spora dozvoljavali odlaganje izvršenja samo upravnih akata koji nisu bili vezani za javni interes, što je faktički značilo samo u slučaju postojanja dvostranačkih upravnih stvari, koje su oduvek predstavljale pravu retkost u upravnom postupku. Za podizanje nivoa pravne sigurnosti stranaka poseban značaj ima davanje prava stranci iz upravnog postupka, da se sa zahtevom za odlaganje izvršenja upravnog akta može obratiti Upravnom sudu i pre pokretanja upravnog spora. Danas stranka to može da učini uvek kada to zahteva hitnost predmeta ili kada je izjavljena žalba drugostepenom organu uprave koja nema odložno dejstvo, a postupak po žalbi još nije okončan. Navedene novine su rezultat usaglašavanja Zakona o upravnim sporovima sa propisanim standardima Saveta Evropa, i može se reći da su uređene na pravno zadovoljavajući način.

Bitan nedostatak u važećem pravnom režimu odlaganja izvršenja upravnih akta predstavlja izostanak pravnog sredstva protiv rešenja suda o zahtevu za odlaganje upravnog akta. Bez obzira na to što se takvo rešenje javilo kao posledica jednostepenosti upravnog spora, koja je bila nametnuta prethodno donetim Zakonom o uređenju sudova kojim je predviđeno postojanje samo jednog Upravnog suda, pri izradi Zakona o upravnim sporovima se ipak moralo voditi računa da je u ovom slučaju reč o ustavnom pravu građana na pravno sredstvo. Pored toga, izvestan nedostatak u novom Zakonu o upravnim sporovima predstavlja i izostavljanje drugih vrsta privremenih mera, a posebno mere za privremeno uređenje stanja, čime je donekle odstupljeno od standarda propisanih Preporukom o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnim stvarima Saveta Evrope.

Bez obzira na ove i ostale u radu spomenute nedostatke, ipak se sa puno osnova može zaključiti da je novim Zakonom o upravnim sporovima stvoren solidan pravni osnov za dalje jačanje prava stranaka u pogledu odlaganja izvršenja upravnih akata čija je zakonitost osporena ne samo u upravnom sporu, već i u upravnom postupku. Nakon nedavne zakonodavne reforme upravnog spora, sada je najveća obaveza na novoformiranom Upravnom sudu da kroz doslednu praksu ostvari i faktički pomak u realizaciji ovog veoma važnog vida sudske zaštite stranaka, u odnosu na prethodni period, kada su zahtevi za odlaganje izvršenja upravnih akata u vezi sa pokrenutim upravnim sporom od strane organa uprave bili retko prihvatani.

ZORAN LONČAR, Ph.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Novi Sad

POSTPONEMENT OF EXECUTION OF THE ADMINISTRATIVE ACT
IN ADMINISTRATIVE DISPUTE
Summary

The newly established legal regime postponement of execution administrative acts in an administrative dispute, contains a number of elements that significantly contribute to raising quality of the legal position of parties in administrative matters. One of the most important innovation is the establishment of an administrative court jurisdiction to decide on the request of the Prosecutor for a stay of execution of an administrative act challenged in administrative proceedings, particularly against administrative acts which appealed the appellate administrative body that has no suspensive effect. Regardless of some defects that can be seen in the legal regime of postponement of the execution of administrative decisions in administrative proceedings, which are related mainly to the lack of a legal remedy against a court decision on the request for stay of execution of administrative acts and the inability to use temporary measures in the administrative proceedings, with a lot of basis, however, it could be concluded that the new Law on Administrative Disputes created more than a solid legal basis for further promotion of legal security of the parties in administrative matters.

SREČKO DEVJAK,
MIRJANA DRAKULIĆ,
MILENA KALACUN LAPAJNE,
RATIMIR DRAKULIĆ

PRAVNA REGULACIJA ULOGE MEDIJA U DEMOKRATIZACIJI LOKALNE SAMOUPRAVE

U V O D

Lokalna samouprava i njene institucije su mera slobode i demokratije¹ i jezgro promena koje vode ka modernom društvu. Još je Mil isticao da je ona i škola demokratije². A da bi lokalna samouprava to i bila neophodno je da se “otvori” prema građanima, da skine veo moći i nedostupnosti i postane osnova sloboda i prava pojedinca. Promene koje doživljava su deo druge demokratske revolucije³ započete 90-ih godina prošlog veka koja je donela brojne protivurečnosti. S jedne strane, globalizaciju, a s druge, jačanje “lokalnih politika u okviru demokratizaci-

Dr Srečko Devjak, profesor Fakulteta za upravu u Ljubljani, Univerzitet u Ljubljani.

Dr Mirjana Drakulić, profesor Fakulteta organizacionih nauka u Beogradu.

Milena Kalacun Lapajne, odgovorni urednik Slovenske novice online, Ljubljana.

Mr Ratimir Drakulić, asistent Fakulteta organizacionih nauka u Beogradu.

¹ Tocqueville, A. de (1968), *Democracy in America*, Fontana, London, pp. 2.

² Mill, J.S. (1859), *On Liberty*, <http://www.utilitarianism.com>.

³ Teune, H. (2000), *Theoretical Foundations of the Democracy and Local Governance Research Program*, <http://www.ssc.upenn.edu/dlg/foundations.html>, preuzeto 20. avgusta 2012.

je". Pri rešavanju ovih, ali i drugih, protivurečnosti u mnogim zemljama dešavaju se značajne promene u operativnom, normativnom i informaciono komunikacionom smislu koje zahvataju i lokalnu samoupravu. Promene nije lako izbalansirati. Tim više što to dovodi i do značajnog proširenja izvornih nadležnosti, među kojima su komunikacije i ostvarivanje prava na informisanost pri rešavanju brojnih pitanja (uređenje i razvoj komunalnih delatnosti, lokalni prevoz, prosveta, kultura, zdravstvena i socijalna zaštita, sport, održavanje javnih objekata, stambenih zgrada, lokalnih puteva, ulica i druge infrastrukture, unapređenja turizma). Ona postaje ambijent koji zahteva nove organizacione oblike, funkcije i poslove. To se, po nekad, čini neizvodljivim jer se organizaciona struktura, nadležnosti i ciljevi definišu aktima koji ne trpe "improvizacije".

Ipak, mnoge stvari su promenjene donošenjem Evropske konvencije o lokalnoj samoupravi⁴ u kojoj je (član 3) jasno istaknut princip "*lokalna samouprava označava pravo i sposobnost lokalnih vlasti da u okviru zakonskih ograničenja uređuju polove i upravljaju bitnim delovima javnih poslova pod svojom odgovornošću i u interesu lokalnog stanovništva*". Ovom aktu treba dodati Evropsku direktivu o uslugama⁵, koja, iako direktno ne reguliše administrativne usluge, predviđa pojednostavljenje administrativnih procedura čime se zahvata i u rad lokalne samouprave. Kada se sve ovo dopuni pravom na dobru upravu propisanim Poveljom Evropske unije o osnovnim pravima⁶ kao prava koje ima svako lice "*na nepristrasan, pošten i blagovremeni tretman ...*" i Evropskim kodeksom dobrog administrativnog ponašanja⁷ očigledno je da se prava građana/pojedinca ostvaruju u velikoj meri u lokalnoj samoupravi. Ovi principi ugrađeni su i u Zakon o lokalnoj samoupravi Republike Slovenije⁸ i Zakon o lokalnoj samoupravi Republike Srbije⁹

Kao jedna od mogućnosti obezbeđenja dobre uprave/samouprave i boljeg odnosa sa građanima je uspostavljanje i razvoj posebnih organizacionih oblika

⁴ Zakon o potvrđivanju Evropske povelje o lokalnoj samoupravi (European Charter Of Local Self-Government), <http://www.beogradeu.gov.rs/userfiles/files/poveljalat.pdf>, preuzeto 20.jula 2012.

⁵ Directive 2006/123/EC of the European Parliament And of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2006/l_376/l_37620061227en00360068.pdf, preuzeto 20.jula 2012.

⁶ Charter of Fundamental Rights of the European Union, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf, preuzeto 21.jula 2012.

⁷ The European Code of Good Administrative Behaviour, <http://www.ombudsman.europa.eu/en/resources/code.faces>, preuzeto 21.jula 2012.

⁸ Zakon o lokalni samoupravi, (ZLS), 72/1993, (ZLS-P), Uradni list RS, št. 79-3437/2009.

⁹ Zakon o lokalnoj samoupravi, Sužbeni glasnik RS, br. 129/2007, <http://www.drzavnauprava.gov.rs/documents.php?id=487>, preuzeto 21. juli 2012.

(npr. centri¹⁰) koji imaju u fokusu odnose lokalne samouprave s javnošću¹¹. Cilj je bolje pozicioniranje određene lokalne samouprave, bolji status građana, poboljšanje načina rada i pokretanje promena. Integrator novih potreba i njihovog zadovoljenja su podaci i informacije preko kojih lokalna samouprava premošćava jaz sa centralnom vlašću, građanima i drugim subjektima kojima pruža upravne usluge i omogućava bolje snalaženje u složenom upravnom (srpskom i evropskom) prostoru¹².

INFORMISANJE U LOKALNOJ SAMOUPRAVI

Lokalna samouprava teži da obezbedi slobodan protok podataka i informacija ka građanima i drugim subjektima. Informisanje je jedna od najznačajnijih funkcija kojom se omogućava uspostavljanje uzajamnih odnosa između lokalne samouprave i drugih subjekata, ali i unutar nje. Informisani građanin je pretpostavka za participaciju, pogotovo aktivnu. Još su Medison, Volters u XIX veku u američkoj teoriji demokratije ukazali na značaj informacija, dok je jedan od kongresmena u to vreme zahtevao od Kongresa da objavi njegove debate jer je verovao da “američka republika ne može da opstane bez političkih informacija”¹³. Kasnije će nastati i koncepcije “dobrog građanina”, društvenog kapitala, društvenih mreža, transparentnosti u kojima se pored značaja pristupa informacijama ističe i bitnost njihovog razumevanja da ne bi bilo “neprozirnosti transparentnosti”. Mark Fenster¹⁴ ističe da je “transparentnost nemoguća i nepotrebna ... ukoliko se

¹⁰ Blair, T. (1998), *Leading the Way: A New Vision for Local Government*, The Institute for Public Policy Research, London, pp. 1-5.

¹¹ To je npr. Centar za izvrsnost opštine Golubac formiran 2007. sa ciljem “obezbeđenja uslova za poboljšanje imidža opštine i bolju komunikaciju sa građanima u ostvarivanju njihovih prava ...” ili slični centri u opštinama u Republici Sloveniji, npr. mesna opština Ljubljana ima posebnu službu za lokalnu samoupravu u kojoj se između ostalog obavljaju i poslovi “.. razvoja sistema lokalne samouprave i ostvarivanje prava MOL (Mesne opštine Ljubljana), kao i direktno učešće ljudi/građana u donošenju odluka u MOL”.

¹² Dimitrijević, P. (2010), *Evropski upravni prostor i regionalizacija “Strah od decentralizacije”*, *Moderna uprava*, časopis za upravo-pravnu teoriju i praksu, str. 145–161; Heidbreder, E.G.. (2011), *Structuring the European Administrative Space: Policy Instruments of Multi-Level Administration*, *Journal of European Public Policy*, Volume 18, pp 709-727, preuzeto 21. juli 2012.

¹³ Pettinato, T.R. (2007), *Legal Information, the Informed Citizen, and the FDLP: The Role of Academic Law Librarians in Promoting Democracy*, http://www.aallnet.org/main-menu/Publications/llj/LLJ-Archives/Vol-99/pub_llj_v99n04/2007-44.pdf, preuzeto 21. juli 2012.

¹⁴ Fenster, M. (2006), *The Opacity of Transparency*, *Iowa Law Review*, Vol. 91, 4/12/2006 885–949, preuzeto 21. juli 2012.

oslanja na neprimeren model informisanja i komunikacija koji može dovesti do nerazumevanja vladinih informacija, kako one ne bi bile farsa i ... tragedija ... savršenog demokratskog upravljanja i ... frustrirajuće što često dovodi neefikasnog pravnog režima”.

Isto tako, građani su “zatrpani” brojnim podacima i informacijama koje direktno dobijaju iz lokalne samouprave i veoma im je teško da sa njima rukuju. Prekomernost može dovesti i do pasivizacije jer se gubi bar jedan od šest ključnih koraka u decentralizaciji (oslobađanje od birokratskog tereta; podspešivanje prava svake lokalne samouprave da preduzima sopstvene akcije; povećanje kontrole lokalnih finansija; diverzifikacija kontrole lokalne potrošnje; otvorenost za javnost i jačanje odgovornosti prema lokalnom stanovništvu)¹⁵.

Da bi se izbegle ove “zamke” transparentnosti i informisanosti neophodan je novi pristup javnosti i dostupnosti podataka i informacija koje nastaju u toku rada i funkcionisanja uprave, pa i lokalne samouprave¹⁶. Promena je u konceptu koji se bazira na menadžmentu (novom javnom menadžmentu)¹⁷ i jednoj od njegovih ključnih funkcija - odnosima s javnošću. Ovim odnosima¹⁸ se uspostavlja i održavaju međusobne komunikacije, razumevanje, poverenje i saradnja između lokalne samouprave i njenih javnosti¹⁹. Javnost može biti unutrašnja i spoljna. Interna javnost u lokalnoj samoupravi uglavnom se odnosi na istu hijerarhijsku strukturu. Strateška komunikacija se odvija na određenom hijerarhijskom nivou.

¹⁵ Department for Communities and Local Government, (2010), Decentralisation and the Localism Bill: An Essential Guide, London, <http://www.communities.gov.uk/documents/localgovernment/pdf/1793908.pdf>, preuzeto 21. juli 2012.

¹⁶ Tako je npr. 1987. na Novom Zelandu donet *Zakon o službenim informacijama i sastancima lokalne samouprave* u kome se posebno ističe potreba da se informacijama lokalne vlasti promoviše otvorenost i javnost njihovih poslovnih transakcija, kako bi se omogućilo efikasnije učešće javnosti u njihovim akcijama i odlukama, kao i promovisanje odgovornost službenika i funkcionera čime se jača poštovanje zakona. I, naravno, promovisanje dobre lokalne uprave Novog Zelanda koja obezbeđuje odgovarajući pristup svakoj službenoj osobi i informacijama vezanim za njih, uz poštovanje javnog interesa i zaštite ljudskih prava. Videti: Local Government Official Information and Meetings Act (1987), Wellington, New Zealand: Published under the authority of the New Zealand Government, <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1987/0174/latest/DLM122242.html>, preuzeto 21. juli 2012.

¹⁷ Eagle, K.S. (2005), *New Public Management in Charlotte, North Carolina: A Case Study of Managed Competition*, <http://scholar.lib.vt.edu/theses/available/etd-04282005-095141/unrestricted/EagleFinal2.pdf>, preuzeto 21. juli 2012.

¹⁸ Cutlip, S.M., Center, A.H., Broom, G..M. (1994), *Effective Public Relations*. Prentice-Hall International, London, rr. 1.

¹⁹ Seitel, F.P. (2004), *The Practise of Public Relation*, Pearson Prentice Hall, New Jersey, rr 15.

Međutim, za realizaciju ciljeva posebno je važno pravilno komuniciranje među različitim hijerarhijskim nivoima, naročito kretanje/razmena informacija od višeg ka nižem nivou. Spoljnja javnost uključuje medije, privredu, ministarstva, državne organe, javna preduzeća, ustanove, fondove, druge lokalne i regionalne samouprave, kao i nadnacionalne institucije (npr. Evropske unije).

Iako su lokalne samouprave, u suštini, i dalje birokratske sve su jači pritisci, zahtevi i potrebe da pruže visokokvalitetne usluge sa ograničenim finansijskim resursima. Opštine su često podeljene između prioriteta pojedinih aktivnosti koje treba preduzeti. Da li su odluke dobre i na najbolji način sprovedene proverava sa u izbornim periodima kada mogu biti "kažnjeni" izglasavanjem nepoverenja ili neizborom. Složenost odnosa lokalne samouprave i građana, kao i drugih subjekata, zahteva drugačiji pristup odnosima s javnošću – zahteva se stručni, organizovani i kompetetni komunikacioni sistem. Efektna komunikacija je utoliko neophodnija ukoliko je pritisak veći, a korisnici upravnih usluga zahtevniji. Korisćenjem odgovarajućih instrumenata (instrumenti miksa komunikacije su npr. ekonomska propaganda, oglašavanje, direktni marketing, ekonomski publicitet, lobiranje, odnosi s medijima) i medija znatno bi se poboljšala efikasnost, a odabir instrumenata i medija treba da bude takav da preko kombinovanja informacija omogućí dekodiranje poruka od strane ciljane javnosti²⁰

Komunikacija između lokalne samouprave i građana najčešće se obavlja preko medija i to jednosmerno. "Prazan prostor" informisanja i odnosa s javnošću popunjavaju sve više, eksterni ali i interni mediji. Njihova uloga je utoliko značajnija koliko raste svest o važnosti učešća svakog pojedinca u lokalnim događajima i međusobnoj povezanosti sa lokalnim mrežama i medijskim inicijativama.

Međutim, težnja je da građani/pojedinci iz stanja informisanosti pređu u stanje aktivnosti i uključenosti u proces odlučivanja u lokalnoj samoupravi. To se može postići primenom dvosmerne komunikacije u kojoj se oni pojavljuju kao partneri²¹. Time se stvaraju preduslovi za povećanje poverenja i primenu koncepta elektronske uprave.

²⁰ Filipović, V. (2007), Konceptija daljeg razvoja aktivnosti odnosa s javnošću i marketinških komunikacija u opštini Golubac, Projekat EXCHANGE: Upgrading Competencies of Local Self-government in Municipality of Golubac.

²¹ Gaventa, J. (2004), Representation, Community Leadership and Participation: Citizen Involvement in Neighbourhood Renewal and Local Governance, Neighbourhood Renewal Unit, Office of Deputy Prime Minister, Institute of Development Studies, <http://www.dfid.gov.uk/r4d/PDF/Outputs/CentreOnCitizenship/JGNRU.pdf>, preuzeto 12. avgusta, 2012; OECD, (2001), Citizens as Partners, Oecd Handbook on Information, Consultation and Public Participation in Policy-Making, http://www.ezd.si/fileadmin/doc/4_AKTIVNO_DRZAVLJANSTVO/Viri/Citizens_as_partners_hanbook_oecd.pdf, preuzeto 22. avgusta 2012.

PRAVNA REGULACIJA KOMUNIKACIJE LOKALNE SAMOUPRAVE
U REPUBLICI SLOVENIJI I REPUBLICI SRBIJI

Pravo građana/pojedinaca da budu informisani i obavešteni definisano je u Ustavu Republike Slovenije²², gde se u članu 39 garantuje sloboda izražavanja, govora i javnosti, štampe i drugih vidova javnog komuniciranja i izražavanja. Svako može slobodno prikupljati, primati i prenositi informacije i mišljenja. Svako ko ima zakonski pravi interes ima pravo da dobije “javne informacije”, osim u slučajevima predviđenim zakonom. Slično je definisano i Ustavom Republike Srbije²³ koji u članovima 46 i 51 predviđa slobodu mišljenja i izražavanja, kao i pravo na obaveštenost (kao pravo svakoga “da istinito, potpuno i blagovremeno bude obavešten o pitanjima od javnog značaja i sredstva javnog obaveštavanja su dužna da to pravo poštuju”. Pravu na obaveštenost dodaje se pravo pristupa podacima koji su u posedu državnih organa i organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja. Dalje se predviđa da se opština “stara o ostvarivanju, zaštiti i unapređenju ljudskih i manjinskih prava, kao i o *javnom informisanju u opštini*” (član 190).

Postupak komuniciranja između zvaničnih upravnih tela i građana u Sloveniji je definisan Zakonom o opštem upravnom postupku²⁴ koji se odnosi uglavnom na usluge ili informacije u upravnom postupku, uzimajući u obzir princip subsidijarnosti za odnose na lokalnom nivou. U posebnom članu (član 125) regulišu se pitanja odlučivanja o pravima i obavezama pravnih i fizičkih lica ili drugih stranaka u oblasti upravnog prava. Po ovom članu za upravni postupak pokrenut pred nadležnim organima po sopstvenom nahođenju ili na zahtev stranke način obaveštavanja je zakonski definisan (npr. pismena odluka) ali je ponuđena i opcija elektronske komunikacije sa vlastima (moguće je podnošenje prijave i dobijanje odgovora elektronskim putem). Zakonom o opštem upravnom postupku Republike Srbije²⁵ obaveštavanje može biti direktno i indirektno. “Opštenje” organa i stranaka, u suštini, komunikacija između njih, definisano je u Glavi IV i zadržalo su se na nivou ličnog dostavljanja (uručivanja), poštom, usmeno, telegrafom i telefaksom (član 54). Elektronska komunikacija nije predviđena mada kada je u pitanju isprava “koju je u propisanom obliku izdao državni organ u granicama svoje nadležnosti, odnosno preduzeće ili druga organizacija u okviru zako-

²² Ustava Republike Slovenije, UL RS, št. 24/2003, (UZ3a, 47, 68).

²³ Odluka o proglašenju Ustava Republike Srbije (2006), http://www.parlament.gov.rs/upload/documents/Ustav_Srbije_pdf.pdf, preuzeto 22. avgusta 2012.

²⁴ Zakon o splošnem upravnom postupku, (ZUP-UPB2), Ur.l. RS, št. 24/2006, 47/2009, U-I-54/06-32, 48/2009.

²⁵ Zakon o opštem upravnom postupku, Službeni list SRJ, br. 33/97 i 31/2001 i Službeni glasnik RS, br. 30/2010.

nom poverenog javnog ovlašćenja (javna isprava)”, ta isprava može biti prilagođena elektronskoj obradi podataka (član 154).

Sloboda javnog informisanja, prava i odgovornosti medija i novinara su regulisani odgovarajućim propisima Republike Slovenije u oblasti medija²⁶. U članu 45. Zakona o medijima obavezuju se državni organi, lokalna vlast, pojedinci koji obavljaju javne funkcije, javne ustanove i javna lica, kao i druga lica koja se bave javnim servisom da moraju pripremiti tačne, potpune i blagovremene informacije za objavljivanje u medijima, kao i da se pravnim aktima moraju regulisati načini predstavljanja informacija za javnost i definisati nadležnosti. Izuzeci su mogući samo u slučajevima u kojima su tražene informacije definisane kao državna, vojna, službena ili trgovinska tajna ili bi se njima kršila poverljivosti ličnih podataka (ali isključujući okolnosti izbegavanja ozbiljnije ili neposredne opasnosti po život ljudi i njihovu imovinu) ili bi ugrozile sudski ili krivični postupak. Ovo je predmet i drugih zakona, npr. ograničenja prava pristupa moguć je u slučaju tajnih informacija u oblasti javne bezbednosti, odbrane, inostranih poslova i obaveštajne i bezbednosne aktivnosti. Lični podaci zaštićeni su Zakonom o zaštiti ličnih podataka, a poverljivost podataka Zakonom o statistici, rad poreske uprave Zakonom o poreskom postupku, Zakon o privrednim društvima, i sl. Neki drugi zakoni (npr. Zakon o zaštiti životne sredine, Zakon o prirodnim i drugim nesrećama, ...) predviđaju da javne informacije podležu samo delimično posebnim režimima. U septembru ove godine počela je javna rasprava o Strategiji razvoja Slovenije od 2014–2020²⁷. Značajno mesto posvećeno je državnoj upravi, kao i mediji, posebno dostupnosti određenim kategorijama stanovništva (npr. invalidima). U Republici Srbiji 2011. godine doneta je Strategija razvoja sistema javnog informisanja do 2016. godine²⁸ u kojoj je istaknuto da pravni okvir koji postoji i koji obuhvata niz zakona i podzakonskih akata kojima se direktno ili posredno reguliše ova oblast. Nije bitno koliko propisa je doneto nego da li među njima postoji usaglašenost i da li su harmonizovani sa relevantnim međunarodnim aktima. Na žalost to nije slučaj – oni su u međusobnoj koliziji. Dok se to ne reši javni interes i javno informisanje biće neadekvatno, čime će se otežati realizacija prava na oba-

²⁶ Zakon o medijih, (ZMed-UPB1), Ur.l. RS, št. 110/2006, 77/2010-ZSFCJA, 90/2010, U-I-95/09-14, Up-419/09-15, 87/2011-ZAvMS.

²⁷ Sodelovanje javnosti pri pripravi Strategije razvoja Slovenije in drugih programskih dokumentov za obdobje 2014–2020, <http://www.eu-skladi.si/za-medije/novice-in-sporocila-za-javnost/aktualne-novice-o-evropskih-skladih/sodelovanje-javnosti-pri-pripravi-strategije-razvoja-slovenije-in-drugih-programskih-dokumentov-za-obdobje-201420132020#c1=News%20Item&c1=novica>, preuzeto 1. oktobra 2012.

²⁸ Strategija razvoja sistema javnog informisanja u Republici Srbiji do 2016. godine, Službeni glasnik RS, br. 75/2011.

veštavanje i dostupnost informacija od javnog značaja. U toj situaciji najveći gubitnici su građani ali i lokalna samouprava jer u konfuziji koja vlada ničiji legitimni interes nije zaštićen.

Za Republiku Sloveniju, kao i ostale zemlje, od izuzetnog značaja je Zakon o pristupu informacijama od javnog značaja²⁹ po kome se ovim informacijama izbegava svako neopropisno "zatvaranje" informacionog prostora, obezbeđuje izvršenje prava na pristup informacijama i omogućuje javnost rada organa javne vlasti u ostvarivanju i zaštiti "interesa javnosti da zna" u slobodnom demokratskom poretku i otvorenom društvu³⁰. Naravno pod organom javne vlasti podrazumeva se i organ lokalne samouprave (član 3). Sadržina prava (svakoga) definisana je članom 5 kao "pravom da mu bude saopšteno da li organ vlasti poseduje određenu informaciju od javnog značaja, odnosno da li mu je ona inače dostupna" i pravom da ta informacija bude dostupna (uvid, kopija). Sličan je i Zakon Republike Srbije. U zakonima obe zemlje definisana su i ograničenja ovih prava (npr. po srpskom to je "život, zdravlje, sigurnost, pravosuđe, odbrana zemlje, nacionalna i javna bezbednost, ekonomska dobrobit zemlje i tajna", a slovenačkim "tajnost podataka definisana zakonom; kršenje zaštite ličnih podataka; kršenje poverljivosti individualnih podataka o izveštavanju jedinica u skladu sa zakonom kojim se uređuju nacionalne statistike; kršenje poverljivosti poreskog postupka i poreskih propisa; koje su u vezi sa krivičnim prekršajnim, upravnim i drugim postupcima, čije odavanje bi moglo prejudicirati primenu, ukoliko bi otkrivanje dovelo do nesporazuma oko sadržaja; prirodnim i kulturnim vrednostima, a koje su u skladu sa propisima vezanim za očuvanje prirode i kulturne baštine; i ukoliko bi njegovo objavljivanje izazvalo poremećaj u poslovanju ili aktivnosti").

Pored ovih značajan je i slovenački Zakon o informacionom povereniku koji obuhvata zajedničku nadležnost Poverenika za informacije od javnog značaja³¹ i Inspektorata za zaštitu podataka o ličnosti. Ovakvo rešenje postoji i u drugim (razvijenim evropskim) zemljama jer podspešuje podizanje svesti pojedinca o pravu na privatnost i pravu da zna – i dobro je da oba prava budu u harmoniji jedno sa drugim. U Republici Srbiji istim zakonom regulišu se informacije od javnog značaja i prava, obaveze i odgovornosti poverenika za informacije od javnog značaja. Podaci o ličnosti i nadležnost poverenika za zaštitu podataka o ličnosti

²⁹ Zakon o dostupu do informacij javnoga značaja, Objava v UL RS: Uradni list RS 96/05 str. 9954, Zadnja sprememba: 17. 11. 2006, novela ZDavP-2; preuzeto 20. avgusta 2012.

³⁰ Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja, Službeni glasnik RS, br. 120/04, 54/07, 104/09, 36/10.

³¹ Zakon o Informacijskem pooblaščenju, (ZInfP), Ur.l. RS, št. 113/2005, 51/2007-ZUstS-A, 14/2010, U-I-303/08-9.

regulisani su drugim zakonom.³² Pri tome, u obe zemlje, ista osoba je i poverenik za zaštitu podataka o ličnosti i informacije od javnog značaja.

U obe zemlje krovni zakoni su vezani za rad i funkcionisanje lokalne samouprave. U Republici Srbiji Zakonom o lokalnoj samoupravi (član 71)³³ predviđeno je da organi i službe lokalne samouprave poštuju javnost tako što je obaveštavaju o svom radu. Obaveštavanje se obavlja preko sredstava javnog informisanja ili na drugi način (čime nije isključeno informisanje preko sopstvenih medija u klasičnom ili elektronskom obliku). Poseban stav istog člana posvećen je obavezni organa i službi lokalne samouprave koji su dužni da omoguće građanima pristup podacima, objašnjenjima i obaveštenjima ako im je to potrebno za ostvarivanje prava. Takođe, dužni su i da svima omoguće podnošenje pritužbi na rad i odnos zaposlenih. Time se stvorila posebna organizaciona klima koja treba da omogući kvalitetan i efikasan rad lokalne samouprave i preobila slika njene "nedodirljivosti". To je i stvaranje osnova za javnost, transparentnost i upravljanje/menadžment³⁴, odnosno transformaciju lokalne uprave u lokalno upravljanje. U Sloveniji³⁵ Zakon o lokalnoj samoupravi donet je 1993. godine i od tada više puta izmenjen i dopunjen. Tri godine kasnije donet je i Zakon o postupku osnivanja opština i njihov delokrug³⁶.

Odnosi sa javnošću je, dakle, ključni deo nadležnosti svake lokalne samouprave i ne može biti izolovan, jer je usko povezan sa činjenicom da u lokalnoj samoupravi postoji svest o njegovom značaju. Ovi odnosi proizlaze iz osnovnih ljudskih prava na slobodu misli, govora, udruživanja i učešća u upravljanju javnim poslovima. Zato je za njih, pored propisa, bitna i etika³⁷ kao skup standarda koji ukazuje kako se treba ponašati. Stručnjaci za odnose s javnošću treba da donose odluke u skladu sa etičkim principima koji utiču na javni interes i etičke vrednosti³⁸. Etičke vrednosti treba da prate visoke standarde profesije tako da odgovorno sprovođenje odnosa s javnošću postaje neophodna komponenta otvoren-

³² Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, Službeni glasnik RS, br. 97/08, 104/09.

³³ Zakon o lokalnoj samoupravi, Službeni glasnik RS, br. 129/2007, <http://www.drzavna-uprava.gov.rs/documents.php?id=487>, preuzeto 21. juli 2012.

³⁴ Larkin, T. (2006), *From Local Government to Local Governance*, Department of Government, University College of Cork, www.ucc.ie/en/government/Research/.../DocumentFile-14392-en.doc, preuzeto 20. avgusta 2012.

³⁵ Zakon o lokalnoj samoupravi, (ZLS-UPB2), Ur.l. RS, št. 94/2007, 14/2010, 84/2010.

³⁶ Zakon o postupku za ustanovitev občin ter določitev njihovih območij (ZPUODO), Ur. l. RS, št. 44/1996.

³⁷ Seitel, F.P. (2004), op. cit., str. 134.

³⁸ Cameron, G.T., Wilcox, D.L. (2006), *Public Relations, Strategies and Tactics*, London, Pearson Education, rr 76.

nog društva i demokratije, a zloupotreba može značajno ugroziti prava i slobode pojedinaca. To je došlo do izražaja kada je 2000. godine Savet Evrope definisao principe sprečavanja narušavanja poverenja u rad izabranih funkcionera i službenika. U Sloveniji, kao i Srbiji, počele su aktivnosti vezane za jačanje institucija koje treba da omoguće rast poverenja (npr. antikorupcijska komisija) i usvajanje kodeksa koji to obezbeđuju (npr. u Sloveniji Evropski kodeks ponašanja lokalnih i regionalnih izabranih funkcionera i službenika, odnosno Etički kodeks ponašanja funkcionera lokalne samouprave u Srbiji usvojen od strane Stalne konferencije gradova i prihvaćen u mnogim opštinama; Vodič dobre prakse na lokalnom nivou Slovenije, odnosno Priručnik za uključivanje građana i civilnog društva u procese odlučivanja uz primenu Kodeksa dobre prakse za građansko učešće u Srbiji). Tome treba dodati i razne institucije/udruženja/društva koja se bave odnosima s javnošću (npr. Slovenačko Društvo za odnose sa javnošću, odnosno Društvo Srbije za odnose s javnošću) i pokušavaju da usmere aktivnosti lokalnih samouprava na profesionalizam i principe ove profesije.

Kako Izgleda Praksa
– analiza sadržaja štampanih biltena slovenačkih opština

U Sloveniji trenutno postoji 210 opština, od toga 11 gradskih. Gradske opštine su u većim centrima i definisane su članom 16. Zakona o lokalnoj samoupravi³⁹ po kome opština može steći status gradske opštine ako ima najmanje 20.000 stanovnika i 15.000 radnih mesta (po verziji iz 1993. godine bilo je dovoljno da ima 10.000 stanovnika)⁴⁰, od kojih najmanje polovina mora biti u tercijalnom i kvartarnom sektoru. Opština može postati gradska ukoliko je geografski, ekonomski i kulturni centar kome gravitira određeno područje.

Da bi se mogla utvrditi uloga medija u demokratizaciji lokalne samouprave analizirana je struktura sadržaja štampanih biltena (novine). Uzorak je bilo pet gradskih opština (više od 20 primeraka novina) i deset manjih opština (više od 40 primeraka).

Pošlo se od činjenice da bi lokalna samouprava bila efikasna u obavljanju svojih poslova mora imati odgovarajuća finansijska sredstva, a stanovnici treba da znaju kako i koliko će ovih sredstva biti utrošeno. Javnost, takođe, mora biti uvearena da se budžetska sredstva pravilno preraspoređuju za dobrobit lokalnog stanovništva. Najčešće se te informacije prenose na dnevnoj bazi putem lokalnih i

³⁹ Zakon o lokalnoj samoupravi, (ZLS-UPB2), Ur.l. RS, št. 94/2007, 14/2010, 84/2010.

⁴⁰ Zakon o lokalnoj samoupravi, (ZLS-UPB2), Ur.l. RS, št.72/1993.

nacionalnih medija, ali i glasila opštine, odnosno grada koji izveštavaju o investicijama, aktivnosti i upravljanju. Interesovanja iz ove oblasti odnose se na dostupnost i transparentnost podataka i odnos medija i lokalnih samouprava prema građanima. Ključ za objektivno i kvalitetno izveštavanje je odnos između medija i organa i tela lokalne samouprave, odnosno način i učestalost komunikacije, kao i usmerenost strategija komunikacije (pomaže da se javnost upozna što brže i lakše sa podacima i informacijama radi sticanja uvida o njihovu dostupnosti).

Analiza sadržaja štampanih biltena odnosila se na utvrđivanje njihove zastupljenosti u lokalnim medijima vezanih za obavljanje poslova iz nadležnosti opština. Poslovi opštine koji su analizirani definisani su članom 21. Zakona o lokalnoj samoupravi. Naime, opština samostalno upravlja lokalnim poslovima od javnog značaja (izvorna nadležnost) definisanim opštim aktom opštine ili zakonom. Istraživali su se bilteni iz svih perioda kalendarske godine, čime se težilo dobiti sliku opšte strukture informisanja građana.

Cilj analize je utvrđivanje mere u kojoj štampani bilteni informišu stanovnike o radu opštine. Postavila su se dva pitanja: 1. Da li je sadržaj opštinskih biltena proporcionalan rashodima u vezi poslova opštine? 2. Da li se struktura sadržaja biltena gradskih opština razlikuje od strukture novina manjih opština?

Pri tome je neophodno istaći da su u Sloveniji finansijske analize opštinskih budžeta raspoređene u deset grupa po kojima se, takođe, vode rashodi⁴¹. Na nacionalnom nivou udeli rashoda su raspoređeni na sledeće opštinske poslove: opštinski upravno-administrativni poslovi 15%; odbrana (civilna zaštita) 0,5%; javni red i bezbednost 2%; ekonomski sektor 22%; zaštita životne sredine 7%; stambena delatnost i prostorni razvoj 11%; zdravstvo 1,5%; rekreacija, kultura, sport, društva i neprofitne delatnosti 10%; obrazovanje (predškolsko i osnovna škola) 26%; i socijalno osiguranje 5%⁴².

Podaci do kojih se došlo analizom štampanih biltena gradskih opština pokazali su sledeću zastupljenost: opštinski upravno-administrativni poslovi 17%; odbrana (civilna zaštita) 0,0%; javni red i bezbednost 0,0%; ekonomski sektor 7%; zaštita životne sredine 0,9%; stambena delatnost i prostorni razvoj 2,3%; zdravstvo 1,8%; rekreacija, kultura, sport, društva i neprofitne delatnosti 57,6%; obrazovanje (predškolsko i osnovna škola) 10,8%; i socijalno osiguranje 2,6%.

Kad su u pitanju ostale opštine analiza ukazuje na sledeću strukturu: opštinski upravno-administrativni poslovi 21,4%; odbrana (civilna zaštita) 0,1%; javni red i bezbednost 0,9%; ekonomski sektor 12%; zaštita životne sredine 4%;

⁴¹ Devjak, S. (2009), Kazalnici po občinah, UL Fakulteta za upravo Ljubljana, <http://www.fu.uni-lj.si/kazalniki/vhod.htm>

⁴² <http://www.fu.uni-lj.si/kazalniki/vhod.htm>.

stambena delatnost i prostorni razvoj 1%; zdravstvo 1,2%; rekreacija, kultura, sport, društva i neprofitne delatnosti 52,0%; obrazovanje (predškolsko i osnovna škola) 6,5%; i socijalno osiguranje 0,8%.

Na osnovu ovih rezultata može se konstatovati da je procenat sadržaja lokalnih biltena *značajno veći* od udela prosečne budžetske potrošnje u sledećim poslovima: opštinski upravno-administrativni poslovi i rekreacija, kultura, sport, društava i neprofitne delatnosti.

Budžetski rashodi, u okviru slovenačkog preseka, su značajno *iznad udela* sadržaja u opštinskim biltenima pogotovo na području ekonomskog sektora, stambene delatnosti i prostornog razvoja, kao i obrazovanja.

Rezultati ukazuju da su sadržaji u vezi opštinskih upravno-administrativnih poslova *izuzetno loše* zastupljeni u gradskim opštinskim biltenima. Ti sadržaji se odnose na rad opštine i na upravljanje budžetom. Osnovni razlog je što gradske opštine većinu tih informacija prenose elektronskim putem. Karakteristično je, takođe, da gradske opštine većinom izveštavaju o infrastrukturnim projektima, kvalitetu korišćenja slobodnog vremena građana i ostalim aktivnostima za poboljšanje njihove dobrobiti. Više od polovine prostora u biltenima većih opština namenjeno je rekreaciji, sportu, kulturi i ostalim delatnostima, bez obzira što u proseku te delatnosti predstavlja samo 10% budžetskih rashoda. Ustanovilo se, takođe, da su u biltenima gradskih opština značajno *potcenjeni* poslovi vezani za obrazovanje, stambenu delatnost i prostorni razvoj i ekonomski sektor.

Male opštine u sopstvenim biltenima *znatno više* pišu u vezi delatnosti uprave i budžeskim poslovima, bez obzira što je suštinski aspekt budžeta izuzetno potcenjen. U medijima problematika budžeta nije prisutna osim ako se to ne odnosi na njegov rebalans. Kao i kod gradskih opština nesrazmerno mnogo prostora dato je temama iz sporta, kulture i ostalih neprofitnih aktivnosti. Obrazovanje, stambena delatnost i prostorni razvoj slabo su zastupljeni. Ekonomskom sektoru nije namenjen odgovarajući deo u biltenima, mada se njima posvećuje znatno veća pažnja u novinama ekonomski razvijenih opština.

Interesantna je činjenica da u opštinskim medijima za oblast obrazovanja, koji je prema udelu budžetskih rashoda najbitniji posao opštine, ne postoji adekvatno informisanje javnosti. To je sigurno jedan od glavnih razloga zašto, npr. na području vaspitanja dece, partnerstvo škola i vrtića napreduje tako sporo. Ovo je svakako bitan faktor kvaliteta života, ali tome opštine ne posvećuju dovoljno pažnje.

Korišćenje interneta i društvenih mreža je sve važniji kanal informisanja građana o delatnostima lokalne samouprave. Opštine ih često koriste. Ponekad su sve najbitnije novosti prvo objavljene na sajtu opštine, a tek kasnije (moguće posle samog događaja) i u štampanim biltenima. Treba napomenuti da deo slove-

načke populacije ne koristi informacije i podatke u elektronskom obliku⁴³, tako da su mnogi događaji i aktivnosti ostali medijski nepokriveni. To dovodi do informacionog deficita, koji određenom delu stanovništva ograničava učešće u upravljanju opštinom.

S obzirom na pitanja koja su bila postavljena i rezultate istraživanja može se zaključiti: *da struktura opštinskih medija nije srazmerna budžetskim rashodima, kao i da se struktura sadržaja biltena gradskih opština razlikuje od strukture sadržaja biltena ostalih opština.*

ZAKLJUČAK

Lokalna samouprava je efikasna u obavljanju svojih zadataka samo kad ima dovoljno podataka i informacija i kad je u stanju da ih na odgovarajući način emituje, pre svega građanima. Najčešće se informacije i podaci prenose na dnevnoj bazi putem lokalnih i nacionalnih medija, ali i glasila lokalne samouprave koji izveštavaju o mnogim bitnim pitanjima iz nadležnosti njenog rada. Ispitivanje koje je sprovedeno u Sloveniji ukazuje na disproporciju potrebnog i postojećeg stanja. Naime, građani su manje informisani o suštinskim pitanjima (javni red i bezbednost, ekonomski sektor, zaštita životne sredine, stambena delatnost i prostorni razvoj, zdravstvo, obrazovanje, socijalno osiguranje), a nesrazmerno više o rekreaciji, kulturi, sportu, društvima i neprofitnom delatnostim. Dostupnost i transparentnost podataka i odnos medija i lokalnih zajednica prema građanima ukazuju ne samo da nema informisanog građanina, već je zabrinjavajuća transparentnost u kojoj ne postoji razumevanje informacije - neprozirnost transparentnosti. Ključ za prevazilaženje ovog stanja je razvoj i primena principa odnosa s javnošću koji povezuje lokalnu samoupravu, medije i korisnike upravnih usluga. Način i učestalost komunikacije, kao i njena usmerena strategija pomažu da se javnost upozna brže i lakše sa podacima i informacijama i time ih učini dostupnim i podobnim za ostvarivanje demokratije.

Regulativa Slovenije i Srbije ukazuje da su nacionalni propisi veoma slični i da se ovim okvirima daje solidna osnova za decentralizaciju i demokratizaciju. Međutim, treba istaći da postoje još uvek međusobne neusklađenosti između zakona i drugih propisa u Srbiji, kao i sa pravom Evropske Unije. Posebno zabrinjava zaostalost u regulaciji modernih, ali sad već u drugim zemljama standardnih, elektronskih usluga, komunikacija i poruka.

⁴³ Mediji u elektronskom obliku se razlikuju od elektronskih medija u koje spadaju radio i televizijske stanice, komercijalne radio ili televizijske stanice, kablovska televizija i satelitska televizija.

SREČKO DEVJAK, LL.D.,

Professor, Faculty for Administration, Ljubljana, University of Ljubljana

MIRJANA DRAKULIĆ, LL.D.,

Professor, FON University of Belgrade

MILENA KALACUN-LAPAJNE, odgovorni urednik Slovenske novice online, Ljubljana,

RATIMIR DRAKULIĆ, LL.M.,

Assistant, FON University of Belgrade

LEGAL REGULATION OF THE ROLE OF MEDIA IN DEMOCRATIZATION OF LOCAL GOVERNMENT

Summary

In democratic and market oriented systems, public administration is constantly facing with various challenges. The processes of transformation and transition have brought higher level of decentralization and active citizens' participation, especially in local self-governments. It is obvious that new concepts in administration and local self-government needs to adopt models of market oriented business system, especially in the field of internal and external communications. The complex structure of public administration and high amount of services' users present great demands for implementation of public relations activities, which results and effects are not measured by profit, rather by intangible categories, such as trust, cooperation, partnership etc. On the other hand, all target audiences are interested in activities of local self-government, for those activities are directed to them and whole community. In contemporary modern administrative space one of pre-condition for successful doing activities of public administration/local self-government is building of positive, mutual benefit relations with all target audiences, especially users of services. However, it used to be only informing of general public about programmes and activities that had already been defined. Citizens' satisfaction with public administration functioning could be achieved by implementation of two-way communication with them, where they are partners in processes of defining and implementing strategies and plans of functioning. Regulation communication and the role of media in the democratization of local government should focus its efforts towards defining and developing standards of the profession of public relations, especially in the electronic environment. That means defining and development of standards of public relations profession in public administration and its specific mode related to electronic environment. This is to bring benefits to general public, but also to facilitate local self-government to become real "service of citizens".

*BORČE DAVITKOVSKI,
ELENA DAVITKOVSKA,
DRAGAN GOCEVSKI*

POLOŽAJ ADMINISTRATIVNOG SLUŽBENIKA U NOVOJ LEGISLATIVI REPUBLIKE MAKEDONIJE

U V O D

Službenički sistem u Republici Makedoniji je konstituiran donošenjem prvog Zakona o državnim službenicima [ZDS] 2000.¹ god., čime je delimično rešen pravni status zapošljenih u javnom sektoru. Ovim zakonom reguliran je položaj zapošljenih u ministarstvima i jedinicama lokalne samouprave. Tokom 2010-te godine donešen je i Zakon o javnim službenicima [ZJS]², čime je napravljen pokušaj da se uredi pravni status ostalih zapošljenih u javnom sektoru. Ovaj pokušaj, da se sa dva normativna teksta, uredi status i položaj zapošljenih u javnom sektoru (Zakon o državnim službenicima i Zakon o javnim službenicima) pokazao se pogrešnim. Prvi, je pretrpeo ogroman broj izmena i dopuna. Svega 27 od

Dr Borče Davitkovski, profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" – Skoplje, Univerzitet "Sv. Kiril i Metodije"

Dr Elena Davitkovska, docent Univerziteta American Colledge Skoplje.

Mr Dragan Gocevski, asistent Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" – Skoplje, Univerzitet "Sv. Kiril i Metodije".

¹ Zakon o državnim službenicima (Služeni list Republike Makedonije, br. 59/2000.

² Zakon o javnim službenicima (Služeni list Republike Makedonije, br. 52/2010).

2000. do 2012. god.,³ a drugi⁴ nakon nekoliko odluka Ustavnog suda RM, postao je faktički neprimjenjiv⁵.

Nadležno Ministarstvo informatičkog društva i administracija, za prevazi- laženje ovakog pravnog stanja pripremi- lo je Zakon o administraciji, koji će biti predmet elaboracije ovog rada, i to u njegovoj poslednjoj verziji iz 11.7.2012. objavljene na Veb stranici Skupštine RM.

OPŠTI PRIKAZ ZAKONSKIH ODREDBI

Kako što se može videti, iz samog naslova Zakona, zakonodac pokušava pravni status (svih) zapošljenih u javnom sektoru pod jedan naslovna Zakona – “administracija”. Ovim pojmom, novi Zakon obuhvata zapošljene u klasičnim organima državne uprave i jedinica lokalne samouprave čiji je pravni status do sada (i još uvek zaključno decembrom 2012) bio uređen ZDS, tako i zapošljene u ustanovama, fondovima, javnim preduzećima i drugim regulatornim telima i paradržavnim organima čiji je status do sada (i još uvek, zaključno decembrom 2012) regulisan ZJS.

Od strukture pravnog normiranja može se zaključiti da prvi deo Zakona, odnosno Glava I zaključno sa Glavom VIII je posvećen regulisanjem pravnog statusa i položaja svih zapošljenih u javnom sektoru koji imaju status administracije, u Glavi IX do Glave XIII pravno se normiraju specifičnosti zapošljenih u klasičnoj državnoj upravi i jedinicama lokalne samouprave zajedno sa sistemom za platu i naknade za platu držvanih službenika. Poseban deo, odnosno Glava XIV i XV posvećen je posebni položaj zapošljenih u javnoj administraciji shvaćenoj u širem smislu reči, za na kraju da zakonodavac u Glavi XVII reguliše jedinstveni registar državnih službenika, nadzor i preodne i završne odredbe.⁶

³ Pregled izmena i dopuna Zakona o državnim službenicima: (Služeni list Republike Makedonije, br. 59/2000, 112/2000, 30/2001, 34/2001, 103/2001, 43/2002, 98/2002, 100/2002, 17/2003, 40/2003, 84/2003, 85/2003, 17/2004, 69/2004, 81/2005, 61/2006, 36/2007, 118/2008, 128/2008, 161/2008, 6/2009, 114/2009, 1/2010, 35/2010, 167/2010, 36/2011, 6/12 и 24/12).

⁴ Pregled izmena i dopuna Zakona o javnim službenicima: (Služeni list Republike Makedonije, br. 52/2010, 36/2011, 86/2011, 132/2011, 6/2012, 24/2012, 27/2012, 53/2012).

⁵ “Prikaz na najnovoto službeničko zakonodavstvo vo Republika Makedonija” Davitkovski B., Pavlovska-Daneva A., Delovno pravo izdanje za teorija i praktika na pravoto, Godina XII, 6p. 25, Skoplje, Oktobar, 2011, str. 172.

⁶ Za šire vidi: Radna verzija Zakona o administraciji, 11.7.2012.

DEFINICIJA ADMINISTRATIVNOG SLUŽBENIKA

Ukoliko se da komentirati sadržaj radnog teksta Zakona o administraciji (ZA), u poređenju sa rešenjima utvrđenim ZDS i ZJS, novi tekst predstavlja konsolidaciju postojećih propisa sa relativno malo novina o kojima će stati reč dalje u radu. Kako što smo već naveli, prvi deo zakonskog teksta posvećen je na opšto regulisanje statusa, prava i dužnosti zapošljenih u javnom sektoru oslovljavajući ih jedinstvenim terminom "administrativni službenici". U posebnom delu zakona je ureden status Agencija za administraciju (sada AA, osnovana kao Agencija za državne službenike ZDS, 2000).

Saglasno sa novim propisom, etabliraju se osnovni principi za rad administrativne službe, kojima se treba obezbediti: ustanost i zakonitost, transparentnost, zaštita prava stranaka i zaštita javnog interesa, servisna orijentacija administrativne službe, jednakost, nepristrasnost i objektivnost, dostupnost i prikladna i pravična zastupljenost, profesionalno ponašanje u službi, ekonomičnost i doverljivost, zapošljavanje zasnovano na zasluge i vrednosti kandidata, uključujući i radne kompetencije. Pre da produžimo sa definiranjem administrativnog službenika po novom Zakonu o administraciji, a s ciljem da izbegnemo nespornost i konfuziju pri primeni terminologije u pravnoj praksi, osećamo potrebu da objasnimo primenu termina "administracija" u širem kontekstu. Imenom u savremenoj literaturi i pravnoj misli, pojam administracije ima širi opseg od onog predviđenog Zakonom o administraciji. Pa tako, pojam administracije se može definisati sa dva aspekta: administracija u funkcionalnoj i u organizacionoj smisli. To znači, da ovaj pojam ima dvojno značenje, pa postaje jasno da odgovor na pitanje "šta administracija znači" ne može biti jednostavan i zahteva objašnjenje sa najmanje dva aspekta.⁷

Funkcionalni pojam administracije, još se naziva i materijalni pojam. Sama reč "funkcionalan" govori da je reč o funkciji, akciji, delatnosti, aktivnosti, a u konkretnom slučaju misli na upravnoj, administrativnoj funkciji koju vrše određeni organi javne administracije.

Znači, definisanje u funkcionalnoj ili materijanoj smisli je u suštini odgovaranje na pitanje – šta javna administracija radi? Tako, dolazimo do odgovora da ona upravlja javnim poslovima.

Funkcionalni pojam administracije sačinjavaju:

1. Upravna funkcija – skup delatnosti koje znače izvršavanje vlasti, a ona uključuje: autoritativne aktivnosti izdavanja raznih dozvola i licenci, izricanje za-

⁷ Grizo N., Gelevski S., Davitkovski B., Pavlovska-Daneva A., Administrativno pravo, Praven fakultet, Skoplje, 2011, str. 13.

brana i nametanje obaveza građanima koje ukoliko ne budu izvršene dobrovoljno podrazumevaju primenu prinude.

2. Administrativna delatnost – skup: autoritativnih i neautoritativnih aktivnosti koje se izvršavaju zbog ostvaravanja socijalnih ili društvenih ciljeva, odnosno, ciljeva koji su u zajedničkom interesu svih građana.

Organizacioni pojam administracije još se naziva formalnim pojmom. Reč “organizacioni” navodi na činjenicu da se radi o organu, organizaciji. Pritom, misli se na administrativni organ odnosno administrativnu organizaciju. Tako, administracija u svom drugom, organizacionom značenju predstavlja skup organa, odnosno institucija kojima je povereno upravljanje javnim poslovima. Te institucije, znači, mogu biti javne (državni, i jedinice lokalne samouprave), no i privatne (kada su im dodeljena javna ovlašćenja). Bez ogleđanja na činjenicu, stajanje li reč o administraciji koju sačinjavaju samo javne institucije, ili administracija u smislu privatnih subjekata kojima su dodeljena javna ovlašćenja za sprovođenje javnih politika, neophodno je da svi ovi subjekti poštuju propise kojima su definisani uslovi pod kojima posluju. Većina ovih propisa, su akti iz oblasti upravnog prava.

Znači, tokom opredeljivanja administracije iz organizacionog ili formalnog aspekta, kreće se od subjekata koje vrše određene delatnosti, a ne iz prirode i karaktera delatnosti. Javna administracija iz organizacionog /formalnog aspekta (najšira smisla) obuhvata: Državnu upravu – ministarstva, organe u sastavu, upravne organizacije; Lokalnu samoupravu – gradonačelnika, savjet grada/opštine; Javne službe – ustanove iz obrazovanja, nauke, kulture; Fondove – zdravstveni, penziski, za vode, za puteve; Javna preduzeća; Trgovska društva sa javnim ovlašćenjima, i Nevladine organizacije sa javnim ovlašćenjima.⁸

Iz izloženog se može videti da u teoriji, pojam administracije ima sveobuhvatno značenje, i sadrži institucije, kadar i pravne propise koje uređuju ove aspekte javne administracije no i nadležnosti koje se dodeljuju organizacijama sa javnim ovlašćenjima. Iz ovoga, može se zaključiti da Zakon o administraciji, pod terminom “administracija” podrazumeva samo jedan segment onoga što se u teoriji obrađuje pod tim terminom, a to su kadrovi u administraciji.

Pa tako, Zakonu o administraciji, organizacionom definicijom administrativnih službenika, locira administraciju kao zapošljene u organima centralne i lokalne vlasti, i to: Stručna služba Skupštine Republike Makedonije; Kabinet Predsednika Republike Makedonije; Kancelarija Predsednika Vlade Republike Makedonije; Stručne službe Vlade Republike Makedonije; Organi državne uprave (ministarstva, organi u sastavu, upravne organizacije i samostalni organi državne

⁸ Grizo N., Davitkovski B., Pavlovska-Daneva A., Javna administracija, Praven fakultet, Skoplje, 2011, str. 14.

uprave) i drugi državni organi; Institucije iz oblasti osnovnog, srednjeg i visokog obrazovanja, kulture, zdravstva, rada i socijalnih poslova, socijalne zaštite i zaštite dece; Administracija u opštinama i Grada Skoplja.

Isključci iz organizacione definicije administrativnog službenika saglasno sa novim propisom, u smisli, zapošljena lica u aministraciji čiji posao se sastoji u neposrednom izvršavanju delatnosti društvenog interesa su: Zdravstveni radnici i saradnici zapošljeni u zdravstvenim ustanovama; Umetnici, pomoćno umetnički kadar i stručni zapošljeni u ustanovama iz oblasti kulture; Naočnp-nastavni kadar i pomoćno-nastavni kadar zapošljen u visokoobrazovnim ustanovama; Zapošljeni u javnim preduzećima i trgovskim društvima formiranim od Republike Makedonije, opštinama, opštinama u gradu Skoplje i Grad Skoplje; Zapošljeni u pravosuđu; Zapošljeni u regulatornim telima; Zapošljeni sa posebnim dužnostima utvrđeni zakonom; Rukovodna lica administrativne službe; Zapošljeni u administraciji koji izvršavaju pomoćne i tehničke poslove.

Način zapošljavanja, nagrađivanja i napredovanja u službi, način prestanka radnog odnosa kao i druga prava i obaveze ovih zapošljenih uređeni su opštim propisima za radne odnose, kao i zakoni koji uređuju prikladnu oblast.

Jedina zakonska obaveza predviđena Zakonom za administraciju koja nedvosmišljeno ostaje kao obaveza za sve zapošljene u javnom sektoru je evidentiranje u Registru državnih i javnih službenika.

U predloženom tekstu Zakona o administraciji vrši se i funkcionalno definiranje pojma administrativnog službenika, kao lice koje izvršava poslove povezane sa funkcijama države, radi poslove iz javnog interesa utvrđenog zakonom, u saglasnosti sa Ustavom Republike Makedonije, zakonima i međunarodnim ugovorima ratifikovanim saglasno sa Ustavom.

Značenje izraza korišćenih u Zakonu o administraciji

Administracija: Zapošljeni u administrativnoj službi;

Administrativna služba: Državna služba i javna služba;

Administrativni poslovi: Svi akti i delatnosti putem kojih se izražavaju i izvršavaju nadležnosti administrativne službe;

Administrativni službenik: Lice zapošljeno u administrativnoj službi sa statusom državnog ili javnog službenika;

Sekretar: Generalni sekretar, državni sekretar, sekretar opštine, sekretar opštine u gradu Skoplju i sekretar Grada Skoplja;

Državni službenik: Lice zapošljeno u državnoj službi koje vrši poslove iz nadležnosti organa u saglasnosti sa Ustavom i zakonom;

Državna služba: Organi državne i lokalne vlasti i drugi državni organi, osnovani saglasno sa Ustavom i zakonom;

Javni službenik: Lice zapošljeno u javnoj službi, koje vrši poslove povezano sa delatnosti javne službe, saglasno sa zakonom;

Javna služba: Institucije u kojim se vrše delatnosti javnog interesa iz oblasti: obrazovanja, zdravstva, kulture, nauke, rada i socijalnih poslova, socijalna zaštita i zaštita dece, organizovane kao ustanove, fondovi, agencije i kao drugi vidovi delatnosti i službi javnog interesa osnovane saglasno sa zakonom;

Javna usluga: Vršenje usluga javnog interesa utvrđenog zakonom;

Delatnost javnog interesa: Javna usluga koju vrše institucije u kojima se izvršavaju delatnosti: obrazovanja, zdravstva, kulture, rada i socijalnih poslova, socijalna zaštita i zaštita dece, organizovani kao ustanove, fondovi, agencije, javna preduzeća i drugi vidovi delatnosti i službi javnog interesa osnovani saglasno sa zakonom;

Javno ovlašćenje: Ostvarivanje javnog interesa utvrđenog zakonom;

Rukovodeće lice administrativne službe: Imenovano ili izabrano lice saglasno sa zakonom ili drugim propisom, koje rukovodi državnom službom kao i rukovodeći organ koji rukovodi javnom služnom saglasno sa zakonom;

Lice sa posebnim dužnostima i ovlašćenjima: Lica zapošljena u administrativnoj službi čija ovlašćenja, prava, dužnosti i odgovorosti su utvrđena posebnim zakonom;

Pomoćni i tehnički personal: Zapošljeni u administrativnoj službi koja vrše pomoćne i tehničke poslove utvrđene Zakonom o administraciji ili drugim zakonom;

Radne kompetencije: Skup znanja, ponašanja, veština i pristupa potrebne za vršenje određenog posla;

Prikladno radno mesto: Radno mesto koje odgovara stepenu i vidu obrazovanja, radnim kompetencijama, kao i radnom iskustvu administrativnog službenika;

Radno iskustvo u struci: Vreme radnog staža ili prikladnog radnog iskustva stečeni u struci nakon završenja prikladnog stepena obrazovanja administrativnog službenika;

Registar državnih i javnih službenika: Jedinствена elektronska baza podataka, kao integrisani informaciski sistem za zapošljene u državnoj i javnoj službi i za zapošljena lica u administrativnoj službi koja nemaju status administrativnog službenika a koja svoja prava radnog odnoga ostvaravaju saglasno sa posebnim i opštim propisima o radnim odnosima;

Jedinstveni lični identifikator: Jedinствен nepromenljiv i neponovljiv identifikaciski broj administrativnog službenika koji se opredeljuje elektronski;

Obrada podataka: Svaka operacija ili skup operacija koje se izvodi na osnovu podataka, automatski ili na drugi način, kao što je unošenje: memorisanje, or-

ganizovanje, promena, pretraživanje, analiziranje, korišćenje, čuvanje, otkrivanje, izdavanje na korišćenje, prenošenje, preuzimanje, razmena, povlačenje, blokiranje, brisanje i uništavanje;

Administriranje baze: Skup mera i aktivnosti za održavanje integriteta podataka u bazi; Obezbeđivanje prikladnog nivoa zaštite i dostupnosti podataka; Održavanje, nadzor i zaštita sistema za obradu podataka; Održavanje, nadzor i zaštita mreže za pružanje na korišćenje podataka; Dizajniranje i nadzor performansi baze i sprovođenje standarda za upotrebu i bezbednost baze.

Zakon o administraciji, predviđen je kao *Lex Generalis* propis, odnosno Zakon sa opštom primenom na celu administraciju, ali nije jedini propis koji uređuje sva pitanja statusa administrativnih službenika. Naprotiv, ovaj Zakon, najpodrobnije uređuje status samo dela zapošljenih – onih sa statusom državnog službenika. Za pitanja koje se odnose na posebnosti pri zapošljavanju, prava i dužnosti, odgovornost, ocenjivanje, prestanak zapošljenja, zaštite i odlučivanja o pravama i obavezama iz radnog odnosa administrativnih službenika, za koje je zakonom utvrđen poseban postupak, primenjuje se načelo *Lex Specialis Derogat Lex Generalis*, po kojim za ova pitanja se primenjuju odredbe posebnog zakona. Ista pravila, primenjuju se i na platu i naknade plata za administrativne službenike, pa tako, oni su uređeni Zakonom o administraciji ili drugim zakonom i kolektivnim ugovorom.

Za sva ona pitanja o statusu, pravu i obavezama administrativnih službenika, koja nisu uređena Zakonom o administraciji, kao i pitanja za koja ovaj Zakon ne upućuju na primenu drugog zakona, a odnose se na administrativne službenike, primenjuju se opšti propisi iz radnih odnosa.

NAČELA ZA RAD ADMINISTRATIVNIH SLUŽBENIKA

Principi i načela na kojim administrativni službenici (u celosti) izvršavaju svoje radne zadatke, a koji su predviđeni radnim tekstom Zakona o administraciji imaju obavezan karakter i primenjivi su na celu administraciju. Osnovna načela utvrđena Zakonom o administraciji su: načelo zakonitosti, načelo transparentnosti, načelo zaštite prava stranaka i zaštita javnog interesa, načelo servise orijentacije administrativnih službenika, načelo jednakosti nepristrasnosti i objektivnosti, načelo nediskriminacije, načelo dostupnosti, načelo prikladne i pravnične zastupljenosti, načelo prikladnog ponašanja administrativnih službenika, načelo ekonomičnosti i načelo poverljivosti.

Deo ovih načela kao takva, utvrđeni su Ustavom, Zakonom o opštom upravnom postupku (iako sa izvesnim terminološkim razlikama) i drugim propisima, kao što sui: načelo zakonitosti, načelo transparentnosti, načelo zaštite pra-

va stranaka (npr. u upravnom postupku) i zaštita javnog interesa⁹, načelo servisne orinetacije administrativnih službenika¹⁰, načelo jednakvosti nepristrasnosti i objektivnosti, i načelo ekonomičnosti.

Druga načela poput: načela nediskriminacije, načela prikladne i pravične zastupljenosti, načelo prikladnog ponašanja administrativnih službenika i načelo poverljivosti su "svojevrsna" novina u Zakonu o administraciji. Iako, može se reći da su više dopreciziranje već pomenitih načela (na pr. kako se načelo nediskriminacije razlikuje od načela zakonitosti) a tim se može postaviti i pitanje o njihovoj izlišnosti. No, ne bi trebali prejudicirati, pitanje o celishodnosti unošenja ovih odredaba i pretstavljaju li korisna dopreciziranja i konkretizacije ili nomotehničko opterećenje ostaće neodgovoreno dok novi zakon ne stupi u snagu, nakon čeka će se tek proveriti njihova primena u praksi. Ostala načela, poput prikladne i pravične zastupljenosti su posledica ustavnih izmena (koje su i same posledica usvajanja Ohridskog okvirnog ugovora u 2001). Načelo ponašanja administrativnih službenika e reafirmacija načela zakonitosti, načela objektivnosti i nepristrasnosti, kao i ustavne odredbe za depolitizaciju javnih službi.¹¹ Može se reći, da ovo načelo u velikoj meri upućuje na poštovanje etičkih kodeksa u administraciji.

Načelo poverljivosti možemo zaključiti da je izlišno, jer pominje ponašanje koje je izrično zabranjeno i kao takvo pretstavlja: krivično delo po Kaznenom zakonu, ozbiljan disciplinski prestup po Zakonu o administracija (i prethodno ZDS), povredu prava na privatnost po Zakonu za zaštitu ličnih podataka, i konačno povredu propisa o klasificiranim informacijama.¹²

ZAKLJUČAK

Iz izloženog, kao generalni zaključak može se izvući da je zakonodavac namerno celokupnu problematiku vezanu za pravni status, prava, dužnosti, odgovor-

⁹ Čl. 12, st. 3 Zakon o administraciji: Kada administrativni službenik u toku postupka dozna ili oceni da opredeljena strana ima osnov za ostvarenje nekog prava, dužan je stranci ukazati na to; ovo načelo odgovara načelu pomoći neuke stranke, utvrđeno čl. 18 Zakona o opštom upravnom postupku (Službeni list Republike Makedonije, br. 38/2005, 110/2008, 118/2008, 51/2011).

¹⁰ Čl. 13 st. 1, Ibid, identičan sa Čl. 7, ZOUP, samo proširen još jednim stavom (st. 2).

¹¹ Čl. 17, Ibid., Administrativni službenik izvršava poslove i radne zadatke profesionalno, efikasno i efektivno, pritom ostvarujući nadležnosti administrativne službe... vrši svoj posao nepristrasno, bez političkog uticaja i političkih ubeđenja, ne rukovodi se iz ličnih finansiskih i drugih interesa, ne zlostavlja ovlašćenja i status koji ima kao administrativni službenik, i štiti ugled administrativne službe.

¹² Čl. 19, Ibid., Administrativni službenici tokom rada sa ličnim podacima i klasificiranim informacijama postupaju salgasno sa zakoom i propisima donešenim na osnovu tog zakona.

nosti, napređivanje, nagrađivanje, obuku, plate i sl., zapošljenih u javnom sektoru urediti jednim jedinstvenim aktom.

Ipak, kao i u prethodnim Zakonom o državnim službenicima gde je predviđena supsidijarna primena Zakona o radnim odnosima i primena posebnih materijalnih propisa koji regulišu statusni položaj zapošljenih u državnoj administraciji, i kao i u Zakonu o javnim službenicima gde nije bila predviđena supsidijarna primena Zakona o radnim odnosima no u čl. 4 isti nabarajanjem oblasti (obrazovanje, zdravstvo, nauka, kultura, javna preduzeća, komunalna preduzeća itd.) je predvideo mogućnost primenom posebnih zakona da se reguliše pravni položaj zapošljenih u javnom sektoru. Ovaj Zakon, pokušava na dualan način regulisati prijašnje istustvo od Zakona o državnim službenicima i Zakona o javnim službenicima.

Tako, Zakon o administraciji sa jedne strane, o pitanjima koje se odnose na posebnosti pri zapošljenju: prava i dužnosti, odgovornost, ocenjivanje, prestanak radnog odnosa, zaštitu i odlučivanje o pravama i obavezama iz radnog za koje je utvrđen poseban postupak, predviđa primenu odredaba posebnog zakona, pritom, ne navodeći zasegnute oblasti na koje se odnose posebni propisi koji regulišu status zapošljenih.

S druge strane, zakonodavac, isto tako predviđa za pitanja koja nisu uređena ovim zakonskim tekstom, kao i za pitanja za koje Zakon ne upućuje na primenu drugog zakona, a odnose se na administrativne službenike, predviđa primenu opštih propisa za radne odnose.

Na ovaj način, zakonodavac pravi uzrokuje pravno mešanje odnosno zajedničku nadležnost zakonskih propisa koji uređuju pravni položaj zapošljenih u javnom sektoru kao deo javnog prava, sa pravnim propisima koji regulišu pravni položaj zapošljenih u privatnom sektoru kao deo privatnog prava, ali sa subsidiarnom primenom privatnog prava za slučajeve kada postoji pravna praznina ili neregulisani odnosi iz javne sfere.

Nameće se zaključak, da bi bilo bolje, da zakonodavac sa ovim jedinstvenim zakonskim propisom na jedan sveobuhvatan način reguliše status i pravni položaj zapošljenih u javnom sektoru, pri tom, ne omogućujući subsidiarnu primenu odredaba Zakona o radnim odnosima čime bi se prevazišle eventualne specifičnosti radnih odnosa koje nisu uređene Zakonom o administraciji, zbog pravnog vakuuma da nađu primenu u javnoj sferi.

Ostale su neregulisane ceo niz oblasti koje su bitne za status zapošljenih u javnom sektoru. Pa tako, odredbe za mobing, mentorstvo, konflikt interesa koji nastaje među zapošljenih u javnom sektoru sa organima administracije, a posebno sa rukovodnim strukturama administracije, moraju naći svoje mesto u pravnom regulisanju niz oredbe ovog zakonskog teksta. Nije dovoljno, da postoji su-

bsidijarna primena Zakona o radnim odnosima, u pogledu mobinga. Posebno, kada je mobing u privatnoj sferi sasvim različan od mobinga koji može nastati i koji se svakodnevno javlja a koga nije predviđena adekvatna pravna zaštita u javnom sektoru.

Kao opšti zaključak, želimo istaći da je dobro što konačno u Makedoniji, jedinstvenim zakonskim tekstom se reguliše pravni status, položaj, prava i obaveze i sl., svih zapošljenih u javnom sektoru, međutim, tim propisom se moraju na jedan sveobuhvatan način regulisati sve nedorečenosti urešene Zakonom o radnim odnosima a koje se subsidierno odnose na administraciju.

BORČE DAVITKOVSKI, LL.D.,
Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus",
"St. Cyril and Methodius" University, Skopje
ELENA DAVITKOVSKA, LL.D.,
Assistant Professor, American Colledge University, Skopje,
DRAGAN GOCEVSKI, LL.M.,
Assistant Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus",
"St. Cyril and Methodius" University, Skopje

CIVIL SERVANT STATUS ACCORDING TO CONTEMPORARY LEGISLATION IN MACEDONIA

Summary

The Civil Service system in Macedonia, was formally constituted with the adoption and enactment of the Law on Civil Service in 2000. A flaw made than, was that it regulated the status of only a small margin of public sector employees: those employed in government agencies, ministries and units of local self government. Throughout 2010, the Law on Public Servants was enacted, attempting to regulate the status of the remaining public sector employees. This 10 year long run, on regulating the status of a large number of peoples status, with two separate Laws, proved to be erroneous. As the Law on Civil Servants saw 27 ammendments since it's adoption till 2012, and the Law on Public Servants was succumbed to a number of Constitutional Court Decisions which rendered it's text, virtually unusable.

With a goal, to remedy this situation, the competent Ministry for Information Society and Administration had prepared and published (11th of august 2012) the Law on Administration, whose current text shall be the subject of this papers analysis.

ALEKSANDRA RABRENOVIĆ

(DE)POLITIZACIJA DRŽAVNE UPRAVE U ZEMLJAMA BIVŠE JUGOSLAVIJE

– Nadmoć politike nad pravom –

U V O D

Politizacija državne uprave jedna od najinteresantnijih i kontroverznijih tema upravne nauke od samog početka njenog nastanka.¹ Iako određeni nivo politizacije jeste normalna pojava i karakteriše većinu savremenih demokratija,² ekscesivna politizacija nesporno šteti razvoju kapaciteta državne uprave, koja usled nedostatka profesionalnog kadra nije u mogućnosti da pruži adekvatne odgovore na društvene i ekonomske izazove, posebno u zemljama u tranziciji.³ Opšteprihvaćeno mišljenje u nauci o upravi je da politizovana državna uprava manje efikasna od profesionalne uprave koja je zasnovana na sistemu sposobnosti i kvaliteta (merit based system).⁴

Dr Aleksandra Rabrenović, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

¹ Wilson Woodrow, "Study of Administration", *Political Science Quarterly* 2, 1887; Goodnow, J.F. (1900) "Politics and Administration: A Study in Government" (New York: Russell and Russell), str. 17–26.

² Peters B.G, Verheijen T, Vass L (2005), *Coalitions of the Unwilling? Politicians and Civil Servants in Coalition Governments*, NISPAcee, Bratislava.

³ Meyer-Sahling, H., J., (2008) "The changing colours of the post-communist state: The politicisation of the senior civil service in Hungary". *European Journal of Political Research*. Vol. 47; strana 1–33.

⁴ Pusic E. (1978), *Nauka o upravi*, (Školska knjiga, Zagreb); Kavran, D. (2003), *Javna uprava- reforma, trening, efikasnost*, (Savet za državnu upravu, Udruženje za javnu upravu Srbije, FON i

Nedavno donošenje novog Zakona o ministarstvima,⁵ kao i izmena i dopuna Zakona o Narodnoj banci⁶ nakon formiranja nove Vlade Republike Srbije, vratilo je pitanje politizacije u fokus interesovanja kako domaće, tako i međunarodne javnosti. Naime, članom 38. Zakona o ministarstvima predviđeno je da ministar može 45 dana od dana stupanja na snagu ovog zakona predložiti Vladi razrešenje državnog službenika na položaju, ukoliko državni službenik nije ostvario rezultate u radu. To je u suprotnosti sa Zakonom o državnim službenicima, koji jasno definiše i organičava razloge prestanka rada na položaju.⁷ Nova Vlada Republike Srbije je odmah nakon formiranja započela proces razrešenja službenika na položajima, čime je proces depolitizacije rukovodeće strukture državne uprave, koji se još na samom svom početku susreo sa mnogobrojnim teškoćama,⁸ zaustavljen i unazađen. Sa druge strane, izmene i dopune Zakona o Narodnoj banci Srbije dale su pravni osnov za razrešenje celokupnog rukovodstva Narodne banke i izbor novog guvernera i viceguvernera u roku od 90 dana od stupanja na snagu novog Zakona.⁹ Iako Narodna banka ne predstavlja deo državne uprave, niti njeni zaposleni imaju status državnih službenika, ugrožavanje samostalnosti ove institucije koja je po svojoj prirodi nezavisna, skrenulo je dodatnu pažnju na pitanje politizacije i veliku štetu koju ona sa sobom može doneti.

Interesantno je primetiti da se i hrvatska državna uprava nedavno se suočila sa veoma sličnim problemima. Naime, nakon parlamentarnih izbora krajem 2011. godine nova Vlada, uz podršku parlamentarne većine, izmenila je Zakon o državnim službenicima kojim je ukinula sva glavna rukovodeća radna mesta.¹⁰ Izmenama i dopunama Zakona omogućeno je Vladi da ovlasti rukovodeće držav-

Centar za javnu upravu); Peters, Guy and Pierre, Jon (2004) 'Politicization of the civil service: Concepts, causes, consequences' u Peters, Guy and Pierre, Jon (ur.) (2004) *Politicization of the Civil Service in Comparative Perspective: The quest for control*, London and New York: Routledge, str. 8.

⁵ Zakon o ministarstvima, "Službeni glasnik RS" br. 72/2012.

⁶ Zakon o Narodnoj banci, "Službeni glasnik RS" br. 72/2003, 55/2004, 85/2005, 44/2010, 76/2012.

⁷ 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 navršenjem radnog veka 6) ako da otkaz u pisanoj formi 7) ako bude razrešen.

⁸ Rabrenović A, "Depolitizacija rukovodeće strukture državne uprave Srbije – nemoguća misija?" Pravni život, br. 10/2011, II tom, str. 307–323.

⁹ Član 24. stav 2. i stav 3. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o Narodnoj banci "Službeni glasnik RS" br. 76/2012.

¹⁰ Član 5. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o državnim službenicima, "Narodne novine" 150/11, od 22.12.2011.

ne službenike koji su zatečeni u državnoj upravi da obavljaju svoje poslove najduže do šest mjeseci od dan stupanja na snagu novog Zakona.¹¹ Osobe zatečene na pomenutim radnim mestima koje nisu ovlašćene za privremeno obavljanje poslova Vlada je razrešila dužnosti.

Imajući u vidu aktuelnost teme koja prevazilazi nacionalne okvire, ovaj rad će razmotriti pitanje politicizacije državne uprave sa kojim se suočava većina zemalja bivše Jugoslavije. U tom smislu, biće analizirano zakonodavstvo, kao i praksa u ovoj oblasti u sledećim zemljama: Bosni i Hercegovini, (i to državnom nivou BiH), zatim Crnoj Gori, Hrvatskoj, Makedoniji i Srbiji. U radu će najpre biti analiziran pojam politicizacije, čime će biti uspostavljen teorijski okvir za njeno izučavanje u zemljama bivše Jugoslavije. Zatim će biti analiziran uspostavljeni pravni okvir depoliticizacije u pomenutim zemljama, koji se sastoji od pravljenja jasne razlike između statusa politički postavljenih lica i rukovodećih državnih službenika; uvođenja posebnih formalnih uslova za rad na rukovodećim radnim mestima, kao i obavezne konkursne procedure za rad na najvišim službeničkim radnim mestima u državnoj upravi. Zaključna razmatranja pokušaću da pruže odgovore na pitanje u kolikoj meri pravo može da ograniči politicizaciju i da li politika i u ovoj sferi društvenog života ima nespornu nadmoć nad pravom.

POJAM POLITIZACIJE DRŽAVNE UPRAVE

Pojam politicizacije državne uprave veoma je kompleksan i predmet je izučavanja velikog broja autora. Tako, na primer, teoretičar Rouban, smatra da najmanje tri različita fenomena mogu objasniti značenje pojma politicizacije. Prvi koncept definiše politicizaciju kao političku kontrolu koju izvršna vlast vrši nad državnim službenicima i njihovim učesćem u vođenju i sprovođenju upravne politike.¹² Drugi koncept odnosi se na proces postavljenja, napredovanja i razrešenja državnih službenika na osnovu političkih a ne profesionalnih kriterijuma. Treći element politicizacije odnosi se na proces političkog angažovanja državnih službenika kao "glasačke mašine" političkih partija. U tom smislu, političke partije očekuju od državnih službenika da im pruže glasačku podršku imajući u vidu da u mnogim zemljama državni službenici čine veliki i važan deo biračkog tela.

Slično tome, neki autori prave razliku između politicizacije sa "dna ka vrhu" i sa «vrha ka dnu». Tako, na primer, Pierre i Peters smatraju da politicizacija sa "dna

¹¹ Član 74a, izmenjen donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o državnim službenicima, "Narodne novine" 150/11, od 22.12.2011.

¹² Rouban, L., (2003) 'Politicization of the Civil Service', u Peters, B., G., and Pierre, J., (ur.) (2003) *Handbook of Public Administration*, London: Sage Publications, str. 311.

ka vrhu” označava proces u kome državni službenici uzimaju učešće u političkom životu kroz aktivno članstvo u političkim partijama.¹³ S druge strane, model politizacije “sa vrha ka dnu” odnosi se na nastojanje političara da uspostave svoju kontrolu nad radom državnih službenika.¹⁴ Takav vid kontrole se prvenstveno uspostavlja postavljanjem lojalnih kadrova, koji će bespogovorno pratiti naloge svojih političkih rukovodilaca. Na ovaj način političari žele da osiguraju da će državni službenici svoj rad i aktivnosti u potpunosti uskladiti sa njihovim političkim željama.¹⁵

Autor Meyer-Sahling posmatra politizaciju državne uprave kroz pravnu prizmu, pokušavajući da ustanovi u kojoj meri pravo može ograničiti politizaciju. U tom smislu, Meyer-Sahling je koncipirao poseban analitički model “formalne političke diskrecije”. Cilj ovog koncepta je određivanje stepena diskrecije koji opšti pravni akti ostavljaju političarima da mogu izvršiti uticaj na postavljenje i razrešenje državnih službenika, kao i na visinu njihovih zarada.¹⁶ Imajući u vidu da su nivoi zarada u velikom broju zemalja utvrđeni zakonom, bez značajnih mogućnosti dopunskog nagrađivanja, autor zaključuje da je pitanje zarada mnogo manje podložno političkoj diskreciji, za razliku od kadrovskih pitanja. Autor takođe zaključuje da je formalna politička diskrecija veoma izražena kod procesa postavljenja (kao i razrešenja) na rukovodeća radna mesta u državnoj upravi, dok je nešto manje izražena kada su pitanju nerukovodeća, izvršilačka radna mesta.¹⁷

U ovom radu koristićemo model formalne političke diskrecije autora Meyer-Sahlinga, kako bismo lakše analizirali napore zemalja bivše Jugoslavije da depolitizuju svoju državnu upravu, posebno njen rukovodeći deo. U tom smislu, posebna pažnja biće posvećena pojmu politizacije “sa vrha ka dnu”, koji se, kako smo pomenuli, odnosi se na nastojanje političara da na rukovodeća mesta postave lojalne kadrove, koji će bespogovorno pratiti njihove političke naloge. Analizujemo ograničiti na pitanje formalne političke diskrecije u procesu postavljenja na

¹³ Peters, G., and Pierre, J., (2004) ‘Politicization of the civil service: Concepts, causes, consequences’ u Peters, Guy and Pierre, Jon (ur.) *Politicization of the Civil Service in Comparative Perspective: The quest for control*, London and New York: Routledge, str. 6.

¹⁴ Sausman, Ch., and Locke, R., (2004) ‘The British civil service Examining the question of politicisation’ u Peters, Guy and Pierre, Jon (ur.) *Politicization of the Civil Service in Comparative Perspective: The quest for control*, London and New York: Routledge, str. 10.

¹⁵ Van der Meer, M., F., (et al.) (2007) ‘Western European Civil Service Systems: A Comparative Analysis’ u Raadschelders, C.N. Jos, (et. al.) (ur.) *The Civil Service in the 21st Century: Comparative Perspectives*, New York: Palgrave Macmillan, str. 42.

¹⁶ Meyer-Sahling, Jan-Hinrik (2006) ‘The Institutionalization of Political Discretion in Post-Communist Civil Service Systems: The Case of Hungary’. *Public Administration*, Vol. 84, No. 3; str. 699.

¹⁷ Ibid. str. 714.

rukovođeća radna mesta, kao jednom od najvažnijih pitanja (de)politicizacije državne uprave.

*Stepen formalne političke diskrecije u procesu selekcije
rukovođećih državnih službenika*

Razdvajanje pravnog režima rukovođećih državnih službenika od političkih funkcionera predstavlja osnovnu pretpostavku za depoliticizaciju uprave i osnovu ograničenja formalne političke diskrecije u postavljanju politički podobnih kadrova. U poslednjoj dekadi sve zemlje u regionu donele su zakone kojima se pravi jasna razlika između političkih i službeničkih radnih mesta u državnoj upravi.¹⁸ Mesta ministra, zamenika ministra, kao i savetnika ministra rezervisana su za politički postavljena lica, čiji je mandat vezan za mandat Vlade. Sa druge strane, radna mesta sekretara ministarstva (tajnik ministra u Hrvatskoj, državni sekretar u Makedoniji, sekretar i sekretar sa posebnim zadatkom u BiH), pomoćnika ministra (državni savetnik u Makedoniji), kao i direktora drugih upravnih organizacija, i organa uprave u sastavu ministarstava i njihovih pomoćnika su najviša službenička radna mesta, jer se popunjavaju putem konkursa i uglavnom nisu vezana za Vladin mandat.¹⁹

¹⁸ Republika Crna Gora: Zakon o državnim službenicima i namještenicima, "Sl. list Crne Gore", br. 50/08 od 19.08.2008, 86/09 od 25.12.2009, 49/10 od 13.08.2010, 50/11 od 21.10.2011; Republika Hrvatska: Zakon o državnim službenicima, "Narodne novine", br. 92/05, 107/07, 27/08, 49/11, 150/11, 34/12; Republika Bosna i Hercegovina: Zakon o državnoj službi u institucijama Bosne i Hercegovine, "Službeni glasnik BiH" br. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10, 40/12; Republika Makedonija: Законот за државните службеници "Службен весник на РМ", бр. 59/2000, 112/2000, 34/2001, 103/2001, 43/2002, 98/2002, 17/2003, 40/2003, 85/2003, 17/2004, 69/2004, 81/2005, 61/2006, 36/2007, 161/2008, 6/2009, 6/2012, 24/2012; Republika Srbija: Zakon o državnim službenicima, "Službeni glasnik RS", br. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009.

¹⁹ U Republici Srbiji i Republici Crnoj Gori radna mesta sekretara ministarstva i pomoćnika ministra popunjavaju se na period od pet godina. Na državnom nivou Bosne i Hercegovine sekretari ministarstva i pomoćnici ministra postavljaju se na neodređeno vreme, što bi trebalo da doprine se punoj depoliticizaciji ovih pozicija. Jedini izuzetak od imenovanja rukovođećeg državnog službenika na neodređeno vreme jeste pozicija sekretara za posebnim zadatkom koji se imenuje na određeni vremenski period koji nije duži od pet godina. Sekretar sa posebnim zadatkom se obično postavlja na radno mesto direktora nezavisne upravne organizacije i može obavljati tu funkciju maksimalno dva mandata. U Republici Makedoniji, rukovođećih državnih službenici (osim državnih sekretara) takođe se biraju na neodređeno vreme. Slična je situacija i u Republici Hrvatskoj, gde su radna mesta glavnog tajnika, zamjenika ravnatelja državnog ureda i sl. vezana za Vladin mandat, dok se drugi rukovođeći državni službenici (na pr. pomoćnici ministra) biraju na neodređeno vreme. Vidi: član 34. Zakona o državnim službenicima Crne Gore i Član 34. Zakona o državnoj službi u institucijama

Drugi važan pravni osnov depolitizacije jeste propisivanje minimalnih formalnih uslova za postavljenje na rukovodeće radno mesto, kao što su stepen stručne spreme i radno iskustvo. U Srbiji je to 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 devet godina odgovarajućeg radnog iskustva.²⁰ U Makedoniji se za rad na rukovodećem radnom mestu takođe traži univerzitetsko obrazovanje ali znatno manje radno iskustvo: pet godina radnog iskustva, od čega najmanje dve godine u državnoj upravi za rukovodioce sektora; najmanje četiri godine radnog iskustva, od čega najmanje jedna godina iskustva u državnoj upravi za njihove pomoćnike i rukovodioce odeljenja.²¹ Slično tome i u Crnoj Gori rukovodeće lice mora imati visoku školsku spremu, najmanje pet godina radnog iskustva i položen stručni ispit.²² U Bosni i Hercegovini se za rukovodeće pozicije takođe traži univerzitetsko obrazovanje (VII stepen stručne spreme, odnosno visoko obrazovanje prvog, drugog ili trećeg ciklusa Bolonjskog sistema studiranja).²³ Propisivanjem minimalnih uslova u pogledu stepena stručne spreme i radnog iskustva takodje se postavljaju važna ograničenja formalnoj političkoj diskreciji pri postavljanju službenika na rukovodeće radno mesto.

Najzad, važna osnova depolitizacije ogleda se u sprovođenju konkursa, koji formalno-pravno predstavlja obaveznu pretpostavku dolaska na rukovodeće radno mesto u svim zemljama bivše Jugoslavije. 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. Obaveznost sprovođenja internog ili javnog konkursa smatra se glavnim elemen-

Bosne i Hercegovine, "Službeni glasnik BiH" br. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10, 40/12; Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o državnim službenicima, "Narodne novine" br. 150/11, od 22.12.2011.

²⁰ Član 45, stav 2. Zakona o državnim službenicima, "Službeni glasnik RS", br. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009.; Vidi: Rabrenović A, "Depolitizacija rukovodeće strukture državne uprave Srbije- nemoguća misija?" *Pravni život*, br. 10/2011, II tom, str. 307-323.

²¹ Član 6. Zakona o državnim službenicima, "Службен весник на РМ", бр. 59/2000, 112/2000, 34/2001, 103/2001, 43/2002, 98/2002, 17/2003, 40/2003, 85/2003, 17/2004, 69/2004, 81/2005, 61/2006, 36/2007, 161/2008, 6/2009, 6/2012, 24/2012.

²² Član 32. Zakona o državnim službenicima i namještencima, "Sl. list Crne Gore", br. 50/08 od 19.08.2008, 86/09 od 25.12.2009, 49/10 od 13.08.2010, 50/11 od 21.10.2011.

²³ Član 22. stav 1. tačka c) Zakona o državnoj službi u institucijama Bosne i Hercegovine, "Službeni glasnik BiH" br. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10, 40/12.

tom procesa depolitizacije i ograničenja političke diskrecije u procesu selekcije rukovodećeg kadra u državnoj upravi.

Zemlje u regionu, međutim, razlikuju se po vrstama procedura koje koriste za popunjavanje rukovodećih radnih mesta. Dok neke zemlje koriste gotovo identične procedure za popunjavanje kako rukovodećih tako i nerukovodećih radnih mesta, druge primenjuju posebne procedure popunjavanja rukovodećih radnih mesta. Na taj način, i stepen formalne političke diskrecije u procesu selekcije razlikuje se od zemlje do zemlje.

U Republici Makedoniji procedura selekcije koja se koristi za popunjavanje nerukovodećih radnih mesta koristi se i za rukovodeća radna mesta, što predstavlja dobru praksu. Radna mesta pomoćnika ministra i njihovih zamenika popunjavaju se putem javnog konkursa koga oglašava Agencija za državne službenike.²⁴ Konkursna procedura sprovodi se od strane komisije, koju sačinjavaju državni službenici od kojih su dva službenika predstavnici organa u kome se bira državni službenik, a jedan je predstavnik Agencije.²⁵ Kandidati moraju da prođu kako pismeni test, koji se sastoji od opšteg i posebnog dela, tako i usmeni test.²⁶ Komisija predlaže 3 najuspešnija kandidata, od kojih, slično kao i u Srbiji, rukovodilac organa ima pravo da izabere jednog koji će biti predložen Vladi za postavljenje na rukovodeće radno mesto.²⁷

Na državnom nivou Bosne i Hercegovine postupak izbora rukovodećih službenika nešto je čak složeniji od postupka izbora državnih službenika ekspertskih radnih mesta. U postupku selekcije obavezan je pismeni test i intervjui, a broj pitanja na pismenom testu za rukovodeća radna mesta i šefove unutrašnjih organizacionih jedinica duplo je veći je od broja pitanja za radna mesta stručnih saradnika, viših stručnih saradnika i stručnih savjetnika.²⁸ Slobodna radna mesta oglašavaju se od strane Agencije za državnu službu, a proceduru sprovodi konkursna komisija koja se sastoji od pet članova – dva koja predlaže institucija u kojoj se radno mesto popunjava i tri koje postavlja Agencija za državnu službu sa svoje liste eksperata.²⁹ Međutim, dok u slučaju nerukovodećih radnih mesta državnog službenika postavlja Agencija za državnu službu u skla-

²⁴ Član 14. Zakona o državnim službenicima, "Службен весник на РМ", бр. 59/2000, 112/2000, 34/2001, 103/2001, 43/2002, 98/2002, 17/2003, 40/2003, 85/2003, 17/2004, 69/2004, 81/2005, 61/2006, 36/2007, 161/2008, 6/2009, 6/2012, 24/2012.

²⁵ Član 15. stavovi 1. i 2, ibid.

²⁶ Član 16, ibid.

²⁷ Član 17. i član 17a, ibid.

²⁸ Član 15, stav 4. Pravilnika o postupcima oglašavanja, izbora kandidata, premještaja i postavljenja državnih službenika u službu, "Службен гласник БиХ" br. 27/08, 56/09, 54/10.

²⁹ Član 24. Stav 2. Zakona o državnoj službi u institucijama BiH, "Службени гласник БиХ" br. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10, 40/12.

du sa rezultatom koji je kandidat postigao u izbornom procesu, u slučaju rukovodećih državnih službenika komisija predlaže nadležnoj instituciji listu kandidata koji su uspešno prošli javni konkurs, po prethodnom pribavljenom mišljenju Agencije za državnu službu. Rukovodstvo nadležne institucije ima pravo da izabere bilo kog od kandidata sa liste,³⁰ čime se daje određeni stepen diskrecije rukovodstvu državnog organa u procesu selekcije. Ukoliko se ne izvrši imenovanje na ovaj način u roku od 30 dana od dana prijema mišljenja Agencije i liste uspešnih kandidata, Agencija po službenoj dužnosti imenuje najuspešnijeg kandidata.³¹

U Crnoj Gori, Srbiji i Hrvatskoj, procedura izbora rukovodećih državnih službenika mnogo je jednostavnija od uobičajene procedure selekcije službenika i uglavnom se svodi samo na intervju sa ministrom. Usled nedostatka pismenih testova kojima bi se ocenilo znanje iz određene upravne oblasti, čini se da je u ovim zemljama lakše postati rukovodeći službenik nego biti izabran na konkursu za pripravnika, koji često sadrži sveobuhvatne testove iz nekoliko upravnih oblasti kako bi se procenilo i znanje i veštine kandidata koji se primaju po prvi put u državnu upravu.

U Republici Srbiji, u procesu selekcije kandidata koji konkurišu na položaje, pisani testovi primenjuju se samo kod ocene veština, dok se ocena znanja takođe vrši samo putem intervjuja. Logičko i analitičko zaključivanje, organizacione sposobnosti i veštine rukovođenja proveravaju se na početku proces selekcije putem standardizovanih psiholoških testova.³² Provera znanja i stručnih osposobljenosti kandidata vrši se, međutim, samo putem razgovora, tj. intervjuja.³³ Na kraju se, slično kao i u Makedoniji i Bosni i Hercegovini, rukovodiocu organa dostavlja lista sa kandidata koja su postigla najbolje rezultate na testovima, a rukovodilac ima pravo da izabere jednog od njih. Rukovodilac organa uprave, međutim, nije obavezan da odabere nijednog predloženog kandidata, ali mora da obrazloži takvu odluku Visokom službeničkom savetu i Službi za upravljanje kadrovima.³⁴

³⁰ Član 28. Stav 2. Zakona o državnoj službi u institucijama BiH. Ova procedura razlikuje se od procedure koja se koristi kod nerukovodeća radna mesta državnih službenika gde Agencija za državnu službu postavlja državnog službenika u skladu sa rezultatom koji je kandidat postigao u izbornom procesu. Vidi član 28. Stav 1. Zakona o državnoj službi u institucijama BiH.

³¹ Član 28. Stav 3. Zakona o državnoj službi u institucijama BiH, "Službeni glasnik BiH" br. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10, 40/12.

³² Član 19a 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.

³³ Član 20. Pravilnika, *ibid.*

³⁴ Član 71. stav 2. Zakona o državnim službenicima, "Službeni glasnik RS", br. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009.

U Republici Crnoj Gori, Zakon o državnim službenicima predviđa da se provera sposobnosti rukovodećih službenika vrši samo na osnovu usmenog intervjua, kome obavezno prisustvuje starešina organa.³⁵ Time se ostavlja široka diskrecija ministru da donese odluku o izboru svojih saradnika. Novi Zakon o državnim službenicima Crne Gore koji bi trebalo da stupi na snagu 1.1.2013. godine predviđa nešto drugačiju proceduru za selekciju rukovodećih službenika,³⁶ ali je glavni instrument provere sposobnosti opet samo usmeni strukturirani intervjui,³⁷ čime se ne polažu velike garancije u nepristrasnost pri izboru rukovodnog kadra.

Procedura selekcija rukovodećih državnih službenika u Republici Hrvatskoj takođe je mnogo jednostavnija od selekcije nerukovodećih službenika. Selekciju vrši komisija koju imenuje ministar, odnosno rukovodilac (ravnatelj) upravne organizacije u kojoj se zapošljava rukovodeći službenik, čiji je obavezan član predstavnik organa državne uprave nadležan za službeničke odnose.³⁸ Međutim, sam izborni postupak svodi se samo na formalnu proveru podataka iz prijave i intervjua sa kandidatima, na osnovu koga rukovodilac organa predlaže imenovanje rukovodećeg službenika Vladi.³⁹ Pored toga, rukovodeći službenici su takođe predmet bezbednosne provere, koja se sprovodi u skladu sa posebnim propisima.⁴⁰

Iz ovog kratkog uporedno-pravnog pregleda o procedurama selekcije rukovodećeg kadra može se zaključiti da je stepen formalne političke diskrecije najviši u Crnoj Gori i Hrvatskoj, gde se procedura svodi samo na razgovor sa kandidatom, dok je dosta niži u Bosni i Hercegovini i Makedoniji gde se u proceduri selekcije pored razgovora koriste i pisani testovi provere veština i znanja. Međutim, i u Bosni i Hercegovini i Makedoniji, kao uostalom i u svim drugim zemljama u regionu, rukovodilac organa uprave ima široku diskreciju na samom kraju izbornog procesa, jer ima mogućnost izbora jednog od kandidata sa liste, čime se stepen formalne političke diskrecije u procesu selekcije značajno širi. Ipak, činje-

³⁵ Član 33. Zakona o državnim službenicima "Sl. list Crne Gore", br. 50/08 od 19.08.2008, 86/09 od 25.12.2009, 49/10 od 13.08.2010, 50/11 od 21.10.2011

³⁶ Član 53. stav 3. novog Zakona o državnim službenicima i namještenicima predviđa da proveru sposobnosti rukovodećih državnih službenika vrši komisija koju obrazuje organ za upravljanje kadrovima, predstavnik državnog organa u kojem se zasniva radni odnos i renomirani stručnjak u oblasti rada državnog organa u kojem se zasniva radni odnos. "Službeni list CG", br. 39/2011.

³⁷ Član 53. Stav 5. Zakona o državnim službenicima i namještenicima, "Službeni list CG", br. 39/2011.

³⁸ Član 26. Uredbe o raspisivanju i provedbi javnog natječaja i internog oglasa u državnoj službi, "Narodne novine" br.74/10, 142/11, 53/12.

³⁹ Član 27. Uredbe o raspisivanju i provedbi javnog natječaja i internog oglasa u državnoj službi, "Narodne novine" br.74/10, 142/11, 53/12.

⁴⁰ Član 28. Uredbe o raspisivanju i provedbi javnog natječaja i internog oglasa u državnoj službi, "Narodne novine" br.74/10, 142/11, 53/12.

nica da kandidati za rukovodeća radna mesta u Bosni i Hercegovini i Makedoniji moraju najpre proći pismenu proveru znanja i veština da bi mogli proći narednu fazu u procesu selekcije, čini ove dve zemlje primerima niže formalne političke diskrecije. Crna Gora i Hrvatska predstavljaju primere više formalne političke diskrecije, dok je Srbija bila negde na sredini, jer se pismeni testovi primenjuju kod ocene veština, ali ne i znanja potencijalnih rukovodećih državnih službenika.

Trend jačanja politizacije u poslednjih nekoliko godina

U poslednjih nekoliko godina došlo je do porasta politizacije državne uprave u većini bivših jugoslovenskih republika. Taj trend se ogleda u 1) postepenom izdvajanju određenih rukovodećih pozicija iz službeničkog statusa, 2) široko korišćenom prelaznom režimu zakonskih odredbi koje se odnose na depolitizaciju sadržanim u prelaznim i završnim odredbama Zakona o državnim službenicima, kao i 3) izmenama zakonskih odredbi koje garantuju depolitizaciju.

U nekim zemljama u regionu dolazi do postepenog izdvajanja nekih rukovodećih pozicija iz službeničkog sistema. Tako su, na primer, u Makedoniji izmenama i dopunama Zakona o državnim službenicima iz 2009. godine, radna mesta sekretara ministarstva, generalnog sekretara Vlade, generalnog sekretara parlamenta i generalnog sekretara Predsednika Republike izuzeta iz službeničkog sistema, i time dobila status političke pozicije.⁴¹ Jedino važno ograničenje formalne političke diskrecije u postupku postavljenja sekretara ministarstva predviđeno jeste obaveza ministra da na ovu poziciju izabere rukovodećeg državnog službenika sa univerzitetskim obrazovanjem i najmanje tri godine rukovodnog radnog iskustva.⁴² Interesantno je primetiti da je do izmena Zakona o državnim službenicima došlo u septembru 2009. godine odmah nakon restrukturiranja Vlade Republike Makedonije do koga je došlo dva meseca ranije, u julu 2009.

U Hrvatskoj, izmenama Zakona o državnim službenicima iz 2011. godine, radno mesto glavnog tajnika ministarstva (koje odgovara mestu sekretara ministarstva u Srbiji), kao i pozicije zamjenika predstojnika državnog ureda i zamjenika predstojnika državne uprave organizacije (koje odgovaraju radnom mestu zamenika direktora posebne organizacije i zamenika direktora posebnih organi-

⁴¹ Član 4. i član 11. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o državnim službenicima (Закон на изменување и дополнување на Законот за државните службеници) “Службен весник на РМ”, бр. 114, од 14.09.2009.

⁴² Član 10. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o državnim službenicima (Закон на изменување и дополнување на Законот за државните службеници) “Службен весник на РМ”, бр. 114, од 14.09.2009.

zacija) prestala su da budu službenička radna mesta u pravom smislu te reči. Naime, izmenama i dopunama Zakona o državnim službenicima iz 2011. godine koji je donet neposredno nakon formiranja nove Vlade Republike Hrvatske u decembru 2011. godine⁴³, tajnik ministarstva i druga rukovodeća radna mesta u državnim uredima i upravnim organizacijama postavljaju se, umesto na neodređeno vreme (kako je to bilo predviđeno odredbama Zakona o državnim službenicima iz 2005. godine) od strane Vlade na period od 4 godine, na osnovu javnog konkursa.⁴⁴ Član 2. stav 2. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o državnim službenicima takođe je predvideo da do sprovođenja javnog konkursa Vlada može za obavljanje rukovodećih poslova ovlastiti rukovodećeg službenika zatečenog u državnoj službi najduže do šest meseci od dana stupanja na snagu izmena i dopuna Zakona o državnim službenicima. Na ovaj način, novoj Vladi je dato puno pravo da smeni postojeće državne tajnike u periodu od šest meseci i postavi nove, u skladu sa svojim političkim preferencijama, ali na osnovu sprovedenog javnog konkursa.

U Republici Srbiji, proces depoliticizacije državne uprave bio je značajno usporavan u nekoliko navrata putem izmene prelaznih i završnih odredbi Zakona o državnim službenicima, kojima se odlagao krajnji rok u kome se moraju sprovesti konkursi za rukovodeća radna mesta (položaje). Naime, nedugo nakon donošenja Zakona o državnim službenicima, odredbe o depoliticizaciji bile su menjane zbog promene političke strukture na vanrednim izborima početkom 2007. godine, a zatim i narednih godina iz različitih razloga. 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.⁴⁵ Izmenama Zakona o državnim službenicima iz 2009. godine rok za popunjavanje položaja produžen je do kraja 2010. godine.⁴⁶ Međutim, sve do formiranja nove Vlade polovinom 2012, sva radna mesta položaja još uvek nisu bila popunjena u skladu sa procedurama Zakona o državnim službenicima.

⁴³ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o državnim službenicima, "Narodne novine" br. 150/11, od 22.12.2011.

⁴⁴ Član 2. stav 1. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o državnim službenicima, "Narodne novine" br. 150/11, od 22.12.2011.

⁴⁵ Zakoni o izmjenama i dopunama Zakona o državnim službenicima, "Službeni glasnik RS" 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009.

⁴⁶ Član 57. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o državnim službenicima, "Službeni glasnik RS", br. 104/09.

Nakon formiranja nove Vlade Republike Srbije u julu 2012. i donošenja novog Zakona o ministarstvima, stepen formalne političke diskrecije u postavljenju rukovodećih službenika široko je otvoren. Kao što je već pomenuto, članom 38. Zakona o ministarstvima⁴⁷ predviđeno je da ministar može 45 dana od dana stupanja na snagu ovog zakona predložiti Vladi razrešenje državnog službenika na položaju, ukoliko državni službenik nije ostvario rezultate u radu. Zakon, međutim, ne sadrži bliže određenje pojma “rezultata u radu” pa se novim ministrima daje široko disreciono ovlašćenje da daju ocenu na osnovu svojih sopstvenih kriterijuma.

Interesantno je primetiti da jedino u Crnoj Gori i na državnom nivou Bosne i Hercegovine, nije došlo do značajnog porasta politizacije državne uprave u poslednjih nekoliko godina.⁴⁸ Ako se čak posmatra cela prethodna dekada, u kojoj je održano nekoliko parlamentarnih izbora, uočava se pozitivna tendencija niskog nivoa politizacije državne uprave u ovim zemljama. Ova činjenica otvara pitanje uzroka takvog trenda i eventualnog “recepta” koji bi ove zemlje mogle dati drugim zemljama u regionu kad je depolitizacija državne uprave u pitanju.

ZAKLJUČAK

Ova kratka uporedno-pravna analiza pravnog okvira depolitizacije državne uprave u zemljama bivše Jugoslavije pokazuje da u svim zemljama u regionu postoji određeni stepen “formalne političke diskrecije” kada je u pitanju postavljenje lica na rukovodeća radna mesta. To znači da zakonski okvir koji je uspostavljen daje viši ili manji stepen diskrecije političkoj strukturi da izvrši uticaj na selekciju najbližih saradnika na radnim mestima državnih službenika. Taj stepen formalne političke diskrecije nešto je viši u Crnoj Gori, Hrvatskoj i Srbiji, dok je nešto niži u Bosni i Hercegovini i Makedoniji.

Međutim, kada se pogleda stvarni život i nivo politizacije u zemljama u regionu stvari stoje dosta drugačije. Do širokog talasa politizacije došlo je nedavno u Srbiji, Hrvatskoj, a pre nekoliko godina i u Makedoniji, iako je Makedonija imala (i još uvek ima) dosta dobar pravni okvir depolitizacije koji bi znatno trebalo da ograniči diskreciju političara u kadrovskim pitanjima. S druge strane, u Crnoj Gori, gde je stepen formalne političke diskrecije u postavljenju rukovodećih službenika prilično visok, stepen politizacije u praksi je veoma nizak i posle nekoliko održanih parlamentarnih izbora. Sa niskim stepenom politizacije takođe

⁴⁷ Zakon o ministarstvima, “Službeni glasnik RS” br. 72/2012.

⁴⁸ Meyer-Sahling J (2011), *Civil Service Professionalisation in Western Balkans*, neobjavljeni rukopis.

se može "pohvaliti" i državni nivo Bosne i Hercegovine. Pitanje koje se prirodno postavlja je zbog čega je stepen politizacije u Crnoj Gori i Bosni i Hercegovini znatno niži nego u Srbiji, Hrvatskoj i Makedoniji, uprkos sličnim zakonskim rešenjima, pa čak i nešto većem stepenu formalne političke diskrecije koji u tom smislu postoji u Crnoj Gori, i boljim zakonskim rešenjima depolitizacije koji postoje u Makedoniji?

Odgovor na ovo pitanje, naravno, treba tražiti u svobuhvatnosti političkih promena do kojih je došlo na parlamentarnim izborima u zemljama u regionu. Razlog za povećanu politizaciju u Srbiji i Hrvatskoj, a pre nekoliko godina i u Makedoniji definitivno leži u (sveobuhvatnoj) promeni političkog rukovodstva do koje je došlo na parlamentarnim izborima. Iako u Srbiji postoji određeni politički kontinuitet između prethodne i nove Vlade, stepen polarizacije između partija koje su se «smenile» na vlasti doprineo je razvoju širokog talasa politizacije. Najzad, dodatni razlog za široki zamah politizacije treba tražiti u činjenici da su na vlast došle partije koje nisu imale gotovo nikakvog udela u stvaranju pravnog i praktičnog okvira depolitizacije.

Nasuprot tome, u Crnoj Gori, i pored fleksibilnog formalno-pravnog okvira depolitizacije, u čitavoj poslednjoj dekadi nije došlo do sveobuhvatne političke promene, što je stvorilo uslove za stabilnost i kontinuitet u radu velikog broja rukovodećih službenika i ostvarenja najvišeg stepena depolitizacije u poređenju sa svim drugim zemljama u regionu. Međutim, imajući u vidu iskustva zemalja u regionu, kao i iskustva drugih zemalja Centralne i Istočne Evrope,⁴⁹ malo je verovatno da će postignuti rezultati u depolitizaciji biti održani nakon što bude došlo i do političkih promena u ovoj Republici.

Na državnom nivou Bosne i Hercegovine, relativno nizak stepen politizacije mogao bi se takođe objasniti političkim kontinuitetom, ali i značajnim međunarodnim pritiskom i to pre svega od strane Kancelarije Visokog Predstavnik a u Bosni i Hercegovini.⁵⁰

Krajnji zaključak koji se može izvesti iz ovog uporednog pregleda je da u segmentu politizacije državne uprave politika ima definitivnu nadmoć nad pravom. Step en politizacije zavisi prvenstveno od sveobuhvatnosti političkih promena na parlamentarnim izborima, nezavisno od stepena formalne političke diskrecije koji je sadržan u zakonodavstvu koje uređuje pravni položaj rukovodećih državnih službenika. Sveobuhvatne političke promene sa sobom nose realnu opasnost široke i dubinske politizacije, bez obzira na dobar ili loš pravni okvir, koji je i sam

⁴⁹ 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).

⁵⁰ Ibid.

podložan korenitim izmenama kako bi zadovoljio apetite političkih stranaka za kontrolom ključnih pozicija u državnoj upravi. Zbog toga je nerealno 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 uspostavljanje poverenja i saradnje između političkih partija i interesnih grupa koje bi imale zajednički interes da uspostave profesionalnu upravu,⁵¹ do čega može doći samo snažnim razvojem još uvek krhkih demokratskih procesa na ovim prostorima.

ALEKSANDRA RABRENOVIĆ, LL.D.,
Research Fellow, Institute of Comparative Law,
Belgrade

(DE)POLITICISATION OF CIVIL SERVICE IN EX-YUGOSLAV STATES

– Supremacy of politics over law –

Summary

The paper attempts to establish the extent to which legal framework of ex Yugoslav states that governs the status of civil servants can facilitate or hinder politicisation of the civil service. For this purpose the concept of «formal political discretion» developed by Meyer Sahling has been used. This concept denotes the level of discretion granted to politicians by legal framework (civil service laws) to influence the process of appointment and dismissal of senior civil servants.

The paper concludes that the level of formal political discretion granted by legislation does not have substantive influence on the process of (de)politicisation. What matters much more are patterns of government alternations after parliamentary elections. If the Government alterations are characterised by wholesale pendulum changes from one side of the political spectrum to another, there is a strong risk of wide politicisation, notwithstanding the well established legal framework that also quickly becomes the subject of political attacks, as recently occurred in Serbia and Croatia. If there is, on the other hand, a relatively large degree of continuity of parties in the Government, such as for example the case in Montenegro and Bosnia and Herzegovina, then it is likely that the level of politicisation will decrease, despite the possible flaws and inconsistencies within the legal framework. The final conclusion of the paper is that depoliticisation of the civil service is primarily a political issue where the politics, unfortunately, still has a strong supremacy over law.

⁵¹ The World Bank (2003), *International Public Administration Reform: Implications for the Russian Federation*, The World Bank, Washington, DC.

EVROPSKI PRINCIPI ZAPOŠLJAVANJA JAVNIH SLUŽBENIKA

– Osvrt na karijerne sisteme i sisteme pozicija–

U V O D

Uspostavljanje profesionalnog službeničkog sistema je neophodno radi stvaranja uslova za stručno i kvalitetno obavljanje upravnih poslova kojima se ostvaruju funkcije države i sprovodi politika. Jedan od ključnih standarda Evropske unije o potrebama razvoja kapaciteta javne uprave u zemljama članicama i kandidatima za članstvo, odnosi se na profesionalizam i stabilnost u radu uprave. Ovi principi podrazumevaju zapošljavanje javnih službenika na osnovu stručnih sposobnosti, sprovođenje **konkursnih procedura na osnovu objektivnih i transparentnih kriterijuma**, sistem selekcije kandidata putem provera znanja (prijemnih ispita), razvoj karijere uz uspostavljene mehanizme napredovanja i ocenjivanja i zadržavanje službenika u upravi.¹ Princip zapošljavanja prema zaslugama (*recru-*

Dr Zorica Vukašinić-Radojičić, docent Kriminalističko-policijske akademije, Beograd. Rad je rezultat realizovanja naučnoistraživačkog projekta pod nazivom Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovi-
ma međunarodnih integracija. Projekat finansira Ministarstvo nauke i tehnološkog razvoja Republi-
ke Srbije (br. 179045), a realizuje Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu (2011–2014).

¹ Evropski standardi položaja državnih službenika su definisani na način kako bi podsta-
kli razvoj zajedničke upravne prakse i pružili podršku jačanju upravnih kapaciteta u državama koje
pristupaju Uniji. Standardi razvoja i glavni elementi položaja državnih službenika definisani 1999.
godine, dokumentom “*Smernice razvoja službeničkog sistema*”, dopunjeni su standardima na osnovu
izveštaja o progresu i drugih izveštaja i analitičkih dokumenata SIGME.

itment based on merit) podrazumeva zapošljavanje najkompetentnijeg, odnosno najsposobnijeg (*“best available”*) kandidata za obavljanje određenih poslova, što je ujedno i interes i potreba upravnih organa i organizacija (Cardona, 1998).² Primena merit principa u zapošljavanju, između ostalog, doprinosi suzbijanju pojava kao što su korupcija, političko pokroviteljstvo i nepotizam, različiti oblici diskriminacije, politizacija uprave. Zemlje sa dugim iskustvom apsolutističkih režima ističu važnost principa zapošljavanja na osnovu sposobnosti kandidata kako bi se iskorenila praksa nepotizma i političkih uticaja na zapošljavanje u državnoj upravi (Cardona, 1998). Politizovana uprava sprečava uvođenje savremenih principa zasluga, stalnosti i kontinuiteta – utiče na krupne personalne promene u upravnim organima i organizacijama, prouzrokuje nestabilnost i demotiviše službenike, s obzirom na to da se na najviša radna mesta u upravi službenici najčešće ne postavljaju na osnovu zasluga, već na osnovu drugih kriterijuma (Pierre, Peters, 2003). Odabir kompetentnih kadrova obezbeđuje stručnost, stabilnost i kontinuitet u radu uprave.

Princip profesionalizma podupiru principi jednakosti u zapošljavanju i zabrane diskriminacije. U propisivanju uslova za prijem u službu, većina evropskih službeničkih sistema polazi od okvirnog zahteva da su radna mesta podjednako dostupna svim građanima pod jednakim uslovima. Sprovedenje javnih konkursa dopunjuje koncept zapošljavanja na osnovu zasluga i podržava princip profesionalizma, odabirom kompetentnih kadrova. Njime se obezbeđuje jednak i pravičan tretman svih kandidata i prevazilazi neformalna i netransparentna praksa zapošljavanja. U vezi sa prijemom službenika u radni odnos, regulisani i standardizovani prijemni ispiti se često koriste kao ključni pokazatelj “zapošljavanja na osnovu zasluga” i imaju važnu ulogu za objektivnu selekciju kandidata. U uporednim službeničkim sistemima, pravila o zapošljavanju i mobilnosti službenika se razlikuju u zavisnosti od toga da li su uspostavljeni karijerni sistemi ili sistemi pozicija.

Imajući u vidu mogućnost angažovanja javnih službenika u upravama drugih zemalja članica i aktuelna proširenja Evropske unije, promovisanje zapošljavanja i mobilnosti službenika u okviru Evropske unije, postaje sve značajnije. Polazeći od načela slobodnog kretanja radnika unutar Unije, pravo na zapošljavanje u javnoj upravi jedne zemlje imaju i državljani drugih zemalja članica Evropske unije, ali se pristup određenim poslovima (radnim mestima) u upravi s obzirom na njihov javnopravni značaj, može ograničiti i omogućiti samo državljanima te zemlje. U narednom delu rada, biće ukazano na stavove i praksu Suda pravde i drugih institucija Unije, kao i praksu u zemljama članicama u vezi sa zapošljavanjem i kretanjem javnih službenika.

² Savremeno određenje pojma zasluga (merit) se odnosi na ovladavanje utvrđenim i proverenim sposobnostima u cilju obavljanja određenog posla i ostvarivanja definisanih ciljeva.

*Zapošljavanje i mobilnost javnih službenika
u okviru Evropske unije*

Pravila Evropske unije o slobodnom kretanju radnika unutar Unije,³ koja podrazumevaju ukidanje svake diskriminacije, zasnovane na državljanstvu između radnika država članica u pogledu zapošljavanja i drugih uslova rada, ne primenjuju se na zapošljavanje u javnoj upravi.⁴ Ograničenja se mogu opravdati razlozima javnih politika (*public policy*), javne bezbednosti (*public safety*) i javnog zdravlja (*public health*). Ova ograničenja su preciznije definisana *Direktivom o koordinaciji specijalnih mera u vezi sa kretanjem i boravkom stranih državljana koje se opravdava razlozima javnog reda, javne bezbednosti i javnog zdravlja*.⁵ Direktiva ima za cilj zaštitu državljana drugih zemalja članica od mogućih zloupotreba ovih ograničenja u vezi sa slobodnim kretanjem radnika. Takođe, *Direktivom* se nameće obaveza državama članicama da zasnivaju odluke na individualnim okolnostima slučaja, poštujući komunitarno pravo, a ne na opštim interesima. Ustanovljena ograničenja, u nadležnosti država članica, u vezi sa kontrolom stranih državljana, predstavljaju specifičnu manifestaciju opšteg principa, sadržanog u članovima 8–11. *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda* iz 1950. godine, koju su ratifikovale sve države članica. Konvencijom se propisuje da se ograničenja u cilju zaštite nacionalne bezbednosti i sigurnosti ne mogu ustanoviti, osim onih koja su neophodna za zaštitu tih interesa u demokratskom društvu. Reč je o principu međunarodnog prava, te se ne može pretpostaviti da se osnivačkim ugovorima ne uvažavaju odnosi između država članica (Blanpain, Engels, 1998: 281–293).

S obzirom da je Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije ustanovljeno ograničenje slobode kretanja i zapošljavanja službenika u upravama drugih zemalja članica, poslovi na određenim radnim mestima u javnoj službi (*public service*) se mogu “rezervisati” za domaće državljanke. Pitanje šta se podrazumeva pod “javnom službom”, naišlo je na otpor zemalja članica u odnosu na tumačenje Suda pravde. One su, polazeći od toga da je oblast javne uprave područje u kome drža-

³ Ovo pravo se odnosi na prihvatanje ponude za zaposlenje, slobodno kretanje u vezi sa zaposlenjem na teritoriji država članica, boravak u jednoj od država članica u cilju zaposlenja, nastanjenje na teritoriji države članice, posle prestanka zaposlenja, u skladu sa uslovima koje Komisija utvrdi. Videti član 45. *Ugovora o funkcionisanju Evropske unije* (ex- član 39. *UEZ*).

⁴ *Ibid.*

⁵ Videti: *Directive No. 64/221 on the coordination of special measures concerning the movement and residence of foreign nationals that are justified on the grounds of public policy, public security or public health*. O.J. No L 56, 4th of April, 1964.

ve članice zadržavaju pun suverenitet,⁶ smatrale da je stvar nacionalnog zakonodavstva i prakse kako će tumačiti pravilo. S druge strane, Sud pravde je smatrao da državljanstvo kao neophodan uslov za zapošljavanje u javnoj službi koje ima ustavno određenje, ne može imati veći značaj od potrebe za “jedinstvenošću i efikasnošću” komunitarnog prava, tako da tumačenje ovog pojma ne može biti prepušteno zemljama članicama, iako su pravila u nacionalnim sistemima ustavnog karaktera. Ipak, u odnosu na krug poslova na koje se derogacija načela slobode kretanja odnosi, može se uočiti “evolucija u stavovima komunitarnih organa” (Lubarda, 2004:199). U ranijem periodu, do kraja osamdesetih godina, Evropski parlament i Sud pravde su široko tumačili pojam javne uprave, tako da su svi poslovi u javnoj upravi bili obuhvaćeni derogacijom, a tek kasnije, od kraja osamdesetih godina, afirmisao se funkcionalni pristup, odnosno kriterijum “učesća u vršenju javne vlasti”.⁷ Noviji pristup ima za posledicu restriktivnije tumačenje derogacije načela slobode kretanja, smanjenje ograničenja u pogledu pristupa poslovima javne uprave.

Sud pravde je svojim stavovima afirmisao uže shvatanje odredbe o derogaciji načela slobode kretanja i pristupa poslovima u javnoj upravi. On je istakao da se izuzeci odnose na radna mesta na kojima se direktno ili indirektno učestvuje u vršenju javnih ovlašćenja i obavljaju funkcije koje imaju za cilj očuvanje opštih interesa države ili drugih javnih tela.⁸ Ova radna mesta podrazumevaju “poseban odnos prema prema državi i skup međusobnih prava i obaveza koji čine osnovu nacionalne pripadnosti.”⁹ Ključni kriterijum Suda pravde odnosi se na to da se izuzetak primenjuje na radna mesta koja zahtevaju posebnu vezu sa državom kao i međusobna prava i obaveze između države kao poslodavca i zaposlenog (Craig, 2006:556). Ta radna mesta podrazumevaju dva kumulativna kriterijuma – učesće u vršenju javnih ovlašćenja i poslove kojima se obezbeđuju opšti interesi države.¹⁰ U daljim mišljenjima, Sud pravde je istakao da većina radnih mesta ne ispunjava

⁶ Videti: Slučaj, 307/84, *Commission v France* (1986) ECR 1725. Mancini AG.

⁷ *Ibid.*

⁸ U skladu sa tim, radna mesta u oblasti javnog zdravstva, javnog obrazovanja, javnih preduzeća (javnog saobraćaja, telekomunikacija) ne bi spadali u radna mesta rezervisana za domaće državljane. Slučaj *Commission c/ France*, n. 307/84 R. p. 1725, odnosi se na isključenje bolničara u javnim bolnicama od domena važenja derogacije. U ovom slučaju, Evropski sud pravde smatra da su odredbe francuskog zakonodavstva kojima se radna mesta bolničara u javnim bolnicama rezervišu za državljane Francuske, u suprotnosti sa načelom slobodnog kretanja radnika. U slučaju *Allue and Coonan* (C-33/88), Evropski sud pravde je zauzeo stav da se načelo slobodnog kretanja radnika odnosi i na nastavnike na fakultetima, kao zaposlene u javnom sektoru, odnosno na nastavnike u srednjim školama u slučaju *Bleis* (C-4/91).

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Videti mišljenje Komisije, (1988) OJ C72/2.

navedene kriterijume,¹¹ ali je redefinisao svoje stavove u kasnijim slučajevima.¹² Posebno je istakao da zemlje članice moraju navesti argumente zbog kojih smatraju da se određeni poslovi preduzimaju u sprovođenju javnih ovlašćenja i imaju veze sa obezbeđenjem opštih državnih interesa. Svakako, tumačenje izuzetaka je imalo veze sa nacionalnim određenjem pojma javne službe i stavljanjem određenih radnih mesta van domašaja Ugovora, što je uticalo na nejednakosti u primeni pravila između zemalja članica u zavisnosti od njihove državne i ekonomske organizacije. Kako smatraju pojedini autori, sasvim je sigurno da je očuvanje nacionalnog identiteta opravdani cilj zemalja članica, ali je takođe izvesno da se ti interesi mogu ostvariti na drugi način i ne opravdavaju opšte izuzimanje stranih državljana iz javne službe (Craig, 206:557).

U skladu sa navedenim stavovima Suda, Komisija je definisala poslove koji mogu biti rezervisani za domaće državljane (u policiji, vojsci, pravosuđu, poreskim organima, centralnoj banci, diplomatiji, kao i određeni poslovi u ministarstvima, lokalnoj samoupravi i javnim ustanovama).¹³ Takođe, propisima jedne države članice državljanima drugih zemalja Unije, može biti zabranjen pristup određenim poslovima, kao što su poslovi u ministarstvima, poslovi javnog beležnika i drugi.¹⁴ S druge strane, stavovi i praksa Suda pravde imali su za posledicu izmene u zakonodavstvima država članica, čime je snažno podstaknut proces harmonizacije propisa o zapošljavanju državnih i javnih službenika u okviru Evropske unije. U vezi sa ovim, u Francuskoj su izmenjeni propisi i precizirani su poslovi koji nisu od značaja za vršenje suverene vlasti, kojima državljani drugih zemalja članica Unije imaju pristup - u okviru kojih se direktno ili indirektno ne vrši javna vlast. U Velikoj Britaniji su, polazeći od specifične prirode upravnih poslova, pojedina radna mesta u upravi rezervisana za britanske državljane. Strani državljani se ne mogu zaposliti u javnoj upravi ukoliko ne ispunjavaju uslove određene Aktom o zapošljavanju stranaca (*Aliens Employment Act*).¹⁵

Zapošljavanje i mobilnost javnih službenika u evropskim zemljama – specifičnosti karijernih sistema i sistema pozicija

Različita pravila i praksa zapošljavanja utiču na organizacionu kulturu i prijem javnih službenika u radni odnos, odnosno njihovo kretanje u službi. Karijer-

¹¹ Slučaj 149/79, *Commission v Belgium II* (1982) ECR 1845.

¹² Slučaj 225/85, *Commission v Italy*.

¹³ Videti član 39. Ugovora.

¹⁴ Videti član 45 (bivši član 55.) Ugovora.

¹⁵ Ovim Aktom su ministri ovlašćeni da uz prethodnu saglasnost ministra za državnu upravu, zaposle strane državljane ukoliko nema odgovarajućeg "domaćeg" kandidata, odnosno ako stranac poseduje izuzetne sposobnosti i ako radno mesto nije rezervisano za domaće državljane.

ni sistemi su postali osnovni modeli organizovanja službeničkih sistema u većini evropskih zemalja i drugim zemljama u svetu. Uglavnom su odlika stabilnih demokratskih sistema u kojima je rad upravnih organa strogo određen pravnim aktima i uzajamnim obavezama, dok manje pogoduju sistemima zemalja u tranziciji. Obzirom da se u karijernom sistemu službenici zapošljavaju na početku karijere, zapošljavanje se uglavnom zasniva na stručnim kvalifikacijama i polaganju stručnih prijemnih ispita. Prilikom prijema u radni odnos, kandidati polažu prijemne ispite, a kasnije se uspostavljaju mehanizmi mobilnosti i napredovanja – službenici zauzimaju nova radna mesta i razvijaju karijeru. U ovom sistemu, od njih se očekuje da ceo radni vek ostanu u upravi (Bossanaert, Demmke, Nomden, Polet, 2001). Radni odnos na neodređeno vreme je praćen procedurom sprovođenja javnog konkursa, dok se viša radna mesta popunjavaju zaposlenim službenicima, putem napredovanja ili putem premeštaja (*mobilitet*), kao i internim konkursom. Prijem kadrova van uprave (eksterno zapošljavanje) je ograničeno, te se ta lica uglavnom raspoređuju na najniža službenička radna mesta, sa kojih mogu napredovati tokom karijere. Interna mobilnost službenika je međutim, posebno izražena, a za određene grupe službenika su ustanovljene zajedničke vrednosti (*“esprit de corps”*). Napredovanje se zasniva na sistemu razreda (zvanja) koji su vezani za pojedinca, ne za specifično radno mesto.¹⁶ Razlika između radnog mesta i zvanja obezbeđuje nezavisnost i mobilnost službenika u okviru državne uprave, kao i fleksibilnost u upravljanju kadrovima.

Prednosti ovakvog načina zapošljavanja su stabilnost i garantovan kvalitet službe zbog dugog radnog iskustva službenika u upravi i mogućnost napredovanja, što predstavlja poseban vid stimulacije za javne službenike. Karijerni sistem osim mogućnosti napredovanja tokom karijere, nudi mogućnost dugoročnog obučavanja službenika, čime se afirmišu specifičnost uprave i njeni zadaci i ciljevi rada. Postoji kontinuitet u radu službenika i relativna nezavisnost od politike, obzirom da karijerni sistem pruža garanciju stalnog radnog odnosa.¹⁷ Karijerni sistem, međutim ima i određene nedostatke – nedostatak profesionalnog iskustva kandidata pri zapošljavanju, formalne procedure prijema u radni odnos, prednost se daje formalnom obrazovanju u odnosu na profesionalne sposobnosti, nedovoljno se prate potrebe radnih mesta koja se popunjavaju, eksterna mobilnost nije razvijena, kriterijumi za napredovanje kao i procedure nisu transparentni, rezultati rada službenika nisu dovoljno priznati, itd.

¹⁶ Službenici mogu napredovati sticanjem višeg zvanja i prelaskom u viši platni razred.

¹⁷ Ukoliko se državni službenici zapošljavaju i razvijaju karijeru uglavnom u jednom organu državne uprave (ministarstvu, agenciji, itd.), reč je o “sistemu ministarstava” (*department based system*) koji predstavlja hibridni sistem u kome se službenici zapošljavaju na početku karijere, na osnovu prijemnih stručnih ispita, postoji garancija “stalnog” radnog mesta, a akcenat je na napredovanju i podsticajima za razvoj karijere i zadržavanje u jednom organu.

Službenički sistem Francuske pripada grupi (zatvorenih) karijernih sistema.¹⁸ U Francuskoj su tradicionalno uspostavljeni principi jednakog pristupa u državnoj upravi, otvorenost, konkursna procedura za sva radna mesta i jednak tretman za sve kandidate. Radno iskustvo kandidata stečeno u drugim oblastima rada, van javne uprave (privatnom sektoru i sl.) se uglavnom ne vrednuje prilikom zapošljavanja, te se ova lica raspoređuju na najniža službenička radna mesta. Izborna procedura podrazumeva proveru znanja i sposobnosti – sprovođenje stručnih ispita. Prijemni stručni ispiti podrazumevaju pisane provere znanja, kao i usmene razgovore, radi provera sposobnosti kandidata, profesionalnog iskustva i ličnih stavova, a polažu se pred nezavisnom komisijom. Interna mobilnost je veoma razvijena.¹⁹ U Francuskoj, karijerni sistem stvara pretpostavke za napredovanje službenika u toku karijere, na viša zvanja i radna mesta. Premeštaji službenika iz jedne grupe u drugu se sprovode na osnovu internih konkursa. Obzirom da su dominantni principi u državnoj upravi sigurnost posla i odvojenost zvanja i radnog mesta, službenici mogu raditi na raznim radnim mestima u okviru jednog zvanja. Vertikalna mobilnost je obezbeđena putem internih konkursa. Razlika između radnog mesta i zvanja obezbeđuje nezavisnost i mobilnost službenika u javnoj upravi, kao i fleksibilnost u upravljanju kadrovima. Za popunjavanje najviših rukovodećih radnih mesta u upravi, kao uslovi, predviđaju se dodatno obrazovanje stečeno u školama za državnu administraciju (*ENA, National Tax School, Public works school*) i polaganje stručnih prijemnih ispita.

Karijernim (zatvorenim) sistemima, pripada i službenički sistem u Nemačkoj, u kome se kandidati bez profesionalnog iskustva stečenog u upravi (iz privatnog sektora i sl.) raspoređuju na najniža službenička radna mesta, posle sprovedenog konkursa. Sva ostala radna mesta, uključujući i najviša, popunjavaju se internim konkursima, odnosno napredovanjem službenika sa nižih na viša radna mesta. Prema Ustavu, svim građanima su dostupna radna mesta u upravi prema njihovim sposobnostima, stručnosti, i profesionalnom iskustvu. Takođe, državljani drugih zemalja Evropske unije imaju jednak status kao nemački državljani, dok su radna mesta koja se odnose na vršenje javnih funkcija, s obzirom na njihovu specifičnu prirodu, rezervisana za nemačke državljane. U skadu sa načelom da je u karijernim sistemima upravljanje kadrovima decentralizovano, ne postoji centralno telo za zapošljavanje službenika, te su upravni organi i organizacije nad-

¹⁸ Karijerni sistem je osim u Francuskoj, uspostavljen u Nemačkoj, Španiji, Portugalu, Irskoj i drugim zemljama.

¹⁹ U Francuskoj je za službenike na najvišim službeničkim mestima ustanovljena obaveza promene radnog mesta, svakih šest godina. U ovakvim situacijama premeštaj službenika onemogućava da službenici dugo rade na "osetljivim" poslovima. Obzirom da je premeštaj uslov za napredovanje, povećava se interesovanje za promenu radnog mesta i razmenu iskustava u različitim oblastima javne uprave.

ležni za selekciju i prijem kadrova. Prilikom prijema u radni odnos, ustanovljena je obaveza polaganja prijemnih ispita. Starešine organa odlučuju o popunjavanju radnih mesta što pogoduje stranačkoj patronaži i odsustvu kohezije i homogenosti u nemačkom službeničkom sistemu (Mayntz, 1984:202). Kada je reč o napredovanju i kretanju službenika, neophodan uslov za napredovanje je postojanje slobodnog (višeg) radnog mesta, ali je za prelazak iz jedne karijere u drugu neophodno polaganje stručnog ispita.²⁰ Posebna pažnja je posvećena popunjavanju rukovodilačkih radnih mesta, koji podležu izbornom postupku u kome se proverava njihova stručnost, a postavljaju se na određeni vremenski period ili podležu probnom radu. Na ovaj način se može ispraviti situacija ukoliko je "neodgovarajuća" osoba izabrana za takvo radno mesto (nedostatak menadžerskih veština ili stručnog znanja). Ovaj mehanizam jača mobilnost rukovodioca, motivaciju i konkurenciju.

Za razliku od karijernih sistema, u sistemima pozicija (radnih mesta), cilj je odabir kadrova za određena radna mesta s obzirom na kriterijume složenosti poslova, odgovornosti za njihovo obavljanje, stručnu spremu, radno iskustvo i druge. Specifičnost ovog sistema, ogleda se u tome što su zapošljavanje i napredovanje vezani za određena radna mesta (pozicije). Prijem kadrova je uvek praćen procedurom sprovođenja javnih konkursa. Dok je u karijernim sistemima akcent na akademskom obrazovanju i proveru stručnih sposobnosti putem polaganja prijemnih ispita, u ovim sistemima, profesionalno iskustvo je ključni kriterijum za napredovanje ili zapošljavanje. Uz prethodno akademsko obrazovanje, tokom procesa selekcije se cene lične sposobnosti, profesionalno iskustvo, kao i psihološke osobine kandidata u cilju obezbeđenja potrebnih standarda za obavljanje određenih poslova. Ipak, mora se istaći da je ovaj sistem zapošljavanja otvoreniji – eksterna mobilnost je razvijena i veće su mogućnosti za zapošljavanje u odnosu na karijerni sistem.²¹ Opšte je shvatanje, međutim, da se teško može napredovati nezavisno od dodatnog obrazovanja ili usavršavanja ili ostvarivanja izuzetnih rezultata rada, a poseban problem u ovom sistemu se odnosi na postojanje slobodnog ("upražnjenog") radnog mesta.

Službenički sistem Velike Britanije pripada grupi otvorenih sistema.²² Osnovni principi zapošljavanja i kretanja službenika su principi zasluga, pravič-

²⁰ Karijera službenika (*Stelle*) obuhvata grupu radnih mesta službenika iste stručne spreme.

²¹ Videti: OECD, *Trends in Human Resource management Policies in OECD countries-an Analyses of the Results of the OECD Survey on strategic Human Resource Management*, OECD, Paris, 27th of September, 2004, GOV/PGC/HRM (2004)3.

²² Sistem pozicija je, osim u Velikoj Britaniji, uspostavljen u Švedskoj, SAD, Kanadi i drugim zemljama.

nosti i otvorenosti (“merit”, “fairness” i “openness”).²³ Izbor kandidata se vrši prema stručnim sposobnostima i na bazi pravične i otvorene konkurencije. Uz princip zasluga, važan princip zapošljavanja službenika je princip pravičnosti, koji podrazumeva jednak tretman svih kandidata u procesu selekcije i zapošljavanja. Takođe, provera znanja i sposobnosti kandidata mora biti zasnovana na objektivnim i pouzdanim kriterijumima, bez obzira na pol, rasu, seksualnu opredeljenost, religiju ili veru. Stoga je neophodno definisati potrebno iskustvo i sposobnosti koji su potrebni za obavljanje poslova, kao i procedure koje će na pouzdan način odrediti adekvatnost kandidata za određeno radno mesto. Zapošljavanje se uvek sprovodi na osnovu javnog konkursa – slobodna radna mesta se oglašavaju i vrednuje se radno iskustvo stečeno van uprave. Slično francuskom sistemu, u engleskom službeničkom sistemu, postoji obaveza polaganja ispita prilikom prijema u službu. Uspostavljena je praksa eksternog zapošljavanja i na najvišim, rukovodećim nivoima, prema kriterijumima stručne spreme i profesionalnog iskustva. U načelu se može reći da je akcenat na zapošljavanju kvalitetnih, stručnih kadrova, sprovođenju konkursne procedure, kao i prijemu kadrova iz privatnog sektora.²⁴

Sistem u Britaniji omogućava svakom službeniku, da bez obzira na početno zapošljavanje, napreduje do vrha hijerarhijske piramide. Napredovanje službenika se zasniva na rezultatima rada, te kako kriterijum radnog iskustva nije ključni, mlađi kandidati mogu imati prednost u odnosu na starije kandidate. Napredovanje službenika u više zvanje prati procedura internog ili javnog konkursa, pri čemu se za popunjavanje svakog radnog mesta formira posebna komisija ili odbor za napredovanje (promotion board). Službenici na rukovodećim radnim mestima često menjaju radna mesta, razvijajući karijeru.²⁵

Kao posledica konvergencije karijernog sistema i sistema pozicije i kombinacijom elemenata oba sistema, nastaju mešoviti (kombinovani) sistemi u kojima se sposobnosti kandidata odnose na profesionalno iskustvo i akademsko obra-

²³ Osnovni principi zapošljavanja definisani su 1854. Godine, *Northcote-Trevelyan* izveštajem. Njime se uvodi zapošljavanje putem konkursa i provera znanja kandidata, napredovanje prema zaslugama. Tendencije zapošljavanja kandidata u državnoj upravi prema relevantnom stručnom znanju i iskustvu, nastale su šezdesetih godina prošlog veka, preporukama Fultonovog izveštaja, 1968. godine. Zapošljavanje je danas regulisano Uputstvom za rad državnih službenika (*Civil Service Order*).

²⁴ Kritike su upućene na račun preporuke da se kadrovi zapošljavaju iz privatnog sektora, ističući da se na taj način državna uprava transformiše, usvajajući principe rada iz privatnog sektora i narušavajući principe stalnosti i jedinstva državne uprave. A možda i ovi principi vremenom blede.

²⁵ U Velikoj Britaniji, više državne službenike (*senior civil service*) čine viši rukovodioci, specijalisti, savetnici koji podležu posebnom statusu (zajednički sistem plata, zajednički sistem ocenjivanja na osnovu definisanih kriterijuma i sposobnosti, sporazumi o međuministarskoj mobilnosti, stručno usavršavanje i razvoj karijere).

zovanje, dok sposobnost za obavljanje poslova na radnom mestu koje se popunjava, nije od presudnog značaja. Službenici se u načelu zapošljavaju na osnovu konkursne procedure, ali je akcenat na polaganju prijemnih ispita. U velikom broju evropskih zemalja, karijerni sistem je ublažen instrumentima drugog načina zapošljavanja službenika. Službenici se zapošljavaju na osnovu javnog konkursa, a krug kandidata je proširen i na ostale delove društva (privatni sektor i sl.). Formalni kriterijumi zapošljavanja u karijernim sistemima, dopunjuju se menadžerskom dinamikom drugog sistema; uvode se pismeni, usmeni i praktični ispiti, probni rad, rad na konkretnim slučajevima iz prakse, testovi ličnosti i znanja, osniva se veći broj komisija i sl. U cilju obezbeđenja koherentnog rada uprave, zapošljavaju se kandidati van uprave, pribegava se smanjenju broja službenika (pensionisanje ili neraspisivanje konkursa), uvode se permanentni programi obuke, uspostavlja se ugovorni radni odnos, na najviša radna mesta službenici se postavljaju putem javnog konkursa, vrednuju se individualna zalaganja i radni učinak, razvija se upravljanje rezultatima rada, a poslovi upravljanja kadrovima se delegiraju organima i organizacijama. Konvergencijom elemenata ova dva sistema, sistemi postaju otvoreniji, napredovanje i kretanje se zasniva na rezultatima rada, osnivaju se tela za upravljanje kadrovima koja će na koherentan način razvijati jednoobraznu praksu prijema i selekcije u radni odnos i pratiti kretanje službenika. Ujedno, ispunjavaju se osnovni standardi i potrebe funkcionisanja uprave kao stabilnih, profesionalnih sistema koji će efikasno i valjano obavljati poslove od javnog značaja.

*Specifičnosti zapošljavanja javnih službenika
u zemljama centralne i istočne Evrope*

Zemlje centralne, istočne i južnoistočne Evrope u kojima su službenički sistemi uglavnom organizovani na sistemu pozicija, najčešće se opredeljuju za uvođenje elemenata karijernog sistema, što zavisi od istorijskih i drugih faktora (Mazuryk, 2008). Uvođenje karijernog sistema je u skladu sa zahtevima koje je definisala Evropska unija, obzirom da obezbeđuje kontinuitet u radu i profesionalizaciju uprave (Control and Management System Baselines for European Union Membership, 1999). Možemo uočiti da postoje tri grupe službeničkih sistema – tipični karijerni sistemi u Sloveniji, Bugarskoj, Rumuniji i Slovačkoj, kombinovani model u Mađarskoj, Češkoj i Poljskoj,²⁶ dok je sistem pozicija karakterističan za Estoniju. U svim modelima službeničkih sistema, sprovođenje javnih konkursa

²⁶ U Poljskoj je uspostavljen karijerni sistem, ali iz Zakona o državnim službenicima proizlazi da je uspostavljen kombinovan sistem, iako preovlađuju elementi karijernog sistema. Vi-

i procesa selekcije kandidata na osnovu transparentnih kriterijuma je obaveza. U većini "novih" zemalja članica Evropske unije, sistem ispita ili nikada nije bio standardizovan, ili je ukinut u periodu posle pristupanja, ili postoje takve tendencije.

U Poljskoj su izmene upravnih propisa imale za cilj jačanje i stvaranje otvorenog sistema sa fleksibilnijim zapošljavanjem kadrova uz praćenje rezultata rada i napredovanjem zasnovanim na ocenama i rezultatima rada (Pyszna). Izmenama Zakona o državnim službenicima (2002) su precizirane odredbe o zapošljavanju službenika. Ustanovljena je obaveza sprovođenja javnog konkursa za rukovodeća radna mesta (*senior positions*), na koja mogu konkurisati zaposleni u javnoj upravi. Obzirom da je Služba za upravljanje kadrovima, kao centralno telo za upravljanje kadrovima ukinuta, njene nadležnosti su prenete organima uprave, Nacionalnoj školi za javnu upravu i Vladi. Selekcija kandidata podrazumeva proveru znanja i sposobnosti putem testova i intervju-a od strane stručne izborne komisije. Ispite za prijem kadrova (stručne prijemne ispite) organizuje i sprovodi Nacionalna škola za javnu upravu.

U Slovačkoj je uspostavljen kombinovni sistem – karijerni sistem sa elementima sistema radnih mesta. Kandidatima za prijem u radni odnos u upravi, garantuje se jednak tretman u zapošljavanju – zabranjena je diskriminacija na bazi bračnog ili porodičnog statusa, boje kože, jezika, političkih i drugih mišljenja, aktivnosti u sindikatima, nacionalnog ili socijalnog porekla, imovinskog stanja, ili drugih kriterijuma. Zakonom su propisani opšti uslovi za prijem u radni odnos koji važe i za građane država članica Evropske unije, a posebnim propisima se određuju radna mesta na koja se mogu zapošljavati samo državljani Slovačke. Procedura zapošljavanja se sprovodi na osnovu javnog konkursa (za kandidate iz i van uprave) i procedure selekcije, gde se proveravaju njihove sposobnosti za obavljanje određenih poslova (*merit princip*). Zapošljavanje državnih službenika je bilo u nadležnosti Službe za upravljanje kadrovima, međutim, obzirom da ovo telo nije imalo kapacitete da definiše strategiju i procedure zapošljavanja i imajući u vidu obim posla i kašnjenje u procedurama, u cilju ubrzanja procesa prijema novih kadrova, ovi poslovi su preneti u nadležnost organima državne uprave. Do 2006. godine, bila je ustanovljena obaveza polaganja prijemnih ispita prilikom zapošljavanja, kao deo procedure selekcije kandidata ("nomination examination"), koju je sprovodila Služba za državne službenike, a kasnije ministarstva. Posebna vrsta ispita je bila predviđena za službenike na rukovodećim radnim mestima ("proper nomination examination"). Međutim, ovakva praksa zapošljavanja se imajući u vidu političko i institucionalno okruženje, nije održala. Slično, u Slo-

deti: *Public sector Modernization: Modernizing Public Employment*, 28th session of the Public management Committee, November, 2003, Paris, (GOV/PUMA(2003)18).

veniji, sistem ispita koji je bio fokusiran na proveru znanja u oblasti pravnog sistema, ukinut je (2008. godine) i zamenjen sistemom obaveznog stručnog usavršavanja tokom karijere. U Mađarskoj, službenici imaju obavezu polaganja ispita u roku od jedne godine od zasnivanja radnog odnosa.

Može se uočiti da u većini "novih" zemalja članica Evropske unije, sistem ispita ili nikada nije bio standardizovan, ili je ukinut u periodu posle pristupanja, ili postoje takve tendencije. Izuzetak je Litvanija u kojoj je uspostavljen sistem ispita koji je u skladu sa evropskim standardima, imajući u vidu da pisani ispit predstavlja obavezu za sve kandidate. Iako postoje kritike, sistem uspešno funkcioniše, obzirom da kombinuje fleksibilnost u zapošljavanju sa principom zakonitosti, što je prednost u odnosu na sisteme zapošljavanja u kojima nije ustanovljena obaveza pisanih provera znanja. Mora se istaći da mobilnost službenika nije u dovoljnoj meri razvijena, obzirom da neujednačena praksa upravljanja kadrovima na nivou ministarstava, kao i nekonzistentan sistem plata, ne podstiču premeštaj zaposlenih iz jednog organa u drugi.

ZAKLJUČAK

Savremene tendencije zapošljavanja i mobilnosti javnih službenika u evropskim zemljama podrazumevaju punu primenu principa profesionalizma – prijem i selekciju kadrova na osnovu zasluga, raspoređivanje prema sposobnostima, kao i stalnost u obavljanju poslova uz mogućnosti razvoja karijere. Uspostavljanje profesionalnih službeničkih sistema podrazumeva zapošljavanje prema stručnim sposobnostima, odabir kompetentnih kadrova, vrednovanje akademskog obrazovanja i profesionalnog iskustva, sprovođenje konkursne procedure, praćene selekcijom zasnovanoj na objektivnim i transparentnim kriterijumima i prijemnim stručnim ispitima. Osim na principu profesionalizma, u evropskim službeničkim sistemima, akcenat je na depolitizaciji uprave. Depolitizacija rukovodećih službeničkih radnih mesta utiče na stabilnost i kontinuitet rada uprave i uspostavljanje efikasnih upravnih sistema. S obzirom na to da službenici na rukovodećim radnim mestima u upravi obezbeđuju administrativni kontinuitet i utiču na efikasno i valjano obavljanje upravnih poslova i zadataka, neophodno je uspostaviti politiku i praksu koja će smanjiti ili minimizirati političke uticaje na proces selekcije i postavljanje službenika na rukovodećim radnim mestima. Promovisanje zapošljavanja i mobilnosti javnih službenika u okviru Evropske unije postaje sve značajnije, a stavovi i praksa Suda pravde i drugih institucija Unije, podstakli su izmene u zakonodavstvima država članica i snažno uticali na proces harmonizacije propisa o zapošljavanju javnih službenika u zemljama članicama.

Imajući u vidu specifično političko, pravno, institucionalno okruženje, u evropskim zemljama, pravila o zapošljavanju i kretanju službenika se razlikuju u zavisnosti od toga da li su uspostavljeni karijerni sistemi ili sistemi pozicija. Ipak, u praksi ne postoje sistemi koji bi imali karakteristike samo jednog ili drugog sistema ("čisti" modeli); postoje modeli u kojima preovlađuju elementi jednog ili drugog sistema. Karijerni sistemi u kojima je glavni kriterijum prilikom zapošljavanja u upravi akademsko obrazovanje, bez obzira na radno iskustvo, dopunjuje se instrumentima zapošljavanja drugog sistema - polaganjem prijemnih ispita, praktičnim proverama znanja i sposobnosti, probnim radom, proširuje se krug kandidata na druge oblasti rada (van javne uprave), a na najviša radna mesta se postavljaju lica putem javnog konkursa. Konvergencijom elemenata ova dva sistema, sistemi postaju otvoreniji, napredovanje i kretanje se zasniva na rezultatima rada, osnivaju se tela za upravljanje kadrovima koja će na koherentan način razvijati jednoobraznu praksu prijema i selekcije u radni odnos i pratiti kretanje službenika. Bez obzira na to da li su uvedeni pretežno karijerni sistemi ili sistemi pozicija, u svim službeničkim sistemima moraju biti definisane procedure zapošljavanja koje garantuju jednaku dostupnost radnih mesta u državnoj upravi svim građanima, kao i zapošljavanje najsposobnijih kandidata. Prijem i odabir kompetentnih i stručnih kadrova, kao i uspostavljanje mehanizama za njihovo napredovanje i kretanje u službi zasnovanim na stručnim sposobnostima, obezbediće uspostavljanje stabilnih i profesionalnih upravnih sistema koji će valjano i efikasno obavljati poslove od javnog značaja.

Literatura

- Blanpain, R., Engels, C. (1998). *European Labour Law*, Fifth and revised edition, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston.
- Bossanaert, D., Demmke, Ch., Nomden, K., Polet, R. (2001). *Civil Service in the Europe of Fifteen: Trends and new developments*, Maastricht.
- Cardona, F. (1988). *Structural Elements For Recruitment in European Civil Service Systems*, Support for Improvement in Governance and Management, Paris.
- Council of Europe, Committee on Economic Affairs and Development (2008). *Report Introducing Career-Based System in Civil Service*, Strasbourg.
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. (1950). Rome: Council of Europe.
- Craig, P., (2006). *EU Administrative Law*, Academy of European Law, European University Institute, Oxford, University press.
- European Commission, (2004). *Regular Report on Bulgaria's progress towards accession*.
- European commission, (2005). *Romania Comprehensive Monitoring Report*.

- European Commission, (1964). *Directive No. 64/221 on the coordination of special measures concerning the movement and residence of foreign nationals that are justified on the grounds of public policy, public security or public health*. O.J. No L 56.
- Mayntz, R., (1984). *Bureaucrats and Policy Making, A Comparative Analysis*, New York.
- Mazuryk, M., (2008). *The Polish Civil Service System compared with the Systems in the EU Member Countries*, Second International Symposium on the Development of Public Administration in South East Europe, University of Ljubljana, Faculty of Administration, Disc ISBN 978-961-262-004-2, Ljubljana.
- OECD, (1999). *Sigma Baselines, Control and Management System Baselines for European Union Membership*.
- OECD/GOV, (2006). *The State of the Public Service*, Preliminary Findings based on a first analysis of the results of the 2006 Survey on Strategic Human Resource Management and Comparison of Employment in the Public Domain, Paris.
- Organization for Economic Co-operation and Development, Public Governance and Territorial Development Directorate, Public Governance Committee, (2004). *Trends in Human Resource management Policies in OECD countries-an Analyses of the Results of the OECD Survey on strategic Human Resource Management*, Paris.
- J. Pierre, J., Peters, B.G., (2003). *Handbook of Public Administration*, London, Sage.
- Pyszna, D., *The management of accession to the European Union – EU related Decision and Policy making*, Institute for World Economics, Working paper 128, Budapest.
- Smith, M.J., (1999). *The Core Executive in Britain*, London, Macmillan.

ZORICA VUKAŠINOVIĆ-RADOJIČIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Academy of Criminalistic
and Police Studies, Belgrade

EUROPEAN PRINCIPLES ON PUBLIC SERVANT'S RECRUITMENT – CAREER VS. POSITION BASED SYSTEMS

Summary

Recruitment based on merit ensures the implementation of the principle of professionalism in public service systems. The paper restricts to the distinction between career-based and position-based civil service systems in place in European countries. Career based systems are typical for stable democracies where institutional performance is based on strictly defined legal acts and mutual dealings and it is less appropriate for countries in a transition. Based on merit-system with a strictly defined career path development for each position, this model has become a basic tool for organizing governance in many countries in Europe and other parts of the world. In career-based systems,

employees are recruited almost exclusively at lower levels, due to educational background and move up to higher positions throughout their time in their civil service. The system of career tends to be highly competitive, self-motivated and resistant to political pressure. In position-based systems all posts below senior management and even some senior management positions are open to external recruitment and applicants apply directly to a specific post. Both recruitment systems need to be followed by appropriate selection procedures based on open and transparent criteria and equality principle. The Central, Eastern and Southeastern European countries, considered as transitional democracies, have organized their civil services according to predominantly position based models. However, we can hardly find a country with a pure form of any of the systems, as they are always mixed with elements of the other system. Hence, we are actually speaking either of predominantly career-based or predominantly position-based systems.

Under strong influence of the European coherency and convergence, the Member States have made important progress in putting in place the administrative legislation which is in line with European practice. Public servants mobility within the European Union has become a major issue, concerning the European Union enlargement as well as recruitment and career opportunities of civil servants in other member states. The Court of Justice has strongly encouraged the recruitment and mobility of public servants within the European Union, with regard to the necessary restrictions concerning the nature and complexity of administrative jobs.

BORBENA DEMOKRATIJA

U V O D

Često se za Osnovni zakon Nemačke kaže da je protiv-ustav (*Gegenverfassung*)¹, imajući u vidu da su donosioci Osnovnog zakona želeli da naprave otklon od Vajmarskog ustava, što se najbolje vidi u slabljenju položaja predsednika, u uvođenju instituta konstruktivnog nepoverenja vladi, ukidanju referenduma na saveznom nivou² i neposrednom dejstvu osnovnih prava, za razliku od Vajmarskog ustava kada su osnovna prava bila više programskog karaktera. Osnovni zakon Nemačke predstavlja i negaciju nacističkog poretka, a njegov "anti karakter" se dodatno utvrdio postojanjem drugog oblika totalitarizma sa druge strane zida. Formalno-pravno, Vajmarski ustav nije ukinut vladavinom nacional-socijalista. Ustav je predviđao mogućnost da se zakonima uz pomoć dvotrećinske većine isti menja, a da se pri tom ne promeni njegov tekst, što je Zakonom o ovla-

Mr Stojan Mićović, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, pripravnik Višeg suda u Beogradu.

¹ C. Gusy, Die "freiheitliche demokratische Grundordnung" im Grundgesetz, AöR, 1980, 283.

² U Nemačkoj vlada jedno veliko nepoverenje prema neposrednoj demokratiji, imajući u vidu da se referendum upotrebljavao za vreme nacionalsocijalizma. U Osnovnom zakonu Nemačke, referendum je predviđen kao jedno od sredstava načela demokratije (čl. 20. Osnovnog zakona), međutim mogućnost njegove primene je predviđena samo u dva slučaja (čl. 29. st. 2. i čl. 146. Osnovnog zakona). Van ovih slučajeva nije moguće organizovati referendum na saveznom nivou. S druge strane, federalne jedinice su slobodne da određena pitanja u svojoj nadležnosti reše referendumom, što mnoge i čine.

šćenjima (*Ermächtigungsgesetz*) od 1933. i učinjeno³. Prema tome, čitav period nacionalsocijalizma u Nemačkoj možemo posmatrati kao jedno vanredno stanje Vajmarskog ustava⁴. Zbog toga, samom negacijom totalitarnog režima u suštini se pravi otklon i od ustavnopravnih rešenja Vajmarskog ustava, koja su dozvoljavala legalno preuzimanje vlasti od strane nacionalsocijalista. Jedna od razlika između današnje i vajmarske Nemačke leži u potpuno drugačijem poimanju demokratije. Istorijsko iskustvo sa propašću Vajmarske republike uticalo je na to da se demokratija u Nemačkoj posle Drugog svetskog rata izgradi kao borbena ili odbrambena demokratija.

POJAM DEMOKRATIJE U VAJMARSKOJ REPUBLICI

U Vajmarskoj Nemačkoj demokratija je predstavljala samo jedno pravilo političke igre u utakmici, u kojoj su sve ideje, bez obzira na karakter, imale podjednake šanse za dobijanje većine. Kelzenovim rečima, demokratija je bila proceduralnog tipa (*Verfahrensdemokratie*) i podrazumevala je vrednosni relativizam⁵. Prema Vajmarskom ustavu (član 76.) dvotrećinska većina u Skupštini je mogla da promeni Ustav. Komentator Vajmarskog ustava, *Gerhard Anšic* (*Gerhard Anschütz*), smatrao je da vlast koja menja Ustav nema granice materijalne prirode, tj. da dvotrećinska većina bilo koje rešenje može da ugradi u Ustav, bez obzira na smisao⁶. Norme kojima se branio Ustav bile su predviđene u Krivičnom zakoniku i sprečavale su nasilno rušenje ustavnog poretka, ali ne i mirnu i legalnu promenu istog⁷. Takvo poimanje demokratije nije bilo samo odraz "najdemo-

³ J. Ipsen, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht*, 22. Auflage, Vahlen, München 2010, 277.

⁴ Đ. Agamben, Vanredno stanje, *Karl Šmit*, Nova srpska politička misao, Vol. XII, No. 1–4, Beograd 2005, 136.

⁵ Kelzen je smatrao da demokratija mora tolerisati i one pokrete, koji su usmereni protiv nje same. Demokratija, po njegovim rečima, treba svakom mišljenju da obezbedi iste šanse i mogućnosti, dok se demokrate ne mogu poslužiti diktaturom kako bi odbranili samu demokratiju. "Mora se ostati veran svojoj zastavi, čak i kad brod tone", jeste njegova misao koja slikovito objašnjava pojam demokratije tog doba. H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Auflage, Tübingen 1929, 20, 53, 100. H. Kelsen, "Verteidigung der Demokratie 1932", *Demokratie und Sozialismus, Ausgewählte Aufsätze*, Darmstadt, 1967, 60, 68.

⁶ G. Anschütz: *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14. Auflage, Berlin 1933, Art. 76 Anm. 3, 403.

⁷ Zbog toga su i Nacionalsocijalistička i Komunistička stranka slobodno delovale, sve dok svojim delovanjem nisu kršile zakonske norme. J.Becker, "Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes", (J.Isensee/P.Kirchhof Hrsg.) *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg 1992, Band. VII, 312.

kratskijeg Ustava tog doba”⁸, već su se i mnogi eminentni pravnici zalagali za takav koncept demokratije. Pored Kelzena i Anšica, i Radbruch (*Gustav Radbruch*) je smatrao da je osnova svake demokratije vrednosni relativizam⁹. Nasuprot njima, već tada je bilo autora koji su svojim idejama popločavali put ka uvođenju borbene demokratije. Karl Šmit (*Carl Schmitt*) je razvio učenje koje je odlučujuće uticalo na ugrađivanje “klauzule večnosti” (član 79. stav 3. Osnovnog zakona) i priznavanje nepromenljivih principa Osnovnog zakona Nemačke od 1949. god. On je kritikovao tadašnje tumačenje člana 76. Vajmarskog ustava po kojem su se sve norme mogle promeniti. Upozoravao je da je takvo poimanje Ustava u stvari jedan put ka ukidanju samog legaliteta, ili jedna vrsta “neutralnosti do samoubištva”. Smatrao je da svaki ustav sadrži određene principe koje samo ustanovljavajuća vlast a nikako ustanovljena, može promeniti. Konstitucionalna demokratija, pravna država i ustavna država su samo neki od principa koji su imanentni Vajmarskom ustavu, pa se Nemačka ne može pretvoriti u jednu apsolutnu monarhiju ili sovjetsku republiku odlukom dvotrećinske većine. Jedino je donosilac ustava neograničen, dok je Skupština kao ustanovljeni organ vezana temeljnim odlukama Ustava¹⁰. Međutim, njegovi stavovi nisu mogli da pridobiju većinu političke i pravne elite. U Nemačkoj se desilo upravo ono što je Karl Poper označavao kao “paradoks slobode”. Ljudi su, naime, slobodni da prkose svojoj slobodi i biraju tiranina¹¹. Vajmarska Nemačka nije preživela napade protivustavnih pokreta, što se delom pripisuje tadašnjem konceptu demokratije kao i nepostojanju jednog preventivnog ustavnopravnog mehanizma za očuvanje ustavnog poretka. Propast Vajsmarske Republike je bila i neposredni povod za nastanak ideje o borbenoj demokratiji. Tako su sociolog *Karl Manhajm (Karl Mannheim)*¹² i pravnik *Karl Levenštajn (Karl Loewenstein)* u emigraciji pisali o potrebi za promenom samog shvatanja demokratije. Levenštajn je nazivao vladajući vrednosni relativizam “suicidalnom letargijom” pa je zastupao tezu o uspostavljanju jednog mehanizma

⁸ Citirano prema: Gotthard Jasper, *Der Schutz der Republik*, Tübingen 1963, 10.

⁹ Za Radbruha svako mišljenje koje za sebe pridobije većinu treba da bude vladajuće i da se toj političkoj grupi prepusti vođstvo u državi. Odlučujuća činjenica nije smisao i sadržina samog političkog mišljenja već broj pristalica. G.Radbruch, “Parteienstaat und Volksgemeinschaft 1929”, *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, Heidelberg, Bd. 12, 1992, 95–97.

¹⁰ Karl Šmit je ovde, u stvari, upotrebio razliku između *pouvoir constituant* i *pouvoir constitué*, koju je pre njega francuski pravnik opat Sjejes uveo u ustavnopravnu teoriju. J. Ipsen, 279. C. Schmitt: *Legalität und Legitimität*, München-Leipzig 1932, 49–61; C.Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin 1928, 26, 77, 163 i dalje.

¹¹ K. Poper, *Otvoreno društvo i njegovi neprijatelji.1.Čar Platona*,(prevod: B. Gligorić), Beograd 1993, 169.

¹² K. Mannheim, *Diagnose unserer Zeit. Gedanken eines Soziologe*, Zürich-Wien-Konstanz, 1951, 9.

za samoočuvanje demokratije. Zalagao se za doslednu primenu krivičnog prava, ograničenje slobode mišljenja, okupljanja i udruživanja antidemokratskih snaga. Osim toga, gubljenje državljanstva, zabrana protivustavnih stranaka i udruženja, zabrana nošenja uniformi i isključivanje iz državnih organa protivnika Ustava našli su mesto u njegovom sistemu za očuvanje demokratije, koji je u većoj meri prihvaćen posle Drugog svetskog rata¹³.

BORBENA DEMOKRATIJA PREMA OSNOVNOM ZAKONU NEMAČKE OD 1949.

Borbena demokratija je nastala tako što su donosioci Osnovnog zakona Nemačke bili svesni svih nedostataka vajmarskog političkog sistema i takvog poimanja demokratije. Osim toga, u stvaranju borbene demokratije vidi se težnja za negacijom nacističkog režima, kao i za sprečavanjem širenja komunizma¹⁴. Bez obzira što Osnovni zakon Nemačke ne poznaje termin "borbena demokratija"¹⁵ on se, sudeći po rešenjima koja propisuje, nedvosmisleno priklonio toj ideji. Koncept borbene demokratije najviše dolazi do izražaja u odredbama Osnovnog zakona kao što su: zabrana udruženja (čl. 9. st. 2), zabrana političkih stranaka (čl. 21. st. 2), gubitak osnovnih prava (čl. 18), vernost profesora Ustavu (čl. 5. st. 3), vernost činovnika Ustavu (čl. 33. st. 5), pravo na pobunu (čl. 20. st. 4), položaj sudija (čl. 98. st. 2), odbrana od opasnosti za postojanje države (čl. 91) i "klauzula večnosti" (čl. 79. st. 3). Iz ovih odredbi sledi da je borbena demokratija usmerena ne samo prema protivustavnim težnjama koje dolaze iz samog društva, već i prema protivustavnom delovanju samih državnih organa, što posebno dolazi do izražaja kod prava na pobunu i klauzule večnosti¹⁶.

Za izgrađivanje načela borbene demokratije možda najveću zaslugu ima Savezni ustavni sud Nemačke (u daljem tekstu: Ustavni sud). Borbena demokratija je prvi put pomenuta u Odluci o zabrani Komunističke partije od 1956. godine. U kasnijim odlukama Ustavni sud je samo razvijao taj koncept tako da ga je uzdigao na rang ustavnog načela (tj. ustavnog principa). Zbog toga, princip borbene demokratije poseduje jedno šire dejstvo i utiče na tumačenje ostalih ustavnih

¹³ H.J. Papier/W. Durner: *Streitbare Demokratie*, AöR, 2003, 346; K. Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights", *American Political Science Review* 31 (1937), 417, 423, 430, 638.

¹⁴ J. Becker, 315.

¹⁵ U Nemačkoj literaturi mogu se naći i pojmovi kao "odbrambena demokratije" (*wehrhafte Demokratie*), ali imajući u vidu da Savezni ustavni sud koristi pojam "borbena demokratija" (*streitbare Demokratie*) i posebno ideju Karla Levenštajna i Karla Manhajma o jednoj *militant democracy*, koja je mnogo bliža prevodu borbena demokratija, mi ćemo se zadržati u radu na tom pojmu.

¹⁶ J. Becker, 318.

normi. Recimo, sloboda mišljenja i načelo jednakosti se tumače u skladu sa načelom borbene demokratije¹⁷. Borbena demokratija je neka vrsta pravne doktrine i kao takva predstavlja mnogo više od prostog zbira “borbenih” odredbi. Treba imati u vidu da se ne radi o zatvorenom krugu normi, već se koncept borbene demokratije stalno razvija u sudskoj praksi koja ga dopunjuje kroz norme zakonske pravne snage¹⁸. U ovom radu zadržaćemo se samo na nekim ustavnopravnim odredbama.

Zabrana udruženja (čl. 9. st. 2. Osnovnog zakona)

Zabrana udruženja predstavlja najčešće korišćeno sredstvo borbene demokratije. Od stupanja na snagu Osnovnog zakona do danas, zabranjeno je više od 160 udruženja¹⁹. Prema čl. 9. st. 2. Osnovnog zakona Nemačke: “*Udruženja, čiji su ciljevi i delatnost kažnjivi po zakonu, ili su usmereni protiv ustavnog poretka*

¹⁷ To se najbolje vidi u jednom slučaju, kada je jedan podoficir izbačen iz vojne službe. On je, naime, za vreme službe 1968. godine svojim kolegama izjavio da je u Nemačkoj sloboda mišljenja ograničena represijom, da protiv prisluškivanja nema pravnog sredstva, da se studenti batinaju i da sve uzvemu nema socijalne pravde kao i da neće više da prihvata naredbe. Imajući u vidu da je prekršio obavezu neutralnosti, izbačen je iz vojne službe. Ustavni sud je u ovom slučaju video sukob slobode mišljenja i neometanog funkcionisanja Bundesvera. U ovoj odluci, sud se priklonio ideji borbene demokratije istakavši da je Nemačka takva demokratija koja od njenih građana zahteva zaštitu, a posebno to važi za pripadnike vojske koji su obavezni da se zauzmu za “slobodarsko demokratski poredak”. Stoga je i ustavna žalba odbijena kao neosnovana. J. Lameyer, *Streitbare Demokratie*, JöR 1981, 147 (166), Odluka Ustavnog suda BVerfGE 28, 36. Što se tiče načela jednakosti tj. zabrane diskriminacije, možemo radi boljeg razumevanja predstaviti jedan slučaj. Jedan pripadnik Komunističke partije je bio proganjan za vreme vladavine nacista. Svoju političku delatnost nastavio je i posle rata u istoj stranci. Po Saveznom zakonu o obeštećenju (*Bundesentschädigungsgesetz* § 6) od obeštećenja su izuzeta lica čije je delovanje posle 23. maja 1949. god. bilo usmereno protiv “slobodarsko-demokratskog poretka”. Na osnovu ovog zakona, obeštećenje mu je uskraćeno od strane državnih organa, zbog čega je i čitav slučaj dobio epilog na sudu. Posle iscrpljivanja pravnih lekova pred redovnim sudovima, pomenuto lice je podnelo ustavnu žalbu. Ustavni sud je zakon i načelo jednakosti iz čl. 3. Osnovnog zakona tumačio u skladu sa načelom borbene demokratije, čime je i opravdavano izuzimanje komunista iz obeštećenja, koji su svoje delovanje nastavili posle 23. maja 1949. godine. J. Lameyer, 147 (159). Odluka Ustavnog suda BVerfGE 13, 46.

¹⁸ Uglavnom se radi o krivičnopravnim odredbama. Tako je i kažnjavanje upotrebe znaka zabranjenog udruženja za vreme izvršnosti, a pre pravnosnažnosti rešenja o zabrani, opravdano konceptom borbene demokratije. Odluka Ustavnog suda BVerfGE 80, 244, 252, JuS 1990, 32.

¹⁹ Praksa u vezi sa zabranom udruženja nam pokazuje da su mnoge neonacističke, komunističke, palestinske, kurdske, hrvatske a u novije vreme i islamističke organizacije zabranjene. J. Heinrich, *Vereinigungsfreiheit und Vereinigungsverbot*, Baden-Baden 2005, 246 i dalje; P.Künig, *Vereinverbot, Parteiverbot*, Jura 1995, 384; H.J. Papier/W. Durner, 353.

ili ideje o razumevanju među narodima, su zabranjena.”²⁰. Zabrana udruženja je bila predviđena i u Vajmarskom ustavu, s tim da je samo “kažnjivost po zakonu” predstavljala osnov za zabranu. Smisao borbene demokratije se ogleda u novim osnovima, tj. u delovanju usmerenom protiv ustavnog poretka i ideje o razumevanju među narodima. To znači da je jedno udruženje ispunilo osnov za zabranu, ako se na borben način suprostavlja ustavnom poretku i ako postoji namera da se ideje ostvare i pretoče u delo²¹. Ovaj osnov više je ideološkog karaktera i ne bazira se na upotrebljenim sredstvima već na cilju. I sâma promocija ideja koje su protivustavne povlači za sobom zabranu, bez obzira da li je pri tome došlo do kršenja prava ili primene sile²². Upravo je ovaj osnov omogućio da se zabrane mnogobrojna neonacistička i neokomunistička udruženja. S druge strane, kritika osnovnih principa države, ako nije praćena namerom ostvarenja protivustavnog cilja, ne podleže zabrani. Pojam ustavnog poretka se u ovom slučaju podudara sa pojmom slobodarsko-demokratskog poretka²³. Ideja o razumevanju među narodima podrazumeva najvažnija načela međunarodnog prava. Ovaj osnov za zabranu ima za cilj da osigura miroljubivi suživot različitih naroda. Zabrana udruženja se razrađuje Zakonom o udruženjima od 1964²⁴.

²⁰ U literaturi se može naći prevod ovog člana kao: “udruženja, čiji su ciljevi ili delatnosti u suprotnosti s krivičnim zakonikom...”. Imajući u vidu značenje odredbe čl. 9. stav 2. Osnovnog zakona (“*Vereinigungen, deren Zweck oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen...*”), smatramo da je prevod neadekvatan. Naime, pojam *Strafgesetze* ne označava Krivični zakonik (*Strafgesetzbuch*) već sve zakone koji sadrže krivičnopravne norme, tj. taj pojam obuhvata i sporedno krivično zakonodavstvo. Takođe, smatramo da “*delatnost koja je u suprotnosti sa krivičnim zakonikom*” ne predstavlja adekvatan već bukvalan prevod nemačkog “*Strafgesetze zuwiderlaufen*”, jer su krivičnopravne norme tako formulisane da je svako delovanje udruženja kojim se ostvaruje osnov za zabranu, u stvari, ostvarenje a ne kršenje krivičnopravne norme. Zbog toga je mnogo bolji prevod koji je našao mesto u Vidovdanskom ustavu čl. 14. stav 2. (koji je u delu o osnovnim pravima pisan po ugledu na Vajmarski ustav) “Građani imaju pravo udruživati se u ciljevima koji nisu po zakonu kažnjivi”.

²¹ U literaturi se pominje agresivno borben način (*eine aktiv-kämpferisch-aggressive Weise*). *Scholz*: in Maunz/Dürig GG Kommentar, Band II Stand: 35. Lieferung, Februar 1999, Art. 9 Rn. 128; *Höfling*, in Sachs GG, 6. Auflage, München 2011 Art. 9 Rn. 46.

²² BVerwGE 61, 218 (220), NJW 1981, 1796.

²³ *R. Scholz* pod ustavnim poretkom podrazumeva i postojanje SR Nemačke, kako bi se izbegla razlika između osnova za zabranu političke stranke i udruženja. *R. Scholz*, Art. 9 Rn. 127 (str. 99).

²⁴ Egzekutiva (ministarstvo unutrašnjih poslova) je nadležna za zabranu, čime je omogućeno efikasno delovanje protiv udruženja. Uz zabranu se određuje i oduzimanje imovine i zabrana upotrebe znaka. Nepoštovanje zabrane udruženja i pokušaj stvaranja istih je takođe sankcionisan. Zakon o udruženjima propisuje određene specifičnosti u pogledu zabrane sindikata, privrednih društava i stranih udruženja. Detaljnije o tome: G.Schnorr, *Öffentliches Vereinsrecht. Kommentar zum Vereinsgesetz*, Köln 1965.

Zabrana političkih stranaka
(član 21. stav. 2 Osnovnog zakona)

Političke stranke su prema Osnovnom zakonu priznate kao posebna ustavna kategorija i podležu pravilama *lex specialis*. Za njih je, naime, predviđena privilegija (*Parteienprivileg*), da samo Ustavni sud može odlučiti o njihovoj zabrani, čime su sačuvane od neposrednog uticaja egzekutive, tj. vladajućih stranaka. Prema čl. 21. st. 2. Osnovnog zakona protivustavne su one političke stranke koje, prema svojim ciljevima ili ponašanjem njenih pripadnika, idu za tim da naškode ili ukinu slobodarsko-demokratski poredak ili ugroze postojanje Savezne Republike Nemačke. Kao i kod udruženja, ovde se takođe zahteva da stranka pokazuje agresivno ponašanje, dok sâmo kritikovanje zaštićenih principa nije dovoljno za zabranu. Naime, potrebna je namera da se ideje pretoče u delo. Zabrana političkih stranaka je instrument preventivne zaštite. Zbog toga, ovlašćeni podnosioci nemaju pravnu obavezu za podnošenjem predloga za zabranu, već je to rezultat njihove procene, u kojoj meri je stranka opasna po Ustav²⁵.

Drugim rečima, važi princip oportuniteta. Predlog za zabranu mogu podneti Bundestag, Bundesrat i Savezna vlada, dok je vlada federalne jedinice ovlašćena na podnošenje predloga samo ako se radi o političkoj stranci čije je delovanje ograničeno na dotičnu federalnu jedinicu²⁶. Posledice zabrane stranke su i gubljenje poslaničkih mandata njenih predstavnika i zabrana osnivanja surogat organizacija (*Ersatzorganisationen*). Takođe, zabrana je potpomognuta oduzimanjem imovine zabranjenoj stranci kao i krivičnim pravom, jer se učešće u radu ili pokušaj očuvanja već zabranjene stranke tretira kao krivično delo (§ 84 StGB). Odluka Ustavnog suda o zabrani stranke je konstitutivne prirode²⁷, a za odluku je potrebna dvotrećinska većina sudija Senata koji odlučuje.

²⁵ *Ipsen (Jörn Ipsen)* zastupa drugačije stanovište. Imajući u vidu da je strankama omogućeno finansiranje iz državnog budžeta, prema njegovom mišljenju, bilo bi protivustavno tolerisati bilo koju stranku, koja ispunjava uslove za zabranu. J.Ipsen, u: M.Sachs, *Grundgesetz Kommentar*, 6. Auflage, München 2011, Art. 21 Rn. 178.

²⁶ Do sada, Ustavni sud je zabranio dve političke stranke (Socijalističku partiju Rajha i Komunističku partiju), dok je proces protiv Nacionalne demokratske stranke Nemačke (NPD) obustavljen zbog učešća pripadnika Službe za zaštitu ustava (*Verfassungsschutzamt*) u spornim aktivnostima stranke. Predlog za zabranu NPD-a su podneli 2001. godine Savezna vlada, Bundestag i Bundesrat. Za donošenje odluke o zabrani potrebna je dvotrećinska većina članova Senata Ustavnog suda, što u slučaju "NPD" nije bilo zadovoljeno (§ 15 IV BverfGG). Pripadnici Službe za zaštitu ustava su bili umešani u rad pomenute stranke, što su pojedine sudije videle kao procesnu prepreku za vođenje postupka. *Parteiverbotsverfahren NPD*, BverfG, Beschluss vom 18.03.2003.

²⁷ *P. Kunig*, u: (Hrsg. I.v Münch/P.Kunig), *Grundgesetz Kommentar*, München 2001, Art. 21.

*Gubitak osnovnog prava (Verwirkung der Grundrechte
– član 18. Osnovnog zakona)*

Članom 18. Osnovnog zakona Nemačke uvodi se gubitak pojedinih osnovnih prava u slučaju da su ona zloupotrebljena za borbu protiv slobodarsko-demokratskog poretka. Tako, sloboda mišljenja, štampe, nastave, okupljanja, udruživanja, kao i pravo na tajnost korespondencije i telekomunikacije, pravo na slobodno uživanje imovine i pravo na azil podležu ograničenju odlukom Ustavnog suda. Gubitak osnovnog prava se odnosi kako na fizička, tako i na pravna lica. Predlog mogu podneti Bundestag, Savezna vlada i vlada federalne jedinice. Kao i kod zabrane udruženja i stranaka, i ovde se traži agresivno-borbeni način zastupanja stavova, tako da “borba” podrazumeva i borbu rečima²⁸. Podnosilac zahteva za gubitak osnovnih prava nema pravnu obavezu da podnese zahtev, već se on rukovodi političkom celishodnošću. Zbog toga je jedna sveobuhvatna prognoza slučaja nepohodna, kako bi se procenila opasnost lica po ustavni poredak²⁹. Ustavni sud određuje koja osnovna prava se gube, a odluka ima konstitutivno *ex nunc* dejstvo. Gubitak osnovnog prava može biti ograničen na najmanje godinu dana. Ustavni sud može, uz gubitak osnovnih prava navedenih u Ustavu, da propiše gubitak i izbornih prava ili rasturanje pravnog lica (§ 39 BVerfGG), a može da odredi i druge mere (npr. zabrana pisanja članaka za određeni časopis, zabrana učestvovanja u demonstracijama, blokada imovine)³⁰. Imajući u vidu da su posledice gubitka osnovnog prava zaista ozbiljne, za odluku je potrebna i dvotrećinska većina sudija Senata Ustavnog suda (§ 15 Abs. 4 BVerfGG). Institut gubitka osnovnog prava se primenjuje tek ako ostale mere nisu dovoljne. Uglavnom se prvo iscrpljuju krivično-pravne norme (politička krivična dela § 80 ff StGB). Postupak za gubitak osnovnog prava može se paralelno pokrenuti sa postupkom zabrane političke stranke ili udruženja, s tim da se gubitak osnovnog prava u tom slučaju odnosi na članove udruženja i stranaka, a ne na stranke i udruženja kao takve. Nemoгуćnost Ustavnog suda da detaljno istraži činjenice i prikupi podatke, supsidijarni karakter ovog instituta, kao i veoma teške posledice koje idu sa gubitkom osnovnog prava, uticali su na to da je norma ostala bez praktične primene. Do sada je četiri puta bio pokrenut postupak, ali svi predlozi su ostali bez uspeha³¹. Iz toga se, međutim, ne može zaključiti da je norma nepotrebna, jer je ona postala više rezervnog karaktera, što je veoma značajno u kontekstu borbene demokracije

²⁸ K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band 3/2 1994, 953.

²⁹ Jarass/Pieroth, *GG – Kommentar*, 7 Auflage, 2004 Art.18, Rn 5.

³⁰ K. Stern, (1994), 962.

³¹ Höfling/ Krings, *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Art.18, Rn 83–86.

je. Zbog nepostojanja adekvatne sudske prakse i mnoga pitanja u vezi sa ovim institutom nisu razrešena³².

*Pravo na pobunu (Widerstandsrecht
– član 20. stav 4. Osnovnog zakona)*

Iako je pravo na pobunu (tj. pravo na otpor) protiv vladara koji zloupotrebljava vlast priznato je još u vreme antike, nemačka ustavnopravna istorija do Drugog svetskog rata ga nije poznavala³³. To pravo je prvo uneto u Ustav Breme-
na i Ustav Hesena, a potom i u Osnovni zakon Nemačke 1968. god. Ovaj institut je imao ulogu da obezbedi protivtežu državi, koja je isprovocirana studentskim protestima, proširila sebi ovlašćenja. Ono je usmereno protiv svakog ko pokuša da ukloni ustavni poredak kao takav, bilo da je reč o državnim organima ili o organizacijama iz društva, tj. ne može se primeniti protiv bilo kojih pojedinačnih odluka, koje građani posmatraju protivustavnim. Ono se vrši kako individualno tako i kolektivno. Zaštitno dobro prava na pobunu je “poredak”, koji obuhvata principe navedene u čl. 20. Osnovnog zakona³⁴. Cilj ovog instituta je da odbrana ustavnog poretka ne bude samo zadatak države, već i njenih građana. Ovde se mora napomenuti da kod prava na pobunu nije reč o građanskoj neposlušnosti. Građanska neposlušnost predstavlja legitimnu borbu protiv legalnog ali lošeg zakona. Nasuprot tome, prema Osnovnom zakonu može se ustavnom žalbom pozivati na pravo na pobunu, čime je to pravo i legalizovano³⁵. Pravo na pobunu je i supsidijarne prirode, tj. nastupa kada je protiv pokušaja ukidanja ustavnog poretka, zaštita od strane državnih organa, pre svega sudskih, onemogućena. Ono predstavlja poslednje sredstvo odbrane pravne države. Pravo na pobunu je u

³² U literaturi ostaje nejasno da li su osnovna prava iscrpno navedena ili se tu mogu pridružiti i još neka, s obzirom da sva osnovna prava makar i na posredan način mogu politički da se zloupotrebe. Ostaje nerazjašnjeno da li se gube sva navedena prava u čl. 18. ili samo ona koja su zloupotrebljena. Drugi problem se ogleda u tome što odluka ima konstitutivno dejstvo, jer zloupotrebljena prava ne moraju nužno u budućnosti da se koriste u borbi protiv ustavnog poretka.

³³ Pravo na pobunu nalazimo i u učenju Tome Akvinskog. Od pravnih dokumenata gde je to pravo priznato možemo pomenuti: *Magna Carta Libertatum* (član 61), Saksonsko ogledalo (*Sachsenspiegel*, III, 78, 2), Povelja o pravima Virdžinije od 1776. god., Deklaracija o pravima čoveka i građanina (član 2.) od 1789. god. C. Heyland, *Das Widerstandsrecht des Volkes gegen verfassungswidrige Ausübung der Staatsgewalt im neuen deutschen Verfassungsrecht*, Tübingen 1950, 59.

³⁴ Poredak u smislu prava na pobunu obuhvata dakle “slobodarsko-demokratski poredak” ali i druge principe (npr. načelo federacije - Bundesstaatlichkeit). Karl-Peter Sommermann, (Hrsg. Mangoldt/Klein) *Kommentar zum Grundgesetz* 6. Auflage, München Band 2, Art. 20 Abs. 4 Rn. 347 str. 151.

³⁵ Sachs, u: (Hrsg. M. Sachs) *GG Kommentar*, 3. Auflage München 2003 Art. 20 Rn. 169.

nekom smislu i kontradiktorno. Naime, ako se ostvari pretpostavka za primenu ovog prava (uklanjanje ustavnog poretka) onda i sam Ustav više ne važi, te otpada i osnov prava na pobunu. S druge strane, sve dok Ustav važi nema pretpostavke za primenu ovog prava. Ono pokušava da reguliše nešto što samom prirodom stvari pripada savesti građana. Zbog toga se može reći da je pravo na pobunu više apelativne i simbolične nego pravne prirode.

*Vernost državnih službenika ustavu
(Verfassungstreue)*

Vernost³⁶ Ustavu predstavlja vernost državnih službenika ustavnom tj. slobodarsko-demokratskom poretku. Ona predstavlja jedan od zakonskih uslova za rad u državnoj službi (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 BBG). Da bi se neko zaposlio kao državni činovnik mora da dokaže da će se svojim ponašanjem u svako doba zauzeti za slobodarsko-demokratski poredak. Isto važi i za vojnike i sudije. Ova obaveza traje za sve vreme činovničkog statusa, pa njeno nepoštovanje prouzrokuje otpuštanje iz službe (§77 BBG). Ona važi i posle penzionisanja, a sankcija u tom slučaju bi bila smanjenje ili oduzimanje penzije³⁷. Obaveza vernosti izlazi iz okvira radnog vremena, što znači da su na vernost činovnici obavezani i u svoje slobodno vreme. "Vernost činovnika" je regulisana u zakonima ali je Ustavni sud taj pojam tumačio kao jedno od tradicionalnih načela državne službe (čl. 33. st. 5. Osnovnog zakona), čime je tu obavezu uzdigao na ustavni rang³⁸. Vernost Ustavu nikako ne znači vernost stranci, vladi ili trenutnoj politici. Ona podrazumeva identifikaciju sa najvažnijim principima države. Potreba za obezbeđivanjem ovakve obaveze proistekla je iz rezervisanog ponašanja činovnika za vreme Vajmarske republike. Štaviše, mnogi činovnici su bili privrženi monarhiji i nisu prihvatili republiku kao oblik vladavine pa su je i sami podrivali³⁹. Upravo imajući u vidu takvo isku-

³⁶ Još od Sage o Nibelunzima pojam *vernosti* figurira kao jedna od glavnih odlika Germana. Vernost se pominje i u staroj nemačkoj himni (*deutsche Treue*). Ta reč je duboko ušla i u pravo tako da se danas kaže vernost ugovoru (*Vertragstreue*) za načelo *pacta sunt servanda*, vernost savezu (*Bundestreue*) za odnos federalnih jedinica prema saveznoj državi, vernost pravu (*rechtstreue*) za smerno i zakonito ponašanje. Obaveza vernosti državnih činovnika egzistira još od 18. veka, ali su se menjali subjekti prema kojima su činovnici bili obavezani na vernost. U početku je postojala vernost monarhu, pa Hitleru, a danas slobodarsko-demokratskom poretku.

³⁷ R. Beate, "Verfassungsfeinde im öffentlichen Dienst, (Hrsg. Markus Thiel) *Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelung zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung*, Tübingen 2003, 211.

³⁸ BverfGE 39, 334.

³⁹ Frotscher, Werner /Pieroth, Bodo, *Verfassungsgeschichte*, 9. Auflage, München 2010, 301.

stvo, prema važećem pravu Nemačke, niko ne može da bude činovnik, ako je član neke protivustavne organizacije. Insistiranje na vernosti Ustavu je dobilo maha 60-tih godina kada su se pojavili levo orijentisani studentski protesti. Rudi Dučke, vođa studentskih protesta, zalagao se za “marš kroz institucije” kao jednu vrstu taktike. To je podrazumevalo ulaženje (ekstremno) levo orijentisane omladine u državne institucije, u cilju lakših sabotiranja. Levi fašizam, kako je taj pokret okarakterisao Habermas, predstavljao je pretnju slobodarsko-demokratskom poretku, pa su i pripadnici takvog pokreta otpušteni iz državne službe⁴⁰. Nesporo je da se članovima zabranjenih stranaka i udruženja onemogućava pravo ulaska i rada u državnoj službi. Međutim, postoji spor, da li jedno lice može da radi u državnoj službi, ako je član neke organizacije koja nije zabranjena, ali je od strane državnih organa okarakterisana kao “neprijatelj Ustava” (*verfassungsfeind*). Praksa Ustavnog suda i upravnih sudova ide za tim da je dozvoljeno isključiti iz državne službe pripadnike NPD-a i DKP-a, iako te dve stranke nisu zabranjene. Pitanje je i dalje aktuelno posebno u odnosu na problem pripadnika Sajentološke crkve i nekih islamskih zajednica⁴¹.

Klauzula večnosti (Ewigkeitsklausel
– član 79. stav 3. Osnovnog zakona Nemačke)

Parlamentarno veće je ovim članom želelo da trajno onemogući dolazak nedemokratskih stranaka na vlast i legalnu promenu poretka. Prema čl. 79. st. 3. Osnovnog zakona Nemačke, nije dozvoljena promena Ustava koja bi za predmet imala stvaranje unitarne države, učestvovanje federalnih jedinica pri donošenju saveznih zakona, kao i načela zagarantovanih čl. 1. i čl. 20. Osnovnog zakona⁴². Prema tome, ljudsko dostojanstvo, zatim federalno uređenje, republikanski oblik vladavine, načela demokratije, narodnog suvereniteta, podele vlasti, pravne države i socijalne države su temeljni principi Osnovnog zakona Nemačke, koji važe

⁴⁰ H. Reckers, “Wie wird die Verfassungstreue geprüft?“, *Verfassungsfeinde als Beamte* (Hrsg. W. Schönbohm) München 1979, 141.

⁴¹ Sajentološka crkva je pod prismotrom Službe za zaštitu Ustava (*Verfassungsschutzamt*). Upravni sud u Mindenu je u presudi od 04.10.2011. god. odbacio tužbu jednog podoficira koji je otpušten iz vojne službe jer je bio sledbenik salafizma i kao takav nepodoban za vojnu službu. Pored toga što je utvrđeno da je pomenuto lice odbijalo određene zapovesti, sud je utvrdio i da su principi salafizma nespojivi sa slobodarsko-demokratskim poretkom (*Die Grundpfeiler der salafistischen Ideologie sind mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung nicht vereinbar* Rn.50). Sud je potom naglasio da rad u vojsci podrazumeva mnogo više od običnih građanskih obaveza, tj. identifikaciju sa državom. VG Minden Urteil von 04.10.2011-10 K 823/10. Lindner, Josef Franz, “Verfassungstreue und Parteienprivileg – Scheinkollision”, ZBR Heft 12/2006, 402 (407).

⁴² Lücke, u: Sachs GG 2003, Art. 79 Abs. 3, Rn. 26.

bez mogućnosti promene sve dok i sam Ustav važi. Imajući u vidu da se ljudsko dostojanstvo posmatra kao bitan element svakog drugog osnovnog prava, sa njegovom zaštitom štite se na posredan način i ostala osnovna prava⁴³. Načelo pravne države podrazumeva vezanost državnih organa za osnovna prava, ustavni poredak kao i vezanost izvršne i sudske vlasti za zakon i pravo (20 III GG). Pravo na pobunu, iako je navedeno u čl. 20. ne spada u nepromenljive odredbe, s obzirom da je to pravo kasnije uneto u Osnovni zakon. Takođe, iz duha Ustava proizilazi i da je sama odredba čl. 79. st. 3. nepromenljiva. Ti principi nisu samo izuzeti iz postupka promene Ustava, već se i ostale norme Ustava tumače tako da ne budu u suprotnosti sa njima. Ovom odredbom se uvodi hijerarhija normi Ustava, što znači da se svaki zakon o izmenama Ustava meri prema nepromenljivim principima Ustava i podleže kontroli ustavnosti (*apstrakte Normenkontrolle*)⁴⁴.

SLOBODARSKO-DEMOKRATSKI POREDAK KAO ZAŠTITNO DOBRO BORBENE DEMOKRATIJE

Zaštitno dobro borbene demokratije je slobodarsko-demokratski poredak. Pojam slobodarsko-demokratskog poretka se pominje na nekoliko značajnih mesta u Osnovnom zakonu Nemačke (čl. 10. st. 2. – ograničenje tajnosti korespondencije, čl. 11. st. 2. – ograničenje slobode kretanja, čl. 18. – gubitak osnovnih prava, čl. 21. st. 2. – zabrana političkih stranaka, čl. 73. tač. 10b. – saradnja sa federalnim jedinicama u oblasti odbrane). Pored toga, vladajuće je mišljenje da pojam *ustavnog poretka* iz čl. 9. st. 2. – zabrana udruženja i čl. 98. st. 2. – ograničenje stalnosti sudijske funkcije, predstavlja slobodarsko-demokratski poredak. Štern (*Klaus Stern*) sa pravom napominje da je veoma važno konkretizovati sintagmu “ustavni poredak” tj. slobodarsko-demokratski poredak, jer je ona pravno merilo za izricanje oštrih sankcija⁴⁵. Tako je slobodarsko-demokratski poredak merilo za zabranjivanje političkih stranaka i udruženja, gubitak ljudskih prava, ograničenje stalnosti sudijske funkcije itd. U odluci povodom zabrane Socijalističke partije Rajha Ustavni sud je definisao slobodarsko-demokratski poredak kao poredak koji, isključivanjem svake vrste nasilja i samovolje, predstavlja vladarski poredak zasnovan na pravnoj državi, slobodi, jednakosti, samoodređenju naroda po volji većine. U osnovna načela tog poretka spadaju: poštovanje osnovnih prava predviđenih u Osnovnom zakonu, najpre prava na život i slobodan razvoj ličnosti, narodni su-

⁴³ Lücke, 31.

⁴⁴ K. Schleich/S. Koriototh, *Das Bundesverfassungsgericht*, 6. Auflage, München 2004, 97.

⁴⁵ K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, 2. Auflage, München 1984, 568.

verenitet, podela vlasti, odgovornost vlade, zakonitost uprave, nezavisnost sudstva, višestranački sistem i jednakost šansi za sve političke stranke sa pravom na obrazovanje i funkcionisanje opozicije⁴⁶. U ovoj interpretaciji, koja je naišla na odobrenje u stručnoj literaturi, posebno dolaze do izražaja dva elementa slobodarsko-demokratskog poretka: negacija totalitarnog režima i zaštita političkih manjina⁴⁷. O slobodarsko-demokratskom poretku se govori kao državnoj ideji Nemačke⁴⁸. Ustavni sud je opisao slobodarsko-demokratski poredak kao vrednosni sistem, u kojem je ljudsko dostojanstvo najviša vrednost, čime je doprineo svojevrsnoj renesansi prirodnog prava u posleratnoj Nemačkoj⁴⁹.

DA LI SE KONCEPT BORBENE DEMOKRATIJE MOŽE IZRADITI U SRBIJI?

Sva demokratska društva se suočavaju sa Levenštajnovom dilemom kako pomiriti osnovna prava i slobode sa bezbednošću društva i samim postojanjem demokratije. Ako se sloboda dâ svima, onda država i demokratija rizikuju da upadnu u ruke njenih protivnika. S druge strane, ako se njima ograniči sloboda, deluje se u suprotnosti sa samom idejom slobode⁵⁰. Tu dilemu Ustavni sud Nemačke je rešio tako što je naglasio da tolerancija prema neprijateljima slobodarsko-demokratskog poretka prestaje kad oni planski i na agresivno borben način pokušaju da uklone takav poredak. Drugim rečima, potrebna je volja da se nji-

⁴⁶ U originalu glasi: *Ordnung, die unter Ausschluss jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht auf Leben und freie Entfaltung der Persönlichkeit, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition*. K. Stern, (1984) 422. BVerfGE 2, 1 (12 ff.); *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. D. Grimm, P. Kirchhof/M. Eichberger (Hrsg.), Band 1, 3. Auflage Tübingen 2007, 9 (13).

⁴⁷ Treba imati u vidu da sadržaj pojma "slobodarsko-demokratski poredak" nije identičan sa sadržajem "klauzule večnosti" i nepromenljivim odredbama Osnovnog zakona. Bez obzira na to koliko federalno državno uređenje može da suzbije koncentraciju moći, ono se ipak ne smatra nužnim delom slobodarsko-demokratskog poretka. Ni republikanski oblik vladavine se ne svrstava u slobodarsko-demokratski poredak, imajući u vidu postojanje evropskih monarhija, kojima se ne može zameriti na nedostatku demokratije.

⁴⁸ K. Stern, (1984), 558.

⁴⁹ K. Stern, (1984), 572.

⁵⁰ K. Loewenstein, *Verfassungslehre*, Tübingen 1959, 348.

hov plan sprovede u delo, a kao uslov se ne zahteva primena nasilja. S druge strane, sama kritika uperena protiv osnovnih principa poretka ne povlači sankciju⁵¹. Iz ovoga se vidi da je borbena demokratija usmerena protiv nedozvoljenog cilja a ne samo protiv nedozvoljenih sredstava i metoda političke borbe. Ona je ideološkog i vrednosnog karaktera. Njen smisao nije u zabranjivanju, već u davanju određenim principima vrednosni, čak možda i religiozni karakter, čime se oni i apsolutizuju, iz čega se ograničenja ljudskih prava javljaju kao logične posledice. Hajnc Laufer (*Heinz Laufer*) smatra da slobodarsko-demokratski poredak predstavlja obavezujući duhovni element svih nemačkih građana, čime ga je poredio sa jednom *theologia civilis*⁵². Zbog toga je, kao nužan uslov za uspostavljanje borbene demokratije, potrebna klauzula večnosti, koja će i formalno uspostaviti najviše principe države. Pored ovih pravnih uslova, ne treba gubiti iz vida, da su prevashodno istorijske okolnosti (nacionalsocijalizam) uticale na nastanak borbene demokratije, a da su realna opasnost i ugroženost ustavnog poretka u Nemačkoj tokom 60 - tih godina (gradska gerila i komunizam) doprineli stvaranju borbene demokratije kao pravne doktrine.

Iz tog ugla možemo posmatrati pitanje, da li postoji i da li treba da postoji borbena demokratija u Srbiji. Pitanje ugroženosti od ekstremnih ideologija prevazilazi okvire ovog rada, a na to pitanje odgovor trebaju da daju druge nauke. Pri tome, postojanje protivustavnih organizacija je u jednoj meri čak i korisno⁵³. Kao što je određena doza toksina pogodna za jačanje imuniteta organizma, tako i postojanje protivustavnih organizacija podiže demokratsku svest i primorava građane da kroz izbore čuvaju ustavni poredak. Gledano iz pravnog ugla, možemo uvideti, da je prvi problem sa kojim se srećemo u Srbiji, u stvari, pitanje sadržine pojma "ustavni poredak". Složićemo se sa tim da su to najvažniji principi Ustava. Ustavni sud je propustio priliku da u dosadašnjim slučajevima u vezi sa zabranom udružanja konkretizuje pojam ustavnog poretka. Problem kod definisanja sintagme "ustavni poredak" je nemogućnost da iz sistematike Ustava izvedemo sadržinu tog pojma. Otežana promena pojedinih odredbi Ustava, a među njima su: preambula, načela ustava, ljudska prava, uređenje vlasti, proglašenje ratnog i vanrednog stanja, odstupanje od ljudskih prava u vanrednom i ratnom stanju i postupak za promenu Ustava, odnosi se na oko dve trećine celog Ustava. Zbog toga je i nemoguće poći od toga da sve te norme čine ustavni poredak, u smislu najvažnijih principa Ustava. To nam je i jasnije ako vidimo da materija koja se me-

⁵¹ BVerfGE 5, 85 (141), NJW 1956, 1393 (1397).

⁵² L. Heinz: Die freiheitliche demokratische Grundordnung in ihre Grenze, u: Bayer. Verfassungsgerichtshof (Hrsg.), *Verfassung und Verfassungsrechtsprechung. Festschrift zum 25 - Jährigen Bestehen des Bayer. Verfassungsgerichtshofs*, München 1972, 74 i dalje.

⁵³ J. Isensee, Der Beamte zwischen Parteifreiheit und Verfassungstreue, JuS 1973, 266.

nja otežanom procedurom u stvari i nije u potpunosti ustavna, kao što je, recimo, materija poslovnika o Narodnoj skupštini, dok sa druge strane postoje i odredbe koje se menjaju prema olakšanom postupku, a za funkcionisanje pravne države su od posebnog značaja (npr. odredbe o Ustavnom sudu). Ipak, iako nam sistematika Ustava ne daje jasan pokazatelj, šta bi bili elementi ustavnog poretka, možemo poći od toga, da Ustav Srbije u svojim načelima uspostavlja najvažnije principe. Nemoguće je da se jedna moderna evropska država ne zasniva na poštovanju ljudskih prava, podeli vlasti, vladavini prava itd. Ali sve dok se pojam ustavnog poretka bliže ne odredi interpretacijom Ustavnog suda Srbije, postojace pravna nesigurnost. S druge strane, Ustav Srbije od 2006. poznaje određene elemente borbene demokratije. Ustav Srbije propisuje zabranu političkih stranaka, udruženja i verskih zajednica. Kao relevantne osnove za zabranu udruženja (član 55. stav 4) i političke stranke (čl. 5. st. 3) Ustav Srbije između ostalog navodi i delatnost usmerenu na nasilno rušenje ustavnog poretka. I ograničenje slobode medija je vezano za pozivanje na nasilno rušenje ustavnog poretka (čl. 50. st. 3). Možemo zaključiti da ustavotvorac zapravo ovde razlikuje mirnu od nasilne promene ustavnog poretka, te zabranjuje samo nasilnu promenu istog. Drugim rečima, ustavotvorac zabranjuje samo upotrebu sile u cilju ostvarivanja političkog stava, što je takođe bila odlika Vajmarske republike. To je sasvim razumljivo imajući u vidu da Ustav Srbije ne poznaje nepromenljive principe, već se sve norme mogu promeniti (čl. 203). Dakle, Ustav Srbije ne poznaje jednu klauzulu večnosti, što je bitan element borbene demokratije. Iz toga možemo zaključiti da je svaka ideologija dozvoljena, ako se ne sprovodi nasilnim sredstvima. Nepostojanje borbene demokratije se može videti i na položaju činovnika. Naime, dužnost državnih službenika je da zakonski obavljaju svoj posao i da ostanu politički neutralni. Za određene javne funkcije se Ustavom Srbije (čl. 55. st. 5.) izričito propisuje da su nespojive sa članstvom u političkoj stranci. Međutim, obaveza vernoosti najvišim principima države i “zauzimanje za ustavni poredak”, koje prevazilazi zakonito i politički neutralno ponašanje za vreme službe, ne može se prepoznati u pravnom poretku Srbije. Tako, zbog neodređenosti pojma “ustavni poredak” i zbog promenljivosti tog pojma možemo svrstati Srbiju u proceduralne demokratije, bez obzira koliko neki pravni instituti upućuju na drugačiji zaključak.

Pored pitanja o karakteru demokratije u Srbiji, možemo postaviti pitanje, da li u Srbiji, uopšte, treba da bude borbene demokratije. Od Drugog svetskog rata nemačka demokratija je stabilna i uspeła je da se izbori sa političkim izazovima, koji su je okupirali. Međutim, postavlja se pitanje u kojoj meri je ovaj koncept demokratije pogodan za druge države, pri čemu treba biti svestan njenih mana. Borbena demokratije je u suprotnosti sa samom idejom klasičnog liberalizma. Džon Stjuart Mil ističe, da “*nikad ne možemo da budemo sigurni u to da li je ono mnje-*

nje koje pokušavamo da ugušimo zaista pogrešno, i čak kad bismo to sigurno i znali, ipak bi to gušenje predstavljalo neko zlo”⁵⁴. Može se, takođe, uputiti kritika metodološke prirode na samu ideju o borbenoj demokratiji kao samostalnom principu Ustava. Naime, kako je moguće da se, tumačenjem Ustavnog suda a ne političkom odlukom, iz određenih odredbi Ustava izvede jedan princip, koji će potom služiti kao opravdanje za sledeća ograničenja ljudskih prava, koja nisu izričito utemeljena na Ustavu. Iako je svojim učenjem doprineo nastanku “klauzule večnosti”, Karl Šmit je kasnije kritikovao ideju o “vrednosnom poretku” nazivajući je “tiranijom vrednosti”⁵⁵. U tumačenju Ustava kao “vrednosnog sistema” njegov učenik Forsthoﬀ (*Ernst Forsthoﬀ*) vidu kao opasnost za pravnički karakter tumačenja ustavnog teksta i prekomerno povećanje moći sudske vlasti⁵⁶. Upravo zbog istorijskog iskustva kada su se i totalitarni režimi zasnivali na jednoj “građanskoj religiji”, kritika jednog vrednosnog poretka dobija na značaju. I sama klauzula večnosti može se posmatrati kao veliko nepoverenje prema sopstvenom narodu, što neminovno vodi ka zabrani referendumu i drugih oblika neposredne demokratije, čime se, u stvari, politika dodatno elitizuje. Uostalom, i Osnovni zakon je donet pod pritiskom velikih sila, bez izjašnjavanja naroda. S druge strane, borbena demokratija nosi u sebi mogućnost velike zloupotrebe. Takvim konceptom se prenaplašava državna sfera, što uz nedostatak jasnih kriterijuma zabrane, nerazvijenost načela pravne države i politizovanja sudstva, lako može da “sklizne” u diktaturu. Imajući u vidu osnovne mane ovog koncepta, potpuno je razumljivo što je teško naći borbenu demokratiju nemačkog tipa. Ona nije jedini odgovor na Levenštajnovu dilemu, pa se druge države uglavnom opredeljuju za parcijalnu primenu tog načela. U mnogim državama, međutim, načelo borbene demokratije je nepoznato iako se radi o slobodarskim demokratijama. Mali broj ustava ima i taj formalni uslov za postojanje borbene demokratije tj. klauzulu večnosti. U SAD je sloboda mišljenja ljudsko pravo od najvećeg značaja, kao u Nemačkoj ljudsko dostojanstvo, tako da je borbena demokratija prema takvom Ustavu potpuno neprimenljiva. Francuska (čl. 89. st. 5. Ustava Francuske) i Italija (čl. 139. Ustava Italije) poznaju samo nemogućnost promene republikanskog oblika vladavine, što se ne može porediti sa klauzulom večnosti Osnovnog zakona Nemačke, koja obuhvata mnogo veći broj načela. U mnogim državama postoje zabrane političkih stranaka i udruženja ali se tu ne radi o borbenoj demokratiji. Zabrana stranaka postojala je i u Vajmarskoj

⁵⁴ Džon Stjuart Mil, *O slobodi*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, drugo izdanje, Beograd 2007, 32.

⁵⁵ O Šmitovim razmišljanjima povodom tumačenja Osnovnog zakona Nemačke kao jednog “vrednosnog poretka” pogledati: C. Schmitt, *Tyrannie der Werte, Dritte korrigierte Auflage mit einem Nachwort von Christoph Schönberger*, Duncker & Humblot, Berlin 2011.

⁵⁶ E. Forsthoﬀ, “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”, *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag*, 35.

republici, a danas postoji i u Španiji, ali ta mogućnost pogađa samo one stranke koje svoje ciljeve sprovode nedozvoljenim sredstvima, čime se jasno vidi razlika u odnosu na borbenu demokratiju⁵⁷. U opredeljenju za koncept demokratije, ne treba gubiti iz vida činjenicu da je za očuvanje demokratije, u stvari, najvažnije postojanje “demokrata”, tj. građana koji prihvataju državu, ustav i njene institucije, i koji ih budno kontrolišu⁵⁸. Toga je i svestan Ustavni sud Nemačke koji je u nekim odlukama istakao obavezu građana da brane slobodarsko-demokratski poredak. I legalizovanje prava na pobunu govori o tome da se slobodarsko-demokratski poredak ne može održati samo pravnim instrumentima. Zbog toga, najvažnije sredstvo za odbranu demokratije jeste političko obrazovanje, koje jedino na dugi rok može da obezbedi stabilnost demokratije.

STOJAN MIĆOVIĆ, LL.M., (Heidelberg)
Doktorand an der Juristischen Fakultät
der Universität in Belgrad

DIE STREITBARE DEMOKRATIE

Zusammenfassung

Das Grundgesetz wird häufig als Gegenverfassung zur Weimarer Reichsverfassung benannt, weil man mit dem Grundgesetz viele Nachteile der Weimarer Reichsverfassung beseitigen wollte. Die Weimarer Reichsverfassung konnte mit zwei Drittel Mehrheit geändert werden, womit eine legale Machtübernahme der antidemokratischen Kräfte zulässig war. Die bittere Erfahrung mit dem Schicksal der Weimarer Republik hat dazu beigetragen, dass heutzutage die Demokratie in Deutschland als eine streitbare Demokratie bezeichnet wird. Das Schutzgut der streitbaren Demokratie ist eine wertgebundene Ordnung, die freiheitliche demokratische Grundordnung, wonach einigen Werten eine unantastbare Eigenschaft zuerkannt wird. Deswegen kommt es in einer streitbaren Demokratie nicht auf die Streitigkeit sondern auf die Werthaftigkeit an. Nur auf diese Weise können die Grundrechtseinschränkungen, die mit einer streitbaren Demokratie einhergehen, gerechtfertigt werden. Die streitbare Demokratie ist zu einem Verfassungsprinzip erhoben worden, so dass sie eine Ausstrahlungswirkung auf die andere Verfassungsnormen hat. Demgegenüber besteht in Serbien ein Anschein von der streitbaren Demokratie. Die Verfassung aus dem Jahr 2006 kennt Parteiverbot und Vereinsverbot, aber die Verbotsgründe sind nicht im Sinne einer streitbaren Demokratie aufgestellt. Die Ewigkeitsklausel lässt sich in der Verfassung der Republik Serbien nicht finden, so dass die streitbare Demokratie nicht begründet werden kann.

⁵⁷ C.C. Voscherau, *Parteiverbot in der Bundesrepublik Deutschland und im Königreich Spanien*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2009, 159.

⁵⁸ H. Jahrreiss, “Demokratie. Selbstbewusstsein, Selbstgefährdung, Selbstschutz”, *Festschrift für Richard Thoma*, Tübingen 1949, 78.

JELENA IVANOVIĆ

PRAVNI KARAKTER OBAVEŠTENJA KOD VANREDNIH PRAVNIH SREDSTAVA U UPRAVNOM POSTUPKU

U V O D

Vanredna pravna sredstva u upravnom postupku, kako ona propisana Zakonom o opštem upravnom postupku (u daljem tekstu: ZUP)¹, tako i ona propisana posebnim zakonima predstavljaju u praksi najdelikatniji deo upravnog procesnog prava.

Ova delikatnost je karakteristična za primenu vanrednih pravnih sredstava i u ostalim opštim procesnim sistemima zbog toga što se njihovom pogrešnom primenom, na najgrublji način krše načelo zakonitosti i načelo pravnosnažnosti, koja su pored ostalih segmenata, osnov načela vladavine prava ustanovljenog članom 3. Ustava Republike Srbije (u daljem tekstu: Ustav)².

Zbog toga njihova primena u svim opštim postupcima pa i u upravnom, u praksi podrazumeva dobro razumevanje i poznavanje ovih instituta sa aspekta pravne teorije i posebno pažljivu primenu, kako bi se na najadekvatniji način ostvarila svrha njihovog ustanovljenja, a to je mogućnost izuzetnog vršenja prav-

Jelena Ivanović, sudija Upravnog suda.

¹ "Službeni list SRJ", br. 33/97 i 31/01 i "Službeni glasnik RS", broj 30/10.

² "Službeni glasnik RS", broj 98/2006.

nih intervencija nakon konačnosti, odnosno pravnosnažnosti (kod vanrednog ukidanja čak i nakon izvršnosti odluke donete u upravnom postupku), ali samo i jedino u zakonom propisanim slučajevima.

Odredbom člana 198. stav 2. Ustava ustanovljena je sudska kontrola zakonitosti rada uprave kroz ocenu zakonitosti konačnih pojedinačnih akata kojima se odlučuje o pravu, obavezi i na zakonu zasnovanom interesu, u upravnom sporu, za koju su do 1.01.2010. godine bili nadležni Vrhovni sud Srbije i okružni sudovi, a nakon toga Upravni sud, po članu 29. Zakona o uređenju sudova³. Radom ovih sudova je formirana značajna sudska praksa, pa je od strane sudija koji postupaju u upravnom sporu najlakše i uočiti interesantne primere sudske prakse koji mogu da ukažu na (ne)zakonitu primenu vanrednih pravnih sredstava, da upute na nerazrešene dileme i pogrešna postupanja kako stranaka, tako i posebno organa koji učestvuju u donošenju odluka, što može da doprinese kvalitetnijem radu i uprave i suda u upravnom sporu, a time u krajnjoj liniji, potpunijoj zaštiti prava građana.

Povod za pisanje ovog referata je nastao u praksi sudova u upravnom sporu, a tiče se pravnog položaja urbanističkog inspektora u vršenju njegovih pojedinih ovlašćenja po Zakonu o planiranju i izgradnji⁴ (u daljem tekstu: Zakon), kao i pravnog karaktera akata kojima se on obraća nadležnom organu, u okviru svojih ovlašćenja, radi iniciranja postupaka za stavljanje van snage konačnih rešenja. Međutim, pre toga, treba nešto reći o načinu pokretanja i načinu okončanja postupka po vanrednim pravnim sredstvima propisanim ZUP-om, kao i pravnom karakteru obaveštenja kojim se stranka ili podnosilac, odnosno inicijator obaveštavaju da nisu ispunjeni uslovi za pokretanje određenog postupka po nekom od vanrednih pravnih sredstava.

Pokretanje i okončanje postupka po ZUP-u

Da bi se bolje razumelo pokretanje i okončanje postupka po vanrednim pravnim sredstvima treba reći da se upravni postupak inače, pokreće uvek i isključivo od strane organa, ali povodom zahteva stranke ili po službenoj dužnosti (kad to određuje zakon ili drugi propis i kad nadležni organ utvrdi ili sazna da, s obzirom na postojeće činjenično stanje treba pokrenuti postupak radi zaštite javnog interesa, pri čemu organ uzima u obzir i eventualne predstavke građana i organizacija i upozorenje nadležnih organa). Postupak se smatra pokrenutim čim organ izvrši ma koju radnju radi njegovog vođenja, a ako organ povodom stavljenog zahteva stranke nađe da nema uslova za pokretanje postupka, doneće zaklju-

³ "Službeni glasnik RS", broj 116/08 ... 101/11.

⁴ "Službeni glasnik RS", br. 72/09 ... 24/11.

čak o odbacivanju zahteva stranke protiv koga je dozvoljena posebna žalba. Uslovi bez kojih ne može da se pokrene postupak po zahtevu stranke su postojanje stranačke sposobnosti, aktivne legitimacije i nadležnosti organa kome je zahtev podnet u konkretnoj upravnoj stvari, kao i nepostojanja pravnosnažnog rešenja kojim se rešava ista upravna stvar – sem u slučaju ponavljanja postupka.

Dan pokretanja postupka je veoma bitan, jer on opredeljuje materijalno pravo koje se primenjuje u konkretnoj upravnoj stvari, a u praksi postoji poseban problem pri njegovom određivanju. Često i stranke i organi smatraju da je dan podnošenja zahteva, dan pokretanja postupka. To nije tačno, jer se i po zahtevu stranke i po službenoj dužnosti, postupak pokreće preduzimanjem prve (ma koje) radnje organa radi vođenja postupka. Dan podnošenja zahteva je bitan u situaciji kad materijalni propis, za njega vezuje sticanje određenog prava (na primer: kod Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju⁵ stranka može da ostvari pravo na penziju počev od dana podnošenja zahteva, a najranije šest meseci pre tog dana).

Pravo na podnošenje zahteva pripada stranci u upravnom postupku (licu koje je aktivno legitimisano za pokretanje postupka, o čijem pravu odnosno obavezi treba da se odluči u konkretnoj upravnoj stvari – član 39. ZUP-a).

Za razliku od onog pokrenutog po zahtevu stranke, postupak po službenoj dužnosti podrazumeva reakciju organa u situaciji propisanoj zakonom ili podzakonskim aktom kada je potrebno s obzirom na postojeće činjenice da se zaštititi javni interes.

Svako obaveštenje, odnosno predstavka građana, organizacije ili upozorenje i obaveštenje drugih organa, organu koji je nadležan za pokretanje postupka po službenoj dužnosti, ne može da se smatra zahtevom, već inicijativom za pokretanje. Ovi građani, organizacije odnosno organi ne stiču svojstvo stranke, već je nadležni organ dužan da uzme u obzir njihovo obaveštenje, predstavku odnosno upozorenje i da proceni da li postoje uslovi za pokretanje postupka po službenoj dužnosti. Ni činjenica da je organ po zakonu dužan da uzme u obzir ove predstave građana i organizacija i upozorenja nadležnih organa, ne uspostavlja svojstvo stranke ovim licima. Ukoliko su propisani uslovi ispunjeni, organ ima obavezu da pokrene postupak, da ga sprovede, donese odluku i da o tome obavesti podnosioca. Takvo obaveštenje nije odluka u upravnom postupku i protiv njega se ne može izjaviti žalba, niti voditi upravni spor. Takođe, postoji obaveza nadležnog organa da, podnosioca predstavke odn. obaveštenja ili upozorenja, obavesti i ako nisu ispunjeni uslovi za pokretanje postupka. Ovo obaveštenje koje nadležni organ dostavlja podnosiocima, kojim ih obaveštava da postupak nije po-

⁵ Službeni glasnik RS, broj 34/03 ... 101/10.

krenut, čak i kada se donese u formi rešenja, nema karakter odlučivanja u upravnom postupku i ni protiv njega se ne može izjaviti žalba, niti voditi upravni spor.

Uobičajeni i najbrojniji primeri uvođenja u postupak u svojstvu stranke lici- ma koje ovo pravo ne pripada, u praksi nastaju u inspekcijskom nadzoru. U njima uglavnom građanin obaveštava inspekcijski organ o postojanju potrebe za vrše- njem nadzora i podnosi prijavu, koju inspekcijski organ u najvećem broju sluča- jeva pogrešno smatra zahtevom iako ona to po svojoj pravnoj prirodi nije. To je inicijativa, pri čemu postupak po službenoj dužnosti pokreće organ. Sledeće je da inspekcijski organ ovo lice ne samo što smatra strankom već ga uvodi u postu- pak (pozivanjem na usmenu raspravu, omogućavanjem da učestvuje u postupku, a posebno je dovoljno da mu dostavi prvostepeno, odnosno drugostepeno reše- nje), čime ga on i čini strankom u upravnom postupku i to svojstvo stranke mora da poštuje i Upravni sud prilikom ocene da li je obavezno zakazivanje rasprave, po eventualnoj tužbi u upravnom sporu, što sve usporava i upravni postupak i upravni spor.

*Pokretanje i okončanje postupka
po vanrednim pravnim sredstvima po ZUP-u*

ZUP kao vanredna pravna sredstva propisuje: ponavljanje postupka i pet naročitih slučajeva poništavanja, ukidanja i menjanja rešenja i to: menjanje i po- ništavanje rešenja u vezi sa upravnim sporom (član 251); poništavanje i ukidanje po osnovu službenog nadzora (član 253–254); ukidanje i menjanje pravnosnaž- nog rešenja uz pristanak ili po zahtevu stranke (član 255); vanredno ukidanje re- šenja (član 256) i oglašavanje rešenja ništavim (član 257). Načelo zakonitosti je osnov njihove kompletne primene i zajednički imenitelj, a to podrazumeva i na- čin pokretanja postupka kao i način okončanja postupka po njima.

Odredbe ZUP-a o pokretanju i okončanju upravnog postupka uglavnom se mogu primeniti i na vanredna pravna sredstva, ali tome treba pažljivo pristupiti, jer je za svako pojedino sredstvo propisan različit postupak pokretanja, pri čemu postupak po nekim pravnim sredstvima može da se pokrene i po zahtevu javnog tužioca. Ponavljanje postupka (čl. 239–250. ZUP-a) se pokreće po zahtevu stran- ke i po službenoj dužnosti i ovde nema nikakvih dilema.

Međutim, menjanje i poništavanje rešenja u vezi sa upravnim sporom (čl. 251. ZUP-a) kao jedan od naročitih slučajeva poništavanja i menjanja rešenja je specifičan u ovom pogledu. Organ povodom čijeg rešenja je blagovremeno pokre- nut upravni spor može do završetka spora, ako uvažava sve zahteve tužbe, poni- štiti ili izmeniti svoje rešenje iz onih razloga iz kojih bi sud mogao poništiti takvo rešenje ako se time ne vređa pravo stranke u upravnom postupku ili pravo trećeg

lica. Iz ovakve definicije proizilazi nesumnjivo da odve nema pokretanja postupka po zahtevu stranke, ali isto tako ni pokretanja po službenoj dužnosti. Radi se o diskrecionom pravu organa protiv čije odluke je pokrenut upravni spor, što podrazumeva da on to može da uradi, ali i ne mora. Dovoljno je da sazna za činjenicu vođenja upravnog spora i oceni da su zahtevi tužbe osnovani. On takvo rešenje može da stavi van pravne snage odnosno da ga izmeni, ali je uslov da na taj način ne vredi pravo stranke u upravnom postupku ili pravo trećeg lica.

Kod postupanja organa na osnovu službenog nadzora (čl. 253–254. ZUP-a) postoje dve vrste vanrednih pravnih intervencija i to: poništavanje i ukidanje. One se veoma razlikuju po svojoj suštini, a prevashodno po posledicama koje izazivaju. To određuje obim i vrstu procesnih ovlašćenja, datih pojedinim subjektima za njihovo pokretanje. Postupak za poništavanje rešenja može da bude pokrenut po zahtevu stranke i zahtevu javnog tužioca i po službenoj dužnosti od strane nadležnog organa. Po zahtevu stranke i zahtevu javnog tužioca, nadležni organ mora da donese rešenje bilo kakva da je odluka i za slučaj da to ne učini, postoji mogućnost vođenja upravnog spora zbog ćutanja uprave.

O tome se izjasnio Vrhovni sud Srbije u svojoj presudi:

“Ako po zahtevu ovlašćenih subjekata za poništavanje rešenja, nadležni organ ne donese nikakvo rešenje, tj. ćuti – stranka i ovlašćeni tužilac mogu pokrenuti upravni spor pod uslovima iz člana 24. ZUS-a.”⁶

Za razliku od poništavanja po osnovu službenog nadzora, postupak ukidanja po osnovu službenog nadzora može da se pokrene samo po službenoj dužnosti ili po zahtevu javnog tužioca.

Ukidanje ili menjanje pravnosnažnog rešenja uz pristanak ili po zahtevu stranke (čl. 255. ZUP-a), u svom nazivu već sadrži deo odgovora o tome kako ovaj postupak može da se pokrene (po zahtevu stranke ili po službenoj dužnosti, ali uz pristanak stranke). Postupak za vanredno ukidanje rešenja (čl. 256. ZUP-a) može da bude pokrenut samo i jedino po službenoj dužnosti.

O tome da se postupak po vanrednom ukidanju može pokrenuti samo po službenoj dužnosti, u sudskoj praksi je zabeležen stav izražen kroz Zaključak broj 2 sa savetovanja Upravnih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih sudova i Vrhovnog suda Srbije održanog u Beogradu 9.12.1986.godine u kome su se sudovi izjasnili:⁷

“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 reše-

⁶ Presuda Vrhovnog suda Srbije, UŽ. 11159/64 od 08.05.1965. godine.

⁷ Zaključak broj 2 sa savetovanja Upravnih odeljenja SS, Republičkih i pokrajinskih sudova i VVS održanog u Beogradu 09.12.1986. godine.

nje 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 zabeležen je pravni stav izražen u presudi vezan za primenu ovog instituta i tiče se načina na koji se pokreće postupak za vanredno ukidanje rešenja. On je identičan kao i stav zauzet od strane Saveznog vrhovnog suda i o tome se Vrhovni sud Srbije izjasnio:⁸

“Vanredno ukidanje rešenja iz člana 256. ZUP-a uvek se donosi po službenoj dužnosti.”

Ništavost je najdrastičniji oblik nezakonitosti, (zbog toga i ne postoji rok), pa se na nju pazi po službenoj dužnosti, a rešenje se može oglasiti ništavim i po predlogu stranke odnosno javnog tužioca (čl. 257–258. ZUP-a). Zašto predlog stranke i javnog tužioca, a ne zahtev? Verovatno zato što je zakonodavac smatrao da je, ukoliko postoje uslovi za oglašavanje rešenja ništavim, prilikom njegovog donošenja došlo do takvog kršenja zakonitosti, da je dovoljna i inicijativa (predlog) stranke odnosno javnog tužioca kojom se nadležni organ obaveštava o tome, da bi on, koji i po službenoj dužnosti vodi računa o razlozima ništavosti, mogao da reaguje. Međutim, autor smatra da bi pravnu prirodu ovog predloga trebalo tumačiti tako da se on smatra zahtevom stranke i javnog tužioca, jer kao zahtev pruža podnosiocima veće mogućnosti za šire korišćenje procesnih prava što doprinosi boljoj zaštiti prava stranaka.

Iz formulacija sadržanih u ZUP-u koje se odnose na vanredna pravna sredstva nesumnjivo proizilazi da je, kad oceni da su ispunjeni uslovi za pokretanje postupka po zahtevu stranke odnosno javnog tužioca, organ u obavezi da po takvom zahtevu odluči i to donošenjem rešenja. Kada po zahtevu stranke utvrdi da nisu ispunjeni uslovi za pokretanje postupka, organ je u obavezi da donese rešenje kojim ovaj zahtev stranke odbija. Za slučaj da to ne učini, stranka ima mogućnost zaštite tužbom zbog ćutanja uprave u smislu člana 19. Zakona o upravnim sporovima (u daljem tekstu: ZUS)⁹ pod zakonom propisanim uslovima. Nasuprot tome, kad organ, po podnetoj inicijativi građana odnosno obaveštenju ili upozorenju organa, kada treba da reaguje po službenoj dužnosti, nađe da nisu ispunjeni uslovi za vršenje pravne intervencije, postavlja se pitanje - na koji način je on u obavezi da postupa: da donese odluku ili da obavesti podnosioca o njegovoj inicijativi?

⁸ Presuda Vrhovnog suda Srbije U. 1961/03 od 29.04.2004. godine.

⁹ Službeni glasnik RS, broj 111/09.

U ZUP-u je to izričito propisano jedino odredbama koje se odnose na ukidanje i menjanje pravnosnažnog rešenja uz pristanak ili po zahtevu stranke i to tako da ako organ nađe da nema potrebe da se rešenje ukine ili izmeni, jer stranka nije dala saglasnost, dužan je da o tome obavesti drugu stranku. Jasno je da se ne radi o rešenju već o obaveštenju koje nema karakter odlučivanja u upravnom postupku, jer se njime ne odlučuje o pravima i obavezama nekog lica. Protiv njega se ne može izjaviti žalba, niti pokrenuti upravni spor.

O navedenom se kroz svoju presudu izjasnio Vrhovni sud Srbije:

“Kad upravni organ nađe da nema potrebe da se pravnosnažno rešenje primenom odredbe člana 264. (255. stav 2) Zakona o opštem upravnom postupku ukine ili izmeni dužan je da o tome obavesti stranku. Protiv takvog obaveštenja nema mesta izjavljivanju žalbe, niti je dopušteno vođenje upravnog spora pošto je to pravo dato samo u slučaju donošenja rešenja kojim se menja i ukida ranije pravnosnažno rešenje a ne i u slučaju kad upravni organ nađe da za ovakve izmene ili ukidanje pravnosnažnog rešenja nema mesta.”¹⁰

O tome se kroz svoju dugogodišnju praksu izjasnio i Savezni sud:

“U smislu člana 264. (255) stav 2. i 5. ZUP-a, upravni spor se može voditi samo protiv rešenja kojim se ukida ili menja pravnosnažno rešenje nepovoljno za stranku. Akt nadležnog organa kojim se ne prihvata zahtev stranke za ukidanje ili menjanje pravnosnažnog rešenja i kada je doneto u formi rešenja, nema karakter upravnog akta protiv kog se može voditi upravni spor.”¹¹

Iako ZUP to izričito ne propisuje, analogno prethodnom i kod ostalih vanrednih pravnih sredstava, kod kojih se postupak može pokrenuti po službenoj dužnosti, ukoliko nadležni organ, po inicijativi građana, organizacije ili obaveštenju drugog organa, smatra da nisu ispunjeni uslovi za pokretanje postupka, on će o tome obavestiti podnosioca inicijative odnosno upozorenja i takvo obaveštenje kad je doneto čak i u formi rešenja, nema karakter odluke u upravnom postupku, jer se ni njime ne odlučuje o pravima i obavezama nekog lica u upravnom postupku. Protiv njega se ne može izjavljivati žalba, niti voditi upravni spor.

Inspeksijski nadzor iz Zakona

Inspeksijski nadzor je vrsta upravnog nadzora koji se kao deo upravne delatnosti uspostavlja radi obezbeđenja primene zakona i predstavlja vrstu zakonom ustanovljene interne kontrole. Mnogi od njih posebnom glavom koja uglavnom nosi naziv “Nadzor” regulišu kontrolu sopstvene, kao i primene podzakonskih

¹⁰ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Uvp. 112/79.

¹¹ Presuda Saveznog suda Uiss. br. 491/79 od 31.08.1979. godine.

propisa donetih na osnovu njih i tako obezbeđuju “mehanizam” i garant sopstvenog sprovođenja.

Zakon uređuje veoma bitan segment društvenih odnosa vezanih za uslove i način uređenja prostora, uređivanje i korišćenje građevinskog zemljišta i izgradnju objekata, druga pitanja od značaja za *uređenje* prostora o uređivanju i korišćenju građevinskog zemljišta i izgradnju objekata. Posebnom Glavom XII naslovljenom kao “Nadzor” reguliše inspekcijski nadzor kao vrstu nadzora nad izvršavanjem svojih odredaba i propisa donetih na osnovu njega u okviru koga prava, dužnosti i ovlašćenja urbanističkog inspektora zauzimaju veoma bitan deo.

Ovom Glavom precizno su određena prava i dužnosti urbanističkog inspektora. Ona predstavljaju niz radnji koje mu u vršenju inspekcijskog nadzora omogućavaju da proveri da li se Zakon i njegovi podzakonski propisi primenjuju pravilno pa između ostalog da li: 1. privredno društvo, odnosno drugo pravno lice ili preduzetnik koji izrađuje prostorno-urbanističke planove ili obavlja druge poslove određene ovim zakonom ispunjava propisane uslove; 2. da li je planski dokument koji se odnosi na organizaciju, planiranje i uređenje prostora izrađen i donet u skladu sa zakonom i propisom donetim na osnovu zakona; 3. da li su lokacijska dozvola i urbanistički projekat izrađeni i izdati u skladu sa ovim zakonom; 4. da li je glavni projekat na osnovu koga je izdata građevinska dozvola izrađen u skladu sa lokacijskom dozvolom, odnosno planskim aktom; 5. da li se promene stanja u prostoru vrše u skladu sa ovim zakonom i propisima donetim na osnovu zakona, odnosno da li se promene stanja u prostoru vrše u skladu sa pravilima i standardima struke; 6. da li je privredno društvo odnosno drugo pravno lice, odnosno javno preduzeće ili druga organizacija koja utvrđuje posebne uslove za izgradnju objekata i uređenje prostora kao i tehničke podatke za priključak na infrastrukturu, dostavilo posebne podatke i uslove za izradu planskog dokumenta, odnosno lokacijske dozvole u propisanim rokovima.

Ovako određena prava i dužnosti nisu sama sebi svrha, pa su zato definisana i ovlašćenja urbanističkog inspektora da bi se primena Zakona privela cilju zbog koga je donet. Zbog toga, on može da preduzima sledeće mere: da zabrani rešenjem dalju izradu planskog dokumenta, ako utvrdi da privredno društvo, odnosno drugo pravno lice koje izrađuje planski dokument ne ispunjava uslove propisane zakonom; da naloži rešenjem organu nadležnom za poslove urbanizma poništavanje lokacijske dozvole i urbanističkog projekta u roku koji ne može biti duži od 15 dana ako utvrdi da ti akti nisu u skladu sa zakonom odnosno planskim aktom. Do stupanja na snagu Zakona o izmenama i dopunama Zakona o planiranju i izgradnji¹², urbanistički inspektor je imao ovlašćenje i da naloži re-

¹² (“Službeni glasnik RS”, br. 24/11).

šenjem ministarstvu nadležnom za poslove prostornog planiranja odnosno organu nadležnom za poslove prostornog planiranja autonomne pokrajine poništavanje lokacijske dozvole u roku koji ne može biti duži od 15 dana ako utvrdi da lokacijska dozvola nije izdata u skladu sa zakonom, odnosno planskim aktom, ali je navedenim Zakonom o izmenama i dopunama, ovo ovlašćenje brisano. Zatim, urbanistički inspektor ima ovlašćenje da podnosi inicijativu pred drugostepenim organom za poništaj građevinske dozvole; da obavesti nadležni organ odnosno nadležnog inspektora i da preduzme druge mere na koje je ovlašćen, ako utvrdi da se promene stanja u prostoru ne vrše u skladu sa ovim zakonom i propisom donetim na osnovu zakona; da obavesti organ nadležan za donošenje planskog dokumenta i da predloži ministru nadležnom za poslove prostornog planiranja i urbanizma pokretanje postupka za ocenu zakonitosti planskog dokumenta, ako utvrdi da planski dokument nije donet u skladu sa zakonom ili da postupak po kojem je donet nije sproveden na način propisan zakonom; da za odlaganje obavesti ministra nadležnog za poslove prostornog planiranja i urbanizma ako utvrdi da organ nadležan za donošenje planskog dokumenta nije u propisanom roku doneo planski dokument; da preduzme mere protiv privrednog društva ili drugog pravnog lica ako u propisanom roku ne dostave posebne podatke neophodne za priključak na tehničku i drugu infrastrukturu; da preduzima i druge mere u skladu sa zakonom; kad urbanistički inspektor utvrdi da je planski dokument donet suprotno odredbama ovog zakona može da predloži ministru nadležnom za poslove prostornog planiranja i urbanizma da donese rešenje o zabrani primene planskog dokumenta do njegovog usklađivanja sa zakonom i o tome obavesti organ nadležan za njegovo donošenje.

Ovakva sadržina ovlašćenja koja ide od obaveštavanja, nalaganja, podnošenja inicijative do donošenja rešenja o zabrani (dalje izrade planskog akta, primene planskog dokumenta i dr.) upućuju na pravnu prirodu akata koje donosi urbanistički inspektor, posebno kada to radi u formi rešenja i samim tim na njegov procesni status u upravnom postupku i upravnom sporu. Nema dileme da je on državni organ koji vrši inspeksijski nadzor na koji je ovlašćen zakonom, ali u upravnom postupku koji on inicira odn. koji bude pokrenut po nalogu iz njegovog rešenja, on nema svojstvo stranke, niti se akti kojima on inicira vođenje upravnih postupaka, čak i kada su doneti u formi rešenja mogu osporavati žalbom, ni tužbom u upravnom sporu. Razlog za to je činjenica da su oni doneti u vršenju interne kontrole organa, a da se njima ne odlučuje o pravima i obavezama stranaka u upravnom postupku.

O tome se izjasnio Vrhovni sud Srbije u svojoj odluci:

“Rešenje urbanističkog inspektora, kojim je naloženo Sekretarijatu za urbanizam i građevinske poslove da oglasi ništavim urbanističke dozvole, kao i da stavi van sna-

ge izdatu urbanističku saglasnost na dostavljenu tehničku dokumentaciju ne predstavlja upravni akt u smislu člana 6. Zakona o upravnim sporovima.”¹³

Ovakva odluka Vrhovnog suda Srbije doneta je za vreme važenja Zakona o upravnim sporovima (u daljem tekstu: prethodni ZUS)¹⁴ i Zakona o planiranju i izgradnji (u daljem tekstu: prethodni Zakon)¹⁵. Međutim, ni po odredbama ZUS-a koji značajno proširuje mogućnost zaštite u upravnom sporu, pravna priroda ovih akata nije drugačija. Suština nekih ovlašćenja urbanističkog inspektora po Zakonu je ista kao po prethodnom Zakonu, pri čemu je samo upodobljena ustrojstvu iz Zakona (u pogledu ranijeg poništavanja akta o urbanističkim uslovima, izvoda iz urbanističkog plana i urbanističkog projekta, a sada lokacijske dozvole i urbanističkog projekta).

Međutim, odredbom člana 139. stav 1. tačka 2. i 3. prethodnog Zakona bilo je propisano ovlašćenje urbanističkog inspektora da naloži opštinskoj odnosno gradskoj upravi poništavanje akta o urbanističkim uslovima, izvoda iz urbanističkog plana i urbanistički projekat ako utvrdi da ti akti nisu u skladu sa zakonom, odnosno planom i da pokrene postupak za ukidanje odobrenja za izgradnju po osnovu službenog nadzora, ako utvrdi da idejni projekat na osnovu koga je izdato odobrenje za izgradnju nije izrađen u skladu sa urbanističkim planom odnosno aktom o urbanističkim uslovima. Ovo ovlašćenje po Zakonu više ne postoji.

Dileme koje se javljaju u praksi tiču se pre svega pitanja da li su ovlašćenja urbanističkog inspektora sadržana u članu 139. stav 1. tačka 2. i 3. prethodnog Zakona i članu 174. Zakona, vrsta vanrednog pravnog sredstva propisanog posebnim zakonom što bi značilo da se na njih primenjuju odredbe tog posebnog zakona o vanrednim pravnim sredstvima, ili predstavljaju samo zakonom propisano ovlašćenje urbanističkog inspektora da inicira postupak po jednom odnosno po više vanrednih pravnih sredstava iz ZUP-a, u kom slučaju bi moralo da se primene odredbe ZUP-a.

U praksi Upravnog suda došlo je do izjašnjenja o tome da je postupak po članu 139. stav 1. tačka 2. prethodnog Zakona propisan posebnim zakonom i da se na njega ne mogu primeniti odredbe ZUP-a:

“Postupak propisan odredbom člana 139. stav 1. tačka 2. Zakona o planiranju i izgradnji (“Službeni glasnik RS”, br. 47/03 i 34/06) po pravnom stanovištu Upravnog suda, je postupak propisan posebnim zakonom, a ne Zakonom o opštem upravnom postupku, te da ovaj postupak nadležni organ vodi po službenoj dužnosti, pa se posle stupanja na snagu Zakona o planiranju i izgradnji (“Službeni glasnik RS”, br. 72/09), ne može pokrenuti”.¹⁶

¹³ Rešenje Vrhovnog suda Srbije U-756/04 od 08.02.2006. godine.

¹⁴ Službeni list SRJ, broj 46/96.

¹⁵ “Službeni glasnik RS”, br. 47/03 i 34/06.

¹⁶ Presuda Upravnog suda U27509/10 od 17.11.2011. godine.

Osnov za ovakav stav je da se radi o vanrednom pravnom sredstvu propisanom posebnim zakonom, (van onih propisanih ZUP-om), na koje se primenjuje taj posebni zakon, pa prestankom njegovog važenja, ni ovo sredstvo ne može više da se primeni.

Međutim, sigurno je da prestankom važenja posebnog zakona, prestaju da važe i vanredna pravna sredstva propisana tim zakonom, ali autor smatra da se ne može smatrati da su u konkretnom slučaju, članom 139. stav 1. tačka 2. i 3. prethodnog Zakona, propisana vanredna pravna sredstva, jer je propisano samo ovlašćenje urbanističkog inspektora za iniciranje postupka za nalaganje poništaja akta o urbanističkim uslovima... i pokretanje postupka za ukidanje odobrenja za izgradnju, ali ne i rokovi za pokretanje, tok postupka, vrste odluka i dr. Nema zaočružene celine, ni propisanih svih potrebnih segmenata da bi se ovlašćenja iz člana 139. stav 1. tačka 2. i 3. prethodnog Zakona smatrala posebnim vanrednim pravnim sredstvima. Zabunu još dodatno stvara formulacija da je urbanistički inspektor ovlašćen da pokrene postupak za ukidanje odobrenja za izgradnju. To dovodi, po mišljenju autora, u zabludu, ali se pažljivim tumačenjem može zaključiti, imajući u vidu procesni položaj ovog organa i pravnu prirodu akata koje on donosi u vršenju svojih ovlašćenja, da se ne radi o pokretanju postupka, već o obaveštavanju nadležnog organa. Ovo potvrđuje i činjenica da Zakon više ne sadrži ovlašćenje urbanističkog inspektora za pokretanje postupka za ukidanje odobrenja za izgradnju, već za podnošenje inicijative za poništaj građevinske dozvole. Time je zakonska formulacija usaglašena sa pravnom prirodom ovog akta.

Inače, organ koji vodi postupak u obrazloženju donetog rešenja po nalogu urbanističkog inspektora, ne može da se pozove samo na njegov nalog, već mora sam da utvrđuje činjenice i primeni pravo. Doneto rešenje nije zakonito samo zato što je doneto po nalogu urbanističkog inspektora, već zbog utvđenih odlučnih činjenica u vođenom postupku. Urbanistički inspektor nema svojstvo stranke u upravnom postupku, niti stranke u upravnom sporu, tako da ukoliko Upravni sud zakazuje raspravu u upravnom sporu u kome se ispituje zakonitost rešenja donetih po njegovom nalogu, nema obavezu da ga poziva.

ZAKLJUČAK

Svako obaveštenje odn. predstavka građana, organizacija ili upozorenje i obaveštenje drugih organa, organu koji je nadležan za pokretanje postupka po službenoj dužnosti, ne može da se smatra zahtevom, već inicijativom za pokretanje.

Obaveštenje nadležnog organa ovim licima o ishodu podnete inicijative nema karakter odlučivanja u upravnom postupku i protiv njega se ne može izjaviti žalba niti voditi upravni spor.

Urbanistički inspektor je organ u vršenju inspekcijskog nadzora i rešenja koja on donosi u vršenju svojih ovlašćenja po Zakonu o planiranju i izgradnji nemaju karakter odlučivanja u upravnom postupku, jer se njima ne odlučuje o pravima i obavezama nekog lica, već inicijative za pokretanje postupka po službenoj dužnosti. Protiv njih se ne može izjaviti žalba, niti pokrenuti upravni spor.

Urbanistički inspektor nema svojstvo stranke u upravnom postupku, niti stranke u upravnom sporu.

JELENA IVANOVIĆ
Judge of the Administrative Court

LEGAL CHARACTER OF NOTIFICATIONS WITH ANCILLARY REMEDIES IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Summary

Ancillary remedies in the administrative procedure, both those stipulated by the Law on the General Administrative Procedure and those stipulated by special laws, in the practice represent the most delicate part of the administrative adjective law.

This delicacy is characteristic of the application of ancillary remedies and in other general adjective systems because their wrong application in a most gross way violates the principle of legality and the principle of irrevocability which, besides other segments, are the basis of the principle of rule of law established by Art. 3 of the Constitution of the Republic of Serbia.

Therefore their application in all general procedures, including the administrative one, in the practise implies a good understanding and knowledge of these institutes from the point of view of the legal theory and an especially careful application so that, in the most adequate way, the purpose of their establishment could be realized, namely the possibility of extraordinary exercise of legal interventions after the finality i.e. irrevocability (with ancillary abolishment even after the enforceability of the decision passed in the administrative procedure), but only in legally stipulated cases.

The regulation from Art. 198 § 2 of the Constitution stipulates the court control of the legality of work of the administration by assessment of the legality of final single acts by which decisions are passed on the right, obligation and interest based on the law, in an administrative dispute, for which until 1 January 2010 the Supreme Court of Serbia and the district courts were in charge, and after that the Administrative Court, according to Art. 29 of the Law on Court Organization. By the work of these courts a significant court practice has been formed, and with the judges who proceed in the administrative dispute one can in the easiest way notice the interesting examples of the court practice which can hint at the (il)legal application of ancillary remedies, refer to unsolved dilemmas and wrong proceeding both of parties and especially bodies that take part in the decision-making, which can contribute to a better quality work both of the administration and the court in the administrative dispute.

**U SUSRET NOVOM ZAKONU O SLUŽBENICIMA
U JEDINICAMA LOKALNE SAMOUPRAVE
– Zašto nam je potreban savremen zakon o zaposlenima
u organima izvršne vlasti na lokalnom nivou –**

U V O D

Donošenjem Zakona o državnim službenicima 2005. godine i započinjanjem njegove primene, u praksi se nametnulo pitanje na koja se lica primenjuju odredbe Zakona, posebno kada je reč o pitanjima povezanim sa pravima i obavezama iz radnog odnosa zaposlenih u javnom sektoru.¹ Od stupanja na snagu Zakona o državnim službenicima 2005. godine, na principima službeničkog prava uređen je radnopravni status zaposlenih u organima državne uprave, sudovima, javnim tužilaštvima, Republičkom javnom pravobranilaštvu, službama Narodne skupštine, službama predsednika Republike, službama Vlade, službama Ustavnog suda i službama organa čije članove bira Narodna skupština. S obzirom da se Za-

Dr Igor Vukonjanski, docent Vojne Akademije Univerziteta odbrane u Beogradu

¹ Javni sektor nije zakonska kategorija i predstavlja veoma širok pojam koji se razlikuje od države do države. U pravnom sistemu Republike Srbije "javni sektor" zapravo predstavlja ono što se u nauci upravnog prava shvata kao javna uprava u najširem smislu. Tako javna uprava ili javna administracija, u našim uslovima, primarno označava stručni deo državne upravne organizacije koju čini i lokalna samouprava.

kon primenjuje kao *lex specijalis* na prava i dužnosti iz radnog odnosa državnih službenika, van njegovog domašaja ostala su ne samo lica koja nisu državni službenici: narodni poslanici, predsednik Republike, sudije Ustavnog suda, članovi Vlade, sudije, javni tužioc, zamenici javnih tužilaca i druga lica koja na funkciju bira Narodna skupština, lica koja postavlja Vlada, kao i lica koja prema posebnim propisima imaju status funkcionera, već i zaposleni u jedinicama lokalne samouprave.

Kada je reč o zaposlenima u organima lokalne samouprave, članom 189. citiranog Zakona propisao je da će se i ubuduće odredbe Zakona o radnim odnosima u državnim organima shodno primenjivati i na njih, do donošenja posebnog zakona. Poseban zakon kojim bi se uređio specifičan radnopravni status u jedinicama lokalnih samouprava do sada nije donet. Ovakvo stanje je u prethodnim godinama doprinelo nizu, pre svega, organizacionih problema u funkcionisanju jedinica lokalne samouprave.

Ukratko, model radnih odnosa iz navedenog zakona donetog još 1991. godine, koji počiva na kombinovanju specijalnog režima radnih odnosa u državnim organima sa opštim režimom radnih odnosa, nije se u praksi pokazao kao uspešan kada se radi o uređenju prava, obaveza i odgovornosti iz radnog odnosa zaposlenih u jedinicama lokalne samouprave. Osim toga, davanje organizacione autonomije lokalnoj samoupravi, u proteklom periodu, bilo je propraćeno netransparentnim procesima političkog kadriranja, uključujući prekomerno zašljavanje i dovođenje lojalnog partijskog kadra sa neadekvatnim kvalifikacijama i kompetencijama za rad u službama jedinicama lokalne samouprave.

Sledeći razlog koji upućuje na neophodnost donošenja novog zakona kojim će se statuirati položaj zaposlenih u jedinicama lokalne samouprave u vezi je sa upravljanjem kadrovima kao ključnim problemom koji je proteklih godina opterećivao rad zaspoelnih u jedinicama lokalne samouprave. Naime, za prethodni period karakteristično je potpuno odsustvo sistemskog praćenja i vrednovanja rada zaposlenih, zanemarivanje stručnog usavršavanja i potpuno izostajanje primene motivacionih tehnika. Takođe, u prethodnom periodu karijerni razvoj i unapređenje zaposlenih prema rezultatima rada bili su tek sporadično zastupljeni u praksi.

Kako je proces reforme državne uprave neophodno sinhronizovati i harmonizovati sa procesom reforme lokalne samouprave u Republici Srbiji, jer se i dalje radi o potrebi reforme ukupne javne administracije, neohodno je nastaviti sa procesom ostvarivanja koncepta moderne, efikasne, ekonomične i transparentne lokalne uprave, kao servisa građana, utemeljenog na načelima Evropske povelje o lokalnoj samoupravi. Otuda je, pored organizacione i institucionalne reorganizacije jedinica lokalne samouprave, neophodno sprovesti i potpunu reviziju rad-

nopravnog položaja zaposlenih. Definisanje radnopravnog položaja zaposlenih u lokalnim organima poželjno je izvršiti po ugledu na odgovarajuća pozitivna iskustva primene načela službeničkog sistema na nivou republičke administracije.

Svi izneti razlozi ukazuju na potrebu da se Zakon o radnim odnosima u državnim organima, bez nepotrebnog odlaganja, zameni pogodnijim modelom službeničkog sistema uz puno uvažavanje svih specifičnosti karakterističnih za lokalnu upravu.

AKTUELNI PROBLEMI U FUNKCIONISANJU JEDINICA LOKALNE SAMOUPRAVE

Uporedo sa brojnim aktivnostima povezanim sa reformom državne uprave, u proteklih tri godine, Ministarstvo za državnu upravu i lokalnu samoupravu pokrenulo je i podržalo nekoliko ključnih projekata sa ciljem da se utvrde uzročnici brojnih, pre svega, organizacionih problema koji nepotrebno opterećuju rad organa i stručnih službi u jedinicama lokalne samouprave.² Kao najmarkantniji problem u praksi uočava se stalno uvećanje broja zaposlenih u jedinicama lokalne samouprave. Evidentne razlike u broju zaposlenih od jedne do druge jedinice lokalne samouprave, ne mogu pravdati stvarnim razlikama u broju stanovnika, veličinom teritorije, niti obimom pruženih administrativnih usluga i izvornih i poverenih poslova.³ S druge strane, po mnogim ocenama, prekomerno uvećani broj

² Predmetna empirijska istraživanja sprovedena su u okviru nekoliko projekata i to: 1) "Upravljanje ljudskim resursima na lokalnom nivou" – podkomponenta Programa "Jačanje lokalne samouprave u Srbiji, Faza 2"; 2) "Program podrške opštinama IPA 2007 – Dobra uprava na nivou lokalnih samouprava – jačanje institucionalnih i kadrovskih kapaciteta jedinica lokalne samouprave u Republici Srbiji" i 3) "Program podrške opštinama IPA 2007 – Planiranje i pružanje usluga na nivou jedinica lokalne samouprave u Republici Srbiji".

³ U okviru prava i dužnosti utvrđenih Ustavom, zakonima, statutima opština odnosno gradova i aktima opštinskih – gradskih skupština, lokalne uprave obavljaju sledeće poslove: 1) pripremanje nacрта odluka i drugih opštih akata koje donosi Skupština opštine odnosno grada, predsednik opštine odnosno gradonačelnik i Opštinsko odnosno gradsko veće; 2) izvršava odluke i druge akte Skupštine opštine odnosno grada, predsednika opštine odnosno gradonačelnika i Opštinskog odnosno gradskog veća; 3) rešava u upravnom postupku u prvom stepenu o pravima i dužnostima građana, preduzeća, ustanova i drugih organizacija u upravnim stvarima iz nadležnosti opštine odnosno grada; 4) obavlja poslove upravnog nadzora nad izvršavanjem propisa i drugih opštih akata Skupštine opštine odnosno grada; 5) izvršava zakone i druge propise čije izvršavanje je povereno opštinama odnosno gradovima iz oblasti obrazovanja, boračko-invalidske zaštite, zaštite životne sredine, turizma, planiranja i izgradnje, društvene brige o deci, građanskim stanjima, biračkim spiskovima, stara se o položaju izbeglih i raseljenih lica i drugo; 6) obavlja stručne i druge poslove koje utvrdi Skupština opštine odnosno grada, predsednik opštine odnosno gradonačelnik i Opštinsko odnosno Gradsko veće.

zaposlenih u administraciji pojedinih jedinica lokalne samouprave nije doprineo uspješnijem obavljanju poslova niti većem kvalitetu pruženih usluga.

Dalje, rezultati empirijskih istraživanja upućuju na brojne slabosti u vezi sa kadrovskim planiranjem, procedurama prijema novih izvršilaca, raspoređivanjem postojećih kadrova, kao i u vezi sa ocenjivanjem radne uspešnosti, nagrađivanjem i karijernim napredovanjem zaposlenih. Nedostatak valjanog koncepta upravljanja ljudskim resursima na osnovama savremenih trendova i dobre prakse evropskog administrativnog prostora uslovljen je i deficitom kadrova sa adekvatnim kompetencijama, radnim iskustvom, znanjem i potrebnim veštinama. Po tom pitanju, situacija se dodatno komplikuje i odlivom kvalitetnih kadrova, što sve skupa upućuje na neadekvatan odnos koji opštinske odnosno gradske uprave imaju prema ljudskim resursima.

Dubljom analizom pokazatelja o aktuelnom stanju u ovoj oblasti otvaraju se i dodatna pitanja kao što su: uvođenje u posao novozaposlenih izvršilaca koji su već stekli određeno radno iskustvo u struci i posebno podmlađivanje kadrova putem prijema pripravnika.⁴ Takođe, pitanje kome treba posvetiti dodatnu pažnju jeste i karijerni razvoj zaposlenih. Naime, karijerni razvoj i napredovanje u službi zaposlenih u jedinicama lokalne samouprave moguće je ostvariti samo kroz vertikalnu i horizontalnu pokretljivost zaposlenih.⁵ Kao dodatni instrument napredovanja u službi, po pravilu, koriste se dodeljivanje većeg koeficijenta i različiti modaliteti uvećanja plate.⁶ Navedeni mehanizmi nisu neiscrpn, a u konačnom ne daju željene rezultate koji bi sistemski poboljšali status zaposlenih u jedinicama lokalne samouprave.

S druge strane, struktura opštinskih odnosno gradskih uprava više-manje je jedinstvena. Naime, u skladu sa Zakonom o lokalnoj samoupravi, opštinska uprava je jedinstveni organ, dok u gradovima može biti organizovano i više gradskih uprava kao posebnih organa. Iz ovoga sledi da je organizaciona struktura opštinske

⁴ Pripravicima, kao posebnom vidu podmlađivanja kadrovske strukture u lokalnim administracijama, niz godina unazad pridaje se mali značaj. Okolnosti da pripravnici staž traje godinu dana, da obuka pripravnika zahteva veliko angažovanje mentora i da pri svemu tome prvi efekti pripravnicičke obuke, u smislu njihovog osposobljavanja za samostalan rad, mogu biti vidljivi tek nakon godinu ipo dana, samo je delimično moglo opravdati uočeno davanje prednosti zapošljavanju kadrova iz drugih sektora.

⁵ Horizontalna pokretljivost, po pravilu, podrazumeva promenu radnog mesta zbog potreba procesa rada uz zadržavanje stečenog zvanja, a vertikalna pokretljivost je vrlo malo zastupljena tako da najčešće napreduju zaposleni sa visokom i srednjom stručnom spremom.

⁶ U uslovima kada je osnovna plata fiksna, budući da se sastoji od koeficijenta i osnovice za obračun plata koju propisuje Vlada, napredovanje sa platom je povezano isključivo sa napredovanjem u zvanju. Otuda se nagrađivanje savernih i stručnih pojedinaca ostvaruje putem stimulacija koja, prema zakonskim ograničenjima, ne prelaze 30% osnovne plate.

skih odnosno gradskih uprava prilično složena. U praksi to znači da se opštinska i gradska uprava sastoji od brojnih službi, odeljenja, odseka i drugih unutrašnjih organizacionih jedinica. Okolnost da aktuelna akta o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mesta očigledno ne odgovara potrebama uprava niti po broju sistematizovanih radnih mesta niti po utvrđenim uslovima u pogledu stručne spremlje⁷ upućuje na potrebu da se prilikom donošenja novih akata o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mesta lokalnih samouprava mora voditi više računa o grupisanju srodnih poslova, racionalizaciji broja zaposlenih i što je najvažnije podizanju kriterijuma u pogledu stručne spremlje. Time bi se, bar za početak, postigao efekat smanjenja broja zaposlenih, makar za onaj broj izvršilaca koji se sada, po svim kriterijumima mogu opravdano smatrati viškom.⁸

Sve u svemu, opisano stanje dovelo je do sveopšte apatije, nezainteresovanosti, nediscipline i nesavesnog rada u jedinicama lokalne samouprave, a ambijent u kome se izvršavanju poslova radnog mesta pristupa rutinski, izaziva efekat dvoseklog mača. S jedne strane, zaposleni su potpuno nemotivisani za rad, a sa druge strane konačan ceh plaćaju građani koji svoje potrebe u smislu usluga koje pružaju jedinice lokalne samouprave, uglavnom zadovoljavali na neadekvatan način. Takvo unutar-protivrečno stanje, povezano sa stalnošću službe i nemogućnošću pronalazjenja posla u drugim sektorima, stvorilo je preglomaznu i neefikasnu administraciju koja u svakom pogledu otežava položaj kako lokalnim samoupravama tako i građanima.

Ako se ima u vidu da prosečan građanin svoju percepciju države i njenih institucija kreira na prvom mestu u neposrednom kontaktu sa gradskom odnosno opštinskom administracijom, svi naponi koje je država ulagala u reformu državne uprave, na nivou republičke administracije, bili su u znatnoj meri osujećeni upravo zbog nerešenih organizacionih i kadrovskih problema u gradskim i opštinskim upravama.

ISKUSTVA DOBRE PRAKSE KOJI MOGU BITI OHRABRUJUĆI

Istini za volju, organizacioni i kadrovski problemi sa kojima se suočavaju naše lokalne samouprave nisu nepoznata u drugim zemljama, naročito onima

⁷ Gotovo bez izuzetka, akta o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mesta u pogledu kvalifikacije strukture prilagođavaju se zatečenom stanju odnosno kvalifikacionoj strukturi već zaposlenih kadrova.

⁸ Kao najčešći uzrok viška zaposlenih u jedinicama lokalne samouprave, ističu se: 1) vođenje socijalne politike preko politike zapošljavanja u opštini, 2) politički pritisci odnosno zapošljavanje po partijskoj pripadnosti i 3) zapošljavanje po rodbinskoj liniji. Redosled nabiranja u vezi je sa procenama o zastupljenosti odnosno učestalosti svakog od pobrojanih uzroka.

koje pripadaju grupi tranzicionih zemalja i u kojima je jasno uočeno da davanje organizacione autonomije lokalnoj samoupravi lako može biti praćeno netransparentnim kadrovskim politikama iza kojih ostaju različiti problemi političkog ka-driranja, uključujući prekomerno zapošljavanje novih kadrova sa neadekvatnim kvalifikacijama i kompetencijama za rad u službama lokalne samouprave. Posebno značajna iskustva dolaze i iz onih zemalja koje imaju institut "javnog službenika".

Tako praksa primene službeničkog prava na zaposlene u jedinicama lokalne samouprave u zemaljama Evropske unije, u kojima je položaj ovih službenika različito rešen, upućuje na različite koncepte i mogućnosti primene raznolikog kombinovanja sistemskih rešenja. Primera radi, u pojedinim zemljama zaposleni u lokalnim samoupravama imaju status državnog službenika – Fransuska, Bugarska i Slovenija. U drugim zemljama zaposleni u lokalnoj samoupravi imaju status državnog službenika samo za odabrane funkcije - Belgija, Estonija, Finska, Nemačka, Mađarska, Litvanija, Rumunija i Slovačka. U trećem slučaju uočeno je da zaposleni u lokalnoj samoupravi uopšte nemaju status državnog službenika - Češka, Letonija i Poljska.

Pored iskustava iz prakse zemalja koje pripadaju evropskom administrativnom prostoru, na raspolaganju su i određena pozitivna iskustva i dobri rezultati u višegodišnjoj primeni Zakona o državnim službenicima. Naime, sve upućuje na stanovište da i status zaposlenih u jedinicama lokalne samouprave treba urediti primenom istih načela koji regulišu položaj državnih službenika. Ovo stoga što se uočavaju gotovo istovetni razlozi koji su doveli do donošenja Zakona o državnim službenicima, među kojima se posebno ističu: neadekvatno rešen postupak zasnivanja radnog odnosa; nepostojanje selekcije kadrova koja bi omogućila izbor najboljih kandidata, sistem zvanja koji nije doveden u vezu sa jedinstvenom klasifikacijom poslova; sistem napredovanja koji ne počiva na složenosti i odgovornosti poslova odnosno na rezultatima rada kao i sistemska neuređenost profesionalnog razvoja karijere putem stručnog usavršavanja zaposlenih.

Dakle, dobra praksa u ovom segmentu uređivanja javnog sektora upućuje na uvođenje i jačanje odgovornosti svakog pojedinca za njegov karijerni razvoj u službi i promovisanje čitavog koncepta motivišućih i samomotivišućih mehanizama kako bi se u buduću izbegli rutina, nezainteresovanost, nepreciznost i nemar u radu. Ako se ima u vidu da je rad zaposlenih u jedinicama lokalne samouprave prevashodno u službi građana, možemo očekivati da bi uvođenje opisanih novina doprineti većem zadovoljstvu građana kao korisnika javnih usluga, što će u konačnom povratiti ugled zaposlenih u gradskim i opštinskim službama koji im, prema prirodi i značaju posla, zaista i pripada.

KAKAV NAM JE ZAKON POTREBAN

Kako smo iz opisanog stanja videli, jednu od najslabijih karika u postojećem pravnom okviru kojim je uređen položaj jedinica lokalne samouprave svakako čini nedostatak savremenog zakona o radnopravnom statusu zaposlenih u jedinicama lokalne samouprave.⁹ Da bi se zaokružio set zakonskih akata koji su neophodni za sveukupnu reformu javnog sektora u Republici Srbiji¹⁰, nužno je što pre doneti novi zakon o radno-pravnom položaju zaposlenih u jedinicama lokalne samouprave.

Imajući u vidu doasadašnja isksustva i nerešena pitanja koja dodatno opterećuju rad jedinica lokalnih sauprava, novi zakon koji će urediti radno pravni položaj zaposlenih u jedinicama lokalne samouprave treba da bude zasnovan na načelima: profesionalizma, zakonitosti, nepristrasnosti, političke neutralnosti, odgovornosti u radu, dostupnosti informacija o radu i jednake dostupnosti radnih mesta. Sledstveno tome, novine koje se očekuju od novog zakona, pre svega, odnose se na fleksibilnijem i liberalnijem radnopravnom statusu službenika i nameštenika čime će se zapošljavanje, napredovanje i otpuštanje zasnivati na sistemu zasluga; obavezi probnog rada, testiranju i proveru znanja, veština i kompetencija kandidata koji se prvi put zapošljavaju u organima lokalne samouprave; efikasnijem sistemu kažnjavanja i oštrijoj kaznenoj politici uz neophodne zaštitne mehanizme kojima bi se sprečile pojave nepravidnog kažnjavanja; jačanju radne discipline i podizanju radnih postignuća zaposlenih. Dakle, novi zakon treba da počiva na načelima profesionalizacije, depolitizacije i konačno horizontalnoj i vertikalnoj pokretljivosti zaposlenih kao značajnom preduslovu za poboljšanje profesionalne strukture na odgovarajućim radnim mestima i ujednačavanje službeničkih zvanja u jedinicama lokalne samourpave sa sistematikom zvanja u organima uprave na centralnom nivou. Ovo poslednje bi u buduće omogućilo veću vertikalnu pokretljivost službenika između različitih nivoa organa izvršne vlasti.

⁹ Stanovište da postojeći Zakon o radnim odnosima u državnim organima, koji se shodno primenjuje na zaposlene u jedinicama lokalne samouprave, nije adekvatan, nedvosmisleno je iskazano i prilikom donošenja Zakona o državnim službenicima 2006. godine, kada je i propisano da će se na zaposlene u jedinicama lokalne samourpave primenjivati Zakon o radnim odnosima u državnim organima do donošenja posebnog zakona o radnim odnosima zaposlenih u organima lokalne samouprave.

¹⁰ Mada po svojoj prirodi i organizaciji jedinice lokalne samouprave nisu neposredno u sastavu sistema državne uprave, zbog delokruga njihovog rada, posebno u delu upravnih poslova, treba ih posmatrati unutar celovitog sistema javnog sektora. S toga je nužno doneti zakon koji će, na principima dobre prakse evropskog administrativnog prostora i dobrih iskustava koje smo imali sa Zakonom o državnim službenicima, na suštinski nov način statuirati radnopravni položaj zaposlenih u lokalnim upravama.

U vezi sa određenim očekivanjima u smislu benefita koje bi novi zakon o radno pravnom položaju zaposlenih u jedinicama lokalne samouprave trebalo da donese, u odnosu na postojeća zakonska rešenja, moramo istaći da je službeničko pravo vrlo striktno i rigidno. Ono počiva na jačanju profesionalizma u radu, praćenju i vrednovanju rada službenika, karijernom sistemu napredovanja u službi i permanentnom stručnom usavršavanju. Takav koncept nije zahtevniji samo za izvršioce u stručnim službama jedinica lokalnih samouprava, već i za njihove linijske rukovodioce – od rukovodilaca grupa, šefova odseka do načelnika uprava.

Kao posledicu uvođenja savremenih mehanizama dobrog rukovođenja u jedinicama lokalne samouprave u kontekstu unapređenje kvaliteta i efikasnosti službi koje na lokalnom nivou pružaju svoje usluge građanima i pravnim licima, od novog zakona treba očekivati da: unapredi kadrovsku strukturu zaposlenih; omogući fleksibilne oblike angažovanja drugih lica naročito za potrebe rada na projektima; ustanovi mehanizme za sprečavanje zapošljavanja po osnovu političke i druge pripadnosti, odnosno povezanosti; unapredi proces stručnog usavršavanja i dodatnog obrazovanja zaposlenih i da obezbedi bolju zaštitu prava zaposlenih po osnovu i u vezi sa radom. Konačno, od novog zakona treba očekivati da, kroz različite modaliteta, doprinese jačanju svesti o značaju upravljanja ljudskim resursima, a naročito o značaju koncepta vezanog za afirmaciju novog javnog menadžmenta u jedinicama lokalne samouprave.

Dakle, budući zakon o radno pravnom položaju zaposlenih u jedinicama lokalne samouprave po prvi put treba da uspostavi osnovne principe službeničkog prava, saglasno dobroj praksi evropskog administrativnog prostora, uz puno uvažavanje svih specifičnosti karakterističnih za jedinice lokalne uprave, prilagođeno potrebama lokalnih uprava. Da bi se to postiglo, koncepcijski novi zakon bi trebalo da bude maksimalno kompatibilna sa pojedinim rešenjima iz Zakona o državnim službenicima. Razlozi za ovu tezu su višestruki. Pomenimo samo dva najvažnija: prvo – stvaranje osnovnih preduslova za jednobrazno statuiranje službenika na centralnom i lokalnom nivou izvršne vlasti, sa konačnim ciljem da se uvede institut "javnog službenika" i drugo – u prelaznoj fazi stvoriće se preduslove za vertikalnu pokretljivost službenika i njihovo napredovanje iz lokalnih ka centralnim organima izvršne vlasti.

Kako se od ovog zakona očekuje da pruži rešenja i za određene probleme u smislu organizacije procesa rada, nužno je da njime detaljno budu razrađena pitanja kao što su: vrste i trajanje radnog odnosa, zasnivanje i prestanak radnog odnosa, način i procedure popunjavanja radnih mesta, planiranje kadrova i premeštaj službenika zbog potrebe procesa rada. Takođe, bilo bi više nego poželjno da novi zakon sadrži i niz odredbi koje sistemski i precizno razrađuju postupak ocenjivanja radne uspešnosti i disciplinsku odgovornost.

Na ovom mestu treba rasvetliti još jedno pitanje koje je od suštinskog značaja za uvođenje i implementaciju osnovnog prava zaposlenih u jedinicama lokalne samouprave, a to je pravo na karijerni razvoj u toku službe. Saglasno dobroj praksi i uočenim slabostima u postojećem Zakonu o radnim odnosima u državnim organima, karijerni razvoj i napredovanje zaposlenih treba neizostavno povezati sa stručnim usavršavanjem i dodatnim obrazovanjem.

Po pitanju stručnog usavršavanja zaposlenih najpre treba istaći da jedan ne mali broj opštinskih odnosno gradskih uprava problem "viška" zaposlenih prepoznaje ne u smislu broja zaposlenih, već u neadekvatnoj profesionalnoj strukturi postojećih kadrova. To znači da postoji višak zaposlenih pre svega sa srednjom školskom spremom, ali istovremeno i manjak kadrova sa visokom stručnom spremom.

Imajući u vidu da nije lako niti moguće u kratkom vremenskom periodu izvršiti celokupnu kadrovsku rekonstrukciju zamenom kadrova sa neadekvatnom stručnom spremom, permanentno obrazovanje postaje jedan od važnih segmenata u profesionalnoj nadgradnji i karijernom napredovanju zaposlenih u lokalnim upravama. I pored ovakvih konstatacija u najvećem broju lokalnih uprava, u proteklih 10 godina, nisu zabeležene planske aktivnosti u pravcu analiza potreba za stručnim usavršavanjem zaposlenih sa pozicija potreba procesa rada niti sa pozicija potreba samih zaposlenih.

Kada je u pitanju proaktivan odnos zaposlenih prema stručnom usavršavanju treba istaći da upravama na lokalnom nivou izvršen vlasti nije razvijena praksa anketiranja zaposlenih o njihovim potrebama za razvijanjem stručnih znanja i veština, kao ni strateški pristup za razvoj ove oblasti.¹¹ Iz toga možemo izvesti zaključak da upravljačke strukture nedovoljno prepoznaju suštinsku potrebu zaposlenih za usavršavanjem znanja i veština koje bi unapredile rad lokalnih uprava.

Jednom rečju, ono što je potrebno za unapređenje organizacije i procesa rada u jedinicama lokalne samouprave jeste uvođenju savremenih mehanizama dobrog rukovođenja i strateški pristup razvoju ljudskih resursa, što podrazumeva proces donošenja odluka o tome koje su promene značajne za dalji razvoj i sveukupno upravljanje ljudskim resursima na lokalnom nivou. Taj proces mora biti zasnovan na savremenim pravilima i principima usklađenim sa našim realnim potrebama, specifičnostima i mogućnostima jedinica lokalne samouprave.

¹¹ Ministarstvo za državnu upravu i lokalnu samoupravu je još u aprilu mesecu 2011. godine prosledilo Vladi na razmatranje i usvajanje Predlog teksta Strategije stručnog usavršavanja zaposlenih u jedinicama lokalne samouprave u Republici Srbiji sa Akcionim planom za sprovođenje Strategije stručnog usavršavanja zaposlenih u jedinicama lokalne samouprave za period 2012–2014. godine. Predmetni strateški dokument je nastao kao rezultat intenzivne saradnje tog Ministarstva sa domaćim i stranim ekspertima Saveta Evrope u okviru Projekta "Program podrške opštinama IPA 2007 – Dobra uprava, planiranje i pružanje usluga na lokalnom nivou".

PREPORUKE

Svi uočeni problemi u organizaciji rada lokalnih samouprava rezultat su, pre svega, primene prevaziđenih i arhaičnih odredaba Zakona o radnim odnosima u državnim organima, višedecenijski ukorenjenom birokratskom pristupu u izvršavanju radnih zadataka zaposlenih u stručnim službama lokalnih samouprava i sveprisutnoj praksi da se kadrovska politika zamenjuje političkim kadriranjem. Da bi se takva praksa prekinula nama je potreban zakon koji će stvoriti normativni okvir za uspostavljanje osnovnih načela službeničkog sistema, zasnovanih na standardima prihvaćenim u savremenim uporednopravnim sistemima. To je osnovni preduslov za punu profesionalizaciju i depolitizaciju kadrova u jedinicama lokalne samouprave. Otuda budući zakon o kome je ovde reč, treba da obezbedi one preduslove koji će omogućiti da se poslovi iz nadležnosti jedinica lokalnih samouprava vrše stručno i zakonito, pri čemu će zaposleni u toku svog rada biti zaštićeni od svakog političkog delovanja koji bi mogao uticati na njihov položaj, karijerni razvoj, stručno usavršavanje i karijerno napredovanje u službi.

Iz ovoga proizilazi da je ključno rešenje za sve aktuelne i akutne probleme u oragnizaciji procesa rada uvođenje novog koncepta razvoja ljudskih resursa u jedinicama lokalne samouprave. Takav koncept mora počivati na strateškom pristupu sistemu upravljanja kadrovima i njihovim potencijalima, tako da budu obuhvaćeni svi međusobno povezani procesi, i to: 1) procena i analiza postojećih ljudskih resursa; 2) planiranje, organizovanje i sistematizacija ljudskih resursa; 3) planski pristup zapošljavanju novog osoblja; 4) jačanje svesti zaposlenih u jedinicama lokalne samouprave o nužnosti proaktivnog pristupa razvoju lične karijere; 5) ocenjivanje radne uspešnosti i 6) nagrađivanje na osnovu ostvarenih rezultata rada i odnosa prema radu.

Kako ovaj vrlo složen i zahtevan proces podrazumeva donošenje odluka o tome koje su promene značajne za dalji razvoj i sveukupno upravljanje kadrovima na lokalnom nivou, taj proces će nužno osnažiti odgovarajućim zakonskim normama zasnovanim na savremenim pravilima i principima, primerenim modernom konceptu "meryt sistema", usklađenim sa realnim potrebama, specifičnostima i mogućnostima kojima raspolažu jedinice lokalne samouprave.

Na kraju, preporuka je da sva sistemska rešenja budu postavljena tako da lokalnim samoupravama ostavljaju slobodu odlučivanja u jasno definisanim oblastima kao što su: donošenje plana popune radnih mesta, konkursne procedure u postupku popune radnih mesta, zaštita prava zaposlenih i sprovođenje sinhronizovanih mera i aktivnosti u pravcu permanentnog stručnog usavršavanja zaposlenih u jedinicama lokalne samouprave. Obezbeđenjem ovih preduslova osnovano

se može očekivati da će zaposleni u jedinicama lokalne samouprave razviti svesti o službi kao svojevrsnoj društvenoj, statusnoj i profesionalnoj privilegiji.

IGOR VUKONJANSKI, Ph.D.,
Assistant Professor, Military Academies Defense
University of Belgrade

TOWARD A NEW LAW THE EMPLOYEES
IN THE UNITS OF LOCAL SELF-GOVERNMENT

– Why we need a modern law on employees in the executive power at the local level –

Summary

Modern Trends “good governance” requires that governments at the local level is an economical, effective, transparent, impartial, apolitical, professional and expert. Providing efficient administration as a special request involves reconciling the number and qualifications of employees with the volume and complexity of the tasks of local governments, but so that the whole work is done on time and with the least cost. In this context it is necessary to be adopted new modern law that will create the preconditions for the improvement of the legal status of employees working in local government. Since the law is not sufficient for progress in this area, it is necessary to take a series of measures towards the establishment of a new human resources management system and the introduction of new procedures for the management of human resources in the units of local self-government.

REGULATORNA TELA U SRBIJI

U V O D

Pod pojmom nezavisnih regulatornih tela najčešće se podrazumevaju stručne državne organizacije nadležne za određenu, obično osteljivu oblast. Njihova osnovna karakteristika je da su samostalna u organizacionom i funkcionalnom smislu u odnosu na izvršnu vlast.

S obzirom da su regulatorna tela u naš pravni sistem ušla nedavno, njihova uloga i položaj još uvek nisu do kraja definisani, tako da u našoj javnosti, ali i u samoj državnoj upravi, postoje **nejasnoće oko toga šta se podrazumeva pod pojmom regulatorna tela**. Pre nekoliko godina, u medijima je ozvaničen podatak da u Srbiji postoje 102 regulatorna tela, te je nastala polemika da li je taj broj odgovarajući. Do te cifre došlo se istraživanjem u okviru projekta “Sveobuhvatna reforma propisa (SRP)”, tako što su sva ministarstva zamoljena da daju spisak svih organizacija u njihovoj nadležnosti koja imaju regulatornu funkciju (pri tom nije definisano šta je to regulatorna funkcija). Tako su se na tom spisku od 102 regulatorna¹ tela našle i ustanove i javna preduzeća, pa čak i organi u sastavu ministarstava. Najviše je zbunjivalo to što sam naziv organizacije ništa ne govori o njenom pravnom statusu. Tako je recimo moguće da naziv “agencija” nosi posebna organizacija, ustanova i javno preduzeće, pa čak i organ u sastavu ministarstva (što je

Bogdan Lekić, mladi savetnik, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Beograd.

¹ Videti: www.srp.gov.rs

suprotno Zakonu o državnoj upravi - ZDU).² S druge strane javna agencija, kao oblik državne organizacije, ne mora uopšte da nosi naziv "agencija".

Generalni sekretarijat Vlade je, kao služba koja doprinosi koordinaciji u Vladi, dobio zadatak da ponovo napravi spisak regulatornih tela. Da ne bi došlo do iste greške koju je napravio projekat "SRP", prvo je bilo potrebno precizno teorijski definisati šta su to regulatorna tela, šta je to regulatorna funkcija i jasno ocrtati liniju razgraničenja između regulatornih tela i drugih organizacija.

Pojam regulatornih tela i regulatornih ovlašćenja

Funkcija regulisanja putem donošenja opštih pravnih akata u našoj zemlji je centralizovana i nju vrše Skupština i Vlada u najvećoj meri, a u manjoj meri i ministarstva. Na lokalnom nivou ovu funkciju vrše skupštine opština. Regulatorna tela su nastala i najveći značaj imaju u zemljama gde je funkcija regulisanja mnogo više decentralizovana i prepuštena raznim nezavisnim agencijama. Tu pre svega mislimo na Sjedinjene Američke Države. Iz tih razloga smatramo da ovaj pojam nije dovoljno adekvatan, odnosno da nije u duhu našeg upravnog prava.

Pojam regulatornih tela kod nas još uvek nije zakonski definisan, a u teoriji postoje različita mišljenja oko toga šta sve može da obuhvata ovaj pojam. Iz tih razloga prisutne su različite predstave o njegovom značenju. Zato je, neophodno usaglasiti kriterijume shodno našem društvenom kontekstu, koji će definisati pojam regulatornih tela, odnosno da uspostavi kriterijume za prepoznavanje istih. Pri postavljanju tih kriterijuma nužno je primenljivati konzistentne parametre, koje ćemo potkrepiti teorijskim perspektivama relevantnih autora.

Semantičko značenje pojma "regulatorna tela" označava telo koje ima regulatorna ovlašćenja (koje reguliše). Dakle, da bismo odgovorili na pitanje šta su to regulatorna tela, moramo prethodno odgovoriti na pitanje šta su to regulatorna ovlašćenja? **Ovo pitanje nije sistematski analizirano u našoj pravnoj teoriji, verovatno zato što se pojam regulatornih ovlašćenja na neki način podrazumevao.** Međutim, u praksi mogu da se jave razne nedoumice, pa ćemo zato pokušati da definišemo ovaj pojam.

Regulatorna ovlašćenja su svakako deo javnih ovlašćenja. Prema jednom shvatanju, javna ovlašćenja su pojedini prerogativi državne vlasti gde ona delu-

² Videti: Zakon o ministarstvima ("Službeni glasnik RS", br. 65/08). Po ovom zakonu Ministarstvo odbrane, za vreme Vlade Mirka Cvetkovića, je imalo organe u sastavu pod nazivom "Vojnobezbedonosna agencija" i "Vojnoobaveštajna agencija", što je suprotno ZDU, jer po ovom zakonu organi u sastavu mogu biti uprave, direkcije i inspekcije. Posle rekonstrukcije Vlade u martu 2011, ovi organi u sastavu se zovu "Vojna služba bezbednosti" i "Vojnoobaveštajna služba", što opet nije u skladu sa ZDU.

je autoritativno, sa jačom voljom, bilo u opštim situacijama – donošenjem opštih pravnih akata, bilo u pojedinačnim situacijama – donošenjem pojedinačnih pravnih akata ili preduzimanjem određenih materijalno – faktičkih operacija autoritativnog karaktera.³

Viđenje javnih ovlašćenja, kao prerogativa državne vlasti, gde ona deluje sa jačom voljom u odnosu na druge subjekte prava⁴, korisno nam je da bismo napravili razliku između regulatornih tela i savetodavnih tela. Naime, savetodavna tela, iako su nezavisna u odnosu na Vladu, nemaju ovakva (autorativna) javna ovlašćenja. Ona obično prave procene i prate stanje u određenoj oblasti, o čemu izveštavaju Vladu. Pri tome, ona nemaju ovlašćenja da zahtevaju, na primer, zabranu nekih aktivnosti, ili plaćanje određenih taksi. Prema tome, ona nemaju jaču volju u odnosu na druge subjekte prava, pa stoga nemaju javna ovlašćenja i samim tim nisu regulatorna tela.

Kod nas je zastupljeno shvatanje da regulisati znači, isključivo, urediti neku oblast opštim i apstraktnim pravnim normama, te da su regulatorna tela samo one organizacije koje imaju takvu nadležnost. Ako tako shvatamo pojam regulisanja, onda naziv regulatorno telo ne bi mogla da nosi ni jedna državna organizacija kod nas, koju obično smatramo regulatornim telom. Većina organizacija o kojima govorimo, ne mogu da donose opšte pravne akte, ili ako mogu, to ovlašćenje je sporedno. Jedino, ako pod regulisanjem smatramo svaku vrstu uticaja državne organizacije u određenoj oblasti života (dakle svaku vrstu javnih ovlašćenja), naziv regulatorna tela bi bio odgovarajući.

Pravna priroda regulatornih tela pokušana je da se objasni kroz njihove, regulatorno – kontrolne funkcije. Pod regulatorno – kontrolnim funkcijama mogu se smatrati: sprečavanje monopola, prevencija korupcije, i kontrola lične, finansijske, političke i partijske moći⁵. Ova perspektiva ne vidi regulatornu funkciju kao vrstu delatnosti, odnosno vrstu javnih ovlašćenja, već je nabroja oblasti kojima se regulatorna tela najčešće bave. Na primer, kao što Narodna banka obavlja monetarnu vlast, odnosno poslove definisane iz te oblasti, tako i regulatorna tela obavljaju regulatornu funkciju – kontrolne poslove iz nabrojanih oblasti. Međutim, problem kod ovakvog načina definisanja funkcija regulatornih tela je taj što u budućnosti može biti osnovano neko novo regulatorno telo, koje će obavljati poslove iz neke potpuno nove oblasti.

³ Z. Tomić, *Opšte upravno pravo*, str. 173.

⁴ Z. Tomoć, *Opšte upravno pravo*, str. 173

⁵ S. Beljanski, *Regulatorna i kontrolna tela u Republici Srbiji*, objavljeno u *Jugoslovenskom Pregledu*, Beograd, 2008.

Naše mišljenje je da se regulatorna tela (nazovimo ih za sad tako) osnivaju da bi vršila vlast u određenim oblastima u kojima je Vlada rešila, iz razloga veće stručnosti ili političke neutralnosti, da se povuče. U skladu sa tim smatramo da su regulatorna ovlašćenja (u kontekstu regulatornih tela), sva ona javna ovlašćenja kojima regulatorno telo može da utiče na datu oblast života. To mogu biti pored donošenja opštih pravnih akata i donošenja pojedinačnih pravnih akata (rešenja), npr. izdavanje i oduzimanje dozvola, kontrola itd. Treba imati u vidu i da regulatorna tela mogu da donose samo one opšte pravne akte koje može da donosi i ministarstvo, a to su pravilnik, naredba i uputstvo. Često je ovlašćenje donošenja opštih pravnih akata sasvim sporedno u odnosu na ostala ovlašćenja regulatornog tela.

Prema tome, po nama, regulatorna ovlašćenja su sva javna ovlašćenja koja imaju regulatorna tela. Jedino je ovakvo shvatanje u skladu sa ulogom regulatornih tela kod nas. Možemo sada da polemishemo oko naziva za ovu vrstu državnih organizacija, pa da zaključimo da je prikladniji naziv, možda, nezavisna tela sa javnim ovlašćenjima, ali naziv regulatorna tela se već toliko ustalio, tako da, ako ih budemo drugačije zvali, niko ne bi znao na šta mislimo.

Sada, kada smo definisali regulatorna ovlašćenja, mnogo je lakše da utvrdimo koja tela imaju ta regulatorna ovlašćenja. Osnovni kriterijum je taj da ta tela moraju da budu, manje ili više, nezavisna u odnosu na politički deo izvršne vlasti, odnosno, u odnosu na Vladu i organe državne uprave.

Pravna priroda nezavisnih regulatornih tela

Regulatorna tela su u naš pravni sistem ušla nedavno. Njihova uloga i položaj još uvek nisu do kraja definisani. To se najbolje vidi po tome što regulatorna tela ni u Ustavu nisu do kraja utemeljena. Po starom Ustavu iz 1990. god. ne samo da nije bilo predviđeno postojanje nezavisnih regulatornih tela, već nije bilo predviđeno ni postojanje javnih agencija, kojima bi se eventualno mogla poveriti ovlašćenja državne uprave.⁶ To je učinjeno donošenjem Ustava RS iz 2006. god. U članu 137 stoji da se javna ovlašćenja mogu poveriti posebnim organima preko kojih se ostvaruje regulatorna funkcija, kao što su javne agencije.⁷ Za javne agencije možemo da kažemo da vrše regulatornu funkciju, ali ne i da su nezavisne, jer su hijerarhijski podređene Vladi.

⁶ Ustav Republike Srbije, Beograd 1990.

⁷ Ustav Republike Srbije, čl. 137 ("Službeni glasnik RS", br. 98/2006). Ovaj Član Ustava, zapravo govori o poveravanju poslova državne uprave. Poslovi državne uprave Ustavom nisu određeni, već je to ostalo da se uradi zakonom.

S druge strane, Ustav ni eksplicitno ni implicitno ne pominje nezavisna regulatorna tela, odnosno, ne definiše novi tip državne organizacije koji se pojavio u našem pravnom sistemu. Na osnovu odredbi propisa kojima je ustanovljen pravni status i funkcija ovih organizacija, možemo zaključiti da one obavljaju specifične poslove izvršne vlasti, koje ne spadaju u poslove državne uprave. Ona su, dakle, van sistema državne uprave. Njih kolokvijalno zovemo nezavisna regulatorna tela, zato što imaju veću nezavisnost od javnih agencija, a osnivaju se da bi vršila regulatorno - kontrolnu funkciju u određenim "osetljivim" oblastima. Pojam inače dolazi iz anglosaksonskog sistema i označava organizacije koje imaju regulatorna i druga važna javna ovlašćenja, a potpuno su nezavisna i ne podležu nikakvoj kontroli izvršne vlasti.⁸ Nezavisna regulatorna tela osniva nosilac zakonodavne vlasti, koji i vrši nadzor nad njima kroz obavezu podnošenja izveštaja. Nezavisna regulatorna tela se osnivaju direktno zakonom, i to u slučajevima, odnosno oblastima gde je potrebna velika stručnost i iznad svega, politička neutralnost. Njima državna uprava ne poverava javna ovlašćenja jer ona imaju svoja izvorna javna ovlašćenja⁹. Na čelu ovih organizacija obično je kolegijalni organ koga najčešće bira i razrešava Parlament. Tipičan primer nezavisnog regulatornog tela kod nas je Republička radiodifuzna agencija ili Komisija za zaštitu konkurencije (ali drugi)¹⁰. Za razliku od javnih agencija gde postoji opšti zakon koji tačno definiše njihovu organizaciju i delatnosti, takav zakon ne postoji kada su u pitanju nezavisna regulatorna tela. Iako se u Zakonu o državnoj upravi u Članu 4, koji govori o poveravanju poslova državne uprave, pominju između ostalih i neodređeno definisane organizacije, pod nazivom "druge organizacije", mišljenja smo da se pod tim pojmom ne mogu smatrati nezavisna regulatorna tela¹¹. Naime, nezavisnim regula-

⁸ M. Davinić, *Koncepcija upravnog prava Sjedinjenih Američkih Država*.

⁹ Uprkos svemu tome, zakonodavac je pojedinim odredbama odnosnih zakona, u slučaju svake ovakve organizacije, propisao da neke od najvažnijih svojih delatnosti, regulatorna tela obavljaju kao poverene delatnosti. Tako na primer, u slučaju Komisije za hartije od vrednosti, zakonodavac je prvo propisao u Članu 220, stavu 1, Zakona o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata, 16 nadležnosti Komisije među kojima i izričito ovlašćenje da donosi konačne upravne akte, protiv kojih se može samo pokrenuti upravni spor. Zatim je u stavu 3 istog člana propisano da od tih 16 delatnosti, 14 najvažnijih, među kojima je i donošenje konačnih upravnih akata, Komisija obavlja kao poverene poslove (naravno, misli se na poverene poslove u smislu ZDU). Tu, naravno nema nikakve logike, jer ako Komisija ima nadležnost da donosi konačno rešenje, to po logici stvari znači da joj je to izvorna nadležnost. Ovakav postupak zakonodavca nam samo govori o tome koliko je njegovo nepoverenje prema regulatornim telima koje sam osniva.

¹⁰ Videti na: www.rra.org.rs i www.kzk.org.rs

¹¹ D. Šuput, *Samostalna regulatorna tela u pravnom sistemu Republike Srbije*. Suprotno našem mišljenju D. Šuput smatra da su RRA i RATEL osnovane na osnovu pomenutog dela odredbe ZDU.

tornim telima se ne poveravaju poslovi državne uprave, ona imaju svoje poslove, odnosno svoja izvorna ovlašćenja. Ona uopšte nisu deo sistema državne uprave.

Takođe, ne postoji ni jedan zakon koji na opšti način uređuje pravni položaj nezavisnih regulatornih tela. Zbog toga su ona *sui generis* organizacije. Ovo se opravdava činjenicom da bi pravno uređenje regulatornih tela, na način na koji je to urađeno sa javnim agencijama, ograničilo fleksibilnost u njihovom osnivanju, organizacionoj strukturi i delatnostima.

Uz to, nezavisna regulatorna tela su i finansijski nezavisna. Ona često imaju sopstvene izvore prihoda, ili su pak direktni budžetski korisnici. Što se tiče statusa zaposlenih u njima, obično zaposleni u službama regulatornih tela (koji vrše stručne administrativne poslove) imaju status državnih službenika, dok rukovodioci imaju poseban status, sličan statusu funkcionera u državnoj upravi. Međutim, plate zaposlenih u ovim organizacijama zapravo zavise od toga da li one imaju samostalne prihode ili se finansiraju samo iz budžeta. One organizacije koje imaju sopstvene prihode, po pravilu svojim zaposlenima odrede veće plate nego što ih imaju državni službenici. To znači da se status zaposlenih u regulatornim telima razlikuje u odnosu na to da li pojedina regulatorna tela imaju sopstvene izvore prihoda ili ne.¹²

Na osnovu dosada rečenog, identifikovali smo sledeće državne organizacije kao regulatorna tela: Republička radiodifuzna agencija, Agencija za energetiku Republike Srbije, Republička agencija za poštanske usluge, Republička agencija za elektronske komunikacije (RATEL), Komisija za zaštitu konkurencije.

Nezavisne regulatorne agencije u SAD

U SAD postoje organizacije koje vrše značajna regulatorna i druga javna ovlašćenja, a nalaze se van okvira izvršne vlasti. One se zovu nezavisne regulatorne agencije i trenutno ih ima 15. Između ostalih to su: Federalna komisija za komunikacije, Federalna komisija za trgovinu, Regulatorna komisija za nuklearnu energiju, Nacionalni bord za radne odnose i dr. Na njihovom čelu se nalazi kolegijalno rukovodstvo, a jedna partija ne sme da ima apsolutnu većinu u rukovodstvu. Rukovodstvo se postavlja od strane Predsednika (na tačno određeni period), na osnovu mišljenja Senata i mogu biti uklonjeni sa pozicije samo u slučaju postojanja jasnog razloga.

¹² Ovo se isto odnosi i na javne agencije. Iako javne agencije možemo smatrati delom državne uprave jer ih osniva Vlada, zaposleni u onim agencijama koje ostvaruju sopstvene prihode, po pravilu, imaju veće plate od svih ostali zaposlenih u državnoj upravi.

Za razliku od nezavisnih regulatornih agencija, ostali federalni organi uprave (agencije) su ili direktno podređeni Predsedniku ili se nalaze u okviru departmana ili nekog drugog organa, tako da Predsednik može da smenjuje njihovo rukovodstvo po svom nahođenju.¹³

Nezavisni državni organi

Kao što smo ranije rekli, nezavisna regulatorna tela su, zbog nepostojanja opšteg akta koji ih uređuje, *sui generis* organizacije, pa je izuzetno teško ustanoviti koje od postojećih državnih organizacija treba svrstati u ovu grupu. Zakon na različit način definiše nezavisna regulatorna tela, npr. Republičku radiodifuznu agenciju definiše baš kao regulatorno telo, Republičku agenciju za poštanske usluge kao nezavisan regulatorni organ, Republičku agenciju za elektronske komunikacije kao samostalnu organizaciju sa svojstvom pravnog lica, itd. Dakle, svaka organizacija je na različit način definisana, iako, bez sumnje spada u grupu nezavisnih regulatornih tela.

Pored pomenutih organizacija, za koje sa sigurnošću možemo reći da su regulatorna tela, postoji grupa organizacija, koje su svojim osnivačkim zakonima definisane kao nezavisni državni organi, ali bi po mnogim svojim odlikama mogli da se svrstaju i u našu grupu nezavisnih regulatornih tela. Nije jasno u čemu je konkretno razlika između nezavisnog državnog organa i nezavisnog regulatornog organa ili nezavisne i samostalne organizacije. I jedni i drugi su potpuno nezavisni u odnosu na izvršnu vlast, i jednima i drugima rukovodioce bira Narodna skupština, i jedni i drugi su *sui generis* organizacije konačno i jedni i drugi imaju važne izvorne nadležnosti.

Pri pravljenju spiska regulatornih tela identifikovano je osam nezavisnih državnih organa. To su: Državna revizorska institucija, Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Zaštitnik građana, Agencija za borbu protiv korupcije, Republička komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki, Fiskalni savet, Agencija za privredne registre. Od ovih osam, dva su, osim što su osnovana zakonom, predviđena i Ustavom RS. To su Zaštitnik građana i Državna revizorska institucija¹⁴. Nije jasno da

¹³ M. Davinić, *Koncepcija upravnog prava Sjedinjenih Američkih Država*, str. 89.

¹⁴ Ustav Republike Srbije, ("Službeni glasnik RS", br. 98/2006). Članom 96 ustanovljena je Državna revizorska institucija kao najviši državni organ revizije javnih sredstava u Republici Srbiji. Ona je samostalna i odgovara samo Narodnoj skupštini. Članom 138 osnovan je Zaštitnik građana kao nezavisan državni organ koji štiti prava građana i kontroliše rad organa državne uprave, organa nadležnog za pravnu zaštitu imovinskih prava i interesa Republike Srbije, kao i drugih organa i organizacija, preduzeća i ustanova kojima su poverena javna ovlašćenja.

li oni imaju drugačiji pravni status od ostalih nezavisnih državnih organa, odnosno da li možda imaju "izvornija" ovlašćenja.¹⁵

Za razliku od većine nezavisnih regulatornih tela¹⁶, neki nezavisni državni organi imaju na čelu inokosan organ. Takođe, razlikuju se i po tome što nezavisni državni organi najčešće nemaju nadležnost da donose opšte pravne akte. Izgleda da su nezavisni državni organi osnovani, pre svega da bi vršili kontrolu u nekim važnim i osetljivim oblastima.

Javne agencije

Javne agencije su, kao i nezavisna regulatorna tela, u naš pravni sistem ušla posle oktobarskih promena. Isprva nije postojala jasna ideja na koji način se želi uvesti ova nova vrsta državne organizacije. Tako je recimo, Uredbom o Generalnom sekretarijatu i drugim službama Vlade Republike Srbije iz 2001. god., uveden pojam agencija. Agencije su definisane kao "stručne službe koje prikupljaju saznanja i podatke, vrše njihovu obradu i pripremaju programe, koji su od značaja za unapređenje rada organa državne uprave".¹⁷ Nezavisno od toga osnovana je Agencija za privatizaciju koja je imala pravni status ustanove, po Zakonu o javnim službama, isto kao i Agencija za duvan i neke druge agencije¹⁸, koje nisu imale pravni status kako ga je definisala Uredba o Generalnom sekretarijatu.¹⁹

Jasno je da je ovakvo stanje bilo neodrživo, pa je 2005. donet novi Zakon o državnoj upravi i Zakon o javnim agencijama. Zakon o državnoj upravi u Članu 4., u delu koji govori o poveravanju ovlašćenja državne uprave, predviđa da: "Pojedini poslovi državne uprave zakonom se mogu poveriti autonomnim pokrajinama, opštinama, gradovima i gradu Beogradu, javnim preduzećima, ustanovama, *javnim agencijama i drugim organizacijama* (u daljem tekstu: imao ci javnih ovlašćenja)". Dakle, ovaj Zakon prvi put uvodi pojam javnih agencija i drugih organizacija i kaže da se njima mogu poveriti pojedini poslovi (što znači da one ne

¹⁵ Treba uzeti u obzir da su Ustavom RS Ustavni sud, Visoki savet sudstva, Javno tužilaštvo i Državno veće tužilaca takođe definisani kao nezavisni državni organi. Da li to znači da, recimo, Zaštitnik građana ima sličniji status sa ovim državnim organima, nego recimo sa Poverenikom za zaštitu ravnopravnosti.

¹⁶ Izuzetak je samo RATEL, koja ima na čelu direktora.

¹⁷ Uredba o Generalnom sekretarijatu i drugim službama Vlade Republike Srbije, ("Službeni glasnik RS", br. 15/01).

¹⁸ Zakonom o javnim agencijama, u skladu sa prelaznim i završnim odredbama, pojedine organizacije koje su osnovane pre donošenja Zakona o javnim agencijama, najčešće kao ustanove, dobile su status javne agencije. Do danas je opstala, kao takva, jedino Agencija za privatizaciju.

¹⁹ Zakon o agenciji za privatizaciju, ("Službeni glasnik RS", br. 38/2001).

mogu imati izvorne nadležnosti). Pojam “drugih organizacija”, stavljen je, po našem mišljenju, samo zbog fleksibilnosti (ako se osnuje neka organizacija, koju ne možemo sasvim svrstati u agencije).

Prilikom donošenja Zakona o javnim agencijama, namera zakonodavca je bila da ovim Zakonom uvede red kada je u pitanju osnivanje ovih organizacija, tako što će definisati poslove i organizacionu strukturu javnih agencija. Tako u prvom članu ovog Zakona stoji: “Javna agencija je organizacija koja se osniva za razvojne, stručne ili regulatorne poslove od opšteg interesa”.²⁰ Javne agencije osniva Vlada kada je određenim posebnim zakonom predviđeno osnivanje agencije. Javne agencije uvek imaju status pravnog lica. Rukovodstvo agencije se sastoji od direktora i upravnog odbora javne agencije. Direktora postavlja Vlada na predlog upravnog odbora, a 50% članova upravnog odbora, takođe postavlja Vlada. Javne agencije obično obavljaju uže, stručno - upravne poslove i imaju nezavisnost u radu²¹. I pored te nezavisnosti, nadzor nad njima vrši, ili određeno ministarstvo, ili Vlada. Vrste nadzora su različite i zavise od zakona kojim je predviđeno osnivanje određene javne agencije. Slobodno možemo reći da postoji čitava lepeza slučajeva, kada je u pitanju samostalnost javnih agencija u odnosu na Vladu i ministarstva, od vrlo nezavisnih do tipičnih slučajeva hijerarhijske podređenosti.

Razlike između javnih agencija i nezavisnih regulatornih tela su brojne. Prvo javne agencije osniva Vlada²² odlukom na osnovu Zakona o javnim agencijama i na osnovu nekog posebnog zakona kojim je predviđeno osnivanje određene agencije, dok su nezavisna regulatorna tela osnovana samim donošenjem posebnog zakona i na njih se ne odnosi Zakona o javnim agencijama. Drugo, rukovodioce javnih agencija postavlja Vlada i to su uvek direktor i upravni odbor, dok iste kod nezavisnih regulatornih tela bira Narodna skupština i to je obično kolegijalan organ.²³

Po našem mišljenju najvažnija razlika između nezavisnih regulatornih tela i nezavisnih državnih organa sa jedne strane i javnih agencija sa druge strane je

²⁰ Član 1. Zakon o javnim agencijama, (“Službeni glasnik RS”, br. 18/2005 i 81/2005)

²¹ Identifikovano je 13 javnih agencija. To su: Agencija za akreditaciju zdravstvenih ustanova Srbije, Agencija za bezbednost saobraćaja, Agencija za zaštitu od jonizujućih zračenja i nuklearnu sigurnost Srbije, Agencija za lekove i medicinska sredstva Srbije, Agencija za licenciranje stečajnih upravnika, Agencija za osiguranje depozita, Agencija za privredne registre, Agencija za strana ulaganja i promociju izvoza (SIEPA), Agencija za hemikalije, Nacionalna agencija za regionalni razvoj, Republička agencija za prostorno planiranje, Direktorat civilnog vazduhoplovstva Republike Srbije, Agencija za privatizaciju, Republička agencija za stanovanje.

²² Treba napomenuti da javne agencije može da osniva Autonomna pokrajina i lokalna samouprava.

²³ Jedini izuzetak je Republička agencija za elektronske komunikacije, koja na čelu ima direktora.

ste u tome što ovi prvi imaju izvorne nadležnosti, a javne agencije imaju poverene nadležnosti. Ovo nam je logično zbog toga što javne agencije osniva Vlada na osnovu Zakona, i ona takođe postavlja rukovodstvo javne agencije. Međutim, to da javna agencija ima poverena ovlašćenja, a ne izvorna, nije navedeno ni u jednom zakonu. To što Ustav i ZDU navode da se javna ovlašćenja državne uprave mogu poveriti javnim agencijama ne znači da one, pored tih poverenih ovlašćenja, ne mogu imati i izvorna. Jednom rečju, ne znamo da li javne agencije, u osnovi, imaju izvorne ili poverene nadležnosti. To je još jedan primer koji nam govori koliko je ova oblast neuređena.

Javne agencije obično obavljaju poslove gde je, pre svega, potrebna veća stručnost, a nezavisna regulatorna tela su najčešće nadležna za "posebno osetljive oblasti", gde je potrebna velika politička nezavisnost. Za nezavisna regulatorna tela možemo reći da su potpuno samostalna u odnosu na izvršnu vlast, dok se javne agencije nalaze negde na pola puta između hijerarhijski podređenih jedinica organa državne uprave (dekoncentracija uprave) i nezavisnih regulatornih tela (funkcionalna decentralizacija uprave). Zato je sporno svrstavanje javnih agencija u istu grupu sa nezavisnim regulatornim telima.

ZAKLJUČAK

Ova oblast našeg pravnog sistema je tek u povelju i još uvek nije dobila svoj konačan oblik. U ovom radu pokušali smo da određenu grupu *sui generis* organizacija smestimo u jedan pravno – teorijski kalup, i nazovemo ih nezavisna regulatorna tela ili samo regulatorna tela. Tu smo svrstali državne organizacije koje su osnovane samim zakonom i njime definisane kao nezavisna regulatorna tela, ili na sličan način, dok organizacije definisane kao nezavisni državni organi svrstavamo u posebnu kategoriju, iako imaju dosta sličnosti sa regulatornim telima. Pritom nam osnovni kriterijum nije bio taj da organizacija mora da ima ovlašćenje donošenja opšteg pravnog akta, već smo regulatorna ovlašćenja shvatili mnogo šire - kao javna ovlašćenja. Ovo je naravno, samo naše mišljenje i ne mora da bude jedino ispravno.

Zatim smo ukazali na bitne manjkavosti kada je u pitanju poreklo ovlašćenja regulatornih tela, koje čak dovode i do takvih nelogičnosti da se zakonom prvo propiše ovlašćenje koje je samo po sebi izvorno, a onda se u sledećoj odredbi kaže da je to ovlašćenje povereno. To može bitno da utiče na nezavisnost regulatornih tela. Takođe, to ukazuje na dvoličnost naših vlasti, koje istovremeno žele da imaju regulatorna tela, kao što ih imaju i druge razvijene zemlje, ali ne žele da im trajno prepuste nadležnosti. Iz tih razloga ova tela kod nas još uvek nemaju dovoljno jasnu ulogu i često nisu dovoljno osnažena da bi uspešno vršila svoju misiju.

Da bi se na kvalitetan način uredila ova oblast potrebno je poći od Ustava. Nezavisna regulatorna tela, kao takva, moraju biti definisana Ustavom. Najbitnije je da se Ustavom definiše obim i poreklo ovlašćenja nezavisnih regulatornih tela, zatim način osnivanja i biranja rukovodećih organa i konačno, odnos nezavisnih regulatornih tela sa najvažnijim institucijama zemlje. Tek tada će uloga nezavisnih regulatornih tela biti iskristalisana.

BOGDAN LEKIĆ, LL.M.,

Junior adviser, Commissioner for the Protection of Equality
Department for acting on complaints, Belgrade

REGULATORY BODIES IN SERBIA

Summary

This paper has been created with the aim to provide a theoretical definition of regulatory bodies that then would enable their listing. The registration of the regulatory bodies was one of the requirements of the Questionnaire of the European Commission. This task was delegated to the project team at the General Secretariat of the Government, responsible for the coordination of the public policies. Making criteria for the identification of regulatory bodies and its placing in an appropriate theoretical model is a very complex task since the regulatory bodies are novelty in our legal system and they are not defined by the Law.

As the regulatory bodies are *sui generis* organizations, it was necessary to find their common features and to highlight the difference between them and other similar public organizations. The most important characteristic of any regulatory body is that it must be independent in both aspect, functional and organizational. The organizational independence is reflected by the fact that the regulatory body is established directly by the Law, and the Heads of regulatory bodies are appointed by the National Assembly, so that the Government has no influence. The functional independence is reflected by the fact that the regulators perform a regulatory function, i.e. their public powers are not within the system of power of the state administration. Due to the incompleteness of our legal system in this field, the functional independence defined in a such manner, is questionable, which is indicated in this paper.

This paper also describes the legal status of the public agencies, since they are often mistakenly considered regulatory bodies. The public agencies are established by the Government and for the sectors which require a great level of expertise. They therefore belong to the public system and have a certain autonomy in the work performance. In contrast to the regulatory bodies they are not *sui generis* organizations because its legal status is determined by the Law on Public Agencies. I hope that this subject will be the topic of more studies, because the regulatory bodies in Serbia are our future, and therefore it is indispensable to be clearly defined by the Law, and this requires a precedent comprehensive discussion.

NATAŠA DERETIĆ

**RIMSKE “POPULARNE TUŽBE”
(ACTIONES POPULARES) U SVETLU DANAŠNJE
INSTITUCIJE “OMBUDSMANA”
(ZAŠTITNIKA GRAĐANA)**

U V O D

U rimsko doba koristile su se različite vrste tužbi. Pored redovnih, kojima se tražila zaštita ličnih interesa, rimsko pravo zna i za popularne tužbe (*actiones populares*), kojima se štitio opšti (javni) interes. Sam naziv *populares*, ukazuje da aktivnu legitimaciju za ovu tužbu ima bilo ko iz naroda, svaki građanin, kada proceni da je ugrožen javni (opšti) interes, nezavisno od toga što njegovi sopstveni interesi nisu bili neposredno ugroženi.¹ Ovim tužbama su bile sankcionisane nedozvoljene radnje koje nisu imale elemente krivičnog dela, već su svrstavane u tzv. “privatne delikte”. Akteri tih nedozvoljenih radnji bili su kako pojedini organi uprave (magistrati), tako i sami građani, pojedinačno. Na ideju uvođenja tzv. “popularnih, narodnih tužbi” gleda se kao na odraz demokratičnosti rimskog poretka, što se vezuje za prvi period republike.² U vezi sa rečenim, među istoričarima se dugovodila polemika da li su ove tužbe doista odraz demokratičnosti rimskog

Dr Nataša Deretić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

¹ Dig. 47. 23. 1.: “*eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*”.

² Republika je po shvatanju Tacita “retko srećno vreme kada se moglo misliti šta se htelo i reći šta se misli” (Tacit, *Historiae*, 1.1). Po shvatanju Jeringa, predstavnika nemačkih pandektista

društvenog sistema ili su odraz nedovoljno razvijenog rimskog pravnog sistema. Sa današnje tačke gledišta, to da svaki građanin može da podigne tužbu ukoliko proceni da je ugrožen opšti interes, svakako je jedan vid slobode, demokratije. Pri tome se ne sme smetnuti s uma da se današnji pojam “demokratije” razlikuje od poimanja antičke demokratije, a takođe je i jasno da je antička demokratija samo prividno demokratija za sve.³

Nakon perioda republike, ove tužbe srećemo u doba principata, samo u jednom slučaju, gde se jednom senatskom odlukom uređuje pitanje nadzora i korišćenja vodovoda;⁴ poslednjem periodu razvoja rimske države – dominatu, ove tužbe su strane.

Nastanak popularnih tužbi i njihove osnovne odlike

Sve do danas poznate popularne tužbe nastale su u periodu od kraja III veka pre n.e. do kraja I n.e. Najširu primenu ove tužbe imale su u poslednjim vekovima republike i početkom principata, kada se odigrala završna faza prerastanja rimske države u sredozemnu imperiju. Aktivnošću pretora i ostalih zakonodavnih organa došlo je do značajnih izmena rimskog privatnog prava, što je uslovlila izmenjena struktura rimskog društva i rimske privrede, koja je zadirala u sva područja svakodnevnog života. Tako su popularne tužbe stvarane od slučaja do slučaja, jer su praktične potrebe to iziskivale.

Okolnost da su neke od ovih tužbi uveli pretori svojim ediktima, a neke su uvedene zakonima kojima su uređivani odnosi u rimskim kolonijama i municipijima – poslužilo je kao osnov sporenja među istoričarima oko toga, koje su sve nedozvoljene radnje bile sankcionisane ovim tužbama. S obzirom da ovaj rad nije namenjen isključivo uskom krugu istoričara rimskog prava, već široj čitalačkoj publici, podsetićemo na većinu tužbi (pretorskih i onih donetih na osnovu zakona) kojima je bio povređen opšti, javni interes, a gde su akteri tih nedozvoljenih radnji bili kako pojedinci tako i državni organi. Ukazaćemo i na pravni režim koji

XIX veka, jedan od najznačajnijih vidova rimskog republikanskog uređenja i njegove demokracije je ustanova *actio popularis*” – R. Jhering, *Der Geist des Römischen Rechts*, 1891, str. 56.

³ “*Res publica Romanorum* je bila demokratija samo za rimske građane, a ne za sve stanovnike rimske imperije” (M. Malenica, *Rimsko pravo*, Novi Sad, 2008, str. 42.) Rimska demokratija je pre svega “organizacija za držanje u pokornosti robova i pokorenih naroda”, prema kojima su rimski građani činili manjinu i imali su sva prava, pa i pravo na podizanje popularnih tužbi.

⁴ Senatskom odlukom *SC de aquaeductibus* predviđeno je bilo da se protiv svakog ko naruši prostor u širini od 50 stopa duž vodovoda - mogla podići popularna tužba kojom je tuženi koji ne ostavi taj prostor praznim, kažnjavao sa 10.000 sestrecija.

je primenjivan na ove tužbe u rimskom pravu, hrabro pledirajući na mogućnost uvođenja neke od tih tužbi u naše savremeno pravo. To se naravno kosi sa mišljenjem romanista koji smatraju pogrešnim gledati na rimsko pravo očima današnjih pravnika i pokušavati da se u rimskom pravu po svaku cenu, otkriju neke kategorije svojstvene savremenom pravu.

Rimske popularne tužbe su nastajale od slučaja do slučaja (*ad hoc*), za zadovoljenje neposrednih potreba koje je stvarao svakodnevni život. Bile su penalnog karaktera,⁵ što znači da se njima zahtevala isplata novca. Treba naglasiti da se "isplata novca zahtevala ne kao naknada štete, već kao kazna za pričinjenu protivpravnu radnju; to iz razloga što najstarije rimsko pravo nije poznavalo naknadu štete kao građanskopravnu sankciju sve do *lex Aquilia* (287. pre n.e.)."⁶ Posebnu polemiku je izazvala nejasna sudbina novca koji se tražio popularnom tužbom. Dilema da li je novac pripadao građaninu kao tužiocu ili državi, poslužila je kao razlog sporenja oko "popularnih, narodnih" tužbi u kasnijoj historiografiji.⁷ Ove tužbe su bile vremenski ograničene na godinu dana (koliki je bio i mandat pretora),⁸ i nisu prelazile na naslednike.⁹

Pregled nedozvoljenih radnji koje su bile sankcionisane popularnim tužbama

U periodu republike, u privatne delikte teže prirode, kojima se narušavao javni interes, svrstavani su *zelenišenje i kocka, prevara lica mlađeg od 25 godina, kao i teži oblici remećenja javnog reda*. Pojava **zelenišenja** u Rimu bila je u tesnoj vezi sa "kamatom koja je pratila zajam kao sredstvo ekonomskog iskorišćavanja

⁵ Dig. 35. 2. 32.

⁶ Navedeno prema: Ž. Bujuklić, *Forum Romanum*, Beograd, 2006, str. 200.

⁷ Ima mišljenja da je tužilac nastupajući kao zastupnik države ("prokurator") štiti javni interes, a novac koji je tuženi bio osuđen da plati, naplaćivan je u korist javne blagajne; onda kada se tužilac nagradi, to je izuzetak učinjen da se nagradi uloženi trud tužioca (Th. Mommsen, *Kommentar zu den Stadt-rechten von Salpensa und Malaga*, 1857, str. 352, i u: *Römisches Staatsrecht*, 1893, str. 203–212). Po drugima to su bile tzv. "policijske tužbe" uvedene s ciljem da se obezbedi javni red; tužilac u ulozi takođe zastupnika države, podiže ove tužbe na osnovu svojih političkih prava, naplaćujući pri tome u svoju korist novac koji je osuđeni bio dužan da plati (K.F. Savigny, *Obligationenrecht*, B, 2, 1892, str. 314). Jering je objašnjavajući okolnost da je u periodu republike svaki rimski građanin imao pravo da podiže ove tužbe, kako bi se zaštitio javni interes, to pravda okolnošću da su u to vreme narod i država bili jedno te isto (R. Jhering, nav. delo, str. 314).

⁸ Dig. 47. 23. 8.

⁹ Dig. 47. 23. 7.

dužnika; kamate su zakonima ograničavane ili zabranjivane, kao što su i kažnjavani zelenaški poslovi”.¹⁰ I Livije i Tacit spominju da je jedna od uloga edila (koji su brinuli o javnom redu) bila i kažnjavanje zelenaša, nakon što bi protiv njih bila podneta popularna tužba.¹¹

Što se tiče *kocke* i eventualnog podizanja popularne tužbe kako bi se nadomestio gubitak imovine zbog kockanja, zanimljivo je, da je Justinijan doneo poseban zakon¹², kojim je bila zabranjena kocka i koji je davao mogućnost onima koji bi izgubili na kocki, kao i njihovim članovima porodice, da traže natrag izgubljeni novac; ukoliko to neko od njih ne bi uradio, to je mogao da uradi bilo koji građanin. U pogledu obaveza koje su nastajale iz kocke “u srednjem veku je izgrađeno shvatanje po kome je dug iz kocke, zajedno sa opkladom, prirodna obligacija, koja se sudskim putem ne može utužiti; to shvatanje je preuzelo i moderno pravo.”¹³

Prvi zakon koji je za zaključenje valjanog posla uzeo kao granicu punoletstva 25-tu godinu bio je *Lex Plaetoria* koji je donet 191. godine pre n.e. Njime je bilo predviđeno da svako onaj *ko prevari ili obmane mušku osobu sui iuris mlađu od 25 godina*, čini težak prekršaj. S obzirom da su te osobe inače bile punoletne, posao je po civilnom pravu bio valjan, ali je posebnom tužbom (*actio legis Plaetoriae*), koja je imala karakter popularne tužbe, svako mogao pokrenuti postupak protiv onih koji su iskorišćavali nedostatak životnog iskustva osoba mlađih od 25 godina. Pretorskim ediktom bio je omogućen povraćaj u pređašnje stanje (*restitutio in integrum*). Razlog da se dozvoli ovo vanredno pretorsko pravno sredstvo, bila je “mladost i neiskustvo stranke (*restitutio propter aetatem*).”¹⁴

Da Rimljani znaju za slučajeve *remećenja javnog reda i mira*, nalazimo dokaze u Paulovim Sentencijama.¹⁵ Javni red i mir je remetio onaj ko je *ometao saobraćaj* na javnim putevima, ko je *ometao popravku javnih puteva, ko bi oštetiо gradske vodovodne i kanalizacione cevi, ko ometa melioracione radove*. Protiv aktera tih nedozvoljenih radnji, podizana je posebna popularna tužba (*actio de via publica*). Tužbu je mogao podići svaki građanin, shodno shvatanju da se tu radilo o stvarima namenjenim opštoj upotrebi,¹⁶ i da je te nove tekovine civilizacije (saobraćaj na putevima, vodovod, kanalizaciju...) trebalo sačuvati i urediti njihov način korišćenja. Ta pitanja su bila uređena ediktima nižih magistrata – edila.

¹⁰ M. Milošević, *Rimsko pravo*, Beograd, 2005, str. 330.

¹¹ T. Livije, *Ab urbe condita*, 7, 28; 35, 417; Tacit, *Anali* 6, 16.

¹² C. 3. 43. 1.

¹³ M. Milošević, nav. delo, str. 289.

¹⁴ A. Romac, *Rečnik rimskog prava*, Zagreb, 1975, str. 490.

¹⁵ Paul. Sent. 5. 6. 2.

¹⁶ Dig. 43. 7. 1.

Takođe su edikti kurilskih edila sadržali i odredbe o kažnjavanju vlasnika životinje, ako bi ta životinja nekoga povredila ili usmrtila. Protiv vlasnika životinje koja bi na ulici ubila slobodnog čoveka, podizana je posebna popularna tužba (*actio de feris*); mogao ju je podići bilo koji građanin i presuda je glasila na odštetu od 200 zlatnika (*solida*), koju je morao da isplati vlasnik životinje.¹⁷ U situaciji da *domaća četvoronožna životinja učini nekome štetu*, oštećeni je prema vlasniku životinje mogao upotrebiti *actio de pauperie*, a tuženi je mogao, umesto naknade štete, ustupiti tužiocu samu životinju (po osnovu principa noksalne odgovornosti).¹⁸

S obzirom da su Rimljani (bar u staro doba) držali do porodične tradicije i da su im grobovi bili svetinja,¹⁹ posebno su bili osetljivi na namerno *skrnavljenje grobova*. Pravo da podigne popularnu tužbu (*actio de sepulchro violato*) zbog navedene radnje, pripadalo je najpre onome čiji je grob oskrnavljen, pa tek ako on neće da tuži ili ako nema vlasnika oskrnavljenog groba, tužbu je mogao podići bilo koji građanin (*qui volet*). Nakon podnete popularne tužbe, ukoliko navodi izneti u tužbi budu dokazani, donošena je kondemnatorna presuda koja je glasila na naknadu štete od 100 *solida*.²⁰ Nije samo pretorskim ediktom regulisana ova situacija već je kasnije i zakonskim putem bilo sankcionisanje skrnavljenje grobova i svetih mesta (*Lex Luci Lucerini*). Pomenuti zakon je pored posebne tužbe koju je mogao podići bilo koji građanin, davao mogućnost i magistratu da kazni prestupnika.

Popularnim tužbama štitio se javni interes i pri pojedinim kvazideliktima (gde se odgovalaralo i bez krivice), koji su karakteristični za poslednji vek republike, kada dolazi do prenaseljenosti gradova; sam Rim je postao milionski grad, sa "visokim kućama i uskim ulicama". Zbog teških stambenih prilika siromašnijih slojeva u Rimu toga doba, "nije teško zamisliti šta je prolaznicima tih uskih ulica sve moglo da padne na glavu".²¹ Da bi se zaštitili prolaznici na ulici zbog *izbacivanja ili prosipanja čvrstih ili tečnih stvari iz nečijeg stana*, protiv vlasnika stana ili zakupca stana iz koga je bačena stvar na ulicu (jer se nije moglo utvrditi ko je stvar izbacio ili prosuo), podnošena je tužba *actio de effusis et deiectis*. Od-

¹⁷ Dig. 21. 1. 42.

¹⁸ Držanje psa ili neke divlje životinje u blizini puteva i prolaza bilo je zabranjeno ediktom kurilskih edila. Navedeno prema: A. Romac, nav. delo, str. 405.

¹⁹ U Rimskoj državi uvek je postojao privatni i javni kult. Privatni kult je organizovao *pater familias*; on se brinuo o žrtvama koje je trebalo prinostiti bogovima domaćeg ognjišta; mrtvi su imali svoje praznike; vodila se briga o grobovima predaka... Opširnije: M. Mirković, *Rimska država pod kraljevima i u doba republike*, Beograd, 2002, str. 75.

²⁰ Dig. 47. 12. 3.

²¹ O. Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd, 2005, str. 405.

govaralo se u zavisnosti od posledica te radnje. Ukoliko je pomenutom radnjom pričinjena samo materijalna šteta, tužba je davana oštećenom *in duplum*, dok je ranjenom slobodnom čoveku sudija određivao visinu naknade štete, na osnovu njegovog ličnog zahteva ili zahteva bilo kog građanina;²² kod određivanja visine naknade uzimani su u obzir troškovi lečenja i gubitak zarade povređenog čoveka (izmakla dobit).²³ Ako bačena stvar ubije slobodnog čoveka, presuda je glasila na 50.000 sestercija;²⁴ nije se mogao zahtevati dvostruki iznos pričinjene štete, jer slobodan čovek nije stvar, pa se nije mogla vršiti ni procena njegove vrednosti.²⁵ Prolaznicima na ulici je mogla da padne na glavu i postavljena i okačena stvar sa krova, prozora ili balkona (saksija, oronuli crep, ledenica i sl...). Da bi se građani zaštitili pre nego što dođe do štete ili povrede, dozvoljavana je posebna popularna tužba (*actio de positis vel suspensis*), protiv vlasnika zgrade ili zakupca stana; presuda je glasila na 10.000 sestercija ili 10 solida.²⁶ Odmerenu kaznu je dobijalo lice koje je primetilo opasnost i podnelo tužbu.²⁷

U svim napred navedenim situacijama moglo se dogoditi da više građana želi da podigne tužbu za zaštitu opšteg (javnog) interesa. Pretor je onda birao onoga koga je smatrao najpogodnijim da će uspešno okončati spor.²⁸ To je svakako mogao biti samo častan čovek,²⁹ koji bi u se u spor upuštao lično, bez zastupnika.³⁰ Žene i maloletnici nisu imali pravo podizanja ovih tužbi, osim ukoliko je bio povređen njihov lični interes.³¹ I tada naravno, to nisu radili lično, nego pomoću tutora.

Pored popularnih tužbi koje su nastale zajvaljujući angažovanju pretora kao pravosudnih magistrata, u rimskom pravu srećemo i popularne tužbe koje su bile ustanovljene zakonima kojima su uređivane rimske kolonije i municipije.³² Razlikuju se od pretorskih tužbi po tome što je novčana kazna u većini slučajeva na-

²² Dig. 9. 3. 5. 5.

²³ Inst. 4. 5. 1.

²⁴ Dig. 9. 3. 1.

²⁵ A. Malenica, nav. delo, str. 398.

²⁶ Dig. 9. 3. 5. 6.

²⁷ O. Stanojević, nav. delo, str. 405.

²⁸ Dig. 47. 23. 2.

²⁹ Dig. 47. 24. 4. – "*Popularis actio integrae personae permittitur*".

³⁰ Dig. 47. 23. 5.

³¹ Dig. 47. 23. 6.

³² *Lex Mamilia* ili *Lex Iulia Agraria*, *lex Iulia municipalis*, *Lex Ursonensis*... Municipiji su bili gradovi i naselja gradskog tipa u Italiji, osim Rima, koji se nazivao Grad (*Urbs*).

plaćivana u korist javne blagajne.³³ Municipijalnim zakonima su bili sankcionisani mnogobrojni slučajevi ugrožavanja opšteg (javnog) interesa, čiji su akteri bili kako fizička lica, tako i magistrati. Kada su u pitanju fizička lica, ti prekršaji su odražavali svakodnevni život rimskih građana: narušavanje prostora koji je bio rezervisan za *gradske granične pojaseve*, kao i *pomeranje graničnog kamena* kolonije ili municipije; protiv takvih lica je podnošena popularna tužba koja je glasila na 5000 sestercija;³⁴ *rušenje zgrada u gradu bez dozvole* nadležnog magistrata (dekuriona) bilo je zabranjeno i za isto je mogla biti podignuta popularna tužba, na osnovu koje je donošena osuđujuća presuda: trebalo je platiti vrednost porušene zgrade; zabranjeno je bilo *skrnavljenje grobova i sahranjivanje mrtvacu na javnim mestima*, kao što je bilo zabranjeno *zagađivanje reka*; kažnjavao se građanin koji za vreme javnih igara *sedne na mesto rezervisano za magistratu*...³⁵

Ne samo građani, već su i magistrati bili akteri nekih nedozvoljenih radnji koje se nisu mogle svrstati u krivična dela, ali su ipak bile protivne javnom interesu. Otežavajuća okolnost u vezi sa kažnjavanjem magistrata bila je ta što magistrati nisu za vreme svog mandata odgovarali za svoje postupke; tek nakon završetka ili opoziva mandata, magistrat je za svoje postupke mogao biti izveden pred sud. Tu praksu su izmenili pojedini municipijalni zakoni koji su u određenim slučajevima mogli magistratu da izvedu pred sud i u toku trajanja njihovog mandata. To se dešavalo ukoliko bi neko od građana ukazivao da je neki magistrat *prekršio propis ili je nezakonito radio*. Pod "nezakonitim radom" magistrata podrazumevala se njegova uloga pri izornoj krađi (*ambitus*),³⁶ kod podmićivanja, odnosno, potkupljivanja radi određene koristi,³⁷ ukoliko magistrat učini neke nepravilno-

³³ Kod korišćenja rimskog vodovoda i nepoštovanja odluke dekuriona, polovina novca koji se naplaćivao po osnovu podnetih popularnih tužbi, dobijao je tužilac ili je taj novac korišćen za organizovanje cirkuskih igara ili za zidanje javnih zgrada. Videti opširnije: J. Danilović, *Popularne tužbe od rimskog do savremenog prava*, Beograd, 1968, str. 48.

³⁴ Dig. 47. 21. 3.

³⁵ Opširnije: J. Danilović, nav. delo, str. 56- 57.

³⁶ Od Livija (Liv. 40. 19. 11) saznajemo da je početkom II veka pre nove ere donet zakon o sankcionisanju *ambitus* -a (*lex Cornelia Baebia* iz 181. godine pre n.e.).

³⁷ U starom Rimu pojava korupcije se najpre spominje u vezi sa lošim uticajem, odnosno, "kvarenjem" (na primer, robova – *servus corruptus*) Gaj, Institucije, III, 198. Sa sve većim osvajanjima rimske države, rimski činovnici masovno čine dela korupcije - zloupotrebe činovnika, prijem poklona i iznuda, što se tretira kao krivično delo. "Accipiere quid ut iustitiam facias, non est tam accipere quam extorquere" – govorili su Rimljani, što u prevodu znači: "Primiti nešto da bi se donele presuda, ne znači primiti, nego iznuditi" (Romac A., *Dicta et regulae iuris*, Beograd, 1984. str. 48). Pomponije piše da je kod krivičnog dela o korupciji, "posebno odgovoran onaj koji je uzeo novac za obavljanje ili neobavljanje posla preko drugih lica - "Hoc autem iudicium non solum in pecuniariis causis, sed et ad publica criminal pertinere Pomponius scribit, maxime cum et lege repentuda-

sti pri izborima za razna zvanja, ili ne ispoštuje odluku višeg magistrata. Iznos novčane kazne koja je naplaćivana od tuženog magistrata, unapred je bila određena. Tako, magistrat koji je primio mito, kažnjavan je sa 20.000 sestercija, dok je sa 100.000 sestercija kažnjavan magistrat koji se ogreši o pravila o izboru patrona grada (za koga je trebalo da glasa tri četvrtine dekuriona); za nepoštovanje odluke višeg magistrata kažnjavalo se sa 10.000 sestercija; sa 5000 sestercija kažnjavan je kandidat za magistratsko zvanje koji bi u izbornoj kampanji delio biračima poklone ili priredio ručak za više od devet osoba u jednom danu...; zakon *lex Iulia municipalis* je predviđao posebne tužbe kojima se sa 50.000 sestercija kažnjavao magistrat koji nepravično izvrši podelu žita (pa ga dodeli onom ko se ne nalazi na listi siromašnih građana), kao i onaj magistrat koji sam, mimo utvrđene procedure izabere magistrata na određenu funkciju, odnosno, onaj magistrat koji se kandiduje na višu funkciju, a da pri tome nije ispunjavao elementarne uslove za mesto na koje pretenduje (nema dovoljan broj godina, proglašen je infamnim licem, itd...).³⁸

Čini nam se zanimljivim pitanje šta je to motivisalo građane da brinu o opštem (javnom) interesu u vreme republike. Da li su to bili čisto moralni razlozi (da je opšti interes istovremeno i interes svakog člana društva ponaosob, na šta ukazuje i sama naziv *res publica* koji se prevodi kao “opšte dobro, javna stvar, država”) ili su to bili subjektivni razlozi. Nažalost, više je bilo subjektivnih razloga za podizanje ovih tužbi, s obzirom na to da su građani imali pravo na materijalnu naknadu (dobijali su deo novčane kazne na koju bi tuženi bio osuđen). Da bi se predupredila praksa, koja se vremenom ustalila, da pojedini građani tužakajući druge olako dolaze do novca, krajem republike i početkom principata, rimsko pravo je zabranjivalo neosnovano podnošenje svih, pa i ovih tužbi. Pretor je predvideo tužbu za *calumnia*, delikt koji je izdvojen iz privatnog delikta *iniurie* (namerna povreda nečijeg fizičkog i moralnog integriteta), i koji se odnosio na slučajeve u kojima je neko primio novac da bi tužio drugoga.³⁹ S obzirom na poznatu okolnost da je u prvim danima rimske države pokretanje postupka uglav-

rum teneatur, qui ob negotium faciendum aut non faciendum per calumniam pecuniam accepit. (Dig. 3.6.1.1).

³⁸ Navedeno prema: J. Danilović, nav. delo str. 46.

³⁹ Gai, I, IV, 174 : 176, 178, 179. Termin *calumniator* se u Digestama koristi za lice koje prevarom ili komplikovanjem stvari (šikaniranjem), dosađuje sudu. Gaj takvo ponašanje podvodi pod podnošenje “tužbe zbog uznemiravanja sudom” (šikaniranje). Gai. Inst. IV.163 : “...*praeterquam si calummate iudicium ei oppositum fueritdecimae partis...*”. U starom pravu osobi osuđenoj u krivičnom postupku zbog *calumnije* utiskivali su na čelu usijanim železom znak K (*calumniator*). Tako obeležen “spletkaros” bio bi proglašavan infamnim (“nečasnim”) i bio bi potpuno isključen iz javnog života. Lica koja su osuđena u javnom postupku za učinjeno delo šikaniranja, između ostalog, nisu mogli više postavljati tužbeni zahtev pretora.

nom zavisilo od volje pojedinaca i da se država u tim stvarima nije mešala – može se pretpostaviti kako su zlonamerni pojedinci mogli drugima da zagorčaju život. Situacija nije bila ništa bolja ni kasnije, u postklasičnom periodu, kada je zaživeo ekstraordinarni postupak, gde obični činovnici (koji zauzimaju najniža mesta u državnoj hijerarhiji) počinju da rukovode sudskim postupkom. Njihova samovolja, podmitljivost, grubost i nestručnost imala je za posledicu jačanje korupcije i šikaniranje stranaka u zaštiti kako njihovih subjektivnih interesa, tako i opštih, javnih interesa. Da se građani ne bi olako upuštali u dokazivanje da je opšti interes ugrožen, Rimljani su pored predviđene zabrane neosnovanog podnošenja popularnih tužbi, zakonima uredili da je novac koji je osuđeni plaćao pripadao ne tužiocu, već javnoj blagajni, odnosno, samo je kod nekih od popularnih tužbi, polovina tog novca pripadala tužiocu, dok je druga polovina pripadala javnoj blagajni”...⁴⁰

Sudbina popularnih tužbi u kasnijoj istoriografiji

Što se tiče sudbine popularnih tužbi u kasnijoj istoriografiji, nakon rimske, treba naglasiti da one nisu strane srednjovekovnom partikularnom pravu. Unošene su u statute tadašnjih razvijenih srednjovekovnih gradova iz čisto praktičnih razloga, kako bi se kontrolom poštovanja zakonskih propisa, doprinelo održavanju javnog reda i mira u gradu.

Kasnije, u pojedinim savremenim društvima, nakon što je oživela ideja uvođenja “popularnih tužbi”, kao ustanove svojstvene demokratskom poretku⁴¹,

⁴⁰ J. Danilović, nav. delo, str. 40.

⁴¹ I danas, u svojoj pravnoj terminologiji mnoge države znaju za termin “popularna tužba”, pod kojim se podrazumeva podizanje određene tužbe od strane bilo kog građanina. Francuski termin za ovu tužbu je – *actio populaire*, italijanski – *azione popolare*, nemački – *popularklage*, u engleskom pravu, ustalio se termin za popularnu tužbu – *popular action*, pod uticajem glosatora Vakarijusa koji je od druge polovine XII veka predavao na Oksfordu. Posebno je zanimljiva sudbina popularnih tužbi u Francuskoj, gde su nakon Francuske buržoaske revolucije, koja je iznedrila *Deklaraciju prava čoveka i građanina* (26. avgust 1789), “udareni temelji moderne demokratije i pravne države”. Kao odraz ideja o suverenosti naroda i jednakosti svih građana, posebno, shvatanja da se interesi građana podudaraju sa javnim interesima – zaživela je praksa da je bilo koji građanin mogao tužbom da se obrati sudu, ukoliko proceni da je ugroženo neko pravo opštine kojoj pripada; uslov je bio da tužilac ima domicil na teritoriji opštine čija prava želi da zaštiti. Opširnije: T. Bruno, *Ayione popolare*, Digesto Italiano, IV, 2. Torino, 1892, str. 955. Kada je ubrzo nakon revolucionarnog zanosa došlo do otrežnjenja, pomenuta praksa sudova da primaju tužbe bilo kog građanina ukoliko je ugrožen javni interes je zabranjena. Stalo se na stanovištu da je samo opština legitimisana da traži zaštitu svojih prava, ukoliko su ista ugrožena. Kada je dvadesetih godina XIX veka donet poseban Zakon o opštinama, opet je dozvoljeno svakom građaninu (ali o svom trošku), uz dozvolu nadležne prefekture, da može da traži zaštitu prava koja pripadaju opštini, ukoliko je ona propustila da to

ta praksa je vremenom izmenjena, zbog načela na kojima počiva sudski postupak.⁴²

Kod nas je situacija bila specifična zbog društveno-političkog uređenja i načela na kojima je počivao i danas počiva naš pravni sistem, posebno sudski postupak. Dosledno se sprovodio princip da spor može pokrenuti samo lice koje ima adekvatnu procesualnu legitimaciju; drugim rečima, samo lice čija su subjektivna prava ugrožena. "Razgranat državni aparat, precizno razgraničene funkcije organa vlasti, ustanova javnog tužioca i javnog pravobranioca, s jedne i postojeći svojinski i društveni odnosi s druge strane, učinili su popularnu tužbu u našem pravnom poretku, suvišnom".⁴³

I danas se svakodnevno srećemo sa praksom da građani svojim postupcima (koji imaju elemente prekršaja) ugrožavaju opšti (javni) interes tako što: remete javni red i mir, ometaju nesmetan saobraćaj, svojim nemarom utiču da neko od građana nastrada, smrtno ili bude povređen - izbacivanjem ili prosipanjem čvrstih ili tečnih stvari iz svog stana; ili ništa ne preduzimaju kako bi sprečili da slučajnim prolaznicima padne na glavu postavljena i okačena stvar sa krova, prozora ili balkona (saksija, oronula fasada, ledenica i sl...); svedoci smo sve češćih napada životinja na prolaznike. U situaciji kada se građani ili državni organi ogreše o postojeći red i poredak i time ugroze opšte, javne interese, podležu sankcijama iz Zakona o javnom redu i miru,⁴⁴ Zakona o obligacionim odnosima,⁴⁵ i nizu drugih zakonskih i podzakonskih akata. Tako, čl. 16 Zakona o javnom redu i miru propisuje da "ko stavi ili drži ispred zgrade ili ograde, odnosno na zgradi ili ogradi, uređaj ili predmet koji može ugroziti prolaznika ili mu naneti štetu, ili ko takve predmete izbaci na ulicu – kazniće se novčanom kaznom od 5000 dinara". U čl. 17, pomenutog zakona stoji da "ko bez nadzora ili bez zaštitnih sredstava drži opasne životinje koje drugoga mogu prestrašiti ili povrediti... kazniće se novčanom kaznom od 20.000 dinara."⁴⁶ Zakonom o obligacionim odnosima je regulisa-

uradi... Kada građanin u ulozi tužioca dobije spor, sva prava proistekla iz tog spora pripadala su opštini. Takva procedura, uz neke male izuzetke, i danas se primenjuje u savremenoj Francuskoj.

⁴² Savremena prava počivaju na načelu da sudski postupak može pokrenuti samo građanin ili organ vlasti koji je legitimisan za vođenje spora. Krivični postupak u načelu pokreće javni tužilac, a upravni postupak – građanin, koji ima neposredni interes za vođenje spora, odnosno, nadležan organ vlasti.

⁴³ J. Danilović, nav. delo, str.208.

⁴⁴ "Sl. glasnik RS", br. 101/2005.

⁴⁵ "Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 – Ustavna povelja.

⁴⁶ Kada se radi o odgovornosti za štetu nastalu usled napada pasa lutilica prema čl. 1. st. 25. tačka 14. Statuta grada Beograda propisano je da: „Grad Beograd donosi i sprovodi program kontrole

na odgovornost za štetu od građevina; to je posebna vrsta odgovornosti za štetu od opasne stvari ili opasne delatnosti, koja se zasniva na povećanom riziku nastanka štete koja potiče od odnosne vrste stvari ili delatnosti. Naziv ove vrste odgovornosti upućuje na to da se ona aktivira prilikom nastanka štete u toku izgradnje određenog objekta, poput zgrada, mostova ili naftovoda, ali se podjednako odnosi i na već izgrađene objekte, budući da šteta može nastati i prilikom *pada fasade* ili *ukrasa sa zgrade*⁴⁷, kada u toj situaciji dođe, na primer, do oštećenja parkiranog automobila. Kako za štetu od opasne stvari danas odgovaraju njen imalac ili držalac, u navedenim primerima za štetu bi odgovarao vlasnik, odnosno svojinski držalac zgrade.⁴⁸ Oni se mogu osloboditi odgovornosti ukoliko dokažu višu silu ili krivicu oštećenog⁴⁹, s tim što bi u slučaju krivice trećeg lica, vlasnik i dalje bio odgovoran prema oštećenom, ali sa pravom regresa prema licu koje je prouzrokovalo štetu.

Kada je reč o šteti nastaloj usled *bacanja predmeta iz stana*, odgovornost je slično regulisana: za štetu odgovara onaj koji ju je prouzrokovao svojom krivicom, a onda kada se to ne može utvrditi – odgovara vlasnik tj. svojinski držalac stana iz kojeg je predmet bačen. Za slučaj kada sa stambene zgrade padne saksija i povredi prolaznika, predviđena je i podeljena odgovornost na nivou kućnog saveta. Odgovornost za štetu prouzrokovanu *padom ledenica sa zgrade*, definiše se kao objektivna odgovornost na osnovu neuklanjanja. Naime, određujući krivicu kao odsustvo adekvatnog ponašanja, nju, kao subjektivan element odgovornosti za štetu, naše pravo objektivizuje, omogućavajući sudu veoma širok pravni standard koji je nužno korigovati, uzimanjem u obzir i protivpravnosti, definisane kao povrede tuđih subjektivnih prava ili zaštićenih interesa.⁵⁰ Zato će, ako protivpravnost postoji, krivično odgovarati vlasnik zgrade ili skupština stanara solidarno, dok za naknadu materijalne štete odgovara država, odnosno Grad.⁵¹ To

i smanjenja populacije napuštenih pasa i mačaka na teritoriji grada, obezbeđuje prihvatilišta za napuštene životinje, organizuje zoohigijensku službu za obavljanje poslova hvatanja i zbrinjavanja napuštenih životinja u prihvatilišta za životinje, neškodljivo uklanjanje leševa uginulih životinja i njihov transport do objekta za sakupljanje i tretman“, što direktno upućuje na to da odgovornost u slučaju napada i nanošenja štete od strane pasa litalica, leži na Gradu i nadležnom Sekretarijatu za stambene i komunalne poslove (ovlašćenom za postupanje u postupcima vansudskog poravnanja u ime grada) koji posredstvom posebno oformljene Komisije za naknadu štete od ujeda pasa litalica, odgovaraju solidarno.

⁴⁷ O. Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2007, str. 469.

⁴⁸ Zakon o obligacionim odnosima (ZOO), čl. 174 i čl. 175.

⁴⁹ ZOO, čl. 177, stav 1 i 2.

⁵⁰ O. Antić, nav. delo, str. 439.

⁵¹ Uprkos ustaljenom mišljenju da samo u razvijenim evropskim zemljama građani na sudu mogu da "dobiju" svoj grad, i kod nas više hiljada građana svake godine uzme milionske odštete iz

znači da su vlasnici stanova u stambenim zgradama, kao i vlasnici privatnih objekata, dužni da sami snose troškove održavanja i zaštite svojih stambenih objekata, u smislu skidanja ledenica i čišćenja snega, a da, ukoliko oni to ne urade, tu obavezu na sebe preuzima nadležna gradska ustanova, koja zatim troškove tog posla naplaćuje skupštinama stanara i vlasnicima objekata.

Države koje žele da budu demokratske, pored napred navedenog načina preduzimanja mera za obezbeđenje zakonitosti i uređenosti u radu državnih organa, lokalne samouprave i službi koje vrše javna ovlašćenja, odlikuju se i uspostavljanjem posebne, samostalne i nezavisne institucije “zaštitnika građana” (ombudsmana). Reč “ombudsman” označava “zastupnika”, predstavnika”, dakle lice kome je povereno da štiti nečija prava; on je jedna vrsta “narodnog advokata”. Ovaj nezavisni državni organ u poslednjoj deceniji dvadesetog veka postaje opšte prihvaćen, kao bitan deo demokratskih procesa u zemljama koje žele da budu pravne, u pravom smislu te reči.⁵² I kod nas je zaživeo ovaj institut “s ciljem zaštite prava građana i kontrole rada organa državne uprave, organa nadležnog za pravnu zaštitu inovinskih interesa i interesa Republike Srbije⁵³ (javnog pravobranioca, koji svojim radom, indirektno, štiteći imovinske interese Republike, može da povredi prava građana). Putem institucije “zaštitnika građana” obezbeđuje se “zaštita ljudskih prava i sloboda od nezakonitog rada, nesavesnosti i zloupotreba javne uprave”,⁵⁴ a u pravcu jačanja ustavnosti, zakonitosti i posebno pravde i pravičnosti u konkretnim životnim situacijama.⁵⁵

gradskih kasa. Ubedljivo najviše tužbi građana prema gradu tiču se: ujeda pasa lualica, oštećenja kola na putevima ili zbog pada delova fasada sa zgrada i ledenica sa krovova, zbog povreda građana padanjem u šahtove, na led ili trotoar, tužbe zbog pada dece sa neispravnih ljuljaški na javnom igralištu...

⁵² Ombudsman je institucija pravnog sistema nastala u Švedskoj 1809. godine. Od sedamdesetih godina prošlog veka ovu instituciju preuzimaju mnoge zemlje, tako da je danas 130 zemalja koje poznaju ovaj institut. Republika Srbija je 2005. godine usvojila Zakon o zaštitniku građana, a 2007. godine uspostavljena je služba Zaštitnika građana Republike Srbije.

⁵³ Zakon o zaštitniku građana, “Sl. glasnik RS”, br. 79/205, “Sl. glasnik RS”, br. 54/2007, čl. 1.

⁵⁴ Danas postoji pravna i politička kontrola uprave. Pri tome, pravna kontrola uprave može biti: upravna, sudska i posebna. Posebna kontrola uprave je specifična i vrši je tužilaštvo i ombudsman (zaštitnik građana). Opširnije: D. Milkov, *Ombudsman, vid vanparlamentarne kontrole uprave*, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Banja Luka, 1997, str. 37.

⁵⁵ Grubom analizom vrsta pritužbi građana, može se videti da se ombudsmanu obraćaju građani iz različitih pobuda: u oblasti zdravstvene zaštite (jer im je ista uskraćena bilo zbog toga što u zakonskom roku nisu izabrali svog ličnog lekara, ili što im nisu uplaćeni doprinosi za zdravstveno osiguranje; lekari, jer su prepisujući lekove mimo svog ovlašćenja, navodno oštetili fond za zdravstveno osiguranje); zbog nasilja među vršnjacima u školama, zbog torture i drugih oblika zlostavljanja u policijskim stanicama, pritvorskim jedinicama, zatvorima, psihijatrijskim bolnicama; zbog “nasrtljivog poslovalja” pojedinih agencija za naplatu potraživanja; zbog grubog narušavanja privat-

Iz opisa posla "zaštitnika građana" jasna je njegova uloga: da po pritužbi građana ili po svojoj sopstvenoj inicijativi, u posebnom postupku proverava da li je u radu organa uprave bilo ili ima propusta (da li su prekršili neki propis ili su nezakonito radili)⁵⁶, što je samo jedan deo iz domena rimske tzv. popularne tužbe. Ukoliko utvrdi postojanje propusta, on ima pravo da od upravnih organa traži da ih isprave, kao i da preporuči adekvatan način za korekciju, dok je obaveza organa da Zaštitnika naknadno obavesti o onome što je na bazi preporuke urađeno, a ako nije, obrazloži zašto nije. U slučaju da organi uprave ne slede ovakvu proceduru, mere koje Zaštitniku građana dalje stoje na raspolaganju jesu da o eventualnom propustu obavesti: javnost, Skupštinu i Vladu, kao i da donosi javne preporuke o utvrđivanju odgovornosti rukovodilaca organa uprave...

Zaštitnik ima pravo i da predloži donošenje, izmenu ili dopunu zakona i drugih propisa i opštih akata iz svoje nadležnosti, onda kada smatra da uzrok povreda prava građana leži u nedostacima postojećih propisa, a Vlada i nadležni odbor Skupštine su u obavezi da razmotre njegove inicijative.⁵⁷ Funkcije Zaštitnika su i preventiva (sprečavanje budućih slučajeva kršenja prava) i edukacija (da obrazuje građane ali i zaposlene u organima uprave, o zaštiti ljudskih sloboda i prava). Preduslov obraćanju Zaštitniku građana jeste, da je prethodni pokušaj ostvarivanja ili zaštite prava pred nadležnim organima, ostao neuspešan.

Zaposleni u upravi, prema građanima imaju obavezu poštovanja određenih pravila ponašanja poput poštovanja dostojanstva stranke, etičnosti, savesnosti, stručnosti, nepristrasnosti i delotvornosti, pa Zaštitnik građana ispituje i to da li su njihovim kršenjem, građanima uskraćena elementarna prava. Uslov pritužbe na nesavestan rad organa uprave jeste da ona ne sme biti anonimna. Funkcioner ili zaposleni u organu uprave koji je odgovoran za povredu prava građana, može biti razrešen na javnu preporuku Zaštitnika građana, a ako on nađe da u njihovim radnjama ima elemenata krivičnog ili drugog kažnjivog dela, može podneti i zahtev, odnosno prijavu za pokretanje krivičnog prekršajnog ili drugog odgovarajućeg postupka.⁵⁸ Zaštitniku građana, Zakon daje i pravo nesmetanog pristupa zavodima za izvršenje sankcija, drugim mestima na kojima se nalaze lica lišena slobode, kao i pravo da sa tim licima razgovara nasamo.⁵⁹ Sa druge strane, Za-

nosti građana, neovlašćenim uvidom u podatke o komunikacijama (neovlašćeni uvid policije i bezbednosnih službi, čak i privatnih agencija - u listinge poziva građana, mimo naloga suda); zbog nepoštovanja principa dvojezičnosti, čime se narušava zaštita prava nacionalnih manjina; zbog kršenja prava radnika po osnovu rada usled nepoštovanja principa tzv. rodne ravnopravnosti...

⁵⁶ Zakon o zaštitniku građana, čl. 17.

⁵⁷ Zakon o zaštitniku građana, čl. 18.

⁵⁸ Isto, čl. 20.

⁵⁹ Isto, čl. 22.

štitniku građana ne mogu biti upućene pritužbe na rad: Predsednika Republike, Vlade Republike Srbije, Narodne skupštine, Ustavnog suda, Sudova i javnih tužilaštva, s obzirom da se kontrola rada navedenih organa ne nalazi u njegovoj nadležnosti.⁶⁰

ZAKLJUČAK

I pored toga što postoji saglasnost da je cilj uvođenja popularnih tužbi bio što efikasnija primena sankcija protiv građana i magistrata koji se ogreše o postojeći red i poredak, smatramo da je podizanje tužbi od strane rimskih građana, kada je opšti interes ugrožen, ipak jedan vid “uzimanja pravde u svoje ruke”. To je svakako odraz nedovoljno razvijenog rimskog pravnog sistema, a ne demokratski-rimskog društva. Za neke od rimskih popularnih tužbi moglo bi se odista i reći da su “policijske tužbe” koje u modernoj državi podnose organi za održavanje javnog reda.

I danas, građani mogu imati ulogu tužioca kada procene da je ugrožen opšti (javni) interes, ali samo posredno. To čine preko nadležnih državnih organa: javnog pravobranioca, Ustavnog suda, raznih inspekcija... i institucije - “zaštitnika građana” (ombudsmana). Ombudsman, kao nezavisna institucija, je i zaživeo zahvaljujući nastojanjima da se naš pravni sistem prilagodi savremenijim potrebama društva. Smatramo ipak da delatnost “zaštitnika građana” čini samo jedan deo iz domena rimske popularne tužbe, s obzirom da interveniše posredno - povodom molbe građanina ili građana koji se žale na ponašanje organa uprave. Funkcionisanjem institucije ombudsmana ostvaruje se dalja izgradnja pravne države, koja zahteva jače osamostaljivanje izvršnih i upravnih organa u državnoj vlasti na načelu podele vlasti. Jačanje uloge građanina pojedinca, kao i njegovih prava i sloboda, doprinosi jačoj zaštiti prava i sloboda građana.

Formiranje institucije ombudsmana značajno je za Srbiju koja se nalazi u tranziciji, jer se pokazalo da je to jedno od najefikasnijih sredstava za vansudsku kontrolu državne vlasti i zaštitu prava građana. Iako se za ombudsmana kaže da “štiti građane od institucija”, ovaj organ, međutim nema ovlašćenje da donosi meritorne odluke o pravima i obavezama građana, a njegove intervencije nemaju pravno obavezujuću snagu. Njegova aktivnost se ispoljava u upozorenju, ukazivanju, davanju mišljenja, predloga i inicijativa. Pitanje je zato, koji bi od ova dva instituta danas, bolje štiti opšti (javni) interes: rimska *actio popularis* ili današnja ustanova “ombudsmana”, koji mora biti zaštićen od političkih i svakih drugih uticaja, kako bi realizovao svoju ulogu u društvu. Možda bi ipak trebalo sagledati

⁶⁰ Isto, čl. 17.

mogućnost uvođenja popularnih tužbi u oblastima za koje su nadležne pojedine inspekcije (komunalna, tržišna, sanitarna ili saobraćajna); u oblasti zaštite prava deteta, nemoćnih i starih lica, nasilja u porodici... Time bi se doprinelo unapređenju našeg pravnog sistema koji bi trebalo da bude humaniji i u skladu sa potrebama koja nameće naša stvarnost. Prepreku tome svakako predstavlja mentalitet pojedinih ljudi, koji bi iz sopstvenih interesa rado podizali popularne tužbe, u želji da dođu do materijalne dobiti. Da se tužbe za zaštitu opšteg interesa ne bi osnovano podizale, jedno od mogućih rešenja je praksa sudova iz vremena Francuske buržoaske revolucije, kada su sudovi u cilju zaštite javnih interesa, primali tužbe građana "o njihovom trošku i o njihovom riziku".

NATAŠA DERETIĆ, Ph.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Novi Sad

ROMAN 'POPULAR LAWSUITS' (*ACTIONES POPULARES*)
IN THE LIGHT OF THE CONTEMPORARY INSTITUTION
OF OMBUDSMAN (PROTECTOR OF THE CITIZENS' RIGHTS)

Summary

In addition to private lawsuits (aimed at the protection of subjective interests), the Roman society also recognized special praetorian lawsuits - *actiones populares* (popular, public lawsuits) which could be initiated by any Roman citizen in order to protect the public (general) interest in specifically defined circumstances.

Nowadays citizens can also assume the role of prosecutors when they estimate that the general (public) interest is threatened, but they can do so only indirectly. They exercise this right by addressing the so-called 'protector of the citizens' rights' (Ombudsman), whose appointment has resulted from the efforts made towards adjusting our legal system to the society's contemporary needs. The 'citizens' protector' intervenes in most cases when there is a plea lodged by a citizen or a group of citizens complaining about the conduct of administration and this represents only one segment from the domain of the so-called Roman 'popular lawsuit'.

MARKO DAVINIĆ,
IGOR TODOROSKI

REGISTAR GRAĐANA KAO TEMELJ RAZVOJA E-UPRAVE U REPUBLICI SRBIJI¹

U V O D

Efikasno pružanje elektronskih usluga u bilo kojoj zemlji podrazumeva uspostavljanje kvalitetnih nacionalnih registara – baza podataka od nacionalnog interesa.² Ako podaci uneti u registre nisu tačni ili ažurni, to može izazvati broj-

Dr Marko Davinić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i konsultant na projektu “Podrška razvoju e-uprave”.

Mr Igor Todoroski, načelnik Odeljenja za e-upravu u Ministarstvu pravde i državne uprave i rukovodilac projekta “Podrška razvoju e-uprave”.

¹ 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. Nosioци projekta su Ministarstvo pravde i državne uprave i Ministarstvo spoljne i unutrašnje trgovine i telekomunikacija, 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.

² O razvoju e-uprave u pojedinim zemljama Evrope, videti opširno: Paul G. Nixon, Vassiliki N. Koutrakou (eds.), *E-government in Europe, Re-booting the state*, Routledge, London, New York,

ne probleme, kako u funkcionisanju države, tako i u ostvarivanju prava i interesa građana. Pri tome, neophodno je jasno definisati nadležnosti u pogledu čuvanja podataka, kao i precizirati uslove pod kojim se ti podaci stavljaju na uvid drugim građanima i organima.

U osnovi sistema nacionalnih registara u našoj zemlji su centralni registri koji sadrže četiri grupe podatka:

– *Podaci o građanima* (fizičkim licima) – njihovo vođenje je, trenutno, u nadležnosti velikog broja organa, tako da trenutno ne postoji jedinstven registar građana Republike Srbije u elektronskom obliku.

– *Podaci o pravnim licima* – njihovo vođenje je, prevashodno, u nadležnosti Agencije za privredne registre (APR). Ovo je jedini registar koji funkcioniše u potpunosti, na propisan način i u elektronskom obliku. Agencija za privredne registre ima potpuno automatizovan i kompletan sistem evidencije pravnih lica, kojim se može pristupiti putem Interneta.³

– *Prostorni podaci* – njihovo vođenje je u nadležnosti Republičkog geodetskog zavoda (RGZ). Prema podacima ovog organa, krajem 2011. katastar nepokretnosti je osnovan za skoro 97% katastarskih opština.⁴

– *Podaci o imovini fizičkih i pravnih lica* – njihovo vođenje je u nadležnosti velikog broja organa (RGZ, Ministarstvo građevinarstva i urbanizma, Poreska uprava, Zavod za statistiku, i sl.).⁵

2010; O značaju informacionih tehnologija za razvoj javne uprave, videti: Vincent Homburg, *Understanding e-government, Information systems in public administration*, Routledge, London, New York, 2008.

³ Agencija za privredne registre vodi evidencije o privrednim društvima, preduzetnicima, finansijskim izveštajima i bonitetu, finansijskom lizingu, založnom pravu, javnim glasilima, udruženjima, stranim udruženjima, subjektima iz oblasti turizma, stečajnoj masi, merama i podsticajima regionalnog razvoja, komorama, fondacijama, zadužbinama i predstavništvima stranih fondacija i zadužbina, sportskim udruženjima, društvima i savezima, kao i o sudskim zabranama. Videti, detaljno, <http://www.apr.gov.rs/> (5. 9. 2012); Međutim, nisu sve evidencije u vezi sa pravnim licima u nadležnosti ove agencije. Prema novom Zakonu o ministarstvima, Ministarstvo pravde i državne uprave nadležno je da za vođenje registra političkih stranaka, registra crkava i verskih zajednica, kao i registra nacionalnih saveta nacionalnih manjina. Videti: Čl. 10 st. 3. Zakona o ministarstvima, ("Sl. glasnik RS", br. 72/2012).

⁴ Web aplikacija "KnWeb" predstavlja internet servis koji omogućava pretraživanje baze podataka katastra nepokretnosti. Baza predstavlja centralnu bazu podataka katastra nepokretnosti u Republici Srbiji i formirana je preuzimanjem podataka koji se održavaju u službama za katastar nepokretnosti Republičkog geodetskog zavoda. Ovaj servis treba da omogući građanima i pravnim subjektima da izvrše uvid u podatke o nepokretnostima preko broja parcele u okviru opštine i katastarske opštine, odnosno preko adrese nepokretnosti (ulica i kućni broj u okviru opštine). Na osnovu ovih podataka, građani mogu da saznaju ime, prezime i adresu vlasnika nepokretnosti. Videti opširno: <http://katastar.rgz.gov.rs/KnWebPublic/> (5. 9. 2012).

⁵ Tako će, na primer, Zavod za statistiku sprovesti Popis poljoprivrede u periodu između 1. oktobra i 15. decembra 2012. godine. Popis poljoprivrede je sveobuhvatno istraživanje kojim će se

Ovo je veoma heterogen skup podataka, koji uključuje, kako nepokretnu, tako i pokretnu imovinu fizičkih i pravnih lica.

Sve ostale evidencije u državnoj upravi oslanjaju se na tačnost podataka iz pomenutih registara, tako da oni predstavljaju temelj razvoja e-uprave u Republici Srbiji.⁶ Predmet našeg istraživanja u ovom radu biće analiza stanja u pogledu podataka o građanima (fizičkim licima), kao i mogućnost uspostavljanja jedinstvenog registra u ovoj oblasti.

POTREBA ZA USPOSTAVLJANJEM JEDINSTVENOG REGISTRA GRAĐANA

Uspostavljanje Jedinostvenog registra građana ima za cilj olakšavanje pristupa svih budućih korisnika jednom registru koji će biti referentan i pouzdan skup osnovnih podataka o ličnosti. Činjenica je da državni organi, u zavisnosti od svog delokruga, vode različite službene evidencije o građanima, međutim do sada nije uspostavljen registar koji bi bio jedinstvena elektronska baza podataka o svim građanima Republike Srbije.⁷

Pitanje koje se nameće na samom početku jeste kako pristupiti izradi ovakvog registra. Postoje dva moguća načina: da se u potpunosti uspostavi nov registar, ili da se koriste postojeće baze podataka, uz poboljšanje njihovog kvaliteta. Uzimajući u obzir relativno dobar kvalitet postojećih registara, smatramo da bi Srbija trebalo da uspostavi novi registar građana na osnovu postojećih baza podataka, uz neophodnu primenu metoda čišćenja i poboljšanja kvaliteta takvih podataka.

Konkretno, ovaj registar mora da uključi sisteme koji se trenutno nalaze pod kontrolom Ministarstva pravde i državne uprave (MPDU) – “Elektronske matične knjige” i “Jedinstveni birački spisak”, kao i Ministarstva unutrašnjih poslova (MUP) koje održava sistem sa podacima o prebivalištu i boravištu u zemlji, odnosno boravištu u inostranstvu građana Republike Srbije, kao i stranih državljana sa boravištem u Republici Srbiji. Pored vođenja evidencije prebivališta i boravišta građana, MUP je zadužen i za vođenje drugih evidencija značajnih za kreiranje registra građana kao što su državljanstvo, jedinstveni matični broj građana, lične karte i putne isprave.

prikupiti podaci o strukturi poljoprivrednih gazdinstava na teritoriji Republike Srbije. Više o popisu: <http://popispoljoprivrede.stat.rs/?lang=cir> (1. 10. 2012).

⁶ O razvoju e-uprave u Republici Srbiji, videti opširno: Marko Davinić, Igor Todoroski, *Elektronska uprava u Republici Srbiji, trenutno stanje i pravci razvoja*, Pravni život, br. 10/2011, str. 325–336.

⁷ Videti: Informacija o potrebi pokretanja Pilot projekta “Utvrdjivanje elemenata za uspostavljanje Jedinostvenog registra građana i izrada Prototipa jedinstvenog registra građana.

Pre samog uspostavljanja registra, neophodno je definisati njegov cilj i sadržinu, kao i način vođenja, održavanja i razmene podataka, odnosno nadzor nad celokupnim procesom. Istovremeno, neophodno je u skladu sa odredbama Zakona o zaštiti podataka o ličnosti⁸ i Zakona o potvrđivanju Konvencije o zaštiti lica u odnosu na automatsku obradu ličnih podataka⁹ obezbediti svakom fizičkom licu upisanom u registar građana ostvarivanje i zaštitu prava na privatnost. Ova pitanja nisu samo tehničkog i normativnog karaktera, već zahtevaju određivanje pravca razvoja od strane nosilaca celokupnog procesa, kao i jasnu političku volju. Ona je potvrđena usvajanjem Zaključka Vlade Republike Srbije o potrebi pokretanja Pilot projekta "Utvrđivanje elemenata za uspostavljanje Jedinственог регистра građana i izrada Prototipa jedinственог регистра građana".¹⁰ Kao nosioci navedenog projekta određeni su Ministarstvo pravde i državne uprave, Ministarstvo unutrašnjih poslova i JP PTT Saobraćaja "Srbija".

Najveća korist od uspostavljanja Jedinственог регистра građana ogleda se u činjenici da će biti identifikovan samo jedan izvor podataka o građanima, dok će svi nosioci javnih ovlašćenja, u zavisnosti od svoje nadležnosti, preuzimati podatke iz njega (umesto da vode različite službene evidencije). Uspostavljanje Registra građana treba da obezbedi jednostavniju, bržu i transparentniju razmenu podataka s jedne strane, ali i da osigura najviši nivo bezbednosti i zaštite podataka o ličnosti, s druge strane.¹¹

U normativnom smislu ovu oblast još uvek uređuje Zakon o jedinственом registru stanovništva iz 1986. godine, čije odredbe ćemo analizirati na ovom mestu.

ZAKON O JEDINSTVENOM REGISTRU STANOVNIŠTVA

Zakon o jedinственом registru stanovništva¹² donet je još 1986. godine, ali je, i pored brojnih anahronizama, do danas formalno ostao na snazi.

⁸ *Službeni glasnik RS*, br. 97/08.

⁹ *Službeni list SRJ* – Međunarodni ugovori, br. 1/92, *Službeni list SCG* – Međunarodni ugovori, br. 11/05 i *Službeni glasnik RS* – Međunarodni ugovori, br. 98/08.

¹⁰ Zaključak Vlade Republike Srbije, br. 119-20-00-31/2011-01; Cilj pilot projekta je izrada sistema koji će omogućiti efikasno i bezbedno povezivanje postojećih evidencija pod kontrolom Ministarstva pravde i državne uprave i Ministarstva unutrašnjih poslova. Sistem treba da omogućiti kasnije uključivanje evidencija drugih državnih organa.

¹¹ Uporediti: Zaključak Vlade Republike Srbije, br. 119-20-00-31/2011-01.

¹² *Sl. list SFRJ*, br. 24/86; Na osnovu člana 64. stav 2. Ustavne povelje državne zajednice Srbije i Crna Gora (*Sl. list SCG*, br. 1/2003), od dana stupanja na snagu Ustavne povelje, ovaj propis primenjuje se kao republički.

Ovaj zakon predviđa da jedinstveni registar stanovništva vodi nadležni organ ili organizacija u republici, odnosno autonomnoj pokrajini¹³ i u njemu se obavezno evidentiraju sledeći podaci: prezime, ime i ime jednog roditelja; jedinstveni matični broj građana; mesto rođenja (naselje, opština, republika, odnosno autonomna pokrajina, a za rođene van teritorije Srbije - naselje i država); prebivalište (naselje, ulica i kućni broj, opština, republika, odnosno autonomna pokrajina); datum upisa i ispisa iz registra. U registru se evidentiraju i sve promene podataka o građanima koje su nastale posle upisa u registar, kao i datum promene tih podataka.¹⁴ Zakon ostavlja mogućnost evidentiranja i drugih podataka o građanima koji su od značaja za potpunije i brže ostvarivanje njihovih prava i dužnosti.¹⁵

U registru se evidentiraju podaci o građanima koji imaju prebivalište na području nadležnog organa ili organizacije koja vodi registar. Ako se prilikom promene prebivališta promeni nadležni organ ili organizacija koji vodi registar, organ ili organizacija na čijem području je novo prebivalište građanima, po službenoj dužnosti, pribavlja podatke iz člana 2. ovog zakona od organa ili organizacije koja je ranije evidentirala podatke o tom građaninu, ako te podatke ne može obezbediti na osnovu izveštaja za upis u registar. Organi ili organizacije nadležni za vođenje registra dužni su da međusobno sarađuju i jedni drugima dostavljaju podatke koji se evidentiraju u registru.¹⁶

Zakonom je, takođe, predviđeno da će Savezno izvršno veće (koje je obavljalo funkciju Vlade) propisati jedinstven način obezbeđivanja podataka o građanima koji se unose u registar i jedinstven način vođenja registra, evidentiranja promena podataka, razmene podataka i iskazivanja i davanja podataka.¹⁷

U daljem tekstu se naglašava da su organi, odnosno organizacije koji vode evidencije o podacima sadržanim u registru dužni da nadležnim organima, odnosno organizacijama koje vode registar dostavljaju izveštaje o tim podacima i njihovim promenama.¹⁸

Takođe, Zakonom je regulisan i krug korisnika podataka iz registra. Ove podatke mogu koristiti građani na koje se ti podaci odnose radi ostvarivanja svo-

¹³ Čl. 1. Zakona o jedinstvenom registru stanovništva.

¹⁴ Čl. 2. Zakona o jedinstvenom registru stanovništva.

¹⁵ O anahronizmu ovog zakona svedoče i njegove odredbe koje predviđaju da se u registar mogu upisati "i podaci potrebni za ostvarivanje prava i dužnosti organizacija udruženog rada i drugih samoupravnih organizacija i zajednica i organa društveno-političkih zajednica, ako je to predviđeno zakonom". Videti čl. 3. Zakona o jedinstvenom registru stanovništva.

¹⁶ Čl. 4. Zakona o jedinstvenom registru stanovništva.

¹⁷ Čl. 5. Zakona o jedinstvenom registru stanovništva.

¹⁸ Čl. 6. Zakona o jedinstvenom registru stanovništva.

jih prava i dužnosti, a drugi građani - ako za to imaju pravni interes. Takođe, podatke iz registra mogu koristiti državni organi za ostvarivanje svojih funkcija.¹⁹

Iako je Zakonom predviđeno da će registar biti uveden najkasnije u roku od pet godina od dana stupanja na snagu ovog zakona (1986. godine),²⁰ to se nikada nije desilo. Naime, društvene okolnosti i raspad tadašnje države, sprečile su njegovo uspostavljanje.

Ipak, Zakon je još uvek na snazi, s obzirom da nije donet novi zakon kojim bi prestalo važenje njegovih odredbi. S tim u vezi se naglašava, da je ovaj pravni akt "u mnogo čemu prevaziđen s obzirom da je donet na nekadašnjem saveznom nivou i u bitno različitim političkim i društveno-ekonomskim uslovima, ali bez obzira na te nedostatke predstavlja polaznu osnovu za razmatranje i utvrđivanje elemenata za uspostavljanje jedinstvenog registra građana na novim osnovama prilagođenim potrebama današnjeg društva".²¹

Ovaj Zakon prevashodno pruža smernice u pogledu vrste podataka koje bi budući registar građana trebalo da sadrži, kao i u pogledu modela takvog registra. Tu pre svega imamo u vidu činjenicu da Zakon ne predviđa da će jedan isti organ biti zadužen i za vođenje registra i za vođenje evidencija o podacima sadržanim u registru. Drugim rečima, barem u prvoj fazi, neophodno je da posebni organi (MPDU, MUP) i dalje prikupljaju i noveliraju različite podatke o građanima, koje bi istovremeno dostavljale organu (nekoj budućoj instituciji) nadležnoj za vođenje jedinstvenog registra građana. Time bi se omogućilo iskusnim državnim službenicima u okviru postojećih organa da nastave posao prikupljanja podataka i vođenja evidencija, dok bi se istovremeno sprečilo opterećenje nove institucije velikim obimom posla, koje bi zahtevalo i angažovanje značajnog broja službenika.

S obzirom na njihov značaj za uspostavljanje budućeg Jedinstvenog registra građana, posebna pažnja u ovom delu radu biće posvećena registrima značajnim za njegovo uspostavljanje, održavanje i vođenje.

POSTOJEĆI REGISTRI ZNAČAJNI ZA USPOSTAVLJANJE JEDINSTVENOG REGISTRA GRAĐANA

Matične knjige

Matične knjige su osnovne službene evidencije o ličnom stanju građana.²² Dostupnost i tačnost ovih podataka određuje kvalitet svih ostalih aktivnosti države, u vezi sa ostvarivanjem prava i utvrđivanjem obaveza svakog pojedinca.

¹⁹ Čl. 7. Zakona o jedinstvenom registru stanovništva.

²⁰ Čl. 8. Zakona o jedinstvenom registru stanovništva.

²¹ Informacija o potrebi pokretanja Pilot projekta "Utvrđivanje elemenata za uspostavljanje jedinstvenog registra građana i izrada Prototipa jedinstvenog registra građana.

²² Čl. 2. st. 1. Zakona o matičnim knjigama, *Službeni glasnik RS*, br. 20/09.

U Republici Srbiji vode se tri vrste matičnih knjiga: rođenih, venčanih i umrlih lica.²³ Kada se izvrši upis činjenice rođenja, venčanja ili smrti, pojedincima se izdaje izvod (roditeljima u slučaju rođenja, bračnom paru u slučaju braka, bliskim srodnicima u slučaju smrti), koji predstavlja javnu ispravu. Ovaj izvod (rođenja, venčanja ili smrti) je veoma važan pravni dokument, za ostvarivanje velikog broja prava (pri upisu u školu, pri podnošenju zahteva za izdavanje ličnih dokumenta i putnih isparava, kod ostvarivanja prava na nasledstvo, prava na socijalnu zaštitu i sl.).

Prema Zakonu o ministarstvima²⁴ vođenje matičnih knjiga predstavlja posao državne uprave čije obavljanje je u delokrugu Ministarstva pravde i državne uprave.²⁵ Međutim, u skladu sa principom decentralizacije, poslovi koji se odnose na matične knjige Zakonom o matičnim knjigama povereni su jedinicama lokalne samouprave (opštini, gradu i gradu Beogradu).²⁶ Pri tome, jedinice lokalne samouprave, kao imaoci javnih ovlašćenja pri vršenju poverenih poslova u oblasti matičnih knjiga, imaju ista prava i dužnosti kao i organ državne uprave u čijoj su nadležnosti ovi poslovi.²⁷

Drugi primerak matične knjige vodi se primenom elektronskih sredstava za obradu i skladištenje podataka.²⁸ Matičar, istovremeno sa upisom podataka u izvornik matične knjige, iste podatke unosi u drugi primerak matične knjige.²⁹ Zakon reguliše i dostupnost informacija sadržanih u matičnim knjigama. Tako je predviđeno, da se uvid u matične knjige, dozvoljava licu na koje se ti podaci odnose, članu njegove uže porodice, usvojitelju ili staratelju, a drugim licima na način i pod uslovima utvrđenim zakonom koji uređuje zaštitu podataka o ličnosti i zakonom koji uređuje prava na pristup informacijama od javnog značaja.³⁰ Konačno, Zakon o matičnim knjigama detaljno reguliše sadržaj podataka koji se upisuju u knjigu rođenih,³¹

²³ Čl. 2. st. 2. Zakona o matičnim knjigama.

²⁴ *Službeni glasnik RS*, br. 72/12.

²⁵ Čl. 10. st. 2. Zakona o ministarstvima.

²⁶ Čl. 6. st. 1. Zakona o matičnim knjigama.

²⁷ J. Benmansur, Z. Lončar Kasalica, R. Vujović, D. Knežević, D. Rajić, *Priručnik za polaganje posebnog stručnog ispita za matičare*, Ministarstvo za državnu upravu i lokalnu samoupravu, Beograd, 2010, str. 24.

²⁸ Čl. 33. Zakona o matičnim knjigama.

²⁹ Čl. 34. st. 2. Zakona o matičnim knjigama.

³⁰ Čl. 41. Zakona o matičnim knjigama.

³¹ U matičnu knjigu rođenih upisuju se: 1) podaci o rođenju, i to: ime i prezime deteta; skraćeno lično ime; pol deteta; dan, mesec, godina i čas rođenja; mesto i opština rođenja, a ako je dete rođeno u inostranstvu i naziv države rođenja; jedinstveni matični broj građana i državljanstvo deteta; 2) podaci o roditeljima deteta, i to: ime i prezime i ako su roditelji u braku, prezime pre zaključenja braka; jedinstveni matični broj građana; dan, mesec i godina rođenja; mesto i opština rođenja, a ako je roditelj rođen u inostranstvu i naziv države rođenja; državljanstvo; prebivalište i adresa;

venčanih³² i umrlih lica.³³ Usvajanjem Zakona o matičnim knjigama i uspostavljanjem Centralnog sistema za elektronsku obradu i skladištenje podataka i čuvanje drugog primerka matičnih knjiga (2010. godine),³⁴ napravljen je važan korak napred kao odgovor izazovima koje donosi digitalna era. Glavne odlike integracije matičnih knjiga ogledaju se u objedinjavanju registracije u celovit informacijski sistem na nivou Republike Srbije. Novi Centralni sistem obezbeđuje mogućnost pristupa svim matičnim knjigama od strane svakog matičara. Pored automatizacije procesa u matičnim službama i prevođenja podataka u elektronski oblik postignut je i veći stepen sigurnosti.

U tom smislu, drugi primerak matičnih knjiga će se čuvati u centralnom sistemu, što suštinski smanjuje odnosno eliminiše potrebu za njihovom eventualnom rekonstrukcijom u slučaju gubitaka ili uništenja. Centralni sistem, takođe, daje mogućnost izdavanja izvoda za druga matična područja, što je i najvidljiviji pozitivan efekat za građane, koji više ne moraju da putuju u mesto gde se vode matične knjige kako bi dobili izvode iz istih. Konačno, elektronska razmena podataka o građanima među državnim organima treba da spreči da se od građana

3) podaci o: materinstvu utvrđenom ili osporenom sudskom odlukom; priznanju očinstva; očinstvu utvrđenom ili osporenom sudskom odlukom; usvojenju i prestanku usvojenja; stavljanju pod starateljstvo i prestanku starateljstva; lišenju i vraćanju roditeljskog prava; produženju i prestanku produženog roditeljskog prava; zaključenju i prestanku braka; promeni ličnog imena, imena ili prezimena deteta i roditelja, odnosno usvojitelja ili staratelja; sticanju i prestanku državljanstva; smrti, kao i drugi podaci određeni zakonom ili drugim propisom donetim na osnovu zakona. Čl. 45. Zakona o matičnim knjigama.

³² U matičnu knjigu venčanih upisuju se: 1) podaci o zaključenju braka, i to: dan, mesec, godina i mesto zaključenja braka; ime i prezime supružnika; jedinstveni matični broj građana; dan, mesec i godina rođenja, mesto i opština rođenja, a ako je supružnik rođen u inostranstvu i naziv države rođenja; državljanstvo; prebivalište i adresa supružnika, kao i izjava supružnika o novom prezimenu; 2) ime i prezime roditelja supružnika; ime i prezime i prebivalište svedoka pri zaključenju braka; ime i prezime tumača ako je njegovo prisustvo pri zaključenju braka bilo neophodno; ime i prezime i prebivalište punomoćnika ako pri zaključenju braka jednog supružnika zastupa punomoćnik i ime i prezime matičara; 3) prestanak braka; 4) promena ličnog imena, imena ili prezimena supružnika. Čl. 55. Zakona o matičnim knjigama.

³³ U matičnu knjigu umrlih upisuju se: 1) podaci o smrti, i to: ime i prezime umrlog; njegovo prezime pre zaključenja braka; pol umrlog; dan, mesec, godina i čas smrti; mesto i opština smrti, a ako je umro u inostranstvu i naziv države; dan, mesec, godina i čas rođenja; mesto i opština rođenja, a ako je rođen u inostranstvu i naziv države; bračni status; jedinstveni matični broj građana; državljanstvo; prebivalište i adresa umrlog; 2) ime i prezime supružnika umrlog i njegovo prezime pre zaključenja braka, ako je umrli bio u braku; ime i prezime roditelja umrlog; ime i prezime i prebivalište lica koje je prijavilo smrt; naziv i sedište ustanove ili organizacije koja je prijavila smrt; 3) proglašenje nestalog lica umrlih i smrt utvrđena u sudskom postupku. Čl. 59. Zakona o matičnim knjigama.

³⁴ Uspostavljanje Centralnog sistema predviđeno je čl. 92. Zakona o matičnim knjigama.

traže podaci o kojima se vodi službena evidencija od strane nadležnih državnih organa, što je danas još uvek uobičajena praksa.

Jedinstveni birački spisak

Jedinstveni birački spisak je javna isprava u kojoj se vodi jedinstvena evidencija državljana Republike Srbije koji imaju biračko pravo. Birački spisak je stalan i redovno se ažurira, a upis u ovu evidenciju je uslov za ostvarivanje biračkog prava.³⁵ Kao i vođenje matičnih knjiga, i vođenje biračkog spiska je u nadležnosti Ministarstva pravde i državne uprave.³⁶ Vođenje biračkog spiska obuhvata: analiziranje podataka iz biračkog spiska i preduzimanje mera radi obezbeđenja njihove međusobne usklađenosti i tačnosti, vršenje promena u biračkom spisku (upis, brisanje, izmena, dopuna ili ispravka) nakon zaključenja biračkog spiska i obavljanje drugih poslova. Deo biračkog spiska za područje jedinice lokalne samouprave ažurira opštinska, odnosno gradska uprava, kao poveren posao.³⁷

Birački spisak vodi se kao elektronska baza podataka i ažurira se po jedinstvenoj metodologiji Ministarstva pravde i državne uprave.³⁸ Bitno je naglasiti i da je svaki organ koji vodi službenu evidenciju o građanima dužan da podatke koji utiče na potpunost, tačnost i blagovremenost vođenja biračkog spiska dostavi u roku od tri dana od dana nastale promene organu koji je nadležan za donošenje rešenja na kome se zasnivaju promene u biračkom spisku. Konkretno, MUP dostavlja elektronskim putem podatke iz službenih evidencija o prebivalištu i boravištu građana neposredno Ministarstvu pravde i državne uprave u roku od tri dana.³⁹

Ovakva saradnja dva organa u pogledu održavanja biračkog spiska, predstavlja i putokaz za uspostavljanje Jedinstvenog registra građana. To znači, da će MUP i MPDU i dalje prikupljati i novelirati različite podatke o građanima, ali će ih istovremeno dostavljati organu nadležnom za vođenje ovakvog registra.

³⁵ Čl. 1. Zakona o jedinstvenom biračkom spisku, *Sl. glasnik RS*, br. 104/2009 i 99/2011.

³⁶ Uporediti: Čl. 10. st. 2. Zakona o ministarstvima; Čl. 2. st. 1. Zakona o jedinstvenom biračkom spisku.

³⁷ Čl. 2. st. 2 i 3. Zakona o jedinstvenom biračkom spisku.

³⁸ Čl. 3. st. 1. Zakona o jedinstvenom biračkom spisku; U birački spisak upisuje se: ime i prezime birača, ime jednog od roditelja birača, biračev jedinstveni matični broj građana, datum i mesto rođenja birača, pol birača, mesto prebivališta i adresa birača, jedinica lokalne samouprave u kojoj birač ima mesto prebivališta, strana država u kojoj birač ima boravište, mesto boravišta i adresa birača u inostranstvu i mesto boravišta za interno raseljena lica. U birački spisak se upisuje i podatak da će birač na predstojećim izborima glasati prema mestu boravišta u zemlji, odnosno prema mestu boravišta u inostranstvu. Čl. 7. st. 1. i 3. Zakona o jedinstvenom biračkom spisku.

³⁹ Videti: Čl. 11. st. 1. i 2. Zakona o jedinstvenom biračkom spisku.

Prebivalište i boravište

Prema Zakonu o ministarstvima, vođenje evidencije prebivališta i boravišta građana i drugi poslovi koji se odnose na ovu evidenciju predstavljaju posao državne uprave čije je obavljanje u nadležnosti Ministarstva unutrašnjih poslova.⁴⁰

Prebivalište je mesto u kome se građanin nastanio s namerom da u njemu stalno živi, odnosno mesto u kome se nalazi centar njegovih životnih aktivnosti, profesionalnih, ekonomskih, socijalnih i drugih veza koje dokazuju njegovu trajnu povezanost s mestom u kome se nastanio.⁴¹

Boravište je mesto u kome građanin privremeno boravi van svog prebivališta u Republici Srbiji duže od 90 dana.⁴²

Država mora da obezbedi validan podatak gde može da nađe svoje građane. Svaka promena prebivališta ili boravišta, stoga, mora biti prijavljena na odgovarajući način. U tom smislu, punoletni građani su dužni da prijave i odjave svoje prebivalište, prijave i odjave boravište, kao i da prijave privremeni boravak u inostranstvu (duži od 90 dana) i povratak iz inostranstva.⁴³ Prijavu i odjavu prebivališta, odnosno prijavu i odjavu boravišta za maloletno lice ili lice bez poslovne sposobnosti, podnosi njegov roditelj, odnosno staratelj ili drugi zakonski zastupnik.⁴⁴ Boravak stranih državljanja u Republici Srbiji takođe mora biti prijavljen.⁴⁵

Evidencije prebivališta, boravišta i privremenog boravka u inostranstvu vodi MUP, u elektronskom obliku.⁴⁶ On može podatke iz evidencije prebivališta i boravišta građana davati državnim i drugim organima i organizacijama, kao i drugim pravnim i fizičkim licima, ako su zakonom ili drugim propisima ovlašće-

⁴⁰ Videti: Čl. 3. Zakona o ministarstvima, *Sl. glasnik RS*, br. 72/12.

⁴¹ Čl. 3. st. 2. Zakona o prebivalištu i boravištu, *Sl. glasnik RS*, br. 87/2011.

⁴² Čl. 3. st. 3. Zakona o prebivalištu i boravištu.

⁴³ Čl. 4. st. 1. Zakona o prebivalištu i boravištu.

⁴⁴ Čl. 4. st. 2. Zakona o prebivalištu i boravištu.

⁴⁵ U tom smislu, odredbe ovog zakona primenjuju se na strance, koji na osnovu posebnog zakona imaju obavezu prijavljivanja i odjavljivanja prebivališta i boravišta, ako tim posebnim zakonom nije drugačije određeno. Čl. 8. Zakona o prebivalištu i boravištu; Poseban zakon u ovoj oblasti je Zakon o strancima, *Sl. glasnik RS*, br. 97/2008.

⁴⁶ Član 24. st. 1. Zakona o prebivalištu i boravištu; Evidencija prebivališta i boravišta građana je jedinstvena i sadrži sledeće podatke: jedinstveni matični broj građana, ime i prezime, rodno prezime, pol, datum i mesto rođenja, ime i prezime oba roditelja, odnosno staratelja, jedinstveni matični broj roditelja, odnosno staratelja, adresu prebivališta (boravišta, prebivališta u inostranstvu), zanimanje, državljanstvo, bračno stanje i datum prijave, odnosno odjave prebivališta, boravišta ili privremenog boravka u inostranstvu i povratka iz inostranstva. Član 24. st. 4. Zakona o prebivalištu i boravištu.

ni da traže i primaju te podatke, ako su im ti podaci neophodni za izvršavanje poslova iz njihove nadležnosti, odnosno ako obezbeđuju zaštitu ličnih podataka.⁴⁷

Jedinstveni matični broj građana

Jedinstveni matični broj građana (JBMG) je individualna i neponovljiva oznaka identifikacionih podataka o građanima.⁴⁸ On se određuje po mestu prebivališta građana, a novorođenoj deci po mestu rođenja. JBMG određuje opštinski organ uprave nadležan za unutrašnje poslove, koji vodi i evidenciju o datim matičnim brojevima.⁴⁹

Matični broj upisan u ličnu kartu, odnosno matičnu knjigu rođenih služi za upisivanje matičnog broja u sve druge javne isprave i evidencije.⁵⁰

Podaci o državljanstvu

Državljanstvo Republike Srbije stiče se poreklom, rođenjem na teritoriji Republike Srbije, prijemom i po međunarodnim ugovorima. Poreklom i rođenjem na teritoriji Republike Srbije državljanstvo Republike Srbije stiče se na osnovu upisa činjenice državljanstva u matičnu knjigu rođenih. Prijemom državljanstvo Republike Srbije stiče se na osnovu pravosnažnog rešenja koje MUP donosi nakon sprovedenog postupka predviđenog ovim zakonom.⁵¹ S druge strane, državljanstvo Republike Srbije prestaje otpustom, odricanjem i po međunarodnim ugovorima.⁵²

Evidencija o državljanima Republike Srbije vodi se u matičnim knjigama rođenih, od strane organa nadležnog za vođenje matičnih knjiga kao povereni posao. Državljanima Republike Srbije koji nisu rođeni na teritoriji Republike Srbije, a u njoj imaju prebivalište odnosno boravište, upisuju se u matičnu knjigu rođenih po mestu prebivališta, odnosno boravišta. Državljanima Republike Srbije koji nisu rođeni na teritoriji Republike Srbije niti u njoj imaju prebivalište odnosno boravište, upisuju se u matičnu knjigu rođenih one opštine na teritoriji grada Beograda koju odredi Skupština grada Beograda.⁵³

⁴⁷ Član 25. Zakona o prebivalištu i boravištu.

⁴⁸ Čl. 1. Zakona o jedinstvenom matičnom broju građana, *Sl. glasnik SRS*, br. 53/78, 5/83 i *Sl. glasnik RS*, br. 53/93, 67/93, 48/94 i 101/2005.

⁴⁹ Čl. 2. Zakona o jedinstvenom matičnom broju građana.

⁵⁰ Čl. 4. Zakona o jedinstvenom matičnom broju građana.

⁵¹ Čl. 6. Zakona o državljanstvu Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 135/2004 i 90/2007.

⁵² Čl. 27. Zakona o državljanstvu Republike Srbije.

⁵³ Čl. 46. Zakona o državljanstvu Republike Srbije.

Državljanstvo Republike Srbije dokazuje se izvodom iz matične knjige rođenih, uverenjem o državljanstvu, a u inostranstvu – i važećom putnom ispravom.⁵⁴ Uverenje o državljanstvu je javna isprava kojom se dokazuje državljanstvo Republike Srbije i izdaje se na osnovu podataka iz evidencije državljana Republike Srbije, samo na lični zahtev.⁵⁵

ZAKLJUČAK

Jedinstveni registar građana predstavlja centralni izvor osnovnih podataka o građanima jedne države. Idealan proces razvoja registra građana obuhvata njegovo prilagođavanje u skladu sa lokalnim potrebama i tradicijom registracije podataka o ličnosti. Jedinstveni registar treba da obezbedi građanima uvid u njihove podatke i da im omogući da daju povratne informacije, kako bi se obezbedila tačnost podataka i sprečila mogućnost zloupotrebe od strane imalaca javnih ovlašćenja.

U najkraćem, da bi Jedinstveni registar građana bio uspostavljen i funkcionisao na pravi način neophodno je definisati njegov cilj i sadržinu, kao i način vođenja, održavanja i razmene podataka, odnosno nadzor nad celokupnim procesom. Takođe, potrebno je predvideti obavezu korišćenja objedinjenih podataka od strane svih imalaca javnih ovlašćenja u Republici Srbiji. Iskustva zemalja iz regiona koje su počele razvoj ove oblasti pre Srbije posebno se moraju uzeti u obzir.

U ovom trenutku, nepohodno je plansko i postepeno uvođenje ovakve evidencije. U prvoj fazi, potrebno je da postojeći organi (MPDU, MUP) i dalje prikupljaju i noveliraju različite podatke o građanima, koje bi istovremeno dostavljale organu (nekoj budućoj instituciji) nadležnoj za vođenje Jedinstvenog registra građana. Time bi se omogućilo iskusnim državnim službenicima u okviru postojećih organa da nastave posao prikupljanja podataka i vođenja evidencija, dok bi se istovremeno sprečilo opterećenje nove institucije velikim obimom posla, koje bi zahtevalo i angažovanje značajnog broja službenika. U sledećoj fazi, mogla bi se, razmotriti mogućnost da isti organ istovremeno prikuplja podatke i vodi Jedinstveni registar građana.

Takođe, nužno je utvrditi osnovne elemenata budućeg Registra u smislu podataka koji će biti prvi objedinjeni (matični broj, datum rođenja, državljanstvo, prebivalište, boravište i sl.), kao i način koji bi omogućio jednostavan i bezbedan pristup navedenim podacima od strane građana i državnih institucija. Konačno,

⁵⁴ Čl. 47. Zakona o državljanstvu Republike Srbije.

⁵⁵ Čl. 48. st. 1. Zakona o državljanstvu Republike Srbije.

potrebno je predvideti normativne i tehničke mogućnosti da se i drugi organi u oblastima iz svoje nadležnosti uključe u Jedinstveni registar građana.

Kako bi navedene aktivnosti bile realizovane, neophodno je da se do kraja sprovede Pilot projekat uspostavljanja registra građana, da se usvoji novi Zakon o Jedinstvenom registru građana (nakon detaljne analize i širokog konsultativnog procesa), kao i da se formuliše i sprovede program aktivnosti na konkretnom uspostavljanju Registra.

Nadamo se da će ovaj članak predstavljati mali doprinos u ostvarenju navedenih ciljeva.

MARKO DAVINIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law, University of Belgrade
IGOR TODOROSKI, LL.M.,
Head of E-Government Unit in the Ministry of Justice
and Public Administration

THE REGISTER OF CITIZENS AS A BASIS FOR THE E-GOVERNMENT DEVELOPMENT IN SERBIA

Summary

The Register of citizens should be a reference database that would contain the authentic data on the current status of the persons. The greatest benefit of establishment of a Register of citizens in Serbia is reflected in the fact that it will be identified as the reference source of data on citizens, while other authorities will retrieve information from it, instead of running a range of official records. The establishment of a Register of citizens will provide a simpler, faster and more transparent sharing of data on the one hand, and ensure the highest levels of security and protection of personal data, on the other.

In the first phase, it is necessary that the existing authorities continue to collect and update different data about citizens, which would simultaneously be submitted to the institution in charge of keeping the Register of citizens. In the next phase, it could be considered that the same institution simultaneously collect data and conduct the Register of citizens.

In brief, to establish the Register of citizens and for it to function properly, it is necessary to define its purpose and content, as well as the model of maintenance and exchange of data and control of the entire process. The experiences of countries in the region that have undergone the development in this area before Serbia must be taken into consideration.

ZORICA UROŠEVIĆ

DECENTRALIZACIJA I KOMUNALNA POLICIJA

U V O D

Za funkcionalno rešavanje promenljivih potreba građana država može biti nekad premala a nekad prevelika. To često dovodi do paradoksa – fenomen globalizacije prati snažna tendencija širenja i legitimizacije javnog interesa koji se štiti gotovo isključivo na lokalnom nivou. To ne mora uvek biti i optimalno rešenje, jer može voditi i povećanju broja službenika. Ipak, građani danas sve upornije traže visoki kvalitet javnih usluga, uz efikasnost i uštedu javnih sredstava.¹ Brže, bolje i jeftinije može se raditi samo sa boljim organizovanjem, obrazovanjem i uvođenjem E–uprave što, najzad, vodi i smanjenju broja zaposlenih u javnom sektoru.

Državna intervencija uvek košta ali nije uvek neophodna. Napredak u afirmaciji i zaštiti ljudskih prava vraća u prvi plan lokalnu autonomiju ne samo zbog njenog nesumnjivo demokratskog, nego i pretpostavljenog ekonomskog kapaciteta, što zavisi u velikoj meri od proširavanja uloge profesionalnih, obrazovanih i preduzimljivih kadrova. Slični procesi mogu se pratiti i na međunarodnom planu.

Zorica Urošević, Gradska uprava za inspekcijske poslove Grada Novog Sada.

¹ Kavran, D. *Javna uprava, reforma, edukacija, trening*, Savet za državnu upravu Vlade Srbije, Udruženje za javnu upravu Srbije, Beograd, 2003, str. 22.

Evro-regionalizacija² i tzv. renesansa lokalne samouprave³ nastaju zbog pogodnosti koje pruža neposredno rešavanje brojnih pitanja od zajedničkog interesa bez angažovanja države, u procesu tranzicije često i korišćenjem sredstava međunarodnih fondova i organizacija. Lokalne i regionalne samouprave postaju sredstvo ubrzanog razvoja i stvarne ekonomske i političke integracije.

Decentralizacija se u Srbiji još uvek shvata više kao osetljivo političko pitanje a ne kao put za ekonomski oporavak i izgradnju efikasnijeg sistema javne uprave. Čini nam se zanimljivim da ispitamo razvoj decentralizacije u Srbiji kroz pojavu komunalne policije kao oblika proširenje prava lokalne samouprave i podizanje njenih kapaciteta u procesu zaštite javnog reda, prava i interesa građana i privrede. U evropskom okruženju, ali i u razvijenim zemljama sveta, ovakvi procesi se sve brže razvijaju donoseći demokratske dividende u različitim oblicima.

Izraz policija čini nas osetljivima, bez obzira na kontekst. Policija je vezana za vlast i mogućnost neposredne primene fizičke sile. Međutim, za rad komunalne policije primena sile i neposredna prinuda nisu odnosno ne bi trebalo da budu osnovne karakteristike. Ispitaćemo obim i sadržaj komunalno-policijskih ovlašćenja, prednosti i uočene slabosti, ukazati na neke primere iz prakse i značaj korišćenja dosada stečenih iskustava.

LOKALNA SAMOUPRAVA I DECENTRALIZACIJA

Lokalna samouprava se izučava u okviru različitih naučnih disciplina. Politikološko-sociološke analize ističu njen demokratski kapacitet, a upravno-pravne se bave prvenstveno pravnim okvirom i odnosima koje on uspostavlja u državnoj organizaciji, analizirajući sadržaje i metode rada upravnih organa svih nivoa i oblika organizovanja. U novije vreme se ističe da se lokalna samouprava izdvaja u posebnu, tzv. četvrtu vlast u državi⁴ i podvlači osobenost njenog prava.⁵

² Opširnije: Dimitrijević, P., *Evropski upravni prostor i regionalizacija*, "Strah od decentralizacije" u: Moderna uprava, Časopis za upravno-pravnu teoriju i praksu, Agencija za državnu upravu Republike Srpske, Banja Luka, 2010, str. 145-159.

³ "Participacija građana i prelaz sa pozicije klijenta na poziciju aktivnog građanina koji iskazuje svoje interese i potrebe i inicira brojne aktivnosti jeste jedan važan preduslov funkcionisanja preduzetničke države. *Ovaj drugi proces je osnova jačanja i renesanse lokalne vlasti.*" Đorđević, S., *Renesansa lokalne vlasti, uporedni modeli*, Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu, 2002, str. 12. (Podvučeno – Đ.S.).

⁴ Iz Predgovora u knjizi: Dimitrijević, P., Vučetić, D., *Sistem lokalne samouprave, Norma i proces*, Pravni fakultet u Nišu, 2011.

⁵ "Propisi jedinica lokalne samouprave ne spadaju ni u državno ni u autonomno pravo, već predstavljaju zasebnu kategoriju prava (*sui generis*)." Milosavljević, B., op. cit., str. 69. Pogledati: Vlatković, M., *Pravo lokalne samouprave*, BLC, Besjeda, Banja Luka, 2008, str. 11.

Lokalna samouprava nastajala je pre moderne države. Održala se iz dva razloga: kao politička protivteža centralnoj državnoj vlasti i kao optimalno institucionalno rešenje za redovno obavljanje poslova kojima se zadovoljavaju lokalne potrebe. Shvaćena kao jedina prava decentralizacija jer obezbeđuje najveći stepen participacije (Tokvil)⁶ ili kao institucionalni okvir za “demokratizaciju demokratije” (Gidens)⁷ ona je dinamičan i složen sistem političkih, ekonomskih i ukupnih društvenih odnosa uređenih pravom. Izložena promenljivim spoljašnjim uticajima i unutrašnjim osobenostima gde tradicija zauzima značajno mesto, spada u jedno od najdinamičnijih zakonodavnih područja, sada pod dejstvom nadnacionalnog prava i pravnih standarda.

Izdvajamo njene osnovne karakteristike: lokalna samouprava poseban je nivo javne vlasti sa demokratski izabranim organima, organizuje se na delovima državne teritorije, ima svojstvo pravnog lica i sopstvenu imovinu. Ustavnost i zakonitost rada kontroliše država, uživa pravnu zaštitu samostalnosti.⁸ Moderna lokalna samouprava znači priznavanje prava i sposobnosti građanima da samostalno rešavaju probleme koji ih okružuju.

Decentralizacija države se uobičajeno definiše kao prenos ovlašćenja i funkcija na niže nivoe vlasti. Modeli mogu biti različiti, ali imaju isti cilj – izgradnja lokalne ili regionalne uprave sa manjim ili većim stepenom autonomije, efektivnosti i demokratskog kvaliteta.

Teritorijalna organizacija države omogućava teritorijalno strukturiranje javnog interesa⁹ i organizovanje javne uprave¹⁰ koja ostvaruje, unapređuje i štiti javne interese različitog nivoa opštosti.¹¹ Javni interes je “društvena vrednost koju država smatra važnom, pa nastoji da je na svaki način (uključujući i pravno normiranu pretnju silom i samu prinudu), postigne i zaštiti.”¹²

⁶ Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, New York: A. S. Barnes & Co., 1851, str. 8.

⁷ Gidens, E., *Sociologija*, Ekonomski fakultet, Beograd, 2003, str.

⁸ Milosavljević smatra (op. cit., str. 4) da je, iako malo opštija, veoma uspešna definicija lokalne samouprave koju sadrži član 1. stav 1. Evropske povelje o lokalnoj samoupravi: “Lokalna samouprava označava pravo i sposobnost lokalnih vlasti da, u okviru zakonskih ograničenja, uređuju poslove i upravljaju bitnim delom javnih poslova pod svojom odgovornošću i u interesu lokalnog stanovništva.”

⁹ Krbek, I., *Upravno pravo II, Organizacija javne uprave*, Zagreb, 1932, str. 274.

¹⁰ “Javna uprava obuhvata sem državne uprave i one organe i organizacije kojima osnovna delatnost nije upravnog karaktera, ali koji, pod uslovima određenim zakonom, vrše poslove koji imaju upravni karakter.” Kavran, D., op.cit., str. 23.

¹¹ Dimitrijević, P, Vučetić, D., *Sistem lokalne samouprave*, Pravni fakultet Niš, 2011, str. 63.

¹² Tomić, Z., *Upravno pravo - sistem*, Beograd, 1998, str. 272.

Lokalna samouprava je nesumnjivo okvir u kome se ostvaruju i štite određeni javni interesi koji mogu da "omogućavaju ili ograničavaju ostvarivanje prava građana".¹³ U tome je legitimitet i pravni osnov kontrole i nadzora, pa i policije kao javno-pravnog nadzornog instrumenta lokalne samouprave. Ipak, njeno postojanje, organizacioni oblik i sadržaj poslova i ovlašćenja zavisice od brojnih faktora specifičnih u svakoj državi koji utiču na pravni okvir koji uređuje stepen upravne i političke decentralizacije države i njene policijske funkcije.

Decentralizacija nije samo pitanje odnosa centralne i lokalnih vlasti i obim njihovih nadležnosti.¹⁴ Potrebni su realni kapaciteti lokalnih samouprava (institucionalni, kadrovski, finansijski, i dr.) za kvalitetno upravljanje javnim poslovima i primenu prava, sada i u evropskom okruženju.

UTICAJ RAZVOJNIH PROCESA U OKRUŽENJU NA LOKALNU SAMOUPRAVU

Još 90-ih godina prošlog veka u Evropi počinje proces prilagođavanja lokalnih vlasti evropskom zakonodavstvu, kako bi se koristile finansijske, ekonomske i druge mogućnosti u kompetitivnom okruženju. Nastaju novi organizacioni oblici rada lokalne administracije (kancelarije za lokalni ili regionalni razvoj, evropska pitanja, i sl.) koji uvode nove sadržaje i metode rada.¹⁵

Evropeizacija kao predmet istraživanja i kao teorijski pojam nastaje zbog evidentnog uticaja Unije na promene u državama članicama i kandidatima za član-

¹³ "Uže potrebe se ocenjuju sa gledišta javnog interesa koji usmerava i ograničava njihovo zadovoljenje. Pravni režim kojem su podvrgnute upravne stvari podešen je da ispuni javnu svrhu." Bačić, i Tomić, *Ibid*.

¹⁴ Još je Lazo Kostić primetio: "Negde država preda manje a negde više agenada oblasnim jedinicama i nema dve države na svetu u kojima bi ta raspodela bila jednako regulisana. (...) U jednoj državi autonomne oblasti imaju celo pravosuđe, u drugoj samo ograničeno, a u trećoj nikako. (...) Slične nejednakosti može biti i između pojedinih samouprava. Obim kompetencija nije od značaja za vrstu odnosno stepen decentralizacije. Ali je od velikog praktičnog značaja za snagu regionalnih jedinica, za stvarno održavanje njihovog stanja i položaja, njihovu rezistentnost. Zato se u primeni i politici više vodi računa o ovim momentima nego o drugim. U pitanju je ne forma odnosa, već sadržina odnosa". Kostić, M. Lazo, *Federacija, autonomija, samouprava* u: Ustavno pravo, Sažnana dela, tom I, Beograd, 2000, str. 266.

¹⁵ Formalno, tri su pokretača evropeizacije lokalne samouprave: a) *kohezijska politika*, usmerena na smanjivanje društvenih i ekonomskih razlika između regiona angažovanjem sredstava strukturnih fondova Unije, b) *delovanje Komiteta regiona* kao savetodavnog tela organa Unije, i v) *aktivna uloga mreže lokalnih i regionalnih zajednica* na evropskom nivou u promociji njihovih interesa, saradnje, razmeni dobre prakse i promociji dobrog lokalnog upravljanja. Opširnije u: Koprčić, I., Musa, A., Novak-Lalić, G, *Evropski upravni prostor*, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2012, str. 219-222.

stvo.¹⁶ Ona je složen istorijski proces, ali se terminološki koristi da označi institucionalne promene u državama članicama i kandidatima za članstvo. Upravna modernizacija na jedinstvenim načelima, evropeizacija državnih uprava i konvergencije javnih uprava dovodi do pojave tzv. *evropskog upravnog prostora*.¹⁷ Šira rasprava o njegovom postojanju i perspektivi prevazilazi okvire ovog rada.¹⁸ Napominjemo samo da je u njegovoj osnovi ideja o upravnoj konvergenciji, približavanju različitih modela javnih uprava, obogaćivanju novim rešenjima, učenju i menjanju, efektima sličnim ili istim za sve građane u različitim zemljama Unije. Njegov okvir postaju Kopenhagenski¹⁹ i Madridski²⁰ kriterijumi za pristupanje Uniji, kao i niz principa javne uprave, od kojih izdvajamo načela upravnog prava Evropskog suda pravde za primenu propisa Unije u nacionalnim zakonodavstvima.²¹ Harmonizacija ekonomskog i društvenog razvoja kao cilj EU (teritorijalna kohezija) postiže se instrumentima regulatorne politike. Lisabonskim ugovorom Komitet regiona²²

¹⁶ "Koncept evropeizacije ima više različitih sadržaja i ne uključuje samo jednu sveobuhvatnu teoriju koja bi objasnila učinak EU na različite aspekte političkog i institucionalnog razvoja. U načelu, evropeizacija se bavi ključnim pitanjima koje možemo prostorno odrediti kao vertikalni pristup odozdo-gore, vertikalni pristup odozgo-dole te horizontalni pristup: 1) proces oblikovanja evropskih institucija i javnih politika na evropskom nivou prenošenjem nacionalnih ovlasti na nadnacionalnu razinu (evropeizacija kao politička integracija, institucionalizacija Evrope); 2) direktan i indirektan uticaj evropskih institucija, politika i političkih procesa na nacionalni nivo; 3) širenje EU izvan postojećih granica, apsorpcijom novih članica, kulturnim širenjem ideja, obrazaca i normi van granica neposrednog susedstva." Opširnije: Koprić, I., Musa, A., Novak-Lalić, G., op. cit., str. 63-70.

¹⁷ "Evropski administrativni prostor obuhvata paket jedinstvenih standarda za delovanje javne uprave kojima se određuje organizacija, delatnosti i rad sistema organa državne uprave. Države koje teže punopravnom članstvu moraju voditi računa o ovim standardima pri oblikovanju i usavršavanju svoje javne uprave." *Evropski principi za javnu upravu* (prevod), SIGMA, Dokument br. 27. OECD, 2001, str 5.

¹⁸ Pogledati u: Koprić, I., Musa, A., Novak-Lalić, G, op. cit., str. 132–174, Dimitrijević, P., op. cit., str. 145–149, Olsen, J.P. *Toward European Administrative Space?* ARENA, Working paper 02/26.

¹⁹ Evropski savet je 1993. godine u Kopenhagenu formulisao kriterijume za prijem u članstvo na osnovu loših iskustava sa Istočnom Nemačkom koja je prva postkomunistička zemlja postala član Unije i značajno opteretila evropsku privredu. Kriterijumi podjednako tretiraju politička, ekonomska i pravna pitanja.

²⁰ Na samitu šefova država ili vlada zemalja članica 1995. godine u Madridu formulisani su kriterijumi koji naglašavaju uspostavljanje administrativnih i pravosudnih institucija putem kojih će se pravne tekovine Unije efikasno i primenjivati u praksi.

²¹ Trbović, A., Đukanović, D., Knežević, B., *Javna uprava i evropske integracije Srbije*, FEFA, Univerzitet Singidunum, Beograd, 2010, str. 100-101.

²² 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 člani-

dobija ulogu u procesu donošenja odluka,²³ a nacionalni i regionalni parlamenti mogućnost prethodnog ispitivanja regulatorne politike. Tako je formalno priznato pravo na rastuće poboljšavanje položaja lokalnih vlasti u evropskom upravljanju. Delovanje Saveta Evrope, *Council of Europe* nesumnjivo je takođe doprinelo promociji lokalne samouprave kao izuzetno značajnog nosioca razvoja ljudskih prava i demokratije.²⁴ Evropska povelja o lokalnoj samoupravi²⁵ oslonac je za pravne reforme u zemljama Evrope. Temeljni principi lokalne samouprave iz člana 4. Povelje preuzeti su u zvanična dokumenta Unije. *Načelo supsidijarnosti*²⁶ podrazumeva da će javne poslove prvenstveno obavljati one vlasti koje su najbliže građanima - a to je nivo lokalne samouprave. Tako je supsidijarnost, uz princip srazmernosti²⁷ osnova za rad organa Evropske unije.²⁸

Sve ovo utiče da se lokalna i regionalna uprava strukturno i funkcionalno prilagođava izložena dejstvu evropeizacije, kriterija i standarda evropskog upravnog prostora.

Srbija je članica Saveta Evrope od 2003. godine, a Zakon o potvrđivanju Evropske povelje o lokalnoj samoupravi usvojen je jula 2007. godine. Ubrzano

cama 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.

²³ 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. Izvor: www.cor.europa.eu/.

²⁴ Iz brojnih aktivnosti izdajamo mrežu organizacija za obuku lokalnih i regionalnih vlasti u državama Srednje i Istočne Evrope u sticanju znanja i veština i primeni kriterijuma dobrog lokalnog upravljanja; pomoć u pripremi propisa za reformu lokalnih institucija; a u kulturološkom kontekstu podržava se nagrada Evrope za kvalitet (*European Quality Label*). Od dokumenata napominjemo *Evropsku konvenciju o prekograničnoj saradnji* 1980. g., *Evropsku konvenciju o učestvovanju stranaca u javnom životu na lokalnom nivou* 1992. g., *Evropsku urbanističku povelju* 1992. g., i dr. Izvor: www.coe.org.rs.

²⁵ EPLS predstavlja međunarodni ugovor (ETS No. 122) koji je stupio na snagu 1. septembra 1988. g.

²⁶ 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.

²⁷ 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.

²⁸ 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 ciljevi, odnosno ako se zbog obima i dejstva mera ti ciljevi pre mogu ostvariti na nivou Unije.

se priprema set zakona kojima se konačno uređuje sistem lokalne samouprave u skladu sa Ustavom iz 2006 godine Počinje nova faza decentralizacije i razvoja lokalne samouprave i u Srbiji. U tim procesima uloga komunalne policije veoma je značajna.

STANJE U SRBIJI

Decentralizacija države može biti osetljivo političko pitanje zbog straha da je slabljenje centralne vlasti podloga za razgradnju države. Kao što je poznato, Srbija je još uvek previše centralizovana država po mišljenju mnogih. Stoga, decentralizaciju treba pretvoriti u procese razvoja efikasnosti, brži ekonomski razvoj i funkcionalno osposobljavanje za saradnju sa okruženjem i uključivanje u *evropski upravni prostor*. Nedopustivo sporo napredujemo u profesionalizaciji i depolitizaciji, širenju znanja i podsticanju inovativnosti. Posebno je pitanje sistemske borbe protiv korupcije na apsolutno svim nivoima²⁹. Ta borba mora biti još bolje organizovana³⁰ Nezadovoljavajuća pozicija Srbije u integracionim procesima i stanje njene ekonomije naglašava značaj upravnih reformi ne samo na centralnom nivou. Lokalno-regionalna dimenzija delovanja unutar Unije daje veće šanse i ulogu lokalnoj samoupravi, a državi obavezu i odgovornost da stvara uslove i podstiče razvoj njenih kapaciteta. Međutim, iako je u Strategiji reforme državne uprave decentralizacija jedan od ključnih principa reforme za period od 2009. do 2012. godine, strategija decentralizacije nije usvojena. Ima shvatanja da Ustav Srbije “nije u dovoljnoj meri otvoren za model organizacije vlasti koji će dovesti do prave decentralizacije Srbije”.³¹

Elementi pravnog okvira lokalne samouprave

Naša je lokalna samouprava monotipna i jednostepena.³² Gradovi kao jedinice lokalne samouprave imaju isti ustavni položaj kao i opština.³³ Rešenjem da

²⁹ Ima uverenja, pa i egzaktnih pokazatelja da u pojedinim oblastima beležimo ozbiljan pad, ali bi detaljnija rasprava o tom pitanju izašla iz okvira teme ovog rada.

³⁰ Posebno su osetljive nove organizacione forme (agencije, direkcije), obrazovane često bez zaokruženog pravnog okvira rada, nejasnih strateških ciljeva i površno sagledanih pravaca razvoja.

³¹ Vučetić, D., Janićijević, D., *Decentralizacija kao polazište danjeg razvoja Srbije*, Centar za razvoj građanskog društva PROTEKTA, Niš, 2006, str. 9–10.

³² Marković, R., *Ustav Republike Srbije od 2006. – kritički pogled*, IPD Justinijan, Beograd, 2006, str. 61.

³³ “Grad ima nadležnosti koje su Ustavom poverene opštini, a zakonom mu se mogu poveriti i druge nadležnosti.” (član 189. stav 3. Ustava). “Grad Beograd ima nadležnosti koje su Ustavom

je “skupština najviši organ autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave” (član 180. st. 1) na decentralizovanom nivou države imamo skupštinski sistem zasnovan na principu jedinstva vlasti u korist skupštine.

Poslove i nadležnosti opštine/grada čini široki krug izvornog i poverenog delokruga. Izvorni poslovi koje opština/grad obavezno obavlja, kao vid političke decentralizacije, utvrđeni su taksativno, metodom enumeracije,³⁴ a oblasti u kojima se ti poslovi obavljaju brojni su.³⁵ 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.³⁶ Povereni poslovi, kao upravna decentralizacija nisu propisani, već su ustavno načelo (čl. 137. st. 1. i čl. 178. st. 1). Nisu određene ni oblasti u kojima će se vršiti poveravanje poslova državne uprave,³⁷ ali do sada poverene nadležnosti, bez obzira na sadržaj, obuhvataju skoro sve oblasti.³⁸

Novost u sistemu lokalne samouprave od njenog ustrojstva 1990. godine je da gradovi³⁹ i Grad Beograd⁴⁰ imaju pravo (ne i obavezu) da obrazuju komunalnu policiju. Zakon o komunalnoj policiji donet je 2009. godine kao i podzakonski akati kojima je obezbeđen pravni okvir za njeno obrazovanje. Izuzev Jagodine, svi gradovi ili su uveli ili uvode komunalnu policiju u rad gradske uprave.

i zakonom poverene opštini i gradu, a zakonom o glavnom gradu mogu mu se poveriti i druge nadležnosti.” (član 189. stav 5. Ustava).

³⁴ Član 20. Zakona sadrži 39. tačaka u kojima su utvrđeni poslovi opštine, što je proširenje i preciziranje odredbi člana 190. Ustava.

³⁵ 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.

³⁶ 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.

³⁷ Jedino je u članu 22. Zakona o lokalnoj samoupravi propisano da opština obavlja kao poverene poslove pojedine poslove inspekcijiskog nadzora u određenim oblastima, s tim što je prepušteno da se konkretnim zakonima utvrdi koji će od inspekcijiskih poslova u tim oblastima biti poveren.

³⁸ “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.

³⁹ U Srbiji ima 23 grada i Grad Beograd – čl. 17. i 21. Zakona o teritorijalnoj organizaciji Republike Srbije (“Službeni glasnik RS” broj 129/2007)

⁴⁰ 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).

*Komunalna policija i njen uticaj
na proces decentralizacije*

Suočene sa strateškom promenom vrednosti i ciljeva društva, zemlje u tranziciji nastoje da izgrade javnu upravu koja je fleksibilna, odgovara na zahteve korisnika.⁴¹ Reorganizuje se uprava na svim nivoima, teži se efikasnosti, insistira se na poštovanju ljudskih prava, raste značaj izvršivosti prava i na lokalnom nivou vlasti. U takvim uslovima neke zemlje uvode lokalnu policiju (opštinska, komunalna, redarstvo) često i po uzoru na države sa drugačijom upravnom i “policijskom” tradicijom.⁴²

Kada su organi lokalne policije snabdeveni tipičnim policijskim ovlašćenjima, zaduženi su za održavanje javnog reda i bezbednosti užih nadležnosti, kao decentralizacija policijske funkcije države (Slovenija, Slovačka). Ako je lokalna policija služba lokalne samouprave za poslove nadzora nad održavanjem komunalnog i drugog reda, od tipičnih “policijskih obeležja” ima samo naziv i uniformu (Crna Gora, Republika Srpska, Hrvatska). Ovi drugi organi suštinski se ne razlikuju od inspekcije, pa su u stvari inspeksijska a ne policijska služba.⁴³

Najčešće istican uzrok neefikasnosti lokalnih inspekcija kod nas je odsustvo odgovarajućih mera i instrumenata prinude (utvrđivanje i provera identiteta, oduzimanje predmeta, zabrana obavljanja delatnosti, i sl.), što uz inertnost prekršajnog postupka utiče na nizak stepen prevencije i olakšava nepoštovanje propisa. Inspeksijske službe su delovale efikasno uglavnom uz asistenciju policije. Zato se i uvodi komunalna policija sa tipičnim policijskim ovlašćenjima da olakša izvršavanje nadležnosti grada u oblastima utvrđenim Zakonom,⁴⁴ obezbedi nesmetano obavljanje drugih zakonom određenih poslova iz nadležnosti grada⁴⁵ i da doprinosi zaštiti ljudi i dobara i održavanju reda.⁴⁶

⁴¹ Kavran, D., *op. cit.*, str. 24.

⁴² Slovački model opštinske policije nastaje po uzoru severnoameričkog. Kanađanin slovačkog porekla, *Andrew Adam von Rhédey* sa iskustvom na policijskim poslovima i poznavanjem odnosa Istok-Zapad postaje savetnik u Ministarstvu unutrašnjih poslova Privremene Vlade Čehoslovačke, kasnije savetnik gradonačelnika grada Košice. Uticao je na donošenje Zakona o opštinskoj policiji Slovačke 1991.g. i njeno oblikovanje kao službe posle raspada federacije i osamostaljivanja Slovačke. Izvor: www.redc.sk/SANMOP_INFO_PAGE.

⁴³ U Crnoj Gori i Republici Srpskoj komunalni nadzor vrši komunalna policija a ne komunalna inspekcije. U Hrvatskoj je opštinsko redarstvo komunalno-nadzorna služba uvedena Zakonom o komunalnom gospodarstvu.

⁴⁴ Odnosi na poslove iz izvornog delokruga i druge oblasti navedene u članu 1. Zakona.

⁴⁵ Ovu formulaciju razumemo kao podršku vršenju poverenih poslova državne uprave.

⁴⁶ Iz ovog dela norme izvlačimo ranije navedeni širi društveni cilj osnivanja komunalne policije i prostor za njen razvoj u skladu sa specifičnim potrebama građana u svakoj sredini.

Značajan deo poslova i javnih službi grada pokriven je komunalno-policijskim nadzorom (član 9. Zakona). Izvorni i povereni poslovi sa pratećim nadzornim ovlašćenjima stalno se proširuju (zaštita životne sredine, javni prevoz, taksi prevoz, javna parkirališta, promet robe, držanje i zaštita domaćih životinja, i sl.).⁴⁷ Treba izbeći nepotrebnu konfuziju oko nadležnosti svih službi nadzora, što se postiže kvalitetom lokalnih normi i razumevanjem suštine nadzornih ovlašćenja i njihovom usklađenom primenom.⁴⁸

Specifičnosti ovlašćenja komunalne policije

Osnovno upravno-pravno obeležje ovlašćenja komunalne policije je da pripadaju grupi autoritativnih upravnih radnji i materijalnih akata uprave.⁴⁹ Iako bez sopstvenog pravnog dejstva ipak posredno imaju pravne efekte. Primenuju se ili neposredno i samostalno tokom obavljanja komunalno-policijskih poslova ili ih koriste druge gradske službe u cilju izvršenja prava iz svoje nadležnosti (kao pomoć u izvršenju – tzv. asistencija komunalne policije). Kao tipična policijska ovlašćenja za primenu mera i sredstava neposredne prinude opravdano privlače pažnju i upućuju na značaj kontrole komunalne policije. Međutim, u izveštajima o radu pojedinih gradskih komunalnih policija ne nalazimo da su do sada primenjena. Iako ne raspoložemo sa elementima za pouzdane zaključke, neposrednim uvidom u rad novosadske komunalne policije može se ukazati na dve grupe razloga.

Prvi su subjektivne prirode: nesigurnost komunalnog policajca pri proceni konkretne situacije (opravdanost, primerenost, reakcija sredine) i moguće posledice na njegov radni status (neusklađen radnopravni okvir, odsustvo uzora i pretходne prakse). Uglavnom se postupa “pod štitom naredbi i naloga.”

⁴⁷ “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.

⁴⁸ Opširnije u: Urošević, Z. *Normativna ovlašćenja grada i rad komunalne policije*, Pravni život, 2011.

⁴⁹ 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.

Drugi su objektivni razlozi, obim i nekad zbunjujući sadržaj lokalnih propisa koji su osnov postupanja, nejasnih nadzornih ovlašćenja i nepreciznog određivanja stvarne nadležnosti. Odredbe o nadzoru su inače "najlabija tačka" u većini lokalnih propisa. U slučaju komunalno-policijskih ovlašćenja svode se na preuzimanje zakonske norme bez uočavanja zakonske pozicije komunalne policije kao organizacije. Ovo treba razlikovati od poslova koji joj pripadaju, odnosno od prava koja treba lokalnom normom dodeliti komunalnim policajcima da postupaju u konkretnim situacijama. Znamo da je sektor javnih usluga još uvek pod značajnim uticajem politike i u čestim situacijama odsustva stvarne odgovornosti. To istovremeno znači i ograničenu i selektivnu primenu instrumenata nadzora. Ima li šanse da komunalna policija ne deli istu sudbinu?

Komunalno-policijska ovlašćenja su uvedena sa ciljem obezbeđivanja pravne sigurnosti u sferi razuđenog i promenljivog javnog interesa. Zato valja insistirati na većem uticaju javnosti, kako na rad i kontrolu komunalne policije, tako i na kvalitet lokalnih propisa kojima se definišu lokalni javni interesi.⁵⁰ Od toga će zavisi efekti rada komunalne policije.

Uloga komunalne policije je, kao i u slučaju policije - zaštita dobara i ljudi, odnosno prava i interesa građana obezbeđivanjem sigurnosti i zaštite životne okoline, posebno od elementarnih i drugih nepogoda i u primeni hitnih mera odnosno pri vršenju spasilačke funkcije (član 5. Zakona). Rad komunalne policije ostvaruje se kroz partnerstvo policije i građana. Partnerstvo⁵¹ je ovde raznovrsna i dvosmerna komunikacija⁵² koju čine, pored propisanih oblika saradnje (čl. 6-8. Zakona) i razni oblici "neautoritativnih materijalnih akata uprave" kojima se neposredno ne vrši upravna vlast.⁵³ Zbog toga valja menjati način rada lo-

⁵⁰ 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.

⁵¹ "Partnerstvo" se danas široko koristi u literaturi kao terminološki izraz savremenog koncepta u javnopravnim odnosima. Ideja vladavine prava (pravne države) odigrala je istorijsku ulogu u izgradnji moderne države i nalazi se u temelju svake demokratske države danas. Međutim, insistiranje na ravnopravnosti odražava suštinski drugačiji položaj građana koji više nije "podanik" državne vlasti već svojevrsni nosilac suvereniteta razvojem načela koji štite ljudska prava i slobode. Upravo je policijska vlast pod njihovim najsnažnijim uticajem. Kako navodi Vilard, objašnjavajući konceptualne razlike između *community policing* i *police-community relations* i proces razvoja ideje: "Partnerships in policing means social police network – institutional and interpersonal relations to maintain the order ...". Willard, M.O., *Community-oriented policing: a systemic approach to policing*, Prentice-Hall, Inc. New Jersey, 1998. str. 29.

⁵² Između komunalne policije, s jedne strane, i institucija i građana, s druge strane.

⁵³ Neautoritativni materijalni akti su akti kojima se neposredno ne vrši upravna vlast, ali su značajni kao neophodan instrument u procesu primene prava. Videti, Tomić, Z., op. cit., str. 215.

kalnih institucija i ulogu civilnog sektora kao pokretača i kontrolora ostvarivanja javnog interesa. Komunalna policija je javni servis kome treba izdašna podrška i resursi za uspešno izvršavanje zadataka. Pravo jeste bitno obeležje rada komunalne policije.⁵⁴ Ipak, obezbeđivanje reda i sigurnosti može ali ne mora uvek da podrazumeva neposredno autoritativno izvršenje određene pravne norme. Zato se komunalna policija – kada dobro radi – javlja kao “*soft power*”, “meka snaga”, što odgovara civilnom društvu u nastajanju.

Specifičnosti organizacije komunalne policije

Policija u Srbiji obavlja poslove na celoj teritoriji Republike u skladu sa istim ciljevima i metodima rada⁵⁵ i jedinstvenim pravnim okvirom.⁵⁶ Organizaciono je u Ministarstvu unutrašnjih poslova kao Direkcija policije⁵⁷ i deo je sistema državne uprave.⁵⁸ Komunalna policija je u sistemu lokalne samouprave, “teritorijalno decentralizovane nedržavne javne uprave”,⁵⁹ uvedena u pravni poredak Zakonom o lokalnoj samoupravi. Uslovi za njeno osnivanje i rad uređeni su posebnim zakonom, što upućuje da se radi o novoj, “hibridnoj” policijskoj organizaciji kod nas.⁶⁰

Komunalnu policiju grad obrazuje kao organizacionu jedinicu gradske uprave za obavljanje zakonom određenih komunalno-polijskih poslova koji služe izvršavanju nadležnosti grada (zato je komunalna). Pri tome raspolaže pravom na upotrebu sredstava i mera prinude na način i pod uslovima određenim zakonom, što je svojstveno policijskim ovlašćenjima (zato je policija). Komunalna policija je posebna policijska organizacija “smeštena” u lokalnu samoupravu, iako njena ovlašćenja ne obuhvataju i ovlašćenje za službenu upotrebu vatrenog oružja.⁶¹

⁵⁴ Kao i kod drugih javnih službi (organizacija), položaj, zadaci, a posebno ovlašćenja komunalne policije uređena su pravnim normama.

⁵⁵ “Delokrug policije” – čl. 1. Zakona o policiji

⁵⁶ Slično, Vukašinović-Radojičić, Z., Subošić, D., “*Pravni aspekti policijske organizacije u Srbiji*”, *Pravni život*, br. 10/2008.

⁵⁷ Čl. 1. st. 1. Zakona: “Policiju čini zaokružena oblast rada Ministarstva unutrašnjih poslova za koju se obrazuje Direkcija policije.” Videti: Subošić, D., Kekić, D., *Organizacija direkcije policije*, *Pravni život*, br. 11/2009.

⁵⁸ Uređena Zakonom o ministarstvima, Zakonom o policiji, uredbama i drugim aktima Vlade i nadležnog ministra, na ustavnim načelima.

⁵⁹ Tomić, Z., *Opšte upravno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2009.

⁶⁰ Komunalna policija ima – ali ne sva - organizaciona i funkcionalna obeležja policijske organizacije.

⁶¹ Neka zakonska rešenja direktno povezuju policijske i komunalno-polijske poslove i ovlašćenja, bez obzira na sistemsku posebnost, od kojih izdvajamo: primena ovlašćenja komunalne

Organizaciono situirana u gradsku upravu Zakonom o komunalnoj policiji, komunalna policija može načelno da ima dve pozicije: u okviru gradske uprave obrazovane kao jedinstvenog organa grada ili gradske uprave obrazovane za pojedine oblasti, što će zavisiti od izbora modela gradske uprave koje predviđa Zakon o lokalnoj samoupravi. Obe mogućnosti imaju svoje prednosti i ograničenja koje bi u potpunosti otkrili tek na osnovu posebnog istraživanja i analize. Ovde ćemo se zadržati na praksi komunalne policije čiji rad autor neposredno prati.

Novosadska Komunalna policija je u prvoj godini rada (2011.g.) evidentirala preko 10.000 prijava građana zbog povreda komunalnog reda, od kojih je svega 1465 bilo neosnovano.⁶² U strukturi postupanja najbrojnije su kontrole poštovanja odredbi o kućnom redu u stambenim zgradama (1847), o zauzeću javnih površina (1649), kontrole radnog vremena ugostiteljskih objekata (1018) i kontrole parkiranja (1253). Mandatnih kazni je naplaćeno preko 3000, a od prekršajnih prijava ispod 10% okončano je presudom. Ovaj izveštaj je s pravom ponos službe sa praksom u nastajanju, ali se iz njega vidi i da su postupanja komunalne policije u osnovi identična oblastima i ovlašćenjima koja imaju i nadležne inspekcije, smeštene u istu gradsku upravu. Samo se razlikuju brojevi.

Ono što ne sadrži zvaničan izveštaj, a neposredno je saznanje autora - komunalnoj policiji se građani obraćaju 24 sata neprekidno zbog različitih, najčešće opravdanih razloga i potreba. To govori da je komunalna policija prihvaćena i potrebna služba u gradu. Međutim, navodi se da propisane nadležnosti najčešće ograničavaju komunalno-policijsko postupanje. Opravdanje i ovde postaje odsustvo ovlašćenja ili nadležnosti i nejasnoća normi o pravu na primenu odgovarajućih mera. Prijave se prosleđuju nadležnima, "šetaju" po službama istog organa. Pravo građana na uređen i miran život nastavlja da bleedi pred formalnim procedurama i pravima prekršilaca u katkad haotičnoj organizaciji. A komunalna policija, u strahu da ne prekorači ovlašćenja, postaje evidentičar događaja gomilajući umesto upravnih predmeta "policijske beleške". Uspehom se smatra kada prekršilac plati mandatnu kaznu.

Da li se ovim komunalna policija ne pokazuje samo kao personalno proširenje gradskih inspekcija? Da li joj za to trebaju uniforma i policijska ovlašćenja? Da li je zbog organizacione situiranosti preuzela postojeće slabosti, jer su se prva iskustva o komunalnom nadzoru sticala "na terenu" sa inspekcijom? Ili je stvar-

policije pod uslovima i na način utvrđen Zakonom o policiji i podzakonskim propisima o policijskim ovlašćenjima i načinu obavljanja policijskih poslova (čl. 25. Zakona); o upotrebi sredstava prinude načelnik komunalne policije je obavezan da obavesti nadležnu policijsku upravu u roku od 48 časova (član 28. Zakona).

⁶² Izvor: Izveštaj o radu Sektora Komunalne policije za period 1.01.2011.-31.12.2011. godine, Gradska uprava za inspekcijske poslove Grada Novog Sada.

no najveći i jedini problem u pravnim normama? Ova pitanja zaslužuju posebnu analizu.

Bez obzira na nedoumice komunalnih policajaca oko nadležnosti i dimenzija ovlašćenja - ili nerazumevanje građana koji su realni dometi lokalnih propisa i ovlašćenja komunalne policije, očigledno je da je to ipak ne sprečava da se prilagođenim metodima rada izazivanjem primene policijskih ovlašćenja organizuje kao služba zaštite reda i sigurnosti.

Dodajmo da iako ne poseduje "policijska" ovlašćenja, npr. komunalna policija u Republici Srpskoj beleži dobre rezultate. Možda je jedan od razloga i percepcija službe u sredini čiji je mentalitet nama blizak i znamo da, možda zbog okolnosti, veoma poštuje uniformu kao simbol zaštite, sigurnosti i reda. Nadležnosti su utvrđene jasnim normama koje se poštuju, što kod nas još uvek nije slučaj.

Institucionalno jačanje kontrolno-nadzorne funkcije u gradovima ima smisao u efikasnijem vršenju prava ali i neposredniju zaštitu reda. Kvalitet života ne mora nužno biti definisan samo normama pozitivnog prava. Komunalna policija mora biti veoma bliska građaninu, deo lokalne zajednice. Ova pozicija policije u savremenom društvu u osnovi je anglosaksonskog koncepta "community policing" ili u Evropi "public-police partnerships". Naš koncept je terminološki i idejno prilagođen kontinentalnom shvatanju prava i načina rada policije.⁶³ Vertikalna deoba vlasti je pretpostavka ali ne i garancija uspešne horizontalne deobe i koordinacije javnih ovlašćenja na lokalnom nivou gde se neposredno zadovoljavaju potrebe, štite prava i interesi građana.⁶⁴

Slabosti u vladavini prava na nivou lokalne samouprave u Srbiji ima širu političku, ekonomsku, pravnu, kadrovsku, kulturološku dimenziju. Dovoljno je navesti da je tzv. "komunalni nered" počeo u periodu snažne centralizacije Srbije. Uskraćivanje jačih nadzornih ovlašćenja lokalnoj samoupravi zbog posledica dezintegracionih procesa u tadašnjoj državi stvorilo je i vremenom gomilalo niz slabosti u lokalnoj samoupravi, naročito u percepciji komunalnog reda i načinu rada nadzornih službi.⁶⁵ Aktuelizovanje decentralizacije i širenje lokalnih nadležno-

⁶³ Opširnije: Urošević, Z., *Komunalna policija, novi institut ili nastavak tradicije*, Zbornik radova, Budva, 2012.

⁶⁴ "Lokalna samouprava ima smisao u traganju za harmonijom između građana kao pojedinca (njegovih prava i interesa) i političkih institucija, ali i između lokalnih zajednica i države i njihovih interesa. Zato kod normiranja odnosa treba naći prave kriterijume i merila. Kriterijum treba da je zadovoljstvo građana kvalitetom života i namirenjem njegovih potreba, a merilo njihova kvantifikacija." Lauc, Z. *Odnos države i lokalne samouprave promatran kroz načelo supsidijarnosti*, Anali Zavoda za znanstveni i umjetnički rad u Osijeku, sv. 26, str. 23–36. Zagreb–Osijek, 2010, str. 24.

⁶⁵ Opširnije: Urošević, Z., *Lokalna samouprava, inspekcija i komunalna policija*, Pravni život, 2009/10, Beograd, 2009., str. 389–402.

sti pojačalo je argumente u prilog proširivanja kapaciteta lokalne samouprave za pravnom sigurnošću, posebno u razvijenijim urbanim sredinama. Zato je uvedena komunalna policija u gradovima kao nova nadzorna služba po uzoru na slična iskustva u okruženju, ali prilagođena pravnom okviru lokalne samouprave i shvaćanju policijske funkcije.⁶⁶

ZORICA UROŠEVIĆ

Legal adviser, City Administration of Novi Sad,
General Inspectorate

DECENTRALIZATION AND COMMUNAL POLICE

Summary

Communal police should not become yet another “failed experiment” of organizational change in public administration of Serbia. We need effective solutions for effective protection of public interest. Communal police is a specific element of decentralization of police functions corresponding to the new legal framework of the state protective role, as well as to the process of capacity building of local self-government and “rule of law”, under local jurisdiction.

Communal police is an institutionalized basis for enabling of local self-government to develop partnerships in a constantly changing environment. The introduction of communal police into the local self-government system and “bringing it closer to the citizens” surely is inspired by the principle of subsidiarity. The development of communal police requires effort and investment for thorough personnel education and in-service training, organizational and technical improvement of working conditions. The communal police status should be secured because of its crucial role in the processes of decentralization. It also requires adequate political support and encouragement. Without that, understandable concern may arise whether we could successfully develop a modern, accountable and citizen-oriented communal police.

⁶⁶ Pogledati: Urošević, Z., *Komunalna policija, novi institut ili nastavak tradicije*, Zbornik radova, Budva, 2012.

ANA PAVLOVSKA-DANEVA,
TIMCO MUCUNSKI

THE LEGAL CONSEQUENCES OF CONDUCTING A LUSTRATION: THE CASE OF MACEDONIA

INTRODUCTION:

Why is a lustration necessary?

The term “lustration” finds its epistemological basis in the Latin word *lustratio*, a term which can be defined as purification by sacrifice, or in other words “any of various processes in ancient Greece and Rome whereby individuals or communities rid themselves of ceremonial impurity (e.g., bloodguilt, pollution incurred by contact with childbirth or with a corpse) or simply of the profane or ordinary state, which made it dangerous to come into contact with sacred rites or objects”¹. In the context used in the post-communist period of transition in Central and Eastern Europe, the term finds its contemporary definition within the procedures for lustration, initiated in some states through their laws on lustration. Specifically, such examples exist in Czechoslovakia (1991), Lithuania (1991), Bulgaria (1992), Hungary (1994), Albania (1995) and in Poland (1997).

Ana Pavlovska-Daneva, Ph.D., Associate Professor at the Faculty of Law “Iustinianus Primus”, University of Ss. Cyril and Methodius, Skopje, Republic of Macedonia.

Timco Mucunski, LL.M. Research Associate at the Faculty of Law “Iustinianus Primus”, University of Ss. Cyril and Methodius, Skopje, Republic of Macedonia.

¹ Encyclopedia Britannica 2012, Britannica, viewed on 10 September, 2012, <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/351853/lustration>>.

The newest example of an initiated lustration can be found in the Republic of Macedonia, where the first steps towards opening a lustration procedure were taken in 2008.

Various experts put forward the thesis that the lustration in these states was initiated to “clear the air, to create a sense of transparency that was woefully lacking under the Communist regime”². As Williams points out, “Lustration is one of the things that sets the Czech transition to democracy apart from that in other states. While most other countries have sought political justice through criminal proceedings in the courts, with very few convictions, the Czech Republic has taken a distinctly non-judicial approach”³. Through such implicit comments related to conducted lustrations, in nations which we now consider to be among the most developed democracies in the post-communist bloc, we can arrive at a general conclusion that points us towards the basic of the lustration: the “cleansing” governing structures from the collaborators of secret services (security services), who at some point abused basic human rights and who would be deconstructive in the process of building democratic institutions and a democratic political system, through non-judicial mechanisms. It is reasonably necessary to point out that the basic aim of the lustration should not be to serve as a method of retribution or as a sanction for the collaborators of security services, but to rather be a tool through which these individuals would be isolated in the process of building democratic values. As David, concludes, a law on lustration represents “a special public employment law that regulates the process of examining whether a person holding certain higher public positions worked or collaborated with the repressive apparatus of the communist regime. The law defines who can/must be subjected to the examination, who is in charge of the examination, how the lustration procedure works, and the consequences of an eventual positive lustration. A finding of positive lustration means the examination uncovers evidence that a person worked for the repressive apparatus of the previous regime”⁴. Yet, David Also points out that far too little attention is paid to the “motives of lustration laws, which stemmed from the complicated political and societal situation in transitional countries”⁵. Public debates conducted on the topic of lustration often arrive to the conclusion that laws on lustration are a necessity for ‘young democracies’, which need to protect themselves from the reactionary forces of the old re-

² Rohozinska, J 2000, ‘Struggling With the Past: Poland’s Controversial Lustration Trials’, *Central European Review*.

³ Williams, K 1999, ‘A Scorecard for Czech Lustration’, *Central European Review*.

⁴ David, M 2003. ‘Lustration Laws in Action: The Motives and Evaluation of Lustration Policy in the Czech Republic and Poland (1989-200 1)’, Vol. 28, No. 2, *Law and Social Inquiry*, pp. 387-439.

⁵ Ibid.

gimes, or in other words, have the need for finding new personnel, which is 'uncontaminated' with communist ideology, as a prerequisite for the implementation of a liberal-democracy. On the other hand, in relation to the lustration process, a common viewpoint is that it is often misused as a method for political retribution, and is at times characterized as a "witch hunt".

*The Subject of Regulation and the Scope of the Macedonian
"Law on establishing an additional condition for conducting public office",
brought in 2008*

The experiences of various states provoked the political community in Macedonia to come to a common understanding that, after the period of governance of a communist regime, there was a necessity to conduct a lustration. This idea was realized through the bringing of the mentioned "Law on establishing an additional condition for conducting public office". Our viewpoint in relation to this issue is ambivalent: on one hand, we feel that this Law was brought far too late, and we cannot find any arguments as to how 17 years after the establishment of political pluralism there will be any effect at all in the disclosure of the names of the potential "informers", who collaborated with the security services of the past regime two decades ago; on the other hand, we feel that for the bringing, and above all for the adequate implementation of this Law in Macedonia, societal conditions have not matured within the general population, especially for understanding the ethical and moral values in one society, and the procedures and acts that must be subject to public criticism and condemnation.

Regardless of the various opinions in relation to the issue of lustration, the Law on establishing an additional condition for conducting public office was brought in 2008, while in 2009 additional changes and amendments were made to the Law, in relation to specific issues related to the composition of the Commission for the verification of facts.

The Scope of the law is truly broad, and even though there was a public perception that it encompassed all current and future (candidates) public officials, it essentially encompasses a very broad category of individuals that exceeds the term public official. The first article of the Law mentions the Commission for the verification of facts as the bearing entity of the lustration process, while the same article also mentions the court as the only body that can, through a judgment, establish the existence of a factual situation. As so, the formulation applied in article one is as follows: "...it regulates the procedure for the verification of facts in front of the Commission and the court for the establishing lack of collaboration with bodies of state security and the legal consequences of such collaboration". As

the subject of the Law is established as the procedure in front of the Commission and the court for establishing lack of collaboration with security services, we are lead to the conclusion that the legislator began with the presumption that every candidate or holder of public office was a collaborator of these services, and if that is not the case, he or she must prove the lack of collaboration in front of a sui generis state body (the Commission as a professional body of the Assembly with a time-limited period of existence), as well as in front of the court, so that they can arrive at a final judicial decision of their own ‘innocence’, or lack of collaboration with security services.

The article that awoke serious interest in front of the expert public, as well as various interpretation and expert opinions on the Law, was article 2 of the Law, which establish the time-period encompassed by it. As so, it is applied to the activities and actions of individuals undertaken in the period from August 2nd, 1944, or from the adoption of the Declaration of the Anti-Fascist Assembly of the National Liberation of Macedonia – ASNOM, until the entry into force of the Law itself – the year 2008. The basic dilemma that arose in front of the expert public concerning this article is related to the issue of the retroactive application of the Law, which in accordance with the Constitution of the Republic of Macedonia is prohibited, unless it is in the beneficial interest of citizens. This article became an issue not only from a constitutional viewpoint, but also from the aspect of its purpose. Experts began to open a dilemma related to whether it is necessary to conduct a lustration in Macedonia after the Constitution of the Republic of Macedonia in 1991 was brought as it is a document that established political pluralism, implemented the principle of division of powers, and the rule of law as fundamental values in our constitutional system. A question that arises is whether the fact that the scope of the Law includes the period after the Constitution of Macedonia was brought in 1991 essentially means that there is mistrust on behalf of the legislator in relation to the independence of the judicial system of Macedonia in the past 17 years? Even if the answer to this question was positive, this does not mean that such an issue could be solved through a Law on establishing an additional condition for conducting public office.

When referring to the scope of the Law, as well as its perspective retroactive application, certain NGO’s problematized the issue related to the possibility of “verdicts” for certain individuals related to committed activities that in the time when they were conducted did not represent criminal offences. “Contrary to Article 14 of the Constitution, in accordance with which no person may be punished for an offense which had not been declared an offense punishable by law, or by other acts, prior to its being committed, and for which no punishment had been prescribed, in the Law on lustration a punishment is imposed for activities

that were not punishable in the moment they were conduct, nor in this moment (namely, there was never the existence, nor is there now the existence of the criminal act “informing”). With this there is a negation of the essence of legal certainty, which is based concisely on the absence of punishment without offense (or the older legal rule “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”).” The mentioned Analysis also cites article 16 of the Constitution of the Republic of Macedonia, in accordance with which free access to information and the freedom of reception and transmission of information are guaranteed. As this represents a freedom and right established with the highest legal act since 1991, and the Law covers the period leading up to 2008, there could be a problem with this aspect of the effect of the Law between 1991 and 2008. Or as page 2 of the analysis states: “...the Law on lustration foresees a punishment for “informing” for every individual that can be identified as a secret information-giver until the moment this law comes into force (which means that it includes during which the mentioned constitutional provision is in force, which guarantees a basic human right). Through this, there is a negation of one of the rights on which the fundamentals of contemporary democracy is based, related to the right of individuals to speak freely and to grant information of any kind as they wish, as long as that does not fall under any of the provisions covered by the Criminal Codex (where in such a situation the competencies for deciding lay with the competent court, within an appropriate procedure with a previously foreseen sanction”.

In other nations where laws on lustration were brought the issue of retroactivity of the laws was put in front of the Constitutional courts, taking into consideration that there was a direct collision with the constitutional order.⁶ When we refer to the legal effects of the Macedonian Law, we must point out, without taking into context the future Decision of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia on this issue, that the name of the Law - Law on establishing an additional condition for conducting public office, refers to the fact that there is a *post festum* introduction of additional conditions for conducting public office.

As was already mentioned, the scope of the Law is truly broad. It is our opinion that this broadness in certain segments exceeds the purpose for which the Law was enacted, as well as the frame of its existing framework established within the Constitution and other laws. As so, the scope of the Law is applied to “managerial civil servants in the institution public attorney; managerial employees in the National Bank; the secretary general and managerial civil servants in the

⁶ In the Czech Republic the Constitutional Court ruled that the Law on lustration did not have retroactive effect. So that we can meet scientific truth, we are obliged to point out that the Czech Law on lustration foresaw a judgment against the collaborators of the prior regime only on the basis of a final judicial judgment, contrary to Macedonian legislation.

Assembly of the Republic of Macedonia; generals and other state secretaries that are appointed in other institutions; managerial civil servants in some ministries, and even in institutions". In all of the abovementioned examples from above, cover by the law, we are referring to classic state servants (from the formal as well as substantial definitions of state servant established within administrative-legal theory), which do not represent, or should not represent, bearers of public, or in other words political, office. On the other hand, all of the mentioned categories of individuals establish a civil service relation with the body/institution, and arrive at that position through a public announcement in accordance with the Law on state servants. Further on, their work represents the realization of a civil service relation and cannot, and above all, should not, be consider the conduct of public office; for them this is an everyday execution and pursuit of working obligations and tasks. If we take this approach to things, then we are not far from the assumption that certain that certain provisions of the Law are contrary to the constitutionally guaranteed right to work of every citizen, as established within article 32 of the Constitution.

Further more, it is necessary to point out that fact that the Law covers not only holders of public office within the framework of Universities and Faculties, but also all Professors and Collaborators employed in these institutions. Once again, the legislator does not make a clear differentiation between holder of public office and public servant, which is a term that from a substantial aspect covers University Professors, Research Assistants and Collaborators who do not perform managerial duties in their institution. In relation to this, we would also refer to the Constitution of the Republic of Macedonia, where there is a guarantee of the autonomy of the university.

Article 5, part 1 (points 1,4 and 7) of the Law are also the subject of our analysis as they cover the President of the Republic of Macedonia, mayors of municipalities and of the City of Skopje, as well as judges of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia. When it comes to the President of the state, as well as the mayors of municipalities and of the City of Skopje, it is necessary to take into consideration that these public officials are elected in general, direct and secret elections. As so, it is fairly questionable if public office can be taken away from such an individual, or if they can be restricted in terms of candidacy, if the majority of the population has thrown their support behind them, regardless of their historic past. Can there be a limitation, through such a Law, of the right of the citizen to choose a candidate for such office?

In relation to the judges of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia there is a situation that must be seriously analyzed. Namely, in the Republic of Macedonia we do not have a specific law on the Constitutional court, but

rather the conditions for election and dismissal of these holders of public office are established directly within the Constitution of the Republic of Macedonia. The Constitution, which is rarely a direct source of law, becomes just that in this situation. As so, within the expert and academic public there is a debate related to the Constitutional legitimacy of these provisions of the Law, which directly and explicitly add onto conditions that are established within the Constitution itself. In this case, the line between compliance and incompliance of this provision with the Constitution is truly a very thin one.

When referring to the status and method of work of the Commission for the verification of facts, which represents a state body elected by the Assembly of the Republic of Macedonia, the Law also has certain ambiguities and gaps from both a constitutional as well as administrative-legal nature. Article 8 of the Law foresees that the Commission for verification “immediately and without a hearing with a decision can establish the non-submitting of the statement of the individual candidate or bearer of public office”. The Decision of the Commission can in no case be determined as an equal to a judicial decision, and as so we are left to conclude that this is a specific administrative act of the state body brought in a special type of administrative procedure. The administrative procedure represents a set of rules which are acted upon to determine the factual situation and to arrive at a substantial truth, so that there is a legal decision brought. This Law, contrary to this definition of an administrative procedure, does not establish any procedure, deadlines, principles (such as the principles of contradiction, hearing of parties, and so forth), which are a prerequisite for making a legal decision. Further on, another issue is that the law ignores the principle of a two-tiered administrative procedure, as well as the constitutional and legal guarantee of judicial protection of citizens from decision brought by state bodies.

*Reasons for the repeal of the Law on establishing
an additional condition for conducting public office*

On March 28th, 2012, the Constitutional Court of the Republic of Macedonia with Decision No. 52/2011-0-1 repealed article 1, article 2 part 1, article 5 point 29, article 6 part 3, article 7, article 10-a, article 10-b, and article 12 part 3, article 30 part 1, article 32 and article 35-1 line 3 of the Law on establishing an additional condition for conducting public office, as well as article 25 of the Law on amending and adding to the Law on establishing an additional condition for conducting public office, which practically put an end to the first attempt towards initiating a lustration process in the Republic of Macedonia.

Taking this into consideration, a clear political decision was made for the adoption of a new law on lustration, which occurred with the adoption of the Law on the establishment of a condition for restriction of conducting public office, access to documents, and disclosure of the collaboration with state security bodies, in July of 2012. Still, before we analyze the norms that are an integral part of the new Law, it is necessary to take into context the arguments on the basis of which the Constitutional Court of the Republic of Macedonia decided to repeal the focal norms within the first Law.

The Constitutional Court of the Republic of Macedonia found a fundamental issue with the time period which the Law encompassed, and found that what was unconstitutional was that the time period encompassed “foresees that the lustration extends into the period after the year 1991, which is when the current Constitution of the Republic of Macedonia was adopted, when a democratic system was built on the basis of division of powers, which in its basis has embedded the protection of human rights and freedoms as a fundamental value of the constitutional order, on the basis of which normative rules and institutes have been built for the protection of individual human rights and freedoms, and as a result of such reasons there is no constitutional justification”, and further on the Law “in essence leads to a negation of the values and institutions built in the Republic of Macedonia in accordance with this constitution, which leads to a violation of the principle of rule of law, as a fundamental value of the constitutional order”⁷.

At the same time, the Constitutional court in its Decision raises a substantial issue, in that it asks whether “former bearers of public office, who have not died, only because of the fact that they are former bearers of public office, should be subject to the lustration process, and what is the point of their lustration within the Law, which in its essence should be related only to the bearers of public office in the current democratic system, and through which there is a limitation of access to such offices for individuals for whom it has previously been proven that with their actions have directly or indirectly taken part in the violation of basic freedoms and rights of citizens, from political or ideological reasons, for the realization of material interest or advantages in the process of employment or advancement in the service, which is in the interest of the entire community”? This was confirmed in the Constitutional Court decision explicitly stipulating the obligation for the filing of a statement for lack of cooperation with bodies of state security, for the former holders of public office, and “fulfill” the aforementioned conditions⁸.

⁷ Decision of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia No. 76/2011-0-1.

⁸ Ibid.

Another important element in the Decision of the Constitutional Court is the issue related to the constitutional legitimacy of article 6 of the Law on amending and adding to the Law on Law on establishing an additional condition for conducting public office⁹, where it is established that the lustration should also encompass organizations registered in accordance with law. Touching on this issue, the Court argued that “the stipulation of the possibility with Article 34 part 2 of the Law, for an obligation to file a statement, or the additional condition for conducting public office to be applied for individuals that are members of NGO’s and Foundations, through which the constitutional guarantees for the freedom of citizens to associate for the realization of their economic, social, cultural and other beliefs is exceeded, leads to a repeal of this possibility as it is not compliant with article 20 of the Constitution”¹⁰.

Towards the end, we should also mention the repealing of article 30 part 1 of the Law, which foresaw an obligation for filing a written statement by founders and employed journalists, editors in radio companies and non-profit radio establishments that have a license to conduct radio activities and founders and employees of companies in the area of printing, lawyers, law firms and mediators within the deadlines foreseen with article 6 part 4 of this law. According to article 32 of the same law, the founder of the radio company and company in the area of the printed press is obliged to foresee an additional condition, as foreseen within this law, for candidates for employment, employees in the company, and other hired individuals within the internal acts for organization of workplaces or competent journalistic ethical codex’s. In relation to this issue the Constitutional Court established that “the mentioned legal provisions limit the right to privacy in the process of employment in the private sector for perspective possible collaborators of the bodies of state security, which is not compliant with article 25 of the Constitution”.

Finally, we can arrive to certain concluding thoughts in relation to the first attempt to conduct a lustration and its elements, which according to the findings of the Constitutional Court are not compliant with the Constitution. We can use these conclusions to further on conduct an objective analysis of the content of the new the Law on the establishment of a condition for restriction of conducting public office, access to documents, and disclosure of the collaboration with state security bodies. Taking the above said into consideration, it is essential to distinguish the following impressions that are in a direct relation with the repealing of the various provisions of this law:

⁹ Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 24/2010.

¹⁰ Decision of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia No. 76/2011-0-1.

1. The Constitutional Court, in the content of its decision to repeal certain provisions of this Law clearly points out that it is unacceptable and not in compliance with the Constitution to pass a norm that negates the Constitutional order, which was established with the Constitution of the Republic of Macedonia in 1991. Clearly, the conclusion is that the process of lustration should be conducted within a time scope that includes the period up to the adoption of the Constitution of the Republic of Macedonia, as any other time scope would be illogical and would derogate the political and legal system established by the Constitution of 1991.

2. The second issue that is covered by the Constitutional court in relation to the constitutional compliance of this Law is whether or not the lustration process should include former holders of public office. Namely, if the aim is to establish a condition that would limit holders of public office (something that in accordance with the Constitution of the Republic of Macedonia is material that should be regulated through law), then should that limitation be set forward for someone that once held that office, but does not intend to do so again? Practically, it is in compliance with the constitution to establish a limitation (or condition), but it is not compliant with the constitution to publish information in relation to an individual, to conduct procedures in relation to that individual, in a situation where that individual does not hold public office and/or does not intend to be a candidate for holding public office. In such a situation, where the former holder of public office does not intend to once again hold such office, what is the sense in conducting a lustration against him/her? Namely, if such an individual does aim to hold public office in future, by the power of the Law they would be subject to the norms of that Law. Pointing out that the lustration is not intended to have a retributive function, but that “the lustration represents a process for dealing with the past, with the aim of marking and removing the possibilities for further violation of human rights in the current societal political system, or in other words the aim of the lustration is the protection of the future rather than dealing with the past”¹¹, the Constitutional Court clearly establishes in its Decision that the inclusion of this category holders of public service, in the group that is encompassed by the Law, is not in compliance with the Constitution.

3. The Constitutional Court, in its Decision, also establishes that it is not in compliance with the Constitution to ascertain the additional condition for holding public office towards individuals that are members of NGO's and Foundations. This part of the Decision¹², of the Constitutional Court, is based on article 20 of the Constitution of the Republic of Macedonia.

¹¹ Ibid.

¹² Decision of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia No. 42/2008 and No.77/2008

4. The Constitutional Court had serious issues with the non-compliance of the part of the Law where radio companies and companies in the area of the printed press were obliged to foresee an additional condition for candidates for employment, employees of the company and other workers, in the internal acts of organization of workplaces or competent journalistic ethical codex's. In the Decision of the Court it establishes that such a norm limits the right to privacy in the process of employing individuals in the private sector which is non-compliant with article 25 of the Constitution. As the Court states, the group of individuals encompassed by this law even exceeds the frame foreseen within article 1 of the same Law as it "obviously encompasses employees in that private sector that do not have the access to public office and cannot endanger public and state security or the protection of rights and freedoms of others"¹³.

Subject of Regulation and the Scope of the Law on the establishment of a condition for restriction of conducting public office, access to documents, and disclosure of the collaboration with state security bodies

July 9th, 2012 represented the day that the new Law on the establishment of a condition for restriction of conducting public office, access to documents, and disclosure of the collaboration with state security bodies was published, which in accordance with its own transitional and final provisions came into force 8 days after its adoption. After analyzing this legal text it becomes very clear that this Law, in its content, is a practical replication of its predecessor – the Law on establishing an additional condition for conducting public office. This conclusion comes as a result of the analysis of the new Law, but also as this new Law very often, in its provisions, refers to its sui generis legal predecessor.

A basic difference found in the two legal acts is that the first Law from 2008 establishes that it has the aim of "determining an additional condition for the individual candidate for holding or the holder of public office"¹⁴, while the second legal act establishes that it regulates "the condition that restricts the performance of a public office"¹⁵, which essentially signifies a terminological change of the same practice, legal, occurrence. Still, this new law imposes a new segment in the lustration process, which includes the publishing of dossiers of informers. As fo-

¹³ Decision of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia No. 76/2011-0-1.

¹⁴ Article 1 of the Law on establishing an additional condition for conducting public office.

¹⁵ Article 1 of the Law on the establishment of a condition for restriction of conducting public office, access to documents, and disclosure of the collaboration with state security bodies.

reseen, the Decision with which the collaboration with bodies of State Security is established will be published on the website of the Commission, along with the documents that were used as evidence during the procedure regulating the collaboration of the individual with the bodies of state security. At the beginning of this analysis of the Law, which regulates the method through which the dossiers shall be published, it is immediately necessary to open a discussion related to the compliance of such a norm with article 18 of the Constitution of the Republic of Macedonia, which establishes that “The security and confidentiality of personal information are guaranteed”¹⁶, and that “Citizens are guaranteed protection from any violation of their personal integrity deriving from the registration of personal information through data processing”¹⁷. Taking this into consideration, it is also necessary open a discussion related to the constitutional compliance of part 2 of article 31, which states that “The personal data of the person’s collaborators with the state security bodies shall not constitute personal data, in terms of this Law, for protection of personal data”. Arguably, this provision is discriminatory and puts these citizens in an unequal position with other citizens. Namely, the aim of the law is to establish an additional condition for holding public office, not public defamation of the individuals that were collaborators.

It should be noted that unlike the previous Law, where all holder of public office had an obligation to file a written statement that they were not collaborators of the security services, this new Law does not foresee such a statement. In accordance with the Law from 2012, the Commission, *ex officio* takes investigative measures for establishing which individuals were collaborators. At the same time, with this new Law the Commission has a wider array of competencies.

A remark that must be made in relation to the analysis of this new legal text is that the similarities between the Law from 2012 and the Law from 2008 are very high, and that a detailed analysis in relation to most parts covered by the second part of this paper include repetition. The new Law, in article 3, includes the same category of individuals that are to be encompassed by the Law, taking into consideration that the Law from 2012 includes a new group of individuals: “persons and persons related to them that have acquired a capital of over 5% in the societal owned enterprises, in accordance with the Law on Transformation of Societal Owned Enterprises. Related persons shall mean natural persons that are related by marriage or adoption; children and parents, brothers and sisters, step-brothers and step-sisters, grandmothers, grandfathers and grandchildren; related by blood to second degree in any other manner; have lived continuously in a community

¹⁶ Article 18, point 1 of the Constitution of the Republic of Macedonia.

¹⁷ Article 18, point 2 of the Constitution of the Republic of Macedonia.

for five years as a parent – guardian and a child, step-mother or step-father and a step-son and step-daughter, a daughter-in-law, son-in-law and parents of the spouses”. The purpose of inserting this category of individuals, and their preventive lustration, if in fact they are not holders of public office, raises a serious question mark. At the same time, the Law from 2012 continues to make similar terminological mistakes, such as its predecessor, inserting the category “managerial state servants”, which is a group of jobs that, as we mentioned, are acquired within the framework of the civil service system and in accordance with the law on state servants, and above all do not represent the holding of public office. In relation to the wide scope of other bearers of public office covered by the Law, which include that President of the Republic of Macedonia, we refer to the second part of this paper, which includes adequate analysis on this issue. This new Law, once again, includes the category of previous bearers of public office – essentially a provision on which the Constitutional Court already gave a negative opinion, and whose inclusion in the lustration process is essentially unnecessary.

Article 1 of the new Law, also establishes a time frame for the application of the norms of the Law, establishing that the Law will regulate “the procedure for access, disclosure, and use of the documents of the state security of the Republic of Macedonia and the civilian and military bodies of the state security of the SFRY in the period from the adoption of the Declaration of the Anti-Fascist Assembly of the National Liberation of Macedonia – ASNOM on the basic rights of the citizen of the Democratic Macedonia at the First Assembly of ASNOM held on 2 August 1944 to the day of commencement of application of the Law on Free Access to Public Information”. This provision practically means that the lustration will be conducted in relation to the time scope between August 2nd, 1944 and September 1st, 2006. The issue with such a provision was analyzed in detail in the previous part of this paper, but it is necessary to reiterate that conducting the lustration, within the stipulated time scope, and during a period where rule of law was built on the basis of the Constitution from 1991, represents a measure that defies that institutional framework created by that Constitution, but also derogates the independent judiciary.

Taking into consideration the fact that the most essential elements of the Law from 2008 were repealed by the Constitutional Court, there were realistic expectations that a new Law would implement substantial changes to the orientation of this new text, precisely within the nature of the Decision of the Constitutional Court, which argued that some of the repealed provisions lead to an implicit perception that the Law was meant to be retributive. The public issues and disagreements within the functioning of the Commission for the verification of facts, created by the previous Law should have been a signal towards a nece-

ssary staffing restructuring, and towards the approximation of the position of this Commission in relation to the new Law. Incidentally or not, the transitional and final provisions of the Law from 2012 establish that The Commission on Verification of the Facts established in accordance with the Law on the Establishment of Additional Condition for Conduct of Public Office shall continue to operate in accordance with the provisions of this Law. Also, it was established that the term of office of the members of the Commission elected in accordance with the Law on the Establishment of Additional Condition for Conduct of Public Office shall terminate upon the expiry of the time for which they have been elected in accordance with the Law on the Establishment of Additional Condition for Conduct of Public Office.

This new text is the legal follower of the Law from 2008, which was systematically edited by the Constitutional Court. The new Law should have represented a seriously edited model of lustration, and not just a linguistic change of the same legal act, which contains a very similar legal essence. Sadly, this new law includes the publication of dossiers on the website of the Commissions, which shows that the lustration process is sadly aimed not only at political decision-makers, but also towards individuals that realistically, at this point of societal development, will have no existing effect on the democratic process' in the Republic of Macedonia.

CONCLUDING

What is vitally important in the process of lustration is finding an ideal course towards uncovering the truth about certain moments within the past. Historical pretenses should allow for just societal development, which would preferably avoid creating space for a rise of conflicting tensions between citizens. In the same context it is necessary to point out that a lustration process cannot be retributive mainly because of the fact that this by inertia would mean that it is not democratic. Legislation on the other hand should be created in order to ensure the application of the values that refer to the application of the principles of transparency, efficiency, democracy and legal predictability. Taking into account the previously referred approach to the issue related to the development of the concept of legal norms and practical applicability of lustration in Macedonia, criticisms should probably be directed at political elites who at beginning of the creation of an independent and sovereign Republic of Macedonia, governing within a newly developed democracy, missed the opportunity to conduct an appropriate and timely lustration.

If the lustration process had the aim of serving as a tool for an easier, effective and quick method for implementing a new system of values, then the determination of the legislator in his search for collaborators, who have no aim at bearing public office, and whose public proclamation as collaborators would gain no positive effect for the general population, is quite illogical. The scope of the time period that includes a lustration following the adoption of the Constitution in 1991, which draws the line between the two vastly different political systems, adds an additional question to the logic of the Law. Namely, the lustration for the past system happens to flow into an additional lustration for the current system.

Taking into consideration that the lustration should serve as a tool for democratization, and not as a method for the elimination of political foes, we must conclude that from a legal and political aspect, the current lustration in the Republic of Macedonia is handled inappropriately. Divisions in the Balkan states must become an issue of the past, and it is sad to see a situation where one nation, through a wrongly implemented process of reconciliation, is inserting itself into even deeper divisions.

Dr ANA PAVLOVSKA-DANEVA,
professor Pravnog fakulteta "Justinijan prvi",
Univerzitet "Sv. Kiril i Metodij", Skoplje, Makedoniji
Mr TIMCO MUCUNSKI
saradnik Pravnog fakulteta "Justinijan prvi",
Univerzitet "Sv. Kiril i Metodij", Skoplje, Makedoniji

PRAVNE POSLEDICE LUSTRACIJE: STUDIJA SLUČAJA REPUBLIKE MAKEDONIJE

Rezime

Rad se odnosi na process lustracije u Makedoniji sa aspekta njegovog zakonskog uređenja i ustavnosti tog uređenja. Hronološki, ovaj je process u Makedoniji započet tek 2008 godine, donošenjem Zakona o opredeljivanju dopunskih uslova za vršenje javnih funkcija ili sedamnaest godina posle ustanovljivanja novog ustavno-pravnog i političkog poretka države. Zbog prevelike politizacije, tačnije partizacije procesa lustracije koji je umesto pričišćavanje društva od zaostalih ideoloških elemenata dobio prizvuk "lova veštica" i ideološkog revanšizma, Ustavni sud Republike Makedonije u periodu 2008-2012 godine imao je pune ruke posla u vezi s ovim pitanjem. Prob-

lem lustracije, pre svega njena zakonska postavljenost, kao i način rada nadležnog organa (t.z. Lustraciona komisija) izaziva ogroman interes naučne, stručne, političke, čak i međunarodne javnosti, pa smo se zbog toga opredelili da u ovom radu obuhvatimo sva pitanja povezana sa procesom lustracije u Makedoniji.

Pored pravne analize lustracije u našoj državi koja sadrži dva zakonska teksta i vrlo značajnu Odluku Ustavnog Suda u radu iznosimo i svoje zaključke u vezi sa svrshodnošću procesa lustracije u Republici Makedoniji i načina njegove implementacije. Nažalost, smatramo da bi se makedonsko iskustvo po ovom pitanju moglo uzeti kao negativan prtimer kod zemalja koji planiraju započeti ovaj process ukoliko ima još takvih.

TREĆA KATEDRA

**PRAVO
NA IMOVINU**

**Opšta pitanja – Kodifikacije – Svojina – Ugovor
i odgovornost za štetu – Porezi**

MIODRAG ORLIĆ

PРАВNA I MORALNA ODGOVORNOST

I. PRETHODNI POJAM

1. U najširem smislu (pravna, moralna, politička, ekonomska, istorijska i sl.) se može odrediti kao polaganje računa za sopstvene postupke pred nekom instancom, koja prema unapred utvrđenim pravilima prosuđuje o njihovoj ispravnosti i u slučaju nepovoljnog suda primenjuje određene sankcije.

Odgovornost se sastoji u tome što o postupcima (ponašanju) jednog subjekta sud daje instanca koja je od njega odvojena i otuda nepristrasna. Odgovarati se može samo nekom drugome, a ne sebi samom jer je za ocenu o postupku potreban sud a on mora biti odvojen od subjekta koji polaže račune.

2. Pojam odgovornosti obuhvata četiri obeležja. To su: a) polaganje računa za sopstvene postupke, b) unapred određena pravila po kojima se postupci prosuđuju, v) instanca koja prosuđuje ispravnost postupka i g) sankcija u slučaju nepovoljnog suda. Pomenuta obeležja označavaju istovremeno i merila po kojima se pojedine vrste odgovornosti mogu međusobno razlikovati. Tako, na primer krivična i građanskopravna deliktna odgovornost imaju izvesna zajednička obeležja po kojima se razlikuju od moralne ili političke odgovornosti. I kod krivične i kod deliktne odgovornosti, polažu se računi za skrivljeno ponašanje, skup normi prema kojima

Dr Miodrag Orlić, profesor Pravnog fakulteta, Univerzitet Slobomir P u Bijeljini.

se prosuđuje ispravnost ponašanja su pravila prava, instanca pred kojom se odgovara je sud, a sankcija je kazna ili naknada štete, dakle pravna sankcija.

3. Prema pomenutim obeležjima moralna odgovornost se razlikuje od pravne odgovornosti u sledećim obeležjima: skup normi prema kojima se prosuđuje ispravnost ponašanja su pravila morala, zapravo moralne zapovesti; instanca pred kojom se odgovara je savest moralnog subjekta; osnov odgovornosti je moralna krivica; a sankcija je griža savesti, dakle moralna sankcija.

A. Izvor odgovornosti

4. Razlika između građanske¹ 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.“² 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 nebrizljivi pušač ostavio u stanu, opaljivanje pištolja na kapisle u toaletu obdaništa kojom prilikom je jedno dete izbililo 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.

5. 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*.

6. Otuda se razlika između ovih dveju odgovornosti ogleda u tome što krivična odgovornost potiče iz posebnih delikata dok građanska odgovornost proi-

¹ U ovom tekstu pod izrazom građanska odgovornost misli se na građanskopravnu subjektivnu deliktну odgovornost za prouzrokovanu štetu. U cilju jednostavnijeg izražavanja naizmenično će biti upotrebljavani nazivi deliktна ili građanska odgovornost, pri čemu će se uvek podrazumevati subjektivna deliktна odgovornost za prouzrokovanu štetu.

² Čl. 1382. st. 1 francuskog Građanskog zakonika

stiče iz opšteg pravilu. Dovoljno je utvrditi da je šteta nastala, da ju je štetnik prozrokovao i da je postupao skrivljeno.

7. 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.

8. Zahvaljujući gipkosti opšteg pravila deliktna odgovornost može bez ikakvih teškoća da obuhvati znatno širi krug slučajeva i zbog toga je njihov broj za pravo 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.

9. 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 Anslem Foerbah: *Nullum crimen nulla poena sine lege*³, danas je opšte prihvaćeno u evropskom kontinentalnom pravu i označava jedan od stubova moderne civilizacije. Ono, između ostalog, predstavlja branu od retroaktivnog dejstva zakona.

10. Uopšte uzev, važnost načela zakonitosti je u krivičnom pravu još više naglašeno nego u drugim granama prava a okviri njegove primene su oštro obeleženi 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 cri-*

³ 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 gültiges peinlichen Rechts*, Fünfte Auflage, Giessen 1812, § 20, str. 20.

men nulla poena sine lege stricta) i g) zakoni u krivičnom pravu ne mogu imati retroaktivno dejstvo (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*).⁴

11. Razlika između građanske i krivične odgovornosti u pogledu izvora je kvantitativna. Naime, građanska odgovornost je po obuhvatu znatno šira od krivične odgovornosti. Prostiranje krivične odgovornosti ograničeno je brojem krivičnih dela koja su kao takva predviđena u zakonima. Deliktna odgovornost izražena je opštim pravilom. Moralna odgovornost razlikuje se i od prve i od druge pravne odgovornosti po tome što za razliku od njih ima svoj izvor u pravilima morala a ne u pravnom poretku. Uz to, ona je po svom obuhvatu šira ne samo od izvora krivične nego i od izvora građanske odgovornosti s obzirom da obuhvata mnogo veći broj situacija u kojima se prosuđuje moralno ponašanje subjekta za razliku od pravnog prosuđivanja srazmerno manjeg broja. Zbog toga se i kaže da pravo predstavlja minimum morala. Moralne norme su znatno obuhvatnije i upućene praktično na svaki segment ljudskog života. Pravo obuhvata jedan srazmerno uži krug odnosa na koje utiče.

B. Osnov odgovornosti

a) Krivična i građanska odgovornost

12. 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.

13. 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

⁴ 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, München, 2006, str. 141-143; Pradel Jean, Corstens Geert, Droit pénal européen, 2. édition, 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.

štićenici, 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 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.

14. Drugačije je u krivičnom pravu. Prema preovlađujućem mišljenju u našoj pravnoj teoriji krivica se mora utvrditi u svakom konkretnom slučaju.⁵ Krivična odgovornost se zasniva na krivici kao psihičkom odnosu učinioaca 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.⁶

15. 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 učinioaca. Ako se o pojavama objektivne odgovornosti može uopšte govoriti onda je to u vezi sa pretpostavkom krivice, ali oni predstavljaju izuzetke.

⁵ 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.

⁶ "Pretpostaviti da vinost postoji znači u stvari negirati vinost kao uslov krivične odgovornosti, odnosno kao element 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.

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.

b) Osnov moralne odgovornosti

16. Moralna odgovornost zasniva se na moralnoj krivici, kao što se krivična odgovornost i subjektivna deliktna odgovornost u građanskom pravu zasnivaju na vinosti (krivica), odnosno krivici učinioca, Krivica je, dakle, zajednički element svih pomenutih vrsta odgovornosti, i u tom pogledu između moralna i pravne odgovornosti postoji velika sličnost. Razlike počinju kada se pristupi ispitivanju pojedinih obeležja krivice i njenog odnosa prema odgovornosti. Tako, u pravu je bitno da obaveza bude ispunjena⁷, u spoljnom odnosu (prema subjektu prava), a odgovornost nastaje kao puka posledica neispunjenja, moralna krivica se izražava pre svega kao unutrašnji osećaj⁸, odgovornosti zbog povreda moralne zapovesti (dužnosti).

⁷ Uporediti: "U pravu se međutim traži samo, da je pravna dužnost ispunjena, a bez značaja je, da li je to učinjeno spontano ili ne, iz egoističnih ili altruističkih pobuda i čak da li svesno ili nesvesno, mada se ipak ne može reći da su za pravni poredak, naročito za njegovo očuvanje bez značaja spontanost pobude i svesnost ispunjenja dužnosti.", Toma Živanović, Sistem sintetičke pravne filozofije, Beograd, 1959, str. 690. Slično: "Ostavljajući na stranu krivično pravo, u kome je subjektivna strana od kapitalnog značaja, u moralu igra subjektivna strana kao što se zna, mnogo značajniju ulogu no u pravu. Naime samo u deliktnom pravu subjektivna strana je više ili manje redovan element odgovornosti, dok se u drugim granama prava (građanskom, administrativnom, međunarodnom itd.) subjektivna strana uzima u obzir samo izuzetno", Živanović, Osnovni problemi Etike (Filozofije moralne), Beograd, 1935., str. 10.

⁸ "Krivica je jedna vrsta osećaja: osećaj se kreće od bezazlenosti ka zrelosti prolazeći kroz različitosti.", Paul Ricoeur, Karl Jaspers, La culpabilite allemande (1949), u knjizi Paul Ricoeur, Lectures I, Paris, 1991, str. 143; Uporediti: "Dakle kada pitamo nekoga zašto se oseća krivim, koju vrstu odgovora želimo? Izvjesno je da nije prihvatljiv svaki odgovor. Prosto upućivanje na očekivanu kaznu nije dovoljno; ovo može da objasni strah ili tjeskobu, ali ne i osjećanje krivice. Slično, pominjanje štete ili nedaće koje su zadesile čovjeka kao posledica njegovih prošlih postupaka objašnjava osjećaj kajanja, ali ne i krivice a još manje osjećaj griže savjesti. Svakako strah i tjeskoba često prate osjećaj krivice iz očiglednih razloga, ali ova osjećanja ne smiju da se pomiješaju sa moralnom osjećajnošću.", Džon Rols (John Rawls), Teorija prava, Beograd, 1998, str. 428.

17. U krivičnom pravu zla namisao (*mens rea*, kako kažu engleski pravници)⁹ posmatrana izolovano, sama za sebe nije dovoljna za postojanje krivične odgovornosti, potrebno je da ona izađe iz sfere unutrašnjeg života subjekta i da se ostvari u spoljnom svetu (*actus reus*)¹⁰. Potrebno je dakle da je iz umišljaja (u zakonom predviđenim slučajevima i iz nehata) proizašlo krivično delo (da je učinilac preduzeo radnju izvršenja i da je nastupila posledica) ili bar da je došlo do pokušaja da se krivično delo izvrši. U Građanskom pravu, ne može biti reči o odgovornosti iako je nesumnjivo utvrđeno da postoji krivica učinioca, ako nije došlo do prouzrokovanja štete. Izostanak rezultata (krivica⁹ u krivičnom a još više u građanskom pravu, oslobađa učinioca od odgovornosti.

18. Moralna odgovornost, za razliku od navedenih vrsta pravne odgovornosti je čisto subjektivna odgovornost. Da bi postojala nečija moralna odgovornost potrebno je zagledati se u njegovu dušu i ispitati njegove misli i njegova osećanja.¹¹ Za moralnu odgovornost nema značaj, što iz radnje ili nečinjenja nije nastalo krivično delo i nije nikome prouzrokovana šteta. Moralna odgovornost može postojati i kada ponašanje nekog subjekta nije izazvalo nikakve posledice u spoljnom svetu, dovoljno je da je subjekt nosio u sebi grešne misli.¹²

Posmatrana iznutra, moralna krivica se može odrediti kao osećaj uznemirenosti i prekora zbog povrede moralne zapovesti (ne ubij, ne kradi itd.).¹³ Instanca

⁹ Uporediti: R. Card (Card, Cross&Jones) *Criminal law*, 16th Edition, Leicester 2004, str. 89 i sl.; A. Ashworth, *Principles of Criminal law*, 4th Edition, Oxford, 2003, str. 87.

¹⁰ "Actus non facit reum nisi mens sit rea", Uporediti: Card, *Criminal Law*, str. 54 i sl.

¹¹ Uporediti: H.et L. Mazeaud. A. Tund, *Traité theorique et pratique de la responsabilité civile*, tome I, 6^{ème} édition, Paris 1965, str. 4, n^o 7.

¹² *Ibidem*.

¹³ Na sličan način govori o moralnoj krivici kao unutrašnjem osećaju čoveka, Radomir Lukić, ali on na ovome mestu upotrebljava reč odgovornost: "Odgovornost pak, nužno izaziva uznemirenost, strepnju, brigu, strah, ponekad užas nad samim sobom i svojim delovanjem. Čovek se brine kakvo će biti njegovo delo, njegovo mešanje u postojeći tok stvari. Ova strepnja i strah za posledice sopstvenog čina veći su ponekad i od straha od smrti i drugih nedaća, jer ove nisu izazvane sopstvenim delovanjem. A kad se jedno pokaže da je strepnja bila opravdana, da je delo rđavo, nemoralno, tj. da je protivno sopstvenom moralnom idealu, sopstvenom ljudskom dostojanstvu, uznemirenost prelazi u potrebu za samokažnjavanjem i rađa grižu savesti koja je utoliko jača ukoliko je ideal bio viši, a njegova povreda ozbiljnija. Tako sloboda, logično, vodi mogućnosti postojanja krivice, odgovornosti i kazne.", Radomir D. Lukić, *Sociologija morala*, Beograd, 1974, str. 374. Da je doista reč o moralnoj krivici kao osnovu odgovornosti, a ne o odgovornosti kao takvoj vidljivo je iz teksta. Uostalom, Lukić i sam govori o osnovu odgovornosti u fusnoti 176., koja objašnjava gornje izlaganje: "Ali upravo to što je izbor determinisan sopstvenom ličnošću i jeste osnov odgovornosti. Tačno je da takav kakav je, čovek nije mogao da izvrši drukčiji izbor, ali je tačno da je takav izbor izvršio upravo zašto što je takav kakav je, što je nemoralna ličnost, a to znači da je kriv, da snosi odgovornost za to", Lukić, *Sociologija morala*, strana. 374, fusnota 176.

pred kojom se odgovara za moralnu krivicu je prema preovlađujućem mišljenju sopstvena savest, a sankcija za povredu moralnih normi je griža savesti.¹⁴

C. Krivica

19. 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.

Subjektivni element na kome se zasniva moralna odgovornost takođe se naziva krivica prema jednom pravcu mišljenja ili greh prema drugome. Moralna krivica se razlikuje i od vinosti krivičnog prava i od krivice u građanskom pravu.

a) Razlike u pogledu sadržine

1. Krivično pravo

20. U krivičnom pravu vinost (krivica) se definiše kao psihički odnos učinioca prema radnji i posledici.¹⁵ Razume se, određenje krivice kao pojave psihičkog (u engleskom pravu mentalnog)¹⁶ 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)

¹⁴ "Die Instanz ist das eigene Gewissen und die Kommunikation mit dem Freunde und dem Nächsten, dem Liebenden an meiner Seele interessierten Mitmenschen.", Karl Jaspers, *Die Schuldfrage, Ein Beitrag zur deutschen Frage*, Zürich, 1947, str. 10. Uporediti: Paul Ricœur, Karl Jaspers, *La culpabilité allemande* (1949), u knjizi: *Lectures, 1 Autor du politique*, Paris, 1991, str. 145. i 147. Takođe: "Moralno smo odgovorno kada pred Bogom ako smo pobožni i pred sopstvenom savešću ako smo ateisti treba da odgovaramo za neko činjenje ili nečinjenje.", Henri et Léon Mazeaud, *Andre Tunc, Traite théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle, Tome premier, 6^{ème} édition*, Paris, 1965, str. 4, n° 7. U našoj literaturi: "Kao što smo rekli iskazi savesti osnivaju se na opštim moralnim normama, na osnovu ovih poslednjih savest izriče te svoje sudove (ili presude)", Branislav Petronijević: *O slobodi volje, moralnoj i krivičnoj odgovornosti*, preštampano iz "Policijskoga glasnika", Beograd, 1906, str. 139.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

na sledeći način: “Vinost (tzv. Subjektivni, psihološki, intelektualni, spiritualistički, unutarnji, “moralni” element, u Biparticipiji krivičnog dela, u Triparticipiji krivica) 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 izvršioca s njegovim delom, i u tom smislu je data gornja definicija vinosti.¹⁷ U logičkom smislu (t.j. kao genus) vinost je psihički (psihološki, subjektivni) odnos izvršioca krivičnog dela s delom, koji ga predstavlja kao krivca.”¹⁸ 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

21. 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.¹⁹ 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 upoređi 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 subjektiv-

¹⁷ Toma Živanović, Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije, Opšti deo, II knjiga (II. Krivac – III. Krivična sankcija), 3. izdanje, Beograd, 1937., str. 26–27.

¹⁸ “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 kauzaliteta 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.

¹⁹ Čl. 127. Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima Mihaila Konstantinovića.

ni 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), ogle-da 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 teoriji²⁰ i ustaljenoj sudskoj praksi²¹, prosuđuje prema standardu ponašanja koje se moglo očekivati od razumnog i pažljivog čoveka.

3. Moralna krivica

22. Između vinosti (krivice) u krivičnom pravu i krivice u građanskom pravu, postoje kao što je rečeno, razlike u pojedinim obeležjima, a u novije vreme i u određivanju pojma. Vinost se u krivičnom pravu definiše kao skup psihičkih odnosa²² koji su se putem radnje i posledice izrazili u spoljnom svetu, dok u građanskom pravu krivica postoji kao ponašanje koje odstupa od onoga što se osnovano moglo očekivati od razumnog i pažljivog čoveka. U prvom slučaju imaju se u vidu psihički procesi svesti i volje učionioca krivičnog dela, dok se u drugom slučaju naglasak stavlja na ponašanje koje je prouzrokovalo štetu u spoljnom svetu. Ali i kod vinosti u krivičnom pravu se dodaje da psihički procesi tvore krivicu „samo onda ako su se ispoljili u spoljnom svetu određenim delima.”²³ Po tome i vinost u krivičnom pravu i krivica u građanskom pravu predstavljaju subjektivni element odgovornosti, ali izražen u spoljnom svetu.

23. Za razliku od pomenutih oblika krivica u pravnoj odgovornosti, moralna krivica²⁴ kako kažu jedni, ili greh²⁵, kako govore drugi, je fenomen izrazito

²⁰ 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.

²¹ 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 06. oktobra 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.

²² Živanović, *osnovi krivičnog prava*, str. 26.

²³ Ibidem.

²⁴ T. Živanović upotrebljava izraz vinost za označavanje krivice kod moralnog nedela, kao što isti izraz upotrebljava za krivicu i u krivičnom pravu. Uporediti: Živanović, *Osnovni problemi Etike*, Beograd 1935, str. 30 i sl. Na drugom mestu, Živanović govori i o grehu i pojmovno ga izjednačava sa moralnom vinošću, Živanović, op. cit. str. 41.

²⁵ Mazeaud, Tunc, *la responsabilité civile*, str. 4, n° 7.

unutrašnje prirode. Za moralnu krivicu je karakteristično što ona nastaje i ostaje u sferi svesti i volje, mišljenja i osećanja. Razume se da se moralna krivica kao psihički proces u duži čoveka, može ostvariti i u spoljnom svetu kao krivično delo (ubistvo, krađa) i tada će ići uporedo sa vinošću krivičnog prava, ili kao prouzrokovanje štete i tada će se kretati paralelno sa krivicom građanskog prava. Ali je osobeno za moral što moralna krivica, za razliku od pravne krivice, ne mora da izazove posledice u spoljnom svetu, nego može da ostane u psihičkoj sferi, i da ipak postoji odgovornost subjekta pred sopstvenom savešću.

b) Razlike u pogledu značaja pojedinih stepena krivice

1. Krivično i građansko pravo

24. 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".²⁶ 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).

25. Nehat (*culpa*) ima mnogo manji značaj u krivičnom pravu nego umišljaj i isto tako nesravnjivo 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.

26. 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 na-

²⁶ Tahović op. cit., str. 180.

merno 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.

2. Stepenuvanje moralne krivice

27. Između građanske i krivične odgovornosti postoji uočljiva razlika u pogledu uloge koju imaju pojedini stepeni krivice. U modernom građanskom pravu, za postojanje štetnikove odgovornosti da naknadi svu prouzrokovanu štetu dovoljna je obična nepažnja.²⁷ I u slučaju kada je štetu prouzrokovalo pukom nebrižljivošću (*culpa levis*) štetnik će biti dužan da oštećeniku isplati potpunu naknadu štete.²⁸ Razume se, ovo pravilo ne isključuje mogućnost da se odgovara za krajnju nepažnju (*culpa lata*) i za nameru (*dolus*). Ali u situaciji u kojoj oštećenik može dobiti potpuni iznos naknade za pretrpljenu štetu, ako dokaže postojanje obične nepažnje, kao daljeg praga krivice, ne vidi se koji bi ga ozbiljan interes upućivao, osim u izuzetnim prilikama (štetu prouzrokovana umišljajnim krivičnim delom i sl.)²⁹, da se upušta u teško dokazivanje štetnikove namere. Obična nepažnja predstavlja dakle dovoljan osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu u građanskom pravu.

28. Krivično pravo za razliku od građanskog prava polazi od umišljaja kao potrebnog uslova za krivičnu odgovornost. Polazne pozicije su udaljene i razgraničenje je jasno, ali gipko postavljeno, zato što se u slučajevima izrečno predviđenim u zakonu odgovornost može zasnivati na nehatau.

29. Jedna od bitnih razlika između pravne i moralne odgovornosti ogleda se u stepenu krivice koji može biti osnov odgovornosti. Pravna odgovornost zasniva se na nepažnji (nehatau) kao donjem pragu krivice, bilo u vidu opšteg pravila u

²⁷ Uporediti: "Was als Schadensersatz geschuldet wird, das richtet sich nicht nach dem Sanktions- oder dem Präventionsprinzip, sondern nach dem Ausgleichsgedanken. Er bedeutet, daß dem Geschädigten – sehen wir wieder zuerst einmal von § 254 ab – sein gesamter Schaden, *nicht weniger und nicht mehr* – ersetzt werden soll, daß er durch die Ersatzleistung so gestellt werden soll, wie er ohne das die Ersatzpflicht des Schädigers begründende Ereignis jetzt stehen würde". Karl Lorenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München, 1987, p. 424.

²⁸ Pravilo o potpunoj naknadi štete označava preokret u odnosu na ranije pravo po kome je obim naknade zavisno od stepena krivice. Pravilo je bilo predviđeno u čl. 150. Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima profesora Mihaila Konstantinovića a zatim potvrđeno u čl. 189. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima.

²⁹ Uporediti pravilo iz čl. 1889. st. 4. Zakona o obligacionim odnosima.

građanskom pravu, ili u obliku niza izuzetaka (u slučajevima izrečno predviđenim u zakonu) u krivičnom pravu. Nasuprot tome, prema preovlađujućem shvatanju u filozofiji morala i u pravnoj teoriji, moralna odgovornost postoji samo u slučaju namere.³⁰ Nepažnja (nehat) nije dovoljna da bi se moglo govoriti o moralnoj krivici. Otuda ako je neko postupio nebrizljivo (*culpa levis*), a nije bio svestan svoje nepažnje, neće biti kriv u moralnom pogledu.³¹

30. Još manje se može govoriti o moralnoj krivici lica koje prema svojim ličnim svojstvima i sposobnostima nije bilo u stanju da dostigne standard koji se osnovano mogao očekivati od razumnog i pažljivog čoveka u datim okolnostima.³² Ako je u građanskom pravu moguće očekivati od svakog ponašanje u skladu sa pomenutim standardom, i smatrati da je neko kriv zato što ga nije dostigao (*culpa in abstracto*), bez obzira na to da li je kao štetnik bio u stanju da prema svojim ličnim svojstvima i sposobnostima dostigne postavljeni standard, to rešenje prihvaćeno je zato što građansko pravo daje prevagu interesima zaštite oštećenika (povređenog) u sukobu sa suprotstavljenim interesima nesmotrenog, neobazrivog ili jednostavno nevičnog ili neupućenog štetnika.

Na planu morala, lice koje prema svojim ličnim svojstvima i sposobnostima (starost, iznemoglost, telesni nedostaci i sl.) nije moglo da postigne standard zahtevanog ponašanja u pravu, ne može biti krivo. Moralno ne može biti odgovorno lice koje nije bilo u stanju da ostvari ono što se od njega zahteva.

D. Sankcija

a) Krivično i građansko pravo

31. Krivična i deliktna odgovornost u građanskom pravu najviše se razlikuju u pogledu sankcije. Krivična odgovornost povlači za učinioca kaznu, a građan-

³⁰ Živanović, osnovni problemi Etike, str. 30; P. Janet, La morale, Paris, 1874, str. 352; R. Savatier, Cours de Droit civil, t. 2^{ème}, 2^{ème} édition, str. 121. n^o 251.

³¹ Prema preovlađujućem shvatanju u katoličkoj teologiji, smatra se da nije počinio greh onaj ko je postupio sa nesvesnom nesmotrenošću, ne primećujući da je bio nesmotren. Pisci se pritom oslanjaju na mišljenje Tome Akvinskog. Ali, doktrina autora *Sume* teologije nije tako odsečno formulisana. Naprotiv, njegovo shvatanje je veoma istančano i na osnovu njega bi se mogli izvesti suprotstavljeni zaključci na osnovu izlaganja o pitanjima br. 53 (nesmotrenost – *Limprudence*) i pitanja br. 64 (ubistvo – *L'homicide*). Uporediti: Thomas d'Aquin, *Somme Théologique*, tome 3, Paris, 2007, str. 353/358 (pitanje 53 – *Limprudence*) i str. 423-432 (pitanje 64 – *L'homicide*).

³² Za razliku od većine evropskih prava u kojima je krivica posmatrana kao odstupanje od standarda ponašanja razumnog i pažljivog čoveka, u austrijskom Građanskom pravu i prema preovlađujućem shvatanju u austrijskoj pravnoj teoriji, krivica se prosuđuje imajući u vidu ne standard nego lična svojstva i sposobnosti učinioca. Uporediti: H. Koziol, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I, Allgemeiner Teil, Wien 1975, str. 98-99.

skoppravna odgovornost naknadu šteta. O tome postoji gotovo opšta saglasnost u pravnoj teoriji. I pobornici koncepcije o istorodnosti krivične i deliktne odgovornosti³³ i pristalice shvatanja o razlikama³⁴ 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.

32. 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.³⁵ Nasuprot tome, ako se naknada štete ne može naplatiti od dužnika, ne može se zameniti nekom drugom sankcijom.

33. 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.³⁶ Svrha sankcije u građanskom pravu je jednostavno popravljnje nanesene štete.

34. Ali najvažnija razlika u svrsi dveju sankcija ogleda se u tome što kazna, kao karakteristična sankcija u krivičnom pravu, ima retributivni karakter³⁷, dok sankcija u građanskom pravu ima reparacioni karakter.

³³ Živanović, Osnovni problemi Krivičnog prava, Beograd, 1930, str. 171; Unekoliko drugačije i manje jasno: Živanović, Sistem sintetičke pravne filozofije, Beograd 1959, str. 501-502.

³⁴ 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.

³⁵ Čl. 51. st. 3. Krivičnog zakonika RS.

³⁶ Čl. 42. Krivičnog zakonika RS.

³⁷ U našem Krivičnom zakoniku ne pominje se retribucija kao svrha kažnjavanja, niti se svrha priznaje u preovlađujućem 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.

b) Moralna sankcija – griža savesti

35. Ako je razlika između krivične i građanske odgovornosti najizrazitije u pogledu karaktera sankcije, razgraničenje između obe vrste pravnih sankcija sa moralnom sankcijom još je dublje. Jer obe pravne sankcije makoliko inače bile različite imaju zajedničko obeležje u spoljnom delovanju na učinioca prema kome se primenjuju. Nasuprot tome, za moralnu sankciju koja se ogleda u griži savesti, karakteristično je da ona pogađa unutrašnju sferu čovekovog života.

Naime, u trenutku kada se na horizontu svesti pojavljuju nagoveštaji da je učinjeno moralno nedelo, u unutrašnjoj sferi učinioca započinje duševna borba, između optužbe na jednoj strani koja iznosi prekor subjektu zbog zlih misli ili rđavih postupaka, i instiktivnog urođenog odbrambenog impulsa na drugoj strani o ispravnom postupanju. U duši učinioca odmeravaju se argumenti o prirodi i obeležjima određenog ponašanja, posmatrani sa stanovišta moralnih vrednosti uopšte, a posebno sa gledišta razlike između dobra i zla. Osećaj moralne krivice nastaje kao ishod suđenja pred sopstvenom savešću, u kome su prevagu odneli razlozi osude. Instanca pred kojom se sudi o moralnoj krivici je (sa unutrašnje strane posmatrano) savest učinioca (glas savesti je bio u ulozi tužioca), i zbog toga je izrečena osuda neopoziva. Sankcija će biti ista takva, bez opoziva i bez priziva: griža savesti.³⁸

36. Savest odmerava postupak sa poznavanjem unutrašnjeg bića učiniočevog kao neumitna pravda od koje se ništa ne može sakriti. Ovom nepodmitljivom sudiji poznate su sve slabosti, sve niskosti i sva kukavička uzmicanja i dvosmišlena ćutanja kao i ustupci moralne prirode koji su podsticali učinioca na grešne misli i želje počev od uvredljivih reči do nanošenja štete bližnjemu i do zloči-

³⁸ Zanimljivo je da je Kant, savest prikazao kao sud pred kojim se vodi spor o moralnosti njenog postupka: "Ta prvobitna intelektualna i (zato što je predstava dužnosti) moralna obdarenost, nazvana *savest*, ima u sebi tu posebnost da, iako je taj njen posao posao čoveka sa samim sobom, ovaj se ipak svojim umom oseća prisiljenim da ga vrši kao po naređenju *neke druge osobe*. Jer taj spor je ovde vođenje *pravne stvari* (causa) pred sudom." I. Kant, *Metafizika morala*, Novi Sad, 1993, str. 238-239. Uporediti Šopenhauerovu kritiku Kantovog određenja savesti: "Naime kod svakog, čak i kod najboljeg čoveka pojavljuju se, spoljašnjim povodom, zbog pobuđenog afekta ili unutrašnjeg nesklada, nečiste niske, zle misli i želje, ali on za njih nije moralno odgovoran i one ne bi smele da opterećuju njegov savest." Jer one najavljuju samo šta bi čovek uopšte, a ne šta bi taj koji to misli, bio sposoban da uradi. Jer nasuprot tim mislima stoje drugi motivi, samo što oni ne stupaju u svest trenutno i istovremeno s njima, tako da one nikada neće moći biti sprovedene u delo; zbog toga one liče na nadglasanu manjinu na nekom zboru na kojem se odlučuje o nečemu. Svako samoga sebe, isto kao i druge, empirijski upoznaje jedino po delima i samo ona opterećuju njegovu savest. Jer jedino ona stoje tu nepromenljiva i nisu samo mišljena nego i znana (gewusst).", A. Šopenhauer, *Dva osnovna problema etike*, Novi Sad 2003, str. 237.

na.³⁹ Savest uzima u obzir i olakšavajuće okolnosti, ima razumevanja za motive i za ljudske slabosti uopšte ali ne precenjuje njihov značaj i kad je reč o teškim moralnim krivicama po pravilu ih zanemaruje. Rečju, savest se ne može ni podmititi ni prevariti.

37. Pored griže savesti kao unutrašnje sankcije za moralno nedelo učinioca može pogoditi i spoljna sankcija u vidu moralne osude. U ovom slučaju instanca pred kojom se prosuđuje moralna krivica je društvena zajednica⁴⁰ u kojoj učinilac živi. Između griže savesti i socijalne sankcije u vidu moralne osude, postoji duboka i fina povezanost koja ukazuje na dvostruku stranu morala. Na jednoj strani moral se ispoljava kao osećanje u duši subjekta, na drugoj kao niz moralnih vrednosti koje sačinjavaju sistem moralnih zapovesti. Otuda, iako na prvi pogled, griža savesti izgleda kao samoniklo moralno osećanje, rođeno u duši subjekta, uistinu prekor koji učinilac izriče samom sebi izražava pokoravanje moralnim zapovestima, koje poštuje društvena zajednica.

38. Griža savesti ukazuje na sraslost moralnog osećanja pojedinca i moralnih zapovesti koje prihvata i primenjuje društvena zajednica. U tom smislu prekor koji učiniocu izriče njegova sopstvena savest je moralna osuda koju bi mu izrekla društvena zajednica u kojoj važe iste moralne vrednosti, kada bi kao nepristrasan i potpuno obavešten sudija mogla da sazna sve unutrašnje elemente (motive, stanja svesti i volje) i spoljne okolnosti koje su uticale na to da subjekt počini moralno nedelo.

³⁹ U literaturi je suočavanje sa sopstvenom savešću prikazano sa velikom umetničkom snagom u Šekspirovoj istorijskoj drami Ričard III. Dvojica najmljenih ubica nalaze se pred zadatkom dobro plaćenim, ali moralno za svaku osudu, da po kraljevom nalogu umore vojvodu Džordža od Klarena. Vojvoda je zatočen po nalogu svog brata kralja Edvarda II (a na podsticaj svog drugog brata Ričarda od Glostera, docnije kralja Ričarda III. Deo dijaloga ubica sa svom otvorenošću teče na sledeći način: Drugi ubica: Hoćemo li ga probosti dok spava? Prvi ubica: Ne, jer će kad se probudi, reći da je to urađeno kukavički. Drugi ubica: Pa on se neće probuditi od strašnog suda. Prvi ubica: Pa tada će reći da smo ga proboli u snu. Drugi ubica: Pominjanje strašnoga suda proizvelo je grižu savesti kod mene. Prvi ubica: Šta, zar te je strah? Drugi ubica: Ne da ga ubijem jer imam ovlašćenje za to, već da budem bačen u pakao zato što sam ga ubio; a od toga me nikakvo ovlašćenje ne može zaštititi. Prvi ubica: Kako se sad osećaš? Drugi ubica: Izvesni talozi savesti još su u meni. ... Prvi ubica: A ako ti se opet vrati? Drugi ubica: Neću da imam nikakva posla s njom. Ona je opasna – pravi čoveka kukavicom. Čovek ne može da krade a da ga ona ne okrivni; ne može da psuje da ga ona ne ukori; ni da legne sa susedovom ženom da ga ona ne uhodi. Ona je stidljiv, smeran duh koji se budi u ljudskim grudima. Ona stvara čoveku bezbroj smetnji. Jednom me je naterala da vratim kesu zlata koju sam slučajno našao. Ona napravi prosjakom svakoga ko se drži nje. Nju isteruju iz varošica i gradova kao opasnu stvar; i svaki koji hoće da živi dobro trudi se da se uzda u sebe i da bude bez nje. Prvi ubica: Do vraga, ona me baš sad žiga u laktu i nagovara me da ne ubijem vojvodu. (Ričard III, prvi čin, scena četvrta, London Tower, preveli Živojin Simić i Sima Pandurović), Celokupna dela Viljema Šekspira, drugo izdanje, knjiga IX, Beograd 1966, str. 45–46.

⁴⁰ U ovom smislu, Živanović, Osnovni problemi Etike, str. 39.

ZAKLJUČAK

39. Moralna odgovornost se razlikuje od krivične i građanske odgovornosti prema svim obeležjima koja inače služe kao merila za njihovo poređenje.

Izvor moralne odgovornosti su moralne norme, dok i krivična i deliktna odgovornost izviru iz normi pravnog poretka. Moralna krivica postoji samo kada se postupa sa namerom, dok vinost u krivičnom pravu pored umišljaja može izuzetno da obuhvati i nehat. Što se tiče deliktne odgovornosti ona se zasniva na nepažnji kao donjem pragu krivice.

Najizrazitija razlika između pomenutih odgovornosti ogleda se u sankciji. Istina, u tom pogledu postoji razlika između krivične i deliktne odgovornosti, pošto se prva ogleda u kazni a druga u popravljanju štete.

Ali i sa tog stanovišta razlika između navedenih vrsta pravne odgovornosti i moralne odgovornosti je još veća. Pravna sankcija je spoljnog karaktera dok je moralna sankcija unutrašnjeg karaktera, ona se sastoji u grizi savesti.

MIODRAG V. ORLIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Slobomir P University of Bijeljina

LEGAL LIABILITY AND MORAL 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, and other kinds of responsibility.

The comparasion of legal theory and moral philosophy shows that there are significant differences regarding sources and grounds of responsibility (liability), as well as in the notion of fault and quilt, and of course, the very important distinction between the sanctions.

GALE GALEV,
JADRANKA DABOVIĆ-ANASTASOVSKA

MORAL U SVETLU OBLIGACIONOG PRAVA

*“Sve ono što hoćete da vam ljudi čine,
činite im to i vi,”*

(Sveto Jevandjelje po Mateju. 22, 40,
Rim, 13,8,9,10; (Zlatno pravilo).

U V O D

Naslov ovog rada eksplicitno govori da je predmet našeg interesa moral i to posmatran isključivo u svetlu obligacionog prava. Obligaciono pravo, kao normativni okvir kroz koji se na moral upućuje, i kroz koji moral, u određenim slučajevima, ponekad manje, a nekad više direktno, a u drugim slučajevima posredno dobija svoju vanjsku i u krajnoj konsekvenci svoju pravnu legitimaciju i pravnu zaštitu. Polazeći od ovakve uzajamne veze morala i obligacionog prava, autorima se nužno nalaže da najpre kažu nekoliko reči, za samo obligaciono pravo, i to prvo iz aspekta njegovog materijalnog osnova, a zatim i kao osnovnog regulatora tog osnova. Drugim rečima, reč je o *materijalnim* i *formalnim izvorima obli-*

Dr Gale Galev, profesor Pravnog fakulteta” Justinijan Prvi” – Skoplje, Republika Makedonija.
Dr Jadranka Dabović-Anastasovska, profesor Pravnog fakulteta” Justinijan Prvi” – Skoplje, Republika Makedonija.

cionog prava. Kada smo kod materijalnih izvora ovog prava, opšte je poznato da su to društveno-ekonomski odnosi ili bliže robno-novčani odnosi, koji su izražali u okviru robno-novčane privrede i to na najdirektniji način, oni odnosi, koji se za razliku od svojine kao statike, javljaju kao vršenje prometa robe i robnih usluga, odnosno predstavljaju njihovu dinamiku. Takav oblik odnosa su, na primer, razmena robe za novac ili razmena novca za robu, razmena robe za robu, razmena upotrebne vrednosti nepotrošne stvari za adekvatnu novčanu protivvrednost i sl. Pored ovih, makar i posredno, kao izvori pojavljuju se još i prouzrokovanje štete (materijalne i nematerijalne) sticanje bez osnova, poslovodstvo bez naloga, jednostrana izjava volje i dr.¹ Pravna uređenost robno-novčanih odnosa u delu njihove dinamike (prometa i šire) ili zajedno sa statikom (svojinom) vrši se pomoću određenih normi, koje su izražene u više oblika pravnih akata, kreiranih od organa državne vlasti ili društvene zajednice uzete u celini ili od manjih ili većih delova te zajednice. Različiti oblici uz čiju se pomoć spoljašno izražava norma ili opširnije, normativni sistem u datoj državi i društvu, koji uređuje obligacione odnose, sačinjava već pomenute formalne izvore obligacionog prava. U redu ovih, svakako, osobito mesto pripada zakonima opšteg i posebnog karaktera, uključujući i ustav, ali kada je reč o obligacionom pravu, najznačajni je Zakon o obligacionim odnosima.

Pored Zakona, pomenuli bi još, i druge pravne propise, kao što su podzakonski propisi, osobito uredbe, opšti uslovi i dr. Pored njih zaslužuju da se pomenu, još, i običaji odnosno običaj, shvaćen kao vaninsitucionalni izvor prava, u čije nastajanje su učestvovala manje ili više neorganizovane grupe iz društvene zajednice. Svakako, veoma su značajni i ratificirani međunarodni propisi – multilateralne konvencije i međunarodni sporazumi, ali i brojni modeli dispozitivnih pravnih propisa koji su nastali vaninstitucionalno, kao što su Lando načela evropskog ugovornog prava i Referentni pravni okvir prava Evropske unije (u pravnoj teoriji poznati pod nazivom “meko pravo”). U ovom kontekstu, zakonske i blanketne pravne norme (kao što su, na primer, načela ZOO: savesnost i poštenje, autonomija volja, jednakost strana, i sl.). Na sami kraj, pomenućemo ovde i moral, kako ZOO kaže: “*dobre običaje*.” Moral, shvaćen u najopštijem smislu reči, u stvarima, predstavljaju moralni kriterijum za primenu prava, ali i njegov materijalni, a

¹ Ovde navedeni društveno ekonomski odnosi iz sfere prometa robe i usluga, redosledno u zavisnosti od oblika prometa dovešće do: ugovora o prodaji, ugovora o razmeni, ugovora o zakupu, koji su posebni ugovorni obligacioni odnosi, a ostali materijalni izvori istim redosledom dovešće do nastanka obligacionih odnosa prouzrokovanja štete, do pravnih odnosa sticanja bez pravnog osnova, poslovodstvo bez naloga i na kraju jednostrane izjave volja u zavisnosti na šta se odnosi pravno će se pojaviti kao javno obećanje nagrade, davanje ponude ili njeno prihvatanje, otkaz datog ugovora i sl.

u datim slučajevima i formalni izvor. U redu nabrojanja, ne bez razloga, dobre običaje-moral navodimo kao zadnje. Razlog tome je naš izbor teme ovog rada, a tema je kako smo već ukazali moral, u svjetlu obligacionog prava. Izabrali smo moral, ciljem da pokušamo da utvrdimo njegove relacijske veze sa obligacionim pravom, s pisanim izvorima tog prava. Ovo, najpre u smislu ustanovljenja potrebe, koje ovo pravo ima, od morala, zatim u smislu posebne specifične normative veze nepisanih pravila ponašanja, kreiranih sa strane vaninstitucionalnih neorganizovanih ili organizovanih, manjih ili većih društvenih grupa ili zajednica, pa sve do nivoa celog društva kao najšire društvene, ali i političke zajednice. Kako bi utvrdili kako i na koji način ovo pravo (obligaciono) realno dolazi do potrebne pomoći koju mu moral pruža. Da bi došli do nivoa da uvidimo jasnije ove relacije, biće potrebno da najpre izložimo osnovna pitanja povezana sa moralom.

UOPŠTE O MORALU

Moral,² shvaćen, “kao oblik društvene svesti koji obuhvata jedan povezani sistem stavova, mišljenja i verovanja za ono što je dobro ili loše za društvo i za čoveka”³, kao što smo rekli, nastaje, kao i običaj, vaninstitucionalno. Tako, moral, u osnovi, ima obeležja običaja (spontanost u nastajanju; višekратно istovetno ponavljanje od više članova društvene zajednice ili celine ove zajednice; obligatornost njegove primene u određenim slučajevima; sankcioniranje povrede morala od strane same države kao i prisustvo društvene svesti za njegov značaj pogledano s aspekta društvene sredine u kojoj je stvoren). Međutim, bez obzira na podu-

² Riječ *moral* potiče od latinske riječi *mos-moris*, što znači običaj i karakter. *Pod moralom se podrazumijeva stanje stvarno vladajućih normi nekog kulturnog kruga*. Etika i moral se međusobno odnose kao teorija i praksa. Tako se moral može definirati kao “oblik ljudske prakse”, oblik aktivnog, praktičnoga odnošenja čovjeka prema svijetu, prema drugim ljudima, kao i prema samom sebi. On se manifestira u vrednosnom procjenjivanju ljudskih postupaka i zahteva kao pozitivno ili negativno vrednih (nevrednih), pri čemu se prvi odobravaju, žele, preporučuju, zapovedaju, a drugi ne odobravljaju, kude, osuđuju, zabranjuju. Osim atributa dobro – loše, u moralnim sudovima preovlađuju kategorije treba – ne treba. One izražavaju objektivnu i subjektivnu stranu moralnog fenomena. Kant: “Zvezdano nebo nad nama, moralni zakon u nama”. Nije, naime dovoljno da čovjek samo prihvaća ili poštuje moralne norme i pravila, nego treba biti sposoban i da razume i zna što treba činiti u određenim situacijama, tj. da je u stanju samostalno odlučivati i birati između brojnih mogućnosti. Moral je ljudska obaveza čijim se izvršavanjem čovjek ostvaruje kao ljudsko biće. Kao *vanjska sankcija* javlja se *društvena osuda* i isključivanje iz grupe, a kao *unutrašnja sankcija* – *grižnja savjesti*. Moralnost zahtijeva fer odnos, kako niko ne bi uzeo pravo da bude iznimka od pravila ili da sebi prigrabi prednosti koje se ne mogu na isti način priznati svim konkurentima.

³ Томислав Чокрески, *Социологија на правото*, Скопје, 1996, стр. 248. Više za odnos prava i morala vidi: Haim Perelman, *Pravo, moral i filozofija*, Nolit, Beograd, 1976.

darnosti između morala i običaja⁴, ipak se moral razlikuje od običaja. Razlika je u tome što je kod morala *element svesnosti izraženiji u znatno većem obimu spoznaje*. Prisustvo povećanog stepena svesti u suštini morala omogućava da se povećati kritički odnos u građenju stavova, mišljenja i verovanja, kao vrednosnih procena za ono što je dobro ili loše i na osnovu toga da se preuzmu određeni postupci i delovanja u saglasnosti s ovim vrednosnim procenama. Kada većina subjekata, višekratno ponavlja svesno preuzete radnje i postupke, u određenom prostoru i vremenu, *individualna svest pojedinaca se izdiže na nivou društvene (kolektivne) svesti*. S višekratnim ponavljanjem svesno preuzetih radnji i postupka množine subjekata u određenom prostoru i vremenu, *individualna svest pojedinaca izdiže se na nivou društvene (kolektivne) svesti*. To praktično znači da višestruko ponavljanje postupaka i radnje većine pojedinaca u datom prostoru i vremenu, prapraćeni svesnim odnosom ovih pojedinaca u određenoj vremenskoj tački rezultira nastajanjem tako zvanog *prosečnog morala*. Taj prosečni moral, koji nastaje na ovoj način, nije ništa drugo, nego određena *rezultanta samoniklih moralnih opredeljenja pojedinaca za sva stanja i odnose za "život", stabilnost i razvoj društvene zajednice i u kontekstu toga članovima te zajednice. Prosečni moral, u suštini predstavlja pravu meru moralnih vrednosti određene sredine.*

Ovaj vid morala, izluči većina, s jedne strane iz isključivih i očigledno manjinskog manifestiranja nemoralnosti, i s druge strane, iz natprosečnog morala svojstvenom malom broju moralno najplemenitih ličnosti. Prosečnim ljudima je nesvojstveno drastično padanje u nemoral, ali im je i nedostupno izdizanje do moralnih ideala. Međutim, upravo u svojoj prosečnosti, dominirajući moral je najrealniji i najdelotvorniji. *Prosečni moral, kako se obično kaže, je "neprikosnoveni" moralni vrednosni sud, moralno samosvesno opredelenje moralno samosvesnog prosečnog čoveka, i većine običnih članova zajednice.* Otud, proizlazi da prosečni moral, ne može čoveku niti da se "oduzme", niti da mu se "dâ", ni *sa silom da se sa njime složi*, nego da se *njemu podredi i kao takvog da ga prihvati*. U tom smislu u Bogišićevom Opštem imovinskom zakoniku Crne Gore pročitacemo: "I što nije zabranjeno može da ne bude pošteno" (član 999).⁵ Zato, nije preterano kad se kaže: "moral je polje ljudskog dostojanstva"; "Moral je bitno ljudski i s čovekom stoji i pada. I obrnuto. Čovek je bitno moralan i s moralom stoji i pada."⁶

⁴ Za ovo vidi više : *Гале Галев и Јадранка Дабовић-Анастасовска*, Облигационо право, Скопје 2009, стр. 33–39.

⁵ U ovom kontekstu vidi član 915 stav 2 citiranog Zakonika.

⁶ *Стеван Врачар*, Морално оправдање државно-правних аката, Архив за правне и друштвене науке, бр. 2, 1978, стр. 234–239; *Радомир Лукић*, Социологија морала, ГАНУ, Београд 1974, стр. 607.

Upravo u tom načinu autonomnog samoopredeljenja i prihvatanje morala, od svake osobe pojedinačno ili sa strane celine prosečnih ljudi zajedno, nalazi se osnov, da se u slučaju povrede morala, onaj koji je načinio povredu sam sebe podloži svojevrsnoj *autosankciji* (ta je sankcija sačinjena od grižnje savesti), ali i da se izloži i na *spoljašnu-društvenu sankciju* (koja je sačinjena od prezira, bojkota, gađenja i sl.) sa strane njegove neposredne, ali ponekad i šire okoline. Imajući u vidu da moral nastaje vaninstitucionalno, jasno je zašto su sankcije za povredu morala takve. Međutim, polazeći od velikog stepena izgrađenosti svesnosti o obavezi poštovanja moralnih pravila ophođenja, u slučaju njihove povrede, ne ostaje se uvek na nivou ove dve vrste sankcija. Ovo osobito, kada ove sankcije sa stanovišta širih društvenih interesa ne daju očekivani rezultat u pogledu poštovanja moralnih imperativa, na kojima u osnovi stoji bilo koje dato društvo, personalizovano u konkretnoj državnoj zajednici, odnosno u zasebnom političkom subjektu. U ovakvim slučajevima i okolnostima, povreda ovih imperativa zakonodavac te zajednice, ne ostavlja na, već pomenute, vaninstitucionalne sankcije (autosankcije i spoljašno-društvene sankcije). Pored njih, on (zakonodavac), uvodi, u domen obligacionog prava, osobito u njegovom ugovornom delu, i treću vrstu sankcije, u slučaju *pravnu sankciju*. Ona, sa svoje strane, dovodi i do posledica, u slučaju pravnih, koje su različite od onih koje proizlaze od prethodne dve vrste sankcija.

MORAL I OBLIGACIONO PRAVO

Koliko je tvrđenje iz prethodne tačke u pogledu pravnog sankcionisanja povrede pomenutih moralnih imperativa različito od njihovog vaninstitucionalnog sankcionisanja, pokazaće tekst koji sledi. – Međutim, pre nego što pristupimo analizi datog pitanja, moramo ukazati da je zakonodavac, vođen od prirode društveno-ekonomskih odnosa koje uređuje Zakonom o obligacionim odnosima⁷, prihvatio korektni pristup za njihovo uređenje. To, u smislu što je predvideo i prihvatio pravne regule, koje na respektabilnom nivou izražavaju unutrašnje ekonomske zakonitosti ovih odnosa. Tako, imajući u vidu da su to odnosi koji nastaju u prometu robe i robnih usluga ili odnosi koji su sasvim bliski i slični ovima, i koji kao takvi, zbog svoje prirode traže visok stepen fleksibilnosti i prostora za slobodno odvijanje, zakonodavac nije mogao a da na pravnom planu ne inauguriše opredeljenje za njihovu pravnu uređenost koje se zasniva na *slobodnoj dispoziciji* samih učesnika (strana) u tim odnosima. Najbolju potvrdu pomenutog, nalazimo u rešenju člana 3 ovog Zakona. U njemu se eksplicitno određuje da: “Učesni-

⁷ U slučaju reč je o makedonskom zakonu za obligacione odnose (“Службен весник на Република Македонија”, 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09 и 161/09).

ci u prometu slobodno uređuju obligacione odnose”⁸. Ovo opredeljenje, gledano sa stanovišta mesta koje zauzima u hijerarhiji odredbi Zakona o obligacionim odnosima, nije sporno da je uzdignuto na nivou jednog od njegovih osnovnih načela.

Ne dovodeći pod znak pitanja sadržaj i prirodu citirane odredbe, možemo konstatovati da je naš zakonodavac to dobro uredio. – Međutim, isti taj zakonodavac, polazeći od toga da je navedeno načelo samo jedan pravni princip, a ne vanpravna kategorija, smeštajući ga u okviru objektivnog obligacionog prava (ZOO-a) i nije mogao, a, da ne opredeli i njegove granice, do koje i u čijem okviru bi on bio primenljiv. Ovo radi na taj način što, kada reguliše da učesnici slobodno uređuju svoje obligacione odnose, istovremeno i predviđa da oni to čine “... u saglasnosti sa Ustavom, zakonima i dobrim običajima.”⁹

⁸ Iz istih razloga odredbe ove vrste ili sličnog sadržaja, kao i dikciju koja na nju upućuje srešćemo i u uporedno – pravnim sistemima starijeg i novijeg datuma u zemljama regiona, Evrope i šire. U tom smislu vidi: član 6 i 1133 francuskog Građanskog zakonika; paragraf 879 austrijskog Građanskog zakonika; paragraf 13, srpskog Građanskog zakonika ; član 15, 907, 1020 i 1022 i u 1024 Imovinskog zakonika Crne Gore; paragraf 134, 135 i 138 nemačkog Građanskog Zakonika; član 19 i 20 švajcarskog Građanskog zakonika; član 1322 stav 2 italijanskog Građanskog zakonika; član 10 ZOO-a SFRJ, član 10 ZOO-a Srbije; član 2 hrvatskog ZOO-a; član 1 Skice Zakona o obligacijama i ugovorima profesora Konstantinovića iz 1968 godine; član 4 Prednacrt Građanskog Zakonika Republike Srbije, knjiga druga, Obligacioni odnosi, Beograd, 2010 godina. Od svih ovde citiranih zakonika na slobodu ugovaranja direktno upućuju Zakon o obligacionim odnosima Švajcarije; Građanski zakonik Italije i Građanski zakonik Kraljevine Srbije. O njoj na teoretski nivo raspravlja i Aristotel, u kontekstu objašnjenja komutativne pravde. U tom smislu kod njega ćemo pročitati: “...transakcije i ugovori ... nazivaju se dobrovoljni zato što načelo ugovora je na dobrovoljnoj osnovi učesnika.” (Nikomahova etika, Peta, knjiga, III,1131-B, T.13, str. 16–168).

⁹ Ovu pravnu odrednicu na jedan ili drugi način (nekad reducirana, nekad proširena, ili nekad čak i modifikovana u pogledu elemenata koji ulaze u njen sadržaj) iz drevnih vremena pa do danas srećemo u pravnim sistemima pojedinih država koje su egzistirale ili egzistiraju u okvirima širih društveno-ekonomskih ili političkih formacija. To je razumljivo ako se imaju u vidu ekonomske, pravne, političke i tradicionalne vrednosti u datim političkim sredinama odnosno zajednicama, kao i doktrinarni, pa i teološki i filozofski pogledi koji su postojali u određenom vremenu u na određenom prostoru, a bili su prihvaćani ili ne, sa strane konkretnih političkih zajednica odnosno država. Tako, u francuskom Građanskom zakoniku ona je opredeljena izrazima kao “javni poredak i dobri običaji”(član 6). U nemačkom Građanskom zakoniku srešćemo je izrazom “dobar običaj “ (paragraf 138), kao i u austrijskom Građanskom zakoniku (paragraf 879,stav 1). U švajcarskom Zakoniku o obligacijama srešćemo izraze: “dobri običaji, javni poredak i prava vezane za ličnost” (član 19 i 20). Italijanski Građanski Zakonik, govori o tome da se sloboda volje ostvaruje “u granicama zakona” (član 1322 stav 2), ali kada je reč o osnovu (kauzi) i uslovu kod ugovora, njih smatra nedozvoljenim ako su u suprotni: “imperativnim propisima, javnog poretka i dobrim običajima “ (član 1343 i 1354, stav 1). Imovinski Zakonik Crne Gore, u članu 15, izričito upućuje na to da je sloboda ugovaranja dopuštena, ako nju ne zabranjuju “priroda, zakon ili blagonarav”, za da članom 15 u ovaj sadržaj ugradi i izraz “poštenje “, što je slučaj i sa članom 915. Kad je reč o ovom Zakoniku, treba se ukazati da on nalazi za potrebu da izraze “blagonarav “ i “poštenje” interpretira u smislu njihovog ra-

Na ovaj način, naš zakonodavac je uspeo načelo slobodne dispozicije strana u obligacionim odnosima da relativizira do potrebnog prihvatljivog nivoa, što i u stvari pravi da ono bude samo jedan od pravnih principa obligacionog prava, koji ima svoje tačno opredeljeno polje primene. Zakonodavac, postupajući na ovaj način, u utvrđivanju citiranog načela, nedvosmišljeno (kao i svi ostali moderni kodeksi iz domena privatnog prava) se distancira od doktrinarnog gledanja ovog principa iz vremena liberalnog kapitalizma, koji ga je smatrao za apsolutni princip, izdignut čak na nivo posebne teorije poznate kao: *Teorije autonomije volja strana obligacionih odnosa*¹⁰. Ova teorija, pored drugog, zastupala je stajalište da je princip autonomije volje, ispred i iznad zakona, sam za sebe dovoljan i jedino ograničen s pravom i slobodom druge strane pravnog odnosa, u kome se oni ne suprostavljaju kao *“teza i antiteza, već kao jedna harmonična celina, u kojoj se ulivaju slobodna volja i njene granice koje postoje da bi omogućili potrebnu slobodu druge strane”*¹¹

Za temu našeg rada od u prethodnoj tački citiranih tri vrsta opštih granica (“Ustav”, “zakoni”, i “dobri običaji”), za načela slobodne dispozicije, shvaćeno kao pravni princip, u našem su interesu jedino “dobri običaji”. – Ovo proizlazi iz činjenice da, upravo njihovom impelemtacijom u okviru načela slobodne dispozicije strana, omogućen je ulaz morala na načelnom nivou u citiranom ZOO-u. To je

zumevanja kao *“pravila uobičajena ljudskom”,* na koje vlast uopšte ne može da prinudi, ali zato *“narodna svest uvek osudi one koji prekorače ova pravila”* (član 785). U sovjetskom pravu iz 1962, odnosno pravo RSFSR iz 1964 pročitacemo da kao opšta granica slobode ugovaranja, ali ne i same slobode, predstavljaju *“pravila* (koja očigledno ukazuju na njihovu ideološku determiniranost prirodom političkog sistema), *“socijalističke zajednice i moralni princip društva koje gradi komunizam”* (član 4 i 5). Na ovoj liniji su i rešenja skoro svih bivših socijalističkih zemalja (Čehoslovačka, Poljska, Mađarska, Rumunija i dr.). Slično i savezni Zakon o obligacionim odnosima iz 1978 godine, sadrži opštu granicu slobode ugovaranja. U njemu (član 10) ćemo pročitati da učesnici u obligacionim odnosima *“ne mogu”* ove odnose *“uređivati suprotno ustavom utvrđenim načelima društvenog uređenja, prinudnim propisima i moralu socijalističkog samoupravnog društva.”* Što se tiče sadašnjeg stanja u pogledu ovog pitanja, hrvatski ZOO iz 2005 godine određuje da učesnici u obligacionim odnosima ne mogu njih urediti *“suprotno Ustavom Republike Hrvatske, prinudnim propisima i moralu društva.”* Srpski ZOO za takve granice predviđa *“prinudne propise, javni predak i dobre običaje”*, vraćajući se na taj način pravnom rešenju Skice zakonika o obligacijama i ugovorima *prof. Konstantinovića* iz 1969 godine (vidi član 1 Skice). Istom rešenje prihvataju i kodifikatori Građanskog zakonika Srbije (vidi član 4 citiranog Prednacrt). U svakom slučaju za ovi vidi više *Slobodan Perović, Zabranjeni ugovori*, Beograd, 1975, *Гале Галеv и Јадранка Дабовић Анастасовска*, op. cit, str. 371–426, i *Врлета Круљ*, Слoбoдa уређивања облигационих односа, Коментар Закона о облигационим односима I, Савремена администрација, 1980, стр. 50 и др.

¹⁰ O ovome vidi Slobodan Perović, op. cit. 17–18.

¹¹ U ovom pravcu vidi i: *Slobodan Perović*, op. cit., str. 17–18; Владимир Правуловић, Право на слoбoду, Привредни преглед, 1984, стр. 50–57; Врлета Круљ, op. cit., str. 50 и др.

jedno, a drugo je što njihov ulaz i implementacija. omogućeni i na drugim nivoima obligacionog prava, u njegovom normativnom obliku. Napravićemo pokušaj da na adekvatnom mestu u ovom radu objasnimo kako i na koji način citirani Zakon to uređuje. Kad smo kod *“dobrih običaja”*, kao moralnih pravila vladanja, iako sa formalno pravne tačke gledišta oni predstavljaju zasebnu vrstu opšte granice predviđene u ZOO, do koje ide sloboda uređivanja obligacionih odnosa, ipak kad se dobri običaji uzmu zajedno s *Ustavom i zakonima*, i nisu ništa drugo nego predstavljaju deo, opštepoznatog u pravnoj doktrini i u delu objektivnog prava, *javnog poretka*. *Javni poredak* na najopštiji način u slobodnoj interpretaciji se može razumeti kako svojevredni sintetiziran izraz, odnosno, rezultanta napred navedenih triju pojava vrsta opšte granice slobode dogovaranja, koje poznaje naše pravo ali i drugi pravni sistemi¹². Ulazak dobrih običaja u javni poredak kao zajedničkog imenitelja opšte granice slobode dogovaranja, omogućuje da se pri postojanju povrede dobrih običaja, pravni odnos sankcioniše na isti način, kao i u slučaju povrede ustava ili zakona. To znači da je i u ovom slučaju sankcija ista, i svodi se na to da obligacioni odnos potpuno ili delimično bude oглашен ništavim i kao takav ostane bez pravnog dejstva od momenta njegovog postanka. Zbog toga, dalje, čin sankcionisanja konačno završava s obavezom da se stvari iz obligacionog odnosa vrate u njihov prvobitni položaj (po pravilu naturalno a u isključivim situacijama i vrednosno). Da je ovo tačno, vidi se i iz pojedinačne i kumulativne analize sadržaja norme sadržane u članu 95 do 97 Zakona o obligacionim odnosima¹³. Pri tom, za izricanje ove sankcije sve što se traži jeste da se utvrdi – konstatuje, da je pri uređenju obligacionog odnosa došlo do povrede datog moralnog pravila vladanja.¹⁴ Upravo imajući u vidu težinu povređenog moralnog pravila, shvaćenog kao *“dobrog običaja”*, a koje, u datim okolnostima i redovnim tokom delovanja pri uređenju obligacionih odnosa, se ne očekuje da bude povređeno, zakonodavac unosi u polje javnog poretka društvene, i političke, zajednice. Ovo je i razlog

¹² Vidi više: Slobodan Perović, *Zabranjeni ugovori*, Beograd, 1975, стр. 99–165; Dragoljub Stojanović, Sloboda ugovaranja i javni poredak, Arhiv za pravne i društvena nauke, br. 3, str. 388–391; P. Rastovčan, Moral, dobri običaji i zloupotreba prava u građanskom pravu., Zagreb, 192; Врлета Круљ, оп. цит., стр. 50 i dr.; Jelena Vilus, Opšti uslovi formularnih ugovora, Beograd 1976, str. 57–88; Борислав Благојевић, Уговори по пристаку, Београд 1934, стр. 18–19 i dr.; Врлета Круљ, оп. cit., 50 i dr.; Гале Галев и Јадранка Дабовић Анастасовска, оп. cit., стр. 398–411.

¹³ Ovaj vid sankcije je karakterističan za sve navedene zakonske akte u uporednom pravu i ne samo za navedene. Sankcija je potpuno ista ili su pravne posledice predviđene i u makedonski ZOO.

¹⁴ Ovo može da se traži od Javnog tužioca, ali na ništavnost može da se poziva i svako lice koje ima pravni interes (uključujući i strane obligacionog odnosa). I, sam sud, po službenoj dužnosti, pazi na ništavnost kad odlučuje za konkretni obligacioni odnos (v. član 101 ZOO).

zbog čega Zakon pravnu posledicu nejkove povrede, učinjene u datim okolnostima, izjednačuje sa pravnim posledicama povrede Ustava ili zakona.

Pored uvođenja morala kao kriterijuma za donošenje presude i izvora obligacionog prava, na napred navedeni način (za potrebe našeg rada nazvan prvim), koji se kako smo već videli karakteriše svojim načelnim karakterom i iz čega proizlazi veći stepen njegove apstraktnosti, moral kako smo već najavili, zakonodavac aplicira i na druge načine. Jedan od tih načina, neka za potrebe ovog rada bude nazvan drugi način, unošenja “dobrih običaja” u normativni deo ZOO, ostvaruje se preko njihovog neposrednog ugrađivanja u tačno opredeljene pravne institute. Tako, potrebu poštovanja morala ugradio je u odredbe Zakona gde su pravno uređena pitanja povezana s *predmetom, osnovom, i uslovom*, kao tri osobito značajna pravna instituta, tesno povezana zaključivanjem ugovora. Ugovori, shvace ni kao osnovni pravni instrument za uređenje društvenih odnosa u sferi prometa robe i robnih usluga, ali i ostalih, tesno povezanih, odnosa. Obzirom navedenog značenja ovih odnosa, postaje razumljivo što postupanje suprotno od zahteva za poštovanje “dobrih običaja”, kao moralnih zapovedi, kod bilo kojeg od ova tri instituta predmeta, osnova i uslova ugovora, Zakon sankcioniše s *potpunom ili delimičnom ništavosti ugovora*. Tako možemo pročitati u Zakonu da “kada je predmet obaveze nedozvoljen” ili “ako je osnov nedozvoljen” “ugovor (u oba slučaja, prim. aut..) je ništavan.”¹⁵ U svakom slučaju nedozvoljenost, kao što smo već pomenuli, kod predmeta i osnova ugovora proizlazi iz njihove suprotnosti s “...dobrim običajima.” Slično ovome je i ono rešenje, koje se odnosi na nedozvoljenost uslova. Po njemu: “Ništav je ugovor u kome je postavljen odložen ili raskidan uslov u suprotnosti..”, sa “...dobrim običajima” (član 67 ZOO)¹⁶.

Sledeći, nazovimo ga za potrebe rada, treći način unošenja morala u zoni Zakona o obligacionim odnosima, zakonodavac čini, tako što je u Zakon uredio više principa, koji su činom pravnog uređenja postali pravni. Ipak, ovi principi su suštinski gledano i dalje zadržali svoju moralnu osnovu i moralni karakter. Ovo postaje vidljivo, ako pažljivo prosledimo pojedinačna pravna rešenja normativnog dela ovog Zakona, u kome su gorenavedeni principi, i, dobili svoju konkretizaciju. To je i razumljivo ako se ima u vidu da je navedena moralna osnova jedino inkorporirana u data pravna rešenja mogla da sačuva i dobije svoj spoljašni izraz. U produženju našeg izlaganja, akcent ćemo staviti na neka od ovih načela, gleda-

¹⁵ U vezi predmeta obaveze, vidi: član 41, u vezi s članom 38 stav 2 i članom 39 i 44 ZOO, a sto se tiče osnova ugovora, vidi: član 44 u vezi sa članom 43 stava 2 istog Zakona.

¹⁶ Citirane norme povezane ništavnošću ugovora, proizišlom povredom dobrih običaja u odnosu na predmet, osnov ili uslov jednako su primenljive i kada je došlo do povrede Ustava i prisilnih propisa.

no kroz prizmu pojedinačnih rešenja, u kome načela na konkretno realnom nivou sadržinski potvrđuju svoju pravnost, ali istovremeno manifestiraju i njihovu moralnost. Našu ćemo pažnju za potrebe ovog rada, a povezano s izborom naslova, zadržati na sledeća načela ZOO: *ravnopravnost učesnika obligacionih odnosa* u kontekst tome i još *i jednakoj vrednosti njihovih uzajamnih davanja; savesnosti i poštenju*; i na kraju, *pravičnosti*, shvaćeno pretežno kao korektivno moralno načelo. Ova načela su izabrana iz jednostavnog razloga što ona, prema svom obimu i sadržajem implementacije u normativni deo ZOO, najbolje pokazuju stepen integracije moralnosti u domenu obligacionog prava, ali i šire.

S ciljem da što jasnije proučimo prvo načelo, u dva njegova pojavna oblika: ravnopravnost strana i jednaka vrednost davanja, biće potrebno da kažemo da su tesno povezani s bazičnom jednakošću prisutnoj u društvenim ekonomskim odnosima, ili bliže u robno-novčanim delom tih odnosa (u njihovom potpunom obliku: uzetom kako statika i dinamika, ali i šire). Ali, kada je reč o pravu, ova se jednakost, uvek javlja kao izveden oblik. U našem slučaju, u obligacionom pravu, shvaćenom kao sistem normi za uređenje prometa, kao dinamični deo robno-novčanih odnosa, a i šire, jednakost susrećemo i prepoznajemo: prvo, kao ravnopravnost učesnika obligacionih odnosa, ili kako ZOO kaže: "Učesnici obligacionih odnosa su ravnopravni" (član 4); i drugo, kao načelo jednake vrednosti davanja, za koje, isti ovaj zakon, kaže: "U zasnivanju i ispunjenju dvostranih ugovora, strane se pridržavaju načela jednake vrijednosti uzajamnih davanja" (član 8). Ovo, nesporno ukazuje da je reč o dva pojedinačna načela, međutim ona se javljaju kao dve strane jedne celine: prvo, kao jednakost viđena sa aspekta položaja strane o obligacionim odnosima, i drugo, jednakost viđena kao jednakost vrednosti koje oni razmenjuju.

Govoreći pojedinačno o jednakosti, u pravnom i moralnom značenju, strana obligacionih odnosa, ona se na najopštiji plan izražava, tako što se između strana ne dozvoljava bilo kakva nadređenost i podređenost. Praktično, ovo znači da ni jedna strana pri nastajanju obligacionih odnosa nema mogućnost da diktira obuhvat i sadržaj tog odnosa. U fazi izvršenja nije dozvoljeno bilo kakvo favorizovanje jedne u odnosu na drugu stranu. Tako, u delu ispunjenja obaveza, dužnik je obavezan da izvrši obavezu onako kako ista glasi i poverilac može zahtevati, samo takav način izvršenja (član 296. ZOO). Tako, na primer, ako je predmet obaveze dužnika predavanje određene stvari, onda je on obavezan da izvrši predavanje upravo te stvari a, sa druge strane, poverilac ima pravo da zahteva isporučenje samo te konkretne stvari. Svako drugo postupanje bi značilo povredu obligacionog odnosa, a ne njegovo pravilno ispunjenje, osim ako do tog nije došlo uzajamnom saglasnošću ugovornih strana. Ovo zadnje, ne predstavlja ništa drugo već zamenu realnog ispunjenja obaveza i, kao takvo, je dozvoljeno (čl. 279 ZOO).

Ako se radi o dvostranom obavezujućem odnosu, ni jedna od strana nije dužna da ispuni svoju obavezu ako druga strana nije ispunila svoju ili ako nije spremna da to učini istovremeno (član 111 ZOO). I u ovom slučaju, do odstupanja može doći samo uz saglasnost dveju strana iz obligacionog odnosa. Dalje, do otpuštanja duga (član 333 od ZOO) i do novacije (čl. 344 od ZOO), kao dva odvojena načina koji dovode do prestanka obligacionih odnosa, ne može doći jednostranom izjavom bilo koje strane u ovim odnosima. Suprotno tome, za njihovo punovažno nastajanje uvek se traži saglasnost dveju ugovornih strana. U svakom slučaju, postoji opšte pravno pravilo (za koje ne treba sporiti da je u isto vreme i moralno), a prema kojem; *“Učesnici u obligacionom odnosu su dužni da izvrše svoju obavezu i odgovorni su za njeno ispunjenje”*. To dalje znači da ni jedna od strana ne sme jednostrano odstupiti od svoje obaveze, niti izbeći odgovornost ako do tog odstupanja, ipak dođe. Pri ovakvom stanju, razumljivo je i opredeljenje izraženo u produženju ovog pravila, koje se svodi na to da se; *“Obaveza može ugasiti samo uz saglasnost volja učesnika u obligacionom odnosu ili na osnovu Zakona”* (član 10 iz ZOO). Posle svega ovog, ostaje da zaključimo da je ovo načelo konsekvantno implementirano u Zakon o obligacionim odnosima, ne samo u navedenim slučajevima nego, i u odnosu celine Zakona, odnosno u pogledu svih vrsta obligacionih odnosa uređenim njime (ugovori, odnosi koji nastaju prouzrokovanjem štete, poslovođstvom bez naloga, sticanje bez osnove i sl.) ali i opširnije. Pri ovakvom stanju ne treba se čuditi što do odstupanja od ovog načela može doći samo uz *“saglasnost strana”* i *“na osnovu zakona”*. Primer za ovo zadnje nalazimo u članu 114 ZOO.¹⁷

Sve u svemu, zaključak u odnosu izloženog ovde ne može biti drugi osim da je ovakva uređenost podjednako odgovarajuća kako sa ekonomskom prirodom obligacionih odnosa, koji zahtevaju ovakvo pravno uređenje istih, tako i sa zahtevima proizašlih iz moralnih imperativa, kakav je i imperativ citiran na početku i uzet kao moto ovog rada.

Drugi oblik izražavanja jednakosti, pravno naslovljen kao: *“Princip jednake vrednosti davanja,”* već smo rekli, za razliku od prethodnog tipa, na kojem je akcent stavljen na ravnopravnost strana u obligacionom odnosu, sada, vidljivo i iz njegovog naziva, naglasak je stavljen na vrednosti koje se razmenjuju između ovih strana u obligacionom odnosu. Zbog toga, što oba aspekta imaju istu ideju:

¹⁷ Prema njemu, kad je ispunjavanje obaveze u roku suštinski deo ugovora (prema volji strana ili prema prirodi posla), pa dužnik ne ispuni obavezu u datom roku, dogovor se raskida (presta je) prema samom zakonu, osim, ako poverilac bez odlaganja informiše dužnika da zahteva ispunjavanje ugovora (stav 2). Sve što je van ovoga znači njegovu povredu, i, shodno time, za nju sledi i odgovarajuća materijalna sankcija, odnosno, odgovornost za počinilaca povrede, koje je pravna ali, istovremeno i moralna.

jednakosti u obligacionim odnosima i može se reći da se oni međusobno ne isključuju, već se naprotiv nadopunjuju.

Vraćajući se na ovaj drugi aspekt jednakosti u želji da jasno naglasimo njegov vrednosni aspekt ravnopravnosti u davanju učesnika u obligacionim odnosima upućujemo najpre na zakonsko rešenje iz člana 8 .ZOO. U njemu se izričito kaže: *“U osnivanju dvostranih ugovora, učesnici polaze od načela jednake vrednosti uzajamnih davanja”*. Ne treba ponavljati, da su uzrok za ovo već pomenuti robo-novčani odnosi kao bazični odnosa u okviru tržišne ekonomije. Zbog ovakve prirode ovih odnosa vlasnici u statici osim faktičke i pravne vlasti na stvari koje su prisvojili iz prirode ili sačinili svojim radom, znanjem i inventivnošću, razumljivo postaje opredelenje na pravnom nivou putem određenih odredbi da im to bude priznato i u delu dinamike tih odnosa. Tako, ako se uzme da je određena stvar dok se nalazi u statici vrednosno izražena u opredeljenom broju novčanih jedinica (primer 100) onda, kada se ta ista stvar stavi u dinamiku, odnosno u promet, da bi se uspostavila vrednosna ravnoteža u imovini dveju strana iz odnosa, potrebno je da primalac ove stvari (u slučaju kupac) vlasniku koji mu je predao (u slučaju prodavac) isplati isto toliko novčanih jedinica (100) koje su jednake broju novčanih jedinica (isto 100) koje je kao vrednost imao dati, pre ili u momentu predavanja stvari. U ovakvom slučaju, strane iz odnosa, pored jednakosti i ravnopravnosti koje imaju u pogledu svih drugih pitanja, one sada, posmatrane i kroz prizmu vrednosti koje razmenjuju, postaju jednake i ravnopravne. Ono što recimo prodavac gubi, kao pravo nad predmetom koji prodaje, dobija nazad, putem razmene kao novčanu vrednost koja je jednaka vrednosti njegove stvari, dok kupac, isplaćenu novčanu vrednost za kupljeni stvar supsituiru (zamenjuje) dobijanjem stvari u svojinu. Krajnji rezultat ove razmene je to što su obe strane iz odnosa uspostavile isto stanje, koje su imale pre pristupanja razmeni¹⁸.

¹⁸ Izneseno ovde dovoljno jasnu upućuje na moralnu komponentu ugrađenu u načelu jednake vrednosti davanja. Ovo, korespondira i komutativnom, odnosno razmenschkom pravdom, poznata još i kod Aristotela. Naime on, u svom deli *Nikomahova etika*, makedonski prevod, 2003, (koje nastaje krajem trećeg veka p.n.e.) o ovom vidu pravde govori na više mesta u Petoj knjizi. Tako, prema njemu, pored distributivne pravde, koja se vrši geometrijskom raspodelom prema individualnim zaslugama, statusu, pripadnosti i sl. (vidi II, 1130-b, t. 12, str. 165–165) postoji i komutativna pravda. Nju, Citiranoj tački 12 i u sledećoj (13) uvodi tako što kaže *“dok se drugi oblik* (misli se na komutativnu pravdu, zab. autora) *izražava kao poravnanje trgovačkih transakcija i ugovora”*. Ovaj oblik se doobjašnjava u sledećoj tački 13 (str. 166). Ovo u tom smislu što će reći: *“Ovaj oblik ima dva dela: deo transakcija i deo ugovora su dobrovoljni, dok je deo nedobrovoljni”*. U produžetku ove tačke, u dobrovoljne uključuje kupnju, prodaju, lihvarstvo, najam, dok u nedobrovoljne uključuje: prikrivene, tajne ugovore, krađe, bračnu prevaru, proizvodnju otrova, podvođenje, zarobljeništvo, podmukla ubistva, lažno svedočenje, kako i nasilja kakve što smatra: telesno mučenje, okovljanje, ubistvo, pljačku, osakaćivanje, klevetu i navredu (tačka 13). Zadnji oblik, u stvari odnosi se na ugovorne i

Kada smo kod ovog načela, zaslužuje da se ukaže i na to da se od njega može odstupiti samo uz uzajamnu saglasnost strana što je, svakako, u saglasnosti sa načelom slobodnog uređenja obligacionih odnosa, a van toga, isključivo kad to dopušta zakon. U tom smislu i zakonodavac propisuje da: “*Sa zakonom se određuje u kojim slučajevima narušavanje načela ZOO povlači pravne posledice*” (12-a ZOO). Tako, u saglasnosti sa Zakonom o obligacionim odnosima, dopušteno je da se odstupi od jednakosti vrednosti koje se razmenjuju ali samo ako se s tim odstupanjem ne dođe do “*prekomernog oštećenja*”. Pri tom Zakon smatra da postoji prekomerno oštećenje jedne u odnosu na drugu stranu iz obligacionog odnosa, ako između uzajamnih davanja ovih strana postoji “*očigledni nesrazmer*”. Ako postoji, ovde zahtevan, očigledni nesrazmer između uzajamnih davanja, što je svakako stvar koju sud treba utvrditi, i ako oštećena strana ulaskom u odnos nije znala, niti je morala znati, za postojanje očiglednog nesrazmera, ista ta strana ima pravo zahtevati poništenje tog odnosa (rušljivost ugovora), osim u slučajevima kada druga strana ponudi dopunjavanje do istinske vrednosti (član 128 iz ZOO). Kako bi do kraja bila zaštićena oštećena strana i u situaciji kada bi se ona još u vreme nastajanje obligacionog odnosa otkazala da traži poništenje ugovora, to odricanje ostaje bez ikakvog pravnog dejstva. Očigledan nesrazmer pod uslovima postojanja lihvarskih ugovora (član 129 ZOO) je uzrok koji se takođe sankcioniše, ali u ovom slučaju, ne sa mogućim njegovim poništavanjem, već sa mogućnošću da delimično ili potpuno bude proglašen ništavnim, osim ako obaveza oštećene strane, u međuvremenu, bude smanjena na pravični iznos. U tom slučaju, ako je to moguće, sud može da dozvoli da odnos, ali sa odgovarajućom izmenom, ostane na snazi (t.j. da se konvalidira). Pored poništavanja i ništavnosti u slučaju kršenje principa jednakosti, može doći do raskidanja ugovornih obligacionih odnosa zbog promenjenih okolnosti. Do prethodno navedenog dolazi pri

vanugovorne delikte (podela poznata i danas). Inače on, na komutativnu pravdu se bliže zadržava u pod IV, 1132-b tačka 14, str. 170–171. Ovde izrično kaže “*Kada nema niti manje niti više, nego se ostvaruje i to preko istog, u jednakoj meri, onda kažu da svako ima svoje, pa niko niti je oštećen, niti ima dobit ili zaradu; u tom smislu pravedno pri dobrovoljnu razmenu takvih delatnosti je srednja mera, između zarade i štete, a to znači –ako se imalo jednako ranije, da se ima i kasnije, odnosno – da bude jednako prethodnim koje je sledeće*”. Ali na istu temu osvrće se prethodno u pod III, 1131-b, tačka 4, str. 166, tako što će reći “*Jednakost se prepoznaje i po najmanje činioce, a to je pod brojem dva. Nužno je sad da pravedno bude i srednje i jednako, i prema nečemu i prema nekima, a ako je nešto srednje, onda je sredina na nekim stepenima (a to su “više” i “manje”); a ukoliko je jednako, jednako prema dve stvari; ukoliko je pravedno, pravedno je prema nekim osobama*”. Kod njega isto tako možemo pročitati i ovo: “*Ono što je pravedno u privrednim transakcijama – predstavlja nešto jednak*” (pod IV, 1132-a, t. 3, str. 168), za dalje u tačku 9 (str. 169) da doda i ovo “*jednako, je i srednje, između većeg i manjeg, i to prema aritmetičkoj analogiji. Upravo i zbog ovog se kaže “pravično” zato što je “na dve podeljeno.*”

postojanju uslova predviđenih u odredbi člana 122 Zakona o obligacionim odnosima. Za kompletan uvid u ovim uslovima integralno prenosimo pravilo stava 1 ovog člana, u beleški koje sledi¹⁹. Iz iznesenog u toj odredbi, ne treba biti sporno da je njena sadržina u saglasnosti sa poznatom u pravnoj teoriji, još od vremena postglosatora, u objektivnom pravu i sudskoj praksi klauzulom nazvana "*clausula rebus sic stantibus*";²⁰ nasuprot krute postavljenosti pravne maksime poznate još iz rimskog prava: "*pacta sunt servanta*." Prema ovoj maksimi, jednom postignuti sporazum, treba da ostane nepromenjen tekom njegovog postojanja i kao takav da se sprovede, bez obzira na to što posle je njegovog kreiranja došlo do promene okolnosti pod kojima je isti nastao. Međutim, iz pravnog i moralnog stanovišta, prihvatljivija je odredba o promenjenim okolnostima, pod uslovima utvrđenim u objektivnom pravu (ZOO), nego da ugovor i pri realnom postojanju ostane nepromenjen.

Želeći da izlaganje za prisutnost načela ekvivalentnosti, na koje insistira naš ZOO, privedemo kraju, ovde ćemo prezentirati samo, još, i rešenje člana 126 Zakona o obligacionim odnosima. Naime, prema njemu: "*Kada ispunjenje obaveze jedne strane u dvostranom ugovoru postaje nemoguće zbog događaja za koji ni jedna ni druga strane nisu odgovorne, gasi se i obaveza druge strane, a ukoliko je ona ispunila deo svoje obaveze, može da potraži povratak stečenog u saglasnosti sa pravilima o neosnovanom obogaćenju*"²¹. Povratak o kome govorimo je naravno, posledica potrebe za uspostavljanje prvobitnog stanja u imovinskoj sferi ugovornih strana. Bez toga bi imali stanje povrede i poremećaja imovinskih vrednosti strana spomenutog obligacionog odnosa. U tom pogledu, imovina jedne od strana bez postojanja pravne i moralne osnove, da se poveća za onoliko, koliko bi imovina druge bila neosnovano smanjena. To, posmatrano iz perspektive Aristotelove komutativne pravde, i ne bi bilo šta drugo, već njegovo grubo kršenje i transformacije u nepravdu. Na kraju izlaganja o načelu ekvivalentnosti uzajamnih davanja, zaslužuje, pa i samo kako bi podsetili, reći da ZOO ne insistira na njemu samo kod teretnih ugovora, već i kod drugim obligacionim odnosima, mada ne u to-

¹⁹ "Ako nakon sklapanja ugovora, nastanu okolnosti koje otežavaju ispunjenje obaveza jedne strane ili kada zbog istih ne može da se ostvari cilj ugovora, a u prvom i u drugom slučaju u toj meri da ugovor očigledno ne zadovoljava očekivanja ugovornih strana i da bi, prema opštom mišljenju, bilo nepravedno njegovo održavanje na snazi, takav kakav je, strani kojoj je otežano ispunjavanje obaveza, ili strani koja zbog promenjenih okolnosti ne može da ostvari cilj ugovora, može zahtevati raskid ugovora" (član 122, stav 1, ZOO).

²⁰ Za to vidi više kod: *Ђorђе Cobelić*, Promenjene okolnosti u privatnom i u građanskom pravu (*Clauzula rebus sicstantibus*), Savremena Administracija, Beograd 1978.

²¹ U kreiranju ovakvog pravnog rešenja, ispunjeno i moralnim sadržajem, zakonodavac, čini se, i u ovom slučaju, stiže do komutativnu pravdu *Aristotela*, za koju je, već bila reč.

likoj meri. Primer predstavljaju pravila Zakona o obligacionim odnosima koji se odnose na sticanje bez osnova (čl. 199 - 208), kao i ona koja regulišu odnose koji nastaju prouzrokovanjem štete (čl. 141, 174, 178 - 179, 181, itd.).²² Ali, potrebno je reći da i u ovim odnosima odnosno slučajevima, može doći do odstupanja od načela jednakosti, samo ukoliko postoji saglasnost strana obligacionog odnosa i svakako, kada to zahteva zakon i pravičnost u njemu ugrađena²³.

Savesnost i poštenje, isto kao i jednakost, shvaćena u svoja dva pojavna oblika iznesena ranije, je princip pravne ali i moralne prirode. – Prisustvo moralnosti u okviru ovih principa ukazuje na dve stvari: prvo, na bliskost prava i morala i drugo, da pravo nije uvek pogodan i dovoljan instrument za uređenje svih društvenih odnosa. Ono što je nemoguće učiniti pravom, postaje moguće pri inkorporiranju u jednu celinu pravnog, moralnog i, rekli bi, psihičkog. Inkorporiranost ovih triju, u osnovi, različitih kategorija dovodi nas do jednog od najznačajnijih načela obligacionog prava, ali i šire: načelo savesnosti i poštenja. Ovo načelo, u osnovi, ima funkciju dopune pravnih normi, a po potrebi i koregiranje istih, da bi ih na taj način saobrazilo sa moralnim imperativima društvene, odnosno političke, zajednice. Pri tom, potrebno je ukazati da se u ovom slučaju susrećemo sa načelom koje nije "gotov šablon koji sudija primenjuje na konkretno datu faktičnu situaciju". Naprotiv, moglo bi se reći da savesnost i poštenje, u sustini "predstavlja blanke normu sa čijom pomoći se na konkretnu faktičku situaciju primenjuju drugi društveni principi pravnog poretka i etičkih maksima"²⁴. Pri tom, kada se radi o obligacionom pravu i posebno njegovom ugovornom delu, savesnost i poštenje, u njegovom okviru postoji onda kada određeni učesnik u obligacionom odnosu svojim ponašanjem nije imao nameru da povredi interes drugog učesnika iz tog odnosa, niti je znao ili je mogao znati da se tim ponašanjem vrši povreda datog interesa, odnosno prava. Iz ovog jasno proizlazi da se u ovom slučaju govori o kategoriji koja je po svojoj suštini unutrašnja psihička pojava jednog, drugog ili istovremeno oboje učesnika u obligacionom procesu. Ali, nezavisno od toga, ona se ne ceni pojedinačno, a to znači od konkretnog ponašanja svakog učesnika, nego prema tome da li je učesnik postupao skladno potrebnoj pažnji koja se od njega traži u određenom odnosu ili, drugačije rečeno, da li je postupao skladno određenom standardu. Savesnost i poštenje, utvrđeno na ovaj način, se u velikoj meri objektivizira

²² Na neki način i za ovo se možemo pozvati na *Aristotela* (Nikomahova etika, str. 170, t. 10–13).

²³ O ovome vidi član 156 (odgovornost na osnovu pravičnosti); član 180 (smanjivanje naknade); član 181 (podeljena odgovornost); član 256 (krivica poverioca) i dr.

²⁴ Vidi, *Dragoljub Stojanović*, *Savesnost i poštenje*, 1973, Savremena administracija, Beograd, strp. 7–8.

i, kao takvo, postaje *pogodan kriterijum* za uređenje, a u slučaju spora i razrješavanja, svih spornih pitanja iz datog obligacionog odnosa. To dalje, sa svoje strane znači i obezbeđenje višeg stepena *pravne sigurnosti* subjekata iz tog odnosa a i opširnije. Ovo zadnje, predstavlja njegovu posebnu vrednost koja, zajedno sa drugim njegovim funkcijama, pravi više nego potrebno njegovo postojanje u okviru robne ekonomije. Tako, ne treba se čuditi što Zakon o obligacionim odnosima podiže savesnost i poštenje na rang jednog od svojih osnovnih načela. To radi na način što u svom članu 5 izričito kaže: “U zasnovanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa učesnici su dužni da se pridržavaju načelu savesnosti i poštenja”. Pored ove načelne odredbe, postoje i druge odredbe u Zakonu o obligacionim odnosima, koje na jedan ili drugi način upućuju na savesnost i poštenje²⁵ što sa svoje strane govori o tome koliki značaj zakonodavac pridaje ovom načelu i o tome koliki je njegov doseg i dejstvo u pravu.²⁶

Koliko, u suštini, ovo načelo ima značajno mjestu u pravu, uzeto kao njegov vrednosni odnosno moralni kriterijum potreban za pravilno presuđivanje pri primeni odredba objektivnog prava, posebno onih iz njegovog prometnog dela, govori i činjenica da ono, još iz davnina do današnjeg dana, nalazi svoj izražaj u pravu²⁷. Poseban značaj ovo načelo dobija u pravnim kodeksima iz XIX veka, i njega zadržava do danas. Ali, ne samo to: ovo načelo, zbog već iznetih razloga, srećemo i u međunarodnim pravnim aktima, ali i u vaninstitucionalnim modelima takvih akata.²⁸

²⁵ Kao primere za ovo vidi ZOO članove: 47, 49, 53., 66/4, 125, 79, 85, 100,107, 112, 211, 213, 212, 203, 215, 228, 253, 431, 508, 577, 584, 636, 718, 739, 770, 779, 807, 832, 853, 874, 882, 888, 924, 988 i član 1088.

²⁶ Više o ovom načelu vidi: *Оливер Антућ*, *Облигационо право*, Београд, 2009, стр. 39–43; *Jožef Salma*, *Obligaciono pravo*, Novi Sad, 2007, str. 152-160; *Gale Galev*, *Načelo savesnosti i poštenja*, Zbornik Pravnog fakulteta sveučilšta u Rijeci, broj 3, Rijeka, 2003, str. 223–236; *Гале Галев и Јадранка Дабовић-Анастасовска*, *Облигационо право*, Скопје, 2009, стр. 73–95; *Dragoljub Stojanović*, *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga prva, Novi Sad, 1980, str. 107–131 i dr.

²⁷ Naime, pojmovi “*savesnost*” i “*poštenje*,” postoje još iz vremena Rimskog prava. Oni su u stvari izvedeni iz izraza: “*Fides*” i “*Bona*”, za kojih se, u slobodnoj interpretaciji, može reći, da označavaju “*vernost*”, odnosno “*održavanje date reči*.” Suprotan je izraz “*Mala fides*”, shvaćen u smislu “*Dolus*” (“*krivica*”).

²⁸ U tom smislu vidi: član 1134 i 1135 i osobito član 1152 Novele iz 1975 francuskog Građanskog zakonika; paragraf 914 noveliranog teksta austrijskog Građanskog zakonika; paragraf 13 srpskog Građanskog zakonika; član 785 Imovinskog zakonika Crne Gore; paragraf 242 njemačkog Građanskog zakonika; član 1134–1135, 1337, 1366 i 1375 italijanskog Građanskog zakonika; član 6, Knjiga 6, nizozemskog Građanskog zakonika; tačka 19 iz definicija Jednoobraznog trgovačkog zakonika SAD-a; član 6, stav 2 ruskog Građanskog zakonika iz 1994-2001; član 12 ZOO-a SFRJ iz 1978 godine; Uzansa 3 iz Opštih uzansi o prometu iz 1954, donete sa strane Glavne arbitraže, pre-

Pravičnost, kao zadnji princip na kojem se u ovoj prilici zadržavamo je isto kao i prethodna dva principa, pravna i moralna kategorija; i to u tom smislu što se ono javlja kao osnovni korektiv jednakosti u slučaju kada zadnja vodi ka nejednakosti – učesnika u pravnom prometu. Pri jednom takvom stanju, otstupanje od jednakosti ne znači i povredu te jednakosti nego, reklo bi se, njeno realno uspostavljanje. Zato ćemo u pravnoj teoriji sresti da: “Pravičnost u svojoj osnovi predstavlja put ka jednakosti sa posredstvom nejednakosti.”²⁹

Ovaj princip, shvaćen na ovde izloženi način, kako i prethodna dva je odraz i potreba osnovnih društveno ekonomskih odnosa kao i obligaciono pravnih odnosa, koji iz njih proizlaze, u kojima strane, iako su formalno pravno jednake i ravnopravne, ipak gledano iz aspekta njihove ekonomske moći, ili nekih drugih okolnosti i razloga, ponekad mogu da se nađu u stanju koje otežava njihov položaj u obligacionom odnosu. Pri takvom stanju, izlaz koji može da uspostavi suštinsku jednakost subjekata u obligacionim odnosima, ali i šire, makar ona i bila relativna, nalazi se u *pravičnosti*, shvaćena kao *moralno i korektivno pravilo jednakosti*. To, u smislu što ona, uvek kada je to potrebno, treba biti uzeta u obzir pri rešavanju konkretnih pravnih slučajeva, da bi se sprečila pogrešna primena prava, a sa druge strane da bi se omogućilo, ostvarenje željene jednakosti odnosno jednako raspoređivanje pravde u konkretnim situacijama odnosno slučajevima. Svako postupanje suprotno ovome, ne samo što bi vodilo ka povredi spomenute jednakosti subjekata, već bi dovodilo i do gubljenja poverenja u pravni sistem i porudak društva, odnosno političke zajednice. Ovo zadnje, svakako, složićemo se, ne bi bilo željeno stanje. Nasuprot tome, pravičnost kao moralan princip, primenjena samo na neki od načina koji će biti izloženi (a posebno zadnjem od njih, a još i zajedno sa preostalim sličnim moralnim principima), ima funkciju “*kohezionog društvenog faktora*” i kao takav “*jača privezanost članova društvene zajednice prema samoj zajednici ili posebnim njenim delovima...*”³⁰

imenovane kasnije u Vrhovni privredni sud SFRJ. Od međunarodnih pravnih akata upućujemo na sledeće: član 6 Konvencije ugovora o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. član 4 stav 1 UNIDROIT Konvencije o trgovačkom zastupanju u međunarodnoj prodaji robe iz 1983; član 4 (1) Konvencije o faktoringu; član 1(1) Konvencije o međunarodnom finansijskom lizingu; član 7(1) Konvencije (Ujedinjenih Nacija) za prenos potraživanja u međunarodnoj trgovini iz 2001. U pogledu vaninstitucionalnih pravnih akata izdvajamo Principe evropskog ugovornog prava (Lando načela) i iz njih član 1.201, član 1.102, član 4.103, član 4.107, član 4.109, član 4.119, član 4.115, član 4.117, član 4.118 stav 1 i 2, član 5.102 stav 1, tačka g., član 6.102 i dr.

²⁹ *Asen Grupče*, Mesto u uloga morala u imovinskom pravu, radničkom samoupravljanju (odnos prava i morala), Beograd, 1982, str. 47–65.

³⁰ *Asen Grupče*, op. cit., str. 58.

Ako se ovo ima u vidu, onda nije čudno što u Zakonu o obligacionim odnosima postoji relativno veliki broj pravnih normi, koje, kao što je slučaj sa načelima izloženim gore, eksplicitno upućuju na pravičnost kao moralno i istovremeno korektivno pravilo za rešavanje određenih pitanja i slučajeva uređenim ovim odredbama.³¹ Cilj zakonodavca je ovde jasan. On je, svesan da zakonska pravila, zbog relativnog stepena njihove generalnosti (što je i uobičajeno), a ponekad i zbog njihove nedorečenosti do kraja, ili, iz nekog drugog razloga, nisu uvek dovoljna da bi sud odnosno drugi odgovarajući organ, samo na osnovu njihove striktnne primene, uvek mogao pravilno rešiti sporni slučaj, već upućuje na to da sud ili drugi organ ima u vidu pravičnost koju treba ugraditi u datu normu. Ovo sa razlogom, da bi sa njenom pomoći odnosno primenom došlo do pravilnog razrešenja spornog pitanja odnosno konkretnog slučaja. Kad smo kod ovog, ne može, a da se ne podsetimo, kako je na ovo pitanje gledao jedan od najpoznatijih i znamenitih antičkih filozofa Aristotel. Naime, on je za zakone, sa jedne strane i pravičnost, sa druge, rekao sledeće: *“Suština pravičnosti je u tome da ispravi zakon tamo gde on, zbog svoje opštosti, nije potpun.”* Na ovo, će dodati i: *“Zakon ne može predvideti celokupnu raznolikost. Sudija, će se poslužiti pravičnošću da bi izrekao pravo, bilo što je zakon bio nejasan, bilo što je nepotpun”*³². Ovakva uopštenost zakona i nemogućnost da on u sebi izrazi celokupnu raznolikost kao i u nemogućnosti da uvek izbegne nejasnost i nepotpunost, zbog čega on (*Aristotel*) Sud i upućuje na pomoć pravičnošću. Pri tom, navedene slabosti u zakonu ne uzima za bilo kakvu grešku niti zakona, niti zakonodavca *“nego (kako sam autor kaže, prim. aut.) u samoj prirodi stvari”* da bi potom zaključio *“takva je, u suštini, materija praktičnih stvari.”* Želeći da do kraja ovo objasni dodaje i *“...nemoguće je (i, prim. au.) da se uspostavi zakon za pojedinačne slučajeve”*³³. Ovde može da se postavi i pitanje: *Zašto sudu, u određenim slučajevima, ne bi bila dovoljna “opšta pravda?”* To oso-

³¹ Vidi sledeće članove iz ZOO: član 47, 93, 122, 129, 131, 156, 164, 171, 189–192, 197, 220, 653, 657, 817, 839, 862, 934 i drugi. Kada smo kod nabiranja dela članova ZOO, u kojima se izričito upućuje na primenu pravičnosti pri rešavanju pitanja ili slučajeva iz spomenutih članova, zasluhuje da se kaže da je makedonski ZOO sa Novelom iz 2008 godine pravičnost za prvi put formalno-pravno uređio u delu načelnih odredbi Zakona. Razlog za to je bio da se istakne njeno značenje, kao što je to napravljeno i sa ostalim načelima uređenim u ovom zakonu, ali, istovremeno, na opštom nivou da se odredi tako da se primenjuje a samo u slučajevima određenim njime kakvi su na primer oni povezani sa odgovornošću za štetu, opštim uslovima ugovora, raskidanje ugovora u slučajevima prometnih okolnosti i sl. (vidi član 10-a iz Novele 2008).

³² *Aristotel*, *Nikomahova etika*, Beograd, 1970, str. 139.

³³ *Aristotel*, *Nikomahova etika*, Skopje, 2003, *Peta Knjiga*, X, 1137-b, tačka 4 i 6, str. 185. U određenom smislu ovakvo slično gledište na stvari, kada je reč o zakonu i pravičnosti, ali, uključujući ovde i pravdu, srećemo i u postklasičnom periodu Rimskog prava. U njemu ćemo sresti: *“Određuje se da se u svim poslovima pravda i pravičnost uzmu u vid, a ne strogo pravo,”* ili u origi-

bito što nju i sam Aristotel shata kao deo “bića zakona”?³⁴ Ali, ne samo to on pored ove vrste pravde poznaje, još, i *distributivnu*, a posebno *komutativnu pravdu*, koje Aristotel smatra, kao posebne vrste pravde³⁵ Imajući sve ovo u vidu, odgovor, na ovde postavljeno pitanje, bi bio: *Zato što, koliko i da pravda, u gore izloženom smislu predstavlja agens prava, ili bi trebalo to da bude, ona je ipak, u njemu ugrađena na jedno, više ili manje, opšte i zato apstraktno nivo, zbog čega i pri primeni konkretne pravne norme (u kojoj je ona ugrađena) pri rešavanju konkretnog slučaja, uvek, neće biti dovoljna za pravilno rešenje slučaja.* Ako se ima u vidu da je pravo, u delu normiranja pred-normativnih odnosa, oduvek imalo za cilj da uredi ne sve nego samo prosečne i istovremeno standardizirane odnose, onda postaje i sasvim razumljivo da pravda i nije mogla biti drugačije inkorporisana u njemu osim do nivoa opštosti, odnosno prosečnosti odnosa koje uređuje. Zato, ovako u pravu inkorporirana pravda, prenešena na konkretni slučaj koji, u mnogim stvarima, može biti specifičan i odstupati od opštosti i prosečnosti pravne uređenosti odnosa, može dovesti do toga da ono koje je na načelnom i apstraktnom nivou pravedno, na konkretnom nivou se pojavi kao nepravedno. Shodno ovome i pitanje: *Kako je moguće pri ovom stanju stvari, doći do potrebnog nivoa pravde pri rešavanju onih slučajeva kod kojih nije dovoljna samo primena pravne norme u kojoj je na opštom nivou ugrađena sama pravda?* Na ovde postavljeno pitanje mogu se dati više odgovora i svaki će na određenom nivou biti zadovoljavajući. U redu ovih su i slučajevi, koje kratko izložemo u ovde navedenoj zabelešci³⁶. Ali, uzi-

nalnoj verziji: “*Plaquit im omnibus preecipuam esse iustitiae aequitisque guam stricti iuris rationem.*” C.3.1.8.).

³⁴ Aristotel, op. cit., (Srbski prevod) str. 139 i dr.

³⁵ Aristotel, op. cit., str. 139 i dr.

³⁶ Tako, u nekim slučajevima, do željenog nivoa pravde može doći kroz interpretaciju opštih pravnih normi koje se primenjuju na konkretan slučaj ovde, sudu i svakom drugom nadležnom organu ili ovlašćenom licu, koji vrši tumačenje, “*stoje na raspolaganju svi uobičajeni instrumenti u tumačenju pravnih normi ili opširnije prava.*”. Štaviše, karakteristično o tumačenju, kao način primene prava, da je sud ili drugi organ ili pravno subjekt koj tumači normu, u suštini ostaje unutar same norme i pod njenim uticajem. Za ovo vidite više kod Димитар Бајалџиев, Вовед во правото, Куманово, 1999, стр. 267–313. U drugom slučaju, možete krenuti iz pravca utvrđen propisom, u većini slučajeva *to je neki zakon, kao što u našem slučaju to je ZOO.* On obično ove smernice ugrađuje u određene odredbe kako bi se smatralo određenom vrstom kriterijuma koji će pomagati u rešavanju određenog pravnog slučaja, koji se našao na rešavanju pred sudom ili drugim nadležnim organom. Još ovakvih primera nalazimo u Zakonu o obligacionim odnosima (“*savesnost i poštenje*”, “*dobre prakse*”; “*uobičajeno ponašanje; određivanje ‘svrhe’ ugovora: ‘Ako ... iz prirode posla ili volja strana ne proizlazi nešto drugo*”, kada je “*očigledno da ugovor više ne ispunjava očekivanja strana*”, “*trebalo bi da se ispita zajednička nameru strana i da se odredba razume na način koji najviše odgovara principima obligacionog prava*”; uzimajući u obzir “*okolnosti koje su se dogodile nakon nanošenja štete*”. U ovom slučaju, kao i u prvom, pri primeni norme kreće se od same nje, ali ne ostaje se

majući da se pri njihovoj primeni ne može uvek stići do željenog nivoa pravičnosti, u takvom slučaju, najgora varijantna bi bila da se ostane samo na primeni pravnih normi *stricti iuris*. Kada bi se ovo prihvatilo, onda bi mnogo često imali stanje “*najveće pravo – najveća nepravda*” (*summum ius summa iniuria*). Ovo bi bilo, gledano iz aspekta *Emila Dirkema*, izdizanje volje zakonodavca do kategorije izvora prava. Prihvatanje ovog bi za njega “...značilo uzimanje spoljašnosti za stvarnost, uzimanje slova za duh zakona”, koje, svakako, ne prihvata. Na ovoj liniji je i gledanje Bogišića. Kod njega ćemo pročitati: “*Ko samo riječi zakonske znade, taj još zakona nezna, dok mu ne shvati razum i smisao*” (član 993 Opšteg imovinskog zakonika Crne Gore).

Prihvatajući za opravdana navedena gledišta, ostaje da se izlaz iz ovoga traži u drugom pravcu, a to je: unošenjem *pravičnosti*, kao *vrednosnu*, a s tim istovremeno i *moralnu* kategoriju “*unutra*” u sami pravni sistem, tako da ona postaje deo tog sistema. To je, u ostalom, kao što se može videti iz izloženog gore, i pristup prihvaćen u našem pravu. Sam čin unošenja pravičnosti u pravo može se reći da je dovoljan pokazatelj o tom da je samo pravo to koje “*traži pomoć*” od pravičnosti. U ovom slučaju, pitanje je: *Kako se to ostvaruje?* Do odgovora na ovo pitanje najlakše se može doći ako se krene od bitnih svojstva koje pravičnost ima u pravu. U ovoj prilici će mo se zadržati samo na jednom od njih.

U slučaju reč je o *pravičnosti*, *shvaćenoj u smislu kategorije koja omogućava poseban način primene prava*. Pravičnost, shvaćena kao takva, u primeni date pravne norme, iako kreće od norme, ipak, manje ili više *napušta* njen teren, (što nije slučaj sa drugim načinima primene prava) i odgovor za to kako bi ona (norma) trebalo da se primeni na konkretni slučaj, traži, uslovno rečeno, “*izvan*” na drugom terenu. Ovaj drugi teren, nije drugo, već, sa strane pravičnosti, uspostavljeni interakcijski odnos inkorporiranog vladajućeg koncepta pravde u datom pravnom sistemu i poretku, svedenim do nivoa konkretne pravne norme, sa jedne strane, i sa druge, konkretnog spornog slučaja, za koji se traži pravično rešenje. Tako, u pravnoj teoriji srećemo i da je pravičnost “...*metod primene prava direktnim posredovanjem između vladajućeg koncepta pravde i konkretnog slučaja*.”³⁷

samo na tome, nego se i u njen sadržaj unose neki elementi društvenih pravila na koje se upućuje u samoj normi. Dakle, često puta, će se uspeti, između ostalog, doći i do pravičnog rešenja za posmatrani predmet.

³⁷ *Nevenko Misita*, op. cit. 85. U tom pravcu su i razmišljanja i kod sledećih autora: Geny, *Methode d'interpretation et sources en droit prive positif*, II, Paris, 1932, (pravičnost “...je sredstvo za prilagođavanje fakata sa idejom pravde ...” ili ćemo sresti još kod njega: “Interpretacija će prihvatiti individualnu pravičnost ... uvek kada to sredstvo bude neophodno da bi se udovoljila pravda”, str. 110 i 113); *Esser J.*, *Einführung in die Grundbegriffe des Reshtes und Staates*, Wien, 1949, str. 20 (O pravičnosti će reći da je “...forma slobodnog i individualnog presuđivanja prema pravdi ...”); *Sauer*

Jednom rečju, ovde je pravičnost okrenuta prema konkretnom slučaju, odnosno prema društvenoj sadržini ovog slučaja i istovremeno je u direktnoj korespondenciji sa vladajućim konceptom pravde. Polazeći od nužno potrebnog faktičkog materijala, u koji ulaze materijalno stanje subjekata u odnosu, njihov socijalni status, postojanje ili nepostojanje krivice kod njih, stepeni te krivice, njihova častnost i poštenje i sl. stavljajući isti u direktnu vezu sa vladajućim konceptom opšte pravde, organ koji odlučuje o spornom slučaju pristupa primeni date pravne norme, sa njenim prilagođavanjem na sam taj slučaj. Drugim rečima, opšte dovodi na nivo konkretnog i na taj način pravi pogodno pravičnim rešavanjem, pravno spornog slučaja. Inače, već je bilo rečeno da je opštost pravne norme ili opširnije, pravo, kao prepreku za pravično odlučivanje u konkretnim pravnim odnosima, uočio sami *Aristotel* i zato je on za rešavanje spornih pitanja u "pomoć" zvao pravičnost, kao konkretnu individualiziranu pravdu.³⁸ Ali, pravičnost, u pravnoj teoriji srećemo ne samo kod *Aristotela*, već i kod drugih autora koji nju shvataju kao "pravičnost in concreto". U tom redu je i *Rumelin*. Naime on, raspravljajući po pitanju presuđivanja sa strane suda prema pravičnosti, između ostalog, zalaže se i za to da u ovakvom slučaju sudija ne donosi presudu prema "svojoj moralnoj opredeljenosti..., zbog toga što bi postupao contra legem, već ustanovljuje objektivno postojeće shvatanje o pravičnom rešavanju spornog slučaja".³⁹ Nesporno je da za-

W.Gerechtigkiit, Berlin, 1959, str. 137 ("Pravičnost je konkretizirana pravda..."). Vidi, još kod *Hegel*, Osnovne crte filozofije prava, Sarajevo, 1964, str. 188.

³⁸ *Аристотел*, Никомахова етика, Скопје, 2003, Peta knjiga, X, 1137-b, t. 1 do 7 i 1138-a, t. 8, str. 184–186). Kad smo kod *Aristotela*, zaslužuje se ukazati i na njegova shvaćanja zakona, kao opšte norme, zbog čega on shvaćen u ovom smislu često nije dovoljan da sam omogući pravično rešavanje konkretnog slučaja. Kod njega možemo pročitati "Svaki zakon je jedna opšta odredba, a ima mnogo pojedinačnih slučajeva koji ne mogu biti tretirani pravično jednom opštom odredbom". On time, nju (opštu odredbu) smatra nepravičnom. Suprotno, ona sama po sebi predstavlja pravdu, ali shvaćena kao opštu (op. cit, Peta knjiga, 1129-b, t. 12, str. 162), zbog čega u rešavanju konkretnih slučajeva može dovesti do nepravičnosti. Zbog toga, on, pored nje upućuje još i na distributivnu i komutativnu pravdu (vidi isto II, 1130-b, t.12; 1131-a, t. 13; III, t. 3, 7, t. 13; naslov IV, 1132-a, t. 3, t. 9., t. 14, str. 165–170) koje treba uzeti u vidu pri rešavanju pojedinačnih slučajeva. Na taj način, one) pogotovo distributivna pravda) prilagođene na isti slučaj, pojavljuju se kao pravičnost, odnosno pravda in concreto (isto,Peta knjiga, X, 1137-b, t. 7 i 1138-a, t. 8, str. 185–186).

³⁹ Vidi, *Rumelin M.*, *Die Billigkeit im Recht*, 1921, str. 30 i 56; Vidi još i: *Nevenko Misita*, Pravičnost kako osnov obavezivanja za naknadu štete-doktorska disertacija, Pravni fakultet u Sarajevu, 1980, str. 85; *Nikola Visković*, Pojam prava, Split,1976, str.135-151.; *Geny*, *Mehode d' interpretation sources en droit prive positif*, II, Paris, 1932 (Pravičnost "...je sredstvo za prilagođavanja činjenica s idejama pravde...") ili ćemo sresti, još kod njega: "Interpretacija će prihvatiti individualnu pravičnost...uvek kada to sredstvo bude neophodno da bi se zadovoljila pravda", str. 110 I 113; Esser J. *Einführung in die Grundbegffe des Reshtes un States*, Wien, 1949, str. 20 (O pravičnosti će reći da je "forma slobodnog i individualnog presuđivanja na osnovu pravde..."); Sauer W. *Gerechtkit*, Berlin,

ključimo da u ovom slučaju imamo mnogo složen i odgovorni pristup u primeni prava, koji je u mnogo čemo različit od drugih pristupa. Tako, u pravnoj doktrini o njemu ćemo sresti i konstataciju da predstavlja “... najteži i najdelikatniji način primene prava.”⁴⁰ Složenost ovde, između ostalog proizlazi i iz toga što pri korišćenju pravičnosti, kao posebni način u primeni prava na konkretni slučaj, ne sme da se prođe dozvoljena linija apliciranja društvene sadržine u njegov okvir. Ukoliko bi se to desilo, imali bi stanje da pozitivno pravo bude suspendirano, a u određenim slučajevima čak i derogirano. Ako se to desi, onda pravičnost gubi smisao svog postojanja. Da ne bi došlo do toga, pri njenoj primeni treba stalno imati u vidu brigu i odgovoran odnos prema načelu zakonitosti i isto toliko i odgovoran odnos prema drevnom pravnom pravilu: “i loš zakon je zakon” (*dura lex, sed lex*). U jednu reč, pravičnost, nalazeći se na jedan ovakav složeni teren, uvek treba da ostane u okvirima svoje osnovne misije u pravu, a ta je: *korespondirajući između konkretnog slučaja koji se rešava i vladajućeg principa pravde, da omogućiti prilagođavanje opšteg pravila iz norme razmatranog slučaja. Samo na taj način i u tim okvirima, ona kao konkretizirana vrsta pravde može biti prihvaćena i podržana. Izvan toga, ona se često može izroditi u svoju suprotnost: nepravdu.*

Zasluguje skrenuti pažnju da koliko rešavanje slučaja po principu vladajuće pravde u krajnoj konsekvenciji znači realno pravično rešenje, shvaćeno u smislu kao konkretizovana pravda, primenjena na sam pravni slučaj koji razmatra sud, u mnogu čemu zavisi od nivoa kvalitetnog unošenje očekivanih vladajućih principa pravde na opštem nivou u pravo. Koliko je ovo od velike važnosti najbolje možemo videti kod Radbruha. U svom poznatom radu “Filozofija prava”, Radbruch se eksplicitno zalaže da pravo ne treba da se posmatra dogmatski i pozitivistički i da se ne treba pravu, slepo pokoravati u smislu: “*Naredba je naredba, zakon je zakon*” (*Befehl ist Befehl, Gesetz ist Gesetz*). Ovo iz razloga što takvo posmatranje prava kada ono nije odgovarajuće sa voljom pravde već samo voljom, dovede do toga, kao što kaže Radbruch da: “*pravo bude izjednačeno sa silom...*”. Drugim rečima prema Radburhu to bi značilo: “*...samo tamo gde je sila tu je i pravo.*” Sagledavajući opasnost od ovakvog pristupa prava, Radbruch se nedvosmisleno zalaže, da se na pravo gleda kroz prizmu pravde. Zbog toga on i kaže “*nema prava bez pravde- pravo je pravda*” (*Recht ist Gerechrigkrit*). Koliko on insistira na tome vidi se najbolje iz njegovog izlzanja naslovljenog: “*Pet minuta filozofije prava*”. Naime,

1959, str. 137 (“*pravičnost je konkretizirana pravda...*”); Marković Č., Poštenje i moral u pravo, Arhiv za pravne i društvene nauke, Knjiga III, br. 6/1921 i Knjiga V, br. 4 I br. 5/1922, str. 459 i Danilović J., Pravičnost kao pokazatelj pri određivanju obligacionih odnosa i nacrt budućeg zakonika o obligacijama i ugovorima, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1970, str. 367

⁴⁰ Vidi, Marković, B. S., Pravičnost kao izvor prava, Arhiv za pravne i društvene nauke, knjiga XXXVIII, br. 1939.

u trećem minutu filozofije prava kaže: “Pravo je volja pravde”. Pravda, međutim znači: sudi ne vodeći računa o ličnosti, meri prema svima istom merom.” U trećem minutu, čitamo da: “Kada zakoni svesno opovrgavaju volju za pravdom, kada se na primer ljudska prava samovoljno odobravaju i odriču ljudima tada zakoni nemaju važnost, tada im narod ne duguje poslušnost, tada i pravnici moraju da nađu hrabrost da poreknu karakter pravu.”. Konačno, u petoj minuti Radbruch navodi da: “Postoje znači pravna načela koja su jača od svakog pravnog propisa, tako što zakon koji im je suprotan je nevažeći. Ta načela nazivamo prirodno pravo ili pametno pravo. Svakako da oko njih postoje izvesne nedoumice ali vekovno delovanje ipak im je dalo trajnu čvrstinu i sa toliko dalekosežnom sagalsnušću mišljenja skupilo ih je u tako nazvanoj Deklaraciji o pravima čoveka i građanina, da te nedoumice može da održi još samo nemarna skepsa.”⁴¹

Po ovome što je ovde rečeno, mislimo da je suvišno bilo što drugo reći za to koliko je od važnosti kakvo treba da bude pravo na nivou svoje opštosti, posmatrano sa aspekta pravde koja u njemu kao prevladajuća treba biti ugrađena. Ako na tom nivou stvari stoje kako treba, i sud, sa ozbiljnošću koja se od nega traži, to dobro shvati otud na dalje ostaje samo to da saobrazi ovo sa tražnje konkretnog slučaja koji se rešava. Pri ovakvom stanju stvari krajnji rezultat od negovog (sudskog) rada je donošenje pravičnog rešenja, koje i ne može biti drugačije nego konkretizovan oblik pravde. S ovim i završavamo razmatranje pitanja posvećenog na apliciranje i pravno izražavanje morala kroz napred spomenuta načela Zakona o obligacionim odnosima, a i šire.

OSTALI NAČINI UGRAĐIVANJA MORALA U OBLIGACIONO PRAVO

Na samom kraju ovog rada, posvećenom moralu, gledanog u svetlu obligacionog prava, zaslužuje, da se kaže još i to da moral i u slučaju kada nije apliciran u ZOO (ali ne samo u njemu, nego i šire u obligacionom pravu), na nekom od ranije izloženih načina, ne znači da moral van kruga izloženog nije mogao da nađe drugi način za ugrađivanje u pomenuto pravo. Naime, ukoliko pođemo od opštepoznatog u pravnoj teoriji mišljenja Jelineka o “*minimumom morala u pravu*,” onda i može da se prihvati da i kada, u ovom slučaju, ZOO odnosno šire obligaciono pravo, niti upućuje na moral prilikom uređivanja datih obligacionih odnosa, niti čak, na prvi pogled postaje prepoznatljiv u sadržaju ovih odnosa, moral, i kod

⁴¹ Vidi, Gustav Radbruch, *Filozofija prava*, Beograd, 2006, str. 210–211, kao i makednskog izdanje, ovog autora, pod istim naslovom, Skopje 2008, str. 238–240.

ovakve njihove uređenosti, odnosno stanja, jednostavno može i bez bližeg preciziranja da se nađe ugrađen u nekim od pravnih rešenja prilikom uređivanja pomenutih odnosa. To što se u ovom slučaju dešava, i nije drugo već, moralizacija prava. Ukoliko prihvatimo ovo, onda, koliko i da se ovako ugrađeni moral u pravu teško utvrđuje odnosno otkriva, to za sud ne treba da bude alibi u primeni pravnih normi prilikom rešavanja konkretnih slučajeva, da ostane samo do nivoa primene prava na načine izložene u prethodnoj tački ovog rada. Naprotiv, u ovakvim slučajevima od njega se traži da napravi dopunski napor za otkrivanje istinitog smisla pravne norme koju primenjuje. Ali, da bi došao do ovoga, njemu je potrebno da pokuša da otkrije i poruke koje proizlaze od celosti normativno-pravnog okvira, u kome je primenljiva norma samo jedan njen nerazdeljiv mali deo. Drugim rečima, sud u primeni prava uvek treba imati u vidu gledišta koja se odnose na opštem poimanju prava i na njegovoj primeni prilikom odlučivanja. U tom smislu, dobro je podsetiti se na gledanje ingenioznog Valtazara Bogišića, on je ovo pretočio u pravnu normu u znamenitom Crnogorskom imovinskom zakonu iz 1888 godine. Naime, u ovom slučaju, reč je o članu, u kome, na veoma jasan i kategoričan način Bogišić ukazuje da: *“Ko samo riječi zakonske znade, taj još zakona ne zna, dok mu ne shvati razum i smisao.”* Posle ovoga ostaje samo da zaključimo: da pravo shvaćeno od sudije, kako što je gore izneseno i može da opravda Aristotelovu misao o tome *“da se ide kod sudije znači da se ide ka pravdi”*.⁴² Ovakvo gledanje na sudiju, kao personalizaciju pravde, možda je i razlog da se od davnine, sve do današnjeg dana, sudije zavetuju (stavljaju se pod zakletvom) pri stupanju na sudsku funkciju. Ovo zadnje, shvaćeno u smislu da će sudije prilikom odlučivanja kod konkretnih slučajeva imati u vidu Ustav i zakone i da će ih, bez obzira o kome i da se radi, primenjivati na isti način prilikom deljenja pravde.

ZAKLJUČAK

Teško nam je bilo pisati o moralu u svetlu obligacionog prava, jer tada na moral trebamo gledati jedino kao na formalni, nepisani ili vrednosni izvor prava. Zato smo učinili pokušaj da u ovom radu prikažemo koncept morala u svetlu kako je uređen u Zakona o obligacionim odnosima. Moral je kategorija kojom se bavi filozofija i etika i kada rad pripremate za Kopaoničku školu prirodnog prava filozofska poimanja morala provuku se i tada kada najmanje to želite. Moral kao nešto što je imanentno ljudskom biću i zlatno pravilo koje govori da ne trebate drugima činiti ono što ne želite da oni vama čine u relaciji s osnovnim pred-

⁴² v. Aristotel. op. cit., makedonski prevod, Peta knjiga, naslov IV, 1132-a, t. 7, str. 167.

metom obligacionog prava, pravno uređenje obligacionih odnosa koji nastaju u prometu robe i robnih usluga ima veliki značaj. U ovom radu smo razmatrali primenu morala u prometu robe i robnih usluga kroz uslovno rečeno četiri načina na koja zakonodavac implementira moral u svoje norme u Zakonu u obligacionim odnosima. Prvi način implementacije je taj da je zakonodavac uvrstio dobre običaje u javni poredak i postavio ih kao granicu autonomije volje zajedno s Ustavom i zakonom. Pravna posledica nepoštovanja ove granice, je potpuna ili delimična ništavost ugovora ili određenih ugovornih klauzula. Drugi način primene morala kroz norme zakona je što nepoštovanje dobrih običaja vodi ka nedozvoljenosti predmeta, osnova i uslova, ili kada su u suprotnosti s dobrim običajima to vodi ka potpunoj ili delimičnoj ništavosti obligacije. Treći način implementacije moralnih normi u našem Zakonu je kroz više principa kao što je ravnopravnost, jednakost davanja, savesnost i poštenje i pravičnost, koji su činom pravne uređenosti postali pravni. Ipak ovi principi su suštinski gledano i dalje zadržali svoju moralnu osnovu i moralni karakter. Četvrti i poslednji način, koji smo pomenu li u našem radu, je taj kad moral nađe put iako norme i samo pravo i ne upućuju na moral. Pritom, iako u ovom radu nismo posebno raspravljali: *Dali je terminološki adekvatno korišćenje dobrih običaja ili je ispravnije korišćenje izraza moral društva*, to ne znači da to pitanje ne zaslužuje pažnju; o tome više u drugoj prilici.

Svakako da i pored onoga što smo već napisali u radu o tome ,kolika treba da bude sloboda sudija u određivanju sadržaja blanketa, kao što je moral, (ili ravnopravnost, jednakost davanja, savesnosti i poštenju, pravičnosti), kakve sve radnje treba da se preuzmu da bi se smatralo da se postupa u saglasnosti načela savesnost i poštenja; kada tačno postoji zloupotreba prava; kada su klauzule ugovora ništave zato što nisu poštene; kako da poslovna etika u prometu dobije svoje mesto u normativi itd., su svakako pitanja koja zaslužuju odgovore; obim rada nam nije dozvolio da se upustimo u detaljniju analizu svih ovih pitanja. Kao članovi Komisije za kodifikaciju makedonskog građanskog prava svesni smo, još i za to da moramo kontinuirano slediti sve što se na planu kodifikacije građanskog prava i celokupnog privatnog prava događa i u Evropskoj uniji i šire, uključujući tu i pitanja koja nisu isključivo povezana s prometom roba i robnih usluga, jedino kroz obligaciono pravo, nego imaju svoje posebno mesto u neloyalnoj konkurenciji, kao i u potrošačkom pravu, itd., gde slabija strana uživa jaču zaštitu kroz pravila pozitivne diskriminacije i prividnom napuštanju načela jednakosti. Svesni smo, iako postoje i shvatanja da je moral imenica koja nema množinu, da se ipak i on kao i sve ostalo, menja pod uticajima novih tehnologija, finasijskih, korporativnih i drugih vidova globalizacije, pokretljivosti kapitala, dinamičnosti, masovnosti i raznoobraznosti konkurencije na mikro i makro nivou, u tom smislu i postojanja ovih promena zahteva da učesnici u prometnim i sličnim odnosima,

nužno zahteva i dalje istraživanje uloge, mesta i značaja morala u obligacionom pravu, i šire u privatnom pravu.

GALE GALEV, LL.D.,

Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus" Skopje, Republic of Macedonia

JADRANKA DABOVIĆ-ANASTASOVSKA, LL.D.,

Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus" Skopje, Republic of Macedonia

MORALITY IN THE LIGHT OF LAW ON OBLIGATIONS

Summary

The subject of this paper is the morality viewed in the light of the Law on Obligations, through which it derives its legal power and legal protection. The central theme is the question of the implementation of the norms of morality in the Law of Obligations, and through its application into the practice. First, the authors elaborate on the issue of the implementation of the morality through the inclusion of the usages in the public order, and their positioning, together with the Constitution and the laws, as the limit of the autonomy of the parties, whereas their breach leads to nullity of the contract or its provisions. Further on, the authors review the question of the application of moral norms through the provisions of the law which define the permissibility of the subject, the legal basis (cause) or the conditions, where, again, when they are not in concordance with the usages this results in full or partial nullity of the obligation. The third manner in which the morality is implemented into the Macedonian positive law on obligations is through the principles of equity, equality and good faith and fair dealing, which through the act of their legislative regulation become legal principles, but still, in essence, retain their moral foundation and moral character. Last, but not the least, morality is seen from the point of view of a principles used in judication.

NENAD GAVRILOVIĆ,
NEDA ZDRAVEVA

OBIČAJ KAO IZVOR OBLIGACIONOG PRAVA

U V O D

Pitanje o izvorima prava neretko se zatvara navođenjem zakona i podzakonskih akata. Ako je ovo za teren javnog prava, s obzirom na prirodu odnosa, i razumljivo, stvar nije toliko jasna u pogledu privatnog prava. Sloboda uređivanja privatnopravnih odnosa, naročito prometnih, dovodi u pitanje ovako usko shvaćanje pravnih izvora i njihovo svođenje na zakone i podzakonske akte. Ta tradicionalna “dodela uloga” izvora prava jedino pojedinim pravnim aktima pojavna je kako na nivou teorije, tako i na nivou prakse i u zakonodavstvu. Čini se, dalje, da je uloga običaja nepravedno zanemarena.

Teorija još uvek zastupa izvesna tradicionalna stajališta, posebno u oblasti građanskog prava, kao deo privatnog prava. Naime, dok u sklopu teorije trgovačkog prava postoji relativno izgrađeni stav o uslovima primene običaja kao izvora prava, u sklopu građanskog prava još uvek su zastupljena stanovišta o običaju koja se mogu činiti, imajući u vidu nove razvoje nastale posle završetka Drugog svetskog rata, manje više prevaziđena. Pitanje je, dakle, da li i koliko je proces tzv.

Dr Nenad Gavrilović, docent Pravnog fakulteta “Justinijan Prvi” pri Univerzitetu “Sv. Kiril i Metodij” u Skoplju.

Dr Neda Zdraveva, docent Pravnog fakulteta “Justinijan Prvi” pri Univerzitetu “Sv. Kiril i Metodij” u Skoplju.

komercijalizacije građanskog prava imao svoj uticaj na koncept pravnih izvora, odnosno da li je došlo do pojedinih evolutivnih promena kada je reč o tretmanu običaja kao izvora prava.

Kada je reč o praksi, ona je pomalo skeptična u svom odnosu prema tzv. ostalim izvorima prava, tako da najviše pažnje posvećuje zakonima i, delimično, podzakonskim aktima. Praksi (u smislu sudske i arbitražne), međutim, ne može se puno zameriti zbog ovakvog postupanja i to iz tri razloga. Prvi razlog je već spomenuti izgrađeni stav, uglavnom građanskopravne teorije. Drugi je stav zakonodavca, o čemu će još biti reči. Treći razlog, konačno, je činjenica da je utvrđivanje ostalih pravnih izvora, u principu, ostavljeno predlozima stranaka. Ovo je posebnost primene prava, kad su u pitanju sporovi iz oblasti privatnog prava, s razlogom što je pravilo *iura novit curia* važeće za zakone i za podzakonske akte, ali ne i za tzv. ostale izvore prava.

Konačno, zakonodavstvo, u širem smislu reči (uključujući kako zakone tako i podzakonske akte), ponekad previđa stvari i formuliše stavove koji nisu u saglasnosti sa prirodom privatnopravnih odnosa. Načelo autonomije volje iziskuje specifičnu i različitu pravnu tehniku privatnopravnih propisa, upoređeno sa javnopravnim. Takav je slučaj naročito sa pravilima kojima se uređuju prometni pravni odnosi, u sklopu privatnog prava. Kod statusnih pitanja, pak, primena principa autonomije volje je ograničena, jer objektivno pravo reaguje velikim brojem imperativnih normi. Kad se ova pitanja urede i raščiste, čime se svakako uvećava pravna sigurnost transakcija, stupanje u transakcije i njihov sadržaj uglavnom su prepušteni volji učesnika.

Krug pravnih izvora, onako kako ih formuliše zakonodavstvo, primenjuje ih praksa i proučava ih teorija, ponekad zaista ne odgovara potrebama realnih ekonomskih odnosa. Pravo, kao normativni sistem, svakako ima ulogu ne samo da reguliše, već i da usmerava. Ali, kad je reč o pitanjima prometa, ne sme se zaboraviti i obrnuta sprega, to jest uticaj realnih ekonomskih odnosa na pravo. Na nivou statusnih pitanja, primerice, postoji realni legitimitet (što i nije pravna argumentacija) za uređivanje problematike. Ali, kad je u pitanju to kako subjekti nastupaju u prometu, ovaj se legitimitet ograničuje na zaštitu temeljnih interesa društvene zajednice. U svakom slučaju, problemi postoje. Mi ćemo jedino pokušati da ukažemo na njih i, onoliko koliko nam dopuštaju mogućnosti, iznećemo neke stavove i predloge u vezi pozicije običaja kao izvora obligacionog prava.

O OBIČAJIMA I NJIHOVOJ PRIMENI

Najjednostavnija definicija običaja jeste da običaj predstavlja skup pravila ponašanja članova izvesne manje ili veće društvene zajednice, koja su nastala

spontano putem identičnog i višestrukog ponavljanja u istim okolnostima. Tako običaj prerasta u opštu svest o postupanju u datim okolnostima, pa se otud primenjuje i poštuje. Ovako pojmovno određen, običaj ukazuje na nekoliko elemenata koji sačinjavaju njegovo biće: spontanost, višekратно ponavljanje, svest o obavezности pravila, i specifičnost sankcije. Spontanost se izražava time što članovi društvene zajednice, na neorganizovan način i bez unapred postavljenog zahteva, stvaraju određenu naviku za isto ponašanje u određenom mestu i pod istim okolnostima ili situacijama. Ovo se ponašanje višestruko i identično ponavlja od množine članova društvene zajednice. Otuda, stvara se opšta svest kod članova društvene zajednice o obavezности pravila ponašanja koja su sami članovi sazdale. Konačno, specifična je sankcija koja sledi u slučaju njihove povrede. Ostavljajući po strani društvenu sankciju, bitan je pristup pravnog poretka, koji ili preuzima jedan deo običajnih pravila i ugrađuje ih u postojeći pravni sistem, ili izričito upućuje na primenu datog običajnog pravila ponašanja, ili, pak, sud se poziva na određeno običajno pravilo u slučaju kada pri rešavanju određenog pravnog pitanja nailazi na pravnu prazninu.¹

Ovako izgleda klasično poimanje običaja. Naime, običaj se tretira kao vrsta društvene norme i, zbog toga, belezi ove društvene norme se jedino prenose na pravni teren. Pošto specifičnost pravne norme jeste specifičnost tipa sankcije, dolazi to tzv. juridizacije običaja. Ovakva juridizacija može biti posredna ili neposredna ali, u svakom slučaju, pravni poredak je onaj koji običajima, poimanim kao društvena pravila čija povreda povlači specifičnu društvenu sankciju, daje pravnu snagu. Tako nastaju tzv. pravni običaji koje valja razlikovati od opšteg pojma ili tzv. običnih običaja.² Običan ili faktički običaj se ne odlikuje svesti o obavezности njegove primene, a sama je država indiferentna prema njegovoj primeni ili, bolje rečeno, ovoj primeni ne daje pravnu relevantnost. Kada su posredi svest i državna sankcija, onda govorimo o tzv. pravnom običaju ili običajnom pravu.³

Sledeći ovu liniju rezoniranja, osnovni razlog tzv. juridizacije običaja leži u postojanju pravnih situacija i pitanja koja, s obzirom na njihovu prirodu i date okolnosti slučaja, nisu pogodna da budu uređena pravnim normama. Osim toga, ostaje i činjenica da su pravne norme često kruta pravila, koja su istovremeno trajnije prirode, pa zbog toga nisu uvek pogodna za uređivanje društvenih odnosa ili pojedinačnih segmenata tih odnosa, koji su, za razliku od normi, dinamični

¹ Vid. Г. Галев, Ј. Дабовиќ-Анастасовска, *Облигационо право*, Центар за европско применето право и економија (ЦЕППЕ), Скопје 2009², 33-34.

² Упор. Р. Кларић, М. Ведриш, *Грађанско право: опћи дио, стварно право, обвезно и наслједно право*, Народне новине, Загреб 2006¹⁰, 21.

³ Vid. О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 2004⁴, 45.

i promenljivi. U prilogu potrebe običajnog pravila ide i činjenica da zakonodavac, svesno ili ne, ponekad određena pitanja ostavlja pravno neuređena.

U svakom slučaju, kada govorimo o obligacionom pravu, važno je ukazati da klasični pristup podrazumeva da tek kad običajna pravila budu izričito ili prećutno prihvaćena od strane države, ona se transformišu u običajno pravo i od tog momenta se pojavljuju kao izvor obligacionog prava. Baš zbog ovoga, hijerarhijski posmatrano, običajno pravo kao izvor obligacionog prava po pravilu dolazi iza imperativnih i dispozitivnih normi. Tako, po redosledu primene prvo dolaze imperativne norme, što je i razumljivo ako se ima u vidu njihov obavezni karakter. U njihovom odsustvu slede dispozitivne norme, osim kada strane nisu drukčije utanačile pojedino pitanje. Čak u nedostatku prethodno navedenih normi sledi primena običajnih pravila ponašanja kojima se dopunjuju pravne praznine u zakonu.⁴ To znači da je običajno pravo subsidijarnog karaktera: primenjuje se samo ako odnos ili deo odnosa nije uređen prvim tipovima pravnih normi.

Zakon o obligacionim odnosima, kao elementarni izvor u kome je kodificirana materija obligacionog prava,⁵ uređuje ili upućuje na običaj na više načina, koristeći pri tom i različitu terminologiju. Tako, ZOO za običajna pravila ponašanja upotrebljava termine “običaj(i)” (čl. 15(1), 24(3), 25(1), 26, 36, 447(3), 504(2), 522(1), 582(2), 817), “poslovni običaji” (član 950(3), 951(2)), “dobri poslovni običaji” (čl. 919), “trgovački običaji” (čl. 15(2)), “mesni običaji” (čl. 600(1)), “uobičajeno” (čl. 507(2), 586(1), 707(2), 817), uzanse (čl. 15(3)), u različitim varijantama.⁶ ZOO je, inače, u 2008 godini pretrpeo temeljniju novelu koja je intervenisala i na terenu običaja. Jedan od bitnijih belega ove intervencije je da je uvedena generalna norma o primeni trgovačke prakse u obligacionim odnosima među trgovcima.⁷ Takođe odredba iz čl. 15 ZOO postaje glavna determinanta uslova primene običaja, pošto je čl. 1139 ZOO, koji je bio ekvivalentan čl. 1107 Zakona o obligacionim odnosima SFRJ,⁸ brisan u 2008 godini.

U vezi pitanja kada se običaji primenjuju, odgovor daje zakon. Ovo je sasvim logična posledica pojma prava, jer pravila od kojih se isto sastoji sankcioniše država. Pri tome, pod zakonima, za potrebe domaćeg prava, ne misli se jedino na ZOO nego i na ustavne odredbe kao i na ostale pravne izvore kao što su, recimo,

⁴ Upor. M. Vuković, *Obvezno pravo I*, Školska knjiga, Zagreb 1956, 41–42.

⁵ *Службен весник на РМ*, бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09 и 161/09 – ZOO.

⁶ Upor. B. Kapop, “Примена обичаја и узанси по Закону о облигационим односима”, *Анали Правног факултета у Београду* 3–5, 1978, 335 i dalje.

⁷ Vid. J. Дабовиќ-Анастасовска, Г. Коевски, В. Пепељугоски, Н. Гавриловиќ, *Договори на автономната трговска практика*, Правен факултет “Јустинијан Први”, Скопје 2012, 22–23.

⁸ *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85 i 45/89 – ZOO 1978.

izvori kojima se uređuje organizacija sudske vlasti. U svakom slučaju, na terenu privatnog prava, dovoljno je da primena tzv. ostalih izvora prava bude permisivna. Sve ostalo ostaje praksi. ZOO načelno uređuje pitanje primene običaja i prakse rešenjima iz čl. 15. Najpre se uređuje pravilo o primeni običaja, u smislu da će se običaji primenjivati kad je njihova primena ugovorena ili zakonom predviđena (čl. 15(1)). Dalje, kod obligacionih odnosa između trgovca primenjuju se trgovački običaji koje su oni ugovorili i trgovačka praksa koju su oni uspostavili, čak i kada su običaji i praksa u suprotnosti sa dispozitivnim normama (čl. 15(2)). Konkretno, ZOO opredeljuje da se uzanse (opšte i posebne) primenjuju u slučaju kada je ta primena ugovorena ili ona nesporno proizlazi iz okolnosti slučaja (čl. 15(3)).

Inače, poimanje običaja, koje je rezultat generalnog tretmana izvora prava u građanskom pravu, se neposredno preslikava i na teren tretmana običaja kao izvor obligacionog prava.⁹ S druge strane, kada govorimo o običaju kao izvoru obligacionog prava, ovo ne povlači po automatizmu da se običajem uređuju jedino oni obligacioni odnosi koji se mogu kvalifikovati kao čisto građanski. ZOO, kao posledica načela jedinstvenog uređivanja obligacionih odnosa (čl. 17(1)), se podjednako primenjuje i kod trgovačkih odnosa (osim ako za ove poslednje nije izričito drukčije određeno). Takođe, ZOO ima subsidijarnu primenu (čl. 16) i kod ostalih obligacionih odnosa uređenim posebnim propisima, kao što su recimo potrošački. A svaki od ovih odnosa, naravno, ima svoje specifičnosti.

Teorija trgovačkog prava, za razliku od teorije građanskog prava, ima nešto drukčiji pogled u odnosu na običaje. Naravno, ovde je reč o posebnoj kategoriji običaja, a to su trgovački običaji. Specifičnost trgovačkih običaja, inače, u odnosu na opšti pojam običaja, je sektorska: ovo su običaji koji su razvili trgovci i oni ih primenjuju u onim odnosima koji se u očima objektivnog prava kvalifikuju kao takvi (čl. 17(2) ZOO). Tako, na pr., dokaz dugotrajne primene se ne tretira kao uslov primene običaja.¹⁰ Izbacuje se, takođe, potreba *opinio iuris sive necessitatis*, pa ostaje jedino zahtev širokog praktikovanja.¹¹ Ovakvo postupanje je uobičajeno naročito kada se govori o primeni međunarodnog trgovačkog običaja, onako kako ga poznaju uniformni izvori međunarodnog trgovačkog prava.

Ovakvo poimanje običaja je prvenstveno posledica rešenja Bečke konvencije o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe iz 1980 godine. Naime, čl. 9(1) Beč-

⁹ Vid. S. Cigoj, *Teorija obligacija: splošni del obligacijskega prava*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2003, 15; O. Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета и Београду и Службени гласник, Београд 2007, 195–196; A. Bikić, *Obligaciono pravo: opći dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007, 12.

¹⁰ V. Gorenc, *Trgovačko pravo: Ugovori*, Školska knjiga, Zagreb 2000⁵, 16.

¹¹ A. Goldštajn, J. Barbić, M. Vedriš, Ž. Matic, *Obvezno pravo: prva knjiga*, Informator, Zagreb 1979², 55.

ke konvencije predviđa da su strane vezane običajima sa kojima su se složile (kao i sa praksom uspostavljenom među njima). Ova formulacija u principu odgovara subjektivnoj koncepciji primene običaja, koju je prihvatio i ZOO 1978 a izgleda da je i dalje zastupa ZOO. Međutim, čl. 9(2) Bečke konvencije predviđa da se smatra, ako nije drukčije ugovoreno, da su strane prećutno podvrgle svoj ugovor ili njegovo zaključenje običaju koji im je bio poznat ili morao biti poznat i koji je široko poznat u međunarodnoj trgovini i redovno ga poštuju ugovorne strane u ugovorima iste vrste u odnosnoj struci. Ova odredba, pak, ukazuje na usmerenost ka prihvatanju objektivne koncepcije primene običaja. U suštini, znači, Bečka konvencija prihvata kombinaciju subjektivne i objektivne koncepcije, odnosno predstavlja izvesni kompromis,¹² s tim da objektivna koncepcija ima dominantnu primenu kada je reč o međunarodnom prometu.¹³ Obe odredbe, međutim, se moraju tretirati kao celina.¹⁴

Pristup Bečke konvencije je nadgradnja nad odredbom iz čl. 9 Jednoobraznog zakona o međunarodnoj prodaji robe iz 1964 godine, iako postoje različita tumačenja.¹⁵ U svakom slučaju, principijelno, ovim su putem kasnije pošli i ostali uniformni izvori ugovornog prava. Takav je slučaj i sa Principima evropskog ugovornog prava. Tako, načelnom odredbom iz čl. 1:105(1) je opredeljeno da su strane vezane za koji bilo običaj čiju su primenu ugovorili i bilo kojom praksom koja između njih postoji. Takođe, po čl. 1:105(2) Principa, strane su vezane običajem koji bi se smatrao generalno primenljiv sa strane osoba koje se nalaze u istoj situaciji, osim kada bi primena takvog običaja bila nerazumna. Evidentno je da ova druga odredba, u odnosu na Bečku konvenciju, ide korak dalje ka objektivnoj koncepciji primene običaja.¹⁶ Ovaj koncept, inače, je prihvaćen i u Principima UNIDROIT o međunarodnim trgovačkim ugovorima (verzija 2010) (čl. 1.9),¹⁷ kao i u Nacrtu zajedničkog referentnog okvira iz 2009. godine¹⁸ (čl. II.-

¹² Vid. I. Carr, *International Trade Law*, Cavendish Publishing Limited, Abingdon 2010⁴, 70–71.

¹³ Vid. M. Schmidt-Kessel, u P. Schlechtriem, I. Schwenzer (eds.), *Commentary of the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford 2005², 141–149.

¹⁴ Vid. Oberster Gerichtshof, 10 Ob 344/99g, 21 March 2000, dostupno na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000321a3.html> [pristupljeno 15.09.2012].

¹⁵ Upor. J. Vilus, *Obvezno pravo, druga knjiga: Komentar Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe*, Informator, Zagreb 1981, 33–34.

¹⁶ Vid. O. Lando, H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law: Parts I and II*, Kluwer Law International, The Hague 2000, 105–106.

¹⁷ Vid. UNIDROIT, *Principles on International Commercial Contracts 2010*, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome 2011, 25–28.

¹⁸ Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of*

1:104). Imajući u vidu obim Nacrta zajedničkog referentnog okvira, predviđa se da se pravila o običajima imaju primenjivati i na druga pravna dela, sa neophodnim prilagođavanjima (čl. II.-1:104(3)).

I predloženo zajedničko evropsko pravo o prodaji nije nemo po pitanju običaja kako izvora prava. U Predlogu regulative¹⁹ se najpre polazi od generalnog pitanja koji su izvori prava koji se odnose na sadržinu ugovora. Tako, čl. 66(b) opredeljuje da se sadržina ugovora uređuje, između ostalog, običajima i praksom. Upućuje se, pri tom, na čl. 67 gde se uređuje da su trgovci, kako ugovorne strane, vezani bilo kakvim običajem čiju su primenu ugovorili i kojom bilo praksom koju su između sebe uspostavili. Takođe, trgovci su vezani i za običaje koji se smatraju generalno primenjivim između trgovaca, u istoj situaciji u kojoj se nalaze ugovorne strane. Naglašeno je da se običaji i praksa neće primeniti kada su u suprotnosti sa ugovorim odredbama koje su bile pojedinačno pregovarane između strana ili imperativnim pravilima zajedničkog evropskog prava o prodaji, u obim u kojem ta suprotnost postoji.

O UZANSAMA KAO KODIFIKOVANIM TRGOVAČKIM OBIČAJIMA

Po pravilu, običaji su nepisana pravila. Međutim, ne sme se prevideti i to da se u određenim slučajevima običajna pravila javljaju i u pisanoj formi. Takav je slučaj sa uzansama kao pisanim kodifikacijama tzv. običajnog prava. Uzanse nisu ništa više ili manje do (najčešće trgovačkih) običaja: među njima ne postoji nikakva razlika. Ovo nasuprot stava zakonodavca koji pravi ovakvu razliku (čl. 15(3) ZOO). Pojmovno, uzanse su kodifikovani običaji. Iz praktičnih razloga, pristupa se prikupljanju i uređivanju običaja u određenoj zbirci. Kako običaje stvara i primenjuje praksa, ona ih i kodificira. Drugim rečima, kodifikaciju običaja u uzanse vrše učesnici u prometu. Forum preko kojeg se ovo odvija su komorska udruženja učesnika u prometu. Ta kodifikacija se može odnositi na određena opšta pravila prometa, kao što to čine, na pr., Opšte uzanse za promet robom.²⁰ Kodifikacija običaja, međutim, može biti i vertikalna, odnosno u opredeljenim ekonomskim sektorima ili čak i za promet određenom robom. Takav je slučaj sa Lučkim uzansama,²¹ Posebnim uzansama za pojedine vrste i klase duvana,²² Posebnim

Reference (DCFR), outline ed, Sellier, Munich 2009.

¹⁹ Proposal for Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law [SEC(2011) 1165 final].

²⁰ *Službeni list FNRJ*, br. 15/54.

²¹ *Službeni list FNRJ*, br. 02/51.

²² *Službeni list FNRJ*, br. 38/56 i 19/57.

uzansama za trgovinu krompirom,²³ Posebnim uzansama za trgovinu pasuljem,²⁴ Posebnim uzansama za trgovinu pirinčem,²⁵ Posebnim uzansama za trgovinu pirinčanom arpom,²⁶ Posebnim uzansama za trgovinu povrćem,²⁷ Posebnim uzansama za trgovinu žitaricama,²⁸ Posebnim uzansama za promet blokova i ploča od kamena, mermera i granita,²⁹ Posebnim uzansama o građenju,³⁰ Posebnim uzansama u prometu robe na malo,³¹ Posebnim uzansama u ugostiteljstvu,³² i Posebnim uzansama za promet knjiga.³³

Od suštinskog pravnog značaja je da pravna se priroda običaja ne menja ukoliko dođe do kodifikacije trgovačkih običaja u uzanse. Običaj ostaje običaj, s razlikom što ga uzanse prave pisanim. Iz tog razloga govorimo o običaju kao izvoru prava. Naime, izvor prava je određeni pravni akt. To je formalna strana pravnog izvora. Sadržinski, pravni izvor je ono konkretno rešenje koje se mora primeniti u datoj situaciji. Koji je oblik pravnog izvora, sa sadržinskog aspekta, je nebitno. ZOO i pored svih njegovih pozitivnih belega, ne uspeva da do kraja implementira ovo shvatanje. Istorijski, ZOO ima nekritični stav o primeni običaja. Za vreme važenja ZOO 1978 ovo je opravdano, imajući u vidu strukturu pravnih izvora pre njegovog donošenja. Danas ovo više nije slučaj. Naime, ako su uzanse jedino kodifikovan običaj, a to je bar jasno, onda su nejasna posebna pravila o primeni uzansa. Ovo jasno proizlazi iz člana 15(3) ZOO kad se uređuje da se u obligacionim odnosima primenjuju i uzanse (opšte i posebne), kada je njihova primena ugovorena ili ona nesporno proizlazi od okolnosti slučaja. S obzirom da se u čl. 15(1) i (2) ZOO uređuje primena običaja (i, posle izmena i dopuna od 2008 godine, prakse), samo navođenje primene i uzansa ne ukazuje na njihovo pravilno razumevanje.³⁴

Tačno je, sa druge strane, da se uzanse najčešće odnose na kodifikaciju trgovačkih običaja, ali to im ne daje isključivi beleg trgovačkih kodifikacija, posebno imajući u vidu relativnost podele ugovora na trgovačke i građanske. Sve dok se ne

²³ Službeni list FNRJ, br. 25/60.

²⁴ Službeni list FNRJ, br. 25/60.

²⁵ Službeni list FNRJ, br. 25/60.

²⁶ Službeni list FNRJ, br. 25/60.

²⁷ Službeni list FNRJ, br. 25/60.

²⁸ Službeni list FNRJ, br. 29/60.

²⁹ Službeni list SFRJ, br. 09/67.

³⁰ Službeni list SFRJ, br. 18/77.

³¹ Službeni list SFRJ, br. 12/78.

³² Službeni list SFRJ, br. 69/83 i 18/84.

³³ Službeni list SFRJ, br. 19/84.

³⁴ Vid. H. Гаврилович, "За узансите", *Правник* 240, 2012, 41 i dalje.

raščisti polje njihove primene, odnosno sve dok se tvrdi i uređuje da će se uzan- se primenjivati samo u odnosima koji se, saglasno objektivnim i/ili subjektivnim kriterijuma, kvalifikuju kao trgovački, i dalje će se uzan- se primenjivati na tom te- renu. Ali, i ako se ostane na uobičajenim tvrdnjama da su uzan- se kodifikovani tr- govački običaji, pa usled toga se primenjuju samo u trgovačkim odnosima: čemu njihovo izdvojeno uređivanje od običaja kada je reč o uslovima primene. Utoliko više, čl. 15(3) ZOO dozvoljava primenu običaja nezavisno od toga kakva je priro- da transakcije. Jedino što ZOO izgleda da previđa je da su običaji i uzan- se jedno te isto.

ZAŠTO SE PRIMENJUJU OBIČAJI?

Pitanje primene običaja je interesantnije kad se treba odrediti zašto su obi- čaji izvor prava. Odgovor na ovo pitanje, sa druge strane, ne zahteva pravnu argu- mentaciju. Opravdanost primene običaja je posledica njihovog sadržaja. Ovo je neposredna posledica prirode prometnih odnosa privatnog prava. Zakonodavac je, kako u istoriji tako i u savremenosti, uvek nudio određene koncesije u pogledu pravila kojima se uređuju prometni odnosi. Ovakvo postupanje zakonodavca nije deo pravničkog rezonovanja, već je deo rezoniranja pravne politike. Zakonoda- vac, kao deo državne vlasti, dozvoljava primenu običaja, a otuda i uzansa, iz jed- nostavnog razloga što oni sadrže adekvatna rešenja za konkretnu problematiku.

Ideja prava, odnosno njegova regulatorna funkcija, jeste da dâ rešenja za određenu praktičnu situaciju. Na pr., ako jedan subjekat isporuči drugom subjek- tu fakturu, a u njoj nije opredeljen rok u kome se ta faktura treba platiti, potrebno je rezervno rešenje. Naravno, zakonodavac može zauzeti stav da se pitanje mora urediti imperativno pa, čak i kada su se strane sporazumele u kom roku se faktura treba platiti, ovo neće biti relevantno. Aktualno društveno uređenje, ipak, podra- zumeva da država treba da interveniše samo u slučajevima kad postoji opasnost da se dovedu pod znak pitanja interesi subjekata prava koji su, ustavno, jednaki. U kom roku će se određena faktura platiti je, u saglasnosti sa pravnom politikom, pitanje koje strane trebaju same urediti. Ako to ne urade, rezervnu normu pred- videće država preko zakonodavca (čl. 14 ZOO). Ako država to ne učini, postoji pravna praznina.

Kad je već država dodelila ovakva ovlašćenja ugovornim stranama, ona je ujedno ustupila praksi da razvija svoja pravila. Pravno gledano, s obzirom da je država to dozvolila, ova su pravila izvor prava (čl. 15(2) ZOO). Kada se konkret- no pravilo, u našem slučaju pravilo o roku u kome se treba platiti faktura, počne primenjivati od većeg broja subjekata u određenom ekonomskom sektoru ili na nivou cele ekonomije, nastaje vertikalni ili horizontalni, odgovarajući, običaj. Ko- načno, kada se ovaj običaj kodificira, nastaje uzansa.

Ukratko, ovakva je logika primene običaja. Uzaludno bi opravdavali njihovu primenu drugim argumentacijama, zato što argumentacija ne zavisi od prava, kao normativnog sistema, već od pravne politike države. Običaji se primenjuju samo zato što su prikladniji, a takvi su zato što su sazđani u praksi svakodnevnog obavljanja transakcija i sa strane subjekata koji su učesnici ovih transakcija. Zakonodavac može da reaguje ukoliko, u konkretnoj situaciji, smatra da je konkretna praksa, prerasla u običaj ili ne, nepoštena. Ovo je slučaj sa nepoštenim ugovornim praksama na terenu potrošačkog prava, ali i kod ugovornog prava uopšte. Osim toga, svoje mesto imaju i instrumenti i pravila konkurentskog prava. Ako zakonodavac ne smatra da je određeni subjekat pogođen ekonomskom nejednakošću među učesnicima u prometu, nema prostora za intervenciju. Otuda, pravni sistem podrazumeva postojanje zaokruženog pravnog okvira.

Postoje, znači, mehanizmi za sankcionisanje divljanja prakse. Pravni je okvir, implementiran kroz zakonska pravila ponašanja, inače permisivan. Pošto zakonodavac nije moćan da uredi sve, a neki od sektora nisu manifestovali opasnosti od zloupotrebe ekonomske nejednakosti subjekata, pravila koja subjekti primenjuju u njihovom svakodnevnom radu su za njih obavezna. Svakako, ovo važi ukoliko subjekti nisu drugačije ugovorili. A zbog toga što su učesnici u prometu više svesni o sopstvenim potrebama nego zakonodavac, ovaj im priznaje autonomiju volje kao osnovno pravilo za uređivanje njihovih međusobnih prometnih odnosa. Ovo je, u najosnovnijim crtama, logika primene (prakse i) običaja.

ZAKLJUČAK

Navedeno opravdanje primene običaja, sa strane pravne politike, zahteva da zakonodavac ima određeni stav o ovoj primeni. Kako smo već spomenuli, ovo ne mora biti izričiti stav zakonodavca nego može da proizlazi i iz ustavnih načela ili iz propisa kojima se uređuje sudski sistem ili pak postupak pred sudovima ili drugim organima i telima nadležnim za rešavanje sporova iz oblasti privatnog prava. Kada postupaju arbitražna tela, onda u principu postoje izričita pravila o primeni običaja. U svakom slučaju, potrebno je da stav pravne politike o primeni običaja bude, na neki način, izražen putem sadržine izvora prava.

Primena običaja, primenjujući pravnu argumentaciju, najčešće se objašnjava tzv. *lex contractus* pristupom. Ovaj pristup proizlazi iz čl. 9(2) Bečke konvencije. Reč je, inače, o *common law* pristupu, koji običaje tretira kao prećutne ugovorne odredbe, nezavisno dali su običaji trgovački ili ne.³⁵ Teorija trgovačkog prava

³⁵ Vid. M. P. Furmston, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford 2007¹⁵, 172–175.

u principu se drži *lex contractus* pristupa, u smislu da postoji pretpostavka da su učesnici u prometu postigli saglasnost o primeni običaja.³⁶ Ipak, potrebno je i neko spoljašnje priznanje validnosti običaja, bilo sa strane zakonodavca, jurisprudencije, ili doktrine.³⁷

Jasno je da su običaji autonomne prirode. Takođe, sa aspekta pravne politike, jasno je zašto dolazi do primene običaja. Bitno je, međutim, da primena običaja ima i svoju pravnu osnovu. Za domaći pravni sistem, ovu osnovu postavlja ZOO. Koncept koji uspostavlja ZOO, u principu, odgovara konceptu koji je prethodno prihvatio ZOO 1978. Naime, i dalje opstoji subjektivna koncepcija o primeni običaja. Nije uvedena, drugim rečima, niti pretpostavka da su učesnici prometa prećutno ugovorili primenu običaja. Dalje, postoji jasna distinkcija između teorije klasičnog građanskog prava i teorije trgovačkog prava o pojmu običaja i o uslovima njegove primene. Teorija građanskog prava polazi od tradicionalnih shvatanja o običaju, iako mnoga od njih nisu imala svoju osnovu niti u tekstu ZOO 1978.³⁸

U svakom slučaju, iako poimanje običaja, kako to čini teorija trgovačkog prava, više odgovara rezoniranju pravne politike, ipak se postavlja pitanje zakonske zasnovanosti ovog rezoniranja. Naime, i pod pretpostavkom da se prihvati da dugotrajno vršenje i svest o obaveznosti nisu pretpostavke primene običaja, pošto ih niti ZOO niti ZOO 1978 ne predviđa, i dalje ostaje subjektivna koncepcija primene običaja po ovim propisima. Imajući u vidu prethodno izlaganje o opravdanosti primene običaja, proizlazi da rešenja sadržana u ovom izvoru prava više odgovaraju potrebama prakse. Zbog toga, izgleda da je objektivna koncepcija prihvatljivija, kada se na celu stvar gleda sa aspekta pravne politike.

Ostaje, naravno, dilema u pogledu polja primene običaja, a ukoliko se prihvati objektivna koncepcija. Naravno, objektivna koncepcija bi bila isključena u potrošačkim odnosima. Ukoliko bi se primena običaja, pa i uopšte, dozvolila u potrošačkim odnosima, svakako bi se osujetila suština potrošačkog prava a većina ovih pravila je, i tako, imperativnog karaktera. Što se građanskih odnosa tiče, primena običaja je manje sporna, s tim da je verovatnija kod ugovornih nego kod izvanugovornih obligacija. Konačno, primena običaja je svakako najviše opravdana u trgovačkim odnosima. Baš se u ovim odnosima oni i najčešće stvaraju

³⁶ Upor. A. Goldštajn, J. Barbić, M. Vedriš, Lj. Rosenberg, A. Verona, *Obvezno pravo: prva knjiga*, Informator, Zagreb 1978, 45; R. Goode, "Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law", *The International and Comparative Law Quarterly* 46(4), 1997, 8.

³⁷ Vid. R. Goode, H. Kronke, E. McKendrick, *Transnational Commercial Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford 2007, 39-40.

³⁸ Upor. M. Васиљевић, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, Београд 2010¹⁰, 39.

i trgovci su oni koji njihovom primenom daju običajima beleg široke poznatosti. Zbog toga, bar se u trgovačkim odnosima objektivna koncepcija treba ustanoviti. U svakom slučaju, objektivna koncepcija ne podrazumeva apsolutnu primenu običaja. Moderni uniformni akti ugovornog prava kakav je slučaj, na pr., sa spomenutim Principima evropskog ugovornog prava, vezuju primenu običaja sa razumnošću. Ovakvim se principom anuliraju neke slabosti koncepta Bečke konvencije i uvodi relativno jasan sistem primene običaja. I pored svega ovoga, konačnu reč će dati praksa, a običaji postoje i primenjuju se baš zbog nje.

NENAD GAVRILOVIĆ, PhD.,
Assistant Professor, "Iustinianus Primus" Law Faculty
of the "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje
NEDA ZDRAVEVA, PhD.,
Assistant Professor, "Iustinianus Primus" Law Faculty
of the "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje

USAGES AS A SOURCE OF LAW ON OBLIGATIONS

Summary

The paper considers the question of the application of usages as a source of law, in terms of regulating the contents of transactions. The existence of usages, including the usances as codified usages, is primarily argued by the needs of the practice. This is mostly due to the fact that the solutions provided for in usages suffice in giving an answer to the numerous questions that arise every day in practice. Usages contain either more adequate solutions or solutions that do not exist in other sources of law. The conditions for the application of usages, in the domestic legal system, are governed by statute. The law, on its side, accepts the subjective concept of application of usages. Through a comparative analysis of the national Law of Obligations and the provisions of some of the uniform sources of contract law, it has been determined that there is a need to improve the national legislation and bring it closer to the objective concept of usages' application, at least in commercial transactions. Also, as the concept of usages goes, there are clear differences between the positions of the civil law theory and the theory of commercial law; where it seems that the latter is more suited to contemporary developments.

MIRKO BARTULOVIĆ

OBIČAJI I NAŠE OBLIGACIONO PRAVO

U V O D

Odluka o tome da se ovogodišnji jubilarni dvadesetpetogodišnji sastanak Kopaoničke škole prirodnog prava posveti temi pod nazivom “Pravo i Moral” ne samo da, između ostalog, ulazi u duboke korene faktora koji u suštinskom smislu sve više osvetljava genezu prava i pravne nauke, već istovremeno proširuje mogućnost proučavanja onih uslova koji utiču na stvaranje najvećeg spektra rađanja pravila ljudskog ponašanja u njegovom, uslovljenom razvitku ljudske rase u pojedinačnim, grupnim i sve većim, brojnijim zajednicama. Ponašanja koja su sa jedne strane uslovljena kako prirodnim činiocima opstanka tako i sve većim potrebama usklađivanja ponašanja među samim ljudima koji često, pa i do danas, u možda najdrastičnijim i razornijim mogućim uzrocima i posledicama, prete u krajnjim konsekvencama i opstanku čovečanstva. Da li, pred tom strašnom opasnošću naučnih saznanja koja su i izvor razvitka ali i mogućnosti zloupotreba, još uvek, uz upotrebu umnosti nasuprot ludosti i bezumlju, možemo da se pouzdamo u iskustva davnih, prošlih, sadašnjih i budućih pravila koje nam se racionalno nameću bilo u obliku običaja, morala ili pravnih normi? Jedno smatramo izvesnim a to je, da bi njihov virtuelan, a da i ne pomišljamo na stvarni nastanak, pojavu ili nadjačavanje onih pravila koja negiraju makar tolerantni suživot, zna-

Dr Mirko Bartulović, član Predsedništva Udruženja pravnika Srbije.

či katastrofu neslućenih razmera. Stoga, ako su premise ovog uvodnog razmišljanja logički prihvatljive, ne ispuštajmo iz našeg dijaloga razmišljanje, značaj i kada govorimo o prirodnom pravu kao našoj centralnoj preokupaciji Škole, fenomenologije običaja i morala kao dela ličnosti u društvu koje se razvijalo, razvija i razvijaće se (barem se nadamo) u pravcu stvaranja one harmonične celine kojoj bez sumnje težimo ili barem moramo da težimo ako već nećemo da stagniramo na način koji nas ne vodi nekom ipak ne imaginarnom već stvarnom cilju.

Ali, zar toliko u ovom naslovu običaj može zaokupiti našu pažnju? Opredelili bi se da odgovorimo pozitivno, pri čemu upravo želimo kao obrazloženje ovog, da potražimo pravo značenje ovih reči i kakva je snaga onog što nam one predstavljaju te kakve društvene implikacije predstavljaju ponašanja ljudi koji stvaraju ono što se pod tim rečima podrazumeva.

I najzad, ili je možda ovo trebalo da bude početak rasprave o običaju, jeste pitanje koje se ne može eliminisati od suštine fenomena običaja, na koji način i zašto nastaje ovaj oblik pravila koja se ne uklapaju striktno u one moralne a pogotovo pravne? Običaj je samo izvestan produkt nekog društvenog odnosa i nosi njegove karakteristike. Formira se u relativno dužem vremenskom periodu. Taj proces je trajao, traje i trajaće kao uslov stvaranja onih pravila koje nazivamo običajem. Uz ovaj aspekt formiranja običaja, imamo utisak, dosta je zainteresiranih u teoriji i praksi njegovog proučavanja. Ne možemo ga stoga zapostaviti ni u našem tekućem razmišljanju.

Ipak šire teoretsko razmatranje običaja zahtevalo bi mnogo više prostora nego što je to za ovu priliku moguće. Stoga smo se opredelili da uz jedan najuži pristup njegovoj fenomenologiji i pogledamo njegovo prisustvo u praksi našeg obligacionog prava, pa tako, na jedan vidljiv način pokažemo kako se i zašto on našao u ovom delu nase pozitivne pravne regulative. Ovaj uporedni teorijski i praktični prikaz je po našem mišljenju koristan i za sagledavanje suštine pravila koje običaj nameće.

OBIČAJ

Ne bi se moglo reći da je pronađena zadovoljavajuća definicija običaja kao pravila koje je dugim ali ponekad i stihijskim ponavljanjem određenog ponašanja izgrađeno i usvojeno od strane uže, šire ili najšire ljudske grupacije a poštovano u najvećoj meri kao korisno u međusobnim komunikacijama ljudi¹.

¹ A) Običaj: Način života, rada, ponašanja i slično (obično šire zajednice) koji se dužom vremenskom tradicijom ustalio...(korijenit neki običaj...). B) Osobina, svojstvo... Biti u običaju... Takav red, poredak, vlada... Izići iz običaja... Imati običaj... Imati naviku, određen, ustalje-

Običaj ne bi smeli da izjednačavamo sa navikom koja se definiše kao sklonost koja je postala stalna (obična). Običaj ipak postaje kao neka ustaljena navika koja se formirala u potrebi koja se svesno provodi u društvenim odnosima sa određenim stepenom one izvesne ili neizvesne prinude u zavisnosti od osećaja valjanosti ili važnosti takvog postupanja. Običaj dakle bezuslovno u svojem nastajanju traži ustaljeno ponavljanje u relativno dužem vremenskom periodu u sličnim situacijama koje su i bile uzrok tih postupaka, pa odatle dakle potiče potreba da se u njihovoj sličnosti svesno ili nesvesno reaguje na sličan način čime se zaokružuje sadržina postupka. Ovde dakle, kao što će se to videti i u situacijama koje su stvarale pravila morala i sledstveno pravnih normi, dolazimo do onog zaključka jedinstvenog za formiranje društvenih normi od perioda najstarijih njihovih oblika do danas, a verujemo i u buduće, da je potreba njihovog formiranja onaj stvaralački faktor stvaranje pravila koja nam slede a koja razlikujemo po mnogim činiocima, ali naročito onim koji je najizrazitiji a to je stepen prinude².

Kada govorimo o pravu, prinuda je pretežno njegova karakteristika pri čemu se naravno intenzitet te prinude menja u zavisnosti od mnogih faktora koji preovlađuju u društvu. Upravo veličina te prinude može biti jedno od elemenata koji će nam pomoći da stvorimo relevantnu predstavu običaja, morala i pravnih normi koje ovde uočavamo od onih rudimentalnih, do savremenih pravila organizovanih zajednica – država, ali i sve učestalijim širim oblicima njihovog regionalnog ili svetskog značaja. Odatle, ako su vreme i prostor postali sve kraći i bliži jačanjem svih vrsta komunikacija tada i faktori koji utiču na običaje postaju sve prisutniji u međunarodnim razmerama.

Da li uopšte ima smisla govoriti o običajima i zašto kada bilo u širim a pogotovo u užem smilu govorimo o pravu?

Opravdanje bez sumnje možemo naći i obrazložiti time da u proučavanju društvenih nauka uopšte a posebno prava kao važne komponente te nauke, nikada se ono ne može omeđavati i isključivati iz ukupnosti društvenih događaja i njegove tvorevine kao žile ili grane jedinstvenog ljudskog stabla. Sve ono sto bi, kako u prošlosti, sadašnjosti ili budućnosti, bilo od takvog ljudskog uticaja i neposrednog ili posrednog delovanja, ne možemo isključiti već i povezati se kao delom tog

ni red u radu i ponašanju – kao što je uobičajeno, kao što se redovno radi. C) Narodni običaj: Običaji koji su prošireni, u kojem većem kraju ili narodu... (Rečnik Srpsko-Hrvatskog književnog jezika Matice Srpske, Sveska 3, Strana 857). “Običaji su prećutne saglasnosti naroda, utvrđeni dugotrajnom primenom” (Ulpianus). “Običaj je najbolji tumač zakona” (Paulus). “O kakva vremena, o kakvi običaji” (Ciceron).

² U nevezanom razgovoru sa jednim seoskim domaćinom po pitanju običaja i morala odgovorio je od prilike ovako: “Običaj je ono što svakodnevno prihvatamo da je korisno; moral je ono što je nužno a zakon je ono što moramo da poštujemo”.

jedinstvenog stabla ustanovom prava. Štaviše, običaj je ne samo istorijski već i tekući faktor povezivanja i uticaja na pravnu regulativu. Da li je smelo smatrati ga i kao pretečom moralnih i pravnih normi? Mislimo da se to ne bi moglo izričito ni prećutno negirati jer se ponekad a nekada i česće, u zavisnosti od materije u pozitivnu pravnu materiju unose i time prihvataju u zakonsko-normativnoj formi običajne primese, pri čemu se mogu u određenom smislu prilagoditi tehnološkim zahtevima. Uprkos time što postoji osnovna saglasnost o ponavljanju kao uzroku stvaranja običaja, nismo sigurni da je time sve objašnjeno. Naime, da li je ponavljanje uzrok ili posledica? Zašto je došlo do takvog ponavljanja i da li je ovaj uzrok relevantan za izučavanje nastanka običaja barem u onom svom segmentu rađanja predpravnih pravila? Ne moramo se u tu svrhu vratiti u daleku prošlost. Stvaranje običaja je kontinuirani proces koji se neprekidno odvija i danas. Ovo možda i bržim tempom koji diktiraju sve brži i novi uslovi tehnologije kao napretka čovekovog opstanka. Zato bi u pravnoj nauci barem u delu koji se odnosi na najširu sociološku komponentu stvaranja pravnih normi, trebalo se više pozabaviti stvarnim uzrocima. Naime, ako je ponavljanje komponenta običaja, onda je svrsishodno pitanje usled čega je to i takvo ponavljanje usledilo? Tom odgovoru se mora pristupiti multidisciplinarno jer smatramo izvesnim da je takvo ponašanje izazvano potrebama koje je prouzrokovao zajednički život. Ne može biti slučajno da se veliki broj običaja povezuje i za religijska verovanja, a ne mogu se zanemariti uticaji drugih društvenih faktora, bioloških, zdravstvenih, iskustvenih i onih kao posledica predrasuda³. Potreba je uostalom najveći podsticaj stvaralaštvu pa naravno i stvaranju pravila.

U ukupnosti razmatranja prava, pravila, normi, izgleda da se manje bavimo običajima i moralom kao rudimentalnim prethodnicima pozitivnog prava a možda i faktorima koji manje ili više i danas diktiraju prinudna pravila ponašanja⁴.

Ali za sada dosta je sa pitanjima, uprkos tome što su ona nužna u početku razmatranja nekog problema jer je u tim nepoznanicama koje traže odgovor istovremeno i njegov obim i okvir. Dileme u ovom slučaju mogu postojati u redosledu. U dosadašnjim temama i sastancima Škole uvek smo počinjali sa Pravom. Dopustiću sebi smelost da ovog puta pođem od obratnog redosleda koji istovremeno nagoveštava začetke pravila ponašanja a to bi, po nama bilo razmatranje fenomenologije Običaja⁵.

³ "Zao običaj, nekada tvrd, nekada zakonit" (OIZ – član 990).

⁴ "Razumnom običaju se treba pokoravati kao i zakonu".

⁵ "Običaj vodi one koji ga prihvataju, dok zakon vuče one koji to neće". Nismo pristalice Redbrukovog pesimizma o nemogućnosti međusobnog razgraničenja između prava i običaja, ako ništa drugo, pravna norma je, u procesnom smislu, uvek "proizvod" države. To čak i onda kada se

OBLIGACIONO PRAVO I OBIČAJI

Opšta teorijska razmišljanja o povezanosti običaja i prava lakše se mogu prihvatiti uz prikazivanje konkretnih primera pa smo to učinili i u ovom slučaju. Naime koristili smo Zakon o obligacionim odnosima (Z.O.O.) u onom delu, odnosno pojedinačnim normama, u kojima se taj propis poziva na običaje. Nije dan zakon nije u stanju regulisati sva pitanja i finese koje su relevantne za nastanak trajanje, prestanak i primenu obligacionog odnosa, pa im je stoga neophodan “dodatak” u vidu pozivanja na običaje. U tom smislu ne zaostaje ni naše obligaciono pravo koje u svoj zakonski tekst u samom početku opšta načela uvodi pod nazivom savesnosti, poštenja i odgovarajuće “dobre” običaje – što je ovde i deo naše teme. Treba ipak naglasiti da se zakonodavac uvek osvrće na dobre običaje koji su u vezi sa prirodom zakonske regulative i iznetim načelima koja tek ovako zajedno mogu dati od strane zakonodavstva željeni smisao konkretnim normama⁶.

Kod razmatranja pojedinih slučajeva u Zakonu u navedenom smislu, jasno uočavamo primenu običaja u Opštem delu u kojem se govori o pomenutim načelima pri nastanku obaveza a zatim to isto u drugom delu koji obuhvata pojedinačne ugovore gde se običaji pojavljuju konkretnije u svojoj željenoj funkcionalnosti određene norme.

OPŠTI DEO Z.O.O. I OBIČAJI

Mada se ne primenjuje izričito običaj kod izjave volje kao nužne komponente u stvaranju voljnog obligacionog odnosa, izraz “uobičajenim znacima ili drugim ponašanjem⁷”, veoma se približavamo u konkretnom slučaju sadržini običaja. Ako se, ne radi o pismenoj kao obaveznoj formi, tada se i sadržina izjave pojavljuje kao običaj.

Na sličan način kao i u prethodnom stavu imamo slučaj kada se radi o sporednim tačkama ugovora koje nisu izričito pomenute već će ih sud (u slučaju spo-

običaj uzme kao “poštapalica” svog (prinudnog) pravila. (G. Redbruk – “Filozofija prava”, Nolit, Beograd, str. 65). U tom smislu smatramo da bi trebalo prilagoditi na adekvatan način i definiciju običajnog prava u kojem običaj u stvari prerasta u pravnu normu.

⁶ U predgovoru komentara Z.O.O. profesor Perović se ukratko osvrnuo na primenu i značaj običaja u vezi prihvatanja načela savesnosti i poštenja u svojevrremeno donošenju ovog značajnog Zakona naglašavajući prihvatanje na taj način svojevrstnu trihotomiju koja služi “kao korekcija onoga što predstavlja podlogu maksimi” – Summum Ius Summa Iniuria. (Pod VII predgovora – Beograd 1995) Vidi posebno u navedenom smislu član 21, Z.O.O.

⁷ Vidi član 28 Z.O.O.

ra) urediti, vodeći računa o prethodnim prigovorima, utvrđenoj praksi između ugovarača i običajima⁸.

U slučaju opšte ponude⁹ običaj je vodilja relevantnosti takve ponude neodređenom broju lica. Na sličan način naše obligaciono pravo rešava i pitanje ponude izlaganjem robe, pozivanjem na okolnosti slučaja ili običaja¹⁰.

I kod izjave o prihvatanju, običaj je taj relevantni pokazatelj takvog prihvatanja ponuđenog¹¹ što se (i bez pozivanja na običaj) može smatrati kada se radi o ćutanju ponuđenog¹².

Kod bitne zablude (netačne predstave o relevantnim činjenicama za nastanak ugovora) pominje se običaj kod okolnosti koje su odlučne za nastanak ugovorne pravne veze¹³.

Ništavost nekih odredbi opštih uslova treba povezati sa ciljem zaključenog ugovora ili "dobrim poslovnim običajima", što je neposredno povezano sa već ovde pomenutim odredbama člana 21/1 Z.O.O¹⁴.

U svim prethodnim slučajevima pominjanje običaja kao relevantnog faktora za nastajanje ili prestanak pravnog odnosa, ne sumnjivo osećamo prisustvo poslovnog, trgovačkog (privrednog) partnera. To upravo ukazuje na činjenicu onog ponavljanja relevantnog poslovnog i stalnog ponašanja koji karakteriše sadržinu običaja u funkciji prometa. Pravni promet nesumnjivo postaje sve složeniji na tehnološkom nivou i sve većom dinamikom takvog prometa. Time je upravo karakteristična primena običaja koji se toj tehnologiji prilagođava i menja. Prirodno je dakle da se, u lancu relevantnog ponašanja, zakoni i pravila moraju saglasiti ovakvim promenama, pa se savesnost i poštenje često usklađuju na način da funkcionisanje takvog prometa bude konstantno i delotvorno. Običaji dakle neće nestati iz zakonodavne prakse ali se zakonodavna mašina i njena primena delotvorno imaju prilagođavati stvaralačkim rešenjima. Nije pri tome bitno da li ćemo ih nazvati utilitarnim ali moraju imati pozitivnu, delotvornu funkciju one prosečne i ciljne delatnosti.

U slučajevima regulisanja pitanja legitimacionog znaka nema izričitog pozivanja na institut običaja već se kod identifikacije znaka zakonodavac poziva na uobičajeno shvatanje o tome kakva je naznaka (dokaz) o odnosu na koji takav

⁸ Vidi član 32/2 Z.O.O.

⁹ Vidi član 33 Z.O.O.

¹⁰ Vidi član 34 Z.O.O.

¹¹ Vidi član 39/2 Z.O.O.

¹² Vidi član 42 Z.O.O.

¹³ Vidi član 61 Z.O.O.

¹⁴ Vidi član 141 Z.O.O.

znak upućuje. U prvom redu “uobičajena sadržina” treba da vidljivo razdvoji sadržinu znaka od hartije od vrednosti¹⁵.

U glavi IV Z.O.O. koja je posvećena prestanku obaveza nailazimo najpre na odredbu koja reguliše otkaz trajnog dugovinskog odnosa, pri čemu ni dogovorom niti zakonom nije određeno njegovo trajanje već se taj prestanak utvrđuje “običajem, odnosno istekom primerenog roka”. Razumljivo je da se kod ovakvog otkaza moraju imati u vidu sve specifičnosti takvog odnosa i razlozi koji za takav raskid relevantno postoje.

U odeljku i glave V posvećene novčanim obavezama, običaj se pominje kod regulisanja plaćanja takve obaveze pre roka, koje se privilegije dužnik ne može lišiti ali, pri tome nema pravo da odbije iznos kamate za vreme od isplate do dospelosti ako na to nije ovlašćen ugovorom ili to proizilazi iz običaja¹⁶. Ovde ne bi imali prostora za razmatranje onih složenih pitanja stvaranja običaja i njihove relevantne prirode u uslovima većih i naglih monetarnih poremećaja, ali pozivanje zakonodavstva na običaj u ovakvim slučajevima je problematičan u statičkom smislu kada se očigledno ova norma mora, kao i u ostalim odredbama Z.O.O. o novčanim obavezama, treba prilagođavati donošenjem posebnih propisa kojima se imovinski dispariteti trebaju, ako ne eliminisati, onda ih makar ublažiti.

POSEBNI DEO Z.O.O. I OBIČAJI

Kod dela Z.O.O., koji se odnosi na pojedine ugovore, a posebno kod onog značajem i obimom važnog ugovora o prodaji, reguliše se slučaj koji se odnosi na delimičnu ili u celosti propast stvari u času njegovog zaključenja, jer se kod samo delimične propasti, takav ugovor održava na snazi (uz pravo na sniženje cene), ako takva delimična propast ne smeta postizanju svrhe ugovora ili ako za određenu stvar postoji takav običaj u pravnom prometu – ukratko sudbina takvog ugovora pozivanjem na običaj je faktičko pitanje¹⁷.

Po pitanju cene koja je ugovorena kao tekuća prema zvaničnoj evidenciji koje nema, ona se među stranama ugovornicama ipak određuje prema običajima tržišta¹⁸.

U obaveze kupca po prirodi stvari dolaze i pitanje vremena i mesta isplate cene kada takvo mesto u ugovoru nije naznačeno. Tada se u pomoć naše obligaci-

¹⁵ Vidi član 258/1 Z.O.O.

¹⁶ Vidi član 398/3 Z.O.O.

¹⁷ Vidi član 459/3 Z.O.O.

¹⁸ Vidi član 464/2 Z.O.O.

ono pravo poziva na običaj jer se plaćanje (ako tako nije običajem drugačije određeno) obavlja u času i u mestu u kojem se vrši predaja stvari.¹⁹

Kod kupovine na probu, kao jednog od posebnih slučajeva prodaje sa naročitim pogodnostima, kupac je dužan da obavesti prodavca da li ostaje pri ugovoru u roku koji je ugovorom utvrđen, a ako ovog roka nema on se određuje običajem a ako takvog nema, onda u primerenom roku koji mu bude odredio prodavac jer bi se inače smatralo da je odustao od ugovora.²⁰

Uobičajeno se umesto običaja upotrebljava u opštoj odredbi kod zakupa u kojem se kao pravo kod predaje određene stvari zakupcu na upotrebu obuhvata i uživanje stvari (pribavljanje plodova) ako to nije drugačije dogovoreno ili uobičajeno.²¹

Kod regulisanja prava zakupa, kada stvar ima neki nedostatak, odnosno kada on nastane u toku zakupa i kada ona nema ugovoreno ili uobičajeno svojstvo koje inače prema ugovoru ili običaju treba da ima ili ga izgubi u toku zakupa, nastaje zakonsko ovlašćenje zakupca iz člana 578 Z.O.O.²²

Plaćanje zakupnine je jedna bitna obaveza zakupoprimca u rokovima određenim ugovorom ili zakonom a u nedostatku ovih plaćanje se vrši "kako je to uobičajeno u mestu gde je stvar predata zakupcu".²³

Običaj dolazi upomoć i kod otkaza ugovora o zakupu čije trajanje nije određeno niti se može odrediti iz okolnosti ili mesnih običaja (u nedostatku i običaja, dužina otkaznog roka iznosi 8 dana ali ne i u nevreme).²⁴

Kod ugovora o delu, naručilac je dužan primiti rad izvršen prema odredbama ugovora i pravilima posla i isplatiti posleniku naknadu određenu ugovorom ako nije već određena posebnom tarifom. Međutim, ako naknada na ovaj način nije određena, utvrdiće je "sud prema vrednosti rada, prema normativima potrebnim vremenom za takav posao, kao i prema uobičajenoj naknadi za tu vrstu radnje"²⁵.

Ugovor o prevozu reguliše nužno i pitanje visine naknade odnosno ako ona nije određena tarifom ili drugim obaveznim aktom ili ugovorom, "prevozilac ima pravo na uobičajenu naknadu za tu vrstu prevoza".²⁶ Obaveza pošiljaoca, kod ugo-

¹⁹ Vidi član 516/2 Z.O.O.

²⁰ Vidi član 534/1 Z.O.O.

²¹ Vidi član 567/2 Z.O.O.

²² Vidi član 578/2 Z.O.O.

²³ Vidi član 583 Z.O.O.

²⁴ Vidi član 597 Z.O.O.

²⁵ Vidi član 623 Z.O.O.

²⁶ Vidi član 651/2 Z.O.O.

vora o prevozu stvari, je pakovanje “na propisan ili uobičajen način” kako bi se sprečio eventualni nastanak štete.²⁷

Ugovor o usklađivanju kao ostavi u privrednim odnosima, sadrži odredbu o dužnosti osiguranja, kada je to ugovoreno. Međutim, često se propusti izričito navesti koje rizike treba obuhvatiti ovim osiguranjem, posebno zbog karaktera uskladištene robe. U pomoć ovoj eventualnoj praznini u ugovornim odnosima između skladištara i ostavodavca zakon predviđa da je skladištar dužan osigurati robu od uobičajenih rizika.²⁸

Kod ugovora o nalogu nedostatak odredbe o visini naknade zakon je predvideo o uobičajenoj visini, a ako o tome nema običaja primeniće se pravična naknada²⁹. Ako nije drugačije ugovoreno, zastupniku ne pripadaju redovni troškovi posredničkih poslova ali ima pravo na naknadu onih posebnih. Međutim, običaj je u ovom odnosu zastupniku dati predujam za pokriće vandrednih troškova jer bi u protivnom, kod njihove izvesnosti i visine zastupnik kreditirao zastupanog što ne odgovara karakteru ugovora po trgovinskom zastupanju.³⁰

Po pitanjima naknade u okviru obaveza nalogodavca i kada nije ugovorena njena visina je uobičajeno određena tarifom ili nekim drugim opštim aktom ili običajem. Ukoliko ih nema odmeriće je sud prema posredničkom trudu i učinjenoj usluzi.³¹ Ostali uobičajeni poslovi i radnje kod ugovora o opremanju (špediciji) ako nisu u zakonu ugovoreni izričito onda su prepušteni običajima koji se redovno pojavljuju u ovakvoj delatnosti.³²

Specifični ili drugi poslovi špeditera može ih obavljati samostalno, kada su u skladu sa nalogom, poslovnim običajima ili opštim uslovima takvog poslovanja u slučajevima osiguranja pošiljke, ako je to ugovoreno ali bez navođenja rizika koja takva osiguranja treba da obuhvati, otpremnik je dužan da stvari osigura od uobičajenih rizika.³³

U ugovoru o kontroli robe i usluga regulišu se i pitanja naknade vršiocu kontrole ali, ako je visina ove obaveze izostala, zakon predviđa pomoćni izlaz iz ove situacije time što je određuje onom “uobičajenom” tj. tarifom odgovarajućem poslovnom običaju koji se na ovu obavezu odnosi.³⁴ Uprkos tome što kod regu-

²⁷ Vidi član 658/1 Z.O.O.

²⁸ Vidi član 732/2 Z.O.O.

²⁹ Vidi član 761 Z.O.O.

³⁰ Vidi član 808 Z.O.O. i komentar Z.O.O. Slavnić, str. 1382

³¹ Vidi član 822 Z.O.O.

³² Vidi član 827 Z.O.O.

³³ Vidi član 837 Z.O.O.

³⁴ Vidi član 852 Z.O.O.

lisanja raskida ovog ugovora nije u zakonu izričito opomenuto plaćanja srazmernog dela naknade i učinjenih nužnih i korisnih troškova ili eventualne naknade štete, smatramo da se na ove okolnosti uvek u proceni mora voditi računa o običajnim i opštim pravilima o ugovoru o nalogu koji reguliše član 749 do 770 Z.O.O.³⁵.

Kod plaćanja cene kod ugovora o organizovanju putovanja, zakon se, kod nedostatka njene visine u samom ugovoru poziva na onu uobičajenu dok kod postupanja po uputstvima putnika koji je ovaj dao posredniku ugovora o putovanju, zakon je obavezu posrednika da po njog postupi ako je u skladu sa ugovorom uobičajenom poslovanju posrednika i interesima drugih putnika³⁶.

Obavezno plaćanje provizije ugostitelju turističke agencije u visini procenta za promet izvršenih ugostiteljskih usluga, ako ovaj nije određen ugovorom, zakon određuje da ta visina bude u skladu sa određenim uslovima poslovanja turističkih organizacija ili ako ove nema tada se ona određuje poslovnim običajima³⁷.

Kod prava turističke agencije da odustane od ugovora pri čemu rok obaveštavanja o odustanku nije određen ugovorom, ovaj se utvrđuje na osnovu poslovnih običaja u ugostiteljstvu³⁸.

U prelaznim i završnim odredbama Z.O.O., slično kao i u okviru osnovnih načela, govori se o primeni običaja na koje se zakon u pojedinim odredbama poziva, pri čemu se naglasak stavlja na dodatna objašnjenja u vezi sa izrazima kao što su uzanse, dobri poslovni običaji i trgovinski poslovni običaji³⁹. Za razliku od kodifikovanih običaja koji su svrstani u uzanse i o kojima je upravo reč u članu 1107 Z.O.O. navedenim završnim odredbama, treba imati u vidu povezanost ovih odredbi sa već pomenutim članom 21 Z.O.O. iz kojih načelno proizilazi obaveza primene običaja ne samo kada na to izričito upućuje zakon već i na njegovu opštu primenu kada za to ima opravdanih i vidljivih razloga.

ZAKLJUČAK

Pojedinačni pregled primene običaja na koje izričito upućuje Z.O.O. samo su očigledni povod za razmišljanje o običajima u pravu uopšte. Dakle od pojedini-

³⁵ Vidi član 858 Z.O.O.

³⁶ Vidi član 882 Z.O.O.

³⁷ Vidi član 894 Z.O.O.

³⁸ Vidi član 895/2 Z.O.O.

³⁹ Stojanović u komentaru Z.O.O. smatra da je moguće kod dispozitivnih propisa prihvatanjem običaja voljom stranaka eliminisati takav propis, odnosno zanemariti ga na ovaj način voljom stranaka u prilog običaju.

nosti ka opštem umesto obratno uprkos tome što ne treba shvatiti da je ovaj poslednji način metodski neispravan. Naime ni u jednom ni u drugom slučaju ne smemo se uputiti pogrešnom stranom one opštosti koja nas vodi u neizvesnost selekcije. Običaji su raznovrsni u odnosu na njihovu sadržinu i funkciju uslovljenu društvenim faktorima koji nemaju uvek samo značaj u prometu nego i u drugim delatnostima pa i verovanjima. Drugim rečima njihova raznovrsnost uslovljena u okvirima jedne ili više društvenih zajednica nosi njihovo obeležje u pozitivnom ili negativnom smislu u zavisnosti od vremena i mesta u kojima se društvene aktivnosti odvijaju. Nema nikakve sumnje da u takvim različitim uslovima za iste ili slične situacije možemo imati različite običaje. Ne možemo negirati činjenicu da čak i na bliskim prostorima (a danas ti prostori, obzirom na tehnologiju povezivanja postaju sve manji) postoji sukob kulturoloških shvatanja koje oblikuje ljudsko, grupno shvatanje pa time i formiranje raznih običaja. Pravo kao nametnuta obaveza ponašanja normativnim mehanizmom o tome ne može a da ne vodi računa kako u praksi tako i u teoriji.

Uzged ovde ne možemo da propustimo napomene procesnog značaja primene običaja obzirom na relativno široku mogućnost te primene u obligacionom pravu kod slučajeva spora u međunarodnim odnosima. Današnje globalno tržište otvara velike mogućnosti, ali je činjenica da ovaj prostorni i međunarodni faktor može dovesti do različitosti običaja koji bi se morali primeniti. Ako ovaj problem postoji koji će se običaji primeniti u slučaju spora kod udaljenih stranaka? Moguća su različita rešenja. Izvesno je da bi i sami učesnici u ovakvom obligacionom odnosu o tome morali voditi računa ali ima odnosa koji nastaju i van volje učesnika. Možda bi bilo najbolje da u takvom slučaju budu korišćeni oni običaji koji se formiraju na području nadležnosti suda odnosno arbitraže ako je ona ugovorena.

Povratno dejstvo stvaranja, menjanja običaja i njihov uticaj na stvaranje odgovarajućih propisa je po našem mišljenju evidentan i trajan proces koji je uostalom i zajednički uzrok odnosno posledica izmene društvenih odnosa a naročito ekonomije u širem smislu i paralelnog usavršavanja tehnoloških dostignuća koja na ovaj proces utiču. Tehnološki napredak nesumnjivo nameće potrebu sve brojnijih normi naročito u onim oblastima koji sve više upućuju pojedince i grupu predstavljene državama, regionima pa i globalnim potrebama zbog čega se pravno normiranje pravila mora sprovoditi brzo i efikasnije nego što bi to uradili običaji ali ne zanemarujući pri tome njihovu autonomnost kao pomoćno sredstvo u stvaranju odgovarajućih pravnih pravila⁴⁰.

⁴⁰ Uslovi npr. u području saobraćaja ili pravnog prometa uslovljenih sve bržim i većim napretkom ne mogu dugo čekati na prilagođavanje odgovarajućih pravila pa je u tom slučaju nesum-

Prilagođavanje propisa očekivanom napretku sve zavisi od jednog jedinog činioca a to je čovek i njegova društvena priroda koji u okviru svojih sposobnosti stvaraju svoj ambijent na svoju štetu ili na svoje dobro pravom ili običajem – svejedno. Važan je rezultat.

Ovom prilikom ne možemo da ispustimo i lični pogled na stvaranje i razvitak prava kao društvene tvorevine. Od mnogobrojnih pitanja i odgovora prihvatili bi kao osnovnu polugu razvoja pravnu misao na koju je svojevremeno ukazao Jering. Radi se o njegovoj utilitarnoj teoriji po kojoj bi nastanak običaja pa time i pravnih propisa bila posledica potrebe harmonizacije društva i njegovog napretka.

MIRKO BARTULOVIĆ, LL.D.,
Jurists Associate Belgrade

CUSTOM AND THE LAW OF OBLIGATION

Summary

As a rule of conduct established by a long usage, custom is an permanent object of discussion between the lawyers regarding it's importance and connection with the law.

Author consider that custom as a social creation is worth as a support in the creation and the free application of the legal rules.

In accordance with that author present a summary of the rules in the Serbian law of obligation in which custom are used as a serviceable means for adequate application of the same rule.

That is the right path for the law to serve the progress of the civilisation.

njiva prednost stvaranju ili prilagođavanju pravnih normi umesto zaživljavanja dobrih običaja ali se ni prilagođavanje običaja ni u ovakvim slučajevima ne može potpuno zanemariti.

PRESTANAK OBLIGACIJA PUTEM KOMPENZACIJE

Kompenzacija ili prebijanje duga je jedan od načina gašenja obligacija koji može nastupiti u slučaju uzajamnih i istovrsnih potraživanja između dve strane koje su istovremeno dužnik i poverilac prema drugoj strani.

Drugim rečima, kada dužnik postane poverilac svog poverioca onda se potraživanja mogu ugasiti tako što će obe strane izvršiti svoju obavezu prema drugoj strani.¹

Kompenzacija predstavlja jedan od čestih i praktičnih načina prestanka obligacija, gledano sa stanovišta dužnika i poverioca, posebno ukoliko je reč o privrednim poslovima. Ona u stvari dovodi do istog cilja kao i ispunjenje obligacija, samo što ovde dolazi do tzv. prebijanja međusobnih tražbina.²

Marko Perović, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Članak je rezultat rada u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu pod nazivom "Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske unije".

¹ M. Konstantinović, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 1969, ponovljeno izdanje 1996. i 2006, Službeni list SCG, Beograd, edicija Klasici jugoslovenskog prava (čl. 286).

² Ž. Đorđević i V. Stanković, Obligaciono pravo, Opšti deo, Savremena administracija, Beograd 1974, str. 582; O. Antić, Obligaciono pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd 2008, str. 186 i dalje; J. Radišić, Obligaciono pravo, Opšti deo, Nomos, Beograd 2000, str. 352 i dalje; B. Morait, Obligaciono pravo, Banja Luka 2010, str. 131 i dalje; J. Salma, Obli-

Zakon o obligacionim odnosima³ definiše kompenzaciju na sledeći način: Dužnik može prebiti potraživanja koja ima prema poveriocu sa onim što ovaj potražuje od njega, ako oba potraživanja glase na novac ili druge zamenljive stvari istog roda i iste kakvoće i ako su oba dospela.

Ovom shvatanju Zakona o obligacionim odnosima mogli bismo dodati još samo i uslov *likvidnosti* koji se pominje u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima profesora Konstantinovića, gde se između ostalog kaže: “da je svako od potraživanja likvidno, to jest ako je za svako od njih izvesno da postoji i koliko je” (čl. 286).

Već na samom početku bismo mogli zaključiti da bi uslovi koji se traže za postojanost kompenzacije bili sledeći: uzajamnost, istorodnost, likvidnost i dospelost. Međutim, čini nam se da je najbitniji od svih upravo uslov uzajamnosti (odnos između dve strane), ali o tom i svim drugim uslovima ćemo se posvetiti nešto kasnije u tekstu, jer ćemo primetiti da u zavisnosti od vrste kompenzacije zavise i uslovi koji se traže u konkretnom slučaju.

Rekli smo, da kompenzacija dovodi do istog cilja kao i ispunjenje obligacija, dakle, dovodi do gašenja uzajamnih obaveza i to do manjeg iznosa. Ona ima u tom pogledu isti efekat kao i isplata, a pri tom štedi napore stranaka, zatim obezbeđuje jednakost stranaka, a što je možda i najbitnije na ovaj način se izbegava eventualna insolventnost dužnika, dakle, gledano iz ove perspektive, kompenzacija predstavlja jednu korisnu ustanovu.⁴ Međutim, gledano sa stanovišta poverioca, kompenzacija kao način gašenja obligacija nema za njega ono isto dejstvo kao i stvarno namirenje njegovog potraživanja putem koga bi on stečena sredstva mogao da koristi za raznovrsne potrebe, već kod kompenzacije on svoju tražbinu može da iskoristi samo kako bi platio sopstveni dug.⁵ Međutim, ovo stanovište izvesni autori dovode u vezu sa pitanjem moralnosti kompenzacije, tačnije po tom shvatanju kompenzacija se zasniva na etičkom ili moralnom razlogu.⁶

gaciono pravo, Novi Sad 1999, str. 381 i dalje; Lj. Milošević, Obligaciono pravo, Naučna knjiga, Beograd 1966, str. 196 i dalje; L. Marković, Obligaciono pravo, Sl. list SRJ, Klasici jugoslovenskog prava, Beograd 1997, str. 385 i dalje; G. Galev i J. Dabovik, Obligaciono pravo, Skoplje 2008, str. 259 i dalje; B. Poznić, Građansko procesno pravo, Savremena administracija, Beograd 1989, Prigovor prebijanja, str. 213 i dalje; B. Starck, Droit civil, Obligations, Librairies Techniques, Pariz, str. 738 i dalje; Ph. Deleveque-F.J. Pancier, Droit des obligations, Régime général Litec, Pariz 2005, str. 232 i dalje; J. Carbonnier, Droit civil, Les biens, Les obligations, PUF, Pariz 2004, prvo izd. 1955–1956, str. 2486 i dalje.

³ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 336.

⁴ Opširnije, v. M. Konstantinović, Obligaciono pravo, Skripta, Beograd 1959, str. 195.

⁵ Ž. Đorđević i V. Stanković, nav. delo, 582.

⁶ L. Marković, nav. delo, str. 386.

Institut kompenzacije je svoj razvoj počeo još u rimskom pravu. Sam naziv potiče od reči *compensatio* (od *cum* i *pendere*, *pensatio* – zajedničko merenje, odmeravanje dugova,⁷ odnosno razmeriti, izravnati, izjednačiti.⁸

Međutim, iako se danas institut kompenzacije može smatrati ustanovom materijalnog prava, u rimskom pravu kompenzacija je sve do Justinijanovog doba bila smatrana, po većem broju mišljenja, ustanovom procesnog prava. Proces razvoja i samog toka kompenzacije u Rimskom pravu bismo mogli oceniti kao dosta spor i nedovoljno razjašnjen, pre svega zbog oskudnosti izvora.⁹

Na osnovu postojećih izvora teorija se slaže da u najstarijem periodu rimske države, staro *ius civile* nije dopuštalo prinudnu kompenzaciju. Iako se smatrala ustanovom procesnog prava, u doba legisakcionog postupka se nije mogao istaći procesualni prigovor kompenzacije, jer je sud rešavao samo jedno sporno pitanje. Dakle, u ovom periodu kompenzacija se mogla sprovesti samo dobrovoljnim ugovorom među strankama. Prema postojećim izvorima može se reći da je sam razvoj ustanove kompenzacije počeo negde pred kraj republike i u klasičnom periodu, odnosno u vreme formularnog postupka i to, pre svega, u poslovima *bona fidei*, ali uz uslov da su ti odnosi između stranaka nastali iz istih pravnih poslova, za razliku od poslova *stricti iuris* za koje kompenzacija nije bila moguća. Od ovakvog shvatanja postojali su izuzeci, i upravo ti izuzeci su predstavljali prinudnu kompenzaciju. Gajus navodi tri slučaja u kojima se mogla sprovesti kompenzacija:

a) Rimski bankar (*argentarius*) pre nego što bi tužio svog klijenta sa kojim je imao poslove razne vrste, uzimao je u obzir celokupan poslovni odnos sa klijentom i bio je dužan da prebije sve međusobne tražbine i protivtražbine, te da traži samo razliku (*saldo*). Ovde bi trebalo naglasiti da se nije tražilo da tražbine i dugovi budu iz istog pravnog posla, ali su morale biti dospеле i istovrsne. U suprotnom, dakle, ukoliko bankar ne bi ovako postupio i zatražio više nego što iznosi saldo, postojao bi rizik da izgubi spor zbog *plus petitio*.

b) Slično je postupao i *bonorum emptor* (lice koje je kupilo prezaduženu imovinu kod stečaja), ali sa jednom razlikom u odnosu na slučaj sa rimskim bankarom, ovde *bonorum emptor* nije mogao biti izložen riziku pluspeticije. Dakle,

⁷ O. Stanojević, Rimsko pravo, Beograd, str. 331. Za rimsko pravo videti još: M. Milošević, Rimsko pravo, Nomos, Beograd 2005, str. 311; A. Romac, Rimsko pravo, Zagreb 2007, str. 314; M. Horvat, Rimsko pravo, Zagreb 1977, str. 247; D. Stojčević, Rimsko privatno pravo, Beograd 1978, str. 235; A. Romac, Riječnik rimskog prava, Zagreb 1983, str. 67; A. Malenica, Rimsko pravo, Novi Sad, 1995, str. 282.

⁸ A. Romac, nav. delo, str. 67.

⁹ A. Romac, Rimsko pravo, Zagreb 2007, str. 323.

ukoliko bi *bonorum emptor* tužio dužnika koga je stekao sa stečajnom imovinom, onda bi tuženi morao da odbije sva potraživanja prema stečajnom dužniku. S obzirom na to da *bonorum emptor* nije mogao znati kolika bi bila potraživanja druge strane, pa nije ni mogao da prethodno izvrši prebijanje, već je taj posao obračunavanja vršio sudija. Upravo iz ovih razloga nije *bonorum emptor* bio izložen riziku pluspeticije. Još jedna od razlika u odnosu na slučaj sa rimskim bankarom je i ta da su ovom slučaju mogla biti kompenzirana potraživanja koja nisu ni dospela niti istovrsna.

Ono što bi trebalo istaći je da u oba pomenuta slučaja, kompenzacija se vršila *ipso iure*, dakle, nije bio potreban prigovor kompenzacije.

c) Najzad, treći slučaj se tiče *iudicia bona fidei*. Naime, sud je mogao da osudi tuženog da plati samo ono što načela *bona fides* zahtevaju od njega. Mogle su se prebijati tražbine koje su poticale iz istih pravnih poslova, ali za koje se nije tražilo da budu i istovrsne. Kako ni ovde nije bilo potrebe za isticanjem prigovora, smatralo se da i ovaj slučaj kompenzacije nastaje *ipso iure*. U pogledu novih mogućnosti za ostvarenje kompenzacije, povezani sa ovim slučajem su i poslovi *stricti iuris* kod kojih prema vladajućem mišljenju osnov kompenzacije čini princip “doložno postupaj onaj koji traži tužbom ono što mora odmah vratiti” (“*Dolo facit qui petit quod redditurus est*”), dakle, vidimo da je kod poslova *stricti iuris*, prebijanje uvedeno na jedan posredan način putem isticanja prigovora prevare (*dolus*). Ovakvo shvatanje je prošireno i na poslove *bona fidei* a tražbine su mogle poticati i iz različitih pravnih poslova.¹⁰

U uporednom pravu, a tu pre svega mislimo na strana zakonodavstva, postoje različita shvatanja oko kompenzacije, naravno da ne bude zabune, tu pre svega mislimo na tehničke razlike sprovođenja kompenzacije, a ne njene razlike u suštini koja se ogleda u gašenju obligacija putem prebijanja međusobnih tražbina. Možemo reći da su te razlike višestruke, ali mi ćemo se u ovom tekstu osvrnuti na samo neke od tih razlika, koje su prema našem mišljenju od suštinskog značaja u pogledu primene instituta kompenzacije.

Tako, prva među njima bi se odnosila na to da se u francuskom zakonodavstvu kompenzacija sprovodi *ipso iure* (po samom zakonu) i upravo ovde ćemo zastati i napraviti paralelu između ovog rešenja i rešenja rimskog zakonodavstva u vreme formularnog postupka i tri odstupanja od pravila primene kompenzacije, o kojima smo već govorili (slučajevi vezani za poslove koje obavlja *argentarius*, *bonorum emptor* i *iudicia bona fidei*) i videli da se kompenzacija i u ovim slučajevima primenjivala *ipso iure*, gde, razume se, nije bio potreban prigovor kompen-

¹⁰ M. Horvat, nav. delo, str. 247; D. Stojčević, nav. delo, str. 237.

zacije. U suštini francusko pravo prihvata u ovom pogledu koncepciju rimskog prava, ne upuštajući se u procesno pravni izgled stvari.

Ali kako se prema našem, a i drugim stranim zakonima (nemacki, austrijski, švajcarski, itd.) kompenzacija ne sprovodi *ipso iure*, to bi ujedno i bila razlika u odnosu na francusko zakonodavstvo, tačnije ono što i proizilazi iz pravila *ipso iure* u ovom slučaju, a to je izjava o prebijanju koju ne poznaje francusko zakonodavstvo, dok je to u našem Zakonu o obligacionim odnosima pravilo. To ćemo najbolje primetiti ako pogledamo član 1290. Code Civil-a koji kaže da se prebijanje vrši po samom pravu silom zakona, pa i bez znanja dužnika, dok prema rešenju našeg Zakona o obligacionim odnosima prebijanje ne nastaje čim se steknu uslovi za to nego je potrebno da jedna strana izjavi drugoj da vrši prebijanje. Slična rešenja možemo videti na primer i u nemačkom Građanskom zakoniku gde se kaže da se prebijanje vrši izjavom prema drugoj strani.

Zatim, u švajcarskom Zakoniku o obligacijama nailazimo na jednu zanimljivu konstrukciju, koja, razume se, ima isti cilj kao i izjava o prebijanju, ali se ovde ne govori direktno o izjavi, već se kaže da prebijanje nastupa samo u toliko, u koliko dužnik poveriocu stavi do znanja, da hoće da čini upotrebu od svog prava prebijanja. Dakle, ovaj izraz "staviti do znanja" ima isti efekat kao i izjava o prebijanju, ali, čini nam se, da upravo zbog svoje finoće zasnovane na jednoj širini međuljudskih odnosa, predstavlja jedan viši stepen koji obuhvata u sebi i samu izjavu o prebijanju, jer se upravo ovim pojmom omogućava da izjava bude tumačena na različite načine, ali ovo je nešto što može biti od koristi gledano sa stanovišta Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije (II knjiga, Obligacioni odnosi, Beograd 2009. - čl. 378). Razume se, da i zakonodavstva zemalja bivše Jugoslavije takođe stoje na stanovištu našeg Zakona o obligacionim odnosima po ovom pitanju, tako da je suvišno i navoditi primere, budući da se sva ta zakonodavstva zasnivaju na identičnom izvoru, sa malim ili neznatnim izmenama, bar kada je reč o Zakonu o obligacionim odnosima.¹¹

Sledeća razlika bi se i dalje odnosila na samu izjavu o prebijanju, ali u ovom slučaju ne na samo postojanje, odnosno nepostojanje izjave kao što smo već rekli da je to slučaj u francuskom pravu, već u pogledu samog dejstva izjave, tačnije u kojim to slučajevima izjava nema dejstvo.

Tako ćemo videti da nemački Građanski zakonik zastupa stanovište da izjava ne proizvodi dejstvo ukoliko je data pod *uslovom* ili *rokom*. To je vrlo zanimljivo i čini nam se korisno stanovište, jer pruža zaštitu obema stranama od eventu-

¹¹ Code Civil, čl. 1290; ZOO, čl. 337; nemački Građanski zakonik, čl. 388; švajcarski Zakonik o obligacijama, čl. 124.

alnog doloznog postupanja druge strane. Širok je spektar raznih zloupotreba koje bi se mogle postići uslovljavanjem bilo nekom stvari, rokom ili nečim trećim.

Naš Zakon o obligacionim odnosima u vezi same izjave ništa dodatno ne definiše u cilju njenog dejstva, već samo konstatuje da se posle izjave o prebijanju smatra da je prebijanje izvršeno ukoliko su se stekli uslovi za to. Možda bismo tumačenjem ovog dela, "ukoliko su se stekli uslovi za to" mogli potražiti neke sličnosti sa rešenjem nemačkog Građanskog zakonika, ali ipak bi to bilo široko tumačenje.

Ako postavimo pitanje koji su to potrebni uslovi da se prebijanje može izvršiti, to može da nas asocira na odgovore u velikom rasponu počev od toga da li je ispunjen opšti uslov uzajamnosti, da li mislimo na uslove zakonske kompenzacije, na primer da li su ispunjeni uslovi dospelosti, likvidnosti, utuživosti, itd., ili se pak radi da se ti uslovi odnose i na to da izjava nije data pod uslovom ili rokom. Istini za volju, manje nas ispunjenje tih uslova navodi na pitanje samog dejstva izjave, ali naravno to sve zavisi od samog tumačenja. Upravo zbog ovakve širine koja nam se javlja u ovoj odredbi, a samim tim i nesigurnosti koja može postati teren zloupotrebe neke od strana, valjalo bi razmisliti u pogledu određivanja samih uslova koji se moraju ispuniti da bi izjava o prebijanju proizvela dejstva, kako je to već regulisano u nemačkom Građanskom zakoniku.

Po pitanju slučajeva kada je prebijanje isključeno, možemo primetiti izvesne sličnosti i razlike u uporednom zakonodavstvu. I tu, čini nam se, da je naš zakonodavac, a naravno oslanjajući se na Skicu za zakonik o obligacijama i ugovorima profesora Konstantinovića (čl. 294), obuhvatio rešenja uporednog zakonodavstva o pomenutom pitanju i dao im širinu, koja u ovom slučaju, za razliku od gore pominjanog slučaja u pogledu uslova koji su potrebni da bi izjava imala dejstvo, pruža sigurnost stranama i smanjuje polje eventualne zloupotrebe. To ćemo primetiti ako pogledamo čl. 341 Zakona o obligacionim odnosima koji kaže da ne može prestati prebijanjem:

- 1) Potraživanje koje se ne može zapleniti;
- 2) Potraživanje stvari ili vrednosti stvari koje su dužniku bile date na čuvanje, ili na posudu, ili koje je dužnik uzeo bespravno, ili ih bespravno zadržao;
- 3) Potraživanje nastalo namernim prouzrokoivanjem štete;
- 4) Potraživanje naknade štete pričinjene oštećenjem zdravlja ili prouzrokoivanjem smrti;
- 5) Potraživanje koje potiče iz zakonske obaveze izdržavanja.

Kao što vidimo prva tri stava, predstavljaju rešenje iz Skice profesora Konstantinovića, a zatim se na njih nastavljaju još dva stava, putem kojih zakonodavac dodatno osigurava položaj strana, razume se inspirisan uporednim zakonodav-

stvom, pre svega rešenjima Code-Civil-a (čl. 1293), koji u ovoj odredbi predviđa da se prebijanje vrši bez obzira na osnove jednog i drugog duga, izuzev slučajeva:

- 1) Kad se traži povraćaj stvari, koje je sopstvenik nepravедno lišen;
- 2) Kad se traži povraćaj depozita i stvari date na poslugu;
- 3) Kad je u pitanju dug koji, sa razloga izdržavanja, ne podleže prinudnom izvršenju.

Ako pogledamo rešenja Code Civil-a i našeg Zakona o obligacionim odnosima, može nam se učiniti da je Code Civil nešto oskudniji u tom delu, ali zato smo i namerno rekli da nam se može učiniti, jer ako bolje pogledamo videćemo da su Code Civil-om obuhvaćena na izvestan način i našim Zakonom o obligacionim odnosima (čl. 341, tač. 2). Dakle, ukoliko kažemo da je sopstvenik nepravедno lišen neke stvari ili ako kažemo da ih je dužnik bespravno uzeo ili zadržao, zaključujemo da se radi o velikoj sličnosti, razume se sa određenim nijansama u ciju prirodu ovom prilikom nećemo ulaziti. Isti zaključak možemo doneti ako uporedimo drugi član Code Civil-a koji kaže da se traži povraćaj depozita i stvari date na poslugu, odnosno kako Zakon o obligacionim odnosima kaže, potraživanja stvari ili vrednosti koje su dužniku bile date na čuvanje ili na posudu. I na kraju, ako uporedimo ove dve odredbe Zakona o obligacionim odnosima i Code Civil-a primetićemo izvesne sličnosti, tačnije da nema prebijanja duga ukoliko je reč o potraživanjima koja potiču iz zakonske obaveze izdržavanja. Svemu ovome možemo dodati i rešenje nemackog Građanskog zakonika koji u svom čl. 393. predviđa da protiv tražbine iz namerno izvršene nedopuštene radnje nema mesta prebijanju, a prema rečima Lazara Markovića¹², ovo rešenje je izrično propisano i u francuskom Zakoniku (čl. 1293), kao i u švajcarskom Zakoniku o obligacijama (čl. 125)¹³.

Kao što vidimo, nisu toliko ova rešenja Zakona o obligacionim odnosima koja smo navodili, u odnosu na rešenja Code Civil-a drugačija, ali su možda malo šira i preciznija u pogledu slučajeva na koje se odnose. To i nije ništa začuđujuće, budući da se vidi da je u ovom delu zakonodavcu (da budemo slobodni pa da kažemo), poslužilo za uzor rešenje Code Civil-a, koje je nadgradio i drugim praktičnim i uporednim rešenjima, na primer i švajcarskog Zakonika o obligacijama (čl. 125), gde se predviđa da se protiv volje poverioca prebijanjem ne mogu ugasiti obaveze na povraćaj ili naknadu deponovanih, protivpravno uzetih ili zlonamerno zadržanih stvari. I ovde primećujemo jednu jednostavnost i finoću zakonskog teksta koju smo pominjali i ranije, a koja je očigledno i jedna od karak-

¹² L. Marković, nav. delo.

¹³ Code Civil, čl. 1293; Zakon o obligacionim odnosima, čl. 341; švajcarski Zakonik o obligacijama; L. Marković, nav. delo, str. 393.

teristika švajcarskog Zakonika o obligacijama, bar što se ovog dela tiče. Koristimo još jednom priliku da ukažemo i na taj segment koji može činiti jedan bitan deo u mozaiku budućeg Građanskog zakonika Republike Srbije.

Ali vratimo se uporednom zakonodavstvu. U našem Zakonu o obligacionim odnosima (čl. 341, stav 2) vidimo vezu između rešenja Code Civil-a i švajcarskog Zakonika o obligacijama. I ovaj deo u švajcarskom Zakoniku o obligacijama koji se odnosi na zlonamerno zadržane stvari, može se dovesti u vezu sa našim rešenjem koje u Zakonu o obligacionim odnosima (čl. 341, st. 3) glasi da prebijanje ne može nastati ukoliko je potraživanje nastalo namernim prouzrokovanjem štete. Jer ukoliko neko iz zle namere zadržava stvar, to za sobom u većini slučajeva povlači posledicu nastanka stete, koja razume se, da je nastala iz namere i to u ovom slučaju zle namere.

Možemo konstatovati da ukoliko poredimo rešenja ova tri Zakona po pitanju slučajeva u kojima se isključuje prebijanje duga, nailazimo na negde manje ili više slične poglede, ali ima i konkretnih razlika. Tako, naš Zakon o obligacionim odnosima (čl. 341, st. 2, tač. 4) navodi da ne može prestati prebijanjem potraživanja naknade štete pričinjene oštećenjem zdravlja ili prouzrokovanjem smrti. Ovaj uslov se ne navodi ni u Code Civil-u ni u švajcarskom Zakoniku o obligacijama. I ovaj uslov koji upravo ulazi u onu širinu i preciznost slučajeva, možemo kao pozitivan pripisati našem zakonodavcu u cilju smanjenja eventualnih zloupotreba prava. Dok s druge strane švajcarski Zakonik o obligacijama (čl. 125, st. 2, tač. 3) predviđa da se prebijanjem ne mogu ugasiti obaveze javnog prava u korist zajednice. Naš Zakon o obligacionim odnosima ovo rešenje ne poznaje.

Ali ako se ukratko osvrnemo na istorijski pregled ovog konkretnog pitanja i to posmatrajući rešenja Prednacrta jedinstvenog jugoslovenskog Građanskog zakonika iz 1934. godine koji nikada nije stupio na snagu (čl. 1382), videćemo sličnosti o kojima smo govorili:

1) Nije dopušteno kompenziranje ili prebijanje duga za dug, kad je u pitanju jedna obaveza na povraćaj samovlasno ili lukavo oduzete stvari, ili kad se radi o obavezi na povraćaj predmeta uzetih na posluhu, čuvanje ili na uporabu. Te obaveze moraju se ispuniti onako kako glase, i ne mogu se izmiriti putem kompenziranja sa nekom tražbinom prema poveriocu.

2) Ne mogu se vršiti kompenziranja u pogledu tražbine na izdržavanje, tzv. alimenti, jer su to specijalne obaveze prema licima kojima se mora ukazati pomoć i potpora. I te obaveze imaju se ispuniti onako kako glase, i obvezano lice ne može svoj dug prebijati tražbinom prema onome koji ima pravo na alimente.¹⁴

¹⁴ Prednactr jugoslovenskog Građanskog zakonika iz 1934, čl. 1382.

Nakon svega možemo zaključiti da po ovom pitanju naš Zakon o obligacionim odnosima, oslanjajući se na svoje zakonske pretke i uporedna rešenja evropskih zakonodavstava, uspeo je da napravi simbiozu upravo svih onih elemenata kojim ovu oblast čini jačom i svakako sigurnijom od raznih eventualnih zloupotreba prava, a što je možda i najvažnije je i to da je u moru tih rešenja našao i svoj jezik kojim govori jasno, a ne prevodi, i putem koga je došao i do svojih rešenja koja ga po svojoj originalnosti izdvajaju i ujedno stavljaju rame uz rame sa ostalim pravnim svetionicima evropskog zakonodavstva.

Kao što je već rečeno, kompenzacija se može vršiti na različite načine, što je poslužilo mnogim autorima da čine podelu kompenzacija na tri vrste: zakonsku, ugovornu i sudsku¹⁵. Mada pojedini autori smatraju da se ovde ne radi o različitim vrstama kompenzacije, jer je kompenzacija jedinstven pravni institut, već da se radi o načinima prebijanja, do kojih u ovom slučaju može doći na tri načina: po sili zakona, po volji strana i po odluci suda.¹⁶

Za nastanak zakonske kompenzacije, potrebno je da tražbine koje se prebijaju kumulativno ispunjavaju sledeće uslove: uzajamnost, istorodnost, dospelost i likvidnost. Dalje, potrebno je da i pored ovih uslova, tražbine budu podobne za kompenziranje, tj. da budu kompenzabilne.¹⁷

Kako smo ranije istakli u tekstu, ovaj način kompenzacije se pominje kao rešenje u francuskom Građanskom zakoniku (čl. 1290), gde prebijanje nastaje automatskim putem, tačnije po sili zakona (*ispo iure compensatur*), dok naš Zakon o obligacionim odnosima (čl. 337, tačka 1) ne poznaje ovakvo rešenje već zahteva izjavu o prebijanju jedne prema drugoj strani.

Prvi i osnovni uslov za kompenzaciju je uslov *uzajamnosti*. Tačnije traži se da tražbine budu uzajamne, tj. kada poverilac duguje svom dužniku, odnosno kada dužnik ima potraživanja prema svom poveriocu. Drugim rečima, to je međusobno potraživanje između dve iste strane – *compensatio est debiti et crediti inter se contributio*.¹⁸

¹⁵ Opširnije, v. M. Konstantinović, *Obligaciono pravo*, skripta, Beograd 1959, str. 195; Ž. Đorđević i V. Stanković, *Obligaciono pravo*, Opšti deo, Savremena administracija, Beograd 1974, str. 582; B. Starck, *Droit civil, Obligations, Librairies Techniques*, Pariz, str. 743; A. Weill, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Pariz 1971, str. 969; G. Marty-P. Raynaud, *Droit civil, tome II, Les obligations*, Pariz 1962, str. 665.

¹⁶ J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Opšti deo, Nomos, Beograd 2000, str. 355.

¹⁷ Ž. Đorđević i V. Stanković, *Obligaciono pravo*, Opšti deo, Savremena administracija, Beograd 1974, str. 582.

¹⁸ Kompenzacija je međusobno obračunavanje duga i potraživanja (Modestinus - D.16,2,1). Opširnije, M. Konstantinović, nav. delo, str. 195; Ž. Đorđević i V. Stanković, nav. delo, str. 582; J. Radišić, nav. delo, str. 355.

To dalje znači da se mogu prebiti samo potraživanja koja dužnik ima prema svom poveriocu, a ne prema nekim trećim licima, isto tako ne može neko treće lice da prebija svoja potraživanja prema poveriocu sa potraživanjima koja poverilac ima prema dužniku jer ne može se kompenzirati stvar koju dužnik duguje nekom drugom a ne tužiocu.¹⁹ Zakon o obligacionim odnosima je tu jasan (čl. 338, tačka 1) koji predviđa da dužnik ne može izvršiti prebijanje onoga što duguje poveriocu sa onim što poverilac duguje njegovom jemcu.²⁰ Dakle, može se zaključiti da se uslov uzajamnosti odnosi na tražbine koje se mogu prebijati samo između dve iste strane, bez uplitanja treće strane.

Ali tu Zakon o obligacionim odnosima pravi izuzetak (član 338. tačka 2), prema ovom rešenju jemac može izvršiti prebijanje dužnikove obaveze prema poveriocu sa dužnikovim potraživanjem od poverioca. Upravo ovaj izuzetak od pravila uzajamnosti potvrđuje da do prebijanja može doći i ukoliko ovo pravilo nije ispunjeno. Ovaj izuzetak od uslova uzajamnosti (Zakon o obligacionim odnosima, čl. 338, tačka 2) se zasniva na činjenici da jemac može da ističe prema poveriocu sve prigovore kao i dužnik, razume se uključujući i prigovor prebijanja. Pravna dejstva prebijanja u ovom slučaju nastupiće jemčevom izjavom. Ukoliko se dužnik odrekne prava da vrši prebijanje svoje obaveze prema poveriocu, onda je jemac ovlašćen da izvrši prebijanje. Pored svega, ovakvim rešenjem kojim se gase obaveze između navedenih strana, između ostalog se doprinosi i ubrzanju pravnog prometa.²¹

Sa druge strane, Zakon o obligacionim odnosima (čl. 338, tačka 3) predviđa da onaj ko je dao svoju stvar u zalogu za tuđu obavezu, može zahtevati od poverioca da mu vrati založenu stvar kada se ispune uslovi za prestanak te obaveze prebijanjem, kao i kad poverilac propusti svojom krivicom da izvrši prebijanje. Primećujemo da Zakon o obligacionim odnosima ovde štiti pravni interes vlasnika stvari koja je data u zalogu za tuđu, tj. dužnikovu obavezu, odnosno dug. Prema ovom rešenju moguće su dve situacije da vlasnik dobije natrag svoju stvar: prvo, "vlasnik je ovlašćen da traži svoju stvar natrag čim se ispune uslovi za potraživanje, radi čijeg obezbeđenja je on dao svoju stvar u zalogu, može da prestane prebijanjem", i drugo "ako su pomenuti uslovi ispunjeni, ostaje bez uticaja na vlasnikovo ovlašćenje da traži stvar natrag što eventualno, u konkretnom slučaju, nije ostvareno prebijanje. Otuda, pravilo iz stava 3. ovog člana, upravo je sračunato da zaštititi interes vlasnika založene stvari u slučaju kad su uslovi za prebijanje ispu-

¹⁹ *Eius, quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest* (C.J. 4,31,9)

²⁰ Ž. Đorđević i V. Stanković, nav. delo, str. 582; J. Radišić, nav. delo, str. 355.

²¹ Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knj. I, Savremena administracija, Beograd 1995, str. 745.

njeni a ono se ne ostvari bez obzira na uzrok, posebno ako je to posledica poveri-
očeve krivice²².

Što se tiče drugog uslova, koji se odnosi na *istorodnost* potraživanja, to zna-
či da tražbine moraju biti istorodne, dakle, da su to stvari koje su određene po
istom rodu, a to nam i Zakon o obligacionim odnosima potvrđuje (čl. 336) i kaže
da potraživanja glase na novac ili druge zamenljive stvari istog roda i iste kakvo-
će. Uslov istorodnosti je i logičan budući da se kompenzacijom zamenjuju dva is-
punjenja, a shodno tome obe strane bi pri ispunjenju obligacija trebalo da imaju
iste stvari.

Dalje, trebalo bi istaći da istorodnost ne podrazumeva i jednaku vrednost
potraživanja, budući da se u suprotnom slučaju vrši prebijanje do visine manjeg
potraživanja.

I najzad, u teoriji je dosta sporno bilo pitanje o jednorodnosti novčanih po-
traživanja stranih valuta, ali naš Zakon o obligacionim odnosima (čl. 395) stoji na
stanovištu da u slučaju da novčana obaveza glasi na plaćanje u nekoj stranoj valuti
ili zlatu, njeno ispunjenje se može zahtevati u domaćem novcu prema kursu koji
važi u trenutku ispunjenja obaveze. Iz ovoga zaključujemo da ovakva potraživanja
možemo smatrati kompenzabilnim.²³

Budući da kompenzacija predstavlja ispunjenje obligacija, a obligacije koje
nisu *dospеле* ne moraju se ispuniti, samim tim se ne mogu ni prebijati potraži-
vanja koja nisu dospela, drugim rečima, dospеле su one tražbine kojima je rok
za isplatu dospelo. Ovde imamo jedan slučaj, jedno odstupanje, koje praktično ne
predstavlja izuzetak od pravila dospelosti, a to je da jedino poverilac dužnika koji
je pod stečajem može kompenzirati svoja potraživanja sa njim i pre roka dospelos-
ti, jer u trenutku otvaranja stečaja, sva potraživanja poverilaca prema stečajnom
dužniku dospevaju.²⁴

Na kraju, četvrti uslov *likvidnosti*, najbolje objašnjavaju reči profesora Kon-
stantinovića koji kaže da su "čiste i jasne" one tražbine koje nesumnjivo postoje i
zna se koliko iznose. Ovde napominjemo još jednom da ovaj uslov naš Zakon o
obligacionim odnosima ne poznaje, a s obzirom da ga predviđa Skica profesora
Konstantinovića, i da predstavlja još jednu odrednicu u cilju jasnijeg određivanja
tražbina koje bi se mogle prebijati, čini se, da bi ovo mogao biti još jedan predlog
u rešenjima budućeg Građanskog zakonika Republike Srbije.²⁵

²² Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knj. I, Savremena administracija, Beograd
1995, str. 745 i sl.

²³ J. Radišić, nav. delo, str. 353.

²⁴ Ž. Đorđević i V. Stanković, nav. delo, str. 584; J. Radišić, nav. delo, str. 354.

²⁵ U tom smislu, Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, druga knjiga, Obligacio-
ni odnosi, Beograd 2009, čl. 378, alternativa kojom se menja postojeće rešenje iz čl. 336 ZOO glasi:

Posle izlaganja potrebnih zakonskih uslova za kompenzaciju potrebno je posvetiti pažnju i pitanju kompenzacije u hipotezi različitih mesta ispunjenja: prebijanje se može izvršiti kad je mesto ispunjenja jedne obaveze različito od mesta ispunjenja druge, ali se pri tom od potraživanja svake strane odbijaju odgovarajući troškovi do mesta ispunjenja njene obaveze.²⁶

Sudska kompenzacija je jedan procesno pravni institut koji nastupa na osnovu sudske odluke i to kada jedna strana putem suda zahteva od druge određeno potraživanje, a ova istakne protivtražbinu. Prema Skici profesora Konstantinovića (čl. 297) ako potraživanje jedne strane nije likvidno ali se može lako utvrditi da li ono postoji i koliko je, sud može izvršiti prebijanje za onaj deo tog potraživanja čije postojanje bude utvrdio i odložiti donošenje odluke o zahtevu druge strane dok se ne utvrdi postojanje i količina ostatka. Ako je potraživanje druge strane veće od potraživanja koje mu se ističe radi prebijanja, sud će dosuditi razliku poveriocu istom presudom.

U pravnoj teoriji je sporno pitanje da li prigovor kompenzacije istaknut u toku parnice predstavlja, po svom dejstvu i pravnoj prirodi, materijalno-pravni ili procesno-pravni prigovor. Ovo pitanje nema samo teorijski značaj već i važne praktične posledice.²⁷ Ukoliko se prigovor kompenzacije shvati kao materijalno-pravna kategorija, onda se po ovom prigovoru u parničnom postupku ima da postupi po pravilima materijalnog prava. Naime, ukoliko se kompenzacija vrši *ipso iure*, kao što smo već istakli kod analize rešenja u komparativnom pravu, onda su se međusobna potraživanja već ugasila, te nema osnova za tužbu u parničnom postupku po osnovu već izvršene kompenzacije. Međutim, kada se kompenzacija ostvaruje izjavom jedne strane shodno čl. 337 Zakona o obligacionim odnosima i ako je to u konkretnom slučaju i učinjeno, uz poštovanje opštih uslova iz čl. 336 Zakona o obligacionim odnosima, onda to znači da su ugašena uzajamna potraživanja po pravilima materijalnog prava. Dakle, ukoliko je u toj hipotezi dužnik ipak tužen, on ističe činjenicu da je obligacioni odnos već ugašen, i nema potre-

kad dužnik postane poverilac svog poverioca onda se može prebiti ono što on potražuje od svog poverioca sa onim što ovaj potražuje od njega, ako oba potraživanja imaju za predmet novac, ili druge zamenljive stvari istog roda i iste kakvoće, ako je svako od njih likvidno, to jest ako je svako od njih izvesno da postoji i koliko je i ako su oba dospela. Prebijanjem prestaju oba potraživanja ako su jednaka, a ako nisu jednaka manje prestaje, a veće se smanjuje za iznos manjeg. Ovim se ne dira u pravila koja važe za tekući račun.

²⁶ Videti, M. Konstantinović, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, Sl. list SRJ, Beograd 1996, čl. 291.

²⁷ Opširnije vid. B. Poznić, Građansko procesno pravo, jedanaesto izdanje, Savremena administracija, 1989, str. 213 i dalje; takođe, videti tamo navedenu literaturu.

be da on tada ponovo daje izjavu o prebijanju u smislu čl. 337 Zakona o obligacionim odnosima.

Za razliku od ovoga stava u pravnoj teoriji je zastupljeno i stanovište da je prigovor kompenzacije jedna parnična radnja koja služi kao činjenična osnova za odluku o sporu. Polazi se od toga da su u parnici sve preduzete radnje stranaka u stvari parnične radnje, pa je to slučaj i sa prigovorom kompenzacije, što znači da osnovu celokupne parnične građe sud donosi odluku po pravilima procesnog prava. Prema jednom autoritativnom mišljenju²⁸ kod ovog pitanja, za naše pravo treba prihvatiti procesno-pravnu teoriju prigovora kompenzacije i uzeti da prebijanje dva potraživanja vrši sud presudom (*compensatio per iudicem*). Naime, prema ovom stanovištu, smisao kompenzacione izjave u parnici je u tome što tuženi ističe da prema tužiocu ima protivtražbinu i da stoga predlaže da sud to izvede.

Prema našem Zakonu o parničnom postupku²⁹ (čl. 198), tuženi može do zaključenja glavne rasprave da podnese kod istog suda protivtužbu, ako je zahtev protivtužbe u vezi s tužbenim zahtevom ili ako ti zahtevi mogu da se prebiju ili ako se protivtužbom traži utvrđenje nekog prava ili pravnog odnosa od čijeg postojanja ili nepostojanja zavisi, u celini ili delimično, odluka o tužbenom zahtevu. Kao što se vidi, rešenje sudske kompenzacije i njene pravne prirode može se naći u sadržini pomenute zakonske odredbe kao i u pomenutoj Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima.

Pored zakonske i sudske kompenzacije ugovorne strane mogu svojom voljom prebiti svoja uzajamna potraživanja i kad nisu ispunjeni drugi uslovi za propisanu zakonsku kompenzaciju i tada je reč o ugovornoj kompenzaciji. Ona se karakteriše manjim brojem uslova u odnosu na zakonsku. Naime, kod ugovorne kompenzacije se zahteva samo uslov uzajamnosti, a ne i istorodnost, dospelost i likvidnost tražbina. To je rezultat primene autonomije volje stranaka koje mogu svojom voljom da slobodno uredi svoje obligacione odnose ali samo pod opštim uslovom da ne povrede prinudne propise, javni poredak i dobre običaje.³⁰

Posle izlaganja brojnih pitanja vezanih za ustanovu kompenzacije mogli bi da zaključimo da su postojeća rešenja našeg Zakona o obligacionim odnosima u ovoj oblasti u skladu sa tradicijom ove ustanove i savremenim potrebama praktičnog života. Nekoliko momenata koji su u ovom radu istaknuti, u nekim nijansama možda bi mogli da budu uzeti u obzir prilikom eventualne modifikacije postojećih rešenja u ovoj oblasti obligacionih odnosa.

²⁸ B. Poznić, nav. delo, str. 215.

²⁹ Sl. glasnik Republike Srbije, br. 72 od 28. septembra 2011.

³⁰ Čl. 10. Zakona o obligacionim odnosima.

MARKO PEROVIĆ
Assistant, University of Belgrade
School of Law

TERMINATING AN OBLIGATION
BY OFFSETTING (COMPENSATION)

Summary

An obligation may be terminated in several ways: by fulfilment, offsetting, i.e. compensation, remission of debt, substitution, i.e. innovation, integration, i.e. merger, impossibility of fulfilment, flow of time, notice, death, unenforceability due to statute of limitations. The author of the present paper has elaborated the institute of offsetting (compensation) as a specific way of terminating an obligation. His approach was to elaborate this institute from the viewpoints of national and comparative laws. He considered first the concept of offsetting and continued with the elaboration of its various kinds, such as statutory (by operation of law), based on contract, and the judicial one. The author has particularly pointed out to the following definition of the concept of compensation: A debtor may offset the claim by a creditor against him with his claim against the creditor, should both claims be of a monetary nature, or be other exchangeable objects of the same kind and quality, should both claim be due. After reviewing the historical evolution of the institute of compensation, beginning from the Roman Law, while dedicating special attention to relevant contemporary conditions (mutual relationship, single nature character, liquidity and the fact of being due of the obligation) as well as to its practical use in the field of commercial and banking transactions. Concluding the paper, the author has elaborated cases where compensation was excluded.

ZASTARELOST ZATEZNE KAMATE

U V O D

Zatezna kamata je, pre svega, kamata, tj. naknada koju neko plaća za korišćenje tuđih, odnosno na koju neko ima pravo zbog nemogućnosti korišćenja svojih zamenljivih stvari,¹ s tim što se njena osobenost ogleda u tome što je to naknada koju i bez posebnog ugovaranja,² tj. po samom zakonu, duguje dužnik novčane obaveze koji zadocni sa njenim ispunjenjem. U tom smislu se i propisuje da dužnik koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze duguje, pored glavnice, i zateznu kamatu po stopi utvrđenoj posebnim zakonom.³

Pravo na zateznu kamatu, kao i druga obligaciona prava, podložno je zastarelosti, koja nastupa ako poverilac, u određenom roku posle dospelosti potraživanja, ne zahteva njegovu naplatu. Bitni elementi zastarelosti su protek zakonom određenog vremena za zastarelost (*tempus praescriptionis*) i pasivnost poverioca,

Dr Đorđe L. Nikolić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" br. 179046, Ministarstva za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

¹ Mihajlo Vuković, *Obvezno pravo*, knjiga II, Zagreb, 1964, str. 347; Obrad Stanojević, *Kamata*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom prvi, Beograd, 1978, str. 673; Jankov Radišić, *Obligaciono pravo*, Opšti deo, Beograd, 2008, str. 65.

² Obrad Stanojević, *Kamata*, str. 684; Ivica Jankovec, *Pravni aspekti novčananih obaveza*, Beograd, 2003, str. 132.

³ Čl. 277. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO) ("Službeni list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, kao i "Službeni list SRJ", br. 31/93).

tj. nevršenje prava koje mu pripada. Značajan je i rok dospelosti dužnikove obaveze, jer od tog roka počinje da teče rok zastarelosti.

Zastarelost kamate se u pravu Republike Srbije reguliše, najpre, kod sporednih potraživanja. To je odredba koja propisuje da “kad zastari glavno potraživanje, zastarela su i sporedna potraživanja, kao što su potraživanja kamata, plodova, troškova, ugovorne kazne”.⁴ Osim navedene, na zastarelost kamate se odnosi i odredba o povremenim potraživanjima u kojoj stoji da “potraživanja povremenih davanja koja dospevaju godišnje ili u kraćim određenim razmacima vremena (povremena potraživanja), pa bilo da se radi o sporednim povremenim potraživanjima, kao što je potraživanje kamata, bilo da se radi o takvim povremenim potraživanjima kojima se iscrpljuje samo pravo, kao što je potraživanje izdržavanja, zastarevaju za tri godine od dospelosti svakog pojedinog davanja”.⁵

Odredba o zastarelosti sporednih potraživanja sadrži principijelno opredeljenje zakonodavca, zbog čega se nalazi u odseku koji sadrži opšte odredbe o zastarelosti. Nasuprot tome, odredbom o zastarelosti povremenih potraživanja, predviđa se poseban rok za njihovu zastarelost, tako da se nalazi u odseku koji sadrži odredbe o vremenu potrebnom za zastarelost različitih potraživanja. Međutim, s obzirom da se i u jednoj i u drugoj odredbi kao primer sporednog, odnosno kao primer sporednog povremenog potraživanja, navodi potraživanje kamata, razumljivo je što razgraničenje domena njihove primene izaziva ozbiljne dileme i nedoumice. One su prisutne u našem pravu još od donošenja ZZP, čije su odredbe skoro doslovno preslikane i u ZOO. Uz to, sve do danas, naša sudska praksa nije izgradila jasne stavove o svim problemima koji prate zastarelost zatezne kamate, a zanemarljiv broj radova koji se njima bavi pokazuje da je na tom planu izostao i ozbiljniji doprinos pravne teorije.

S obzirom na izloženo pravno uređenje zastarelosti kamata, kao i veoma različita stanovišta pravne teorije i sudske prakse koja se na takvo uređenje nadovezuju, u radu su posebno razmotrena tri različita slučaja u kojima se, inače, pitanje zastarelosti zatezne kamate može postaviti. U svim tim slučajevima ima manje ili više veoma spornih pitanja koja zahtevaju posebnu analizu i argumentovane odgovore.

Zastarelost zatezne kamate u slučaju kad zastari glavno potraživanje

Zatezna kamata je vrsta sporednih potraživanja koja su, kao i sva druga potraživanja, podložna zastarelosti, s tim što je njihova zastarelost uređena posebnom

⁴ Čl. 369. ZOO; Ista odredba nalazila se i u čl. 10. Zakona o zastarelosti potraživanja od 1953. godine (u daljem tekstu ZZP).

⁵ Čl. 372. st. 1. ZOO; Ista odredba nalazila se i u čl. 15. ZZP.

odredbom o sporednim potraživanja. Tom odredbom se zastarelost sporednih potraživanja ne uređuje neposredno, već posredno, tj. tako što se vezuje za zastarelost glavnog potraživanja. Saglasno toj odredbi, kad zastari glavno potraživanje, zastarela su i sporedna potraživanja, kao što su potraživanja kamata, plodova, troškova, ugovorne kazne (čl. 369. ZOO). U njoj se, kao primer sporednog potraživanja, kamate navode na prvom mestu, iz čega nedvosmisleno sledi da one, kao sporedna potraživanja, zastarevaju kad zastari glavno potraživanje. Pri tome, izraz "kamata", iako se kao opšti pojam odnosi na sve vrste kamata, ne izaziva nikakve dileme, jer uopšte nije sporno da je opšta odlika svih kamata njihova akcesornost, odnosno da sve kamate, bile one zatezne ili ugovorne, imaju karakter sporednih potraživanja, koja uvek pretpostavljaju postojanje glavnog potraživanja.⁶

Odredba o zastarelosti sporednih potraživanja je opšta odredba koja je u potpunom skladu sa tradicionalnim pravnim principom *accessorium sequitur principale*,⁷ jer je sasvim logično da i kamata, kao sporedno (akcesorno) potraživanje, prati sudbinu glavnog potraživanja,⁸ odnosno da ne može imati samostalnu sudbinu nezavisnu od glavnog potraživanja.⁹ Taj akcesoran karakter kamate izražen je naročito u pogledu njenog nastanka.¹⁰ Rađanje kamate vezano je za glavnu obavezu, tako da ona ne proizvodi pravno dejstvo samostalno, već zavisno od glavne obaveze čijim je postojanjem u materijalno-pravnom smislu uslovljena. S obzirom na to, ako je glavna obaveza nevažeća, ne nastaje ni obaveza odnosno potraživanje kamate,¹¹ a ako glavna obaveza prestane, prestaje dalje da teče i kamata.¹² U slučaju kad se ustupi potraživanje glavnice, na prijemnika prelaze i sporedna prava među kojima se navodi i kamata.¹³ Uz to, pretpostavlja se da su

⁶ Obrad Stanojević, Kamata, str. 674; Adam Vass, Procesna kamata, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, br. 5, str. 22; Stojan Cigoj, Teorija obligacij – Splošni del obligacijskega prava, Ljubljana, 1981, str. 56; Božidar Matić, Ispunjenje novčanih obligacija, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, XXI, 1981, str. 350.

⁷ "Pripadak prati glavnu stvar, odnosno pravnu sudbinu glavne stvari" (Gaius – D. 33, 8, 2), navedeno prema: Dragomir Stojčević–Ante Romac, *Dicta et regulae iuris*, Savremena administracija, Beograd, 1989, str. 47.

⁸ Miloš Isaković–Petar Šurlan, Zakon o zastarelosti potraživanja – sa objašnjenjima i sudskom praksom, Beograd, 1977, str. 34.

⁹ Dragoljub Stojanović, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, I knjiga, glavni redaktor Slobodan Perović, Beograd, 1995, str. 774;

¹⁰ Adam Vass, nav. delo, str. 24; Božidar Matić, nav. delo, str. 350.

¹¹ Obrad Stanojević, Kamata, str. 674.

¹² Čl. 295. st. 2. ZOO: "Prestankom glavne obaveze gase se jemstvo, zaloga i druga sporedna prava."

¹³ Čl. 437. st. 1. ZOO: "Sa potraživanjem prelaze na prijemnika sporedna prava, kao što su pravo prvenstvene naplate, hipoteka, zaloga, prava iz ugovora sa jemcem, prava na kamatu, ugovornu kaznu i sl."

dospele a neisplaćene kamate ustupljene sa glavnim potraživanjem.¹⁴ Na kraju, tu zavisnost izražava i navedena zakonska odredba o zastarelosti sporednih potraživanja. Međutim, posle svog nastanka kamate mogu da se relativno osamostale od glavnog i poprime izvesne odlike samostalnog potraživanja.¹⁵

Odredba o zastarelosti sporednih potraživanja je veoma precizna, što je ostvareno njenom osobenom formulacijom. Naime, iako bi jezički bilo ispravnije da je na početku te odredbe glavna rečenica (“Sporedna potraživanja zastarevaju ...”),¹⁶ zakonodavac se pri njoj formulaciji, kao i pri formulaciji nekih drugih odredaba,¹⁷ poslužio inverzijom,¹⁸ što znači da je zavisnu rečenicu (“Kad zastari glavno potraživanje”) stavio ispred glavne rečenice (“zastarela su i sporedna potraživanja”). Tim isticanjem zavisne rečenice, čiji je subjekt glavno potraživanje, obezbeđena je veća preciznost zakonske odredbe u odnosu na odredbu u kojoj bi stajalo da “sporedna potraživanja zastarevaju kad zastari glavno potraživanje”. Ova poslednja ne bi bila najpreciznija, jer sporedna potraživanja ne zastarevaju samo u slučaju kad zastari glavno potraživanje, već i u nekim drugim slučajevima.¹⁹ Nasuprot tome, zakonsku odredbu odlikuje potpuna preciznost, jer uvek kad zastari glavno, zastarevaju i sporedna potraživanja.

U odredbi o zastarelosti sporednih potraživanja uopšte se ne pominje rok za njihovu zastarelost, već se zastarelost sporednog vezuje za zastarelost glavnog potraživanja. Odlučna je, dakle, zastarelost glavnog potraživanja, jer je to osnovna pretpostavka za primenu odredbe o zastarelosti sporednih potraživanja. Takvim rešenjem se obezbeđuje najdoslednija primena principa *accessorium sequitur*

¹⁴ Čl. 437. st. 3. ZOO.

¹⁵ Stojan Cigoj, nav. delo, str. 56, navodi da kamate, posle svog nastanka, postoje kao samostalna potraživanja, osim u pogledu zastarevanja, s tim što su samostalne kako u pogledu svog osnova nastanka, tako i u pogledu mogućnosti njihovog ustupanja pa i mogućnosti samostalnog zastarevanja, ukoliko glavno potraživanje još nije zastarelo; Jakov Radišić, nav. delo, str. 66, kao ilustraciju da kamatno potraživanje ima izvesnu samostalnost, navodi mogućnost da se ono zasebno ustupi ili založi; Adam Vass, nav. delo, str. 24; Božidar Matić, nav. delo, str. 350.

¹⁶ S obzirom da se odredba iz čl. 369. ZOO nalazi u odeljku čiji je naslov “Zastarelost”, kao i s obzirom na naslov (rubrum) “Sporedna potraživanja”, koji se nalazi iznad navedene odredbe, jasno je da je glavna rečenica u toj odredbi ona čiji je subjekat sporedno potraživanje.

¹⁷ V. čl. 295. st. 2. ZOO, kao i čl. 1019. st. 1. ZOO.

¹⁸ Inverzija (l. *inversio obrtanje*) gram. premetanje, premetnut red rečenica, kad zavisna rečenica dođe pre glavne gde hoće da se jače istakne smisao zavisne rečenice, napr.: “Kud vojska pređe, tu trava ne raste.”; Milan Vujaklija, Leksikon stranih reči i izraza, Prosveta, str. 345.

¹⁹ Čl. 372. ZOO posebno reguliše zastarelost sporednih povremenih potraživanja, a čl. 1019. st. 2. ZOO posebno reguliše zastarelost obaveze jemca u slučaju kad je rok za zastarevanje obaveze glavnog dužnika duži od dve godine.

principale i onemogućava nastanak onih neprirodnih situacija u kojima bi glavno zastarevalo pre sporednog potraživanja.²⁰

Inače, još od donošenja ZZP, pravna teorija i sudska praksa su skoro potpuno saglasne u stavu da se odredba o zastarelosti sporednih potraživanja odnosi na slučaj kad glavno potraživanje stvarno zastari, jer u tom slučaju zastarevaju i sva sporedna potraživanja koja do tog momenta nisu zastarela. U tom smislu je u objašnjenjima ZZP izričito navedeno da pravo na sporedna potraživanja prestaje, ako je glavna obaveza zastarela, bez obzira o kojoj se vrsti sporednih potraživanja radi.²¹ Takav stav je veoma prisutan i posle donošenja ZOO. U jednom njegovom komentaru se navodi da se odredbom iz čl. 369. ZOO “rešava pitanje zastarelosti kamata samo za slučaj kad zastari glavno potraživanje”.²² U drugom komentaru ZOO se ide i korak dalje, jer se konstatuje da “sva sporedna potraživanja zastarevaju najkasnije sa glavnim potraživanjem, čak i u slučaju kad rok za njihovu zastarelost nije istekao”.²³ Iz takvog stava proizlazi da sporedna potraživanja mogu zastareti i pre glavnog potraživanja, kao što je to slučaj sa zastarelošću jemčeve obaveze,²⁴ kao i da zastarelost glavnog povlači i zastarelost sporednog potraživanja, čak i kad rok za njegovu zastarelost nije istekao, što bi mogao biti slučaj sa kamatom koja ima karakter povremenog potraživanja.²⁵ I u preostaloj literaturi se konstatuje da se odredbom člana 369. ZOO “određuje samo učinak zastarelosti glavnog potraživanja na sporedno”, kao i da pravilo sadržano u toj odredbi “važi samo kada je ispunjena pretpostavka da je zastarelo glavno potraživanje”.²⁶

Stav da zatezna kamata zastareva kad stvarno zastari glavno potraživanje, kao i stav da se odredba o zastarelosti sporednih potraživanja primenjuje samo u tom slučaju, zastupa i najveći deo sudske prakse.²⁷

²⁰ Do takvih neprirodnih situacija bi sigurno dolazilo da je propisano da sporedna zastarevaju u roku koji je predviđen za zastarelost glavnog potraživanja, jer bi u slučaju prekida roka zastarelosti sporednog, moglo ranije da zastari glavno potraživanje.

²¹ Miloš Isaković-Petar Šurlan, Zakon o zastarelosti potraživanja, str. 34.

²² Josip Studin, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, I, redaktori: Borislav T. Blagojević-Vrleta Krulj, Beograd, 1980, str. 841.

²³ Dragoljub Stojanović, nav. delo, str. 774.

²⁴ “Kad je rok za zastarevanje obaveze glavnog dužnika duži od dve godine, obaveza jemca zastareva po isteku dve godine od dospelosti obaveze glavnog dužnika, izuzev kad jemac odgovora solidarno sa dužnikom.” (čl. 1019. st. 2. ZOO).

²⁵ Prema odredbi iz čl. 373. st. 2. ZOO, kad zastari pravo iz koga potiču povremena potraživanja, poverilac gubi pravo i na povremena davanja koja su dospela pre ove zastarelosti.

²⁶ Borivoje Živković, Zastarelost potraživanja zatezne kamate, Sudska praksa, br. 2/1992, str. 77.

²⁷ Presuda Vrhovnog suda Vojvodine Pž. 607/91 od 28.08.1991. godine, “Sudska praksa”, br. 12/91, str. 39; Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 4197/2004 od 13.09.2004. godine, iz baze Paragraf lex.

S obzirom na izloženo, nesporno je da, saglasno odredbi o zastarelosti sporednih potraživanja, kad zastari glavno potraživanje, uvek i bez izuzetka, zastareva i potraživanje zatezne kamate kao sporedno potraživanje.

Zastarelost zatezne kamate u slučaju kad glavno potraživanje prestane ispunjenjem u docnju

Dešava se da dužnik, novčanu obavezu koja nije zastarela, ispuni posle dolaska u docnju, a da ne isplati i dugovanu zateznu kamatu. U tom slučaju su, polazeći od stava da se odredba o zastarelosti sporednih potraživanja primenjuje samo u slučaju kad glavno potraživanje stvarno zastari, pravna teorija i sudska praksa još od donošenja ZZP stale na stanovište da se navedena odredba ne može primeniti i na slučaj kad je glavno potraživanje ugašeno ispunjenjem, koje je usledilo posle dolaska dužnika u docnju. Takav stav, koji je bio iskazan još u objašnjenjima ZZP,²⁸ zadržao se kao vladajući i posle donošenja ZOO, tako da se u jednom njegovom komentaru navodi da se odredbom iz čl. 369. ZOO ne rešava pitanje zastarelosti kamata “za slučaj ako glavno potraživanje prestane na drugi način, npr. usled ispunjenja”.²⁹ I u obrazloženjima sudskih odluka se podvlači da se navedena odredba primenjuje “samo kad se kamata potražuje uz glavno potraživanje, odnosno kad glavno potraživanje nije plaćeno”.³⁰

Napred navedeni stav pravne teorije i sudske prakse je, na prvi pogled, opravdan, jer se radi o slučaju u kojem glavno potraživanje nije zastarelo. Uz to, ono je prestalo da postoji, tako da ni u budućnosti ne bi moglo da zastari. U takvoj situaciji, s obzirom da nisu videle mogućnost za primenu odredbe o zastarelosti zatezne kamate kao sporednog potraživanja (čl. 10. ZZP; čl. 369. ZOO), pravna teorija i sudska praksa su rešenje pronašle u primeni odredbe o zastarelosti zatezne kamate kao sporednog povremenog potraživanja (čl. 15. ZZP; čl. 372. ZOO). U tom smislu se u objašnjenjima ZZP navodi da “sa prestankom glavnog potraživanja poverilac nije gubio pravo na sporedna potraživanja koja nisu zastarela, već ih je mogao ostvariti u posebnom roku koji je ZZP (čl. 15) bio određen za zastarelost povremenih potraživanja”.³¹ I u komentaru ZOO, jedan od njegovih komentatora, nastojeći da razgraniči domašaj odredbe o zastarelosti sporednih od

²⁸ Miloš Isaković-Petar Šurlan, Zakon o zastarelosti potraživanja, str. 34.

²⁹ Josip Studin, nav. delo, str. 841.

³⁰ Presuda Vrhovnog suda Vojvodine Pž. 607/91 od 28.08.1991. godine, Sudska praksa, br. 12/1991, str. 39.

³¹ Miloš Isaković-Petar Šurlan, Zakon o zastarelosti potraživanja, str. 34.

domašaja odredbe o zastarelosti povremenih potraživanja, zaključuje da se u čl. 369. ZOO određuje zastarelost potraživanja kamata po načelu *accessorium sequitur principale* prema kojem, ako zastari glavno potraživanje, zastareva i potraživanje kamata, dok se u čl. 372. ZOO propisuje "samostalna zastarelost potraživanja kamata, tj. reguliše se ta zastarelost kad je glavno potraživanje još postojeće ili kad je već realizovano (npr. isplatom) pre nego što je nastupila zastarelost".³²

Stav da zatezna kamata, u slučaju kada je glavno potraživanje prestalo ispunjenjem u docnji, zastareva prema odredbi o zastarelosti povremenih potraživanja dominirao je i u sudskoj praksi,³³ iako je na jednoj zajedničkoj sednici bio veoma ozbiljno doveden u pitanje.³⁴ Međutim, on je kasnije ponovo potvrđen, jer je na Sastanku delegata privrednih sudova Jugoslavije od 5.06.1986. godine zauzet stav da "samostalno potraživanje zateznih kamata (nakon podmirenja glavnog potraživanja) zastareva u roku od tri godine od nastanka svakog pojedinog dnevnog obroka (ovo potraživanje nastaje i dospeva svakog dana u periodu od

³² Josip Studin, nav. delo, str. 846; Dragoljub Stojanović, nav. delo, str. 774; Borivoje Živković, nav. delo, str. 76; Ivica Crnić, Kamate, Informator, Zagreb, 1988, str. 89.

³³ Presude Vrhovnog privrednog suda Sl. 2250/61 od 7.09.1961. godine, navedena prema: Miloš Isaković-Petar Šurlan, Opšte uzanse za promet robom sa objašnjenjima i sudskom praksom i posebne uzanse, Šesto dopunjeno i izmenjeno izdanje, Beograd, bez godine izdanja, str. 204; Rešenje Vrhovnog suda Vojvodine Pž. 466/88 od 26.07.1988. godine, navedeno prema Borivoje Živković, nav. delo, str. 78; Presuda Vrhovnog suda Vojvodine Pž. 607/91 od 28.08.1991. godine, Sudska praksa, br. 12/91, str. 39; Presuda vrhovnog suda Vojvodine Pž. 1085/91 od 23.10.1991. godine, Sudska praksa, br. 12/91, str. 39; Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 4197/2004. od 13.09.2004. iz baze Paragraf Lex.

³⁴ Radi se o Zajedničkoj sednici delegacija viših privrednih sudova i vrhovnih sudova, održanoj 13. i 14. novembra 1978. godine u Sarajevu, na kojoj se raspravljalo o sporu oko određivanje momenta od kojeg počinje da teče rok zastarelosti prava na zateznu kamatu čije se plaćanje zahteva samostalno, a glavni dug je plaćen sa zakašnjenjem, ali pre isteka roka zastarelosti. Slovenačka delegacija je čvrsto stajala na stanovištu da se odredba o zastarelosti sporednih potraživanja primenjuje samo u slučaju kad je glavno potraživanje faktički zastarelo, a ne i u slučaju kada je glavno potraživanje ugašeno na taj način što je dug plaćen sa zakašnjenjem, ali pre proteka roka zastarelosti, jer je stala na stanovište da u tom slučaju treba primeniti odredbu o zastarelosti povremenih potraživanja kojom se predviđa rok od tri godine koji počinje teći od dospelosti svakog pojedinog davanja. Nasuprot tome, delegacija Višeg privrednog suda SR Srbije je zastupala stav da zatezna kamata dospeva kad i glavni dug, da sa njim čini celinu i da teče od dospelosti glavnog potraživanja do njegove isplate. Uz to, ona je izričito podvukla da se odredba o zastarelosti povremenih potraživanja odnosi samo na ugovorne kamate, jer se ugovorom određuju vremenski intervali u kojima one dospevaju, dok se vreme plaćanja zateznih kamata, po pravilu, ne određuje ugovorom. Međutim, iako su sve delegacije, osim slovenačke, prihvatile ovakvo tumačenje, interesantno je da ono nije naišlo na podršku sudske prakse, niti je privuklo pažnju pravne teorije (obrazloženje zajedničkog stava navedeno je prema: Obrad Stanojević, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, I, redaktori: Borislav Blagojević-Vrleta Krulj, Beograd, 1980, str. 893–894).

dospeća do prestanka potraživanja – čl. 372. ZOO)³⁵ Isti stav proizlazi i iz obrazloženja načelnog stava br. 19/87 sa XXXV Zajedničke sednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, održanoj 4. i 5. novembra 1987. godine, u kojem se navodi da “zatezna kamata ne može da se tretira kao povremeno potraživanje nezavisno od glavnog duga”, odnosno da “sve dok glavno novčano potraživanje ne bude izmireno zatezna kamata ne može da se obračunava u apsolutnom iznosu za određeni vremenski period i da se posebno utuži”.³⁶

S obzirom na to, nije sporno da se u našem pravu, sve do danas, održao stav da potraživanje zatezne kamate dobija karakter povremenog potraživanja samo u slučaju kad glavno potraživanje prestane ispunjenjem u docnji, tako da se samo u tom slučaju ona zastareva prema odredbi o zastarelosti povremenih potraživanja.

S tim u vezi, interesantno je da slovenački zakonodavac, izričito propisujući da se odredba o zastarelosti sporednih potraživanja ne odnosi na slučaj kad glavno potraživanje prestane ispunjenjem u docnji,³⁷ taj slučaj zastarelosti zatezne kamate posredno podvodi pod odredbu o zastarelosti kamate kao povremenog potraživanja. Takvim rešenjem ozakonjuje se dotadašnje opredeljenje slovenačke sudske prakse. Uz to, ono je dominantno i u aktuelnoj slovenačkoj pravnoj teoriji, koja stoji na stanovištu da za zatezne kamate važi trogodišnji rok zastarelosti.³⁸ Međutim, ono je dovelo i do jedne veoma neprirodne situacije u kojoj je glavno potraživanje za koje je propisan rok zastarelosti kraći od tri godine moglo da zastari, a da nije zastarelo i potraživanje zatezne kamate. Da bi se otklonila takva situacija u slovenačkom Obligacionom zakoniku je posebno propisao da kamate na potraživanja kod kojih je rok zastarelosti kraći od tri godine, ne zastarevaju u roku od tri godine koji je predviđen za zastarelost povremenih potraživanja, već u istom roku kao i glavno potraživanje.³⁹

³⁵ Stav je naveden prema: Tomislav Krsmanović, *Aktuelna sudska praksa za nastanak, dejstvo i prestanak obaveze*, Poslovni biro DOO, Prvo izdanje, Beograd, 2001, str. 405.

³⁶ Zbirka sudskih odluka, knjiga jedanaesta i dvanaesta, sveska I i II, Beograd, 1994, str. 54.

³⁷ Čl. 344. slovenačkog Obligacionog zakonika (“Uradni list Republike Slovenije”, br. 83/2001): “Kad zastari glavno potraživanje, odnosno kad bi zastarelo glavno potraživanje, osim ako ne bi prestalo ispunjenjem, zastarevaju takođe i sporedna potraživanja, kao što su potraživanja kamata, plodova, troškova, ugovorne kazne”.

³⁸ Vesna Kranjc v Juhart, Plavšak, *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 468, zatezne kamate raspravljaju kao povremena potraživanja.

³⁹ U čl. 347. Obligacionog zakonika, koji je posvećen povremenim potraživanjima, pored stava 1. i 2, koji su isti kao i odgovarajuće odredbe iz čl. 372. ZOO, dodat je i st. 3. koji glasi: “Nezavisno od odredbe iz prvog stava ovog člana, zastarevaju kamate na potraživanja kod kojih je rok zastarelosti kraći od tri godine, u istom roku kao i glavno potraživanje.”

Stav da zatezna kamata, u slučaju kad je glavno potraživanje ugašeno ispunjenjem dužnikove obaveze u docnji, zastareva prema odredbi o zastarelosti povremenih potraživanja, zasnovan je, dakle, na pretpostavci da zatezna kamata, u tom slučaju, dobija karakter povremenog potraživanja. Takva pretpostavka vezuje se, pre svega, za odredbu o zastarelosti povremenih potraživanja u kojoj se, kao primer sporednog povremenog potraživanja, navodi kamata. S obzirom da izraz "kamata", kao opšti izraz, obuhvata sve vrste kamata, pojedini autori smatraju da, prema odredbi o zastarelosti povremenih potraživanja, sve kamate, bilo da su ugovorne ili zatezne, imaju karakter povremenih potraživanja i da, kao takva, zastarevaju u roku od tri godine od dospelosti svakog pojedinog davanja.⁴⁰ Međutim, takav stav nije naišao ni na kakvu podršku, budući da se odredba o zastarelosti povremenih potraživanja redovno shvata mnogo uže. Ona se ne odnosi na sva, već samo na ona sporedna potraživanja kamata koja imaju i karakter povremenih potraživanja. Takav karakter imaju, pre svega, ugovorne kamate, jer uopšte nije sporno da se kod njih može predvideti da dospevaju godišnje ili u kraćim određenim razmacima vremena.⁴¹ Uz to, najveći deo pravne teorije i sudske prakse smatra da izuzetno, tj. samo u slučaju kad glavno potraživanje prestane ispunjenjem u docnji, i zatezne kamate dobijaju karakter povremenih potraživanja. U tom slučaju one se duguju kao jedino potraživanje, tako da mogu da se utuže posebno, tj. nezavisno od glavnog potraživanja, što je, inače, svojstveno i povremenim potraživanjima. Na kraju, stav o zateznoj kamati kao povremenom potraživanju moti-visan je, verovatno, i nastojanjem da se spreči tzv. gomilanje kamata, koje je, inače, svojstveno povremenim potraživanjima.

Izloženi stav o zateznoj kamati kao povremenom potraživanju nije prihvatljiv, jer osim oslonca na nedovoljno preciznu odredbu o zastarelosti povremenih potraživanja, mogućnost posebnog utuženja zatezne kamate koja nije presudna, kao i na veoma spornu potrebu za posebnom zaštitom dužnika od nagomilavanja kamata, nema neko drugo ozbiljnije opravdanje. Štaviše, takvom stavu može se staviti više veoma ozbiljnih primedbi.

Prva se odnosi na odlike zateznih kamata. One uvek predstavljaju sporedna potraživanja, što uopšte i nije sporno. Ali, shvatanje o zateznoj kamati kao povremenom potraživanju veoma je sporno,⁴² jer se ni jednom zakonskom odredbom

⁴⁰ Borivoje Živković, nav. delo, str. 76, navodi da je kamata povremeno davanje čija je odlika da dospeva godišnje ili u kraćim vremenskim razmacima.

⁴¹ ZOO iz 1978. godine propisivao je da ugovorna kamata "dospeva po isteku godine, ako za određeni slučaj nije predviđeno što drugo" (čl. 399. st. 3), ali je taj deo navedene zakonske odredbe, posle izmena i dopuna ZOO iz 1985. godine neopravdano izostavljen.

⁴² Josip Studin, nav. delo, str. 846, u komentaru čl. 372. navodi da je sporna njegova primena na zatezne kamate, "jer je sporno da li one spadaju u povremena potraživanja."; Nina Plavšak, Miha

ne predviđa da potraživanje zatezne kamate dospeva godišnje ili u kraćim određenim razmacima vremena, što je, inače, zakonska odlika povremenih potraživanja. Naprotiv, potraživanje zatezne kamate dospeva zajedno sa glavnim potraživanjem, tj. sa dolaskom dužnika u docnju,⁴³ i teče sve do ispunjenja dužnikove obaveze. Pri tome, iznos zatezne kamate zavisi od trajanja dužnikove docnje, tako da ona ne nastaje u jednom određenom trenutku, nego postepeno, malo-pomalo (pro rata temporis), sve dok postoji potraživanje glavnice,⁴⁴ što ni u kom slučaju nije opravdanje za stav pojedinih autora,⁴⁵ koji je usvojen i na pomenutom Sastanku delegata privrednih sudova Jugoslavije održanom 5.06.1986. godine, da zatezna kamata dospeva dnevno, tj. istekom svakog dana docnje. Takav stav je jedna pogrešna pravna konstrukcija, koja je u direktnoj suprotnosti sa ZOO, koji jasno određuje trenutak dospelosti zatezne kamate. Ovu ocenu potvrđuje kako stav sa Zajedničke sednice delegacija viših privrednih sudova i vrhovnih sudova, održane 13. i 14. novembra 1978. godine u Sarajevu, u kojem stoji “da zastarevanje prava na zatezne kamate počinje teći prvog dana posle isteka dana u kome je dužnik bio obavezan da ispuni glavno potraživanje, a ne od dana dospelosti svakog pojedinog potraživanja kamata (što je rešenje koje se primenjuje na ugovorne kamate),”⁴⁶ tako i obrazloženje načelnog stava br. 19/87 sa zajedničke sednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, održanog 4. i 5. novembra 1987. godine, u kojem stoji da zatezna kamata “dospeva i zastareva jednovremeno sa glavnim novčanim potraživanjem.”⁴⁷

Na kraju, interesantno je da i deo slovenačke pravne teorije, uprkos stavu sudske prakse koji je ozakonio zakonodavac i većinskom stavu pravne teorije, zaključuje da su zatezne kamate, pre svega, sporedne obaveze, a za stav da su istovremeno i povremena potraživanja smatra da “nije ubedljiv.”⁴⁸

Juhart, Renato Vrenčur, Obligacijsko pravo, splošni del, GV založba, Ljubljana, 2009, str. 1046-1047, navode da “prirodu povremenih davanja imaju nesporno ugovorne kamate, dok su u pogledu zateznih kamata mišljenja podeljena.”

⁴³ Dužnik dolazi u docnju “kada ne ispuni obavezu u roku određenom za ispunjenje” (čl. 324. st. 1. ZOO), a “dužnik koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze duuguje, pored glavnice, i zateznu kamatu po stopi utvrđenoj saveznom zakonom.” (čl. 277. st. 1. ZOO).

⁴⁴ Jakov Radišić, nav. delo, str. 65.

⁴⁵ Borivoje Živković, nav. delo, str. 77, smatra da se “momenat od kada se računa dospelost svakog pojedinog davanja kamate izjednačava sa dospelošću svakog njenog pojedinačnog dnevnog obračuna, od kada i počinje teći zastarelost potraživanja u odnosu na taj novčani iznos”.

⁴⁶ V. napomenu 34.

⁴⁷ Zbirka sudskih odluka, knjiga jedanaesta i dvanaesta, sveska I–II, Beograd, 1994, str. 54.

⁴⁸ Nina Plavšak, Miha Juhart, Renato Vrenčur, nav. delo, str. 1047–1047.

Druga primedba se odnosi na stav da zatezna kamata do isplate glavnog potraživanja ima karakter sporednog potraživanja, a da posle isplate tog potraživanja menja svoju prirodu, tako da dobija i karakter povremenog potraživanja. Takav stav je nelogičan i neprincipijelan, jer se promena prirode zatezne kamate ne može objasniti time što je dužnik isplatio glavnu obavezu u docnji. U tom smislu je i na Zajedničkoj sednici delegacija viših privrednih sudova i vrhovnih sudova, održanoj 13. i 14. novembra 1978. godine u Sarajevu, navedeno da “to što je poverilac zahtevao kamate iz obligacionog odnosa u kome je dužnik sa zakašnjenjem izvršio svoju glavnu obavezu, ali pre nego što je glavni dug zastareo, ne menja pravnu prirodu kamata kao sporednog potraživanja”.⁴⁹

Treća primedba odnosi se na ničim opravdanu i neprincipijelnu razliku između zastarelosti novčanih i nenovčanih potraživanja,⁵⁰ koja proizlazi iz primene stava da zatezna kamata ima karakter povremenog potraživanja. Naime, zatezna kamata, kao pretpostavljena naknada štete zbog docnje u ispunjenju novčane obaveze, zastareva u roku predviđenom za zastarelost povremenih potraživanja (3 godine), dok naknada štete zbog docnje sa ispunjenjem nenovčane obaveze zastareva u roku koji je predviđen za zastarelost te obaveze.⁵¹ Iako se radi o zahtevima koji su odštetnog karaktera, takvim rešenjem se uvodi značajna razlika između novčanih i nenovčanih potraživanja, pri čemu se potpuno zapostavljaju svi ostali elementi kojima se zakonodavac rukovodio pri određivanju rokova zastarelosti za pojedina potraživanja. Isti je slučaj i sa razlikom koja bi se, čak i kod jedne iste novčane obaveze, javljala između rokova zastarelosti koji su predviđeni za potraživanje zatezne kamate i rokova zastarelosti koji su predviđeni za potraživanje naknade štete.

Stavu da zatezna kamata ima karakter povremenog potraživanja prigovara se da će imati za posledicu produženje roka zastarelosti zateznih kamata, pri čemu se zaključuje da to sigurno nije mogla biti intencija zakonodavca.⁵² Do produženja tog roka će dolaziti u slučaju kad glavno potraživanje, koje zastareva u roku kraćem od tri godine, pre nastupanja njegove zastarelosti, bude ispunjeno u docnji. U tom slučaju će, s obzirom da glavno potraživanje koje je ugašeno ispunjenjem ne može da zastari, zatezna kamata zastarevati u roku od tri godine, koji

⁴⁹ Stav je naveden prema: Obrad Stanojević, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, str. 893–894.

⁵⁰ Nina Plavšak, Miha Juhart, Renato Vrenčur, nav. delo, fn. 1593, str. 1047.

⁵¹ Čl. 376. st. 3. ZOO.

⁵² Primedba sa Zajedničke sednice delegacija viših privrednih sudova i vrhovnih sudova, održanoj 13. i 14. novembra 1978. godine u Sarajevu, navedeno prema: Obrad Stanojević, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, str. 893–894.

je predviđen za zastarelost povremenih potraživanja. Ova primedba pokazala se opravdanom, jer su sudovi, iako je to protivno načelu akcesornosti i logici stvari, zaista stali na stanovište da rok za zastarelost zatezne kamate, kao sporednog potraživanja, može da bude duži od onog koji je predviđen za zastarelost glavnog potraživanja.⁵³

S obzirom na napred navedeno, daleko je prihvatljivije da se, i u slučaju kad je glavno potraživanje prestalo ispunjenjem u docnju, pitanje zastarelosti zatezne kamate rešava u skladu sa duhom i smislom odredbe o zastarelosti sporednih potraživanja. Naime, iako se tom odredbom predviđa da, kad zastari glavno, zastarevaju i sporedna potraživanja, nesporno je da je pravno relevantan i da se mora imati u vidu rok koji je predviđen za zastarelost glavnog potraživanja, s tim što se, sve dok glavno potraživanje postoji, da bi se potpuno očuvao princip akcesornosti, zastarelost sporednog vezuje za zastarelost glavnog potraživanja. Ali, ako glavno potraživanje bude ugašeno isplatom, onda ono ne može ni da zastari, tako da je u tom slučaju sasvim logično da, opet s pozivom na akcesornost, sporedno zastareva u roku koji je predviđen za zastarelost glavnog potraživanja. Za ovakav stav, uprkos odredbi iz čl. 344. Obligacionog zakonika koja ga isključuje, zalažu se čak i pojedni slovenački autori.⁵⁴

Takvo rešenje je u potpunom skladu sa duhom i smislom odredbe o zastarelosti sporednih potraživanja, odnosno sa načelom akcesornosti na kojem je ona zasnovana. Uz to, ono je i principijelno, jer je, s obzirom na odštetnu prirodu zatezne kamate, usklađeno sa odredbom o zastarelosti potraživanja naknade štete nastale povredom ugovorne obaveze,⁵⁵ čime se eliminiše i ničim opravdana razlika između zastarelosti nenovčanih i novčanih obaveza.

Predloženo rešenje je prihvatljivo i sa stanovišta zastarelosti ostalih sporednih prava, što se može ilustrovati primerom ugovorne kazne koja bi bila ugovorena zbog neblagovremenog ispunjenja. I u tom slučaju, kad zastari glavno, zastarelo bi i potraživanje ugovorne kazne. Ali, ako bi dužnik ispunio obavezu u docnji, a poverilac zadržao pravo na ugovornu kaznu,⁵⁶ koja nema karakter povremenog

⁵³ U tom smislu je Presudi Višeg trgovinskog suda Pž. 4197/2004 od 13.09.2004. godine (iz baze Paragraf lex) zauzet stav da potraživanje kamate zbog docnje u plaćanju cene prevoza zastareva u roku od tri godine, koji je predviđen za zastarelost povremenih potraživanja, a ne u roku od jedne godine, koji je Zakonom o ugovorima o prevozu u drumskom saobraćaju (čl. 107. st. 1) predviđen za zastarelost zahteva za naplatu cene prevoza.

⁵⁴ Nina Plavšak, Miha Juhart, Renato Vrenčur, nav. delo, str. 1046-1047, navode da deluje uverljivije shvatanje prema kome se "rok zastarelosti zatezne kamate ravna prema roku zastarelosti koji važi za novčanu obavezu koja je osnov za početak toka zatezne kamate".

⁵⁵ Čl. 376. st. 3. ZOO.

⁵⁶ Čl. 273. st. 5. ZOO.

potraživanja, bilo bi u skladu sa načelom akcesornosti, sasvim logično i jedino moguće da pravo na ugovornu kaznu zastareva u roku koji je predviđen za zastarelost glavnog potraživanja. Takvo rešenje je, inače, odavno prisutno u sudskoj praksi naročito u vezi sa obavezom kupca, koji je isplatio cenu isporučene robe, da vrati ambalažu koja ima relativno kratak upotrebn ciklus. U takvim slučajevima, iako je glavna kupčeva obaveza prestajala ispunjenjem, tako da nije mogla da zastari, sudovi su, odlučujući o zahtevima prodavaca za povraćaj ambalaže, kao sporednim potraživanjima, redovno zastupali stav da takvi zahtevi "zastarevaju u onom roku u kojem zastareva i glavni zahtev".⁵⁷

Zastarelost zatezne kamate u slučaju kad glavno potraživanje nije zastarelo niti je prestalo ispunjenjem

Dužnik novčane obaveze može da zapadne u docnju, a da poveriočevo potraživanje ne zastari, niti prestane ispunjenjem. U tom slučaju, sa dolaskom dužnika u docnju, poverilac stiže i pravo na zateznu kamatu. U vezi sa njegovom zastarelošću postoji izvesna nesaglasnost, iako se, prema vladajućem stavu, radi o situaciji koja nije neposredno pravno uređena.

U slučaju kad glavno potraživanje nije zastarelo, niti je prestalo ispunjenjem, najveći deo pravne teorije i sudske prakse stoji na stanovištu da nije ispunjena osnovna pretpostavka za primenu odredbe o zastarelosti sporednih potraživanja, tako da se ona u tom slučaju ne primenjuje. S druge strane, u tom slučaju se ne može primeniti ni odredba o zastarelosti kamate kao povremenog potraživanja, jer se i ta odredba, prema vladajućem stavu sudske prakse i pravne teorije, može primeniti samo u slučaju kad je glavno potraživanje prestalo ispunjenjem, odnosno samo kada se zatezna kamata zahteva kao jedino potraživanje.

Međutim, iako nije dobio podršku, u pravnoj teoriji je bio istaknut i stav da zatezna kamata u svakom slučaju ima karakter povremenog potraživanja,⁵⁸ tako da uvek kad nije zastarela prema odredbi o zastarelosti sporednih potraživanja, zastareva prema odredbi o zastarelosti povremenih potraživanja.⁵⁹ Takav stav je, ipak, "promakao" i jednom komentatoru Zakona o obligacionim odnosima koji je, komentarišući odredbu o zastarelosti povremenih potraživanja, naveo da se njome reguliše zastarelost kamata i u slučaju kad glavno potraživanje još uvek po-

⁵⁷ Vrhovni sud Srbije, Prev. 7/94, navedeno prema: Mladen Krvavica, *Sudska praksa iz oblasti obligacionih odnosa*, Glosarijum, Beograd, 1996, str. 162; Viši privredni sud Srbije, Pž. 5454/88, navedeno prema: Tomislav Kršmanović, *nav. delo*, str. 400-401.

⁵⁸ Borivoje Živković, *nav. delo*, str. 76.

⁵⁹ Borivoje Živković, *nav. delo*, str. 76, zaključuje u tom smislu da je "zastarni rok kada se radi o potraživanju kamata (je) tri godine i računa se posebno od dospelosti svakog pojedinog davanja".

stoji. Ni u sudskoj praksi on nije naišao na podršku, iako veoma sumarne i neprecizne sentencije pojedinih sudskih odluka, dopuštaju zaključak da zatezna kamata zastareva u roku od tri godine i u slučaju kad glavno potraživanje nije zastarelo, niti je ugašeno isplatom. Tipičan primer predstavlja sentencija da “kamata zastareva za tri godine, bez obzira na osnov iz koga potiče potraživanje”,⁶⁰ kao i ona da “kamate predstavljaju povremena potraživanja i zastarevaju u zastarnom roku od tri godine”.⁶¹ One su, po svemu sudeći, formulisane na osnovu odluka o zastarelosti zatezne kamate u slučajevima u kojima je glavno potraživanje bilo ugašeno isplatom, tako da se zatezna kamata zahtevala kao jedino potraživanje.⁶² Oslanjajući se na jednu od tih sentencija, čak je i prof. Obrad Stanojević, bez ikakve ograde, zaključio “da kamata, iako akcesorno pravo, u pogledu zastarevanja ne deli sudbinu glavnog prava, već zastareva za tri godine”.⁶³

Veoma izolovan stav pravne teorije da se odredba o zastarelosti povremenih potraživanja odnosi i na slučaj kad glavno potraživanje nije zastarelo, niti je prestalo ispunjenjem, potpuno je neprihvatljiv iz svih onih razloga koji su izneti u prethodnom odeljku, s tim što se ovom stavu mogu staviti bar još dve veoma ozbiljne primedbe.

Prva se odnosi na mogućnost posebnog utuženja zatezne kamate, bez utuženja glavnog potraživanja koje nije ispunjeno, tako da još uvek postoji. S tim u vezi, pravilo je da se kamata, zbog njene akcesorne prirode, utužuje zajedno sa glavnim potraživanjem.⁶⁴ Ovo pravilo dolazi do izražaja, pre svega, kod zateznih kamata, koje imaju veoma ograničenu samostalnost, tako da ne mogu biti posebno utužene. U tom smislu se i u sudskoj praksi odavno izražava stav da zatezna

⁶⁰ Sentencija na osnovu Presude Vrhovnog privrednog suda Sl. 2250/61 od 7.09.1961. godine, navedena prema: Miloš Isaković-Petar Šurlan, Opšte uzanse za promet robom sa objašnjenjima i sudskom praksom i posebne uzanse, str. 204, kao i njena verna reprodukcija na osnovu presude Okružnog suda u Svetozarevu, Gž. 13/78 od 30.01.1978. godine, Zbornik sudske prakse, br. 28/1978, br. odluke 3515, str. 52–53.

⁶¹ Presuda Višeg privrednog suda Srbije Pž-2476/86 od 9.06.1986. godine, navedena prema Borivoje Živković, nav. delo, str. 76.

⁶² U obrazloženju navedene presude Okružnog suda u Svetozarevu sud se poziva na odredbu iz čl. 15. Zakona o zastarelosti potraživanja kojom je bilo predviđeno da zahtev za kamatu zastareva za tri godine od dospelosti svakog pojedinog davanja. Pri tome, iako se iz obrazloženja ove presude to jasno ne vidi, očigledno je da se radilo o slučaju u kojem je glavno potraživanje pre nastupanja zastarelosti prestalo ispunjenjem, jer je sporna bila samo zastarelost jednog dela zatezne kamate.

⁶³ Obrad Stanojević, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, str. 893, imao je u vidu upravo napred navedenu sentenciju u vezi sa presudom Okružnog suda u Svetozarevu Gž. 13/78 od 30. 01.1978. godine.

⁶⁴ Jakov Radišić, nav. delo, str. 66.

kamata sa glavnim potraživanjem čini jedan dug.⁶⁵ Takav stav je došlo do izražaja i u obrazloženju načelnog stava sa zajedničke sednice najviših sudova bivše SFRJ u kojem, između ostalog, stoji da je zatezna kamata, “dok glavni dug ne bude plaćen, nedeljiva od njega i zajedno predstavljaju celinu”, tako da “sve dok glavno novčano potraživanje ne bude izmireno, zatezna kamata ne može da se obračunava u apsolutnom iznosu za određeni vremenski period i da se posebno utuži”.⁶⁶ Takvo stanovište je sasvim prihvatljivo, jer ono sprečava vođenje jednog sudskog postupka koji bi bio veoma neracionalan, budući da u njemu ne bi definitivno bio rešen spor oko zatezne kamate, koji bi sa svakim novim danom docnije mogao da se ponavlja, a u svakom takvom sporu bi se, kao prethodno pitanje, moralo rešavati i pitanje osnovanosti i visine glavnog potraživanja. Uz troškove takvih postupaka, položaj dužnika otežavali bi i zahtevi poverilaca da im na dospelu a neisplaćenu zateznu kamatu dužnici plaćaju kamatu.⁶⁷

Druga primedba se odnosi na neprihvatljivu, a neizbežnu izmenu roka zastarelosti glavnog potraživanja, koju bi primena ovog stava povlačila. Naime, ako bi zatezna kamata imala karakter povremenog potraživanja i u slučaju kad glavno potraživanje nije zastarelo, niti je prestalo ispunjenjem, to bi dovodilo i do izmene roka zastarelosti glavnog potraživanja, jer bi se, u tom slučaju, osim odredbe koja se odnosi na zastarelost povremenih potraživanja, morala primenjivati i sa njom povezana odredba o zastarelosti samog prava iz kojeg proizlaze povremena davanja,⁶⁸ kojom je zakonodavac, imajući u vidu poseban značaj tog prava, predvideo da ono zastareva u roku od pet godina.⁶⁹ Krajnja posledica takvog stava bila bi da jedno isto novčano potraživanje do dolaska dužnika u docnju zastareva u jednom, dok bi, posle dolaska dužnika u docnju ovaj dugovao i zateznu kamatu, kao povremeno potraživanje, zbog čega bi samo pravo iz kojeg ono proizlazi zastarevalo u roku od pet godina.

⁶⁵ Odluka Vrhovnog privrednog suda Sl. 1011/65, kao i odluka Saveznog suda Gzz. 48/74, koje su navedene u obrazloženju stava sa Zajedničke sednice delegacija viših privrednik sudova i vrhovnih sudova, održane 13. i 14. novembra 1978. godine u Sarajevu.

⁶⁶ Načelni stav br. 19/87 sa XXXV zajedničke sednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda (4. i 5. novembar 1987), Zbirka sudskih odluka, knjiga jedanaesta i dvanaesta, sveska I-II, Beograd, 1994, str. 54.

⁶⁷ V. čl. 279. st. 2. ZOO.

⁶⁸ V. čl. 373. ZOO.

⁶⁹ Čl. 373. st. 1. ZOO. Taj rok je u ZZP, kao i u ZOO iz 1978. godine, bio izjednačen sa opštim rokom zastarelosti. Izmenama i dopunama ZOO iz 1993. godine produžen je opšti rok zastarelosti, ali sa tim dužim rokom zastarelosti nisu izjednačeni rok zastarelosti samog prava iz kojeg proizlazi povremeno potraživanje (čl. 373. st. 1), kao ni objektivni rok zastarelosti prava na naknadu štete (čl. 376. st. 2).

Ovaj problem je slovenačko pravo pokušalo da reši dopunom odredbe o zastarelosti sporednih potraživanja. U toj odredbi je, posle prve rečenice “Kad zastari glavno potraživanje”, umetnuta rečenica “odnosno kad bi zastarelo glavno potraživanje”, čime je učinjen napor da se, ponavljanjem prethodne rečenice, ali u kondicionalu,⁷⁰ domašaj odredbe o zastarelosti sporednih potraživanja proširi i na slučaj kad glavno potraživanje nije zastarelo. Ipak, takav napor je, po svemu sudeći, bio nepotreban, jer obe formulacije imaju potpuno isto značenje, tako da se i jedna i druga odnose i na slučaj kad glavno potraživanje nije zastarelo, niti je prestalo ispunjenjem. U tom slučaju, upravo u skladu sa odredbom o zastarelosti sporednih potraživanja, nije zastarela ni zatezna kamata.

S obzirom na to, čini se da problem zastarelosti zatezne kamate u ovom slučaju uopšte i ne postoji, jer prema odredbi o zastarelosti sporednih potraživanja zatezna kamata ne može da zastari, dok glavno potraživanje ne zastari. Ona ne može da zastari ni prema odredbi o zastarelosti povremenih potraživanja, ako glavno potraživanje nije prestalo ispunjenjem.

ZAKLJUČAK

Zastarelost zatezne kamate je u našem pravu izazivala, a i danas izaziva, ozbiljne dileme i nedoumice, koje dolaze do izražaja u različitim situacijama.

U slučaju kad je glavno potraživanje zastari, ne postoje ozbiljniji problemi, jer u tom slučaju uvek i bez izuzetka zastareva i potraživanje zatezne kamate.

Pitanje zastarelosti zatezne kamate je, međutim, mnogo složenije u slučaju kad glavno potraživanje prestane ispunjenjem u docnji. U tom slučaju, s obzirom da glavno potraživanje ne može da zastari, pravna teorija i sudska praksa primenjivale su na zastarelost zatezne kamate odredbu o zastarelosti povremenih potraživanja. Takav stav se zadržao u našem pravu sve do danas, iako njegova detaljna analize pokazuje da nema ozbiljnije opravdanje i da mu se mogu staviti veoma ozbiljne primedbe. Zbog toga se čini da bi, u ovom slučaju, bilo daleko prihvatljivije opredeljenje za stav da potraživanje zatezne kamate zastareva u roku koji je predviđen za zastarelost glavnog potraživanja. Iako je takav stav u potpunom skladu sa duhom i smislom odredbe o zastarelosti sporednih potraživanja, bilo bi dobro da budući Građanski zakonik Republike Srbije, kao stav drugi odredbe o zastarelosti sporednih potraživanja, posebno propiše: “Kad glavno potraživanje

⁷⁰ Intencija zakonodavca bila je da neutrališe primedbu da se odredba o zastarelosti sporednih potraživanja, s obzirom da nije formulisana u kondicionalu, odnosi samo na slučaj kad glavno potraživanje stvarno zastari.

prestane ispunjenjem, sporedna potraživanja zastarevaju u roku koji je predviđen za zastarelost glavnog potraživanja”.

Problem zastarelosti zatezne kamate u slučaju kad glavno potraživanje nije zastarelo, niti je prestalo ispunjenjem, uopšte ne postoji, jer u tom slučaju nisu ispunjene zakonske pretpostavke za zastarelost zatezne kamate.

ĐORĐE NIKOLIĆ, Ph.D.,
Associate professor, Faculty of Law, University of Niš

PRESCRIPTION OF DEFAULT INTEREST

Summary

This paper deals with prescription of default interest, which was, and still is, a topic followed by serious dilemmas and concerns in Serbian law. In situation when principle claim is prescribed, solution is, to a certain extent, simple: accessory claims such as default interest are prescribed as well. However, in situation when principle debt is terminated by fulfillment, but in *mora debitoris*, complex problems arise. In this situation, since principle claim can not prescribe, legal theory and judicial practice apply the norm devoted to accessory claims. After comprehensive analysis, the Author, finds this solution unjustified and inconsistent. The Author promulgates position that claim for default interest should prescribe for time period equal to period required for prescription of principle claim. In situation when principal claim is not prescribed, nor terminated by fulfillment, problem is almost nonexistent, since provision devoted to “periodic claims” is completely inapplicable, and provision devoted to “accessory claims” is explicit that claim for default interest can not prescribe if principal claim is not prescribed.

VLADIMIR BANGIEVSKI

**POSLEDICE DELOVANJA KOJE OZNAČAVAJU
ZLOUPOTREBU PRAVA I PRAVNE POSLEDICE
IZVRŠENE ZLOUPOTREBOM PRAVA**

*Nekoliko reči o zloupotrebi prava
odnosno zloupotrebi pravnih ovlašćenja*

Da bi govorili o zloupotrebi prava ili zloupotrebi pravnih ovlašćenja, kako se ponekad kaže, znači da se uvek govori o isključivo kompleksnom društvenom i pravnom fenomenu. Svojom složenom, a dodao bih i *sui generis* pravnom prirodom, pojava zloupotrebe priznatih prava, kao otvoreni problem u pravu, je izazivao, a i danas ništa manje, najrazličitije kontraverze u pravnoj literaturi uopšte, ali ne manje i u pravnoj praksi, i kod zakonodavca u slučaju pravnog regulisanja odnosa između subjekata koji su nastali povodom zloupotrebe prava. Radi specifične pojavnosti, kontraverznosti i otvorenosti ovog problema, tema je uvek aktuelna u pravnoj nauci, praksi i zakonodavstvu, ali ne samo tu, već i u ostalim društvenim naukama, bližih ili daljih od pravne.

Opisno i najopštije rečeno, zloupotreba prava se sastoji pre svega iz uzastopnih delovanja koji imaju jedini i prvenstveni cilj – da se našetiti drugome, ili preko beskorisnih delovanja koja su štetna za drugoga, ili preko delovanja koja su suprotna cilju normama radi kojih se priznaju subjektivna prava, ili preko delovanja

Mr Vladimir Bangievski, advokat u Skoplju, Republika Makedonija.

koja su nesrazmerno manje vredna nego šteta koja se čini drugome, ili preko delovanja koja su nepotrebno tegobna za drugoga, ili preko delovanja koja su protivrečna sa nekim drugim vlastitim delovanjem, ili preko delovanja koja su nespojiva sa društvenim moralom ili suprotna pravičnosti.

Sva nabrojana delovanja ustvari se samo naizgled naslanjaju na pozitivnim ili drugim društvenim normama i vrednostima, odnosno samo su naizgled usklađeni sa njima, jer su im u suštini norme samo opravdanje za društveno nedopustive i štetne posledice koje su prouzrokovane delovanjima zloupotrebe prava po drugim subjektima i nosiocima prava.¹ Svakako da postoje i mnoga druga shvatanja o suštini zloupotrebe prava, više ili manje opisnije i konkretnije ili više ili manje prifaćenije ili opravdanije. Kod ovog pitanja je uočljivo da u pravnoj literaturi i uopšte u pravništvu, postoje toliko shvatanja o suštini zloupotrebe prava – koliko postoje i teoretičara koji su se bavili ovom problematikom.

Kod nas, u našem pravnom sistemu, u vezi sa ovim problemom (zloupotrebom prava) situacija je manje ili više sledeća:

Prvo: Evidentno je vidljivo da se isključivo malo ili nedovoljno pozitivno pravno regulišu odnosi koji nastaju u vezi sa zloupotrebom prava sa strane subjekata prava (fizička ili pravna lica).

Drugo: Iz sudske prakse je vidljivo da su sudovi dosada, u njihovoj praksi, vrlo malo reagovali i postupali u situacijama zloupotrebe prava – a to znači i da su vrlo malo primenjivali norme koje se odnose na zloupotrebu prava, a vidljiva je i neujednačenost sudske prakse u slučajevima kada su rešavali o zloupotrebi prava, kao i neodgovarajuća primena normi koje se odnose na zloupotrebu prava. Ovo je verovatno radi mnogih i dokraja nerasčišćenih pitanja koja postoje u ovom polju.

Treće: Naša pravna nauka, je u njenom sveobuhvatnom dosadašnjem razvoju mnogo manje tretirala ovo pitanje, koje je i danas nedovoljno tretirano, što se u budućnosti kao stanje mora nužno menjati, pre svega radi velike društvene važnosti problema i negativnih posledica i efekata koji su prouzrokovani u svakodnevnom življenju i u okviru društvene sredine.²

¹ Pojam je dat prema vrstama zloupotrebe prava i kao takav smatram da je najopravdaniji iz razloga sveobuhvaćenosti, i pored toga što i dalje ostaje otvoreno pitanje o pojmu koji bi bio najodgovarajući. Dosada su se u pravnoj nauci iskristalizovale sledeće vrste zloupotrebe prava: šikanozno vršenje prava, bezkorisno vršenje prava, nesrazmerno vršenje prava, protivciljno vršenje prava, neprimerno vršenje prava, protivrečno vršenje prava, nemoralno vršenje prava i nepravično vršenje prava. Ovo ne znači da su iscrpljene sve vrste zloupotrebe prava. U pravnoj nauci, u budućnosti se mogu iskristalizovati i neke druge vrste zloupotrebe prava.

² Sve što postoji kod nas u vezi ovog pitanja je pretežno udžbenička literatura ili pojedine statije i tekstovi u najrazličitijim naučnim i stručnim izdanjima.

POSLEDICE DELOVANJA KOJA OZNAČUJU
ZLOUPOTREBU PRAVA

Šteta kao posledica zloupotrebe prava

Imajući u vidu da se duže vreme posle recepcije rimskog prava, zabrana o zloupotrebi prava praktikovala prvenstveno u vezi sa *actio doli* i *exceptio (replicatio) doli*, što znači, kao pitanje oštećenog prava, neretko, u propisima koji se odnose na zloupotrebu prava, ona se javlja kao sastavni deo oštećenih, deliktno-pravnih normi. Iz ovoga proizlazi da definicije koje su date o zloupotrebi prava, date u okviru oštećenog, deliktnog prava ili koje bi se mogle ekstrapolirati iz nje-ga, uključuju i štetu u pojam zloupotrebe prava, štetu kao posledicu zloupotrebljenog vršenja prava, znači prema oštećeno-pravnoj prirodi tih propisa. Ako se kao uslov za odgovornost o šteti koja je nastala vršenjem prava, postavi da pravo bude zloupotrebljeno, onda, naravno da nema odgovornosti o šteti bez zloupotrebe prava. Ali iz ovoga ne može proizaći i obratan zaključak da nema ni zloupotrebe prava ukoliko vršenjem prava nije nanešena neka šteta drugome. Takav zaključak se ne može nametnuti, niti proizaći iz snage logike, niti iz prirode poslova, kao što proizlazi prvi stav iz prirode tih propisa, stvarajući pri tome teškoće u nastojanju zabrane o zloupotrebi proširi i na ponašanja koja nisu oštećeno-pravno relevantna.³

Drugo se i ne može očekivati ukoliko se ima u obzir istorijska situacija koja je dominirala u 20-tom veku, u kojoj je pravna rekacija građanskog prava bila dominantno reaktivna, a nadoknada štete je bila kao sankcija najrasprostranija. Ideja o prevenciji u građanskom pravu je čak bila izuzetak i tek u ovom veku je zauzela mesto među redovnim građanskim pravnim oblicima zaštite.⁴

Oštećenje kao posledica zloupotrebe prava

Pravno sistematska pozicija odredba o zloupotrebi prava je tako opisana bila takođe u građanskim zakonicima na našim prostorima. Propisi zloupotrebe prava su bili sadržani u deliktNOPravnim delovima. Kod nas u Makedoniji, danas ne postoji takva ograničavajuća polazna pozicija. Odredbe zloupotrebe prava, ni u ZOO, ni u ZSDSP ne navode štetu kao *sine qua non* o zloupotrebi prava, što se ne bi smelo tumačiti ni iz sistematizacijskih razloga. U oba naša zakona (ZOO i ZSDSP), odredbe su sadržane u delu koji se sastoji iz opštog karaktera, nevezane u pojedinačan segment. Čak ni u ZOO, koji posebnom glavom uređuje oštećeno pravo, norme o zloupotrebi prava se ne nalaze u njoj.

³ Isto ovako i kod: Dr V. Vodinelić: *Takozvana zloupotreba prava*, Beograd, 1997, str. 180.

⁴ *Ibidem*, str. 181.

U našem pravu ne postoji kvalifikacija opštog dela građanskog prava (kod nas nema čak ni uvodnog dela), u kojem bi zloupotreba prava bila regulisana kao što je to pravo danas uporedno-pravno, i od koga bi se moglo videti da zloupotreba prava nema ekskluzivne veze sa štetom. Opšti deo (uvodni) kodifikacije je pravno-sistematizacijski jedino opravdano mesto, imajući u obzir da je kao zabrana koja važi za sve vrste građanskih prava – ona ustanova opštog dela građanskog prava. Znači, da bi se kod nas neko ponašanje smatralo kao zloupotrebom prava, nije nužno potrebno da posledica ponašanja bude izražena kao imovinska ili neimovinska šteta (kao smanjenje svojine ili njene vrednosti ili izostanak povećanja, kao fizički ili duševan bol ili strah), kao što je u toku istorije već bilo prihvaćeno i uporednopravno potvrđeno. Dovoljno je da se posledica ponašanja sastoji u nekom uznemiravanju, ometanju drugog.

Istorijski, ovakav stav, kao ispravan, su prihvatili srednjevekovni pravници, a kasnije, takvo rešenje je sadržano u *ALR*⁵, a od novijih zakonika na primer Građanski zakonik Italije⁶. Na našim, bivšim jugoslovenskim prostorima, istorijski je to polovično izrazio u primeru Opštog imovinskog zakonika Crne Gore.⁷ Znači, dovoljno je da se radi o posledici koja je nepovoljna za drugoga, da je takvo ponašanje u stanju drugome da naštetiti. Oštećivanjem, ne svodi se jezički samo na “nanošenje štete”, već kao širi pojam koji pokriva i samu štetu. Ograničenje samo na štetu kao nepovoljnu posledicu ne bi imalo opravdanja iz razloga što posledica ponašanja nije uvek ta ili nije prvenstvena radi koje se reaguje zabranom o zloupotrebi ili hoće da se suzbije. Nekada žele da suzbiju i određeni način ponašanja a ne posledicu ponašanja, nekada nemoralnost ili nepravičnost ponašanja a ne posledicu ponašanja. Posledica zloupotrebe, sa svojom neprihvatljivošću, čini neprihvatljivo i samo ponašanje koje dovodi do nje, u tri situacije gde je rezultat ponašanja taj zajednički imenitelj: 1. kada titular protivciljno vrši svoje pravo; 2. kada beskorisno, besciljno vrši svoje pravo, i 3. kada nesrazmerno vrši svoje pravo. Ali ni u ovim situacijama nije neophodno da šteta bude ta posledica po kojoj i radi koje je ponašanje zabranjeno, već je ključna protivciljnost (ostvarivanje drugačijih posledica od *ratio legis* posledice) odnosno beskorisnost (neopravdanost, besciljnost ostvarene posledice), odnosno dispozicije (ostvarivanje posledice koja za drugog predstavlja nesrazmernu žrtvu). Nepoželjna različna posledica planirane

⁵ I, 8, § 28: “Zloupotreba znači takva upotreba svojine, koja po svojoj prirodi može imati kao nameru jedino povredu drugog”. I, 8, § 27: “Niko ne sme da zloupotrebljava svoju svojinu radi nanošenja povreda ili nanošenja štete drugome”.

⁶ Član 833: “Vlasnik ne smee da preuzima delovanja koja nemaju drugi cilj osim da naštetite ili prouzrokuju smetnju drugome”.

⁷ Član 1000 iz OIZ kaže: “Ni svojim se pravom služiti nemoš’, tek drugome na štetu il’ do sadu”.

posledice se ne svodi samo na štetu, niti je neopravdana, odnosno besciljna posledica je samo ona koja može pravno da se okvalifikuje kao šteta, zato što posledica za drugoga može biti nesrazmerna u odnosu na korist titulara i onda kada ne predstavlja štetu.

Individualno oštećenje i povreda opštog interesa

Šteta kao oštećenje u najužem smislu, ili oštećenje u širem smislu, a bez štete kao posledica, podrazumeva se kao mogućnost u svim pojedinačnim vrstama zloupotrebe prava. Kod vrsta zloupotrebe prava postoji jedan individualizovani odnos u kojem se titular prava nalazi nasuprot određenog drugog lica i tom licu nanosi nekakvu štetu. To se redovno dešava u situacijama šikanoznog vršenja prava, beskorisnog, neprimernog i protivciljnog vršenja prava. Ustvari, šikanoznost je uvek usmerena prema drugome, beskorisnost takođe, jer to znači beskorisnost za sebe, a šteta za drugoga, prekomernost takođe postoji u odmeravanju između svoje koristi i veličine štete za drugoga, neprimernost potiče iz nepotrebnosti oštećenja drugome, protivrečnost ima u obzir izigrano poverenje drugoga u određenom načinu titularovog ponašanja. Takva, individualnost u odnosu na titulara prema nekome, se ne podrazumeva kada je reč o protivciljnom, nemoralnom i nepravičnom vršenju prava. Ipak, i ovde se radi samo o tipičnosti, a ne o isključivosti, o težišnom rasporedu, a ne o nemogućnosti drugačije. Individualna pogođenost u zloupotrebi prava je sveopšti element zloupotrebe, u tom smislu da je kod svake vrste zloupotrebe moguća ali ne i uvek nužna. Nekada postoji pogođenost samo u individualnom (nezavisno dali je u kolektivnom, opštom, difuznom) interesu, a nikakav individualni interes. Znači, zloupotreba prava je moguća i bez individualne pogođenosti iz zloupotrebe. Difuzni, kolektivni interes mogu biti povređeni svakom vrstom zloupotrebe prava.

PRAVNE POSLEDICE KOJE MOGU POGODITI NOSIOCA PRAVA U SLUČAJU ZLOUPOTREBE SVOGA PRAVA

Vrste sankcija u slučaju zloupotrebe prava

Prvo pitanje koje se postavlja je: U čemu se sastoji sankcija koja treba da pogodi subjekat radi postupanja koja su suprotna zakonskoj zabrani da se zloupotrebi pravo?

U stvari, pre svega: Dali se titularu prava samo zabranjuje da vrši svoje subjektivno pravo, da vrši njegov sadržaj– pri tome ne dodirujući samo imanje njegovog prava ili može biti lišen svog subjektivnog prava, gubeći ga celokupno ili delimično? Dalje, dali je nosioc prava ograničen i u pogledu sadržaja ovlašćenja-

ili je samo ograničen u pogledu izvršavanja i može biti osujećen da stekne pravo, što znači da bi pravo svakako stekao redovnim putem ako u konkretnoj situaciji nije bilo njegove zloupotrebe? Vidljivo je da se u pozitivnom pravu zabranjuje ili se negde proglašava za nedopušteno određeno vršenje prava, a pri tome se ne preciziraju pravne posledice iz nedopuštenog vršenja prava. Tražeći odgovor za krug pravnih posledica iz zloupotrebe ne pomažu mnogo ni one opšte neutralne formulacije koje nisu sročene sa aspekta zabrane, nego baš sa aspekta pravnih posledica.⁸ Takođe se postavlja i veoma važno pitanje: dali sve vrste zloupotrebe prava povlače sa sobom iste pravne posledice i dali sve vrste zloupotrebe prava prouzrokuju sve vrste pravnih rekacija.

Kao problem se nameće i dilema: Dali sud po službenoj dužnosti (*ex officio*) ili samo na prigovor stranke (*ex privato*) treba da vodi računa o postojanju zloupotrebe prava i njegovog sprečavanja.

Relativno delovanje zloupotrebe prava

Gotovo svi razlozi koji čine vršenje prava “zloupotrebljavajućim” se uvek odnose na individualni odnos, t.j. na odnos između titulara prava i tačno određenog ili tačno određenih drugih lica. Titular jednog prava, na primer, vrši svoje pravo samo da bi naštetio drugome individualno, ili titular jednog prava beskorisno vrši svoje pravo i pritome oštećuje određeno lice ili određena druga lica, ili vrši pravo ostvarivajući svoj interes koji je nesrazmerno manje vredan od interesa nekog drugog ili nekih drugih lica koji se oštećuju takvim nesrazmernim vršenjem prava, itd.

Kao što se uvek zna ko je onaj kome šteti zloupotreba prava, i kako bez toga nema zloupotrebe prava, tako i sve pravne posledice (sankcije) koje bi mogao pravni poredak da nadoveže uz zloupotrebu prava, se odvijaju u tom individualizovanom odnosu samo između titulara prava i određenog lica, odnosno određenih lica. Kakve i da su pravne posledice, nije ni moguće delovanje drugačije od relativnog, a nije ni potrebno. Na primer, titular gubi pravo za otkaz samo prema tom licu koje je sa vršenjem prava oštećeno, a ne gubi prema ostalim; titular gubi zahtev za propuštanje (*actio quasi negatoria*) prema onom licu koje je trpelo upotrebu njegovog žiga, a ne gubi prema ostalima; titular ne može tražiti odstranjivanje (*actio negatoria*) nasamo prema onome koji je sa gradnjom preko međe izgradio objekat koji je nesrazmerno vredniji od zahfaćenog zemljišta, a time se ne dodiruje njegov zahtev za odstranjivanje prema bilo kom drugom; titular duži nadoknadu štete samo onom na čiju je štetu pravo namerno vršio, a ne duži ostalima, itd.

⁸ Na primer u članu 2 iz ZGB se reguliše da zloupotreba prava ne uživa pravnu zaštitu, ali da se pri tome ne vidi koje se sve pravne posledice obuhvataju.

Predviđena pravna posledica uvek postoji da bi se zaštitio neki interes koji je povređen zloupotrebom. Znači, redovna pojava je u najvećem broju slučaja, to da je interes određenog lica ili određenih lica koja su tangirana vršenjem prava sa strane titulara. Ponekad istovremeno i difuzni interes subjekata koja nisu individualizovana (ni kao fizička ni kao pravna lica), na primer kada radi *venire contra factum proprium* uskraćuje zabranu za dalje korišćenje bespravno upotrebljenog žiga, jer se time ne štiti samo onaj o čijem se opravdanom poverenju radi, već i interes javnosti koji radi trajnosti stanja koji je stvoren sa upotrebom žiga orientisala po već etabliranom postojećem stanju, u čemu se sastoji tržišno priznanje, afirmacija. U toj afirmaciji na tržištu je implikovao interes javnosti. U manjem broju slučaja, pravna posledica zloupotrebe služi direktno i samo za ostvarivanje opštog interesa. Na primer, u slučaju sklapanje prividnog braka, pravo na sklapanje braka nije izvršeno da bi se drugom naštetilo, nego se povređuje opšti interes, ali i ovde zloupotreba ne nadmašuje relativno, individualno delovanje-lice može da sklopi brak u drugoj prilici, bez tog nedostatka.

Nadoknada štete

Obaveza o nadoknadi štete je bila prva i dugo vremena jedina pravna posledica koja proizlazi iz nedopuštenog vršenja prava, jer su prve uopštene formulacije o zloupotrebi prava – šikaniranje, beskorisno vršenje prava – sadržale u svom pojmu štetu (nameru da se nekome nanese nekakva šteta, da se našetiti drugome bez ikakve lične koristi). Pravnositematizacijski izraz tog fakta je bilo smeštanje normi zloupotrebe prava u opštoprihvaćeni deo građanskog zakonika. U slučaju ovakvog rešenja, na pravniku je da ispita dali pored nadoknade štete dolaze u obzir i druge vrste pravne zaštite od zloupotrebe prava? Međutim, u novim kodifikacijama, norme zabrane zloupotrebe prava su sadržane u opštem delu, tako da je posao pravnika da proveri dali ima mesta za neku drugu vrstu pravne zaštite, jer se pretpostavlja upotrebljivost svakog sredstva.

Pravo nadoknade na štetu je van svake sumnje, uzimajući u obzir da je zloupotreba nedopuštena i da je reč o nedopuštenom izazivanju štete. Jedini uslov za to oštećeno pravo je da je pored zloupotrebe prava nastala i šteta uopšte, dok vrsta štete – imovinska ili nematerijalna – ne igra nikakvu ulogu. Odgovornost o šteti koja je nastala zloupotrebom prava predstavlja slučaj objektivne odgovornosti o šteti, osim kada je reč o šikaniranju gde je namera o šteti implikovana faktičkim stanjem odgovornosti o šteti. Ali, ni ta razlika – šikaniranje ili neki od objektivnih vrsta zloupotrebe prava – nema odraz obaveze za nadoknadu štete. U našem pravu, princip potpune naknade važi podjednako za subjektivnu i objek-

tivnu odgovornost o šteti, tako da u svakom slučaju odgovara – kako za stvarnu štetu tako i za propuštenu korist.⁹

Potpuna reaktivna i preventivna zaštita

Čak i u pravnim sistemima gde građanski zakonici uređuju zloupotrebu prava u delu o nadoknadi štete (razume se tamo gde je materija građanskog prava kodifikovana u građanskim zakonicima), možemo primetiti da se u međuvremenu prevazilazi shvatanje da se protiv same zloupotrebe prava pravno ne može ništa, pre nego se desi zloupotreba, nego je pravna reakcija moguća tek kada se zloupotreba desi, i onda se jedino može tražiti nadoknada štete.

Instrumentarijum o zaštiti zloupotrebe prava, osim sa nadoknadom štete dopunjen je i sa sveukupnom drugom reaktivnom i preventivnom zaštitom. Pri tome, ne radi se samo o zabrani prema zloupotreblijaču, odnosno za nalog njegovog pasivnog ponašanja (npr: da ne sme da se podigne zid) već se radi i za zalažanje njegovog aktivnog ponašanja u određenim situacijama (npr: da smanji zid).

Treba primetiti da se titularu koji je zloupotrebio pravo može naložiti i nekakav učinak, a ne samo neučinak, koji se učinak može naložiti jedino onda kada je potrebno ukloniti posledice zloupotrebjenog vršenja prava ili kada treba da se spreči vršenje zloupotrebe prava, ali se ne može titularu koji zloupotrebjava pravo naložiti da vrši svoje pravo, niti mu se može naložiti na koji način-kako da vrši to svoje pravo. Na primer, ako je vlasnik zemljišta postavio betonske stubove na međi, čime smeta komšiji u normalnoj obradi zemljišta, sud mu jedino može naložiti da ukloni betonske stubove, ali mu ne mogu naložiti da postavi te iste stubove na neko drugo mesto.¹⁰ Sud ne može narediti titularu da vrši svoje pravo, niti može da naredi kako to pravo da vrši. Jedino, kada on odluči da vrši svoje pravo, sud može zabraniti abuzivni način vršenja prava.

Ako je zloupotreba već napravljena, može se tražiti zabrana za ponavljanje delovanja koja predstavljaju zloupotrebu prava, dalje, gubljenje zloupotrebjenog

⁹ Suprotno ovom primeru D. Stojanović na str. 142 u: S. Perović-D. Stojanović (red), *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, Gornji Milanovac-Kragujevac, 1980: vršenje prava sa namerom oštećivanja, povlači sa sobom i odgovornost o stvarnoj šteti i propuštenoj dobiti, dok ako akt zloupotrebe nije rezultat krivice, duži se nadoknada samo o stvarnoj šteti.

¹⁰ Iz bivše Jugoslovenske sudske prakse je primećeno da je u jednoj situaciji sud usvojio tužbeni zahtev tužitelja, koji se odnosio na zloupotrebu prava i neopravdano je u svojoj presudi naložio zloupotreblijaču prava da svoju ogradu pomesti i da je postavi 60 sm od međe; v. Vrhovni sud Vojvodine, Rev 697/82 od 08.11.1982, Zbornik sudske prakse, 47, 1984, str. 47.

prava¹¹, izloženost zloupotrebljivača na prigovor čime se sprečava njegov zahtev, izloženost zloupotrebljivača na samopomoć, prekrojavanje ugovora i.t.d. Ako preti opasnost od zloupotrebe, može doći u obzir i preventivna zaštita¹², tužba za propuštanje i drugo. Posledice koje proizlaze iz zloupotrebe prava po onome koji zloupotrebljava pravo su iste kao i u drugim slučajima kada neko vrši dejstva koja se ne priznaju kao ovlašćenja, kao vršenje prava, nakratko, koji ne predstavljaju pravno priznato ovlašćenja: nepovoljni su za titulara koji vrši zloupotrebu prava. Pošto zloupotreba nema nikakvo pravno priznanje, zloupotrebljivač prava se ne može pozvati na pravo ni u aktivnoj ulozi (tužeći), niti u pasivnoj ulozi (prigovarajući), tako da mu se uskraćuje pravna zaštita, kako sudska, tako i samozaštita.

Relacije – vrste zloupotreba – vrste pravne zaštite

Posledice zloupotrebe prava se ostvaruju kao uticaj na pravnu posledicu onog lica (titulara) čije je ponašanje kauzalno za tu posledicu. To lice je najčešće aktuelni titular prava, a ponekad i očekivani imaoc.

Sagledano iz njegove pozicije, posledica se sastoji iz sledećeg: 1. Izostanak sticanja očekivanog prava, sposobnosti ili slobode; 2. gubljenje nekog pravozaštitnog zahteva; 3. ograničavanje njegovog postojećeg prava, sposobnosti ili slobode; 4. nastanak sekundarne obaveze, najčešće nadoknade štete ako se pri tome ne gubi pravo, ne gubi sposobnost ili sloboda ili se ona ne ograničava; 5. kada je reč o nemoralnom vršenju prava i to sa primenom pravila "*nemo auditor propriam turpitudinem allegans*", zloupotreba prava ima za posledicu osujetenost u sticanju prava, time što se ometa sticanje prava, da se suprotno tome ne bi izašlo u susret nečemu što je za društvo moralno neprihvatljivo (npr. Pravo, odnosno sloboda razvoda braka ne nastaje kada je bračni drug prouzrokovao razlog po čemu se poziva pri razvodu braka ili napr. Pravo da se prigovori zastarelosti kada je dužnik naveo doveritelja da ne koristi svoje pravo u roku, itd.).

U nekim situacijama samo zloupotrebljeno pravo prestaje (npr. Pravo prigovora radi "*nemo auditor propriam turpitudinem allegans*") dok u drugim situacijama prestaju samo neki zahtevi koji prate to pravo. Na primer, titular gubi samo reaktivan zahtev o ukidanju stvorene situacije – recimo radi "*venire contra factum proprium*" titular prava žiga gubi zahtev za odstranjivanje upotrebljenog

¹¹ Na primer, prema članu 90 stav 1 iz Zakona za porodicu RM, roditelju koji zloupotrebljava vršenje roditeljskog prava..., oduzima mu se vršenje roditeljskog prava, sudskim rešenjem, u van-sudskom postupku.

¹² Na primer, prema članu 91 stav 3 iz Zakona za porodicu RM, kada centar za socijalni rad sazna da postoji opasnost od zloupotrebe roditeljskog prava..., dužan je da odma preuzme mere o zaštiti ličnosti, prava i interesi deteta.

žiga uništavanjem stvari – ali ne gubi kondikciski zahtev, kao što je npr. zahtev o nadoknadi u visini izostale licence kakva bi se inače ostvarila za bespravno upotrebljeni žig ili na primer zahtev o nadoknadi štete, niti gubi samo pravo na žig, za čiju mu zaštitu služe zahtevi. U stvari, vrste zaštite ne zavise od vrsta zloupotrebe prava. Nadoknada štete je podjednako moguća kod protivciljnog, nesrazmernog, neprimernog, nepravičnog i.t.d. vršenja prava. Ovo važi i za tužbu uklanjanja i za preventivnu tužbu.

Prema ovoj raznovrsnosti pravnih posledica, po širini palete zaštitnih sredstava, koje pogođeni zloupotrebom prava može iskoristiti, među kojima je i zahtev o nadoknadi štete, ali samo kao jedno od reaktivnih zahteva, a nije jedini, zaštita o zloupotrebi prava predstavlja institut opštog dela građanskog prava, a ne oštećenog prava (gde je pretežno bio i još uvek je negde lociran u nekim građanskim zakonodavstvima), kao što je bilo i ranije gde je povređeni jedino mogao tražiti nadoknadu štete.

Zloupotreba prava kao pravni osnov za sticanje prava?

Zloupotreba prava nije i nemože biti nikakav pravni osnov za eventualno sticanje nekih drugih prava. Iz same zloupotrebe prava nemože niko izvoditi nikakva druga prava jer je zloupotreba samo jedna od pravnih fakti u okviru pravnofaktičkog sklopa koji vodi prema sticanju nekih prava pogođenog lica. Tako na primer, zloupotreba prava koja drugom pričinjava neku štetu, rađa, zajedno sa drugim pravnim faktima (šteta, razložna veza, krivica), pravo oštećenog, na čiju štetu je pravo zloupotrebjeno, da traži nadoknadu štete. Ili na primer, kada radi *venire contra factum proprium*, nosioc prava svojine jedne nekretnine izgubi pravo da traži ispravku stanja u zemljišnim knjigama, onda će jedino nastupiti samo prestanak prava pravog vlasnika nekretnine da traži ispravke u zemljišnim knjigama. Ali taj prestanak prava vlasnika da traži ispravku neće i nemože samo po stvoriti nepravilno uknjiženje (protiv koga bi zahtev bio uperen u redovnom toku stvari) vlasništva. Takvu svojinu, pogrešno uknjiženu, bi eventualno mogao steći tek sa istekom roka zemljišnoknjižnog održavanja, ako su naravno, pri tome ispunjeni i drugi uslovi za takvo sticanje prava vlasništva nekretnine.

Postavlja se dilema: Ako je titular zloupotrebio pravo, može li lice koje je pogođeno zloupotrebom steći (ne neku drugu vrstu prava, kakvo je npr. pravo nadoknade štete) već upravo zloupotrebjeno pravo, pravo koje je imao zloupotrebio? Pitanje se postavlja kod *venire contra factum proprium*. Zloupotreba nikada, pa i kada je u pitanju ova vrsta, nema kao neposrednu pravnu posledicu prelaz prava zloupotreblijača na onoga kojem je zloupotrebom naštećeno. Na primer, vlasnik koji je sa šikanoznim vršenjem prava naštetio drugome, ne gubi radi tog

prava pravo svojine, niti ono sa zloupotrebom povređene strane prelazi na drugoga. Ali, gubljenje zloupotrebenog prava i sticanje zloupotrebljenog prava sa strane povređenog može biti posredna posledica zloupotrebe prava. Na primer, vlasnik zemljišta koji je tolerisao započetu izgradnju na svom zemljištu, ili imaoc prava na žig koji je trpeo tuđu upotrebu žiga, ne gubi radi *venire contra factum proprium* pravo svojine (i dalje je vlasnik zemljišta), odnosno pravo žiga (i dalje mu pripada pravo žiga), niti ova prava prelaze na pogođene od nevršenja i na zakasnelo vršenje prava, nakratko na pogođene od zloupotrebe (na neovlašćene graditelje, upotrebljivače žiga). Ali i to gubljenje može biti bitno za titulara, može označavati bitnu izmenu njegove situacije i dovesti do toga da se izgubi interes da i dalje ima to svoje pravo koje je zloupotrebio (npr. pošto mora da trpi tuđu gradnju na svom zemljištu, da izgubi interes i za samo zemljište i preostalo golo vlasništvo na njemu, ili pošto nemože da zabrani dalju upotrebu svog žiga za dotičnog upotrebljivača žiga, izgubi interes da i sam dalje upotrebljava žig jer će imati manji plasman ili će mu pripasti nedovoljni deo tržišta). Zbog toga, u takvoj situaciji treba mu se priznati pravo prinudne prodaje prava na drugu stranu (u odnosu na koje to pravo nema uticaja), analogno sa položajem kod delimične eksproprijacije radi čega je vlasnik izgubio interes o imanju na pravo u preostalom neeksproprijiranom delu, pokazuje da bi takav mehanizam bio bez pandana. Ne smatram da je opravdano da se u takvoj situaciji drugoj strani da pravo prinudnog otkupa prava od titulara, i radi ustavne garancije prava vlasništva (koja važi i za mnoga druga prava) i radi rizika da se pri stavljanju jedne takve mogućnosti ne podstiče niko putem izlaganja sebe zloupotrebi prava da pokuša doći do zloupotrebljenog prava.

*Sudska reakcija na zloupotrebu prava: ex lege ili ope exceptionis?
Ex officio ili ex privato?*

Pošto je pitanje zloupotrebe prava pitanje opštog društvenog interesa, u režimu zloupotrebe prava proizlaze dva pravila koja se neophodno nameću.

Prvo: Neizostavna potreba da se ostvari opšti interes nalaže zabrani zloupotrebe prava da nastupi *ipso jure*, a ne ona da zavisi eventualno od volje stranaka. U stvari, zabrana ne sme nastupiti *ope exceptionis*; prigovor, odnosno volja stranke ne može i ne sme biti konstitutivan element u utvrđivanju postojanja zloupotrebe prava (kao npr., ni pravno delo koje je apsolutno ništavno nije takvo na osnovu prigovora, volje stranaka, već je na osnovi samog zakona).

Drugo: Očito je da za ostvarenje opštog interesa, nesporedljivo više odgovara rešenje u pozitivnom pravu koje ne dozvoljava da zavisi od volje stranaka dali će sud obratiti pažnju na zloupotrebu prava, ili neće obratiti, nego nalaže sudu da on po službenoj dužnosti mora paziti na okolnosti da li neko izvodi svoju pretenziju (zahtev ili prigovor) iz zloupotrebe prava ili ne. Ne treba i nije odgovaraju-

će da se forsira rešenje u pozitivnom pravu koje nalaže sudu da se sme upustiti u utvrđivanju okolnosti dali se radi o zloupotrebi, samo ukoliko stranka prigovori zloupotrebi prava.¹³

Moramo uzeti u obzir fakt da se primena normi o zloupotrebi prava ne može napraviti zavisno od prigovora stranaka, znači po privatnoj inicijativi, jer je radi postojanja opštog interesa reč o kogentnim pravnim normama, a primena ili neprimena kogentnih pravnih normi se ne prepušta u nikom slučaju privatnoj inicijativi, dispoziciji stranaka i ne zavisi od volje stranaka.

VLADIMIR BANGIEVSKI, LL.M.,
Lawyer, Skopje

CONSEQUENCES OF ACTIONS THAT INDICATE ABUSE OF LAW AND THE LEGAL CONSEQUENCES OF ABUSE OF LAW

Summary

The abuse of the law consists principally of repeated actions which have a unique or main cause to harm the other, or of useless activities, which are harmful for someone else, or of activities contrary to the purpose of the norms because of which the subjective rights are acknowledged, or of activities unproportionally worth lower from the damage which is caused to another, or of activities unnecessarily difficult for some other, or of actions which are contrary to some other own actions, or of activities unconnectable with the social moral or contrary of the lawfulness. All these enumerated actions only seem to have its own support in the positive or other social norms and values, or only seem to be in concordance with them, but in their substance the norms are only to justify the socially unallowable and harmful consequences which the actions of the abuse of the law are prompting towards the other subjects and right-owners.

Our science of law, in its total development until now, has treated this question very little, and also today it is not treated enough, which as a condition in the future will have to change, above all because of the social importance of the problem and the negative consequences and effects which are prompted in the everyday life and in the frames of the social surrounding.

¹³ Drugačiji stav od ovoga zastupa D. Stojanović str. 136u: S. Perović–D. Stojanović (red.), *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, Gornji Milanovac-Kragujevac, 1980 i na str. 26 vo: S. Perović (red), *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, knj. I, Beograd, 1995. Kaže se: Po službnoj dužnosati, nije posao suda, bez konsultacije povređenog lica, da odlučuje o zloupotrebi prava...ovde treba da važi analogno pravo koje se primenjuje u zastarelosti, retenciji, kompenzaciji, gde je jedino došlo do izraza uvažavanje reakcije pogođenog lica pri vršenju jednog subjektivnog prava koje je usmereno prema njemu". Taj stav je kontradiktoran sa stavom autora istih dela (u prvom delu str. 132 i u drugom str. 26) da: "Vršenje prava suprotno duhu institucija, njihov cilj, finalitet, se odlikuje time što pored konkretno tangiranog pojedinačnog interesa vredi se takvo vršenje nadređenog opštog interesa u smislu javnog poretka".

Svojina

Svojina i druga stvarna prava

MAJA STANIVUKOVIĆ

STRANAC KAO STICALAC PRAVA SVOJINE NA NEKRETNINAMA U SRBIJI

– Sadašnje i buduće regulisanje –

U V O D

Tema sticanja svojine na nepokretnostima je uvek aktuelna, a u Srbiji se ponovo aktuelizuje najavljenim novim propisima o svojini i očekivanim stupanjem na snagu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. U ovom radu iznosim svoje mišljenje o važećim pravnim normama u srpskom zakonodavstvu, o predloženim odredbama u radnoj verziji Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima i o uticaju odredaba Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju na regulisanje ove materije. U drugom delu rada kratko prikazujem prava stranaca na sticanje nepokretnosti u državama OECD-a prema podacima sadržanim u Kodeksu OECD-a o liberalizaciji prometa kapitala.¹

Položaj stranaca u pogledu sticanja svojine prema sadašnjem zakonodavstvu

Prema Zakonu o rešavanju sukoba zakona, za svojinskopravne odnose i druga prava na stvari merodavno je pravo mesta gde se stvar nalazi.² Zbog toga,

Dr Maja Stanivuković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

¹ OECD Code of Liberalisation of Capital Movements, 2012.

² ZRSZ, čl. 18. st. 1.

činjenica da je sticalac prava svojine na nepokretnoj stvari koja se nalazi na teritoriji Srbije strani državljanin ne dovodi do primene stranog prava. Do primene stranog prava ne dolazi ni tada kada je sticalac pravno lice koje je osnovano u inostranstvu. Pravo određeno kao merodavno na osnovu ZRSZ primenjuje se na sva pitanja koja se kvalifikuju kao stvarnopravna. Za ugovore koji se odnose na nepokretnosti, u ZRSZ postoji posebno pravilo koje dovodi do primene istog prava – prava mesta nalaženja nepokretne stvari.³ Autonomija volje ugovornih strana je u ovoj vrsti ugovora isključena.

Mada je predviđena primena domaćeg zakona u slučaju da se nepokretnost nalazi na našoj teritoriji to ipak ne znači automatski da su uslovi za sticanje prava svojine kada je sticalac stranac jednaki uslovima koji se primenjuju kada je sticalac prava svojine domaći državljanin ili domaće pravno lice. Nacionalni tretman predviđen je jedino za sticanje prava svojine na pokretnim stvarima.⁴ Kad su u pitanju nekretnine, Ustav predviđa da strana fizička i pravna lica mogu steći svojину u skladu sa zakonom ili međunarodnim ugovorom.⁵ Važeći zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa propisuje dodatne uslove koje stranac mora da ispuni da bi postao vlasnik nekretnina. Ovi dodatni uslovi čine sticanje prava svojine na nekretninama u Srbiji relativno rezervisanim pravom. Štaviše, sticanje prava svojine na poljoprivrednom zemljištu apsolutno je rezervisano za domaće državljane.

Razlozi za ograničavanje svojine stranaca na nekretninama su višestruki i međunarodno priznati. Bezbednosni razlozi nameću se posebno u pograničnim krajevima utoliko što bi prevelika zastupljenost stranih vlasnika mogla da dovede u pitanje očuvanje državne granice u kriznim vremenima. U zemljama koje su tokom svoje istorije iskusile ratne sukobe sa susednim zemljama takva ograničenja nisu retkost. Mada Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa omogućava da se ona uvedu i u Srbiji,⁶ ta mogućnost nikada nije iskorišćena. U novije vreme bezbednost može biti ugrožena i tako što bi stranci koji su članovi terorističkih ili kriminalnih organizacija (tzv. neželjeni strani ulagači: *unwanted investors*) uspeli da steknu određene nepokretnosti koje bi onda koristili za razvijanje svojih nedozvoljenih delatnosti.⁷ Pored bezbednosnih, i ekonomski i socijalni razlozi takođe značajno utiču na regulisanje ovog pitanja. Nepokretne stvari kao što su poljopri-

³ ZRSZ, čl. 21.

⁴ ZOSO, čl. 82.

⁵ Ustav Srbije, čl. 85. st. 1.

⁶ ZOSO, čl. 82a. st. 3.

⁷ Videti vodič OECD-a za identifikaciju stranih investitora: Identification of Foreign Investors: A Fact Finding Survey of Investment Review Procedures, 2010 <http://www.oecd.org/investment/investmentpolicy/45425060.pdf>.

vredno, šumsko i građevinsko zemljište, kao i zemljište u turistički atraktivnim područjima, ograničene su po broju i cena im zavisi od tražnje. Stoga bi slobodna prodaja strancima koji, po pravilu, imaju veću kupovnu moć nego domaće stanovništvo, mogla dovesti do porasta cena te vrste nepokretnosti, a dugoročno i do postepenog istiskivanja domaćih subjekata iz pojedinih važnih privrednih grana, kao što su poljoprivreda, stočarstvo, turizam, građevinarstvo i prodaja i izdavanje nepokretnosti. Nepokretnosti namenjene za stanovanje, posebno ako se nalaze na popularnim lokacijama, ponekad postaju meta bogatih stranih sticalaca koji žele da ih pretvore u svoje sekundarne stanove (*secondary residence* – kuće za odmor). Na taj način čitava naselja mogu da postepeno izumru jer vlasnici stambenih jedinica u njih navraćaju samo u određenim mesecima u toku godine (u vreme turističke sezone). Iz ovih razloga mnoge zemlje, uključujući i one najrazvijenije, ograničavaju pravo stranaca na sticanje svojine na nepokretnostima. Osvrnućemo se na neke primere u trećem delu ovog rada.

Stroga ograničenja koja su ranije bila propisana za strance koji su želeli da steknu svojinu na nekretninama u bivšoj SFRJ donekle su ublažena izmenama Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa od 1990. godine, a zatim dalje omekšana izmenama ovog zakona od 1996. godine. Međutim, Zakon o poljoprivredom zemljištu od 2006. godine uvodi ponovo ograničenje, o kojem će ubrzo biti reči. Prema važećim odredbama Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa, strano fizičko lice može steći pravo svojine na svakoj nekretnini koja je u prometu po osnovu nasleđivanja. Ako je osnov sticanja ugovor, predmet prava svojine stranog fizičkog lica je zakonom ograničen na stan i stambenu zgradu. U oba slučaja, i kada je osnov sticanja nasleđivanje i kada je to pravni posao među živima, postavlja se kao uslov da postoji uzajamnost sa državom čiji je državljanin sticalac. Ukoliko srpski državljanin u toj državi ne mogu sticati svojinu na istoj vrsti nepokretnosti, po istom osnovu, onda ni državljanin te države neće moći da postanu vlasnici te vrste nepokretnosti i po tom osnovu u našoj zemlji (materijalna uzajamnost).⁸ Za sticaoca koji su državljanin više država, državljanstvo se određuje po opštim načelima međunarodnog privatnog prava sadržanim u čl. 11. Zakona o rešavanju sukoba zakona.⁹

Stranci koji obavljaju delatnost u Srbiji, bilo da su fizička ili pravna lica, mogu pod uslovom uzajamnosti steći pravo svojine na nepokretnostima ukoliko su

⁸ Isti uslovi i ograničenja koji važe za sticanje na osnovu ugovora važe i kod sticanja prava svojine na osnovu održaja kada je uzukapijent strano fizičko lice.

⁹ Postojanje uzajamnosti se u tom slučaju utvrđuje samo u odnosu na državu u kojoj sticalac ima prebivalište ili drugu državu čije je državljanstvo na taj način određeno kao efektivno državljanstvo sticaoca. Kod sticaoca apatrida, prebivalište zamenjuje državljanstvo, pa od njih ne bi trebalo tražiti da ispune uslov uzajamnosti ako imaju prebivalište u Srbiji.

im one potrebne za obavljanje delatnosti.¹⁰ Misli se pre svega na poslovnu delatnost, a ne, recimo, na političku, društvenu ili humanitarnu (npr. neprofitne nevladine organizacije ne bi mogle steći nekretnine na osnovu ove odredbe). Obavljanje delatnosti treba da bude organizovano u okvirima stalne poslovne jedinice (privrednog društva, društva kćeri ili ogranka). Predmet sticanja mogu biti sve nekretnine koje se nalaze u prometu i koje mogu da služe za obavljanje poslovne delatnosti, osim poljoprivrednog zemljišta (npr. građevinsko zemljište, industrijski i turistički objekti). Ispunjenje zakonskih uslova (uzajamnost i svrha nekretnine – za obavljanje delatnosti) je uslov za overu ugovora o sticanju prava svojine nekretnini.¹¹ U zakonu je dalje propisano kako se ispunjenje ovih uslova dokazuje.

Za prvi uslov, sud koji overava ugovor objašnjenje može zatražiti od ministarstva pravde.¹² Ministarstvo daje objašnjenje i na zahtev zainteresovanog lica, tj. sticaoca. Takođe, na veb sajtu ministarstva nalazi se tabela koja sadrži informacije o tome da li sa određenim državama postoji uzajamnost u sticanju prava svojine ili ne. Kao dodatak ove tabele navode se i propisi na osnovu kojih je uzajamnost uspostavljena sa zemljama za koje se navodi da postoji. Ono što iznenađuje jeste da se među takvim propisima navodi i jedan broj naših sporazuma o zaštiti i unapređenju investicija. To je očigledno proizvod nečitanja ili nerazumevanja, jer ovim sporazumima se ne garantuje pravo sticanja svojine na nepokretnostima niti pravo na ulaganje, već pravna zaštita već učinjenih ulaganja. Takođe, ako se podaci Ministarstva uporede sa podacima OECD-a vidi se da oni nisu pouzdani. Naime, ima zemalja koje predviđaju ograničenja druge vrste od onih koja postoje u našem pravu, pa se ne može paušalno tvrditi da sa njima postoji materijalna uzajamnost. Ali to je već tema za poseban rad.

Način dokazivanja da je ispunjen drugi uslov, da nekretnina bude potrebna za obavljanje delatnosti nije tako jasno normiran. Predviđeno je da nadležni organ daje mišljenje o tome da li je ona vrsta nepokretnosti koja se stiče ugovorom, neophodna za obavljanje delatnosti stranog fizičkog ili pravnog lica.¹³ Tekst ove odredbe ne ukazuje jasno da li je podnošenje takvog mišljenja uslov za overu ugovora. Iz prakse stižu informacije da nadležno ministarstvo ne vrši svoju nadležnost predviđenu članom 82v, st. 4 Zakona o osnovama svojinskopравnih odnosa, odnosno, ne daje navedena mišljenja, niti je takva informacija sadržana na

¹⁰ ZOSO, čl. 82a, st. 1.

¹¹ ZOSO, čl. 82v, st. 1.

¹² Pošto je reč o zakonu nasleđenom od SFRJ, u ovom članu stoje u stvari: "od saveznog organa nadležnog za poslove pravde". Čl. 82v, stav 2.

¹³ Po tekstu ZOSO, čl. 82.v, st. 4, nadležan je Savezni organ za poslove trgovine. Nadležnost za izdavanje dozvole međutim sada pripada Ministarstvu ekonomije i regionalnog razvoja.

vebsajtu. U odgovoru na pitanje postavljeno u vezi sa ovim članom u zbirci Paragraf leks stoji objašnjenje: "Ispunjenost ovog uslova se dokazuje prilikom zaključenja ugovora. Međutim, organ koji vodi evidenciju o pravu svojine na nepokretnostima i koji vrši upis prava svojine, dužan je da nadležnom ministarstvu dostavi informacije o upisu promene, čime se otvara mogućnost da takav ugovor bude pobijan, ako nisu ispunjeni predviđeni uslovi."¹⁴ U odgovoru nije navedena odredba koja predviđa obavezu organa koji vodi evidenciju o pravu svojine na nepokretnostima da nadležnom ministarstvu dostavi takve informacije – u Zakonu o prometu nepokretnosti je ne nalazimo. Moguće je da se na ovaj način rešava problem ispunjenja ovog uslova u praksi, ali to nije ispravno postupanje. Trebalo bi pre overe ugovora proveriti da li zakonom predviđeni uslovi za sticanje postoje, umesto da se to čini naknadno, pobijanjem ugovora.

Uslove koje član 82a postavlja za kupovinu nepokretnosti izgleda nije teško zadovoljiti. Stranci ipak retko koriste ovu odredbu Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa da bi postali vlasnici poslovnih nekretnina u Srbiji. Umesto toga, uobičajeni je način da stranac osnuje domaće pravno lice, odnosno, privredno društvo u potpunoj svojini stranog lica ili u mešovitoj svojini, koje onda stiče nepokretnosti na svoje ime bez ikakvih uslova i ograničenja koji se primenjuju na strance. Na domaće pravno lice, bez obzira ko ga kontroliše, ne primenjuju se odredbe Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa o sticanju prava svojine na nekretninama od strane stranaca. Drugi uobičajeni način je kupovina domaćeg privrednog društva u čiju imovinu ulaze i nepokretne stvari. Na primer, stranac može, u postupku privatizacije, da kupi društveno preduzeće koje je registrovano za poljoprivrednu delanost i koje je nosilac prava raspolaganja poljoprivrednim zemljištem u društvenoj svojini. Mada stranac nije neposredni vlasnik nepokretnosti, on efektivno, kroz svoj uticaj na donošenje odluka u pravnom licu koje jeste neposredni vlasnik, može da vrši sva ovlašćenja vlasnika. Da bi se izbeglo ovakvo izigravanje zakona, trebalo je zakonskim propisima položaj domaćih pravnih lica koja su u svojini ili pod kontrolom stranaca izjednačiti sa položajem stranih pravnih lica u pogledu sticanja nepokretnosti. Alternativno, trebalo je ograničiti mogućnost stranih ulaganja u privredna društva koja kao deo svojih sredstava (imovine) imaju i nepokretnosti.

Domaćem zakonodavcu je uvođenje kriterijuma kontrole onemogućeno odredbama Zakona o stranim ulaganjima i dvostranih sporazuma o zaštiti i unapređenju investicija (Srbija ima sporazume ove vrste sa preko četrdeset zemalja). Zakon o stranim ulaganjima predviđa nacionalni tretman za privredna društva

¹⁴ Dr Zlatko Stefanović, Odgovor na pitanje, Paragraf leks.

sa stranim ulogom.¹⁵ Bilo kakva ograničenja sticanja nepokretnosti koja bi zakon predvideo u odnosu na domaća pravna lica sa stranim ulogom bila bi, na osnovu ove odredbe, kao i sličnih odredaba sporazuma o zaštiti i unapređenju investicija, nedozvoljena. Na raspolaganju je jedino drugo rešenje, tj. da se pri ulasku stranog ulaganja ograniči oblast ulaganja, tako da strano lice ne može da stekne većinski udeo u domaćim pravnim licima koja imaju svojinu na nepokretnim stvarima, ili na određenim nepokretnim stvarima. Naime, sporazumi o zaštiti i unapređenju ulaganja ne predviđaju nacionalni tretman za samu mogućnost ulaganja (odnosno za ulazak stranog kapitala u zemlju).

Zakonom o stranim ulaganjima je propisano da strano fizičko i pravno lice, u svojstvu stranog ulagača, može sticati svojinu na nepokretnostima u skladu sa zakonom.¹⁶ Smisao ove odredbe nije jasan i ona se može tumačiti na više načina, posebno ako se imaju u vidu maločas navedene odredbe Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa:

- na strane ulagače primenjuju se isti uslovi sticanja kao i na ostale strance;
- strani ulagači ne treba da ispune uslove koji se postavljaju za sticanje svojine ostalim strancima – npr. ne treba da dokazuju postojanje uzajamnosti niti činjenicu da im je nekretnina potrebna za obavljanje delatnosti.

Ilustrovaću ovu nejasnoću na jednom primeru. GAMA privredno društvo iz Savinije, želi da otvori robnu kuću u okolini Beograda. Robnu kuću mora da izgradi na placu koji ispunjava određene uslove (da se nalazi pored auto-puta, da je na određenoj udaljenosti od glavnog grada, da ima određenu veličinu zbog potrebnog parking-prostora itd.). Posle dve godine intenzivnog traganja, uspeva da nađe jedan takav plac i da sa vlasnikom dogovori prihvatljivu kupoprodajnu cenu. Pod kojim uslovima GAMA može da kupi ovaj plac? Ako registruje svoj ogranak ili privredno društvo u Srbiji i prenese mu iz Savinije osnivački kapital (makar minimalnih 500 evra), GAMA stiće svojstvo stranog ulagača a samim tim i pravo po Zakonu o stranim ulaganjima, da “stiće svojinu na nepokretnostima u skladu sa zakonom.” Da li to znači da je GAMA prilikom overe ugovora oslobođena dokazivanja da joj je plac potreban za obavljanje delatnosti u Srbiji? Ako bez obzira na svojstvo ulagača mora i dalje to da dokazuje, da li se obavljanje delatnosti prodaje robe široke potrošnje koju će vršiti njen ogranak ili njeno privredno društvo registrovano u Srbiji (njeno “strano ulaganje”) pripisuje GAMA kao sticaocu (jer je uložila kapital upravo radi obavljanja te delatnosti)? Takođe, da li pri overi ugovora treba utvrđivati uzajamnost sa Savinijom u pogledu sticanja ove vrste zemljišta

¹⁵ USU, čl. 8, st.2: “Preduzeće sa stranim ulogom uživa jednak pravni položaj i posluje pod jednakim uslovima i na jednak način kao i jugoslovenska preduzeća bez stranog uloga.”

¹⁶ ZSU, čl. 20.

ili se taj uslov ne traži jer je GAMA strani ulagač u Srbiji? Ako GAMA posle pet godina odluči da likvidira biznis u Srbiji, da li mora da otuđi i nekretninu koju je stekla za obavljanje delatnosti? Sve su to pitanja koja se mogu pojaviti u praksi i na koja citirana odredba ne daje odgovor, a plac je suviše skup da bi se odgovori samo naslućivali. Bilo bi dobro da je zakonodavac malo jasnije i detaljnije uređio pravo stranih ulagača na sticanje svojine na nepokretnostima da bi se izbegla pravna nesigurnost.

Zakon o stranim ulaganjima svako imovinsko pravo koje strani ulagač stiče radi ostvarivanja svojih poslovnih interesa u Jugoslaviji (Srbiji) proglašava stranim ulaganjem.¹⁷ Shodno tome, sticanje prava svojine na nekretninama u poslovne svrhe, samo po sebi je strano ulaganje, a lice koje ga stiče strani ulagač. Strana ulaganja i strani ulagači uživaju posebnu zaštitu od eksproprijacije i od nepravičnog i diskriminatornog tretmana, kako na osnovu zakona, tako i na osnovu međunarodnih ugovora.

Ulaganje nerezidenta u nekretnine u Srbiji se po Zakonu o deviznom poslovanju smatra kapitalnim poslom. Kapitalni poslovi su poslovi između nerezidenata i rezidenata čija je namena prenos kapitala. Plaćanje radi sticanja svojine na nekretninama nerezidenata u Srbiji vrši se slobodno ako su ispunjeni uslovi za sticanje prava svojine iz Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa. O ovakvim transakcijama treba da bude obavestena Narodna banka Srbije na način i u roku koji sama propisuje.¹⁸

Zakon o poljoprivrednom zemljištu donet 2006. godine, ograničava pravo stranaca da stiču pravo svojine na nepokretnostima u Srbiji namenjenim za poljoprivrednu proizvodnju.¹⁹ Već u prvom članu zakonodavac je izričit: "Vlasnik poljoprivrednog zemljišta ne može biti strano fizičko, odnosno pravno lice."²⁰ Nesumnjivo je da ova odredba u okviru svog polja primene derogira ranije odredbe o pravima stranaca. Iz njene sadržine proističe da stranci od dana njenog stupanja na snagu, više ne mogu sticati svojinu na poljoprivrednom zemljištu i to ne samo pravnim poslom (ugovorom), nego ni nasleđivanjem, jer ne mogu biti vlasnici. Ipak, zakonodavac je propustio da dotakne najvažniji mogući vid sticanja poljoprivrednog zemljišta od strane stranaca – putem tzv. SPP (*special purpose vehicle*) – posebnog domaćeg pravnog lica osnovanog sa jedinom svrhom da obavi željenu transakciju umesto njegovog osnivača i da umesto njega figurira kao vlasnik. Ako je potencijalni sticalac zemljišta strano lice, postoji dakle mogućnost da

¹⁷ ZSU, čl. 3. st. 1. tačka 2.

¹⁸ Zakon o deviznom poslovanju, čl. 12.

¹⁹ Za razliku od Zakona o šumama i Zakona o vodama.

²⁰ Zakon o poljoprivrednom zemljištu, čl. 1. st. 3.

se zabrana izigra tako što bi se inkorporisalo domaće društvo u potpunoj svojini stranog pravnog ili fizičkog lica, koje bi bilo titular prava svojine. Slične posledice bi imalo i naknadno sticanje udela ili akcija domaće pravnog lica koje je titular prava svojine. U oba slučaja, poljoprivredno zemljište je formalno u svojini domaće pravnog lica, ali stvarno i suštinski pod kontrolom stranaca. Na ovaj način je npr. u Bačkoj u postupku privatizacije jedno mađarsko privredno društvo steklo posredno (preko domaće društva) svojinu na preko 1700 hektara poljoprivrednog zemljišta, ali je kasnije to domaće društvo palo pod stečaj i prodalo imovinu domaćim kupcima.²¹ Ni danas ništa ne sprečava vlasnike velikih zemljišnih poseda da stranim kupcima prodaju udele u društvima koja igraju ulogu titulara svojine. Ukoliko je nameravao da potpuno spreči strance da stiču poljoprivredno zemljište, zakonodavac je morao da ograniči mogućnost sticanja udela u postojećim pravnim licima koja su vlasnici poljoprivrednog zemljišta.

Treba napomenuti i to da strana lica kao deoničari, odnosno akcionari domaće društva koje je titular prava na nepokretnostima, uključujući i poljoprivredno zemljište, uživaju punu zaštitu od eksproprijacije, diskriminacije i nepravičnog tretmana, koju im pružaju bilateralni investicioni sporazumi Srbije i Vašingtonska konvencija o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država. Po nekim bilateralnim sporazumima, čak i domaća društva mogu da uživaju status stranog ulagača i ekvivalentnu zaštitu, jer se smatraju državljanima države čiji državljani vrše nad njima kontrolu.²²

Određba Zakona o poljoprivrednom zemljištu pati i od drugih nedostataka. Njome nije predviđeno kakve su posledice sticanja poljoprivrednog zemljišta, do koga bi došlo npr. nasleđivanjem. Zaostavština prelazi na naslednike po sili zakona u trenutku ostaviočeve smrti.²³ Ako tu zaostavštinu čini između ostalog i poljoprivredno zemljište, a naslednik je stranac, on po sili zakona postaje vlasnik. Da bi se sproveda u delo zabrana iz čl. 1 Zakona o poljoprivrednom zemljištu (da stranac ne može biti vlasnik), nasleđena nepokretnost bi mu se morala potom oduzeti, no postupak u kome bi se to činilo nije propisan, kao što nije propisano ni pravo na nadoknadu vrednosti oduzetog zemljišta. Izostaju takođe odredbe o tome šta se dešava ako domaći vlasnik poljoprivrednog zemljišta izgubi domaće državljanstvo zbog prelaska u strano. Sigurno je da bi u nedostatku ovakvih odredaba, oduzimanje nasleđenog poljoprivrednog zemljišta, povlačilo za sobom pitanja zaštite prava na imovinu kao ljudskog prava. Druga mogućnost bi bila da se

²¹ Mladi paori kupili poljoprivredno dobro, Politika 16. marta 2012. g.

²² Videti npr. Sporazum o zaštiti i unapređenju investicija sa Holandijom, Sl. list, Međunarodni ugovori, br. 12/2001, čl. 1.

²³ Zakon o nasleđivanju, čl. 212.

sticalac obaveže da stečenu nekretninu otuđi,²⁴ pošto ne ispunjava uslove da bude vlasnik, ali zakonodavac to nije učinio.

Stranac kao sticalac prava svojine na nepokretnostima u zemljama OECD-a

Sve zemlje OECD-a (34) pristupile su Kodeksu OECD-a o liberalizaciji prometa kapitala²⁵. Kodeks sadrži pravila o odobravanju zaključenja i izvršenja pravnih poslova (transakcija) i transfera koji podrazumevaju prenos kapitala iz jedne države članice u drugu. Države se u članu 2, tačka (a) Kodeksa međusobno obavezuju da će liberalizovati sve pravne poslove i transfere koji su navedeni u Aneksu A. Ovaj aneks sastoji se od dve liste: liste A i liste B. U listi A navedeni su pravni poslovi i transferi u odnosu na koje su dozvoljene rezerve, ali se mogu podneti samo u taksativno navedenim situacijama. U listi B navedeni su pravni poslovi i transferi u odnosu na koje se u svako doba može staviti rezerva – tj. pravni poslovi i transferi koji mogu u državama članicama biti zabranjeni ili ograničeni.²⁶ Svi mogući poslovi koji povlače prenos kapitala navedeni su bilo na listi A, bilo na listi B.²⁷ Prvi na listi B, su “poslovi koji se odnose na nepokretnosti” (*Operations in real estate*). Oni obuhvataju kupovinu (tj. sticanje) ili građenje nepokretnosti koje u datoj državi obavljaju nerezidenti, kao i kupovinu ili građenje nepokretnosti koje rezidenti date države obavljaju u inostranstvu.²⁸ Pored Aneksa A, Kodeks sadrži i Aneks B u kome su navedene rezerve koje su pojedine države članice stavile u pogledu liberalizacije, na osnovu člana 2, tačke (b).

Pregledala sam i proučila rezerve navedene u Aneksu B kako bih mogla da utvrdim da li se u zemljama OECD-a ograničava pravo sticanja svojine na nepo-

²⁴ Takvo rešenje je predviđeno u Mađarskoj Uredbom Vlade iz 1996. godine o sticanju nepokretnosti od strane stranaca, čl. 1/A kada je u pitanju nekretnina koju je preduzetnik stekao za obavljanje delatnosti koju je kasnije prestao da obavlja.

²⁵ OECD Code of Liberalisation of Capital Movements. Kodeks je usvojen 1961. g., a sada je na snazi verzija iz 2012. g. <http://www.oecd.org/daf/internationalinvestment/investmentpolicy/codes.htm>

²⁶ Bez obzira na stavljene rezerve, države članice se mogu koristiti povoljnijim pravilima koja predviđaju druge države članice, pod uslovom da su se povinovale proceduri predviđenoj u članu 12 za obaveštavanje o rezervama i preispitivanje rezervi (čl. 8 Kodeksa).

²⁷ Oni su takođe svi navedeni u opštoj listi međunarodnih prenosa kapitala i određenih povezanih poslova sadržanoj u Aneksu D.

²⁸ Prodaja nepokretnosti koju obavljaju nerezidenti u zemlji i rezidenti u inostranstvu navedena je u listi A.

kretnostima za strance. Ako se ograničava, u kojoj meri se to čini i kakvim pravilima. Treba imati na umu da se u Kodeksu ne navode detaljno propisi i odredbe kojima su ova ograničenja operacionalizovana, pa bi za potpuni uporednopravni pregled trebalo konsultovati te propise za svaku zemlju pojedinačno.

Uočila sam, prvo, da određeni broj zemalja nema nikakvih ograničenja u pogledu sticanja nepokretnosti na sopstvenoj teritoriji od strane nerezidenata.²⁹ Ostale zemlje poznaju manja ili veća ograničenja i zbog toga su stavile rezervu u kategoriji "poslovi koji se odnose na nepokretnosti".³⁰ Nijedna od tih zemalja ne uslovljava sticanje nepokretnosti uslovom reciprociteta (uzajamnosti).³¹

U zemljama koje poznaju ograničenja, ona se, bar na prvi pogled, izražavaju kao ograničenja uperena ka nerezidentima, a ne ka strancima.³² Za pojam rezidenta i nerezidenta, najbolje je konsultovati domaće devizne propise jer oni usvajaju definiciju koja je uobičajena u ovoj oblasti.³³ U Danskoj su od ograničenja koja važe za nerezidente izuzeta lica koja su ranije bili rezidenti Danske najmanje pet godina. Ovo izuzetak koji bi bio pogodan za Srbiju u onim slučajevima kada se kao potencijalni sticalac javlja bivši državljanin (emigrant) koji je ranije živio u Srbiji. U Poljskoj pak, propisano je da strano lice mora biti rezident u Poljskoj najmanje pet godina da bi moglo da stiče nepokretnosti.

Ima zemalja koje su navele da se ograničenja odnose na rezidente, ali se proverom njihovog zakonodavstva uočava da se ona u stvari odnose na strance. Primer za to je Meksiko.³⁴ Po Ustavu (čl. 27), meksički narod je vlasnik zemljišta i vode na teritoriji te države. Pravo na sticanje svojine imaju samo meksički državljani, ali država ima diskreciono pravo da odobri svojinu na zemljištu i stranim državljanima, pod uslovom da daju izjavu Ministarstvu spoljnih poslova da

²⁹ To su Belgija, Kanada, Čile, Nemačka, Italija, Luksemburg, Holandija, Portugalija, Španija, Švedska i SAD. Ujedinjeno Kraljevstvo je stavilo rezerve samo u odnosu na teritorije Bermudskih i Kanalskih ostrva, a Finska samo u pogledu Olandskih ostrva.

³⁰ To su Australija, Austrija, Češka Republika, Danska, Estonija, Francuska, Grčka, Mađarska, Island, Irska, Izrael, Japan, Južna Koreja, Meksiko Novi Zeland, Poljska, Slovačka Republika, Slovenija, Švajcarska i Turska. Kao što je rečeno u prethodnoj fusnoti, rezerve je stavilo i Ujedinjeno Kraljevstvo, ali samo u odnosu na teritorije Bermudskih i Kanalskih ostrva, i Finska u odnosu na teritoriju Olandskih ostrva.

³¹ Videti Aneks E u kome se nabrajaju oblasti ulaganja koje su u pojedinim zemljama uslovljene reciprocitetom.

³² Australija, Češka Republika, Danska, Grčka, Mađarska, Island, Irska, Japan, Južna Koreja, Meksiko Novi Zeland, Slovačka Republika, Slovenija, i Turska. Slovenija od ograničenja izuzima nerezidente koji su državljani EU.

³³ Videti čl. 2 Zakona o deviznom poslovanju.

³⁴ Isto tako i Izrael, Novi Zeland, Poljska i Švajcarska.

sebe smatraju meksičkim državljanima i da se neće pozivati na zaštitu svoje vlade u pogledu imovine koju su stekli.

Ograničenja sticanja koja postoje prema fizičkim licima koja nisu rezidenti ili nisu državljani, često se odnose i na pravna lica koja su nerezidenti, odnosno strani državljani osnovali u državi u kojoj se nalazi nepokretnost.³⁵ Međutim, postoji i suprotan pristup. Tako je u Meksiku, zabranjeno direktna svojina stranaca na nepokretnostima koje se nalaze u zabranjenoj zoni. Samo domaća pravna lica koja su u svojini stranaca mogu biti titulari nepokretnosti, i to pod određenim uslovima.

U pogledu određivanja državljanstva pravnih lica kao sticalaca zastupljen je kriterijum kontrole. Drugim rečima, domaća privredna društva koja kontrolišu strani državljani ili strani rezidenti, izjednačena su sa stranim sticaocima. U Izraelu, privredno društvo koje kontrolišu strani državljani ne može investirati u zemljište bez odobrenja nadležnog organa. Australija ograničava direktna ulaganja u privredna društva koja se bave prometom nepokretnosti ili čija imovina se primarno sastoji od nepokretnosti, s tim da je sticanje manjinskih udela u takvim društvima dozvoljeno. Ima i drugih zemalja koje manjinski udeo nerezidenata ne smatraju preprekom da privredno društvo bude vlasnik nepokretnosti.³⁶

Imajući u vidu predmet prava, najzastupljenija je zabrana sticanja poljoprivrednog, a ponekad i šumsko i vodnog zemljišta.³⁷ Australija ograničava sticanje

³⁵ Npr. Češka Republika ne dopušta ograncima nerezidentnih privrednih društava da kupuju poljoprivredno zemljište i šume.

³⁶ Npr. Island izuzima od ograničenja društva u kojima nerezidenti imaju 20% ili manje udela u kapitalu, i u kojima Islandani drže većinu glasova na skupštini deoničara. Novi Zeland ograničava samo sticanje udela ili glaćaskih prava većih od 25% u društvima koja se bave trgovačkim ribolovom i seoskim zemljištem.

³⁷ Npr. Češka Republika, Estonija, Francuska, Mađarska, Irska, Japan, Meksiko, Novi Zeland, Norveška i Poljska. Mađarska zabranjuje sticanje poljoprivrednog zemljišta Zakonom o obradivom zemljištu iz 1994. g. Estonija je stavila rezervu u pogledu sticanja poljoprivrednog i šumskog zemljišta, ali je ta rezerva istekla 31. maja 2011. godine. Francuska ograničava strana ulaganja u privredna društva čija je delatnost poljoprivredna, kao i ulaganje stranaca u kupovinu vinograda. Mađarska izuzima pravna lica osnovana u EU od ograničenja koja važe za nerezidente, ali ne kada je u pitanju sticanje poljoprivrednog zemljišta. U Irskoj se ograničenje odnosi jedino na poljoprivredno zemljište. Japan i Koreja ograničavaju strana ulaganja u primarnu industriju u vezi sa poljoprivredom, šumarstvom i ribarenjem. U Meksiku pravo investiranja u zemljište koje služi za poljoprivredu, stočarstvo ili šumarstvo rezervisano je za rezidente. Novi Zeland ograničava jedino sticanje zemljišta u seoskim poljoprivrednim područjima, u nacionalnim parkovima i na ostrvima udaljenim od obale. Norveška nije OECD-u prijavila ograničenje sticanja koje primenjuje na poljoprivredno i šumsko zemljište – naime po Zakonu o koncesiji za sticanje svojine na nepokretnostima od strane stranaca iz 2003. g. za sticanje ovih nepokretnosti potrebno je prethodno odobrenje nadležnog organa.

gradskog zemljišta, a Izrael sticanje zemljišta uopšte. Interesantno rešenje predviđeno je u Meksiku. Zemljišni posed ograničen je na 100 hektara. Meksičko privredno društvo koje drži poljoprivredno zemljište mora imati onoliki broj partnera koliko zemljišta ima u svojoj imovini, tako da se na svakog partnera otpada po 100 hektara. Pored toga, posebno se iskazuju akcije privrednog društva koje se odnose na zemljište. Strano fizičko ili pravno lice ne može imati više od 49% ovakvih akcija u jednom privrednom društvu i može ih imati samo u iznosu koji ne premašuje ukupni limit zemljišnog poseda.

Ponekad se ograničava sticanje nepokretnosti namenjenih za stanovanje. Jedna od takvih zemalja je Mađarska. Rezidenti mogu kupovati stan za stanovanje (primarni stan), ali za kupovinu sekundarnog stana (tj. kuće za odmor) moraju imati zakonito prebivalište u Mađarskoj najmanje četiri godine u kontinuitetu. Takođe, Norveška i Švajcarska kao poznate turističke destinacije odlikuju se rezervama koje se odnose na sticanje sekundarnog stana (kuće za odmor). Obe zemlje imaju o tome posebne propise.³⁸ Za razliku od ovih primera, u Poljskoj se rezerva koja inače postoji u odnosu na ostale nepokretnosti, ne primenjuje na sticanje stanova.

Neke zemlje ograničavaju sticanje nepokretnosti u pograničnim područjima.³⁹ Treba imati u vidu da je članom 3 Kodeksa predviđena zaštita suštinskih interesa bezbednosti zemlje kao jedan od razloga koji ovlašćuju zemlju da preduzme mere koje smatra neophodnim bez obzira na ostale odredbe Kodeksa.

Zapažen je pristup, da se generalnom odredbom zabrani sticanje nepokretnosti nerezidentima, a zatim se od toga predvidi niz izuzetaka vezanih za pojedine vrste ili namene objekata koji se stiču, ili za karakteristike sticaoca.⁴⁰ Najupečatljiviji primer je Australija, koja je stavila rezervu u odnosu na sve zahteve za sticanje australijskog gradskog zemljišta od strane nerezidenata, ali je od toga predvidela jedanaest izuzetaka. Među njima su npr. sticanje od nerezidenata koji su australijski državljani, bilo direktno ili indirektno preko australijskih društava i trustova; zatim sticanje stambenih nepokretnosti od imigranata i od strane australijskih državljana i njihovih stranih supružnika kada kupuju radi zajednič-

³⁸ U Švajcarskoj to je lex Friedrich koji je izmenjen 1997. godine i sada nosi naziv lex Koller; u Norveškoj Zakon o koncesiji za sticanje svojine na nepokretnostima od 2003. godine.

³⁹ Tako Estonija zabranjuje strana ulaganja u 18 jedinica lokalne samouprave koje se graniče sa Ruskom Federacijom. Ovo ograničenje, kako se navodi u Kodeksu, prestaje da se primenjuje 31. maja 2011. godine. Finska zabranjuje sticanje nepokretnosti na Olandskim ostrvima fizičkim i pravnim licima koja nemaju regionalno državljanstvo Olandskih ostrva, bez dozvole nadležnih organa te provincije. Grčka zabranjuje sticanje nepokretnosti u pograničnim regionima (ograničenje se ne primenjuje na državljane EU). Meksiko zabranjuje sticanje nepokretnosti u zoni od 100 km uz meksičku zemaljsku granicu i 50km od obale.

⁴⁰ Tako je npr. u Danskoj i Mađarskoj. Izuzeci su predviđeni za državljane EU.

kog stanovanja, sticanje tajm-šer vremenskih jedinica kraćih od četiri nedelje godišnje, itd. Najvažniji izuzetak, koji u velikoj meri derogira i samo pravilo odnosi se na sticanje "direktnog interesa" u nestambenim komercijalnim nepokretnostima (*non-residential commercial real estate*) čija je vrednost ispod 50 miliona dolara (ili ispod 5 miliona dolara ako se radi o nepokretnostima koje su na listi kulturnog nasleđa).

Manji broj zemalja je naveo da je za sticanje potrebno odobrenje,⁴¹ međutim, to ne znači da ih nema više; npr. Austrija je samo naznačile da su ograničenja moguća na nivou federalnih jedinica, a nije specificirale u čemu se ona sastoje. U Izraelu odobrenje za kupovinu zemljišta strancima i privrednim društvima pod kontrolom stranaca izdaje poseban organ - Savet za upravljanje zemljom Izraela. U Švajcarskoj, *lex Koller* uslovljava kupovinu nepokretnosti namenjenih za stanovanje od strane stranaca, prethodnim pribavljanjem dozvole od nadležnog državnog organa. Pored toga, ukupan broj dozvola koji se može izdati ograničen je kvotom za celu Švajcarsku i po kantonima. Već više od decenije vodi se debata o ukidanju ovog zakona jer se pokazao neefikasnim – njegove odredbe se lako izigravaju. Ideja da se administrativna ograničenja ove vrste zamene boljim propisima o planiranju i izgradnji, koji bi rešili problemi preterane izgradnje u turističkim naseljima i u velikim urbanim centrima i sprečili masovnu pojavu "praznih objekata"⁴², još nije realizovana. U Norveškoj Zakon o koncesiji za sticanje svojine na nepokretnostima kao glavni uslov predviđa izdavanje odobrenja, a uslov za izdavanje odobrenja je korišćenje nepokretnosti za stanovanje tokom cele godine (vlasnik je ne mora koristiti lično, već može i da je iznajmljuje). Nedavno je Nadzorni organ EFTA doneo odluku da je ograničenje slobode prometa kapitala koje se sastoji u tome da se odobrenje izdaje samo licu koje će obezbediti da se u stečenoj nekretnini stanuje tokom cele godine, opravdano jer je u javnom interesu i da je srazmerno cilju koji se propisom želi ostvariti.⁴³

⁴¹ Npr. Iskanđ, Irska, Izrael, Mađarska Norveška Poljska i Švajcarska. Island dopušta i nerezidentima sticanje nepokretnosti, ako su pribavili odobrenje. Irska dopušta sticanje poljoprivrednog i seoskog zemljišta samo uz dozvolu nadležnog organa. Izuzetak je kupovina zemljišta manjeg od dva hektara površine za potrebe stanovanja. Poljska dozvoljava ulaganje u poljoprivredno, šumsko i vodno zemljište samo uz dozvolu nadležnog organa. Mađarska Uredbom Vlade iz 1996. godine o sticanju nepokretnosti od strane stranaca, zahteva dozvolu za svako sticanje nepokretnosti osim nasleđivanja.

⁴² U nekim delovima Švajcarske, kao što su Sent Moric, Flims/Laks, Verbije i Goms, četiri od pet stambenih jedinica ostaju prazne tokom većeg dela godine. Rebecca Schrane *Lex Koller Due to Be Abolished*: <https://infocus.credit-suisse.com/app/article/index.cfm?fuseaction=OpenArticle&aoid=119851&coid=157&lang=EN> (stranica posećena 23. avgusta 2012. g.).

⁴³ EFTA Surveillance Authority Decision of 11 July 2012. Norveška vlada je u toku postupka objasnila da je cilj zahteva da se u nekretnini živi tokom celo godine u tome da se održe i obnove naselja u kojima ljudi žive i rade tokom cele godine.

Retko koja zemlja koristi uslov koji važi kod nas – da je nepokretnost potrebna za obavljanje (privredne) delatnosti. Može se jedino navesti primer Islanda: pravno lice može uložiti u nepokretnosti ako je steklo pravo da obavlja poslovnu delatnost i pod uslovom da nekretnina pruža samo uobičajena prava na zemljištu, a ne uključuje druga prava kao što su ribarenje ili pravo na istraživanje voda.

Buduće uređenje položaja stranaca u pogledu sticanja vojine na nepokretnostima

U radnoj verziji Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima čije se odredbe nalaze na veb sajtu Ministarstva pravde,⁴⁴ može se pročitati i nekoliko odredaba o pravu stranaca da stiču svojinu na nepokretnostima (čl. 31–35). Između ostalog članom 33 propisuju se određena ograničenja prava stranaca u pogledu sticanja svojine i dugoročnog zakupa na određenim vrstama nepokretnosti. Prema stavu 1, strano lice ne može imati pravo svojine na poljoprivrednom zemljištu, šumi i šumskom zemljištu, nepokretnom kulturnom dobru, ni na nepokretnoj stvari koja se nalazi na području na kome strano lice, radi zaštite interesa bezbednosti zemlje, ne može imati pravo svojine. Stranac može zakupiti navedene vrste nepokretnosti (osim poslednje kategorije). Zakup može trajati najviše 30 godina za svrhu kojoj ta nepokretnost služi. Za ostale nepokretne stvari uslov za sticanje je materijalna uzajamnost koja se pretpostavlja (čl. 34, stavovi 1 i 2). Ako se ospori postojanje uzajamnosti o tome odlučuje nadležni organ (čl. 34, stav 3). Stečeno pravo svojine, odnosno dugoročnog zakupa nepokretne stvari ne prestaje gubitkom domaćeg državljanstva, odnosno pripadnosti ili kog drugog uslova za sticanje (član 34, stav 6).

U suštini, ove odredbe ne donose velike novine, odnosno drže se dosadašnje tradicije u regulisanju ovog osetljivog pitanja. Njihov cilj jeste ostvarivanje opštedruštvenih interesa: da se spreči da stranci kontrolišu zemlju koja je neophodna za proizvodnju hrane i ogreva, stare zgrade i spomenike od istorijskog i kulturnog značaja i zemlju i zgrade u pograničnim područjima. Za ostale nekretnine, jedini interes koji se može utvrditi kao zaštitni objekt jeste pravo domaćih državljana da stiču nepokretne stvari u inostranstvu (na to se odnosi uslov uzajamnosti). Pitanje je da li su navedene odredbe podobne da ostvare ciljeve koji su tvorci nacarta postavili, a takođe da li su identifikovani najvažniji interesi koje treba štiti. Pre svega ni dodirnut problem sticanja onih vrsta stvari kod kojih je sticanje svojine ograničeno posredstvom pravnog lica koje je u stoprocentnoj svoji-

⁴⁴ <http://www.mpravde.gov.rs/cr/zakoni/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima/>

ni stranog državljanina ili nad kojim strani državljanin vrši drugi vid kontrole. Za takvo posredno sticanje, koje je ekonomski najznačajnije i najčešće u savremenoj praksi, ne postoje nikakva ograničenja. U pogledu interesa koje treba štiti, imajući u vidu lošu ekonomsku situaciju domaćeg stanovništva čini nam se da bi bilo važnije brinuti o interesima rezidenata da stiču kuće, stanove i građevinsko zemljište po razumnim i stabilnim cenama, nego o interesima domaćih državljana da kupuju nepokretnosti u inostranstvu. Zbog toga bi bilo racionalnije ograničiti sticanje nepokretnosti namenjenih za stanovanje prebivalištem (tj. stalnim nastanjenjem) nego državljanstvom, jer stranac koji želi da stekne u svojину rezidencijalnu nekretninu u Srbiji treba tu i da živi.

Pri oceni predloženih zakonskih rešenja uputno je imati u vidu još jednu činjenicu. Srbija je 2008. godine ratifikovala Sporazum o pridruživanju i stabilizaciji sa Evropskom zajednicom i njenim državama članicama. Mada još nije stupio na snagu, potrebna je samo još jedna ratifikacija da bi se to desilo. Ovaj sporazum sadrži odredbe o sticanju nepokretnosti od strane državljana država EU koje donekle vezuju ruke domaćem zakonodavcu.

U delu koji se odnosi na slobodu poslovnog nastanjivanja čl. 53, st. 5 predviđa da po stupanju na snagu SSP-a, društva kćeri i ogranci privrednih društava Zajednice imaju pravo da koriste i uzimaju u zakup nepokretnosti u Srbiji (a), a društva kćeri privrednih društava Zajednice imaju i pravo sticanja i uživanja prava svojine na nepokretnostima na isti način kao i srpska privredna društva (b). U pogledu javnih dobara/dobara od opšteg interesa, društva kćeri privrednih društava Zajednice imaju ista prava koja uživaju srpska privredna društva ako su ta prava potrebna za obavljanje privrednih delatnosti radi čijeg obavljanja su osnovana. Četiri godine posle stupanja na snagu SSP-a Savet za stabilizaciju i pridruživanje utvrđuje mogućnost proširivanja prava na sticanje i uživanja prava svojine na nepokretnostima i na ogranke privrednih društava Zajednice (v).⁴⁵ U delu SSP-a koji se odnosi na tekuća plaćanja i promet kapitala, predviđeno je da će Srbija po njegovom stupanju na snagu "potpunom i efikasnom primenom postojećih postupaka dozvoliti državljanima država članica Evropske unije da stiču svojinu na nepokretnostima u Srbiji. U roku od četiri godine od stupanja na snagu ovog sporazuma Srbija će postepeno usklađivati svoje zakonodavstvo koje se odnosi na sticanje svojine na nepokretnostima u Srbiji kako bi državljanima članica Evropske unije osigurala isti tretman kao i svojim državljanima" (čl. 64, st. 2, pre-

⁴⁵ Društvo kći privrednog društva definisano je kao društvo nad kojim prvo društvo ima efektivnu kontrolu. Ogranak privrednog društva je mesto poslovanja koje nema pravni subjektivitet i koje se pojavljuje kao trajno, ima upravu i materijalno je opremljeno za poslovanje sa trećim licima ("produžetak društva majke") (čl. 52, druga i treća definicija).

vod autora). Pri tom se pod državljanima članica Evropske unije podrazumevaju samo fizička lica (to proističe iz čl. 52 i 53 SSP).

Iz navedenih odredaba proističe sledeće:

– po stupanju na snagu SSP-a Srbija nastavlja i dalje da na državljane Unije i privredna društva Unije primenjuje svoje propise o pravima stranaca na sticanje nepokretnosti;

– mogućnost da društva kćeri privrednih društava Unije stiču svojину na nepokretnostima i danas bezuslovno postoji, pa odredbe iz čl. 53, st. 5 ne zahtevaju nikakvu dodatnu zakonodavnu intervenciju;

– mogućnost da ogranci stranih privrednih društava ako su to društva Unije stiču svojину na nepokretnostima čini se da takođe već postoji (bar na osnovu Zakona o stranim ulaganjima), pa ni odredba o razmatranju mogućnosti proširenja prava na ove subjekte po isteku četiri godine od stupanja na snagu SSP-a, ne uvodi nikakvu dodatnu obavezu;

– u roku od četiri godine od stupanja na snagu sporazuma neophodno je doneti nove propise (ili izmeniti postojeće propise), tako da se državljani Unije izuzmu od svih eventualnih ograničenja koja se u tom momentu budu odnosila na strane državljane (fizička lica) u pogledu sticanje prava svojine na nepokretnostima.

ZAKLJUČAK

U oblasti prava stranaca da stiču svojину na nepokretnostima optimalno uređenje ne može se postići bez upoznavanja sa bezbednosnim, ekonomskim i društvenim potrebama i interesima Srbije. Kada se te potebe i interesi spoznaju, biće potrebno veliko pravničko znanje i umeće da se uslovi i ograničenja formulišu na odgovarajući način, imajući u vidu norme međunarodnog prava koje znatno ograničavaju nacionalnu slobodu regulisanja. Iz prethodnog kratkog uporednopravnog pregleda proističe da bi tradicionalno prisutan uslov uzajamnosti trebalo napustiti i zameniti ga uslovom prebivališta. Ekonomske i društvene ciljeve ubuduće bi trebalo ostvarivati normama koje ne diskriminišu sticaoce po osnovu državljanstva, već im postavljaju jednako primenjive uslove pomoću kojih se ti ciljevi mogu ostvariti. Ipak, ograničenja sticanja po osnovu državljanstva opravdana su i dalje u pograničnim krajevima. Kada je u pitanju sticanje poljoprivrednog zemljišta, umesto paušalne zabrane kao što je ona u Zakonu o zemljištu, treba izraditi jasne, detaljne i uravnotežene odredbe u novim propisima o svojini. Ograničenja prava stranih fizičkih i pravnih lica koja će se eventualno uvesti u propisima o svojini treba da budu praćena ograničenjima u propisima o stranim

ulaganjima kojima bi se predvidela nemogućnost većinskog stranog ulaganja u društva čiju imovinu čini poljoprivredno, šumsko i vodno zemljište.

MAJA STANIVUKOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad

ACQUISITION OF REAL ESTATE IN SERBIA BY FOREIGNERS
– Present and Future Regulation –

Summary

Acquisition of real estate by foreigners in Serbia is coming under spotlight again due to drafting of the new law on ownership and the impending entry into force of the Stabilization and Association Agreement. This paper expresses my opinion of the current law in force in Serbia, on the draft of the Law on Ownership and on the impact that the Stabilization and Association Treaty will have on the regulation of foreign ownership of real estate. I also present a short overview of the restrictions on the rights of foreigners to acquire real estate in OECD countries, according to the information contained in the OECD Code on Liberalization of Capital Movements.

VLADIMIR TODOROVIĆ,
DANIJELA KOŽUL

RESTITUCIJA I OBEŠTEĆENJE STRANIH LICA

U V O D

Mere oduzimanja i podržavljenja imovine posle Drugog svetskog rata bile su opšteg karaktera i pogađale su i privatnu imovinu ne samo domaćih, nego i stranih fizičkih i pravnih lica. Ta lica su danas takođe potencijalni korisnici restitucije, s tim što je njihov položaj unekoliko specifičan, kako zbog propisanih posebnih zakonskih uslova, tako i zbog bilateralnih međunarodnih ugovora kojima je, s mnogim državama, rešeno pitanje obeštećenja za oduzetu imovinu.

IMOVINA STRANIH LICA U KRALJEVINI JUGOSLAVIJI

Veliki poljoprivredni posedi u Kraljevini Jugoslaviji bili su većinom u rukama stranaca.¹ Tako, primera radi, vlasnici svih latifundija (posedi veći od 500 hektara) u Bačkoj bili su stranci, a veći privatni posedi sa preko 100 hektara imali

Vladimir Todorović, Agencija za restituciju Republike Srbije.

Danijela Kožul, Agencija za restituciju Republike Srbije.

¹ Sve do 1923. godine u Jugoslaviji je važio stari srpski sistem od godine 1852. po kom je pravo stranaca da stiču nepokretnosti na teritoriji Kraljevine bilo apsolutno rezervisano pravo. Po Zakonu o budžetskim dvanaestinama za juli i avgust 1923. godine pravo stranaca da stiču nepokretnosti u Jugoslaviji postaje relativno rezervisano pravo jer im je dato pravo da u tzv. unutrašnjoj zoni mogu sticati nepokretnosti slobodno pod uslovom faktičkog reciprociteta, a u tzv. pograničnoj zoni

su sledeću svojinsku strukturu: 108 Mađari, 50 Srbi, 46 Jevreji, 41 Nemci i 23 Bunjevci.² Slično stanje se zadržalo i između dva svetska rata, s tim što je strani element bio još prisutniji posebno u domenu korporativnog i finansijskog kapitala.

U periodu između dva svetska rata većina akcionarskog kapitala – 51,52% bila je u rukama stranih vlasnika, posebno u oblasti industrije, bankarstva, osiguranja, veletrgovine, špedicije i dr.³ Preko 70% industrije i rudarstva poslovalo je zahvaljujući stranom kapitalu, posebno u proizvodnji olova, cinka, bakra i gvožđa, zatim u metalurgiji, hemijskoj, šumskoj i prehrambenoj industriji. Krajem 1937. godine postotak stranog kapitala u ukupnom akcionarskom kapitalu svih jugoslovenskih preduzeća iznosio je 83% u elektroindustriji, 70% u hemijskoj industriji, 69% u rudarstvu, 38% u osiguranju, 37% u cementarama, 33% u metalurgiji, 29% u drvnoj industriji, 24% u šećeranama, 23% u tekstilnoj industriji itd. Jednu četvrtinu svih stranih investicija činio je francuski kapital, Britanci su bili prisutni sa 17%, a Amerikanci sa 15% kapitala. Ove tri zemlje, kao najveći finansijski poverioci Jugoslavije – sa kojima je ona imala najmanju robnu razmenu – učestvovala su u njenoj industriji sa 57% kapitala, dok je učešće Nemačke i Italije, zemalja sa kojima je Jugoslavija imala najveći spoljotrgovinski bilans, iznosilo 20%. Ovaj disparitet vlada Milana Stojadinovića je imala nameru da ispravi, ali to joj nije pošlo za rukom.⁴ Pored francuskog, britanskog, američkog, nemačkog i italijanskog kapitala, u privredi Kraljevine Jugoslavije i Srbije bio je zastupljen i belgijski, švajcarski, mađarski, češki i švedski kapital.

Pred Drugi svetski rat na teritoriji današnje Srbije bilo je 818 preduzeća, i to u Vojvodini bez Srema 390, a u ostalom delu Srbije 428. Najviše preduzeća i rudnika nalazilo se u rukama Francuza i Britanaca. Rudnici pirita i bakra u Majdanpeku i Aleksinački rudnici uglja, kao i rudnik uglja Vrška Čuka, pripadali su belgijskom kapitalu. Borski rudnik bakra pripadao je francuskom kapitalu.⁵ Vlasnici Opšteg jugoslovenskog bankarskog društva bili su Nemci i Austrijanci, Ju-

50 km od granice ograničeni su u sticanju nepokretnosti po sistemu koncesije, tj. uz odobrenje ministarstva vojske i policije (dr Milan Bartoš: "Prava stranaca na nepokretnosti", Arhiv, maj 1931).

² Dr Miliwoje Erić: "Agrarna reforma u Jugoslaviji 1918–1941", izd. "Veselin Masleša", Sarajevo, 1958, str. 53.

³ Prof. Mijo Mirković: "Ekonomska historija Jugoslavije", izd. "Informator", Zagreb, 1968, str. 337.

⁴ Dr Boris Kršev: "Finansijska politika Jugoslavije 1918–1941", izd. "Prometej", Novi Sad, 2007, str. 291.

⁵ Borski rudnik poslovaio je tako dobro da su u jednoj godini, 1929, njegovi francuski akcionari dobili dividendu od 300%, tj. tri puta veću dobit nego što je iznosila nominalna vrednost akcionarskog kapitala, a u jednoj od "najslabijoj" od tih godina, 1933. godine, dividenda je još uvek bila 135%. Sem toga, "Trepča se gušila u dobiti i nije znala na kojoj stavci bi je prikrila. To je bio dobar

goslovenska banka Union bila je u rukama mađarskih, belgijskih, austrijskih i engleskih akcionara, a Jugoslovensku banku držali su Česi. U eksploataciji olovne i cinkove rude (Trepča i dr.), dominirao je engleski kapital. Džinovsko englesko preduzeće "Selection Trust Company" nastalo je spajanjem četiri jugoslovenska rudarska preduzeća: Trepča, Novo Brdo, Zletovo, Kopaonik. Centrala ovog trusta se nalazila u Velikoj Britaniji. Gotovo celokupnu industriju prerade nafte držale su strane firme "Standard Oil" i "Šel". U elektroprivredi najveće električne centrale držali su stranci – Francuzi i Švajcarci ("Falu" i beogradsku "Snagu i svetlost"). Džinovski nemački koncern IG "Farbenindustrie" u potpunosti je kapitalski vladao u 24 jugoslovenska hemijska preduzeća, uključujući i preduzeće "Zorka" Šabac, a na osnovu ugovora o interesnoj zajednici iz 1925. godine, investirao je svoj kapital na 99 godina tj. čak do 2024. godine.⁶ Strani kapital ulazio je u Kraljevinu Jugoslaviju i u vidu državnih stranih kredita čiji ukupan je iznos, kao državni dug prema inostranstvu 1940. godine iznosio 7,5 milijardi dinara.⁷

ODUZIMANJE IMOVINE OD STRANIH LICA

Po zakonu o agrarnoj reformi i kolonizaciji sprovedenoj u periodu 1945–1948. godine, od privatnih vlasnika oduzeti su veliki zemljišni i šumski posedi, kao i već konfiskovano obradivo zemljište državljana Nemačkog Rajha i lica nemačke nacionalnosti. Imovina je eksproprisana vlasnicima bez određenja njihove nacionalne pripadnosti, odnosno pod udar agrarne reforme došli su navedeni zemljišni posedi bez obzira da li je vlasnik domaće lice ili stranac.

Odlukom AVNOJ-a od 21. novembra 1944. godine,⁸ konfiskovana je i prešla u državnu svojinu sva imovina Nemačkog Rajha i njegovih državljana, a takođe i imovina ratnih zločinaca i njihovih pomagača. Na osnovu te Odluke i Zakona o prelazu u državnu svojinu neprijateljske imovine i o sekvestraciji nad imovinom odsutnih lica, znatan deo imovine domaćih i stranih lica koja borave u inostranstvu ili su pobeгла iz zemlje stavljen je pod upravu (sekvestar) države i potom podržavljen.

posao za engleski kapital koji je za dvije ili tri godine eksploatacije na dobiti izvukao čitav iznos investicija i kamate" – Mijo Mirković, op.cit.delo, str.338, 339.

⁶ Sergij Dimitrijević: "Strani kapital u privredi bivše Jugoslavije", Beograd 1952, str. 4–9.

⁷ Prof. Mijo Mirković, op.cit.delo, str. 341.

⁸ Odluka objavljena u "Službenom listu DFJ", br. 2/1945, potom potvrđena Zakonom o prelazu u državnu svojinu neprijateljske imovine i o sekvestraciji nad imovinom odsutnih lica ("Službeni listi DFJ", br. 63/1946).

Zakonom o nacionalizaciji privatnih privrednih preduzeća iz 1946. godine⁹ nacionalizovana su i *ex lege* prešla u državnu svojinu privatna privredna preduzeća u 42 privredne grane, a sva ostala privatna preduzeća nacionalizovana su novellom tog zakona od 28. aprila 1948. godine. Zakon ne razlikuje nacionalnu pripadnost preduzeća na domaća i strana, već pod njegov udar *en general* dolaze “sva privatna privredna preduzeća” (član 1), bez obzira na poreklo njihovog kapitala i status i nacionalnost vlasnika. Po članu 3. zakonske novele iz 1948. godine, danom stupanja na snagu tog zakona nacionalizuju su i prelaze u državnu svojinu i sve nepokretnosti koje su u svojini stranih državljana, stranih ustanova ili stranih privatnih ili javno-pravnih lica, osim nepokretnosti koje oni kao zemljoradnici sami obrađuju, osim stambenih zgrada koje im služe za stanovanje, a takode i osim nepokretnosti koje su u vlasništvu predstavništava stranih država koje im služe za službene potrebe. Posebne posledice po imovinu jugoslovenskih građana imala je odredba tog Zakona, po kojoj je prestanak jugoslovenskog i prihvatanje državljanstva sankcionisan oduzimanjem svih nepokretnosti tom licu u Jugoslaviji i to bez naknade (čl.3 st.3).¹⁰ Predmet nacionalizacije 1958. godine bile su “najamne stambene zgrade, tj. zgrade u građanskoj svojini”, a u članu 77. ovllašćeno je Savezno izvršno veće “da donese posebne propise o načinu isplate naknade za nacionalizovane nepokretnosti stranih državljana, saglasno međunarodnim sporazumima i načelima reciprociteta”.

VRAĆANJE IMOVINE STRANIM LICIMA

a. *Uporednopravna iskustva u regionu.* – Slovenački zakon o denacionalizaciji iz 1991. godine najdetaljnije uređuje restitucijska prava stranih lica, uslovljavajući ih reciprocitetom. Korisnici prava nisu ona fizička lica koja su imovinu stekla od okupacionih snaga ili njihovih organizacija za vreme drugog svetskog rata. Korisnici prava ne mogu biti ni lica koja su imala pravo da dobiju naknadu za oduzetu imovinu od inostrane države na osnovu zaključenih mirovnih ugovora i međunarodnih sporazuma. Hrvatska je šest godina nakon donošenja Zakona (1996), pravo na restituciju dala i ranijim vlasnicima koji na dan donošenja Zakona nisu imali državljanstvo Republike Hrvatske. Makedonski Zakon (1998) ograničio je korisnike restitucije samo na sopstvene državljanke, a ukoliko je zaključen međudržavni sporazum o obeštećenju za oduzetu imovinu, ta imovina nije pred-

⁹ “Službeni list FNRJ”, br. 98/1946, izmene i dopune u br. 35/1948.

¹⁰ Ova imovinskopravna sankcija se održala čak i posle donošenja Ustava SFRJ iz 1974. godine – videti više: Vladimir Todorović, Milorad Čosić: “Pravo svojine u Jugoslaviji”, izd. “Ekonomika”, Beograd, 1989.

met denacionalizacije. Crnogorski Zakon o povraćaju oduzetih imovinskih prava i obeštećenju (2004) nema odredaba o pravima stranih lica.

b. *Zakonski okviri restitucije strane imovine u Srbiji.* – Prema Zakonu o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju iz 2011. godine, nosioci restitucijskih prava su bivši vlasnici, odnosno njihovi pravni sledbenici. To su fizička, a izuzetno pravna lica. Navedeni zakon, uz Zakon o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama iz 2006. godine, je *saedes materiae* aktuelne restitucije u Srbiji.¹¹

Pravo stranih lica na vraćanje imovine i obeštećenje

Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju predviđa da pravo na restituciju i obeštećenje imaju samo fizička lica, a od pravnih lica samo zadužbine. To znači da korisnici restitucije, kad su u pitanju strana lica, mogu biti samo strani državljani i zadužbine čiji osnivač je strano lice. I lica bez državljanstva mogu da podnesu zahtev i ostvare svoja prava na restituciju i obeštećenje, posebno imajući u vidu da im multilateralna Konvencija o pravnom položaju lica bez državljanstva od 28. septembra 1954. godine jemči položaj koji nije nepovoljniji od onog koji važi za strance i, uz to, relativizira uslov reciprociteta (čl. 7. i 13).¹²

Državljanstvo se u pravnoj teoriji definiše kao odnos javnopravnog karaktera između fizičkog lica i suverene države na osnovu koga to lice ima status po kome su mu formalnopravno dostupna sva građanska, politička i ekonomsko-socijalna prava, bez obzira da li se nalazi na domaćoj ili stranoj teritoriji.¹³ Lica koja imaju državljanstvo Republike Srbije jesu njeni građani, tj. domaći državljani. Stranac, pak, je svako ono fizičko lice koje nije domaći državljanin, što znači da je stranac i ono fizičko lice koje ima strano državljanstvo, kao i lice bez državljanstva (apatrid). U slučaju bipatridije relevantno je domaće državljanstvo, pa tako državljanin Republike Srbije koji ima i državljanstvo strane države smatra se domaćim državljaninom kad se nalazi na teritoriji Republike Srbije.¹⁴ Pripadnost pravnog lica određuje se prema mestu osnivanja ili prema stvarnom sedištu. Tako će se u Srbiji stranim pravnim licem smatrati pravno lice osnovano u inostranstvu, kao i

¹¹ Zakon iz 2011. g. objavljen u "Službenom glasniku RS", br. 72/2011, a drugi u br. 42/2006.

¹² Konvencija o pravnom položaju lica bez državljanstva važi i za Srbiju – "Službeni list FNRJ" – Dodatak, br. 9/1959.

¹³ Prof dr Mihailo Jezdić: Međunarodno privatno pravo I, izd. Naučna knjiga, Beograd, 1973, str. 60.

¹⁴ član 5. Zakona o državljanstvu Republike Srbije, "Službeni glasnik RS", br. 135/2004 i 90/2007.

ono koje je osnovano u Srbiji, ali ima stvarno sedište u drugoj državi koja ga po svom pravu smatra domaćim pravnim licem.¹⁵

Strana lica, u načelu, ne bi trebalo da imaju nepovoljniji položaj od domaćih. Čak štaviše, kad je reč o restituciji, do sada su povoljnije tretirana od domaćih lica, jer su obeštećena putem bilateralnih međunarodnih ugovora o obeštećenju nacionalizovane imovine u Jugoslaviji, o čemu će posebno biti reči u ovom tekstu.

Pravo stranca na restituciju je *sui generis* pravo, koje je kao "pravo na vraćanje" konstituisano u članu 5. Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju. Pravo na vraćanje imovine kroz postupak restitucije podrazumeva pravo stranca da stiče svojinska, obligaciona i materijalno-finansijska prava, a sem toga, uključuje i učešće u upravnom i eventualno sudskom postupku i korišćenje svih referentnih procesnih prava. Sa aspekta dostupnosti to je relativno rezervisano pravo uslovljeno reciprocitetom, ali bez ograničenja u pogledu predmeta, vrste i količine imovine koja se može vratiti. Osim reciprociteta bitno je da potencijalni restituent nije u doba Drugog svetskog rata bio počinitelj ratnih zločina, što se odnosi ne samo na strane, već i na domaće državljane. Relevantno je i to da li je strana država to lice, kao svog državljanina, već obeštetila.

Reciprocitet

Pravo na vraćanje imovine ili obeštećenje uslovljeno je reciprocitetom kad su u pitanju strana lica. To se odnosi na fizička lica – strane državljane, a isto tako i na njihove zakonske naslednike u slučaju kad bivši vlasnik nije živ ili je proglašen umrlim (član 5. stav 1. tač. 5. Zakona). Restitucija je pravni osnov za sticanje prava svojine kao apsolutnog i univerzalnog imovinskog prava, te je sticanje toga prava uslovljeno uzvratnom praksom strane države da i ona dozvoljava domaćim državljanima da na njenoj teritoriji stiču nepokretnosti. Savremene zemlje često polaze od pretpostavke o postojanju reciprociteta, do dokaza o suprotnom, kao što je slučaj u Srbiji u odnosu na reciprocitet u nasleđivanju. U doktrini i praksi se zastupa stav da je uvek dovoljno postojanje faktičkog reciprociteta, ukoliko zakonodavac nije izričito predvideo da je potrebna diplomatska ili zakonska uzajamnost.¹⁶

Kod pitanja reciprociteta (uzajamnosti) bitno je da su prava u domaćoj i stranoj državi uporediva, a to znači da su slična po vrsti i sadržini. Kako u mno-

¹⁵ član 17. Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja – "Službeni list SFRJ", br. 43/1982, 72/1982 i 46/1996.

¹⁶ Dr Maja Stanivuković i dr Mirko Živković: "Međunarodno privatno pravo", izd. "Službeni list SRJ", Beograd, 2004, str. 429.

gim nesocijalističkim državama nije ni bilo nacionalizacije ni netržišnog podržavanja privatne svojine pa samim tim nije bilo ni restitucije, pitanje reciprociteta kod vraćanja imovine i obeštećenja ne može se ni komparirati, pa je zakonodavac propisao da se u tom slučaju pretpostavlja da postoji reciprocitet sa državom koja nije uređivala vraćanje imovine ako domaći državljanin može da stekne pravo svojine i nasledi nepokretnosti u toj državi (član 5. stav 2. Zakona). Na primer, ako državljanin Finske podnese zahtev da mu se kroz restituciju vrati određena oduzeta imovina, smatraće se da je uslov reciprociteta ispunjen ako postoji saznanje da srpski državljani mogu sticati nepokretnosti u Finskoj, bilo putem pravnih poslova (*“inter vivos”*), bilo putem nasleđivanja (*“mortis causae”*).¹⁷ Postojanje reciprociteta sa stranom državom, u svakom slučaju, dužna je da utvrdi Agencija za restituciju po službenoj dužnosti (član 5. stav 5), po pravilu posredstvom Ministarstva inostranih poslova, a nema smetnji da to učini i sama ako su joj poznati ili predočeni relevantni propisi ili praksa strane zemlje (faktički reciprocitet). Tako, slobodan režim sticanja nepokretnosti, odnosno nacionalni tretman stranaca, predviđaju: Francuska, Holandija, Nemačka, Velika Britanija, SAD (sa nekim ograničenjima u pojedinim državama, Čile, Ekvador, Nikaragva, Panama, Peru, Urugvaj, Nigerija, Senegal, Burkina Faso, Mali, Namibija i dr.)¹⁸

Diskvalifikacija učinilaca ratnih zločina

Pravo na vraćanje imovine ili obeštećenje, po članu 5. stav 3. tač.3. Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, nemaju lica koja su bila pripadnici okupacionih snaga koje su delovale na teritoriji Republike Srbije, za vreme Drugog svetskog rata, kao ni njihovi naslednici. Zakon o rehabilitaciji (*“Službeni glasnik RS”*, br. 92/2011) precizira da se pod tim licima smatraju lica koja su odlukom suda ili drugog organa proglašena za ratne zločince, odnosno učesnike u ratnim zločinima, kao i ona lica koja je Državna komisija za utvrđivanje zločina okupatora i njihovih pomagača tokom Drugog svetskog rata proglasila da su ratni zločinci, odnosno učesnici u ratnim zločinima. Pod tim licima ne smatraju se rehabilitovana lica.

¹⁷ Zakon u članu 5. stav 2. govori *“da stekne pravo svojine i nasledi nepokretnosti”*, što vodi zaključku da se radi o kumulaciji tih prava, a to bi iziskivalo proveru i jednog i drugog osnova sticanja u svakom konkretnom slučaju i time nepotrebno komplikovalo proceduru, pogotovo što je sticanje *“inter vivos”* po obimu i značaju daleko šire i po uslovima strožije od sticanja *“mortis causae”* i, po pravilu, ga uključuje.

¹⁸ Više o tome: V. Todorović: *“Pravosudna međunarodna pomoć”*, izd. *“Projuris”*, Beograd, 2005, str. 59.

Prema tome, da bi neko lice kom je oduzeta imovina bilo isključeno iz prava na restituciju imovine, nije dovoljno da je bilo pripadnik okupacionih snaga koje su delovale na teritoriji Republike Srbije, već je neophodno da je od strane vojnog ili drugog suda, ili drugog nadležnog organa, proglašeno za ratnog zločinca, odnosno učesnika u ratnim zločinima. Srpski zakon o vraćanju imovine ipak nije dovoljno obuhvatan jer ne reguliše pravnu sudbinu sticanja imovine tokom Drugog svetskog rata, kao što to, primera radi, čini slovenački zakon koji predviđa da nisu korisnici prava ona fizička lica koja su imovinu stekli od okupacionih snaga ili njihovih organizacija za vreme Drugog svetskog rata. Sticanje imovine tokom rata, najčešće korišćenjem tuđe nužde i nemaštine, posebno kad je u pitanju jevrejska imovina, kupovinom u bescenje, čak i kad nije zaštićeno imperativnom normom, predstavlja sticanje protivno javnom poretku i dobrim običajima, te je takav ugovor apsolutno ništav i može se poništiti bilo kad, bez vremenskog ograničenja.

Obeštećenje od strane matične države

Prema Zakonu o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju (član 5. stav 3. tač. 2), pravo na vraćanje imovine ili obeštećenje nema fizičko lice – strani državljanin, odnosno njegovi zakonski naslednici, koji su i bez postojanja međunarodnog ugovora, obeštećeni ili im je pravo na vraćanje imovine priznato pravom strane države.

Dakle, strana lica kojima je imovina bez naknade oduzeta u Jugoslaviji nemaju pravo na obeštećenje po propisima o restituciji u Srbiji, ukoliko su (*de facto*) obeštećeni od sopstvene ili druge strane države, ili im je zakonom strane države (*de iure*) bilo priznato pravo na obeštećenje, bez obzira da li su ili nisu iskoristili to pravo. Slučajevi jednostranog obeštećenja bivših vlasnika od strane države njihovog porekla, ili koje druge države, pogotovo vraćanje imovine u naturi, na ime kompenzacije za imovinu koja im je oduzeta u Jugoslaviji, nisu zabeleženi u praksi, sem ako bi se materijalnom odštetom smatrala ona ograničena materijalna i finansijska podrška koju su države porekla davale doseljenicima na ime nužne materijalne i socijalne pomoći. Tako, najveći deo Nemaca – Folksdojčera iseljenih iz Jugoslavije preuzela je nemačka savezna država – pokrajina Baden-Virtemberg i od nemačke države su dobili manje posede, kao i novčanu pomoć za obradu novih imanja, neki su dobili i penzije, a svi su imali pravo na socijalnu pomoć, kao i na beskamatne kredite. Činjenica je da su ta davanja države vremenom dostigla visoke sume, ali ona nisu imala za cilj da kompenzuju imovinu ostavljenu u Srbiji, već da im se omogući egzistencija, privredno poslovanje, zaposlenje i socijal-

na sigurnost u novoj sredini. U kontekstu Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, takva davanja strane države ne bi se mogla smatrati obeštećenjem, a i ako bi se smatrala onda bi se moglo postaviti pitanje regresnih prava strane države.

Obeštećenje na osnovu bilateralnih međunarodnih ugovora

Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju predviđa da pravo na vraćanje imovine ili obeštećenje nema fizičko lice - strani državljanin, odnosno njegovi zakonski naslednici, za koje je obavezu obeštećenja preuzela strana država po osnovu međunarodnog ugovora (član 5. stav 3. tač. 1). Službeno lice u Agenciji za restituciju koje vodi postupak dužno je da utvrdi da li sa stranom državom postoji međunarodni ugovor o obeštećenju nacionalizovanih dobara, imovine i interesa, i ne može tu obavezu prebaciti na stranke u postupku (član 5. stav 5).

U Republici Srbiji, kao pravnom sukcesoru bivše Jugoslavije, na snazi su brojni bilateralni ugovori o obeštećenju koji se odnose na 23 zemlje.¹⁹

ARGENTINA – Prema sporazumu između Jugoslavije i Argentine, potpisanom u Beogradu, dana 21. marta 1964. godine.²⁰ jugoslovenska vlada je preuzela obavezu da isplati na ime ukupnog paušalnog obeštećenja, na ime nacionalizovane imovine, argentinskoj vladi u argentinskim pezovima, protivrednost od 450.000 američkih dolara, u četiri jednake godišnje rate.

AUSTRIJA – Savezno izvršno veće FNRJ donelo je 30. januara 1957. godine Odluku o likvidaciji austrijske imovine²¹, na osnovu člana 27. stav 2. Državnog ugovora o uspostavljanju nezavisne i demokratske Austrije, kojom je austrijska imovina koja se nalazila na teritoriji Jugoslavije, prešla u svojinu FNRJ.²² U Beču je 19. marta 1980. godine zaključen Ugovor sa Austrijom o regulisanju određenih imovinsko-pravnih pitanja, koji je predvideo da SFRJ isplati iznos od 2,400.000 šilinga na ime globalnog i paušalnog obeštećenja za svu imovinu, prava i intere-

¹⁹ Socijalistička Jugoslavija je isplatila stotine miliona dolara na ime obeštećenja nacionalizovane strane imovine, što je posebno bilo motivisano spoljnopolitičkim potrebama za povećanjem njenog državnog ugleda i kredibiliteta. Ali sama nije uspela da naplati veliku ratnu štetu u iznosu 46,9 milijardi dolara, prema proceni Reparacione komisije pri Vladi FNRJ iz 1945. godine, koja joj je pričinjena u Drugom svetskom ratu: nacistička Nemačka – 35.858 mlrd. dolara, fašistička Italija – 9.850 mlrd. dolara, mađarska i Bugarska zajedno – 1.192 mlrd. dolara.

²⁰ Službeni list, SFRJ, broj 9/1964.

²¹ Službeni list, FNRJ, broj 6/1957.

²² Član 27. austrijskog Državnog ugovora formulisan je na osnovu zahteva jugoslovenske diplomatije, što je omogućilo Jugoslaviji da na svojoj teritoriji zapleni imovinu državljana Austrije na ime ratne štete.

se austrijskih lica, koji su nacionalizovani, a koji ne potpadaju pod odredbe člana 27/2 Državnog ugovora iz 1955. godine.

BELGIJA I LUKSEMBURG – Sporazumom od 15. aprila 1960. godine, jugoslovenska Vlada se obavezala da na ime obeštećenja portera²³ obveznica, za otкуп predratnih srpskih i jugoslovenskih obveznica, Belgijskoj vladi isplati iznos od 5,475.940 belgijskih franaka, a Luksemburškoj vladi 207.149 belgijskih franaka. Belgijska potraživanja po osnovu nacionalizovane imovine regulisana su Protokolom između Vlade FNRJ i Konzorcijuma sopstvenika belgijskih dobara, prava i interesa, od 30. oktobra 1948. godine, sa Dodatkom od 30. septembra 1963. godine,²⁴ kojim je predviđeno plaćanje iznosa od 168,946.505 belgijskih franaka na ime obeštećenja.

ČEHOSLOVAČKA – Sporazumom između FNRJ i Čehoslovačke od 4. septembra 1947. godine sva čehoslovačka sekvestrirana imovina, koja nije potpala pod udar konfiskacije ili nije bila nacionalizovana, predata je čehoslovačkim vladnicima. Docnijim Sporazumom o regulisanju otvorenih imovinskih pitanja, povodom nacionalizacije, od 11. februara 1956. godine,²⁵ međusobno su kompenzirane, u potpunosti regulisane i likvidirane sve novčane obaveze i obaveze na druga materijalna davanja nastale pre 19. februara 1955. godine.

ČILE – Prema Sporazumu između Vlade FNRJ i Vlade Republike Čilea o obeštećenju za nacionalizovanu imovinu čileanskog državljanina Tome Casanegre, potpisanom u Beogradu 10. novembra 1964. godine²⁶ namireni su njegovi naslednici u iznosu od 35.000 američkih dolara, čime su podmireni svi interesi čileanskih poverilaca u Jugoslaviji.

DANSKA – Sporazumom između FNRJ i Kraljevine Danske o regulisanju obeštećenja danskih interesa u Jugoslaviji, potpisanim 13. jula 1959. godine u Beogradu²⁷, Jugoslovenska vlada je preuzela obavezu da na ime isplate svih danskih zahteva isplati Danskoj vladi protivvrednost u danskim krunama u iznosu od 26.500 američkih dolara, u roku od šest meseci posle stupanja na snagu ovog sporazuma.

FRANCUSKA – Francusko–jugoslovenski sporazum o obeštećenju francuskih interesa nacionalizovanih u Jugoslaviji, zaključen 14. aprila 1951. godine,²⁸ predvideo je isplatu francuskoj Vladi 15 miliona američkih dolara. Docnijim

²³ Porteri su vlasnici domaćih hartija od vrednosti u inostranstvu (bondholdersi).

²⁴ Službeni list, SFRJ, broj 7/1965.

²⁵ Objavljen u Službenom listu FNRJ, broj 14/1956.

²⁶ Službeni list SFRJ, broj 11/1965.

²⁷ Službeni list FNRJ, broj 4/1960.

²⁸ Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, br. 4/1952.

Francusko-jugoslavenskim sporazumom od 12. jula 1963. godine, Jugoslavenska vlada se obavezala da, na ime ukupne odštete, isplati Francuskoj vladi protivvrednost u francuskim francima sume od 200.000 dolara.²⁹ čime su regulisani svi zahtevi koji nisu bili obuhvaćeni prethodnim sporazumom iz 1951. godine.

GRČKA – Sporazumom sa Kraljevinom Grčkom o obeštećenju grčkih dobara, prava i interesa nacionalizovanih u Jugoslaviji, od 18. juna 1959. godine,³⁰ Jugoslavenska vlada se obavezala da isplati Vladi Kraljevine Grčke iznos od 700.000 američkih dolara. Ovim sporazumom su regulisani svi zahtevi koji proističu iz jugoslavenskih mera nacionalizacije koje su pogodile dobra i interese grčkih fizičkih i pravnih lica, uključujući tu i sva grčka učešća u preduzećima u Jugoslaviji.

HOLANDIJA – Po Jugoslavensko-holandskom sporazumu o obeštećenju holandskih interesa nacionalizovanih u Jugoslaviji, od 22. jula 1958. godine³¹, Jugoslavenska vlada obavezala se da isplati Vladi Holandije protivvrednost u holandskim guldenima, sume od 655.000 američkih dolara u pet jednakih godišnjih rata, od kojih je prva dospela 31. januara 1959. godine, a poslednja 31. januara 1963. godine.

ITALIJA – Sporazumom sa Italijanskom republikom o italijanskim dobrima, pravima i interesima u Jugoslaviji, od 23. maja 1949. godine,³² Vlada FNRJ se obavezala da za oduzetu imovinu Italijanskoj vladi isplati sumu od 10 milijardi lira kao predujam. Ovim sporazumom obrazovana je jugoslavensko – italijanska Mešovita komisija radi procene dobara, koja je izvršena tako što je uzeta cena dobara na slobodnom tržištu 1938. godine i ista pomnožena sa koeficijentom revalorizacije utvrđenom za razne kategorije dobara.

IZRAEL – Predstavnici Vlade FNRJ i Vlade Izraela, sačinili su 9. juna 1954. godine Zapisnik o sporazumu po pitanjima oduzete imovine, prava i interesa izraelskih državljana u Jugoslaviji.³³ Dogovoreno je da naknada za izraelsku imovinu u FNRJ, bude regulisana Sporazumom o globalnoj sumi, na osnovu procene koja bi se izvršila na bazi cena koje su postojale 1938. godine, a koje bi se množile sa koeficijentom po kojem je jugoslavenski dinar devalviran prema američkom dolaru počev od 1938. godine.

²⁹ Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, br. 12/1964.

³⁰ Službeni list FNRJ – Dodatak, broj 3/1960.

³¹ Službeni list FNRJ – Dodatak broj 5/1959.

³² Službeni list FNRJ od 5. maja 1956. godine, str. 21.

³³ Ovaj zapisnik ratifikovalo je Savezno izvršno veće pod R.p br. 405 od 15. decembra 1954. godine, a objavljen je u Dodatku br. 5 "Službenog lista FNRJ", od 15. jula 1955. god.

NORVEŠKA – Pitanja obeštećenja lica norveškog državljanstva regulisana su Sporazumom između FNRJ i Kraljevine Norveške o obeštećenju imovinskih interesa lica norveškog državljanstva³⁴ i Sporazumom o produženju trgovinskog sporazuma sa Norveškom od 30. avgusta 1946. godine, o utvrđivanju robnih lista i regulisanju naknade za nacionalizovanu norvešku imovinu u Jugoslaviji (razmena nota) od 31. maja 1951. godine.³⁵

SJEDINJENE AMERIČKE DRŽAVE – Sporazumom o novčanim potraživanjima SAD i njihovih državljana, od 19. jula 1948. godine,³⁶ Vlada Jugoslavije se obavezala da plati Vladi SAD iznos od 17,000.000 američkih dolara, kao puno namirenje i isplatu svih novčanih potraživanja zbog nacionalizacije ili drugog oduzimanja imovine od strane Jugoslavije, izvršenih između 1. septembra 1939. godine i dana zaključenja tog Sporazuma. Sporazumom od 5. novembra 1964. godine, predviđeno je da Vlada Jugoslavije isplati sumu od 3.500.000 američkih dolara za oduzimanja imovine između 19. jula 1948. godine i datuma zaključenja tog sporazuma.³⁷

ŠVAJCARSKA – Sporazum između FNRJ i Švajcarske Konfederacije o naknadi za švajcarske interese u Jugoslaviji koji su pogođeni merama nacionalizacije, eksproprijacije i ograničenja, zaključen je u Bernu 27. septembra 1948. godine,³⁸ sa Dodatkom od 3. juna 1959. godine.³⁹ Ugovoreno je da jugoslovenska Vlada u roku od deset godina isplati švajcarskoj Vladi 75.000.000 švajcarskih franaka. Dejstvo Sporazuma iz 1948. i Dodatka iz 1959. godine prošireno je i na Kneževinu Lihtenštajn.

TURSKA – Protokolom o obeštećenju turske imovine i imovinskih interesa u Jugoslaviji,⁴⁰ od 5. januara 1950. godine, predviđeno je zaključenje posebnog sporazuma o obeštećenju. Sporazum između FNRJ i Turske o obeštećenju turskih dobara, prava i interesa nacionalizovanih u Jugoslaviji od 13. jula 1956. godine,⁴¹ predviđa da Jugoslovenska vlada treba da isplati Turskoj vladi najkasnije u roku od osam godina, iznos od 3.750.000 američkih dolara. Takođe, potpisan je i Sporazum o načinu plaćanja iznosa obeštećenja obeštećenja od 23. novembra 1960. godine.⁴²

³⁴ Sl. Vesnik Prezidijuma NSFNRJ, broj 17/1951.

³⁵ Službeni list FNRJ, broj 17/1951.

³⁶ Službeni vesnik Prezidijuma NSFNRJ, broj 25/1951.

³⁷ Stupio na snagu 20. janura 1965. god., Službeni list – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, broj 9/1965.

³⁸ Službeni list FNRJ, broj 16/1949.

³⁹ Službeni list – Dodatak – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, broj 8/1960.

⁴⁰ Službeni list FNRJ, broj 23/1950.

⁴¹ Službeni list FNRJ – Dodatak, broj 9/1960.

⁴² Službeni list FNRJ – Dodatak, broj 9/1961.

VELIKA BRITANIJA – Sporazum sa Vladom Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Severne Irske od 23. decembra 1948. godine,⁴³ koji se odnosi na obeštećenje britanske imovine, prava i interesa u Jugoslaviji, predviđa da Vlada Jugoslavije isplati Vladi Ujedinjenog Kraljevstva sumu od 4,5 miliona funti sterlinga na ime naknade za nacionalizovanu i po drugoj osnovi oduzetu imovinu. Ugovor se odnosi i na fizička i pravna lica na britanskim prekomorskim teritorijama (Kanada, Australijski komonvelt, Novi Zeland, Južna Afrika, Indija, Pakistan, Cejlon).

Posebno o vraćanju imovine folksdojčerima

Kao što je već rečeno, jugoslovenski građani nemačke nacionalnosti – Folksdojčeri, prvi su pogođeni merama nove jugoslovenske države posle Drugog svet-skog rata, jer je mnogima od njih, već propisom iz novembra 1944. godine, oduzeta imovina, a potom je usledilo njihovo masovno iseljavanje iz Jugoslavije, tako da ih je od oko pola miliona, u zemlji ostalo svega oko pet hiljada.⁴⁴

Nemačko stanovništvo u Jugoslaviji raspolagalo je značajnom imovinom koja je prešla u opštedržavno vlasništvo,⁴⁵ a vrednost te imovine niko nije zvanično utvrdio.⁴⁶ S početkom restitucije u Srbiji 2012. godine pojavili su se i bivši vlasnici – potomci Folksdojčera sa zahtevima za povrat oduzete imovine.⁴⁷

⁴³ Zbirka ugovora OUN, sveska br. 81/1951, sveska br. 119/1952.

⁴⁴ Detaljnije o oduzimanju folksdojčerske imovine i stavovima jugoslovenskih vlasti po tom pitanju videti: adv. Vladimir Todorović: “Denacionalizacija između nacionalizacije i privatizacije”, izd. Službeni list SRJ, Beograd, 2001, str. 24–27.

⁴⁵ Oduzeti nemački posedi imali su najznačajniju ulogu u obrazovanju zemljišnog fonda agrarne reforme u Jugoslaviji – 38,73%, ali ipak znatno manje nego u Čehoslovačkoj – 72%, ili u Poljskoj čak 75%. U celoj Jugoslaviji konfiskovano je 97.720 nemačkih poseda u površini od 637.930 ha, od čega je u Republici Srbiji konfiskovano 68.036 tih poseda u površini 389.449 ha, od toga 99,95% u Vojvodini (Nikola Gaćeša: “Agrarna reforma i kolonizacija u Jugoslaviji 1945–1948”, izd. Matica srpska, 1984, str. 361–362).

⁴⁶ Sa nemačke strane mogle su se čuti različite neslužbene procene, kao naprimer da je navodna vrednost oduzete nemačke imovine u Jugoslaviji oko 50 milijardi evra, od čega na Srbiju otpada 32,5 milijardi evra (predsednik Nemačkog narodnog saveza Rudolf Vajs – www.021.rs).

⁴⁷ Tokom zime 1940–1941 Kulturbund je sačinio tajni popis sveukupnog vlasništva (imovine) Nemaca u Kraljevini Jugoslaviji: nekretnine, kuće, zemljište, trgovine, zanatske radnje, gotovina, vrednosni papiri itd. Vlast je saznala za taj popis, ali nije reagovala niti je pokušala razjasniti njegove ciljeve i namenu. Popis je, po svemu sudeći, trebao poslužiti kao priprema u slučaju potrebe iseljavanja Nemaca iz Kraljevine Jugoslavije (Vladimir Gajger: “Njemačka manjina u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca / Jugoslaviji”, Centar za politikološka istraživanja, Zagreb, www.cpi.hr).

Formalnopravno, Folksdojčeri kojima je imovina oduzeta pre 9. marta 1945. godine, a ta vremenska razdelnica je postavljena u članu 1. Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, isključeni su iz prava na restituciju. U najvećem broju slučajeva folksdojčerska imovina je *ex lege* konfiskovana Odlukom Avnoja od 21. novembra 1944. godine, i oni ne ulaze u krug korisnika restitucije. Oduzeta imovina nije vraćena ni sudetskim Nemcima, kojih je u Čehoslovačkoj bilo šest puta više nego u Jugoslaviji, jer se Češka pozvala na tzv. Beneševe dekrete, koji su ozakonjeni prvim posleratnim ustavom Čehoslovačke 1946. godine, a predviđali su konfiskaciju nemačke imovine. U tom slučaju Evropski sud za ljudska prava je stao na stanovište "da ne može da preispituje činjenice na osnovu kojih je došlo do oduzimanja imovine s obzirom da se iste odnose na period pre pristupanja Čehoslovačke Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda".⁴⁸ To je, između ostalog, razlog što ni u drugim državama (Slovenija, Hrvatska), nemačka imovina nije vraćena sem nekih sporadičnih slučajeva. Tome treba pridodati i tzv. "Brionsku formulu" koju su u aprilu 1973. godine ugovorili Tito i Brant na Brionima, u vidu posebnog sporazuma ("Kapitalhilfe" vrednosti 700 miliona DM), koji je ratifikovan u Skupštini SFRJ 26. decembra 1974. godine, a kojim su po oceni međunarodne pravne javnosti konačno rešeni problem ratne štete i pitanje oduzete imovine nemačke nacionalne manjine u Jugoslaviji.⁴⁹

Prema tome, vraćanje folksdojčerske imovine u Srbiji nije izričito isključeno Zakonom o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, ali ima tri prepreke, materijalnopravnu, koja se tiče vremena od kada je konstituisano pravo na restituciju, sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava, po kojoj Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda ne deluje retroaktivno na svojinske odnose u državama članicama, i "Brionsku formulu" koja, i pored opaski da je još uvek pravna enigma, ipak predstavlja međunarodni akt kojim su razrešena dužničko-poverilačka pitanja između dve zemlje.

Postupak restitucije strane imovine

Zakon o opštem upravnom postupku i procesne odredbe u Zakonu o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju ne sadrže posebne odredbe o procesnom položaju stranih lica u postupku restitucije. U toj situaciji na njih se primenjuje opšti procesni režim koji važi za sve građane, po kom je stranac u načelu izjednačen

⁴⁸ Des Fours Walderode v. Czech Republic, 2003 – Decision as to the Admissibility of Application No. 40057/1998; isto u predmetu: Malhous v. Czech Republic, No. 33071/1996.

⁴⁹ Goran Nikolić: "Pitanje imovine bivše nemačke nacionalne manjine u Jugoslaviji", <http://www.nspm.rs/istina-i-pomirenje-na-ex-yu-prostorima>.

sa domaćim državljanima u pogledu pokretanja postupka, bilo da se pojavljuje kao podnosilac zahteva, tužilac, predlagač, žalilac ili kao druga stranka ili pak kao učesnik u postupku. To znači da on može pokrenuti postupak restitucije, sam sebe zastupati u tom postupku, sem u slučaju kad je obavezno zastupanje zakonom propisano za sve učesnike u postupku. Podnosilac zahteva za restituciju koji nema stalno prebivalište na teritoriji Republike Srbije, dužan je da prilikom podnošenja zahteva imenuje svog punomoćnika za prijem pismena i podnese punomoćje za to lice, ali to nije samo obaveza stranaca, već i domaćih državljana čiji domicil je u inostranstvu (v.član 42. st. 4, tač.1. Zakona).⁵⁰

Kada se kao podnosilac zahteva pred Agencijom za restituciju pojavi strani državljanin čija država je sa bivšom Jugoslavijom potpisala bilateralni ugovor o obeštećenju i likvidaciji potraživanja za imovinu nacionalizovanu u Jugoslaviji, takav zahtev bi, po pravilu, trebao biti odbačen i bez dubljeg ulaženja u postupak. U skoro svim gorenavedenim bilateralnim ugovorima, predviđeno je da primljeni iznos obeštećenja strana država samostalno raspoređuje bivšim vlasnicima oduzete imovine u Jugoslaviji i da time prestaju sve obaveze jugoslovenske države, a time i Srbije, prema oštećenim stranim fizičkim i pravnim licima. Čak i ako neki bivši vlasnik u toj stranoj državi, i pored zaključenog ugovora o obeštećenju, nije od svoje države dobio odgovarajuću kompenzaciju na ime oduzete imovine, to nije pitanje koje se tiče Republike Srbije, nego dotične strane države. Stoga je osnovano da zahtev za restituciju takvih lica treba biti, po pravilu odbačen kao nedopušten, s tim što, ipak, u svakom konkretnom slučaju treba poći od predočenih činjenica i podnetih dokaza, kao i slova i značenja pojedinačnog međunarodnog ugovora.

VLADIMIR TODOROVIĆ,
DANIJELA KOŽUL
Agency for Restitution of the Republic of Serbia

RESTITUTION AND COMPENSATION FOR FOREIGN CITIZENS AND LEGAL ENTITIES

Summary

The restitution of confiscated property to individuals in Serbia began in 2012, including foreign citizens whose property was confiscated by the measures of nationalization, confiscation and

⁵⁰ Od blizu 8.000 zahteva podnetih Agenciji za restituciju, do 1. oktobra 2012. godine, 190 su zahtevi koje su podneli strani državljani.

other forms of private property seizure after 9th March 1945. Foreign citizens and foundations founded by means of foreign capital can be the users of restitution under the condition of factual reciprocity and of not having been formerly compensated by their parent country, based on either its laws or an international contract. Furthermore, foreign citizens may be restituted provided they did not commit war crime during World War II. Bilateral international contracts on the compensation of nationalized property, rights and interests between Yugoslavia, whose legal successor is the Republic of Serbia, and 23 states were concluded in the period between 1945 and 1965. These contracts definitely regulate the relationship with numerous foreign countries related to confiscated property, based on which individuals and legal entities with the citizenship of those countries are compensated for the seized property, and therefore, excluded from the restitutorial procedure in Serbia. As a rule, the claims for restitution and compensation submitted by such individuals or entities shall not be legally processed and shall be rejected as illicit, on the grounds of their substantive legal request towards the Republic of Serbia having been already exhausted on the basis of this issue being regulated through bilateral international contracts. Related to the compensation of the confiscated property to German national minority – the Volksdeutscher – it is not fully excluded in Serbia by the Law on the restitution and compensation of confiscated property; however, there are three legal obstacles: temporal – relating to the date from which the right for restitution was constituted (only for the confiscations after 9th March 1945); jurisprudence of the European Court of Human Rights according to which the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms does not act retroactively to property relations in member states; and the “Brioni formula”, which, despite the comments about its being a legal enigma, still represents an international legal act which resolves the debtor-creditor issues between two countries.

DURĐE NINKOVIĆ

UTICAJ ZAKONA O NACIONALIZACIJI NA DRUŠTVENI MORAL

NEMORALNI ZAKONI

Prema Platonu postoji čvrsta veza između pravičnog prava i morala i dobrobiti i napretka ljudskog društva. Pravna i politička uređenja koja odstupaju od morala i pravičnosti, treba, gde god je moguće, da budu zamenjena uređenjem koje promoviše pravičnost, a samim tim i dobrobit ljudi.

Sveti Toma Akvinski nazivao je zakone koji nisu zasnovani na moralu “perverzним zakonima”. Škola prirodnog prava stoji na stanovištu da postoji čvrsta veza između prava, odnosno zakona i morala. To se odražava u maksimi da “nepravičan zakon nije pravi zakon”, odnosno da “nepravično pravo uistinu nije pravo”. Ukoliko zakoni koji se donose nisu moralni, tada ti zakoni ne predstavljaju pravo i nemaju autoritet.

U svojoj besedi iz 1997. godine Prof. Slobodan Perović je ukazao na značaj teorije Gustava Radbruha koji je razvrstao zakone na pravedne, podnošljivo nepravedne i nepodnošljivo nepravedne. Nepodnošljivo nepravedni su zakoni kojima se krše osnovna ljudska prava, kao što su pravo na život, pravo na ličnu slobodu i pravo na posedovanje imovine. Najbolji način da se ljudi oslobode ovakvih zakona jeste njihovo ukidanje. Ako takvi zakoni nisu ukinuti, kao što je to slučaj u Republici Srbiji, onda Radbruch osporava njihovu važnost. Međutim, sudija-

Durđe Ninković, advokat u Beogradu.

ma je teško da odbiju primenu važećih zakona, pa im onda preostaje da ih tumače u skladu sa opšte prihvaćenim načelima prirodnog prava i morala, i na taj način ublaže ili eliminišu njihovu nepravедnost.

Država je glavni i osnovni kreator korupcije i nemorala kroz donošenje i sprovođenje nepoštenih i nemoralnih zakona. Brojni su primeri takvih zakona donetih od samog nastanka bivše Jugoslavije pa do danas. Na prvom mestu tu su svi zakoni o prisilnom oduzimanju privatne imovine doneti i sprovedeni od 1945. do 1958. godine. Zatim tu dolaze kazneni zakoni iz toga perioda na osnovu kojih su izricane drakonske kazne iz političkih i ideoloških razloga. Izgledalo je da je Ustav iz 1974. godine prekinuo sa primenom tih zakona. Ali, kako to lepo objašnjava Prof. Perović u svojoj besedi sa Kopaonika od 1992. godine, mada je Ustavom utvrđeno da se "istorijski zakoni" ne mogu više primenjivati Skupština SFRJ je donela odluku da ovi zakoni važe i da se imaju primenjivati sve dok ne budu ukinuti. Takvo stanje u našem zakonodavstvu traje, pa su i dan danas na snazi zakoni doneti u periodu konsolidacije diktature proletarijata i ustoličenja autoritarne vladavine koji sadrže odredbe protivne poštenju i opšte prihvaćenom moralu.

Vrlo polako i sa ogromnim zakašnjenjem prodire svest o nemoralnosti i nepoštenju tih, davno donetih zakona. To se ogleda naročito u donošenju niza zakona o vraćanju imovine i zakona o rehabilitaciji nepravedno osuđenih lica. Međutim, uprkos otvorenom priznanju da se radilo o zakonima kojima su kršena osnovna ljudska prava na život, slobodu i mirno uživanje imovine, još uvek se nastavlja sa primenom tih zakona i, naročito, sa kočenjem i usporavanjem svih procesa koji bi pomogli da se pogubne društvene posledica tih zakona uklone. Tu na prvom mestu pada u oči član 15. Zakona o privatizaciji kojim je dozvoljena prodaja u postupku privatizacije imovine koja je nacionalizovana ili konfiskovana i prisilno oduzeta od vlasnika. Na taj način je produžena primena mnogih zakona o oduzimanju privatne imovine sve do danas, a i ubuduće, dogod se bude primenjivao Zakon o privatizaciji, bez obzira što se uveliko stalo na stanovište da su zakoni o oduzimanju imovine bili nemoralni i predstavljali teško kršenje ljudskih prava.

Zatim tu dolazi Zakon o vraćanju imovine iz 2011. godine koji ustvari predstavlja dovršenje procesa prisilnog oduzimanja započetog 1945. godine i pokušava da vlasnike prisilno lišene poseda pre 50. i više godina, sada liši i svojine uz ponižavajuću naknadu. Brojni su izuzeci od vraćanja imovine pobrojani u Članu 18., a jedan od tih izuzetaka u tački 11. glasi: "i u drugim slučajevima utvrđenim ovim zakonom", čime se daje mogućnost izuzimanja neke imovine od vraćanja na potpuno proizvoljan način. Zakonodavac se nada da će zakon biti sproveden i obrasci kojima se vlasnici odriču svojine biti potpisani uzdajući se u bedu i sirotinju u kojoj se vlasnici nalaze.

To su drastični primeri nastavljanja kršenja osnovnih ljudskih prava od strane zakonodavca danas, kada je na velika zvona proklamovana politika poštovanja i sprovođenja ljudskih prava od strane države. Te proklamacije su praćene i pristupanjem Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i donošenjem Ustava iz 2006. godine. Međutim, mada je Konvencijom preuzeta obaveza da se garantuje pravo na neometano uživanje imovine, i to pravo potvrđeno članom 58. Ustava, i dalje se sprovode i održavaju na snazi, pa i prikriveno donose novi zakoni o oduzimanju.

NEMORALNI ZAKONI I SUDOVI

Od 1945. godine sudovi su, sa retkim časnim izuzecima, svojski primenjivali nemoralne zakone i oterali u smrt i na robiju na hiljade ljudi, a bespoštedno donosili odluke o oduzimanju imovine i štitali administrativne državne organe u ovakvim nedelima. To je imalo za posledicu kvarenje sudijskog morala, jer su, bilo iz entuzijazma, bilo iz straha, sudije donosile nemoralne presude, potpuno svesne da to čine iz "revolucionarnih razloga" ili iz straha za svoj sopstveni opstanak. Dugom primenom nemoralnih zakona vremenom se kod sudova gubila i potpuno izgubila svest o moralu, poštenju i pravičnom pravu. Presude su se svodile na mehaničko primenjivanje represivnih i nemoralnih zakona.

Čovek se, iz sadašnje perspektive, čudi kako je bilo moguće da ceo sudski aparat od 1945. godine zatvori oči pred pravdom i bespogovorno sprovodi represivne i nemoralne zakone, ali nalazi nekog tankog opravdanja u činjenici da komunistička revolucija nije prezala od ubijanja i proganjanja svojih neposlušnih sluga. Međutim, potpuno je nepojmljivo da sudije i dan danas mirno pristaju da, kroz član 15. Zakona o privatizaciji i na druge načine, kao što je odbijanje da se donesu uredna rešenja o nasleđivanju pripadnicima građanske klase, nastavljaju represiju započetu 1945. godine. Iz toga proizilazi da sudovi i danas drže da pripadnici srednje klase nisu punopravni ljudi, da nisu zaštićeni odredbama o ljudskim pravima, i da ih treba i dalje proganjati i kinjiti dogod i poslednji ne iščezne. Interesantno je ovde, kontrasta radi, zapaziti kako nova buržoazija, tako zvani tajkuni, uživaju potpunu, brzu i efikasnu sudsku zaštitu često na štetu radništva i pravih vlasnika.

Posledica niza godina primene nemoralnih zakona i ovakvog sudovanja je relativizovanje granice između moralnog i nemoralnog, poštenog i nepoštenog, pravičnog i nepravičnog kod sudova. Pošto su sudovi svetionici i putokazi za ponašanje građana nije nimalo svejedno kako sudovi sude i na koji način primenjuju nepravične i nemoralne zakone. Ne treba zaboraviti da sudije imaju veliku i nezavisnu vlast, kada to hoće, i da svojim presudama mogu u velikoj meri, a verovatno i potpuno, ublažiti, pa i ukinuti negativno dejstvo nemoralnih zakona.

Nema sile koja može sudiju naterati da protiv svoje savesti i poštenja primeni bilo koji zakon.

PRIMERI NEMORALNOG SUĐENJA

Samo iz svoje advokatske prakse pisac će navesti nekoliko primera nemoralnog i nepoštenog suđenja. Tako je po tužbi Zadužbine Kralj Petar I Karađorđević iz Topole traženo da se utvrdi da imovina Zadužbine nije konfiskovana ukazom o konfiskaciji imovine kraljevske porodice Karađorđević, jer nije pripadala kraljevskoj porodici, nego Zadužbini. Prvostepeni sud je osam puta donosio povoljnu presudu koju su viši sudovi poništavali, da bi, na kraju, tužiocima bilo uskraćeno pravo na reviziju zbog retroaktivne primene Zakona o parničnom postupku.

Srpska Akademija nauka, kao staralac Zadužbine Samuila i Goluba Janića podnela je tužbu kojom je tražila da se izvrši brisanje tuženog HUTP "Balkan" kao nosioca prava svojine, jer je upis izvršen nezakonito i protivno zabrani iz Zakona o posebnim uslovima prodaje određenih nepokretnosti u državnoj svojini kojim je zabranjena prodaja poslovnog prostora koji je pripadao zadužbini. Sudovi su odbili tužbeni zahtev kao neosnovan, a pravo na reviziju je i ovde bilo uskraćeno zbog retroaktivne primene ZPP-a.

Vlasnica jednog beogradskog hotela podnela je tužbu kojom je tražila da se utvrdi da hotelska zgrada nije nacionalizovana, jer 1948. godine nije pripadala hotelskom preduzeću, nego mu je bila iznajmljena na korišćenje. Kada je 1958. godine donet Zakon o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta zgrada nije nacionalizovana, jer se pogrešno držalo da je pripadala nacionalizovanom preduzeću. Viši sud u Beogradu, kao prvostepeni sud je, protivno podnetim dokazima, tužbu odbio.

U ostavinskom postupku iza lica rehabilitovanog 2008. godine Prvi osnovni sud u Beogradu kao Ostavinski sud protivzakonito odbija da izvrši raspodelu po Zakonu o nasleđivanju novopronađene imovine samo da ne bi omogućio naslednicima da povrate svojevremeno konfiskovanu imovinu. Isto tako u ostavinskim postupcima iza pokojnih industrijalaca i pivara iz Beograda, rehabilitovanih 2008. godine, Prvi osnovni sud u Beogradu kao Ostavinski sud odbija da izvrši raspodelu po Zakonu o nasleđivanju novopronađene imovine samo da bi sprečio naslednike da povrate svojevremeno konfiskovanu imovinu.

Dakle, sudeći po ovim primerima iz prakse, sudovi na sve moguće načine pokušavaju da produže važenje i prošire domašaj raznih nemoralnih i represivnih zakona o oduzimanju imovine i kažnjavanju. Na ovaj način se nastavlja sa vređanjem dostojanstva, ravnopravnosti i slobode pripadnika građanske klase i produžava beznađe započeto 1945. godine.

GRAĐANI I SUDSKA PRIMENA NEMORALNIH ZAKONA

Veliki broj građana kada vidi da sudovi ne sude pravično i da primenjuju nepravične i nemoralne zakone staje na stanovište da je to pravo, odnosno da je nepravo pravo. Ako je nepravo pravo, onda i nemoral može biti moral, onda i zlo može biti dobro.

Pošto država kroz nepravične i nemoralne zakone uz svesrdnu pomoć sudova grabi za sebe tuđu imovinu, onda zašto ne bi prosečan građanin od te velike pljačke nešto malo uštinuo za sebe, ili sebi pribavio neku korist. Dakle, ako se nalazi na položaju koji omogućuje donošenje bilo kakvih administrativnih ili službenih odluka, zašto ne bi i za sebe zatražio neku ekstra nagradicu.

Državni službenici na visokim položajima, kada vide kolika oduzeta imanja država besplatno koristi kao svoja, dok vlasnici trunu u bedi, nemaju razloga da budu bolji od države i da se uzdrže od poroka koristoljublja. Pošto sudovi ne gone državu za nemoral i nepoštenje, nego, naprotiv, sprovode nepoštene zakone, zašto bi takvi sudovi bili strožiji prema nekome funkcioneru koji čini ono isto što i država. Sav ovaj korpus nemoralnog i nepoštenog ponašanja države i sudova preslikava se u građanstvo, koje vremenom relativizira moral i umesto poštenog i moralnog ponašanja prelazi na, po sebi, korisno i unosno ponašanje. Kada se to proširi u narodu, kao što se dogodilo u Srbiji, onda ljudi gube veru jedni u druge, Gubitkom poverenja između ljudi u državi potpuno se ruši Rusoov "društveni ugovor" i država postaje jedna bezobzirna gomila pojedinaca zainteresovanih samo za ličnu dobit i opstanak.

IZLAZ IZ ZAČARANOG KRUGA

Po mišljenju pisca ovoga članka osnovni problem Srbije nije ekonomija, nego moral. Na svakome koraku građanin se susreće sa primerima korupcije i nemoralu. Kada se usprotivi nemoralu i odupre korupciji suoči se sa čitavim dobro povezanim lancem kontroverznih biznismena i državnih službenika, koji se žilavo brane i štite jedni druge. Stoga je skoro nemoguće ostvariti svoje ekonomske interese i ljudska prava, a da se građanin ne uključi o ovaj opaki lanac koji od, do tada poštenih ljudi, stvara učesnike u korupciji.

Gde je uzrok ovog trulog stanja i kako ga lečiti?

Kao što je država zaustavila hiperinflaciju čim je prestala da štampa novac bez pokrića, tako i sada na državi leži zadatak i teret zaustavljanja korupcije i nemoralu. To neće biti tako brzo i lako kao što je bilo sa inflacijom, i neće biti tako radikalno, ali je to zaista izbor između daljeg života i smrti države, i to u svim funkcijama, a ne samo u fiskalnoj.

Dakle, na prvom mestu država treba da sačini iscrpnu listu svih nemoralnih zakona i da ih ukine sa dejstvom od njihovog donošenja. Ovo rešenje će protivnici napasti kao isuviše radikalno i skoro nemoguće da se sprovede. Međutim, bilo je u vreme revolucije, teško, komplikovano i radikalno donošenje i sprovođenje zakona o nacionalizaciji, kofiskaciji i lišenju života i slobode iz ideoloških razloga, pa su ipak, na veliku štetu Srbije, doneti i sprovedeni. Uostalom, ne radi se o ničemu manjem nego o spasu Srbije.

Loša ekonomska situacija proizilazi iz korupcije i krađe koja vlada u svim segmentima privrede i državne uprave. Iseljavanje stanovništva i nizak natalitet proizilaze iz gubitka vere da se može obezbediti pristojan i dostojanstven život u potpuno korumpiranoj i nemoralnoj državi.

Istrebljenjem srednje klase Srbija je sama sebe osudila na propast. Srednja klasa je najproduktivnija klasa u svim modernim državama. Ona održava Ameriku, Nemačku, Francusku i Englesku u vrhu ekonomski uspešnih zemalja, i velikom energijom doprinosi brzom rastu privrede u Braziliji, Indiji, Rusiji i Kini. U Srbiji mi imamo siromašne slojeve naroda sa jedne strane, i izuzetno bogat mali broj ljudi sa druge strane. U sredini je praznina koja uništava Srbiju. Tu prazninu treba popuniti obnovljenom srednjom klasom, a obnove nema bez moralnih zakona i pravičnog sudstva.

Ukidanje nemoralnih zakona bi za posledicu imalo razrešenje dileme sa kojom je sada suočeno sudstvo, početak primene zakona zasnovanih na prirodnom pravu i moralu, a to bi se vremenom prenelo i na celo društvo.

ĐURĐE NINKOVIĆ
Lawyer, Belgrade

SOCIAL MORALS AND THE LAWS OF NATIONALISATION

Summary

The School of Natural Law draws its roots from the teachings of Plato and St. Thomas Aquinas according to whom there is strong connection between morality and social wellbeing and progress. According to them the "unjust law" is not true law. Professor Slobodan Perović has pointed out the teachings of Gustav Radbruch according to whom there exist "unbearably unjust laws" which should be repealed by the governments. If they are not repealed, then the judges must apply them but they should try to interpret them as much as possible along the lines of current morality and honesty.

Professor Perović in his Kopaonik speech dated 1992 criticised current position in Serbia, where the former Constitution dated 1974 discontinued application of the nationalisation and confiscation laws, but the Parliament of the SFR Yugoslavia refused to repeal them, thus extending their reach till today.

MARKO RADOVIĆ

NEPRAVNA I NEMORALNA SELEKTIVNOST ZAKONA O VRAĆANJU IMOVINE I OBEŠTEĆENJU

NEPRAVNA SELEKTIVNOST VRAĆANJA ODUZETE IMOVINE I OBEŠTEĆENJA U REPUBLICI SRBIJI

Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju usvojen je u septembru 2011. godine.¹ Vraćanje, odnosno obeštećenje odnosi se na oduzetu imovinu nakon 9. marta 1945. godine, kao i na ona oduzimanja koja su posledica Holokaušta na teritoriji koja danas čini teritoriju Republike Srbije.² Krug lica sa pravom na vraćanje oduzete imovine i obeštećenje ovim zakonom je ograničen na fizička lica, i među pravnim licima na zadužbine i njihove pravne sledbenike. Pravo na vraćanje oduzete imovine i obeštećenje priznato je i stranim državljanima

Marko Radović, master, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ Adekvatnost terminološke upotrebe izraza "obeštećenje" se u pravnoj teoriji nikako ne sme tumačiti nespornom. Izraz "obeštećenje" bi se mogao upodobiti izrazu "nadoknada štete", koja podrazumeva obavezu štetnika da oštećenome nadoknadi prouzrokovanu štetu. (Jakov Radišić, *Obligaciono pravo*, Nomos, Beograd, 2004, str. 180). Međutim, pravdajući se da "ukupan iznos obeštećenja ne sme ugroziti makroekonomsku stabilnost i privredni rast" zemlje, Zakonom o vraćanju imovine i obeštećenju je odredbama čl. 30 st. 2 i čl. 31 st. 3 Zakona, propisano da ukupan iznos "obeštećenja" ne sme preći dve milijarde evra uz iznos uvećan za kamatu od dva procenta godišnje od početka 2015. godine do isteka rokova dospeća obveznice, dok ukupno "obeštećenje" svakom vlasniku pojedinačno ne sme preći iznos od petsto hiljada evra. Da li se propisivanje *a priori*, pre utvrđivanja tržišne vrednosti oduzete imovine i određivanja visine štete, paušalno ograničavanje iznosa nadoknade može smatrati obeštećenjem? Svakako ne.

² Videti čl. 1 Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju.

pod uslovom reciprociteta, osim ukoliko obavezu obeštećenja prema njima nije preuzela strana država, bilo na osnovu međunarodnog ugovora bilo na osnovu unutrašnjeg prava, i ukoliko nisu bili pripadnici okupacionih snaga. Inače, ovim zakonskim propisom utvrđeno je načelo prioriteta vraćanja imovine u naturalnom obliku nad obeštećenjem. Tek ukoliko, primenom ovog zakona, nije moguće obezbediti da se oduzeta imovina vrati bivšem vlasniku u svojinu i državinu, bivši vlasnik ima pravo na obeštećenje.³

Po svim napred navedenim karakteristikama moglo bi se zaključiti da doneti izvor prava o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju ima karakter opšteg zakona. Međutim, u svojim prelaznim i završnim odredbama, zakon propisuje da će se primena ovog zakona na teritoriji Autonomne pokrajine Kosovo i Metohija urediti tek po prestanku funkcionisanja međunarodne uprave uspostavljene u skladu sa Rezolucijom 1244 Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija. Na taj način je jednim potezom pera precrtano pravo svi imaoca prava na vraćanje oduzete imovine i obeštećenje sa prostora naše južne pokrajine, samo zato što se njihova imovina nalazi na prostoru Kosmeta. Već egzistencijalno i životno ugroženi, naši sunarodnici ostaju ovom pravnom normom diskriminirani i u pogledu imovinskih prava. Pitanje koje se ovde nameće jeste da li se onemogućavanjem dostupnosti već njima udaljenog pijedestala pravde, prvo od čitave međunarodne zajednice a sada i okretanjem ledja od same države čiji su pripadnici, doprinosi afirmaciji vladavine prava? Odgovor nikako ne sme biti pozitivan, jer bi se u tom slučaju vladavina prava poistovetila sa vladavinom fakta.

Sledom navedenog, pitanje ustavnosti ove zakonske odredbe nameće se kao prioritarno. Naime, pravo svojine je najapsolutnije stvarno pravo.⁴ Neprikosnovenost ovog prava zajemčena je i Ustavom.⁵ Iako izričito ne propisuje, Ustav neprikriveno favorizuje privatnu svojinu.⁶ S druge strane, promovisanjem kataloga ljudskih i manjinskih prava i sloboda, ideja ljudskih prava definiše se kao stub pravnog poretka i osnovna vrednost ustavne demokratije. I pored činjenice da čitav drugi deo Ustava praktično predstavlja inkorporaciju Povelje o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama iz 2003. godine,⁷ u njemu je propi-

³ Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, čl. 8 st. 1.

⁴ Valtazar Bogišić u čl. 1015. Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru od 1888. godine govori: "Kažeš li o kakvoj stvari moja je, to je najviše što kazati možeš".

⁵ Ustav Republike Srbije (*Sl. glasnik RS*, br. 98/2006).

⁶ Ratko Marković u članku "Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički osvrt", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2009, na str. 14, u prilog favorizacije privatne svojine govori da se u Ustavu Republike Srbije iz 2006. godine govori o "ravnopravnosti privatne i drugih oblika svojine" (čl. 82 st. 1), a po njemu se "postojeća društvena svojina pretvara (se) u privatnu svojinu..." (čl. 86. st. 3). Dakle, tzv. transformacija društvene svojine je jednosmerna.

⁷ Povelja o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama (*Sl. list SCG*, br. 6/2003).

sano da se jemče, i kao takva, neposredno primenjuju ljudska i manjinska prava zajemčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima. Odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače se u korist unapredjenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njegovo sprovođenje.⁸ Neposredna primena ljudskih i manjinskih prava podrazumeva obavezu svih državnih organa da se u procesu zaštite zagarantovanih prava i sloboda, moraju pridržavati opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora koji čine sastavni deo našeg pravnog poretka.

Time se ideja prirodnog prava, proklamovana kroz pravo na slobodu i jednakost u dostojanstvu i pravima, prihvata kao aksiom.⁹ Svi građani jedne države moraju biti jednaki pred zakonom, shodno principu jednakog postupanja u jednakim stvarima odnosno nejednakom postupanju u nejednakim stvarima. To je jedini put kojim se pod svodom prirodnog prava može prevazići prolaznost pozitivnog prava, njegove voljnosti ili proizvoljnosti. Otuda i imaoci prava na vraćanje i oduzete imovine na Kosmetu, moraju imati mogućnost da u skladu sa odredbama Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju i opšteprihvaćenim principima međunarodnog prava, poput svih drugih građana, ostvare svoje pravo na vraćanje oduzete imovine ili obeštećenje u slučaju nemogućnosti vraćanja. Ovo podrazumeva potrebu za apsolutnom neprimenom odredbe čl. 65 ovog Zakona, uz obrazloženje njene neustavnosti.

Svi razlozi pravednosti i vladavine prava upućuju na ovakav zaključak. Autonomna pokrajina Kosovo i Metohija je sastavni deo Republike Srbije.¹⁰ To je dovoljan razlog da u skladu sa principom ustavnosti građani ove srpske pokrajine imaju sva prava i obaveze poput ostalih državljana Republike Srbije, pa i prava na vraćanje oduzete imovine i obeštećenje. Svaki pokušaj zabrane primene Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju prema imaocima ovog prava na imovini sa Kosmeta, vodio bi isključivo zloupotrebi prava. Čak i sama Rezolucija 1244 Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija,¹¹ nigde ne pominje ikakva ograničavanja svojinskih prava, koja su po svojoj prirodi apsolutna. Ni navođenje razloga da je Kosmet pod međunarodnom upravom i da se vraćanje oduzete imovine i

⁸ Ustav Republike Srbije, čl. 18.

⁹ Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, čl. 1; Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, čl. 14, Povelja o ljudskim i manjinskim pravima i osnovnim slobodama, čl. 3 st. 1; Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, čl. 2 st. 1.

¹⁰ Ustav Republike Srbije, čl. 182 st. 2.

¹¹ Rezolucija 1244 Ujedinjenih nacija, usvojena na 4011. sastanku Saveta bezbednosti, 10. juna 1999. godine.

obeštećenje ne može sprovesti do okončanja iste, ne može se smatrati osnovanim. Naime, vraćanje oduzete imovine i obeštećenje nikako se ne može odnositi na pitanje upravljanja imovinom sa Kosmeta, već na rešavanje njenog svojinskopravnog statusa. Otuda rešavanje ovog pitanja isključivo je u nadležnosti organa Republike Srbije i ne postoje nikakve pravne ni faktičke smetnje da se ovaj postupak odvija i prema imovini koja se nalazi na Kosmetu.¹² Eventualni argumenti stvaranja pravne nesigurnosti u slučaju zanemarivanja ove zakonske odredbe mogu voditi samo svojoj suprotnosti, jer nejednaka primena prava predstavlja izvoriste pravne nesigurnosti.¹³ Momenat prestanka funkcionisanja međunarodne uprave na Kosmetu za sada je potpuno neizvestan, pa eto još jednog valjanog razloga zašto treba omogućiti imalcima prava na vraćanje imovine sa Kosmeta da svoja prava putem ovog zakona ostvare. I u situaciji kada bi se u odbrani ovog neustavnog zakonskog rešenja pošlo od doktrine da vraćanje oduzete imovine ne predstavlja imovinsko pravo, već njegovo legitimno očekivanje, štice članom 1. Prvog protokola Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda od 20. marta 1952. godine,¹⁴ valja istaći da ovi argumenti nemaju mesta primeni u konkretnom slučaju, obzirom da se obespravljanjem ove kategorije lica u pogledu prava na vraćanje oduzete imovine i obeštećenje flagrantno krše osnovna ljudska prava garantovana opšteprihvaćenim međunarodnim izvorima prava i vode diskriminaciji ovih lica. Pozivanje na doktrinu očekivane naknade može se primeniti jedino u slučaju obeštećenja ispod tržišne vrednosti oduzete imovine.

Ukoliko, pak, vraćanje imovine u naturi ne bi bilo moguće sprovesti usled objektivnih okolnosti, bivši vlasnik na imovini sa Kosmeta imao bi legitimno pra-

¹² U prilog tome govori i činjenica da su raspoložive zemljišne knjige sa teritorije AP Kosova i Metohije nakon 11. juna 1999. godine, prenete u unutrašnjost Republike Srbije. Tako se usvajanjem zahteva o vraćanju imovine, u slučaju njegove osnovanosti, može izvršiti i upis prava svojine imalaca ovog prava u zemljišnim knjigama.

¹³ Interesantno je pomenuti da Nacrt zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, u svojoj radnoj verziji za javnu raspravu od 29. jula 2011. godine, nije sadržao ovu spornu zakonsku odredbu, što govori da ista nije ni bila predočena očima javnosti. To potvrđuje da sadržina ovog neustavnog rešenja predstavlja plod uticaja antidržavnih i nemoralnih interesa.

¹⁴ Dušan Rakitić, "Analiza osnovnih elemenata opšteg zakonskog rešenja restitucije u Srbiji iz perspektive prakse Evropskog suda za ljudska prava", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2011, str. 213., upućuje da su odredbom čl. 1 Prvog protokola Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda od 20. marta 1952. godine, određeni dozvoljeni osnov i granice državne intervencije. On dalje ističe da se u praksi Evropskog suda pravde, u pogledu visine naknade štete u slučaju nemogućnosti naturalne restitucije (denacionalizacije) primenjuje doktrina očekivane naknade, a ne imovinskog prava njegovih imalaca, što opravdava mogućnost da se obeštećenje izvrši i u visini ispod tržišne vrednosti oduzete imovine, pa čak i ograniči na iznos predviđen zakonom, zarad zaštite opedruštvenih interesa.

vo na obeštećenje, koje je po svojoj pravnoj prirodi supsidijarno, a čija visina može biti ograničena u skladu sa zakonom, zarad zaštite opštedruštvenih interesa.¹⁵

Sve napred navedeno upućuje na postojanje “zakonskog neprava”¹⁶ u odredbi čl. 65 Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju. Stoga, mogućnost nadvladavanja prava nad nepravom stoji u neposrednoj primeni ustavnih odredbi i prostom zanemarivanju ove neustavne zakonske odredbe. Međutim, imajući u vidu da je postupak vraćanja oduzete imovine i obeštećenja po svojoj prirodi upravni postupak, što moguće predstavlja još jedan propust zakonodavca,¹⁷ teško je očekivati da će upravni organ (Agencija za restituciju) imati sluha za uočavanje ovog nepodnošljivog “raskoraka” sa načelom vladavine prava i snagom svog krhkog autoriteta pribеći neposrednoj primeni Ustava. Otuda je prevashodna odgovornost upravnih sudova da oslušnu vapaj za pravdom, i u prilog očuvanja pravne države neposredno primene Ustav. Jer, primena zakonske norme kojom se izriče samovolja nepodnošljive nepravde, ako već nije uklonjena umnošću zakonodavca, jedino se može sprečiti interpretacijom te norme od strane sudije (narочito teleološkim tumačenjem) u skladu sa visokim načelima prirodnih odnosno ljudskih prava, danas kodifikovanih u opšteprihvaćenim dokumentima međunarodnog prava i ratifikovanih od strane domaćeg pravnog poretka.¹⁸ Svojom stručnošću i umnošću, noseći glas zakona, ali ne po pozitivističkom automatizmu, već po neophodnosti primene i interpretacije zakona u smislu legitimne pravde, sudije upravnih sudova moraju nepravednu, subjektivnu i niskomoralnu realnost iskoreniti umnim tumačenjem pravde.

Takođe, u skladu sa proklamovanom mogućnošću individualne zaštite ljudskih i manjinskih prava pred Ustavnim sudom, ocena ustavnosti sporne zakonske odredbe može se zatražiti putem inicijative za pokretanje postupka za ocenu

¹⁵ Petar Simoneti, “Pravila denacionalizacije u Republici Hrvatskoj”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1-2/2003, str. 112., napominje da se i u hrvatskom pravu ukupan iznos naknade u slučaju nemogućnosti naturalne restitucije ograničava na iznos od 3.700.000,00 Kn.

¹⁶ Mirko Vasiljević, *nav. delo*, str. 21.

¹⁷ Odredbom čl. 40 st. 1 Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, propisano je da po zahtevu za vraćanje oduzete imovine postupak vodi Agencija (Agencija za restituciju), kao javna agencija, preko područnih jedinica, a u skladu sa ovim zakonom i zakonom koji uređuje opšti upravni postupak. Moguće je da ozbiljnost materije koja se ovim zakonom reguliše, dovodi u sumnju mogućnost ma koje Agencije da odgovori ovom važnom zadatku. Čini se da bi ovo pitanje bilo sigurnije poveriti sudovima opšte nadležnosti. To potvrđuje upravo konkretna problematika, u kojoj bi sudovi opšte nadležnosti, zbog svoje stručnosti i autoriteta, imali više sluha pri uočavanju neustavnosti ma koje zakonske odredbe i tada pribegli neposrednoj primeni Ustava. Svakako, postoji još mnogo razloga u prilog tvrdnji da je zakonodavac isuviše pretenciozno poverio nadležnost jednom upravnom organu (npr. relevantna procena tržišne vrednosti imovine, poštovanje pravila postupka) i pored činjenice da se u slučaju neuspeha u sporu može pokrenuti upravni spor.

¹⁸ Slobodan Perović, *nav. delo*, str. 196.

ustavnosti, kao i putem ustavne žalbe ali samo u slučaju iscrpljenja ili nepredviđanja drugih pravnih sredstva za njihovu zaštitu.¹⁹ Valja pomenuti da povrh pružanja pravne zaštite u okviru našeg nacionalnog pravnog sistema, po iscrpljenju svih unutrašnjih pravnih lekova, Evropski sud za ljudska prava može uzeti predmet u postupak, u roku od šest meseci od donošenja pravnosnažne sudske odluke.²⁰

Međutim, postoji objektivna bojazan da pitanje postavljeno u vezi ostvarivanja prava na vraćanje oduzete imovine na Kosmetu i obeštećenje, uz zanemarivanje pominjane neustavne odredbe, ne bi bilo rešeno u korist podnosioca eventualnih predstavlki sa Kosmeta. Ovo iz razloga što je većina članica evropske zajednice zemalja već podržala, pa čak i od strane pojedinih članica kreirala antičovečnu, "nemilosrdnu" secesiju naše teritorije.

Stoga, posebna je odgovornost sudija našeg Ustavnog suda da svojom nesporom umnošću i savesnošću, kao najviši stepen sudske vlasti u konkretnom slučaju, odgovore na zadatke pravne jednakosti i vladavine prava, te tako, pozivajući se na elementarne izvore prava čoveka, omogućće primenu Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenja i svojim građanima sa Kosmeta, podjednako kao i svima ostalima.

NEMORALNA SELEKTIVNOST VRAĆANJA ODUZETE IMOVINE I OBEŠTEĆENJA U REPUBLICI SRBIJI

Polazeći od teorije tripartacije pozitivnog i prirodnog prava, i činjenice "... da se prirodno pravo, najpre, javlja kao supstrat i kao uzor mnogim rešenjima pozitivnog prava, potom kao supsidijaran i neposredan izvor prava, i treće, prirodno pravo se javlja kao korektivni faktor pozitivnom pravu",²¹ u nedoumici koje je pravo moralno i pravedno, odgovor valja naći u prirodnom pravu.²²

No, čak i bez dubokog zalaženja u filozofiju prava, posmatrajući moral kroz moralne vrline, kao lične sklonosti koje motivišu na izvestan oblik ponašanja, poželjnog i dostojnog hvale,²³ može se reći da, uprkos funkcionalnim razlikama,²⁴

¹⁹ Ustav Republike Srbije, čl. 168, st. 2 i čl. 170.

²⁰ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, čl. 35 st. 1.

²¹ Slobodan Perović, *nav. delo*, str. 128.

²² Gordan Vukadinović, "Ideja prirodnog prava i pravde u našoj tradiciji", *Pravni život*, br. 9-10, 1994, str. 702., upućuje da po Jovanu Filipoviću, jednom od "začetnika srpske filozofske misli o prirodnom pravu", najslavnije urođeno prirodno pravo jeste pravo čovečnosti i morala.

²³ Peter Koler, "Pravo, moral i vrlina", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2005, str. 61, (preveo: Miloš Zdravković).

²⁴ Peter Koler, *nav. delo*, str. 67, ističe da nasuprot moralu, pravo je sistem heteronomnih normi koje su zasnovane na autoritativnom propisivanju pre nego na dobrovoljnom prihvatanju, a ono postaje delotvorno obično putem formalne prinude, umesto neformalnog društvenog pritiska.

svaki pozitivnopravni izvor prava je povezan s moralom u tom smislu što zahteva moralno opravdanje. Stoga, svaki pozitivnopravni izvor prava koji se isuviše udaljava od morala, dovodi pravni sistem u svoju kontradiktornost, manifestovanu kroz stalne moralne konflikte sve do neprihvatanja prava.

Napred navedeno upućuje da se prirodno pravo, čak i u slučajevima gde se imperativno ne reguliše kao pravna obaveza, može uspesti na pijedestal ne samo konvencionalnog, već i racionalnog morala, odnosno morala zasnovanog na valjanim, racionalnim razlozima.²⁵ Pri tome, valja istaći da su moralne norme zasnovane na valjanim razlozima samo ukoliko postoji dovoljno relevantnih pokazatelja koji upućuju da bi te norme trebalo da budu opšteprihvaćene od svih pojedinaca, kao osnov uređenja ljudskih odnosa. U tom duhu posmatrano, može se konstatovati nužnost da norme prirodnog prava, manifestovane kroz prizmu racionalne (umne) koncepcije prirodnog prava, kao univerzalnog i najmoralnijeg, moraju biti osnov svake pravne države. U nas one predstavljaju pravnu obavezu proklamovanu najvišim pozitivnopravnim aktom, Ustavom Republike Srbije.

Ta činjenica upućuje da je osnovni zadatak i svrha pravičnosti i morala, posmatranih isključivo kroz ideju prirodnog prava, "...da pozitivno pravo u konkretnim slučajevima dovodi u sklad sa društvenim shvatanjem pravednog, otklanjajući naročito negativne posledice statičnosti i opštosti pravila pozitivnog prava."²⁶ Nesklad između pravičnosti i pozitivnog prava otklanja se i tumačenjem, analogijom, proširivanjem sudijske vlasti i pravnim standardima. Pozitivno pravo treba stalno da izražava i ostvaruje pravedno pravo i da se prilagođava savremenim društvenim shvatanjima pravde. Jedino tako ono može biti u saglasju sa univerzalnim pravnim vrednostima.

Stoga, svaka pravna norma mora nositi u sebi određenu vrednosnu dimenziju.²⁷ Činiti dobro posve je najveća moralna vrednost i obaveza savremenog čo-

²⁵ Peter Koler, *nav. delo*, str. 63, definiše konvencionalni moral kao niz moralnih normi koje imaju efektno važenje u okviru određenog skupa ljudi, bez obzira na to da li je reč o društvenoj grupi, društvu, kulturi ili čak čovečanstvu. Sledstveno tome, konvencionalni moral, iako baziran na autonomnim individualnim moralnim stanovištima, uvek ima izvesno heteronomno dejstvo. S druge strane, racionalni moral definiše kao skup moralnih standarda zasnovanih na valjanim razlozima, pre nego na čistoj konvenciji ili neracionalnim uverenjima.

²⁶ Navodi predstavljaju osnovne postulate prirodnog prava koji čine deo neke vrste teorijskog kodeksa ili teorijskog Zakona XII tablica našeg vremena, izgradjenim kroz životno delo Božidara S. Markovića, a koje je detaljno opisao Slobodan Perović u delu "Začeci srpske filozofske misli o prirodnom pravu", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1-4, 2001, str. 214.

²⁷ Snežana Savić, u delu "Pravne vrijednosti", *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci*, 2011, str. 15., ističe da su osnovne pravne vrednosti: pravda, pravičnost, mir, red, pravna izvesnost i sigurnost, sloboda i ljudsko dostojanstvo, dok je vrhovna društvena a i pravna vrednost "Dobro".

veka.²⁸ Ovde se svakako misli na opšte dobro, pravedno i pravično za sve, a ne “selektivno dobro” za pojedince ili odabrane delove društva, jer se u tome nalazi osnovna razlika između moralnosti i njegove suprotnosti. Na tim obalama različitosti leže i krajnosti antičke podele demokratije, s jedne strane zakonita i slobodna (politeja), a s druge nasilnička, u interesu “većine” (olhokratija, ili kasnije nazvana mobokratija).²⁹

Na žalost, ukoliko se zaviri u “utrobu” naših pozitivnopravnih propisa, prisustvo selektivne pravde neizbežno je konstatovati.³⁰ Osnovanu sumnju za donošenje ovakvog zaključka stvara nejavno, brzo, nekritički podržano, često vanredno donošenje zakonskih propisa. Čini li se to svesno ili je to jednostavno plod puke slučajnosti, otvoreno je pitanje. Pri ovakvom činjenju kao da pojedinci nisu svesni da čitava država počiva na moralnosti svojih podanika, te je ona “ako ne najčistiji, a ono najmoćniji izraz njihove kolektivne moralnosti.”³¹ Država kod zakonodavca pretpostavlja postojanje jake moralne discipline i navike podređivanja privatnih interesa javnim. Jedino tako se može uspostaviti i kolektivna moralnost, moralnost svih njenih građana. A samo ona država čiji red živi u duši njenih građana, jeste država u pravom smislu reči.³²

Linija razgraničenja opšte ili selektivne pravde, a tako i moralnosti samog zakonodavca najjače se ocrtava u propisivanju “odlaganja” primene Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju na prostoru Kosmeta. Okretanje ledja delu svog naroda svakako se ne može smatrati vrlinom, već tipičnim primerom selektivne pravde. Već pravno obezglavljeni od strane međunarodne zajednice, državljani Srbije sa Kosmeta, putem ovog “zakonskog neprava” bivaju obespravljani i od strane sopstvene države. Pri tom, mora se imati u vidu da se propisivanjem ove zakonske odredbe svesno zanemaruje poruka samog ustavnog predgovora, njegove preambule, da se u rešavanju svih pravnih pitanja polazi od nesporne činjenice da je Kosmet sastavni deo teritorije Srbije.

Da li se to, smernim delovanjem, stanje “zakonskog neprava” želi opravdati težnjom da se takvo stanje nazove “realnim”, pitanje je koje se ovde nemeće kao

²⁸ Slobodan Perović, *nav. delo*, str. 173., navodi da su sintagme: učini zlo, ne učini zlo, učini dobro – tri stupnja opšte kulture, tri stupnja kulture prava i njegove zakonitosti. One grade moralnu tripartaciju prava.

²⁹ Više o tome: Vojislav Stanovčić, “Demokratija i vladavina prava”, *Anali pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2005, str. 39.

³⁰ Mirko Vasiljević, *nav. delo*, str. 17–23, govori posebno o pitanjima kvaliteta stvaranja i primene prava u privredi, ali koja se snagom svojih argumenata mogu odnositi na pravo uopšte.

³¹ Boris Milosavljević, “Politika i moral u teoriji države Slobodana Jovanovića”, *Anali pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2011, str. 288.

³² Boris Milosavljević, *nav. delo*, str. 289., interpretira reči Slobodana Jovanovića (1990b), str. 83.

logično. Podizanjem glasa protiv ikakvog pokušaja ostvarenja ovog nemoralnog cilja i na taj način postizanja trijumfa antiumnosti, valja naglasiti da realno nikako ne može biti ono stanje koje je protivno pravednom, univerzalnom, prirodnom pravu. S druge strane, zarad eliminisanja svake nepoštene namere da se pravo zloupotrebi i da se pokuša legalizovanje neprava, valja pomenuti da odredba zakona koja zahteva nemoguće predstavlja takvu besmislenost koja opovrgava razloge njenog postojanja.

No, bez pokušaja tumačenja eventualnih skrivenih namera zakonodavca pri propisivanju ove zakonske odredbe, polazeći od stanovišta da svaka norma mora biti satkana ispunjenjem uslova moralnosti težnje, posmatrane kroz stremljenje ka vrhuncu ljudskog nadahnuća, i moralnosti dužnosti, kao minimumu moralnosti ispod kojeg nijedna zakonska norma ne sme postojati,³³ može se konstatovati da zakonodavac pri donošenju ove zakonske odredbe nije bio vođen ni minimumom moralne dužnosti koja ga obavezuje. Zato takva norma ne može preživeti sud racionalne umnosti, jer nijedan zakonodavac nema moć da po svom nahođenju selektivno primenjuje pravdu. Očigledna pravna nesigurnost nastala kao rezultat nedostatka kvaliteta prava, usled njegove neobjektivne primene i uz grubo gaženje načela ustavnosti, upravo od onih koji su pre svih pozvani da to načelo štite, mora biti iskorenjena iz našeg pozitivnog prava.

U odsustvu zakonske pravde, odgovornost sudija je još veća. One se moraju voditi jedino vlašću pravednog zakona, nikakvom drugom. Istina, iako okruženi samo pukom proklamacijom demokratskih vrednosti od strane izvršne vlasti i nepoštovanjem principa komutativne i distributivne pravde,³⁴ i postojani u vremenu brodoloma sudijske nezavisnosti, sudije ipak moraju svojim moralnim kvalitetima nadvladati trenutne poteškoće i odgovoriti civilizacijskom zadatku, manifestovanom u rečima "ići sudiji, znači ići pravdi". One moraju biti svesne da svojim odlukama upravljaju pravdom, izjašnjavajući se o životima i slobodama ljudi.

³³ Lon L. Fuller, "Moralnost prava", (originalan naslov: *The Morality of Law*, Yale University Press, 1964), prevod Silva Mitrović, Beograd, 2001, str. 19. Fuller pravi razliku između unutrašnje moralnosti prava, koja se posmatra kroz moralnost težnje i moralnost dužnosti. Kad je, pak, reč o predmetu zakonodavčeve delatnosti, tad se radi o tzv. "spoljašnjoj moralnosti prava".

³⁴ Slobodan Perović, *nav. delo*, str. 157, ističe da pravda kao stožerna vrlina uvek pretpostavlja neku proporciju koja znači jednakost odnosa u smislu komutativne i distributivne pravde. Kao odgovor na pitanje kako postići legalitet u primeni ljudskih prava, on rešenje vidi u komutativnoj pravdi koja je zasnovana na principu jednakog postupanja u jednakim slučajevima, odnosno nejednakog postupanja u nejednakim slučajevima, srazmerno njihovoj nejednakosti. S druge strane, navodi da distributivna pravda koja se ostvaruje u odnosima između zajednice i pojedinca, u sklopu sa komutativnom, stiče se u ishodu pravde realizovanih ljudskih prava.

Odlučujući o pitanju primene Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju na prostoru Kosmeta, sudije odlučuju o postojanosti pravde, pa čak i o postojanosti prava i državnog uticaja na ovom delu teritorije Republike Srbije. Primena Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju i na Kosmetu, kao i u svim delovima srpske države, uz zanemarivanje njegove selektivnosti, od neizmernog je značaja i na osećaj pripadnosti naroda sa Kosmeta sopstvenom kolektivitetu. Zato odluke sudija, pogotovu onih koje brinu o zaštiti ustavnosti, u ovom slučaju moraju biti protkane istančanim osećajem pravde i morala. Jedino tako, sa verom u pravedno pravo, pravo nelegitimne volje može biti nadvladano.

ZAKLJUČAK

Nošen idejom vladavine prava i racionalnom (umnom) koncepcijom prirodnog prava, u veri nadvladavanja antiumnog "zakonskog neprava" snagom univerzalne pravde, pravičnosti i morala, autor ovog rada je 20. jula 2012. godine pokrenuo pred Ustavnim sudom Republike Srbije inicijativu za ocenu ustavnosti odredbe člana 65. Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, sve u cilju odstranjivanja nepravne i selektivne primene ovog zakona i omogućavanja podjednake dostupnosti pravde.

MARKO RADOVIĆ

PhD student, Faculty of Law, University of Belgrade

NON-LEGAL AND IMMORAL SELECTIVITY OF LAW ON PROPERTY RESTITUTION AND COMPENSATION

Summary

The idea of natural rights take place in every man, as the basic ideal of justice. But, often influenced by personal, non-legal interests of individuals, legal irregularities can become an integral part of positive law. For that reason, the main objective of this paper is an attempt of author to indicate on selectivity of application of the Law on property restitution and compensation in Serbia. This selectivity was created by enforcing this law on territory of Kosovo and Metohija, as an integral part of Serbia. Carried away by the idea of rule of law and rational conception of natural law, the author of this paper was, on 20th July 2012. year, initiated assessing the constitutionality of Article 65. of Law on property restitution and compensation in Serbia. In this article was provided: "The application of the Law on the territory of the Autonomous Province of Kosovo and Metohija shall be regulated after cessation of the operation of the international administration established in accordance with the United Nations Security Council Resolution 1244."

SINIŠA RAJIĆ

ZEMLJIŠNE KNJIGE I RESTITUCIJA ODUZETE IMOVINE

O NASTANKU ZEMLJIŠNIH KNJIGA U SRBIJI

Sticajem istorijskih okolnosti, otomanske i austro-ugraske okupacije, u Srbiji nikada nije uspostavljen jedan sistem evidencije nepokretnosti, koji bi važio na celoj njenoj teritoriji. Na području Vojvodine u drugoj polovini XIX veka, počev od 1855. godine, ustrojene su zemljišne knjige (austrijsko-nemački sistem), koje su se do danas pokazale kao najbolji sistem evidencije nepokretnosti. Vojvodina je premerena od 1853. do 1868. godine, a odmah posle toga izvršeno je i klasiranje zemljišta¹. Ovi podaci o premeru služili su kao osnova za uspostavu zemljišnih knjiga, što je rađeno sukcesivno². Osnovna karakteristika ovog sistema evidencije nepokretnosti jeste dvojna evidencija, tako da faktičku evidenciju vodi katastar, dok su upisi prava na nepokretnostima povereni sudu. Zanimljiv je sam istorijat nastanka zemljišnih knjiga. Mada se uglavnom prihvata da su zemljišne knjige germanskog porekla³, neki pisci smatraju da su ovakve zemljišne knjige

Mr Siniša Rajić, Agencija za restituciju.

¹ Ilija Živković: *Katastar zemljišta*, Beograd 1970, str. 21.

² Npr. zemljišne knjige su za katastarsku opštinu Bežanija, koja geografski pripada Sremu, ustrojene 1871. godine.

³ Pored austrijsko-nemačkog sistema zemljišnih knjiga, postoje još i francuski sistem zemljišnih knjiga i australijski-Torensov sistem zemljišnih knjiga.

ipak slovenskog porekla i da potiču od “zemaljskih dasaka” stare Češke, a dokaz za to vide u činjenici da se današnje zemljišne knjige vode na istim načelima i po približno istom sastavu kao i stare češke “zemske dasky”.⁴

U Knjaževini Srbiji bilo je pokušaja uvođenja baštinskih knjiga⁵, po uzoru na druge evropske države, pre svega Austriju, ali je Kraljevina Srbija Prvi svet-ski rat ipak dočekala sa tapijskim sistemom, kao nasleđem turske okupacije. Nedostatak turskih tapija je bio u tome što nisu imale osnovu u premeru zemljišta, već su se površine označavale približno u dunumima (hiljadama m²), a granice opisivane površno, dok se prenos prava na nepokretnosti vršio prenosom tapija. Nisu postojale knjige tapija sve do donošenja Zakona o izdavanju tapija na području apelacionih sudova u Beogradu i Skoplju i Velikog suda u Podgorici od 14.12.1929. godine⁶. Prvi sistemski premer tadašnje Srbije izvršilo je Geografsko odeljenje Glavnog generalštaba Srpske vojske na površini oko 48.000 km², u razmeri 1:50.000, u periodu 1881–1892. godine, a zanimljivo je da su u premeru učestvovali tadašnji pripravnici za generalštabnu službu, a potonji srpski armijski vojvode, Živojin Mišić, Stepa Stepanović i Petar Bojović⁷. Prvi prednacrt Zakona o katastru iz 1918. godine predviđao je da katastar i “gruntovnica”⁸ budu u jednom “nadleštvu”, a predlog je bio sadržan u ekspozeu o katastru pred završetak Prvog svetskog rata na Krfu 1918. godine⁹.

Nakon rata, u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca nastavljena je rasprava o tome šta je bolje: jedinstvena evidencija na celoj teritoriji Kraljevine ili uvođenje zemljišnih knjiga i u onim područjima u kojima je bio na snazi tapijski sistem. Ova rasprava potrajala je sve do 1928. godine i usvajanja Zakona o katastru¹⁰, a neusvajanje jedinstvene evidencije usledilo je, uglavnom, zbog toga što je preovladalo mišljenje da nije celishodnije spajati dve raznorodne materije, tehničku i pravnu¹¹. Ovo je dovelo do uvođenja zemljišnih knjiga i u drugim delovima Srbi-

⁴ Dušan Stamenković: *Priručnik za upise u zemljišnu knjigu i katastar nepokretnosti*, Drugo izmenjeno i prošireno izdanje, Beograd 1993, str. 5.

⁵ § 292. Srpskog građanskog zakonika bilo je propisano da se pravo svojine stiče upisom u baštinske knjige.

⁶ “Sl. novine Kraljevine Jugoslavije” br. 29-X od 7.2.1930. godine.

⁷ Mališa Živanović: *Katastar zemljišta ili katastar nepokretnosti*, Zbornik referata i zakonskih tekstova “Zemljišne knjige i jedinstvena evidencija”, str. 279.

⁸ U pojedinim krajevima Vojvodine je za zemljišnu knjigu odomaćen izraz gruntovnica, izvedeno od nemačke reči za zemljišnu knjigu Grundbuch.

⁹ Mališa Živanović: op. cit.

¹⁰ “Sl. novine Kraljevine SHS” br. 14-VIII/1929.

¹¹ Mališa Živanović: op. cit, str. 280.

je, gde zemljišna knjiga do tada nije bila ustrojena¹², pa su zemljišne knjige nakon donošenja Zakona o zemljišnim knjigama¹³, Zakona o unutrašnjem uređenju, osnivanju i uređenju zemljišnih knjiga¹⁴, Zakona o zemljišno-knjižnim deobama, odpisima i pripisima¹⁵ i podzakonskih akata¹⁶, od početka tridesetih godina pa do početka Drugog svetskog rata ustrojene i u Beogradu, većem delu Šumadije do linije Topola–Kragujevac--Čačak i pojedinim delovima Niša¹⁷. Tako je Obrenovac bio prva opština u nekadašnjoj Kraljevini Srbiji u kojoj su 1933. godine ustrojene zemljišne knjige.

Nažalost, Drugi svetski rat je omeo uvođenje zemljišnih knjiga na celoj teritoriji Kraljevine Jugoslavije, dok je nakon rata dalji rad na njihovom uvođenju bio skroman. Interesantan je i slučaj uvođenja zemljišnih knjiga u Čačku. Ono je započeto 1940. godine, nastavljeno 1946/47. godine, kad su uvedene u 28 katastarskih opština levo od Zapadne Morave, dok je desno od reke i dalje važio tapijski sistem, jer nije bilo finansijskih sredstava za nastavak uspostave zemljišnih knjiga. I u samom gradu je bilo slično¹⁸. No, rekli bismo da je osnovni razlog neuvođenja zemljišnih knjiga i u onim katastarskim opštinama u Srbiji u kojima nisu bile uvedene do Drugog svetskog rata bilo njihovo žigosanje kao “buržoaskog nasleđa”.

U onim delovima u kojima nisu bile ustrojene zemljišne knjige predviđeno je Zakonom o izdavanju tapija na području apelacionih sudova u Beogradu i Skoplju i Velikog suda u Podgorici od 30.2.1931. godine¹⁹ da se tapijski sistem dovede u vezu sa katastrom zemljišta i tako pripremi za ustrojavanje zemljišnih knjiga, ali

¹² Do Prvog svetskog rata zemljišne knjige su ustrojene na područjima Srema (uključujući i današnje beogradske gradske opštine Zemun, Novi Beograd i Surčin), Banata i Bačke.

¹³ “Sl. novine Kraljevine Jugoslavije” br. 146-LIII od 1.7.1930. godine i br. 281-XC od 1.12.1931. godine.

¹⁴ “Sl. novine Kraljevine Jugoslavije” br. 62 od 19.3.1931. godine.

¹⁵ “Sl. novine Kraljevine Jugoslavije” br. 62-XVII od 19.3.1931. godine.

¹⁶ Pravilnik za vođenje zemljišnih knjiga, “Sl. novine Kraljevine Jugoslavije” br. 64-XIX od 1930. godine.

¹⁷ U Nišu su zemljišne knjige bile ustrojene u 13 katastarskih opština od ukupno 72 katastarske opštine na području Grada Niša. Veći deo Niša na levoj obali Nišave je imao ustrojene zemljišne knjige, a na većem delu na desnoj obali Nišave, u katastarskoj opštini Pantelejev zemljišne knjige nisu bile ustrojene. Zemljišne knjige su bile ustrojene u katastarskim opštinama Niš-Čele kula, Niš-Bubanj, Niš-Crveni krst, Niška banja, kao i u prigradskim katastarskim opštinama Gornje Međurovo, Malča, Prosek Manastir, Vrelo, Čamurlija, Gornja Vrežina, Jasenovik, Paligrace i Donja Toponica.

¹⁸ Dragoljub Simonović: *Reafirmacija zemljišnih knjiga*, Zbornik referata i zakonskih tekstova “Zemljišne knjige i jedinstvena evidencija”, str. 148–149.

¹⁹ “Sl. novine Kraljevine Jugoslavije” br. 135-XLIV od 18.6.1931. godine.

do Drugog svetskog rata to u najvećem broju opština nije učinjeno. Do 1952. godine i donošenja Zakona o društvenom doprinosu i porezima 7.5 miliona hektara od 26 miliona hektara koliko je imala FNR Jugoslavija nije bilo premereno, pa je usled kratkog roka predviđenog navedenim zakonom odlučeno da se uradi popisni katastar, gde je za svaku parcelu komisijски upisana kultura i površina "odoka". Još 1970. godine u pojedinim katastarskim opštinama nije bio urađen premer zemljišta - tehnički katastar, već je važio popisni katastar²⁰. U Srbiji su nakon Drugog svetskog rata na snazi bile i zemljišne knjige, ali i tapijski sistem tamo gde zemljišne knjige nisu ustrojene, da bi tapijski sistem s vremenom bivao sve više zanemarivan, a favorizovan katastar zemljišta, iako on nije bio evidencija o pravu svojine na nepokretnostima. Katastar zemljišta je favorizovan i u odnosu na zemljišne knjige.

Zakonom o premeru i katastru zemljišta i upisima prava na nepokretnostima iz 1988. godine²¹ u Srbiji je, nažalost, umesto uvođenja zemljišnih knjiga u katastarskim opštinama u kojima još nije bila uvedena, započeto sa njenim ukidanjem i uvođenjem tzv. jedinstvene evidencije, odnosno katastra nepokretnosti, koji do danas, i pored suprotnih tvrdnji čelnih ljudi Republičkog geodetskog zavoda, nije ustorojen na celoj teritoriji Republike Srbije, uključujući i pojedine delove Grada Beograda i drugih gradova poput npr. Subotice²². Za relativno kratko vreme, danas je na snazi već četvrti zakon koji reguliše ovu materiju²³. Usporedbe radi, Zakon o zemljišnim knjigama je usvojen 1930. godine. Sve ovo ukazuje da "eksperiment" sa uvođenjem katastra nepokretnosti nije uspeo, o čemu će više reći biti kasnije.

Značaj zemljišnih knjiga kod restitucije oduzete imovine

Sa stanovišta restitucije oduzete nepokretne imovine, zemljišne knjige imaju izuzetan značaj. Znamo da su zemljišne knjige u Vojvodini ustrojene pre gotovo vek i po, a u ostatku Srbije, tamo gde su ustrojene, to je urađeno pre gotovo 80 godina. One su tako jedan od najznačajnijih pokazatelja istorijskih tokova u obla-

²⁰ Ilija Živković: op. cit., str. 81.

²¹ "Sl. glasnik SRS" br. 17/88, 24/88, 49/88 i 56/88

²² Pregled katastarskih opština u kojima je ustrojen katastar nepokretnosti, a u kojima su još na snazi zemljišne knjige se može videti na www.rgz.gov.rs/ceh/opština_ko.aspx?MenuID=0/

²³ Pored Zakona iz 1988. godine, to su još i Zakon o premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima iz 1990. godine, Zakon o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima iz 1992. godine, te Zakon o državnom premeru i katastru iz 2009. godine.

sti svojinskih odnosa. Iz zemljišnih knjiga može da se utvrdi nepokretna imovina koja je oduzeta za vreme “kraljevske” agrarne reforme između dva svetska rata, imovina koju su okupatori oduzeli za vreme Drugog svetskog rata, ali isto tako i imovina oduzeta nakon rata. Zemljišne knjige su “dnevnik” svojinskih promena na ovim prostorima. Zato je prosto začuđujuća bila odredba člana 151. stav 3. Zakona o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima iz 1992. godine kojom je bilo propisano da se zemljišna knjiga, knjiga tapija i ostala dokumentacija koju preuzima Republički geodetski zavod predaju po isteku 3 godine Arhivu Srbije, odnosno Arhivu Vojvodine. S pravom se može postaviti pitanje da li stvarna prava na nepokretnostima u Srbiji nastaju tek uspostavljanjem katastra nepokretnosti?

Zakonom o zemljišnim knjigama propisano je da se knjižna prava (u koje spada i pravo svojine) mogu steći samo upisom u glavnu knjigu kao sastavni deo zemljišnih knjiga. Isto tako, Austrijski građanski zakonik, koji je važio na području Vojvodine²⁴, propisivao je da se pravo svojine stiče upisom u zemljišnu knjigu. Uvidom u više stotina referata mesnih i gradskih narodnih odbora, odluka tih odbora ili sreskog narodnog odbora o oduzimanju imovine koje su sledile za tim referatima, konačnih odluka okružnih agrarnih sudova kao drugostepenih organa, popisnih listova i odluka o konfiskaciji imovine, možemo da zaključimo da su zemljišne knjige do Drugog svetskog rata uredno vođene, da su funkcionisale bez problema i da je kod građana postojala svest da se pravo svojine može steći samo uknjižbom u gruntovnici, odnosno zemljišnoknjižnom odeljenju suda. Gotovo u svim ovim aktima doslovno stoji: “stvarno stanje odgovara pravnom stanju”. Samo u nekoliko slučajeva u tim aktima je utvrđeno da određeno fizičko ili pravno lice poseduje i imovinu na kojoj nije uknjiženo kao titular prava svojine u zemljišnim knjigama.

Nesumnjiv je značaj zemljišnih knjiga i u drugim situacijama. Npr. u jednom delu Srbije, pre svega na severu Bačke, odluke o oduzimanju imovine na osnovu Zakona o agrarnoj reformi i kolonizaciji, odnosno Zakona o agrarnoj reformi i unutrašnjoj kolonizaciji donošene su tako da u dispozitivu, a ni u obrazloženju odluke nema pojedinačnog nabiranja katastarskih parcela koje se oduzimaju od vlasnika, niti nabiranja onih koje se vlasniku ostavljaju, već se oduzima “višak imovine iz zemljišno-knjižnog uloška...”. Da bi se utvrdilo koji je to “višak” neophodan je uvid u taj zemljišno-knjižni uložak ili zbirku isprava. Isti je slučaj i sa imovinom Patrijaršije Srpske pravoslavne crkve, gde su, verovatno zbog ve-

²⁴ Preko 90% konfiskovane i imovine oduzete u agrarnoj reformi i po drugim osnovama u toku 1945–1946. godine se nalazilo na području Vojvodine – videti Konfesionalna restitucija kao deo svojinske tranzicije, Beograd 2010, str. 48. i dalje.

likog broja parcela na kojima se nalazila oduzeta imovina u odluci Odeljenja za agrarnu reformu i kolonizaciju Ministarstva poljoprivrede NRS br. 19209/46 od 26.6.1946. godine navedeni samo brojevi zemljišno-knjižnih uložaka (u Vojvodini i Slavoniji) u koje je bila upisana oduzeta imovina.

I tamo gde su u odlukama navođene katastarske parcele koje se oduzimaju, zbog protoka vremena ponekad je vrlo teško na tim odlukama utvrditi o kojim parcelama se radi, što se opet čini uvidom u odgovarajući zemljišno-knjižni uložak. Pored toga, ponegde je došlo do omaški prilikom izrada odluka, pa je umesto pravog broja parcele upisan neki drugi broj, što bi u situaciji da nemamo zemljišne knjige, moglo dovesti do pogrešne identifikacije oduzete imovine. Takođe, postoje slučajevi u kojima imamo po nekoliko odluka o oduzimanju iste imovine, što samo može da ukazuje da su pojedine odluke ukinute ili preinačene, naročito na području Srema, ali opet bez uvida u zemljišne knjige ne možemo biti sigurni ni da je odluka koja je poslednja doneta postala pravnosnažna. Ili je i ona možda preinačena ili ukinuta. Nažalost, u jednom broju slučajeva odluke o oduzimanju nisu dostavljene sudovima radi uknjižbe novih titulara prava svojine.

Izuzetan značaj zemljišne knjige imaju i kod etažne svojine. Naime, upis etažne svojine nije predeviden Zakonom o zemljišnim knjigama, a pravo svojine na stanovima u zgradama je sve do nacionalizacije 1958. godine upisivano tako da vlasnik stana ima pravo svojine na određenom idealnom delu celokupne zgrade, a taj idealni deo je najčešće određivan približno. Prilikom nacionalizacije tih zgrada one su oduzimane kao suvlasništvo dva ili više titulara, kojima su pak ostavljeni određeni stanovi u svojini (izuzimani od nacionalizacije). Stoga se prilikom restitucije postavlja pitanje da li je, eventualno, ostavljeni stan, ili stanovi, realno odgovarao tom idealnom delu koji je nacionalizovan, što može da dovede do toga da određenom licu, koje je imalo mali suvlasnički udeo, u stvari ništa nije nacionalizovano, ako izuzmemo zajedničke delove zgrade, iako u rešenju o nacionalizaciji stoji drugačije. Najbolje rešenje i u ovim slučajevima predstavljaju zemljišne knjige, odnosno zbirka isprava kao njihov sastavni deo, u kojoj može da se pronađe akt (ugovor, rešenje o nasleđivanju, presuda i tsl.) koji je predstavljao osnov za uknjižbu suvlasničkog udela određenog lica. Tek od stupanja na snagu Zakona o nacionalizaciji najmanih zgrada i građevinskog zemljišta (član 70.) omogućeno je upisivanje etažne svojine u zemljišne knjige²⁵. Savezni savet za pravosuđe je svojim aktom br. 224/11 od 24.6.1970. godine preporučio sudovima da etažnu svoji-

²⁵ Pitanje etažne svojine regulisao je i Zakon o svojini na delovima zgrada ("Sl. list FNRJ" br. 15/59, 48/59, 12/62 i "Sl. glasnik SRS" br. 52/73). Savezni ustavni sud je u svojoj odluci U br. 23/95 od 3.7.1996. godine ("Sl. list SRJ" br. 33/96) utvrdio da Zakon o svojini na delovima zgrada nije bio u saglasnosti sa Ustavom SRJ i Zakonom o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima.

nu upisuju u postojeće zemljišne knjige, na bazi propisa o uknjižbi nacionalizovanih najamnih zgrada i građevinskog zemljišta²⁶, ali je praksa zemljišnoknjižnih sudova oko tzv. etažnih "E" uložaka donekle različita od suda do suda.

Značaj zemljišnih knjiga ogleda se i kod građevinskog zemljišta, naročito neizgrađenog gradskog građevinskog zemljišta. Naime, Zakonom o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta nacionalizovano je svo gradsko građevinsko zemljište, pa i neizgrađeno, dok su bivši vlasnici ostali korisnici tog zemljišta do njegovog izuzimanja iz poseda i "privođenja nameni" (čl. 38. i 39). Međutim, bivši vlasnici su mogli od momenta nacionalizacije pa sve do 15. februara 1968. godine da prenesu pravo korišćenja na druga lica, što su mnogi i učinili. Od 15. februara 1968. godine, pa do stupanja na snagu Zakona o planiranju i izgradnji iz 2003. godine²⁷, ovo zemljište, odnosno pravo korišćenja istog je moglo da se prenese samo na određen krug lica ili da se ta lica pojave kao naslednici korisnika-bivšeg vlasnika²⁸. Članom 84. Zakona o planiranju i izgradnji iz 2003. godine ponovo je dozvoljen prenos prava korišćenja na neizgrađenom gradskom građevinskom zemljištu²⁹ nakon pravnosnažnosti rešenja mesno nadležne službe za imovinsko-pravne poslove opštine/grada o utvrđivanju prava korišćenja na tom zemljištu bivšem vlasniku ili njegovom zakonskom nasledniku. Kako smo već rekli da su zemljišne knjige svojevrsni "dnevnik" stvarnih prava, to se iz njih može videti da li je, eventualno, bivši vlasnik ili njegov zakonski naslednik preneo pravo korišćenja na nacionalizovanom neizgrađenom građevinskom zemljištu na treća lica. Jer članom 23. stav 8. Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju propisano je da bivši vlasnik koji je preneo pravo korišćenja na neizgrađenom građevinskom zemljištu na treće lice nema pravo ni na vraćanje tog zemljišta, ni na obeštećenje za njega u skladu sa ovim zakonom. A *simili ad simile* ovo se odnosi i na njegove zakonske naslednike koji se mogu pojaviti kao podnosioci zahteva za restituciju imovine. Ovde dolazimo do jedne zanimljive situacije. Poštujući Zakon o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera³⁰ sudovi su odbijali da uknjiže nove korisnike na tom neizgrađenom građevinskom

²⁶ Midhat Muslić: *Priručnik za primjenu zemljišnoknjižnog prava i postupka*, Beograd 1981, str. 112.

²⁷ Zakon je stupio na snagu 13. maja 2003. godine, a prestao da važi 11. septembra 2009. godine stupanjem na snagu važećeg Zakona o planiranju i izgradnji.

²⁸ Krug tih lica određen je u članu 5. saveznog Zakon o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera.

²⁹ Samo na ostalom neizgrađenom građevinskom zemljištu, ali ne i na javnom građevinskom zemljištu.

³⁰ "Sl. list SFRJ" br. 5/68 i 20/69.

skom zemljištu na osnovu kupoprodajnih ugovora zaključenih nakon 15. februara 1968. godine, pa su ta lica upisivana samo kao držaoci tog zemljišta u katastru zemljišta. Mnogi kritičari zemljišnih knjiga sada ističu da su zemljišne knjige neažurne³¹, zanemarujući činjenicu da su sudovi samo poštovali zakon. I to je jedna od osnovnih, ako ne i osnovna zamerka zemljišnim knjigama. Ali, ako se pravo svojine na osnovu pravnog posla stiče upisom u javnu knjigu³², ako je taj upis modus aquirendi i ako je sticanje, pre svega, prava svojine ili prava korišćenja na određenoj nepokretnosti na osnovu pravnog posla najčešće, kako onda možemo govoriti o nekoj značajnoj neažurnosti zemljišnih knjiga zbog koje te knjige treba ukinuti? Kako može biti neažurnosti ako se pravo svojine stiče uknjižbom, ako je taj upis konstitutivan? Neažurnost zemljišnih knjiga može da postoji i donekle postoji u slučaju sticanja prava svojine na osnovu zakona, nasleđivanjem i na osnovu odluke državnog organa. Ali ta neažurnost može da postoji i postoji i kod novoustrojenog katastra nepokretnosti, gde postoje pravnosnažna rešenja o nasleđivanju od pre nekoliko godina, a kao titular prava svojine na npr. stanu u Beogradu se i dalje vodi ostavilac. Neažurnost zemljišnih knjiga može da postoji i ponegde postoji i kod brojeva katastarskih parcela i njihove površine usled deobe i tsl, ali se ovde može postaviti pitanje koordinacije između Republičkog geodetskog zavoda, odnosno mesno nadležne službe za katastar nepokretnosti i suda, odnosno da li je uopšte sudu dostavljen prijavi list o promenama ili ne? Međutim i u katastru nepokretnosti postoje ti, rekli bismo, tehnički problemi, pa imamo situacije da se čak i crkveni objekti stari preko 100 godina u katastru nepokretnosti vode kao npr. "objekti poljoprivrede"³³. Ili da se parcele građevinskog zemljišta u centralnim delovima Beograda vode kao pašnjaci, što je ovih dana tema pojedinih sredstava javnog informisanja, a vezano za izgradnju stambenog objekta u kojem učestvuje jedan bivši ministar. Značajno je pomenuti da ovakvi tehnički problemi nisu postojali do Drugog svetskog rata, ili su bili zanemarljivi, iako se brojevi parcela u katastru zemljišta i topografski brojevi parcela u zemljiš-

³¹ Leposava Karamarković: *Sistem zemljišnih knjiga i jedinstvene evidencije*, Zbornik referata i zakonskih tekstova "Zemljišne knjige i jedinstvena evidencija", str. 104.

³² Član 33. Zakona o osnovama svojinskopравnih odnosa. Tako Vrhovni kasacioni sud u svojoj presudi Rev. 385/10 od 30.6.2010. godine navodi: "Ugovor o kupoprodaji navedene nepokretnosti predstavlja pravni posao kao osnov za sticanje prava svojine, ali kupci nisu postali vlasnici s obzirom da njihovo pravo nije upisano u odgovarajuće javne knjige". Isto i Vrhovni sud Srbije u svojoj presudi Rev. 871/06 od 6.12.2006. godine navodi: "Za sticanje prava svojine na nepokretnosti, pored pravno valjanog pravnog posla nužno je izvršiti upis prava svojine u zemljišne knjige, odnosno druge javne knjige, koji upis ima konstitutivan karakter i predstavlja način sticanja ovog prava".

³³ Ovo je slučaj sa Evangeličkom hrišćanskom crkvom u Feketiću, koja je u listu nepokretnosti bila upisana kao "objekat poljoprivrede".

nim knjigama, naročito u Sremu i nešto manje u Banatu nisu poklapali u jednom broju katastarskih opština, ali se iz Popisnog (A) lista zemljišnoknjižnog uložka odmah videlo i koji broj parcela nosi u katastru zemljišta, jer su postojale dve zasebne kolone, jedna pored druge, sa brojevima parcele u zemljišnim knjigama i u katastru zemljišta.

Zemljišne knjige su značajne i kod utvrđivanja činjenice da je određena imovina oduzeta u toku Drugog svetskog rata kao posledica Holokausta, jer je izuzetno teško pronaći odluke okupatora o oduzimanju imovine i njenom dodeljivanju drugim fizičkim i pravnim licima³⁴. Ovo i stoga što su shodno članu 7. Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije u jednom broju slučajeva ostale na snazi odluke sudova u građanskopravnim odnosima donete posle 6. aprila 1941. godine, a na snazi su ostala i zemljišnoknjižna stanja doneta na osnovu takvih odluka (član 9). Isto je bilo i sa odlukama redovnih krivičnih sudova u krivičnim stvarima donetim na osnovu propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine, a ne tiču se političkih krivaca (član 10), kao i odlukama izvršnih i upravnih organa u rešavanju građanskopravnih odnosa (član 11). Zakonom o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju propisano je u članu 1. stav 2. da se zakon primenjuje i na vraćanje imovine čije je oduzimanje posledica Holokausta, pod uslovom da bivši vlasnici - žrtve Holokausta imaju živih zakonskih nasledika. Otklanjanje posledica oduzimanja imovine žrtvama Holokausta i drugim žrtvama fašizma na teritoriji Srbije, a koji nemaju živih zakonskih naslednika, urediće se pak posebnim zakonom³⁵.

Zemljišne knjige su sa stanovišta bivših vlasnika, odnosno pre svega njihovih pravnih sledbenika značajne i zbog činjenice da se uvidom u zemljišne knjige može utvrditi na kojoj nepokretnoj imovini je određeno fizičko ili pravno lice imalo pravo svojine i zemljišne knjige su umnogome pomogle podnosiocima zahteva za restituciju da mogu da preciziraju svoje zahteve. Ponekad se u postupku na osnovu uvida u stare zemljišnoknjižne uloške utvrdi da je određena imovina npr. prodana nakon Drugog svetskog rata, a da pravni sledbenici bivšeg vlasnika o tome nisu imali saznanja³⁶ ili da određena imovina nikada nije ni bila u svojini

³⁴ Kako se uglavnom radi o nemačkim i mađarskim okupatorima u čijim zemljama je važio isti sistem zemljišnih knjiga, to su oni promene titulara na imovini upisivali u zemljišne knjige. I pojedine odluke o oduzimanju donete od organa tzv. NDH su upisivane u zemljišne knjige.

³⁵ Član 5. stav. 4. Zakona.

³⁶ Ovo je naročito slučaj sa imovinom jevrejskih verskih opština u mestima u kojima, nažalost, nije bilo preživelih članova opštine, pa je Savez jevrejskih opština Jugoslavije, uz saglasnost srejskih narodnih odbora, prodao jedan deo takve imovine, da bi danas jevrejske opštine koje su njihovi pravni sledbenici podnosile zahteve za restituciju te imovine, ne znajući da je ista prodana.

podnosoca zahteva³⁷. Isti je slučaj i sa imovinom za koju su strana fizička ili pravna lica obeštećena na osnovu bilateralnih međunarodnih ugovora, zaključenih između Jugoslavije i jednog broja država i gde u zemljišnim knjigama postoje upisi o činjenicama da su bivši vlasnici obeštećeni na osnovu tih ugovora. I ne samo to, u postupku obeštećenja organi stranih država su postupak obeštećenja sproveli na osnovu podataka iz naših zemljišnih knjiga³⁸.

Članom 13. stav 1. Zakona o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama i članom 21. stav 1. Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju propisano je da se nepokretnosti vraćaju oslobođene hipotekarnih tereta nastalih od momenta njihovog oduzimanja, a članom 14. "konfesionalnog" zakona da se službenosti izbrisane podržavljenjem ponovo uspostavljaju, ako se time ne narušavaju prava trećih lica. I ove činjenice se mogu utvrditi u zemljišnim knjigama kao "dnevniku" prava na imovini. Jer hipoteka se stiče upisom u zemljišne knjige, a gasi ispisom iz zemljišne knjige, a ne prestankom potraživanja radi čijeg obezbeđenja je ustanovljena.

U jednom broju katastarskih opština, u kojima još nije ustrojen katastar nepokretnosti, zemljišne knjige su još uvek na snazi i pružaju podatke o sadašnjim imaocima prava na imovini, o obveznicima restitucije, zainteresovanim licima u postupku, o mogućnosti vraćanja imovine in natura itd. Jer, i Zakon o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama (član 26. stav 2. tačka 3) i Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju (član 42. stav 4. tačka 2) propisuju da je uz zahtev potrebno priložiti "izvod iz javne knjige u koju se vrši upis nepokretnosti", odnosno "izvod iz registra nepokretnosti". Ono što se može primetiti je činjenica da se kad je reč o fizičkim licima kao imaocima prava svojine podaci u zemljišnim knjigama uglavnom podudaraju sa podacima iz katastra zemljišta³⁹, dok postoje izvesna odstupanja kad je reč o društvenoj i državnoj svojini. Kod zemljišta to je najčešće reč o razgraničenju državne i društvene svojine na poljoprivrednom zemljištu shodno Zakonu o pretvaranju društvene svojine na poljoprivrednom zemljištu u druge oblike svojine gde su se promene provodile, a provode se i dalje iako je "razgraničenje" trebalo biti završeno najkasnije do 31. decembra

³⁷ Npr. crkva u Mošorinu, u Banatu, nikada nije bila u svojini Rimokatoličke crkve, već austro-ugarskog državnog erara, potom državnog erara Kraljevine SHS/Jugoslavije, da bi nakon rata bila Opštenarodna imovina.

³⁸ Članom 4. Sporazuma između Vlade SFRJ i Vlade SAD o potraživanjima državljana Sjedinenih država ("Sl. list SFRJ – dodatak Međunarodni ugovori" br. 9/65) propisano je da će Vlada Jugoslavije u cilju pomoći Vladi SAD u izvršenju raspodele globalne sume dostaviti overene kopije iz odgovarajućih javnih knjiga o vlasništvu, teretima i izuzeću od nacionalizacije...

³⁹ Odstupanja između zemljišnih knjiga i katastra zemljišta donekle postoje kod fizičkih lica na gradskom građevinskom zemljištu iz razloga o kojima je već bilo reči.

1997. godine, samo u katastru zemljišta, ali ne i u zemljišnim knjigama i gde se, prema rečima Ratomira Rodića iz Ministarstva poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede, jednog od predstavnika Ministarstva u postupcima “razgraničenja”, kao polazna osnova za “razgraničenje” uzimaju podaci iz katastra zemljišta, a ne zemljišnih knjiga, jer su prema rečima gospodina Rodića zemljišne knjige neažurne, iako je katastar zemljišta faktička, a zemljišne knjige pravna evidencija. Kod objekata pak najčešće imamo situaciju da se određeni objekat, npr. škola i dalje u zemljišnim knjigama vodi kao društvena svojina, sa istim imaoцем prava korišćenja i u manjoj meri situacije da objekat koristi neko drugo lice, a kao korisnik je uknjiženo lice koje više nije u državini objekta. Time dolazimo do zaključka da do zanemarivanja zemljišnih knjiga dolazi pre svega od strane državnih i organa jedinica lokalne samouprave, javnih ustanova, zemljišnih zadruga i sl. Zanimljiva su uporedna iskustva u ovakvim slučajevima. Tako je npr. u § 3. nemačkog Zakona o zemljišnim knjigama propisana mogućnost da se nepokretnosti saveza, zemalja, opština, škola, vodovoda itd. mogu isključiti iz zemljišnih knjiga. Ovakvo rešenje ipak kod nas, sa tačke gledišta restitucije imovine ne bi bilo dobro, jer bi znatno usporilo, ako ne i onemogućilo restituciju.

Nakon vraćanja oduzete imovine in natura ili određivanja naknade u vidu druge odgovarajuće imovine⁴⁰ izvršno rešenje Direkcije za restituciju, sada Agencije za restituciju, dostavlja se mesno nadležnom osnovnom sudu ili službi za katastar nepokretnosti, zavisno od toga da li su za katastarsku opštinu u kojoj se nalazi imovina na snazi zemljišne knjige ili katastar nepokretnosti, koji bi shodno članu 30. Zakona o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama trebali da ex officio uknjiže bivšeg vlasnika kao novog imaoца prava svojine. Međutim, u praksi su donedavno postojali problemi kod ovih uknjižbi sa jednim brojem službi za katastar nepokretnosti, koje su od Direkcije za restituciju tražile da im dostavi i dokaz da je platila porez na prenos apsolutnih prava ili dokaz da je oslobođena plaćanja poreza?! Ovakvih problema prilikom uknjižbe u zemljišnim knjigama do sada nije bilo. Postoje određene nepravilnosti i kod samih upisa u listove nepokretnosti. U B listu (podaci o nosiocu prava na zemljištu) lista nepokretnosti postoji kolona “oblik svojine” u kojoj je u pojedinim listovima nepokretnosti upisano “drugi oblik svojine”, ne precizirajući o kom obliku se radi, ili kad je kao titular upisano neko pravno lice, često se kao oblik svojine upisuje “mešovita svojina”, čime se ne pravi razlika između prava svojine pravnog lica i prava svojine na pravnom licu. Isti je slučaj i sa V listom (podaci o zgradama i drugim gra-

⁴⁰ Za razliku od Zakona o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama, Zakonom o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju nije predviđeno određivanje naknade u vidu druge odgovarajuće imovine.

đevinskim objektima i nosiocima prava na njima) lista nepokretnosti, samo što ovde nemamo posebnu kolonu za oblik svojine, nego su u jednoj koloni podaci o vrsti prava i obliku svojine. Ovakvi upisi su nejasni velikom broju građana. Ustavom Republike Srbije pak u članu 86. propisani su kao oblici svojine: privatna, zadružna i javna svojina, te još uvek i društvena svojina koja se pretvara u privatnu svojinu u skladu sa zakonom, dok javna svojina može biti: državna svojina, svojina autonomne pokrajine i svojina jedinice lokalne samouprave. Problem se ponekad javlja i prilikom uknjižbe državne imovine u katastru nepokretnosti nakon sprovođenja "razgraničenja" poljoprivrednog zemljišta u državnoj i društvenoj svojini. Naime, iako uknjiži određenu nepokretnost kao državnu svojinu katastar kao korisnika upisuje pravno lice koje je do "razgraničenja" koristilo tu imovinu, iako ono više nije korisnik te imovine, već njome shodno članu 94. Zakona o poljoprivrednom zemljištu upravlja Ministarstvo poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede. Sve ovo ukazuje da je jedan od velikih nedostataka katastra nepokretnosti pitanje kadrova koji u njemu rade. Ne treba izgubiti iz vida da o uknjižbi u sudu odlučuje sudija, dok o uknjižbi u katastru nepokretnosti odlučuje direktor službe za katastar nepokretnosti, koji u najvećem broju slučajeva nije pravnik već, pre svega, inženjer geodezije koji, uz sva uvažavanja geodetske struke, nema dovoljna stručna znanja za rešavanje o tako važnim pitanjima kao što su pitanja svojine i drugih stvarnih prava, dok je u drugom stepenu nadležno ministarstvo za poslove prostornog planiranja i urbanizma⁴¹, gde postupak mogu da vode lica koja nemaju položen pravosudni ispit, već samo državni stručni ispit⁴², a odlučuje ministar koji opet ne mora biti pravnik. Dosadašnji resorni ministar je npr. bio lekar.

ZAKLJUČAK

Videli smo da su zemljišne knjige vrlo dobro funkcionisale do Drugog svet-skog rata, da su, uz sve nedaće, nastavili zadovoljavajuće da funkcionišu i nakon rata, da su bile ustrojene na preko 60% teritorije Srbije⁴³ i da imaju izuzatan zna-

⁴¹ Član 11. važećeg Zakona o državnom premeru i katastru. Međutim, važećim Zakonom o ministarstvima su prostorno planiranje i urbanizam podeljeni, tako da je oblast prostornog planiranja u nadležnosti Ministarstva prirodnih resursa, rudarstva i prostornog planiranja, a oblast urbanizma u nadležnosti Ministarstva građevinarstva i urbanizma. Osnovano se može postaviti pitanje koje od ova dva ministarstva je nadležno za rešavanje u drugom stepenu prilikom uknjižbe u katastru nepokretnosti?

⁴² videti član 100. Zakona o državnim službenicima.

⁴³ Igra brojki je veoma zanimljiva: oni koji žele da ospore zemljišne knjige i da istaknu prednosti katastra nepokretnosti navode podatak da su zemljišne knjige bile ustrojene u samo 1268 ka-

čaj u postupku restitucije imovine. I ne samo restitucije imovine. U pojedinim slučajevima restitucije imovine utvrđivanje činjeničnog stanja bi bez podataka iz zemljišnih knjiga bilo znatno otežano. Nije bilo dobro opredeljenje zakonodavca da, umesto da se zemljišne knjige uvedu i na preostalim područjima Republike Srbije, krene sa njihovim ukidanjem i uspostavljanjem jednog novog sistema evidencije nepokretnosti, koji ni do danas nije uspostavljen na celoj teritoriji Srbije.

Uspostava zemljišnih knjiga na celokupnoj teritoriji Srbije bilo bi mnogo bolje rešenje nego predlog da se zemljišne knjige zadrže na područjima na kojima postoje, a da se na područjima na kojima zemljišnih knjiga nema, uspostavi katastar nepokretnosti⁴⁴. Jer, kao što reče profesor Miodrag Orlić: “Moderno postavljene i uredno vođene zemljišne knjige predstavljaju jedan od najboljih sistema javnih registara nepokretnosti i stvarnih prava na nepokretnim stvarima u svetu”⁴⁵. Osnovni nedostatak koji je od strane zagovornika jedinstvene evidencije istican kao razlog ukidanja zemljišnih knjiga – njihova neažurnost nije otklonjena uspostavom katastra nepokretnosti. Naprotiv. I pored načela obaveznosti propisanog Zakonom o državnom premeru i katastru koji je suprotan načelu dispozitivnosti subjektivnih prava katastar nepokretnosti nije ništa ažurniji od zemljišnih knjiga. A njegov osnovni nedostatak je, po mišljenju ovog autora, kadrovski, o čemu je već bilo reči. Umesto da se Republički geodetski zavod i njegove službe za katastar nepokretnosti bave onim za šta su kadrovski osposobljeni, a to su stručni geodetski i slični tehnički poslovi, njima su povereni poslovi koje su do sada radili sudovi. A geodetski radovi su povereni geodetskim organizacijama. Svojom stručnošću i savešću, sudije nose i donose glas zakona⁴⁶.

Činjenica je da je katastar nepokretnosti za ovih više od dve decenije ustrojen na znatnom delu Republike Srbije i on bi mogao poslužiti kao osnova za uspostavu zemljišnih knjiga, naročito na onim područjima na kojima zemljišne knjige nikad nisu bile ustrojene.

I na kraju, još jednom ističemo da bi bilo dobro da Srbija uspostavi zemljišne knjige na celoj svojoj teritoriji⁴⁷, donošenjem novog modernog zakona o zemljišnim knjigama, na bazi sopstvenih iskustava, ali i uporedno-pravnih isku-

tastarskih opština, što je 21.7% katastarskih opština u Republici Srbiji po podacima Republičkog geodetskog zavoda-Leposava Karamarković: op. cit.

⁴⁴ *Rad na izradi građanskog zakonika Republike Srbije-Izveštaj komisije sa otvorenim pitanjima*, Beograd novembar 2007, str. 314.

⁴⁵ Miodrag Orlić: *Uvođenje i obnavljanje zemljišnih knjiga*, Zbornik referata i zakonskih tekstova “Zemljišne knjige i jedinstvena evidencija”, str. 13–15.

⁴⁶ Slobodan Perović: “Besede sa Kopaonika”, Beograd, 2011, str. 203.

⁴⁷ Razume se i na Kosovu i Metohiji, kad se za to steknu uslovi.

stava, pre svega u oblasti elektronskog vođenja i publikovanja zemljišnih knjiga i koordinacije sa katastrom zemljišta.

SINIŠA RAJIĆ, LL.M.,
Advisor, Agency for Restitution

LAND REGISTRY AND RESTITUTION
OF CONFISCATED PROPERTY

Summary

The paper comprises a brief history of land registries in Serbia, from the example of the mid-19th century Vojvodina and the establishment of land registries, through their establishment between the two world wars in the former Kingdom of Serbia, to the start of their removal and the founding of the so called- unique record. The central part of the paper covers the importance of land registries for restitution of confiscated property, starting from the confiscation data, the conclusion that the land registries were orderly kept until the Second World War, the importance of land registries in property seizure, particularly where in decisions, the specific parcels which are to be confiscated, are not being listed, or property was confiscated during the war, up to their present relevance in determining the parties in the process of restitution, in returning the construction land and in certain problems which occur during the registration in the cadaster, but not during the registration in the court. Finally, instead of conclusion, a suggestion has been proposed for the re-establishment of land registries by adoption of a new Law on Land Registry.

IRENA MOJOVIĆ

ULOGA NOTARA KOD REGISTRACIJE POSLOVNIH SUBJEKATA U REPUBLICI SRPSKOJ

U V O D

U toku su izmjene Zakona o registraciji poslovnih subjekata¹, pa je prilika da se međusobno usklade odredbe tog zakona sa odredbama Zakona o privrednim društvima², Zakona o notarima³, Zakona o javnim preduzećima⁴, Zakona o sistemu javnih službi⁵, zakona iz oblasti zadrugarstva, zakona o komunalnim djelatnostima, posebnih zakona kojima se uređuju uslovi osnivanja i funkcionisanja ustanova u oblasti pojedinih djelatnosti, kao što su zdravstvo i školstvo, Zakona o stranim ulaganjima⁶, Zakona o politici direktnih stranih ulaganja u Bosni i Her-

Irena Mojović, notar, Banja Luka.

¹ Zakon o registraciji poslovnih subjekata ("Službeni glasnik Republike Srpske", broj 42/05 i 118/09).

² Zakon o privrednim društvima ("Službeni glasnik Republike Srpske", broj 127 /08 58/09 i 100/11).

³ Zakon o notarima Republike Srpske ("Službeni glasnik Republike Srpske", broj 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10 i 78/11).

⁴ Zakon o javnim preduzećima ("Službeni glasnik Republike Srpske", broj 75/04 i 78/11).

⁵ Zakon o sistemu javnih službi ("Službeni glasnik Republike Srpske", broj 68/07).

⁶ Zakon o stranim ulaganjima ("Službeni glasnik Republike Srpske", broj 25/02, 24/04 i 52/11).

cegovini⁷ i drugih propisa o poslovnim subjektima u pravnom poretku Republike Srpske, pravnom poretku Federacije Bosne i Hercegovine i pravnom poretku Brčko Distrikta. To će svakako doprinijeti pravnoj sigurnosti u na području cijele Bosne i Hercegovine.

Notari imaju sve veću ulogu u osnivanju privrednih društava, prenosu udjela i statusnim promjenama u mnogim zemljama Evrope i svijeta. Prema propisu Savjeta Evrope (CC) br. 2157/2001 od 08.10.2001. godine o Statutu evropskog preduzeća (SE) čl. 8(8) notar izdaje uvjerenje kojim se potvrđuje kompletnost akata i formalnosti koje se moraju izvršiti prije registracije promjena. Prema Izjavi 7 Direktive 2005/56/EC Evropskog parlamenta i Savjeta od 26.10.2005. godine o spajanjima privrednih društava iz dvije države, notari imaju nadležnost da vrše kontrolu zakonitosti svih radnji potrebnih za osnivanje privrednih društava i registraciju izmjena u sudskom registru, elektronski ulažu dokumente u trgovačke registre i da izdaju izvode iz tih registara. Takva ovlaštenja već godinama imaju notari u Hrvatskoj i Makedoniji.

U Republici Srpskoj je uspostavljen latinski tip notarijata, koji je u Evropi i svijetu priznat kao dio preventivnog pravosuđa, pošto notari obavljaju poslove slične vanparničnom suđenju, vrše kontrolu zakonitosti i jačaju pravnu sigurnost. Preventivna uloga notara u ovoj oblasti ostvaruje se time što notar stručnim znanjem, poštujući propisanu formu, obezbjeđuje sigurnost prava stranaka, koje mu se obrate za pravnu uslugu i time što je obavezan odbiti preduzimanje službene radnje ako bi stranke namjeravale, koristeći notarsku ispravu, da postignu nedozvoljen cilj.

Sada je već peta godina od uvođenja notarijata u Bosni i Hercegovini, pa je neka pitanja uloge i funkcionisanja notarijata u Republici Srpskoj i BiH na području registarskog prava, potrebno analizirati. U tom pogledu može se primijetiti da se u pravnom sistemu Republike Srpske znatno smanjio broj žalbi u oblasti registracije privrednih društava i drugih poslovnih subjekata, kao i sporova u vezi odnosa članova privrednih društava.

Svaki javni registar ima određenu javnu svrhu, pa tako i registar privrednih subjekata. Na prvom mjestu, kao osnovna i primarna funkcija u pravnom sistemu, stoji ostvarivanje potrebnog stepena pravne sigurnosti u pravnom prometu, zaštita privatnih interesa učesnika u pravnom prometu i značajan broj javnopravnih interesa.⁸

U ovom radu ćemo posvetiti naročitu pažnju mjestu i ulozi notara u postupku registracije poslovnih subjekata, čije se poboljšanje očekuje donošenjem

⁷ Zakon o politici direktnih stranih ulaganja u Bosni i Hercegovini ("Službeni glasnik BiH", broj 17/98,13/03 i 48/10).

⁸ Vasiljević M. Kompanijsko pravo, Beograd 2007, str. 100 i Josipović T., Zajednička načela registarskog materijalnog prava, u knjizi Dika, M., Ernst, H., i drugi autori, Hrvatsko registarsko pravo, Zagreb 2006, str. 4.

izmjena i usaglašavanja zakona o registraciji poslovnih subjekata na području cijele Bosne i Hercegovine.

*Okvirni zakon o registraciji poslovnih subjekata
u Bosni i Hercegovini*

Nakon donošenja Okvirnog zakona o registraciji poslovnih subjekata u Bosni i Hercegovini⁹, smatramo da je u značajnom obimu ostvaren zakonski cilj, a to je utvrđivanje jedinstvenog i efikasnog načina registracije poslovnih subjekata u Federaciji BiH i Republici Srpskoj (u daljem tekstu: entiteti) i Brčko Distriktu BiH, te usaglašavanje sa propisima Evropske unije. Okvirnim zakonom uređeni su osnovni postupka registracije poslovnih subjekata, a entitetskim zakonima detaljno je razrađen postupak registracije.

Na cijeloj teritoriji BiH vođenje registra privrednih društava povjereno je nadležnim sudovima entiteta i Brčko Distrikta. Za vođenje Registra nadležni su okružni privredni sudovi u Republici Srpskoj, u FBiH redovni općinski sudovi u sjedištu okružnog suda na čijem području je sjedište subjekta upisa, a u Brčko Distriktu takođe redovni – Osnovni sud Brčko distrikta BiH.

Okvirnim zakonom je propisan veoma kratak rok za izdavanje rješenja o registraciji od pet radnih dana od dana predaje uredno podnesene prijave. To je moguće postići od kako je u pravnu praksu uvedena notarska služba, koja je nadležna za izradu javnih notarskih isprava za registraciju poslovnih subjekata. Po prijemu potrebne dokumentacije, notar sačinjava notarsku ispravu i prijavu radi registracije poslovnog subjekta u roku od dva dana. Na taj način došlo je do značajnog skraćenja postupka za registraciju poslovnog subjekta. Kod registracije promjena kod poslovnih subjekata postupak kod registarskog suda traje duže, jer sud ima zadatak da uporedi svaku promjenu sa već registrovanim podatkom.

Do sada je u tehničkom pogledu izvršeno modernizovanje registra, tako da se osim u štampanom obliku, registar vodi i u elektronskom obliku. Ministarstva pravde entiteta i Pravosudna komisija Brčko Distrikta obezbjeđuju tehničku ispravnost, održavanje, trenutnu isporuku sudovima elektronskih podataka iz glavnih knjiga, kao i funkcionisanje sistema. Lista isprava, koje su neophodne za utvrđivanje obaveznih javnih, kao i zaštićenih podataka koji se unose u registar, trebalo bi da bude na identičan način uređena zakonima entiteta, kada uskoro dođe do usvajanja izmjena i dopuna Zakona o registraciji poslovnih subjekata Republike Srpske usklađenog sa Zakonom o privrednim društvima, u prvom redu u onim odredbama, koje se odnose na notarske isprave.

⁹ Okvirni zakon o registraciji poslovnih subjekata u Bosni i Hercegovini ("Službeni glasnik BiH", broj. 42/04)

Zakon o registraciji poslovnih subjekata u Republici Srpskoj

Važeći Zakon o registraciji poslovnih subjekata u Republici Srpskoj preuzeo je principe registracije i osnovne odredbe Okvirnog zakona o registraciji poslovnih subjekata BiH. Zakonom se posebno ističe da registarski sudovi odgovaraju za vjerodostojnost upisa kojeg provedu, mada sudovi po prirodi svoga položaja kao sudska vlast imaju takvu odgovornost. Takođe je određeno da je registarski sud ovlašten tražiti samo one podatke utvrđene ovim i Okvirnim zakonom o registraciji poslovnih subjekata, ali i posebnim zakonima, čime je u odnosu na Okvirni zakon proširen obim isprava koje se traže kod registracije.

Na prvi pogled i pravicima se čini da je riječ samo o jednom zakonu kojim se uređuje sudski registar poslovnih subjekata, a u stvarnosti registracija poslovnih subjekata i pravnih lica podliježe primjeni većeg broja propisa. Za registraciju poslovnih subjekata u Republici Srpskoj, pored Zakona o registraciji poslovnih subjekata, poseban značaj ima Zakon o privrednim društvima, jer od njegovih odredbi zavisi uređenje mnogih pitanja značajnih za registar poslovnih poslovnih subjekata. Takođe su značajni zakoni i drugi propisi koji regulišu obavljanje određenih djelatnosti.

*Predstojeće izmjene Zakona o registraciji poslovnih subjekata
u Republici Srpskoj*

Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o registraciji poslovnih subjekata u Republici Srpskoj, čije se donošenje u ovoj godini pripremalo, radi usklađivanja sa odredbama Okvirnog zakona, trebao bi biti usklađen ne samo sa Okvirnim zakonom, kao do sada, nego i sa Zakonom o privrednim društvima i Zakonom o notarima u Republici Srpskoj. Nažalost posljednjih godina nakon postignutog velikog stepena harmonizacije u ovoj oblasti prava na području Bosne i Hercegovine, realizuju se novi divergentni zakonski projekti u istoj oblasti u isto vrijeme koji narušavaju harmoničnost propisa. U ovom trenutku je intezivna rasprava o eventualnom uvođenju novog sistema registracije poslovnih subjekata putem elektronske forme pred agencijom za registraciju koja bi se osnovala, čime bi bila smanjena uloga notara kod registracije jednostavnih društava sa ograničenom odgovornošću, ali i uloga sudova. Imajući u vidu da tek treću godinu veoma uspješno funkcionišu novi privredni sudovi u kojima su formirana registarska odjeljenja sa razvijenim elektronskim postupanjem, pitanje je da li će predviđena reforma donijeti veću ili manju pravnu sigurnost u ovoj važnoj oblasti registracije. Regulisanje ovog pitanja u predstojećim izmjenama Zakona o registraciji poslovnih subjekata ne bi smjelo dovesti do manje pravne sigurnosti.

Imajući u vidu aktuelnost trenutka, ovom prilikom dajemo osvrt na neka pitanja registracije poslovnih subjekata pri sudovima, koja bi se mogla još preciznije urediti.

Notar kao podnosilac prijave i punomoćnik

Zakonom o notarima¹⁰ omogućeno je da notar bude podnosilac prijave registarskom sudu. Ukoliko su stranke ugovorom ili u drugoj notarskoj ispravi ovlastile notara da može u njihovo ime izvršiti određene radnje kao što je zahtjev za upis, takve radnje će notar izvršiti u granicama ovlašćenja iz notarske isprave, bez izdavanja posebne punomoći. Zakon o notarima dao je mogućnost da stranaka odredi granice ovlašćenja notaru u postupku registracije putem notarske isprave. To podrazumijeva da notar može notarskom ispravom od stranaka biti ovlašten da zaprima zaključke i rješenja registarskog suda da bi imao mogućnost da na efikasan način sarađuje sa sudom, a komplementarna je funkcija i suda u pogledu saradnje sa notarima u funkciji efikasnijeg, sigurnijeg i bržeg ostvarivanja interesa stranaka u postupku registracije. Zakonom o javnom bilježništvu Hrvatske je preciznije uređeno pitanje zastupanja u postupku registracije.

O principu javnosti

Sudski registar ima javnu i kontrolnu funkciju. Javna funkcija sudskog registra sastoji se u tome što svakome ko želi omogućuje da uvidom u podatke koji su upisani ili pohranjeni u sudski registar bude obaviješten o stanju upisa u pogledu subjekta upisa. Registarski sud je odgovoran za vjerodostojnost upisa koji je proveo. Zbog toga ovdje i ističemo posebno da je za registar poslovnih subjekata veoma značajno dosljedno poštovati princip javnosti.

U pravnom prometu postojanje određenog prava, pravnog odnosa, pravne činjenice, sticanje pravne sposobnosti, ovlaštenje za određeno postupanje, pravo na zaštitu i ostvarivanje prava, aktivna i pasivna legitimacija u sudskom ili upravnom postupku dokazuje se upravo činjenicom upisa u javni registar, odnosno izvatkom, ispisom, prepisom iz javnog registra.¹¹ Naravno, u odnosu na sadržaj upisa, odnosno nekog izvataka iz registra važi oboriva pretpostavka o istinitosti i potpunosti registrovanih podataka. Sve dok se ne izbrišu, ne isprave, ne ponište provedeni upisi, oni prema trećim licima proizvode pravne učinke. Imajući u vidu da se upravo na osnovu notarski sačinjenih isprava vrše određeni upisi u registar poslovnih subjekata, notarima treba omogućiti najširi i najelastičniji način pristu-

¹⁰ Čl. 68. a) Zakona o notarima Republike Srpske.

¹¹ Josipović T., Zajednička načela registarskog materijalnog prava, u knjizi Dika, M., Ernst, H., i drugi autori, Hrvatsko registarsko pravo, Zagreb 2006, str. 16.

pa podacima upisanih u registar. Tako se omogućuje ostvarivanje funkcije preventivnog pravosuđa koju notari kao javna služba imaju. Notar samo na osnovu potpunog uvida u tačnost i istinitost ne samo volje stranaka, nego i svih podataka do kojih može doći upravo u javnom registru može sastaviti javnu ispravu iza koje stoji ono što se vjekovima trajanja notarijata naziva javna vjera (*fides publica*).

*Elektronifikacija registra i notarske službe
u Republici Srpskoj*

Odredba člana 4. stav 2. Zakona o registraciji privrednih subjekata koja omogućava pravo uvida u podatke glavne knjige registra koja se vodi u elektronskom obliku, te davanje ovjerenih izvoda iz iste, što je dužan omogućiti svaki registarski sud, omogućiti će pristup notarima i elektronskoj formi glavne knjige registra i izdavanje izvoda iz iste kad se stvore tehnički uslovi za elektronsko povezivanje sudova sa notarima. Veza notara sa registrom mora biti brza i pouzdana kako bi notar u pravo vrijeme mogao da provjeri potrebne podatke, s tim da notar kao nosilac javnih ovlaštenja, koji štiti javni interes, ima pravo uvida i u zbirku isprava u registru poslovnih subjekata.

Notarska služba je u većini zemalja Evrope jače uključena u elektronski servis za registraciju poslovnih subjekata. U našem okruženju, na području Hrvatske, javni bilježnici odnosno notari imaju pravo da izdaju ovjerene izvode iz registra poslovnih subjekata. Od strane notara ovjeren izvod u elektronskoj formi predstavlja javnu ispravu koja važi svugdje u svijetu.

Vlada Republike Srpske je donijela odluku o iniciranju projekta „Elektronska registracija privrednih društava u RS“, sa ciljem unapređenja i pojednostavljenja procedura implementacijom elektronskog servisa za registraciju poslovnih subjekata. U tom pogledu potrebno je napraviti analizu propisa koji regulišu pitanje elektronifikacije i te propise usaglasiti međusobno kod nas, a uporediti sa propisima u okruženju, te donijeti dodatne propise koji regulišu to pitanje, da bi se projekat usmjerio na elektronsko uvezivanje sudskog registra sa notarskom službom.

*Forma osnivačkog akta prilikom osnivanja
poslovnih subjekata*

Prema odredbi člana 11. stav 1. i stav 2. tačka c, Zakona o privrednim društvima, registracija osnivanja privrednog društva ništava je ako osnivački akt nije sastavljen u propisanoj formi. Odredbom člana 68. stav 1. tačka 5. i stav 2. Zakona o notarima propisano je da je osnivački akt privrednog društva ništav ako nije notarski obrađen. Odredbu člana 68. stav 5. Zakona o notarima ne bi trebalo restriktivno tumačiti. Naime, ova zakonska odredba u kojoj se kaže da ove odredbe

Zakona o notarima vrijede tako dugo dok ne budu zamijenjene posebnom regulativom o obavezi notarske obrade isprava koja ih izričito u cjelini ili u dijelovima stavlja van snage, može se tumačiti samo u smislu preciziranja i razrađivanja postupka obavezne notarske obrade, a ne u smislu ukidanja ove obavezne forme putem nekih drugih zakona, jer to nije mogao biti cilj Zakona o notarima. Cilj Zakona o notarima je uvođenje pravne sigurnosti u oblast privrednih društava putem propisivanja forme koja garantuje tu pravnu sigurnost, što je suština uloge notara. Osim toga, smatramo da ove odredbe ne bi ni mogle biti stavljene van snage nekim drugim propisom.

U skladu sa odredbama Zakona o notarima, u postupku notarske obrade osnivačkog akta, kao javne isprave, notar je dužan da ispita pravu volju stranaka, zatim da izjave volje stranaka jasno i nedvosmisleno pismeno sastavi u obliku notarskog originala. Notar je dužan da zaštiti neiskusne i nevješte stranke, kao i da pouči stranke o pravnim posljedicama poslova koje preduzimaju. Isprava se mora pročitati strankama. Svaka radnja koju je notar preduzeo mora biti konstatovana u notarski obrađenoj ispravi. Notar provjerava da li su stranke sposobne i ovlaštene za preduzimanje određenog pravnog posla. Notar utvrđuje identitet osnivača poslovnih subjekata. U vezi označavanja pravnih lica, njihov naziv mora označiti onako kako su upisana u sudskom registru poslovnih subjekata ili registru udruženja. Kod označavanja entiteta ili jedinice lokalne samouprave, kao osnivača, prije uvođenja notarijata dolazilo je do čestih omaški, pa je umjesto Republike Srpske ili opštine ili grada i njihovog zakonom odnosno statutom određenog zastupnika označavana Vlada ili ministarstvo ili skupština opštine kao osnivač poslovnog subjekta, što je pogrešno, jer se radi o organima uprave koji nemaju svojstvo pravnog lica.

U skladu sa odredbom člana 7. stav 3. Zakona o privrednim društvima, kod osnivanja društava lica i društava kapitala osim kod otvorenog akcionarskog društva, vrši se isključivo notarska obrada osnivačkog akta, u kojem postupku učestvuju osnivači koji izjavljuju svoju slobodnu volju koju notar unosi u notarski obrađenu javnu ispravu, čime se izjave date pred notarom, zapisane u ispravi i potpisane od strane stranaka smatraju istinito izraženom slobodnom voljom. Na osnivačkoj skupštini otvorenog akcionarskog društva notar mora da vodi zapisnik i potvrdi osnivački akt i statut¹².

Uz prijavu za upis u registar osnivanja poslovnog udruženja trebalo bi propisati da se prilaže notarski obrađen ugovor o osnivanju. Isto tako bi trebalo propisati da se kod osnivanja zadruga uz prijavu za upis prilaže notarska isprava, jer ne bi trebalo praviti razliku u pravnom položaju zadruga u odnosu na ostale poslovne subjekte.

¹² Čl. 193. Zakona o privrednim društvima.

Takođe je potrebno preciznije zakonom propisati koje su isprave potrebne za upis u registar osnivanja ustanova kao pravnih subjekata i u odnosu na koji oblik društva će se vršiti shodna primjena Zakona o privrednim društvima.

Forma izmjena osnivačkih akata

Do sada Zakonom o privrednim društvima kao ni Zakonom o registraciji poslovnih subjekata nije na dovoljno jasan način regulisano pitanje forme izmjena osnivačkog akta u smislu notarski obrađenih ili potvrđenih izmjena tog akta. Još uvijek kod zakonodavca traje upoznavanje sa suštinskim značenjem i razlikom pojmova „notarska obrada“ i „notarska potvrda“. No, praksa notara i registarskih sudova je to riješila u interesu poslovnih subjekata i pravne sigurnosti.

Osnivački akt koji je prije osnivanja privrednog društva imao obligacionopravni karakter, kad ima dva i više osnivača, nakon osnivanja društva dobija statusni karakter. Zbog toga se osnivački akt društva koje ima skupštinu može mijenjati i dopunjavati na način da skupština društva usvaja odluku o izmjenama i dopunama osnivačkog akta, pa je notar dužan da vodi zapisnik na sjednici skupštine i da na osnovu onoga što je zapisnički konstatovao sačini potvrdu o usvajanju izmjena (i dopuna) osnivačkog akata. U praksi, takođe, notar najčešće sačinjava nacrt te isprave.

Očigledno je da je izmjenama Zakona privrednim društvima trebalo predvidjeti postupak notarskog potvrđivanja i obrade. No, posljednjim izmjenama, umjesto dodavanja uz formu obrade i forme notarskog potvrđivanja, izostavljena je forma notarske obrade, a propisana je kod svih društava kapitala isključivo forma notarski potvrđenih izmjena osnivačkog akta ili statuta na osnovu odluke skupštine članova društva, ukoliko posebnim zakonom nije drugačije određeno.¹³

Određba člana 7. st. 4. Zakona o privrednim društvima umjesto obrade ili potvrđivanja izmjena osnivačkog akata, čiju formu zavisno od situacije treba da određuje notar, sada propisuje samo potvrđivanje i kod jednočlanih društava, osim ako drugim zakonom nije drugačije uređeno. Notari su dosljedno toj novoj zakonskoj odredbi u praksi uglavnom i primijenili formu potvrđivanja, bez obzira na to što je tom odredbom trebalo ostaviti notarsku obradu i dodati potvrđivanje. Kod jednočlanog društva Zakon polazi od fikcije da i jednočlano društvo ima skupštinu, a znamo da ima samo jednog člana, koji vrši poslove iz djelokruga skupštine. Vršeci poslove iz djelokruga skupštine u svojstvu jedinog člana, isti ne može zavisati sjednicu skupštine, usvajati dnevni red, birati predsjedavajućeg,

¹³ Članom 3. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o privrednim društvima u članu 7. poslije stava 3. dodaje se novi stav 4. prema kome se izmjene i dopune osnivačkog akta ortačkog i komanditnog društva (društva lica) notarski obrađuju, a društva sa ograničenom odgovornošću i akcionarskog društva (društva kapitala) notarski se potvrđuju, ukoliko posebnim zakonom nije drugačije uređeno.”

glasati, nego jedino može notar u zapisnik dati izjavu o tome koju odluku donosi iz zakonom propisanog djelokruga skupštine, a notar na osnovu izjave jedinog člana treba da sačini javnu notarsku ispravu o izmjenama i dopunama osnivačkog akta jednočlanog društva čiju će istinitost potvrditi.

Pošto posebnim zakonom ovo pitanje može biti drugačije uređeno, moguće je da je taj poseban zakon jedino Zakon o notarima. Odredbom člana 68. stav 2. tačka 5. Zakona o notarima je propisana forma notarske obrade osnivačkog akta ili statuta, a odredbama čl. 87. stav 2. i člana 95. Zakona o notarima propisana je forma notarskog potvrđivanja, forma zapisnika skupštine privrednog društva, na osnovu kojeg se vrši potvrđivanje, koje odredbe notari primjenjuju zavisno od stvarne situacije.

Dakle, logično je da se kod višečlanih društava kapitala vrši potvrđivanje izmjena osnivačkog akta na osnovu notarskog zapisnika sa skupštine članova društva. Notar može u cijelosti sastaviti nacrt izmjena osnivačkog akta odnosno statuta, ali izradu nacrta izmjena osnivačkog akta ili statuta mogu izvršiti osim notara i pravnici zaposleni u poslovnim subjektima ili advokati. Što se tiče nadripisarstva, može se ukazati na primjer u Hrvatskoj, gdje je Zakonom o javnom bilježništvu propisano da je zabranjeno da nadripisari sačinjavaju bilo kakve akte za čije sačinjavanje su nadležni notari, pa u takvu zabranu spadaju i osnivački akti društava¹⁴.

No, bez obzira na prethodno razmatranje ovog pitanja, notari prilikom pružanja svojih pravnih usluga poslovnim subjektima, paze na dosljedno, ali prvenstveno ciljno tumačenje i primjenu odredbi Zakona o privrednim društvima, stručno preciziraju odredbe izmjena osnivačkog akta, daju pravne savjete i upozorenja, kod potvrđivanja u notarski zapisnik najčešće unose kompletnu odluku o izmjenama osnivačkog akta i istu potvrđuju, pa će prava stranaka biti od strane notara u svakom slučaju obezbijeđena.

Postupak registracije ubrzava odredba čl. 331. Zakona o privrednim društvima, prema kojoj se uz prijavu za registraciju prilaže prečišćeni tekst osnivačkog akta, sa notarskom potvrdom da se taj tekst izmijenjenog akta slaže sa odlukom o izmjenama.

U Federaciji BiH je Zakonom o registraciji poslovnih subjekata propisano da se dostavlja notarski obrađen akt o izmjenama podataka za sve poslovne subjekte. Smatra se da je notarski obrađen akt potpuno sigurna forma kod privrednih društava upravo iz razloga što akt u cijelosti sastavlja notar, koji je pravni stručnjak. Tako se izbjegava i ponovna pojava nadripisarstva. U tom zakonu, međutim, ostalo je neriješeno pitanje razlikovanja forme obrade u odnosu na formu potvrđivanja odluka skupština višečlanih društava kapitala.

¹⁴ Članak 175. Zakona o javnom bilježništvu (Narodne novine br. 78/1993, 29/1994, 16/2007) propisao je da je zabranjeno svako obavljanje za nagradu i obrtimice poslova koji po tom Zakonu spadaju u djelokrug javnih bilježnika.

Pitanje da li formu notarske isprave treba propisivati Zakonom o privrednim društvima ili njeno propisivanje treba prepustiti Zakonu o notarima i Zakonu o registraciji poslovnih subjekata, treba riješiti u narednom periodu. U Hrvatskoj je to pitanje dosljedno riješeno Zakonom o trgovačkim društvima.

Notarske isprave kod statusnih promjena

Takođe bi bilo potrebno međusobno uskladiti sa odgovarajućim odredbama Zakona o notarima odredbe članova 381. stav 4 i 405. stav 3. te 434. stav 5. Zakona o privrednim društvima, prema kojima se ugovor o spajanju uz pripajanje i podjeli društva ili o sticanju i raspolaganju imovinom velike vrijednosti, notarski potvrđuje. U tim postupcima, trebalo bi da notar vodi zapisnik skupštine i na osnovu toga potvrdi da je skupština odobrila nacrt ugovora o spajanju ili podjeli, a nakon toga, potpisi ugovornih strana trebali bi da budu notarski ovjereni. U svakom slučaju bi najbolje rješenje bilo da se propiše da ti ugovori obavezno budu notarski obrađeni, dakle, u cijelosti sastavljeni od notara, s tim da je Zakon o notarima propisao mogućnost pripreme isprava od strane advokata. To bi značilo da notar svojim specifičnim autoritetom pravnog stručnjaka pomaže da jedna pravno veoma složena statusna promjena poslovnih subjekata bude vjerodostojno provedena i da akti kojima se to reguliše budu podobni za sudsku registraciju. To i jeste prevashodna uloga notara da sprečava buduće sporove oko ovako pravno komplikovanih statusnih promjena.

Notarski zapisnik

Registarski sud uglavnom neće zahtijevati prilaganje notarskog zapisnika na osnovu kojeg je notar potvrdio izmjene osnivačkog akta ili statuta, ali to može tražiti radi provjere istinitosti notarske isprave.

Prema odredbama člana 145. Zakona o privrednim društvima, odluke skupštine članova društva sa ograničenom odgovornošću unose se u zapisnik, te je propisan sadržaj zapisnika. Ako zapisnik ne potpiše predsjedavajući, to ne utiče na punovažnost odluka skupštine članova društva sa ograničenom odgovornošću, ukoliko je notar sačinio zapisnik. Sadržaj i forma notarskog zapisnika uređeni su Zakonom o notarima.¹⁵

Prema odredbi člana 196. Zakona o notarima zapisnik o radu osnivačke skupštine akcionarskog društva vodi notar kao zapisničar, a potpisuje predsjednik skupštine, zapisničar, oba brojača glasova i osnivači društva. Odredbama člana 292. istog zakona propisan je sadržaj zapisnika skupštine akcionara, a ako zapisnik vodi notar, sadržaj i forma notarskog zapisnika uređeni su Zakonom o no-

¹⁵ Član 95. Zakona o notarima RS.

tarima. Kada notar sačinjava zapisnik, on ima značaj javne isprave, pa nije logično da u praksi potpisuju zapisnik osim notara i ovjerivači zapisnika predviđeni odredbom čl. 292. stav 6. Zakona o privrednim društvima.

Registracija dijela stranog privrednog društva

Kao poseban kuriozitet u praksi registracije privrednih subjekata pojavljivala se registracija dijela, poslovne jedinice odnosno podružnice stranog privrednog društva. Već nekoliko godina ta vrsta registracije je bila u zastoju i notari nisu mogli sačiniti notarsku ispravu ni za jedan takav dio društva, pa ih tako nema ni registrovanih u Republici Srpskoj. Razlozi su po svoj prilici bili samo u tehničkim zaprekama. Naime, za registraciju dijela stranog poslovnog subjekta zahtijevao se podatak koji strani poslovni subjekt nije ni mogao pribaviti, a to je MBS i poreski identifikacioni broj dodijeljen od strane nadležnog organa za pravna lica. Ovaj problem je konačno riješen donošenjem Zakona o dopunama Zakona o registraciji poslovnih subjekata u Republici Srpskoj (Službeni glasnik RS broj 102/12) tako što prema odredbi člana 2. tog zakona nadležni poreski organ dostavlja registarskom sudu jedinstveni identifikacioni broj za poslovnu jedinicu stranog lica tretirajući istu kao subjekt upisa, na koji način je to pitanje riješeno i u Hrvatskoj.

O nekim podacima značajnim za pravni promet

a) *Djelatnost.* – Što se tiče upisa podataka o djelatnosti, posebno šifara djelatnosti, treba imati u vidu da je procedura oko upisa djelatnosti i promjene šifara razreda odnosno odjeljaka u skladu sa Klasifikacijom delatnosti spora i da iziskuje nepotrebne troškove i da bi trebalo da se u tom vidu ona provodi samo u Zavodu za statistiku, kojem su potrebni ovi podaci. Smatramo da ova obaveza predstavlja nepotrebno opterećenje privredi, posebno zato što se šifre djelatnosti često mijenjaju. U dosadašnjoj praksi s pravom je predlagano da se ukine obaveza registracije svih djelatnosti prema propisanoj klasifikaciji koje će subjekt upisa obavljati i da se, kao u drugim zemljama, uvede samo pretežna djelatnost privrednog društva bez navođenja šifre, uz koju bi djelatnost mogle da se obavljaju i sve ostale djelatnosti, s tim da je za obavljanje nekih djelatnosti potrebna posebna saglasnost nadležnog ministarstva.

d) *Dokazi o ulaganju i obezbjeđenja osnivačkog uloga.* – Kada osnivač odnosno član ulaže nepokretnost u društvo, dokaz o ulaganju prilikom osnivanja ili povećanja osnovnog kapitala predstavlja izvod iz javne evidencije nepokretnosti i odredba osnivačkog akta, odnosno ugovora članova sa klauzulom intabulandi o prenosu stvarnih prava od strane osnivača odnosno člana na društvo.

Sudovi su imali različitu praksu kod dokazivanja da je ulog u pokretnim stvarima unesen u društvo. Smatramo da je dovoljno da se registarskom sudu pri-

loži samo dokaz o procjeni nenovčanog uloga od strane stalnog sudskog procjenitelja, kako je uređeno odredbama člana 186. a u vezi sa članom 240. Zakona o privrednim društvima.

Registarski sud je dužan da traži dokaz o unošenju zakonom propisanog minimalnog novčanog udjela, s tim što se posebnim zakonima propisuju minimalni novčani ulogi kod osnivanja finansijskih i osiguravajućih organizacija i društava.¹⁶ Notari bi trebali obratiti posebnu pažnju oko odredaba osnivačkog akta koje se odnose na mogućnost zaštite prava zbog neunesenog uloga. Postavlja se pitanje da li bi propisivanje obezbjeđenja unošenja uloga bilo dobro rješenje, jer postoje drugi efikasni načini rješavanja pitanja neunošenja uloga, kao što su prestanak člana, prestanak društva i drugi.

e) *Lice ovlašteno za zastupanje - pitanje radnog odnosa.* – Odredba člana 316. Zakona o privrednim društvima izričito određuje da su članovi izvršnog odbora kod akcionarskih društva u radnom odnosu, a predsjednik izvršnog odbora, koji je ujedno i član izvršnog odbora je generalni direktor društva, prema članu 314. istog zakona.

Ova odredba o obaveznom radnom odnosu se shodno primjenjuje i na izvršne direktore, koji su ujedno zastupnici društva, kada društvo nema izvršni odbor, shodno odredbama čl. 313. istog zakona. Slijedom navedenog, zaključuje se da generalni direktor, odnosno izvršni direktor akcionarskog društva, kao lice ovlašteno za zastupanje društva, mora biti u radnom odnosu u tom društvu. Nasuprot tome, isti zakon ne određuje da direktor društva sa ograničenom odgovornošću mora biti u radnom odnosu u društvu.

Preporučljivo je da notar upozna stranke sa odredbama čl. 39. Zakona o radu koje omogućavaju imenovanje stranca kao lica ovlaštenog za zastupanje, bez obaveze zasnivanja radnog odnosa, s tim da društvo može da uredi svoj odnos sa njim putem menadžerskog ugovora.¹⁷

Bilo bi poželjno da se u osnivački akt unese odgovarajuća odredba za slučaj da strano lice ovlašteno za zastupanje ne želi da bude u radnom odnosu.. U takvom slučaju ne bi se mogla na štetu stranke primijeniti odredba člana 12. stav 1 d. tačka 5. Pravilnika o registraciji i upisu u jedinstveni registar obveznika indirektnih poreza (Službeni glasnik BiH broj 51/12), koja otežava proceduru kod registracije društava kod Uprave za indirektno oporezivanje BiH, jer se tom odredbom sada nepotrebno i protivno propisima o radu i stranim ulaganjima uslovljava upis društva u jedinstveni registar poreskih obveznika pribavljanjem radne dozvole za svakog direktora koji je stranac.

¹⁶ Član 107. st. 2. Zakona o privrednim društvima.

¹⁷ Odredbom člana 39. st. 3. Zakona o radu – prečišćeni tekst, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 55/07 određuje sada se međusobna prava, obaveze i odgovornosti direktora koji nije zasnovao radni odnos i poslodavca uređuju posebnim ugovorom.

f) *Promjena člana i članskog udjela.* – Odredbom člana 123. Zakona o privrednim društvima propisano je da se udio ugovorom u pisanoj formi sa notarski ovjerenim potpisima prenosioca i sticaoca, te da nije potrebna izmjena osnivačkog akta društva sa ograničenom odgovornošću, ako tim aktom nije drugačije određeno. Zbog značaja ove promjene u privrednom društvu bilo bi dobro propisati da se uz prijavu za upis u registar promjene člana ili povećanja odnosno smanjenja broja članova ili promjene članskog udjela prilaže notarski obrađen ugovor o istupanju ili pristupanju novog člana.

Položaj zainteresovanog lica u postupku registracije

Jedno od značajnijih pitanja u postupku daljeg uređivanja propisa registracije poslovnih subjekata je tumačenje pojma *zainteresovanog lica*. S obzirom na sadašnje stanje pravne regulative na području registracije poslovnih subjekata, notarima ovo pitanje može donijeti mnogo nedoumica. Prema odredbama Zakona o registraciji poslovnih subjekata kao učesnik u postupku osim subjekta upisa, može se pojaviti i lice o čijim se pravima i pravnim interesima odlučuje u postupku, te nadležni organ, kao protivnici predlagača upisa. Takođe kao zainteresovana lica u postupku brisanja subjekta upisa mogu se pojaviti povjerioci subjekta upisa, lica koja imaju pravni interes u subjektu upisa, članovi subjekta upisa i lica ovlašćena za zastupanje subjekta upisa.

Na prvi pogled prethodno zakonsko određenje zainteresovanog lica izgleda kao da je u skladu sa odredbama vanparničnog postupka. Međutim, treba imati u vidu da su propisi o registraciji *lex specialis* i moguće je precizirati krug lica koja se mogu pojaviti u tom postupku. Pravo pristupa registarskom sudu treba tumačiti samo u odnosu na lica koja mogu imati pristup sudu u odgovarajućem postupku registracije. Smisao svake registracije je da se provede što prije, a ništa da se na bilo koji način usporava ili gotovo onemogućava.

Kod upisa promjene lica ovlaštenog za zastupanje, često se postavlja pitanje da li direktor¹⁸ ili generalni direktor¹⁹ ili predsjednik upravnog odbora mogu imati status *zainteresovanog lica*? Naime, i pored pravila da se u sudski registar upisuje samo ono što odgovara, moguće je da u sudskom registru postoji ono što ne odgovara stvarnom stanju. Načelo istinitosti ima za posledicu da prema trećim vrijedi ono što je upisano u sudskom registru. Jedno vrijeme može postojati raskorak između stvarnog stanja i postojećeg upisanog stanja. Tako organi subjekta upisa mogu imenovati novog direktora, generalnog direktora, predsjednika upravnog odbora, a da se lice koje je do tada vršilo tu funkciju i čije ime se još uvijek nalazi upisano u sudskom registru kao ovlašteno lice, suprotstavlja bilo ka-

¹⁸ Čl. 149. Zakona o privrednim društvima.

¹⁹ Čl. 314. Zakona o privrednim društvima.

kvom upisu promjene tog podatka u sudskom registru predstavljajući se kao zainteresovano lice.

U vezi s tim treba razlikovati upise s konstitutivnim dejstvom od onih sa deklaratornim dejstvom. O konstitutivnom dejstvu je riječ kada upisom nastaje odnosno prestaje neko pravno stanje. Tako su konstitutivni upisi osnivanja društva sa svim značajnim podacima za osnivanje među kojima je i podatak o prvom licu ovlaštenom za zastupanje, jer društvo tek upisom u sudski registar postaje pravi subjekt, mada prije toga postoji sklopljeni ugovor obrađen čak kod notara, ali on ima do upisa u sudski registar posebno dejstvo u koje sada nećemo ulaziti. Upisom u sudski registar nekog društva rađa se jedan novi pravni subjekt u pravnom poretku. Isto tako će taj subjekt prestati da postoji kada bude izbrisan iz sudskog registra, jer dok, na primjer, traje likvidacija ili stečajni postupak, društvo još postoji, a tek sa njihovim potpunim provođenjem i brisanjem društva iz sudskog registra, prestaje. Ovo brisanje pravno posmatrano ima konstitutivno dejstvo.²⁰ Postoje svakako i drugi upisi u sudskom registru s konstitutivnim učincima. Takvi su, na primjer, povećanje ili smanjenje osnivačkog kapitala, spajanje, pripajanje, podjela društva itd. Najbolje je kada zakon sasvim na jasan način kaže koji upisi imaju konstitutivno dejstvo i on to uglavnom i čini. Bez obzira na to što se konstitutivno dejstvo upisa propisuje zakonom, treba imati u vidu da se takvo dejstvo u pravnoj nauci smatra izuzetkom, a da je deklaratorno dejstvo pravilo.²¹

Deklaratorno dejstvo imaju upisi kojima se samo upisom u sudski registar javno daje na znanje trećim licima da je došlo do nekih promjena, a zakonom se takve promjene ne čine ovisne o upisu u sudski registar. To su sva ona pitanja koja se dešavaju u unutrašnjem životu društva, a trećim licima mogu biti značajna u odnosima sa subjektom upisa. Zbog toga treba imati u vidu da, na primjer, razrješenje lica ovlaštenog za zastupanje djeluje od trenutka kada se to odredi u odluci o razrješenju, a upis u sudski registar ima deklaratorno dejstvo. Tako je, na primjer, kod davanja prokure ili opoziva prokure, koji djeluju od kada je prokura dana, odnosno od kada djeluje opoziv prokure, s tim da upis u sudski registar ima samo značaj javnog objavljivanja trećim licima, tj. deklaratorno dejstvo.

Od trećih lica se ne traži posebna pažnja da istražuju da li stvarno stanje odgovara onom u sudskom registru. Oni se mogu pouzdati u stanje upisa u sud-

²⁰ Interesantno je da u našoj praksi registarski sudovi uglavnom ne vrše upis zabilježbe u Glavnoj knjizi podataka o postupku likvidacije, stečaja, zabrane obavljanja djelatnosti odnosno poslova i drugih činjenica koje su određene zakonom, nego samo ulažu ogovarajuća rešenja u zbirku isprava. Takvo postupanje bi moglo da naruši princip javnosti i istinitost registra, koje može dovesti do nesigurnosti u pravnom prometu. U budućim izmjenama Zakona o registraciji poslovnih subjekata trebalo bi jače potencirati obavezu unošenja navedenih podataka u Glavnoj knjizi, kao i sva i drugi aktuelni status registrovanog subjekta upisa.

²¹ Barbić, J., Značenje upisa u sudski registar, Pravo u gospodarstvu, vol. 45 br. 6/ 2006, str. 302.

ski registar dok ih određene okolnosti ne upozore da se stvarno stanje razlikuje od registrovanog, a to se odnosi i na notare.

Treba imati u vidu da je ime kod promjene ovlaštenog lica za zastupanje *samo podatak u registru* privrednih subjekata koji se vodi u registarskom sudu i upis tog podatka je deklaratornog karaktera. Konstitutivnog karaktera je sama odluka nadležnog organa društva o imenovanju lica ovlaštenog za zastupanje. Ako je takvo lice razriješeno, a po njegovom mišljenju to razrješenje je nezakonito, tada ovo lice može samo voditi parnicu protiv poslovnog subjekta i imenovanog lica. Ne odlučuje sud ko će biti direktor u jednom društvu ili lice ovlašćeno za zastupanje, nego nadležni organi društva. Svako ko smatra da su povrijeđena neka njegova prava, može da pokrene redovni sudski postupak, a eventualno ne-selektivno prihvatanje od strane registarskog suda učesća takvog lica u toku postupka registracije dovelo bi do odugovlačenja registracije i sprečavalo bi primjenu načela obaveznosti upisa kada za to postoje potrebne pretpostavke.

Treba imati u vidu da lice ovlašćeno za zastupanje subjekta upisa ne može imati ni kod brisanja društva iz registra položaj zainteresovanog lica, pošto to lice ne istupa u postupku u svoje ime i za svoj račun kao fizičko lice, nego samo kao zastupnik pravnog lica- subjekta upisa. Direktor ne nastupa u svoje lično ime, pa direktor nema samostalna *svoja* prava. Treba napomenuti da se u sudski registar ne bi mogao upisivati vršilac dužnosti lica ovlaštenog za zastupanje, pošto takva ovlaštenja nisu propisana Zakonom o privrednim društvima.²²

Član društva kao zainteresovano lice. –Član bi mogao biti zainteresovani učesnik isključivo kod upisa promjene osnivačkog udjela, pošto ona utiče na promjenu prava na upravljanje i dobit i on zbog zaštite tih svojih prava ima status zainteresovanog lica kod promjena tih prava u registru. Međutim, član ne može imati status zainteresovanog lica kod ostalih promjena u registru, kao što je sje-dište, djelatnost, promjena lica ovlaštenog za zastupanje ili usklađivanje sa zakonom, pa bi bilo dobro u Zakonu o registraciji poslovnih subjekata precizirati i su-ziti pravo člana društva na status zainteresovanog lica samo za pravnu situaciju kad se u postupku upisa vrši promjena na njegovim pravima kao člana.

Postupanje nadležnog registarskog suda po prijemu prijave za registraciju

Sud ispituje ispunjenost formalnih uslova kroz provjeru da li je prijavu pod-nijelo ovlašćeno lice, da li je prijava predana na propisanom obrascu i potpisana od strane podnosioca, da li su prijavi priložene sve propisane isprave u originalu

²² “Osobe koje zamjenjuju ravnatelja ne upisuju se u sudski registar, već vode poslove na temelju punomoći ili drugih ovlaštenja iz akata.” Buljan V., sutkinja Visokog trgovačkog suda RH, Jedinstveni stavovi o upisu u sudski registar, Javni bilježnik br. 26 2007. godine.

odnosno ovjerenoj kopiji, da li su iprave donesene u propisanom postupku odnosno da li imaju propisani sadržaj, te da li su ispunjeni drugi formalni uslovi predviđeni Zakonom o registraciji poslovnih subjekata i drugim propisima.

Sud ispituje ispunjenost materijalnih uslova kroz provjeru da li je zahtjev za upis određenih podataka u saglasnosti sa Zakonom o privrednim društvima, zakonima koji uređuju ostale poslovne subjekte, Zakonom o registraciji poslovnih subjekata i drugim propisima kojim je utvrđena obaveza upisa tih podataka kao i sa odredbama opštih akata kojima su uređeni podaci, odnosno promjene koje se upisuju u registar.²³

Ako registarski sud posumnja u istinitost akta kojim se dokazuje činjenica koja je predmet upisa ili u zakonitost postupka po kome je akt donesen ili u zakonitost pravne radnje koja je predmet upisa, registarski sud može održati ročište za raspravu na koje će pozvati podnosioca prijave i eventualno lica kojima bi mogle biti poznate sporne okolnosti i donijeti odluku. Pošto notar prethodno sačinjava notarske isprave koje služe radi registracije i notar vrši provjeru svih priloženih dokumenata, utvrđuje identitet stranaka, ovjerava potpis lica ovlaštenog za zastupanje, provjerava uplatu osnivačkog uloga i uplatu sudske takse i naknade za oglas, tada će sud biti veoma rijetko u prilici da zakaže ročište za uzimanje novih izjava ili radi utvrđivanja odlučnih činjenica. Notar je notarskom ispravom od stranke ovlašten da po zaključku suda izvrši dopunu ili ispravku notarske isprave u postupku registracije.

U postupku rješavanja o prethodnom pitanju, npr. o zakonitosti odluke skupštine akcionara, tužba za pobijanje odluke skupštine akcionara ne sprečava njenu registraciju, ali registarski sud može odgoditi upis odnosno registrovati za bilježbu spora, ako ocijeni da su nastupili slučajevi iz odredbi Zakona o privrednim društvima i drugih odredbi prema kojim odredbama je odluka skupštine ništava.²⁴

Kad registarski sud posumnja u neku činjenicu koja se dokazuje ispravom, sud prema odredbi čl. 54. st. 2. i čl. 55. Zakona o registraciji poslovnih subjekata, može obavijestiti subjekt upisa da eventualno pred drugim nadležnim sudom pokrene odgovarajući postupak i o tome izvijesti registarski sud. Uglavnom bi se moglo raditi o sporovima radi pobijanja odluka skupština, koje su osnov za upis u sudski registar, a u kojem slučaju zapisnike obavezno sačinjavaju notari. Postavlja se pitanje pod kojim uslovima sud treba notarskoj ispravi pokloniti punu vjeru, a kada sud mora odbiti upis odluke skupštine sadržane u notarskom zapisniku. Ako je notar sačinio zapisnik o činjenicama koje su se događale pred njim, a koje ukazuju na to da su skupštinske odluke ništave, sud treba da odbije upis, smatrajući notarsku ispravu upravo kao dokaz ništavosti odluke. Primjer ništavosti od-

²³ Član 53. Zakona o registraciji poslovnih subjekata.

²⁴ Član 293. stav 5. i 6. Zakona o privrednim društvima.

luke skupštine društva sa ograničenom odgovornošću, za čiju pravnu valjanost je neophodna jednoglasna odluka članova skupštine društva, može biti slučaj kada sjednici skupštine nisu prisustvovali svi članovi društva. Sud postupa u skladu sa zakonom i donosi odgovarajuće rješenje kojim se ne dozvoljava upis.²⁵ O obavezama notara da obavijesti registarski sud o eventualnoj grešci notara izražen je stav u hrvatskoj pravnoj književnosti.²⁶

ZAKLJUČAK

Notari ostvaruju svoju ulogu vanparničnih preventivnih sudija, koji kao pravni stručnjaci sačinjavaju osnivačke akte poslovnih subjekata u propisanoj formi notarske javne isprave i time preventivno djeluju kao prethodna kontrola zakonitosti kod upisa u sudski registar, što skraćuje postupak i čini ga sigurnijim, pa je očigledno da ustanovljene nadležnosti notarske službe u tom cilju treba jačati.

Pošto je u Bosni i Hercegovini uspostavljena notarska služba latinskog notarijata, koja je preporučena od Evropske unije kao najbolja i najsigurnija, Republika Srpska je i na taj način svoj pravni sistem još više primakla evropskoj pravnoj tradiciji, na čijim osnovama se u Evropi jača uloga notara u pravnom životu.

Vrijeme je pokazalo da su neophodne izmjene i usklađivanje određenih zakonskih rješenja u odredbama Zakona o registraciji poslovnih subjekata i Zakona o privrednim društvima, zakona o finansijskim i osiguravajućim organizacijama i društvima, drugih zakona o poslovnim subjektima, Zakona o notarima i donošenje propisa o elektronifikaciji i elektronskom povezivanju registra i notarijata, te postupak registracije svih oblika poslovnih subjekata međusobno uskladiti, da bi se na taj način iskoristile prednosti notarijata i ostvarila uloga notara u razvoju i jačanju pravnog sistema i pravne sigurnosti.

²⁵ Pitanje pravnih posljedica nedostataka u sadržaju i obliku otpravaka javnobilježničkog akta uređeno je člankom 104. Zakona o javnom bilježništvu ("Narodne novine" br. 78/9, 29/9, 16/07 i 75/09) koji glasi: "(1) Otpravak javnobilježničkog akta nema snagu javne isprave ako nije prema odredbama članka 48. stavka 2. ovoga Zakona prošiven, ako nije potvrđena podudarnost otpravka s izvornim javnobilježničkim aktom ili ako na njemu nema potpisa i pečata javnog bilježnika. (2) Da li i u kojoj mjeri koji drugi nedostaci (članak 43, članak 45. do 47, članak 48. stavak 1, članak 94. do 98, članak 100. do 103.) u cijelosti ili djelomično oduzimaju ili umanjuju vjerodostojnost otpravaka, ocijenit će po slobodnoj ocjeni sud."

²⁶ "Saznanju registarskog suda za to da se stvarno stanje razlikuje od upisa pridonosi i obveza sudova, državnih odvjetništava, javnih bilježnika, tijela državne uprave i pravnih osoba s javnim ovlastima koji u obavljanju službene dužnosti saznaju za netočne ili nepotpune prijave za upis ili propuštanja da se podnese prijava, da o tome izvijeste registarski sud.", akademik J. Barbić, Značenje upisa u sudski registar, Pravo u gospodarstvu, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, Zagreb, 2006.

U toku budućeg usklađivanja analiziranih propisa ne bi se smjela umanjiti nadležnost notarijata kao javne službe ni podleći povremenom nerazumijevanju uloge notarske službe u privrednom životu, nego upravo tu ulogu jačati u skladu sa preporukama i tendencijama u modernom evropskom pravu.

U toku izrade rješenja na kojima će raditi pravni i drugi stručnjaci bilo bi neophodno uključiti i notare, jer će svojim stručnim znanjem i iskustvom u ovoj oblasti moći doprinijeti da ova unutrašnja harmonizacija propisa u pravnom sistemu postigne potreban stepen pravne sigurnosti.

IRENA MOJOVIĆ
Notary, Banja Luka

THE ROLE OF NOTARIES IN BUSINESS REGISTRATION IN THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

Notaries have their role as extrajudicial preventive judges, which as legal experts draft acts of incorporation of business entities and notarize such acts in the prescribed form of the notary public documents and thereby prevent litigation, so that the established authority of the notaries should be strengthened to that effect.

In Bosnia and Herzegovina the Latin notary service was established, after being recommended by the European Union as the best and safest. In that way, the Republic of Srpska, as well as Bosnia and Herzegovina as a whole, and thus their legal systems are closer to European legal tradition on bases of which the role of the notary in legal life is constantly being increased in Europe.

The time has shown the necessity of changes and adjustment of certain provisions contained in the Law on Business Registration, the Company Law, as well as laws on financial and insurance institutions, the Law on Notaries and other laws related to business entities, as well as necessity to adopt the regulation on electronic connection of court registry and notaries, and to adjust the registration procedure for all forms of business entities, all in order to strengthen the role of notaries in development and strengthening of the legal system and legal security.

In the future harmonization of the analyzed regulations, one should not allow diminishing the jurisdiction of notary service nor should succumb to occasional misunderstanding of the role of notary service in the business life and business transactions, but rather to strengthen this role in accordance with the recommendations and trends in modern European law.

In the course of determining solutions by legal and other experts, it would be essentially to include notaries, because their expertise and experience in this area can contribute to to harmonized regulations and, thus, to the necessary degree of legal certainty.

NINA PLANOJEVIĆ,
SINIŠA VARGA

KONSTITUISANJE UGOVORNOG ZALOŽNOG PRAVA NA PRAVIMA INTELEKTUALNE SVOJINE

U V O D

Dužničko-poverilački odnosi oduvek su bili praćeni istim problemom poverioca: kako da bude siguran da će mu dužnik potraživanje ispuniti o dospelosti? Pošto se pokazalo da dužnikova imovina nije dovoljna garancija za to, takoreći oduvek su korišćena razna sredstva obezbeđenja namirenja njegovog potraživanja¹, a najčešće založna prava. Založna prava se na vrste mogu podeliti prema različitim kriterijumima, ali najvažnija podela je svakako prema vrsti njihovog objekta, pa u tom smislu razlikujemo založna prava na pokretnostima, nepokretnostima i pravima. Moramo, međutim, konstatovati da je navedena podela založnih prava najvažnija ne samo sa pravno-teorijske tačke gledišta, nego i u praksi. Već na osnovu svakodnevnog iskustva možemo zaključiti o značaju ove podele za poverioce i činjenici da su za njih najprihvatljiviji objekat založnog prava – stvari.

Prava su uvek bila nisko na skali prihvatljivih objekata založnog prava, iako su gotovo sva prenosiva imovinska prava podobna za zalaganje, pa je njihov broj prilično veliki, a često i njihova vrednost. Mogu se založiti kako potraživanja,

Dr Nina Planojević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

Dr Siniša Varga, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ O raznim vrstama sredstava obezbeđenja: M. Lazić, Prava realnog obezbeđenja, Niš, 2009.

tako i druga imovinska prava poput vršenja plodouživanja, koncesija, nasledničkih i susvojinskih udela, udela u određenim privrednim društvima, prava intelektualne svojine itd. I među navedenim pravima podobnim za zalaganje poverioci, međutim, prave razliku, pa neka ponekad i prihvate kao objekat založnog prava², a neka gotovo nikada. Među nabrojanim, to se posebno odnosi na prava intelektualne svojine³, a razlozi za to su u našim uslovima opštepoznati.

S jedne strane, fizionomija ovih prava domaćoj populaciji nije u potpunosti poznata, pa se i ne zna kakve mogućnosti pružaju; a s druge, oni kojima je njihova sadržina poznata, još bolje znaju za probleme titulara sa njihovom zaštitom od neovlašćene upotrebe. Zbog toga se na njih u domaćim uslovima ne gleda kao na poželjan založni objekat. Realno govoreći, mnoga od ovih prava to kod nas zaista i nisu bila, sve do poslednjih par godina, potpisivanja određenih međunarodnih ugovora i donošenja novih zakonskih propisa – koji na nov, savremeniji način uređuju pravne odnose u vezi njih, poklanjajući posebnu pažnju njihovom obezbeđivanju od neovlašćene upotrebe i zaštiti ako do toga dođe.

Ovakav pristup zakonodavca posledica je spoznaje da nauka i tehnika moraju napredovati i da privreda i društvo jedne države ne mogu opstati ako prava intelektualne svojine ne budu adekvatno tretirana. Na taj način su stvoreni uslovi da i ova prava postanu prihvatljiviji objekat založnog prava. To za dalju posledicu ima šansu za one pravne subjekte, čija su jedina ili najvrednija imovina upravo prava intelektualne svojine, da svoj dalji rad i istraživanja mogu sami finansirati uzimanjem kredita i zajmova kada je to nužno – koje će obezbeđivati upravo zalaganjem prava intelektualne svojine čiji su titulari⁴.

Pošto na osnovu izloženog smatramo da će založno pravo na pravima intelektualne svojine i u Srbiji, baš kao i u drugim državama, s vremenom postati sve aktuelnije i prihvatljivije sredstvo obezbeđenja potraživanja – cilj našeg rada je da otvorimo ovu temu, o kojoj kod nas dosad nije mnogo pisano. Prvim korakom u tom pravcu smatramo obradu pitanja na koji način i na osnovu kojih propisa se može konstituisati založno pravo na različitim pravima intelektualne svo-

² Poneki slučaj iz sudske prakse svedoči da su to obično potraživanja obezbeđena hipotekom ili ručnom zalogom ili vršenje prava plodouživanja.

³ Od 2005. do 2009. godine (od kada se založno pravo na pravima industrijske svojine više ne upisuje u registar zaloge Agencije za privredne registre, već u nadležni registar Zavoda za intelektualnu svojinu), registrovano je samo 51 založno pravo na pravima intelektualne svojine, od čega u 47 slučajeva na pravu na žig i u 4 slučaja na pravima industrijskog dizajna (podaci preuzeti iz registra zaloge APR).

⁴ U ovom kontekstu zanimljiva zapažanja iznose: I. Davies, "Secured Financing of Intellectual Property Assets and the Reform of English Personal Property Security Law", *Oxford Journal of Legal Studies* 3/2006, p. 560; X. Nguyen, "Collateralizing Intellectual Property", *Georgia Law Review* 1/2007, p. 5.

jine u Srbiji. Iako tema na prvi pogled izgleda jednostavna, videćemo da će se već na tom prvom koraku otvoriti kao sporna neka pitanja, čije je rešenje za buduće založne poverioce i dužnike od izvanrednog značaja. Naime, ukoliko se odluče za zasnivanje založnog prava na pravima intelektualne svojine, oni moraju tačno znati da li ga i na koji način mogu validno konstituisati, što je pitanje na koje, s obzirom na to da je regulisano u više različitih zakona, nije uvek jednostavno odgovoriti. Odgovor na ovo pitanje ni za sva prava intelektualne svojine kao objekte zalaganja nije isti. Razlog zbog koga u 2012. godini analiziramo pitanje na osnovu kog propisa i na koji način se mogu založiti prava intelektualne svojine, na čije se zalaganje odnose zakoni donošeni u periodu od 1978⁵, preko 2003.⁶ do 2009.⁷ i 2011. godine⁸ je i u tome što smo ustanovili da je jedan od uzroka za retko zalaganje ovih prava u praksi, pored gore navedenih, upravo nejasna situacija oko načina i propisa na osnovu kojih se ona zalažu. Naša razmatranja ograničićemo samo na ugovorno založno pravo na navedenim objektima, jer je ono u praksi najčešće. Temu ćemo otvoriti kratkim prikazom pojma i suštine založnog prava na ovim pravima, što će biti od koristi za dalja izlaganja.

POJAM I SUŠTINA ZALOŽNOG PRAVA NA PRAVIMA INTELEKTUALNE SVOJINE

Založno pravo na pravu je stvarno pravo⁹ na tuđem, prenosivom, sadašnjem ili budućem¹⁰, imovinskom pravu ili njegovom idealnom delu (u našem slu-

⁵ Zakon o obligacionim odnosima, Sl. list SFRJ 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, Sl. list SRJ 31/93, Sl. list SCG 1/2003.

⁶ Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, Sl. glasnik RS 57/2003, 61/2005, 64/2006, 99/2011.

⁷ Zakon o autorskom i srodnim pravima, Sl. glasnik RS 104/2009, 99/2011; Zakon o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna, Sl. glasnik RS 104/2009; Zakon o žigovima, Sl. glasnik RS 104/2009; Zakon o zaštiti topografija integrisanih kola, Sl. glasnik RS 104/2009.

⁸ Zakon o patentima, Sl. glasnik RS 99/2011.

⁹ U pravnoj teoriji sporna je pravna priroda založnog prava na pravima. Dok ga jedni smatraju stvarnim pravom, što je preovlađujući stav; po drugima ono je obligaciono pravo, jer njegov predmet nije stvar, nego potraživanje ili drugo pravo. Ipak, strogo gledano, ni kod drugih oblika založnog prava ne zalaže se stvar, nego pravo, i to pravo svojine, pa sa te tačke gledišta stvarnopravna priroda založnog prava na pravima ne bi trebalo da dolazi u pitanje. Uz to, neki autori primećuju da su i prava (bestelesne) stvari. Detaljno o teorijama o pravnoj prirodi založnog prava na potraživanjima i drugim pravima: M. Denišlić, Pravna priroda zalaganja prava, magistarski rad odbranjen na Pravnom fakultetu u Beogradu, 1988, str. 60–78.

¹⁰ Založno pravo na budućem pravu nastaje momentom sticanja založenog prava (čl. 13 Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar).

lju naplate duga do visine njegovog iznosa (ako ne bude namiren o dospelosti). Zalogoprimac, dakle, ne bi mogao zadržati za sebe založeno pravo intelektualne svojine, tj. postati njegov novi titular¹⁷; niti unovčavajući ga zadržati sumu veću od iznosa obezbeđenog potraživanja – jer titular založenog prava intelektualne svojine nije zalogoprimac, već zalagodavac. Zalagodavac svojim pravom stoga može raspolagati i dok je založeno, ukoliko ta mogućnost ugovorom nije isključena¹⁸. Založni poverilac, međutim, zadržava pravo naplate svog potraživanja i iz ostale imovinske mase dužnika, tako da način i objekat namirenja zavise od njegovog izbora. Funkcija založnog prava dakle nije da umanji, već da poveća poveriočeve šanse za namirenje. Ova izlaganja će nam biti od koristi u narednom delu rada, kod procene da li su sva prava intelektualne svojine podobna da budu objekat založnog prava.

PRAVA INTELEKTUALNE SVOJINE KAO OBJEKAT ZALOŽNOG PRAVA

Da bismo počeli s razmatranjem mogućih načina konstituisanja založnog prava na pravima intelektualne svojine, prethodno moramo odgovoriti na pitanje: da li je svako od njih podobno da budu predmet zalaganja? Da bi jedno pravo moglo biti predmet zalaganja, mora ispunjavati određene uslove, koji proizilaze iz suštine založnog prava - pa te uslove moraju ispunjavati i prava intelektualne svojine. Oni su formulisani u zakonima¹⁹ koji regulišu ovu materiju, kao i od strane pravne teorije, ali je činjenica da se navode prvenstveno u kontekstu potraživanja kao objekta zalaganja. Mišljenja smo, međutim, da ti uslovi *mutatis mutandis* moraju važiti i za ostala prava kao objekte zalaganja.

Da bi bilo podobno za zalaganje pravo mora biti: 1) imovinsko²⁰ – da se može unovčiti; 2) prenosivo²¹ - što znači da nije vezano za ličnost, da njegov prenos nije zabranjen zakonom ili da nemogućnost prenošenja ne proizilazi iz nekih drugih razloga ili njegove prirode; 3) da titular pravom može slobodno raspolaga-

¹⁷ U cilju zaštite dužnika, u našem pravu komisorna i marcijanska klauzula mogu se ugovoriti tek po dospelosti potraživanja.

¹⁸ Videti čl. 24 i 25 ZZPPSUR.

¹⁹ O ovim uslovima se može zaključiti iz čl. 10 ZZPPSUR.

²⁰ Oko potrebe da pravo ima ovo svojstvo da bi bilo podobno za zalaganje postoji opšta saglasnost.

²¹ Oko nužnosti da pravo ima ovo svojstvo da bi bilo podobno za zalaganje postoji opšta saglasnost.

ti. Neki autori navode i uslov deljivosti prava²², pod tim podrazumevajući mogućnost da se ovlašćenje njegovog unovčenja može izdvojiti iz sadržine prava i preneti na poverioca, jer to nije odlika svih imovinskih prava i jer je možda upravo tu tanka nit razgraničenja između zalaganja i ustupanja kompletnog prava (u cilju obezbeđenja potraživanja ili u drugom cilju). Drugi autori deljivost prava u ovom kontekstu smatraju bitnom iz sasvim drugih razloga²³.

Od prava intelektualne svojine koja su kod nas regulisana²⁴, navedene uslove svakako ispunjavaju: *patent, mali patent, žig (sem kolektivnog i žiga garancije), pravo na industrijski dizajn i na topografiju integrisanih kola*²⁵. Sem prava na topografiju integrisanih kola, mogućnost zalaganja pomenutih prava, uključujući i pravo iz prijave, izričito je predviđena u zakonima koji ih regulišu.²⁶ Zakon koji reguliše pravo na topografiju integrisanih kola ne pominje zalaganje, ali govori o mogućnosti prenosa prava na topografiju, u celini ili delimično, na osnovu ugovora o prenosu ili na osnovu nasleđivanja²⁷ – što po našem mišljenju uključuje i mogućnost zalaganja (zalaganje, kao što smo objasnili, predstavlja vrstu prometa prava), jer ovo pravo ispunjava sve uslove koje jedno pravo mora ispunjavati da bi moglo biti založeno. Prenos i zalaganje *prava na oznaku geografskog porekla proizvoda* je, međutim, zabranjeno zakonom koji ga reguliše²⁸ – što je s obzirom na prirodu i sadržinu ovog prava i razumljivo.

Što se tiče *autorskog i srodnih prava*, njihova ličnopravna komponenta se svakako ne može prenositi, pa ni zalagati; ali imovinskopravna komponenta ovog prava ispunjava sve gore navedene uslove, da bi se mogla smatrati objektom podobnim za zalaganje. Iako Zakon o autorskom i srodnim pravima mogućnost za-

²² D. Stojanović, nav. delo, str. 235.

²³ Svojstvo deljivosti prava se razmatra u kontekstu pitanja o mogućnosti zalaganja dela prava, pre svega potraživanja. O tome više: M. Denišlić, nav. delo, str. 90 i dr.

²⁴ Neki od malobrojnih autora koji su se bavili ovim pitanjem, ne ulazeći u razmatranje pojedinih vrsta prava intelektualne svojine, samo konstatuju kako ona mogu biti založni objekti, pre svega u obliku registrovane zaloge. V. Živković–A. Knežević, Založno pravo na pokretnim stvarima, “Promene stvarnog prava u Srbiji – Mogućnosti reforme u okviru regionalnog razvoja u Jugoistočnoj Evropi”, Beograd, 2004, str. 182.

²⁵ U pravnoj teoriji se pored prava na patent pominje i pravo na pronalazak, kao mogući objekat zalaganja (D. Stojanović, nav. delo, str. 236); ili samo pronalazačko pravo (R. Kovačević–Kuštrimović–M. Lazić, nav. delo, str. 300).

²⁶ Videti čl. 53–56 Zakona o žigovima; čl. 52–55 Zakona o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna; čl. 47 - 50 Zakona o patentima.

²⁷ Čl. 21 Zakona o zaštiti topografija integrisanih kola.

²⁸ Čl. 60 Zakona o oznakama geografskog porekla, Sl. glasnik RS 18/2010. To važi i za registrovano ime porekla, odnosno registrovanu geografsku oznaku predmeta prijavljenog ili registrovanog žiga.

laganja ne reguliše izričito, on ga i ne zabranjuje, a o mogućnosti zalaganja zaključuje se na osnovu odredbi koje regulišu mogućnost njegovog prometa²⁹, gde spada i zalaganje (konstitutivni promet).

Ostaje da utvrdimo na koji se način i po kojim propisima svako od navedenih prava intelektualne svojine može založiti.

OBLICI ZALOŽNIH PRAVA NA PRAVIMA INTELEKTUALNE SVOJINE

Imajući u vidu brojne propise koji u Srbiji regulišu založno pravo na pravima intelektualne svojine³⁰, možemo reći da ono, kao i kada su u pitanju druga prava, prema *osnovu nastanka* može biti ugovorno, zakonsko³¹ i sudsko³². Kao što je rečeno, od navedenih oblika založnog prava na pravima u radu će biti razmatrano samo ugovorno založno pravo, kao u praksi najčešće. Prema *načinu sticanja*, ono može biti registrovano i neregistrovano. Mada je založno pravo na pravima intelektualne svojine moguće na vrste podeliti i po drugim kriterijumima, za temu našeg rada relevantni su prvenstveno izloženi kriterijumi.

KONSTITUISANJE I OBLICI UGOVORNOG ZALOŽNOG PRAVA NA PRAVIMA INTELEKTUALNE SVOJINE

Ugovorno založno pravo na pravima može nastati kao registrovano ili neregistrovano. Prvi način zalaganja prava regulisan je Zakonom o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar³³, a drugi Zakonom o obligacionim

²⁹ Čl. 59, 61–69 i čl. 145 Zakona o autorskom i srodnim pravima.

³⁰ Videti fusnote 5–8.

³¹ Mogućnost zasnivanja zakonskog založnog prava na pravima uopšte, pa dakle i na pravima intelektualne svojine, predviđena je čl. 72 i 86 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji (Sl. glasnik RS 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/2004, 61/2005, 85/2005, 62/2006, 63/2006, 61/2007, 20/2009, 72/2009, 53/2010, 101/2011, 2/2012).

³² Mogućnost zasnivanja sudskog založnog prava na pravima intelektualne svojine predviđena je Zakonom o žigovima – čl. 53 i Zakonom o patentima – čl. 47. Mogućnost zasnivanja sudske registrovane zaloge na pravima uopšte u postupku prinudnog izvršenja predviđa i Zakon o izvršenju i obezbeđenju (Sl. glasnik RS 31/11, 99/11 – čl. 87–88). Prava se, međutim, ne pominju kada je u pitanju mogućnost zasnivanja sporazumnog založnog prava na pravima u postupku obezbeđenja (čl. 266).

³³ Sl. glasnik RS 57/2003, 61/2005, 64/2006, 99/2011

odnosima³⁴. Oko odnosa odredbi ova dva zakona, koji na različite načine regulišu zalaganje prava postoje, međutim, različita mišljenja. Stoga se u daljim izlaganjima moramo osvrnuti i na ovo pitanje, jer od odgovora na njega zavisi i odgovor na pitanje koje je od značaja za temu kojom se bavimo, a to je: da li su oba načina zalaganja (registrovano i neregistrovano) primenljiva i na prava intelektualne svojine.

*Registrovano ugovorno založno pravo
na pravima intelektualne svojine*

a) *Osnovna pravila* – 1. Donošenjem Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar (nadalje: ZZPPSUR) i u srpskom pravu stvorena je mogućnost konstitutisanja založnog prava na pokretnim stvarima i pravima na jedan nov način. Naime, na osnovu ugovora o zalozi, založno pravo na navedenim objektima stiće se upisom u odgovarajući registar zaloge. Zakonodavac ne predviđa mnogo posebnih pravila, koja bi važila samo za registrovano založno pravo na pravima. Po slovu zakona, za njega važe ista pravila kao i za registrovanu zalogu na pokretnostima (čl. 10), kojoj je posvećena čitava sadržina zakonskog teksta. Neke specifičnosti predviđene su jedino za zalaganje potraživanja³⁵.

2. Sa aspekta teme kojom se bavimo, to bi značilo da je, baš kao i kada se za lažu pokretnosti, *titulus* za nastanak založnog prava na bilo kom pravu, pa i pravima intelektualne svojine – ugovor³⁶, zaključen u pisanoj formi³⁷ i sa odgovarajućom zakonom propisanom sadržinom³⁸. Ugovor o kome je reč stranke mogu zaključiti same ili u formi javnobeležničkog zapisa, jer se po Zakonu o javnom beležništvu³⁹ i ugovori o raspolaganju pokretnim stvarima i pravima mogu zaključivati na ovaj način.

3. *Modus* za sticanje registrovane zaloge na pokretnostima, pa i pravima kao objektu zalaganja, je upis u registar zaloge, javnu elektronsku evidenciju koju vodi

³⁴ Sl. list SFRJ 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, Sl. list SRJ 31/93, Sl. list SCG 1/2003

³⁵ Videti čl. 11 ZZPPSUR.

³⁶ Smatra se da jednostrana izjava volje to ne bi mogla biti. Videti: N. Tešić, Obezbeđenje na pokretnim stvarima i potraživanjima, "Forum za građansko pravo za Juogoistočnu Evropu – izbor radova i analiza", knj. 2, str. 228, fusnota 86.

³⁷ Smatra se da overa potpisa nije neophodna. Videti: N. Tešić, isto, str. 228.

³⁸ Obavezna sadržina ugovora koji je *titulus* za zasnivanje registrovane zaloge regulisana je čl. 3 ZZPPSUR nezavisno od toga šta je objekat založnog prava – stvar ili pravo; kao i zakonima koji regulišu pravo na patent, žig i industrijski dizajn - na isti način, uz neke terminološke razlike i preciziranja.

³⁹ Sl. glasnik RS 31/2011, čl. 83.

Agencija za privredne registre (nadalje: APR). Za sticanje založnog prava na pravima intelektualne svojine takođe je neophodan upis u registar, ali za najveći broj ovih prava to nije registar zaloge, koji vodi APR. Založno pravo na pravima intelektualne svojine nabrojanim u čl. 14 ZZPPSUR, stiće se upisom u odgovarajuće registre Zavoda za intelektualnu svojinu (nadalje: Zavod), u koje se upisuje i postojanje tih prava, a po slovu zakona to su: registar žigova, patenata, malih patenata, modela, uzoraka⁴⁰, geografskih oznaka porekla i topografija⁴¹.

4. Prvo pitanje koje se u vezi navedenog nameće jeste: da li bi se prava intelektualne svojine o kojima je reč mogla založiti i drugačije, izuzev u obliku registrovane zaloge? Zakon o obligacionim odnosima (nadalje: ZOO), koji takođe reguliše zalaganje prava, daje takvu mogućnost, ali samo pod uslovom da za određeni slučaj *nije propisano šta drugo* (čl. 995). Do donošenja ZZPPSUR i njegovog čl. 14 takvog propisa nije bilo, ali ovaj zakon upravo predstavlja taj drugi propis, koji za navedena prava predviđa drugačiji način zasnivanja založnog prava. Stoga smo mišljenja da se na njihovo zalaganje više ne mogu primenjivati odredbe ZOO, tj. da se ona od momenta donošenja ZZPPSUR mogu zalagati samo u obliku registrovane zaloge. To, uostalom proizilazi i iz odgovarajućih odredbi kasnije donetih zakona, koji regulišu svako od prava industrijske svojine o kojima je reč ponaosob. Odredbe o načinu zalaganja ne nalaze se jedino u Zakonu o zaštiti topografija integrisanih kola, ali s obzirom na to da ZZPPSUR u čl. 14 izričito navodi i ovo pravo kao objekat registrovane zaloge, koja nastaje upisom u poseban registar topografija koji vodi Zavod za intelektualnu svojinu – izvesno je da založno pravo i na njima jedino tako može nastati.

5. Zaključak o mogućnost zalaganja prava industrijske svojine jedino registracijom neki autori⁴², međutim, izvode upravo iz odredbe ZOO, po kojoj se zalaganje prava vrši na način na koji se ona prenose; a i prenos i zalaganje ovih prava su, kao što je objašnjeno, prema zakonima koji regulišu svako od njih ponaosob, validni samo ako su upisani u registar Zavoda. Tako ispada da je, kojim god putem da krenemo (preko odredbi ZZPPSUR ili ZOO) rezultat isti – zalaganje ovih prava je moguće samo registracijom. Mi, međutim, moramo primetiti da

⁴⁰ Novi Zakona o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna termine model i uzorak zamenjuje sintagmom industrijski dizajn.

⁴¹ Upis navedenih prava industrijske svojine u registre Zavoda za intelektualnu svojinu bio je moguć tek od momenta donošenja novih zakona koji su regulisali prava o kojima je reč i postupak njihovog zalaganja, što je bilo 2009. za sva prava industrijske svojine izuzev prava na patent, čije je zalaganje bilo regulisano 2011. Do tog momenta zalaganje je vršeno upisom u registar zaloge APR (čl. 66 ZZPPSUR), a od njegovog osnivanja 2005.

⁴² T. Vicković, "Založno pravo na pravima industrijske svojine", *Pravni život* 13/2009, str. 440 i dr.

ipak nije svejedno kojim se putem dolazi do iznetog rezultata. Naime, ako do zaključka o mogućnosti zalaganja prava o kojima je reč jedino registracijom dođemo preko odredbi ZOO – na neregulisana pitanja po analogiji primenjivaće se odredbe o ručnoj zalozi (čl. 996 ZOO); a ako do istog rešenja dođemo primenom odredbi ZZPPSUR, što je, kao što smo objasnili, po našem mišljenju jedino ispravno – onda će se na neregulisana pitanja primenjivati odredbe o registrovanoj zalozi (čl. 10 ZZPPSUR), što svakako nije isto.

6. Sledeće pitanje je: da li je navedena lista prava intelektualne svojine iz čl. 14 ZZPPSUR i konačna, odnosno da li bi se i prava intelektualne svojine koja se na njoj ne nalaze mogla zalagati registrovanjem? Reč je o autorskom i srodnim pravim, čiji je imovinski sadržaj podoban za zalaganje. Po našem mišljenju i na imovinskoj komponenti autorskog i srodnih prava moglo bi se zasnovati registrovano založno pravo, bez obzira što se ono ne nalazi na listi prava iz čl. 14 ZZPPSUR. U čl. 10 ZZPPSUR naime predviđa da predmet registrovanog založnog prava mogu biti potraživanja i *druga imovinska prava* podobna za zalaganje, ne navodeći posebno niti isključujući bilo koje od njih. Lista iz čl. 14, gde se među pravima intelektualne svojine na kojima zaloga nastaje registracijom ne pominju i autorsko i srodna prava je posledica činjenice da postoje posebni registri u Zavodu za intelektualnu svojinu u koje se upisuje nastanak prava industrijske svojine; i da je logično da se i sve druge pravne činjenice, pa i njihovo zalaganje, učine vidljivim na istom mestu, a ne u posebnom registru zaloge koji vodi drugi subjekat, APR.

Kao što je poznato, autorsko pravo ne nastaje priznanjem od strane odgovarajućeg subjekta niti se upisuje u registar, kao što je to slučaj sa navedenim pravima industrijske svojine, pa je to razlog zbog koga se u čl. 14 ne navodi kao pravo na kome zaloga nastaje upisom u neki od registara Zavoda za intelektualnu svojinu. To, međutim, ne znači da autorsko i srodna prava ne bi mogla biti objekat registrovane zaloge na isti način kao i svako drugo imovinsko pravo – i konstituisala se upisom u registar zaloge APR. Za to nema smetnji, jer se za razliku od podataka o pravima industrijske svojine iz čl. 14 ZZPPSUR, podaci o autorskom i srodnim pravima ne upisuju u registre.

7. Konačno, moramo zapaziti da se na listi čl. 14 ZZPPSUR nalazi i jedno pravo intelektualne svojine za koja je zakonom koji ga reguliše zabranjena mogućnost zalaganja – pravo na oznaku geografskog porekla. Pošto je Zakon o oznakama geografskog porekla i *lex specialis* i *lex posterior* u odnosu na ZZPPSUR, rekli bismo da koliziju normi ovih zakona treba rešiti u korist onoga što predviđa *lex specialis* – da zalaganje prava na oznaku geografskog porekla uopšte nije moguće, pa dakle ni putem registracije zaloge u bilo koji registar ili na bilo koji drugi način. Osim toga, jedan od uslova iz čl. 10 ZZPPSUR da bi neko pravo moglo

da se založi je i taj, da zalaganje prava nije zakonom zabranjeno, što sa oznakama geografskog porekla, kao što je već rečeno, jeste slučaj. Navođenje prava o kome je reč kao mogućeg objekta registrovane zaloge svakako predstavlja previd zakonodavca.

b) *Postupak registracije* – 1. Pošto registrovana zaloga na pravima *industrijske svojine* ne nastaje upisom u registar zaloge koji vodi APR, već u registre Zavoda za intelektualnu svojину, na postupak registracije primenjuju se pravila zakona koji regulišu žig, industrijski dizajn i patent, koja su gotovo identična, pa ćemo ih zajedno izložiti. Jedino Zakon o zaštiti topografija integrisanih kola ne sadrži odredbe o tome, ali se može uzeti da se *mutatis mutandis* i na postupak registracije ovog založnog prava primenjuju ista pravila.

Postupak za upis založnog prava na ovim pravima pokreće se podnošenjem Zavodu pisanog zahteva⁴³ od strane založnog dužnika ili poverioca, uz koji se prilažu: dokaz o pravnom osnovu upisa, dokaz o uplati takse za rešenje o upisu zaloge i punomoćje (ako je podnosilac zahteva angažovao punomoćnika).

Ako zahtev za upis nije uredan⁴⁴, Zavod pismeno poziva podnosioca da ga u roku od dva meseca od dana prijema poziva uredi. Ukoliko on ne postupi tako, zahtev se odbacuje zaključkom. Ako je zahtev uredan ili uređen, Zavod ispituje da li pravni osnov ispunjava zakonom propisane uslove za upis. Ako nema pravnog osnova ili se podaci iz zahteva ne slažu sa podacima u registrima, Zavod će pismeno obavestiti podnosioca o razlozima zbog kojih se upis zaloge ne može izvršiti i pozvaće ga da se u roku od dva meseca od dana prijema poziva izjasni o tim razlozima. Ako se podnosilac zahteva ne izjasni u datom roku; ili se izjasni, ali Zavod i dalje smatra da se upis zaloge ne može odobriti, donosi se rešenje o odbijanju zahteva za upis.

Ako su uslovi za upis ispunjeni, Zavod donosi rešenje o usvajanju zahteva i nalaže upis zaloge u odgovarajući registar⁴⁵, što se smatra momentom njenog konstituisanja s pravnim dejstvom od dana podnošenja zahteva za upis.

2. Na postupak registracije zaloge *na autorskom i srodnim pravima* primenjuju se odredbe ZZPPSUR koje važe za zasnivanje registrovane zaloge uopšte (čl. 10, st. 4 i čl. 14, st. 3). Pravila o tome nalaze se u čl. 65a–65d ovog zakona.

⁴³ U zahtevu se navodi: registarski broj priznatog prava ili broj prijave, podaci o nosiocu prava ili podnosiocu prijave i naznačenje da se zahteva upis zaloge priznatog prava ili prava iz prijave. Jednim zahtevom može se zatražiti upis zaloge na više priznatih prava ili prava iz prijave, ako su za svaku zalogu zalogoprimac i zalagodavac ista lica (čl. 48 zakona).

⁴⁴ Zahtev je uredan ako sadrži zakonom propisane podatke.

⁴⁵ Upis zaloge u registar Zavoda predstavlja upis podataka o: 1) zalagodavcu (i dužniku – kada to nisu ista lica), 2) založnom poveriocu, 3) predmetu zaloge (identifikacija se vrši navođenjem broja prijave ili registarskog broja priznatog prava i 4) potraživanju koje se obezbeđuje založnim pravom, uz naznačenje osnovnog i maksimalnog iznosa.

Postupak upisa takođe se pokreće podnošenjem zahteva, ali na propisanom obrascu i on se zavodi u registar zaloge u momentu njegovog prijema u APR, o čemu se podnosiocu izdaje potvrda. Uz zahtev se prilaže: 1) dokumentacija na osnovu koje se traži upis;⁴⁶ 2) izjava zalagodavca da pristaje da poverilac upiše založno pravo u registar (ako poverilac podnosi zahtev)⁴⁷; 3) dokaz o uplati naknade za upis. Po evidentiranju zahteva proverava se: da li je potpisnik zahteva ovlašćen za njegovo podnošenje, kompletnost zahteva, da li je uz zahtev podneta sva potrebna dokumentacija, istovetnost podataka sadržanih u zahtevu sa podacima sadržanim u podnetoj dokumentaciji, kao i da li je uz zahtev podnet dokaz o uplati naknade za upis. Upis u registar odobrava se rešenjem, a odbacivanje zahteva vrši se zaključkom. Protiv donetih odluka dopuštena je žalba koja se u roku od 15 dana od dostavljanja odluke podnosi ministru nadležnom za poslove privrede.

3. I postupak upisa u registar zaloge APR i postupci upisa u registre Zavoda su posebni upravni postupci. Zajedničko im je i to da se oba pokreću podnošenjem zahteva, a ne po službenoj dužnosti. Najuočljivija razlika između njih je u tome što regulator APR odlučuje samo rešenjem kojim usvaja i zaključkom kojim odbacuje zahtev. U postupcima koje sprovodi Zavod moguće je, kao što se iz iznetog može videti, donošenje i rešenja kojim se odbija zahtev za registraciju zaloge. Takođe, razlika je i u tome što se žalba na odluke Zavoda podnosi vladi.

Neregistrovano ugovorno založno pravo na pravima intelektualne svojine

1. I do donošenja Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, zalaganje prava je bilo moguće, ali na način predviđen Zakonom o obligacionim odnosima. ZOO, međutim, posebna pravila o načinu zalaganja sadrži samo za potraživanja kao objekat založnog prava (čl. 989–994). Za ostala imovinska prava predviđa da se njihovo zalaganje vrši *na način na koji se ona i prenose na drugoga*, ako za određeni slučaj nije propisano šta drugo (čl. 995)⁴⁸. Pošto je način prenosa svakog konkretnog imovinskog prava podobnog za zalaganje regulisan odgovarajućim zakonom - i pravila o zalaganju svakog prava ponaosob se za-

⁴⁶ To je ugovor, odluka suda ili drugog državnog organa i sl. Ako je dokumentacija na stranom jeziku, podnosilac zahteva je dužan da dostavi i njen overen prevod.

⁴⁷ Izjava mora biti overena pred organom nadležnim za overu potpisa ako je zalagodavac fizičko lice.

⁴⁸ Po nekim mišljenjima, pravljenje razlike između načina zalaganja potraživanja i ostalih imovinskih prava, koja se zalažu na isti način na koji se i prenose, je neopravdano. M. Denišlić, nav. delo, str. 115.

pravo nalaze u posebnim zakonima o kojima je reč. Na neregulisana pitanja u vezi zalaganja prava ZOO predviđa primenu odredbi o ručnoj zalozi (čl. 996).

To znači da u pogledu načina zalaganja svih prava, pa i prava intelektualne svojine razlikujemo dva perioda: onaj do donošenja ZZPPSUR ili preciznije rečeno do dana kada su njegove odredbe začivlele u praksi; i period nakon njegovog donošenja.

2. *Za prvi period*⁴⁹ je jasno da je zalaganje svih prava koja su podobna za to, pa i prava intelektualne svojine bilo moguće samo u skladu sa izloženim odredbama ZOO, odnosno odredbama zakona koji su regulisali prenos konkretnog prava. Prenos, pa i zalaganje kao oblik prenosa prava intelektualne svojine se u tom periodu vršio na osnovu pisanog ugovora odgovarajuće sadržine, s tim što je upis prenosa u registar predmetnog prava, rekli bismo, bio deklarativnog, a ne konstitutivnog karaktera⁵⁰, odnosno služio je samo da informiše treća lica o toj činjenici, a ne da prenos (pa i zalaganje) učini validnim, tj. konstituisanim od tog momenta⁵¹. U nekim registrima prava intelektualne svojine (od onih koja se registruju) jeste⁵², a u nekima nije⁵³ bila predviđena rubrika za upis zaloge prava o kome je reč, ali se ono po našem mišljenju svakako *moglo* publikovati upisom u rubriku u koji se beležio prenos prava. Ipak, ako je upis bio deklarativan, što po našem mišljenju, imajući u vidu formulaciju odgovarajućih odredbi zakona o kojima je reč, jeste slučaj; neupisivanje bilo koje vrste prenosa, pa i zalaganja *nije bilo nužno* za validnost samog prenosa.

3. Što se tiče konstituisanja založnog prava na pravima intelektualne svojine *u drugom periodu*, tj. nakon donošenja ZZPPSUR, a to znači i u sadašnjem

⁴⁹ Što se tiče trajanja prvog perioda, on se završio sa početkom primene ZZPPSUR, odnosno sa osnivanjem registra zaloge APR, gde se, kao što je već objašnjeno, upisivalo založno pravo na pravima intelektualne svojine sve dok odgovarajući registri Zavoda za intelektualnu svojinu nisu počeli sa upisima zalaganja u skladu sa odredbama novih zakona koji su to za prava industrijske svojine sem patenta regulisali u 2009, a za patent u 2011. godini.

⁵⁰ Slično mišljenje: D. Stojanović, nav. delo, str. 236. Član 76 Zakona o patentima iz 1995. (Sl. list SRJ 15/95) je glasio: "Pravo na podnošenje prijave, prava iz prijave, kao i patent, odnosno mali patent mogu biti, u celini ili delimično, predmet prenosa na osnovu ugovora o prenosu ili na osnovu nasleđivanja. Pojedina ili sva ovlašćenja iz prava pomenutih u stavu 1. ovog člana mogu, sa ograničenjima ili bez njih, biti predmet ustupanja na osnovu ugovora o licenci. Ugovor iz st. 1. i 2. ovog člana je punovažan samo ako je sastavljen u pisanoj formi. Na zahtev jedne od ugovornih strana ugovor iz st. 1. i 2. ovog člana upisuje se u odgovarajući registar. *Ugovor iz st. 1. i 2. ovog člana koji nije upisan u odgovarajući registar ne proizvodi pravno dejstvo prema trećim licima.*"

⁵¹ Po nekim autorima ugovor o prenosu patenta koji nije upisan u registar ne proizvodi pravno dejstvo. S. Vuković, Komentar Zakona o patentima, Beograd, 2004, str. 59.

⁵² U pitanju su registri: žigova, uzoraka i modela.

⁵³ U pitanju su registri: patenata i topografija integrisanih kola.

trenutku – prvo pitanje koje se nameće tiče se odnosa odredbi o zalaganju prava iz ZOO i ZZPPSUR. Pitanje oko koga postoje različita mišljenja je: da li odredbe ZZPPSUR, kao zakona koji je kasnije donet i reguliše samo materiju zalaganja stvari i prava, isključuju primenu odredbi ZOO o zalaganju ili ne? Ako to nije slučaj, onda zainteresovani subjekti mogu birati način zalaganja ovih prava na način predviđen jednim ili drugim zakonom; a ako jeste – zalaganje svih prava, pa i prava intelektualne svojine, bi sada bilo moguće samo u obliku registrovane zaloze. ZZPPSUR se u prelaznim i završnim odredbama ne izjašnjava o tome. Na ovo pitanje, međutim, nije moguće dati jedinstven odgovor za sva prava intelektualne svojine kao objekat zalaganja.

4. Kada su u pitanju prava intelektualne svojine, koja spadaju u kategoriju tzv. *prava industrijske svojine*, a za koje već analizirani čl. 14 ZZPPSUR predviđa konstituisanje založnog prava upisom u odgovarajuće registre Zavoda za intelektualnu svojinu – ona se, kao što smo već objasnili, ne bi mogla zasnovati drugačije, osim kao registrovana zaloza. Razlog je što ZOO predviđa da će njegove odredbe o zalaganju važiti samo pod uslovom da za određeni slučaj nije propisano šta drugo (čl. 995), a čl. 14 ZZPPSUR, kao i odredbe zakona koji regulišu neka od ovih prava, upravo propisuju taj drugi način zalaganja.

5. Kada se radi o založnom pravu *na autorskom i srodnim pravima*, po našem mišljenju, situacija je drugačija. Već smo objasnili da se založno pravo na njima *može* zasnovati po odredbama ZZPPSUR, upisom u registar zaloze APR; ali ono se *ne mora* uvek ovako zasnovati, već zainteresovana lica mogu izabrati način zalaganja: po odredbama ZZPPSUR (registracijom) ili po odredbama ZOO (na način kako se ova prava i prenose – što reguliše Zakon o autorskom i srodnim pravima⁵⁴).

Razlog za ovakav naš stav kada je reč o ovim pravima je u činjenici da ZZPPSUR, sem prava intelektualne svojine nabrojanih u čl. 14, ne izdvaja posebno ni jedno drugo imovinsko pravo podobno za zalaganje kao objekat koji bi se mogao založiti *isključivo* registracijom, pa ni autorsko i srodna prava. Za sva ostala imovinska prava, kao i pokretne stvari, zasnivanje založnog prava registracijom po ZZPPSUR nije obaveza, već *mogućnost* – koju stranke mogu, a ne moraju koristiti. Mišljenja smo da ZZPPSUR ne derogira način zalaganja predviđen u ZOO, već samo uvodi još jedan novi oblik založnog prava na pokretnostima i prenosivim imovinskim pravima, koji treba da egzistira paralelno sa već postojećim oblicima založnog prava na tim objektima, regulisanim ZOO. Pravni subjekti dakle mogu birati oblik koji u datoj situaciji najviše odgovara njihovim potrebama

⁵⁴ Čl. 60–69, 145 i dr.

– ukoliko to nekom imperativnom normom posebnog zakona nije isključeno, što kod autorskog i srodnih prava nije slučaj.

Drugačiji zaključak o odnosu odredbi ovih zakona, kada je u pitanju založno pravo na pravima, vodio bi istom zaključku i o odnosu ručne i registrovane zaloge na pokretnostima, tj. da odredbe ZZPPSUR isključuju mogućnost da se pokretnosti ubuduće zalažu i bez registracije, po odredbama ZOO u formi ručne zaloge. Naime, ako ZZPPSUR smatramo *lex specialis* – om u odnosu na ZOO, pri čemu ovi zakoni na različite načine regulišu zalaganje kako pokretnosti tako i prava, onda bi nelogičan bio zaključak da je ZZPPSUR *lex specialis* samo u pogledu načina zalaganja prava, derogirajući odredbe ZOO o tome, a ne i u pogledu zalaganja pokretnih stvari. Mogućnost zalaganja stvari u formi kako ručne tako i registrovane zaloge se od strane pravnih stručnjaka ne dovodi u pitanje⁵⁵, a i sam zakonodavac posredno rešava to pitanje u čl. 31 ZZPPSUR, uređujući rang registrovane i ručne zaloge na istoj pokretnosti.

Stoga smatramo da je registrovana zaloga stvari i prava samo još jedan oblik u lepezi založnih prava, koji egzistira paralelno sa ostalim, već postojećim, dajući strankama nove mogućnosti zalaganja. Zato kada je u pitanju zalaganje autorskog i srodnih prava, baš kao i zalaganje ostalih imovinskih prava - stranke mogu birati da li će ga konstituisati kao registrovano ili neregistrovano, po odredbama ZOO i Zakona o autorskom i srodnim pravima.

Sasvim je drugo pitanje koja će od ove dve opcije u praksi biti češće korišćena. U prilog registrovanog založno pravo na autorskom i srodnim pravima svakako govori argument njegove veće pouzdanosti i sigurnosti koju pruža zalagoprimcu u odnosu na neregistrovano, čemu posebno doprinosi javnost registra zaloge (čl. 58–59 ZZPPSUR). S druge strane, ne zaboravimo da će uvek postojati i subjekti, pre svega dužnici – recimo u javnosti popularni autori ili titulari srodnih prava - kojima će neregistrovana zaloga ovih prava po odredbama ZOO biti prihvatljivija, jer je diskretnija, baš zbog odsustva publiciteta u vidu upisa u registar zaloge, u koji sva treća lica mogu izvršiti uvid čak i putem interneta. Ako se založni poverilac sa tim slaže, po nama, kao što smo objasnili, nema valjanih pravnih argumenata da se validnost neregistrovane zaloge imovinske komponente autorskog i srodnih prava po odredbama ZOO dovede u pitanje; kao što to niko ne čini ni ako dva subjekta izaberu ručnu umesto registrovane zaloge pokretnosti.

⁵⁵ O ručnoj i registrovanoj zalozi, kao paralelnim mogućnostima zalaganja pokretnosti, pišu: R. Kovačević-Kuštrimović–M. Lazić, nav. delo; I. Babić, *Građansko pravo*, knj. 2, *Stvarno pravo*, Beograd – Novi Sad, 2012; Z. Rašović, *Pravo obezbeđenja potraživanja*, Podgorica, 2010; N. Tešić, *Registrovana zaloga*, Beograd, 2007; N. Planojević, *Stvarno pravo u praksi*, Kragujevac, 2012. itd.

ZAKLJUČAK

Iz svega u radu izloženog proizilazi da se sva prava intelektualne svojine, izuzev oznaka geografskog porekla, u domaćem pravu mogu smatrati objektom podobnim za zalaganje. Što se tiče pitanja o načinu konstituisanja ugovornog založnog prava na pravima intelektualne svojine, odgovor na njega nije isti za sva prava o kojima je reč.

Na osnovu analize odredbi više zakona koji regulišu ovu materiju, zaključili bismo da se založno pravo na pravima *industrijske svojine* može zasnovati samo kao registrovano, u skladu sa odredbama ZZPPSUR i posebnih zakona koji regulišu svako od njih ponaosob – upisom u odgovarajući registar Zavoda za intelektualnu svojinu.

Što se tiče *autorskih i srodnih prava*, njihova imovinskoppravna komponenta bi se, po našem mišljenju, mogla zalagati kako u obliku registrovane zaloge, upisom u registar APR; tako i bez registracije, tj. na način na koji se i prenosi (u skladu sa odredbama ZOO i Zakona o autorskom i srodnim pravima) – po izboru zainteresovanih lica. To je istovremeno i naš stav o pitanju odnosa odredbi ZZPPSUR i ZOO u pogledu zalaganja kako prava, tako i stvari, što znači da registrovanu zalogu smatramo oblikom založnog prava na stvarima i pravima koji ne ukida, već egzistira paralelno sa već postojećim oblicima zalaganja; pa njegove odredbe ne derogiraju odredbe ZOO u tom pogledu.

NINA PLANOJEVIĆ, LL.D.,

Assistant Professor, Faculty of Law University of Kragujevac

SINIŠA VARGA, LL.D.,

Assistant Professor, Faculty of Law University of Kragujevac

THE COLLATERALIZATION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

Summary

Summary: In this paper authors deal with the question of contractual settlement of intellectual property rights as a security because it happens more often than legal or judicial one. In the first part of the paper they determine which of the intellectual property rights may be used as a collateral-

al and which are not; concluding suitability for collateralizing of all intellectual property rights except indications of geographical origin, collective trademarks and certification marks. In the second part of the paper they investigate relationship of more laws' provisions laid down collateralizing and conclude that industrial property rights can be collateralized only as a registered security but copyright and allied rights can be collateralized either as a registered security and pursuant the mode of assignment, i.e. without registration – any of them by choice of contractual parties. For their standpoints they provide appropriate rationale.

REZULTATI PRAVNE TRANSPLANTACIJE U REFORMI NAŠEG ZALOŽNOG PRAVA NA POKRETNIM STVARIMA

U V O D

Presadivanje pravnih pravila, pa čak i velikih delova pravnog sistema iz sistema davaoca u pravni sistem primaoca, je najplodniji izvor pravnog razvitka koji postoji još od doba najranije pisane istorije.¹ Da bi preuzeto pravno pravilo imalo pozitivan efekat u pravnom sistemu preuzimaoca neophodno je imati u vidu i pravnu tradiciju, odnosno izbor sistema koji je podoban za pozajmljivanje. Prilikom reforme našeg založnog prava imalo se u vidu reformisanje naše privrede ka tržišnoj, te su pored rešenja koja su u skladu sa našom pravnom tradicijom usvojena i rešenja iz sistema neoliberalnog kapitalizma.² Tržišna privreda zahteva od privrednih subjekata da maksimalno angažuju svoje kapacitete radi efikasnijeg poslovanja. Osnovni instrument tržišne privrede jeste kredit, koji predstavlja mogućnost da se u današnjici upotrebi sutrašnja vrednost.³ Kreditna sposobnost

Srđan Stojilković, sudijski saradnik Privrednog suda u Požarevcu.

¹ Vid. Alan Votson, *Pravni transplantanti-Pristup uporednom pravu*, Beograd 2010, 53 i dalje.

² Iako je većina država ustrojila svoju privredu kao tržišnu to nije pokazatelj da je ista najbolji model, što potvrđuje aktuelna svetska ekonomska kriza, koja je otkrila slabosti doktrine da je tržište najbolji regulator, vid. Mirko Vasiljević, "Privreda i vladavina prava", *Pravo i privreda*, br. 4-6/2011, 21-22.

³ Miloš Živković, *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti*, Beograd 2010, 13-14.

privrednih društava i fizičkih lica u savremenim uslovima tržišne privrede od velikog je značaja prilikom odobravanja kredita. Donošenjem Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar⁴ povećana je kreditna sposobnost pravnih subjekata s obzirom da je u odnosu na dotadašnje zakonske okvire znatno proširen obim prometljivih pokretnih stvari koji se može založiti.

Nova rešenja iz ZOZP unela su u naše založno pravo dosta dobrih stvari, ali ne i samo njih, jer rešenja preuzeta iz sistema opšteg prava⁵ nemaju svoju tradiciju u našem pravu, te značaj teme postoji, jer se pravni sistem založnog prava u našoj državi upravo razvija i u fazi je sticanja svog jasnog karaktera, koji će se oformiti donošenjem zakonika.⁶ Predmet rada je funkcionisanje bezdržavinske zaloge po ZOZP u našoj praksi, poređenjem iste sa svojim uzorima iz stranog prava, kao i analiza mogućnosti poboljšanja zakonskog okvira iste *de lege ferenda*.

BEZDRŽAVINSKA ZALOGA POKRETNIH STVARI

Pojam i istorijski razvoj

Bezdržavinska zaloge jeste stvarno pravo na tuđoj pokretnoj stvari određenoj individualno ili po vrsti, ili na zbiru tuđih pokretnih stvari koje se zasniva upisom u registar zaloge, a koje ovlašćuje poverioca da namiri svoje potraživanje iz vrednosti opterećenog dobra, ukoliko dužnik ne izmiri dug o dospelosti. Uloga bezdržavinske zaloge u savremenim tržišnim uslovima ima veliki značaj, obzirom da zalagodavac ne gubi upotrebnu vrednost založene stvari, te su samim tim veće šanse za dužnika (kada su stvarni i lični dužnik isto lice) da blagovremeno i uredno vrati dug zbog koga je zaloge i konstituisana.

⁴ Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar (*Službeni glasnik RS*, br. 57/2003, 61/2005, 64/2006, 99/2011; dalje u tekstu: ZOZP), stupio je na snagu 7.6.2003. godine, a u primeni je od 1.1.2004. godine.

⁵ O zastarelosti termina anglosaksonski pravni sistem i anglo-američki pravni sistem, te aktuelnosti termina sistem opšteg prava, vid. Nebojša Jovanović, "Pojam ugovora u anglosaksonskom pravu", *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, br. 1/2008, 64 fn. 1.

⁶ Odlukom Vlade Republike Srbije od 16.11.2006. godine otpočela je izrada nacрта Građanskog zakonika, dok je ranijim rešenjem Ministarstva finansije i ekonomije Vlade RS od 27.10.2003. godine već otpočeto sa izradom nacрта Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, ali za sada nije najjasniji odnos između izrade ovih nacрта. Upor. Vlada Republike Srbije-Komisija za izradu Građanskog zakonika, *Rad na izradi građanskog zakonika Republike Srbije*, Beograd 2007, 7; Vladimir Vodinelić, "Osnovno o Nacrtu Stvarnopravnog zakonika Srbije 2006", *Izbor sudske prakse* br. 11/2007, 5 fn. 9; Miloš Živković, "O uvođenju neakcesornih založnih prava na nepokretnostima u pravo Srbije", u: Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić (urednici), *Aktuelna pitanja građanske kodifikacije*, Niš 2008, 196 fn.4.

Deo doktrine smatra da je naziv bezdržavinska zaloga neprimeren za označavanje založnog prava na pokretnim stvarima koje nastaje upisom u javne knjige, jer ovaj pojam obuhvata i fiducijarni prenos svojine kao i lizing.⁷ Smatram da izraz bezdržavinska zaloga nije neprikladan za označavanje zaloge koja se stiče upisom u registar, s obzirom da fiducija i lizing nisu založna prava, već se kod istih svojina koristi sa ciljem obezbeđenja potraživanja, te kod fiducije i lizinga nema stvaranja užeg stvarnog prava na tuđoj stvari (*ius in re aliena*). Kod fiducije se na poverioca-fiducijara prenosi pravo svojine na nekom dobrom fiducijantu zarad obezbeđenja potraživanja, te se fiducijar obavezuje da vrati fiducijantu stvar u svojini u slučaju ispunjenja potraživanja.

U našem pravu fiducija iako je zabranjena ima upotrebu kod davanja zajmova, gde se obično zaključuje ugovor o prodaji između fiducijara u svojstvu kupca i fiducijanta u svojstvu prodavca, te se ugovara klauzula da u određenom roku prodavac može da otkupi stvar koja je bila predmet prodaje.⁸ Kod finansijskog lizinga situacija je dosta slična institutu zadržavanja prava svojine (*pactum reservati domini*), jer pravo svojine na predmetu lizinga ostaje kod davaoca lizinga, sve dok primalac lizinga ne otplati predmet lizinga u celosti. Teorijska diskusija da li je za zalogu pokretnih stvari bez predaje u državinu poveriocu pravilnije koristiti naziv bezdržavinska zaloga, pokretna hipoteka⁹ ili registrovana zaloga jeste interesantna ali je za samu ustanovu bez značaja, kako je to zaključio profesor

⁷ Vid. Nenad Tešić, *Registrovana zaloga*, Beograd 2007, 21.

⁸ *Presudom Opštinskog suda u Požarevcu*, P. br. 58/06–16 od 15.10.2007. utvrđena je ništavost ugovora o kupoprodaji nepokretnosti jer je isti zaključen sa ciljem obezbeđenja ugovora o zajmu. Ugovorom o prodaji iz oktobra 2002. tužilac je prodao nepokretnost tuženom za iznos od 34.400,00 eura, dok je ugovorom o kupoprodaji iste nepokretnosti iz jula 2003., između istih stranaka, samo u obrnutim ulogama, kupoprodajna cena 44.230,00 eura. Ugovor o prometu nepokretnosti kojim se prikriva obezbeđenje vraćanja zajma, na taj način što se zajmoprimac pojavljuje kao prodavac, a zajmodavac kao kupac, dok cena odgovara pozajmljenom iznosu sa ugovorenom kamatom, uz zaključenje aneksa ugovora kojim se prenos prava svojine odlaže za neki vremenski period od dana zaključenja ugovora, gde se predaja i uknjižba odlažu, kao i overa od strane Uprave prihoda, ne proizvodi pravno dejstvo i ne može biti osnov za sticanje svojine. Presuda prvostepenog suda potvrđena je u žalbenom postupku presudom Okružnog suda u Požarevcu Gž. 23/08 od 22.1.2008, kao i u revizionom postupku presudom Vrhovnog suda Srbije Rev. 1464/08 od 3.12.2008, *arhiva Osnovnog suda u Požarevcu*. Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima (dalje u tekstu: NZOS), <http://www.mpravde.sr.gov.yu./cr/articles/zakonodavna-aktivnost/>, 27.12.2008. predviđa fiduciju kao stvarnopravno sredstvo obezbeđenja potraživanja i to pod nazivom “pravo poverene obezbeđujuće svojine i pravo očekivane obezbeđujuće svojine”, vid. čl. 633–654.

⁹ Svako bezdržavinsko založno pravo se u romanskim zemljama naziva hipotekom, ali razvoj nedržavinske zaloge pokretnosti kao posebne oblasti opravdava sužavanje hipoteke samo na založno pravo na nepokretnostima, vid. M.Živković (2010), 52.

Mihailo Konstantinović još 1932. godine,¹⁰ te ću se za označavanje ove ustanove u daljem tekstu ravnopravno koristiti ovim terminima.

Jedan od prvih oblika bezdržavinske zaloge pojavio se u starom Rimu kod zakupa zemljišta i stanova, kada je dato ovlašćenje zakupodavcu za slučaj da zakupac ne plati zakupninu ili ošteti predmet zakupa, da uzme i proda dovezene i donete stvari zakupca za namirenje duga (*invecta et illata*).¹¹ Ova vrsta bezdržavinske zaloge postojala je i u Srpskom Građanskom zakoniku¹² koji je predviđao zakonsko založno pravo zakupodavca na pokretnim stvarima koje je zakupac doneo na zemljište ili uneo u zgradu.¹³ Na kraju razvoja založnog prava u rimskom pravu pojavila se hipoteka koja je predstavljala bezdržavinsku zalogu kako na pokretnim, tako i na nepokretnim stvarima.¹⁴ Razvoj bezdržavinske zaloge na pokretnim stvarima u federalnim državama SAD otpočeo je polovinom XIX veka.¹⁵

Donošenjem Jednobraznog Trgovačkog Zakonika Sjedinjenih Američkih Država – član 9 Obezbeđenje potraživanja,¹⁶ propisana su pravila za zalaganje pokretnih stvari bez predaje u državinu zalogoprimcu (*chattel mortgage*). Obezbeđenje potraživanja pokretnim stvarima bez depozesije vlasnika u Nemačkoj i Austriji je još početkom XX veka ostvarivano fiducijarnim prenosom svojine, dok je opterećena stvar ostajala u neposrednoj državini vlasnika putem posesornog konstituta.¹⁷ U Francuskoj se bezdržavinska zaloga počela razvijati s početkom XX veka, ali je ona do danas ostala ograničena samo za zalaganje tačno određenih pokretnih stvari (*numerus clausus*), kao što je to slučaj i u Švajcarskoj i Italiji.¹⁸

¹⁰ Vid. Mihailo Konstantinović, *Hipoteka na stoci*, Beograd 1932, 239.

¹¹ Obrad Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd 2000, 220.

¹² Pravi naziv Srpskog građanskog zakonika iz 1844. godine (dalje u tekstu: SGZ), jeste *Zakonik Građanski za Knjaževstvo Srbsko obnarodovan na Blagovesti 25.marta 1844. godine*. Vid. Vlada RS-Komisija za izradu Građanskog zakonika, 27 fn. 1.

¹³ § 686 SGZ propisuje da stvari od kirajdžije ili zakupca unesene, i nalazeći se plodovi ili stoka, služe za sigurnost onome, koji pod kiriju ili zakup daje, i može iste stvari svagda u zalozu zadržati radi naplate još neplaćene cene.

¹⁴ Dragoljub Stojanović, *Stvarno pravo*, Beograd 1987, 252.

¹⁵ Yoram Keinan, *The Evolution of secured transactions*, 2001, http://www.wds.worldbank.org/external//default/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/02/10/000265513_20040210164359/Rendered/PDF/wdr27827.pdf, 15.12.2009, 10–11.

¹⁶ *Uniform Commercial Code article 9 Secured transactions*; (dalje u tekstu: *UCC 9 Secured transactions*.) <http://www.law.cornell.edu/ucc/9/>, 20.1.2010. Prvi zvaničan tekst *UCC 9 Secured transactions* je objavljen 1952.godine, koji je počev od 1953 usvajan u federalnim državama sve do 1974. godine, kada ga je poslednja usvojila i država Luizijana čije je građansko pravo zasnovano na principima evropsko-kontinentalnog pravnog sistema.

¹⁷ Vid. D. Stojanović, 267, 320.

¹⁸ Upor. Duško Medić, *Hipoteka i ostala sredstva obezbeđenja potraživanja-stanje i pravci razvoja*, Banja Luka 2005, 229–232; Y. Keinan, 12 ; M. Konstantinović, (1932), 240–248.

U tradicionalnom sukobu kontinentalne i anglosaksonske pravne škole trenutna situacija je takva da su rešenja sistema opšteg prava zadobila mnogo veći obim preuzimanja u kontinentalnom sistemu, te je uticaj anglosaksonske škole dominantniji.¹⁹ Mnogobrojni model zakoni koji se postavljaju kao uzor od strane vodećih svetskih i evropskih finansijskih institucija kreirani su sa značajnim uticajima iz sistema opšteg prava.²⁰ Takav je slučaj i sa Model zakonom za obezbeđenje potraživanja Evropske banke za obnovu i razvoj iz 1994. godine,²¹ koji je bio osnovica za regulisanje bezdržavinske zaloge za većinu zemalja centralnoistočne Evrope.²² MLST je za svoju osnovu imao *UCC 9 Secured transactions*, te proizilazi da su indirektno u državama centralnoistočne Evrope, pa i u naše založno pravo preneti rešenja iz pravnog sistema SAD.²³ Za razliku od hipoteke kod čijeg propisivanja su rešenja sistema opšteg prava vezana za institut *morgidž* direktno preneti u Zakon o hipoteci, prilikom regulisanja bezdržavinske zaloge se pošlo od MLST.²⁴

PREDMET REGISTROVANE ZALOGE

Predmet rada nisu zaloge bez predaje stvari koje su već duže u našem pravnom okviru, ali je nužno spomenuti da je bezdržavinsko založno pravo na pokretnim stvarima radi obezbeđenja potraživanja postojalo kao mogućnost u izvršnom postupku još od 1990. godine,²⁵ gde se isto sticalo popisivanjem stvari od strane suda u postupku obezbeđenja ili izvršenja.²⁶ Zakonskim okvirom pre do-

¹⁹ M. Vasiljević, 38.

²⁰ Prilikom transplantacije prava veoma je bitna uloga autoriteta modela koji se preuzima, pa se tako prihvataju i pravila koja su više nego neprikladna za preuzimaoca, upor. A. Votson, 137–145.

²¹ *Model Law on Secured Transactions*; (dalje u tekstu: MLST), European Bank for Reconstruction and Development, 1994, <http://www.ebrd.com/pubs/legal/secured.pdf>, 25. decembar 2009.

²² Evropska banka imala je veliki uticaj na zakonodavne reforme u oblasti založnog prava u zemljama centralnoistočne evrope. Vid. John Simpson, Joachim Menze, *Ten years of secured transactions reform*, <http://www.ebrd.com/pubs/legal/lit002b.pdf>, 10. mart 2010, 21.

²³ J. Simpson, J. Menze, 21 fn. 5.

²⁴ Zakon o hipoteci (*Službeni glasnik RS*, br. 115/2005) stupio je na snagu 4.1.2006. godine, a u primeni je od 25.2.2006. godine. Više o transplantaciji anglosaksonskog instituta *morgidž* u naš Zakon o hipoteci vid. Srđan Stojilković, "Problemi u realizaciji vanskudske hipoteke u pravnom sistemu Republike Srbije", *Pravo i privreda*, br. 7-9/2011, 160–170.

²⁵ Vid. *Službeni list SFRJ*, br.27/1990-975 od 25. maja 1990 godine kojim je u Zakon o izvršnom postupku iz 1978. godine uvedena glava 22a "Zasnivanje založnog prava na nepokretnim i pokretnim stvarima na osnovu sporazuma stranaka".

²⁶ Do sada deklarativno svojstvo upisa sudske bezdržavinske zaloge dobilo je novim Zakonom o izvršenju i obezbeđenju konstitutivno dejstvo, tako što se momenat od koga založni poveri-

nošenja ZOZP postojalo je bezdržavinsko zalaganje brodova i vazduhoplova, ali se ove vrste zaloga ne mogu realizovati vansudskim putem, što je bitna novina u našem založnom pravu.²⁷

Ugovorom o zalozi obavezuje se zalagodavac prema poveriocu da mu pruži obezbeđenje za njegovo potraživanje tako što će se poveriočevo pravo na stvari zalagodavca upisati u registar založnog prava.²⁸ Pored ugovora o zalozi koji je pravni osnov (*iustus titulus*) za konstituisanje založnog prava neophodan je upis založnog prava u registar zaloge, koji predstavlja način sticanja (*modus acquirendi*), ovog sektorskog stvarnog prava.²⁹

Predmet zalaganja kod bezdržavinske zaloge mogu biti individualno određene pokretne stvari sa kojima zalagodavac može slobodno da raspolaže, pokretne stvari određene po vrsti, kao i zbir pokretnih stvari.³⁰ Obim pokretnih stvari koje mogu biti opterećene po ZOZP je širi u odnosu na obim pokretnih stvari koje mogu biti predmet ručne zaloge. Po koncepciji našeg Zakona o obligacionim odnosima³¹ ugovor o ručnoj zalozi jeste konsensualan ugovor, a ne realan ugovor, ali samo založno pravo nastaje tek kada stvar koja je predmet zalaganja bude predata zalogoprincipu.³² Ovo ukazuje da predmet ručne zaloge može biti samo individualno određena stvar, jer sama predaja zahteva individualizaciju.³³

U pogledu zalaganja pokretnih stvari određenih po vrsti zahteva se da je ugovorom o zalozi određena količina, broj i način na koji se mogu razlikovati od

lac stiče pravo prvenstvenog namirenja pomerio sa momenta potpisivanja zapisnika o popisu, na momenat upisa ovog prava u registar založnog prava pri Agenciji za privredne registre, vid. čl.88 Zakona o izvršenju i obezbeđenju, (*Službeni glasnik RS*, br. 31/2011, 99/2011; dalje u tekstu ZIO).

²⁷ Zalaganje brodova regulisano je Zakonom o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi, (*Službeni list SRJ*, br. 12/98, 44/99, 74/99 i 73/2000 i *Službeni glasnik RS* 85/2005 i 73/2010), dok je zalaganje vazduhoplova bilo regulisano Zakonom o vazdušnom saobraćaju, (*Službeni list SRJ* br. 12/98, 5/99, 44/99, 73/2000, 70/2001 i *Službeni glasnik RS*, br. 101/2005), a od 20.10.2010. godine stupio je na snagu novi Zakon o vazdušnom saobraćaju, (*Službeni glasnik RS* br. 73/2010), koji reguliše zalaganje vazduhoplova. ZOZP se ne primenjuje na zalaganje brodova i vazduhoplova i zalogu hartija od vrednosti, kako je izričito i propisano u čl. 14 st. 1–2 ZOZP.

²⁸ čl. 2 st. 1 ZOZP.

²⁹ Vid. čl. 4 st. 1 ZOZP.

³⁰ Vid. čl. 9 ZOZP. Pored pokretnih stvari predmet zalaganja shodno čl. 10 ZOZP mogu biti i pravo potraživanja i druga imovinska prava kojima imalac može slobodno raspolagati, ali u ovom radu neće biti posebno opisano zalaganje potraživanja i drugih prava po ZOZP jer se na ista shodno primenjuju odredbe o zalaganju stvari.

³¹ Zakon o obligacionim odnosima (*Službeni list SFRJ*, br. 29/73, 39/85, 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93; dalje u tekstu: ZOO).

³² Vid. čl. 966–967 ZOO.

³³ Vid. Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1999, 243; N. Tešić, 135.

drugih stvari iste vrste.³⁴ Za razliku od našeg ZOZP, Model zakon za obezbeđenje potraživanja Evropske banke propisuje širi i elastičniji pojam opterećenog dobra. MLST u članu 5.1. propisuje da se mogu založiti jedna ili više stvari ili prava. Sam komentar autora MLST uz čl. 5.1. pojašnjava pojam opterećenog dobra (*charged property*) koji ima široko značenje koje zavisi uglavnom od sporazuma stranaka i može se odnositi na jednu ili više individualno određenih stvari, ili na jednu vrstu dobara (kao što su na primer sve sirovine na skladištu) ili na nekoliko vrsta (kao što su sirovine i gotovi proizvodi), te pojam opterećenog dobra može pokrivati kombinaciju u smislu čl.5.5. MLST individualno određenih stvari i stvari određenih po vrsti.³⁵

Predmet zalaganja po ZOZP mogu biti samo stvari kojima zalagodavac može slobodno raspolagati, te proizilazi da nije moguće konstituisanje registrovane zaloge bez saglasnosti vlasnika stvari. Za razliku od ovog jasnog pravila kod ručne zaloge postoji mogućnost sticanja zaloge i od nevlasnika (*a non domino*), s obzirom da se sama svojina na pokretnim stvarima može steći pod zakonom određenim uslovima od nevlasnika, te proizilazi da se i sama ručna zaloga pod tim uslovima može steći shodno pravilu *a maiori ad minus*.³⁶ U sadašnjoj situaciji u sukobu poverioca bezdržavinske zaloge koji je istu stekao od nevlasnika i vlasnika predmeta registrovane zaloge prvenstvo će dobiti vlasnik, dok bi u sukobu savesnog zalogoprimalca kod ručne zaloge i vlasnika koji nije dao saglasnost za zalaganje svoje stvari vindikaciona tužba vlasnika bila neuspešna. Ovo je još jedna posledica transplantacije anglosaksonskog prava koje ne poznaje institut sticanja svojine od nevlasnika na način kao što ga poznaje kontinentalno pravo.³⁷ MLST takođe propisuje da onaj ko daje zalogu mora biti vlasnik založenog dobra, te ako neko ima pravo da prenese svojinu na nekom dobru, isti ima pravo da to dobro i založi.³⁸ Pored toga što je neophodna saglasnost vlasnika za konstituisanje registrovane zaloge da bi se sa nekom stvari moglo raspolagati, ista mora biti u pravnom prometu.

³⁴ Čl. 9. st. 2 ZOZP.

³⁵ Vid. čl. 5.1, 5.5. MLST i komentare uz navedene članove.

³⁶ Vid. čl. 31 Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa (*Službeni list SFRJ*, br. 6/80, *Službeni list SRJ*, br. 29/96 i *Službeni glasnik RS*, br. 115/2005); Dragoljub Stojanović- Dimitar Pop Georgiev, Komentar Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima, 85–92.

³⁷ U sistemu opšteg prava postoji bitna razlika u regulisanju građanskopravnog i trgovačkog prometa, te se u građanskopravnom prometu samo u izuzetnim slučajevima i pod veoma restriktivnim uslovima može steći svojina od nevlasnika, upor. Nebojša Jovanović, *Ključne razlike engleskog i srpskog ugovornog prava*, Beograd 2008, 81–82; D. Stojanović, D. Pop Georgiev, 89–91.

³⁸ Vid. komentar uz čl.2 MLST.

Kada je predmet zaloge buduća stvar ili pravo, založno pravo nastaje kad zalogodavac stekne pravo svojine na stvari, odnosno pravo potraživanja ili drugo imovinsko pravo.³⁹ Zanimljivo je da je članom 13 stav 3 ZOZP propisano *da poverilac ima pravo da traži da se u registar zaloge upiše založno pravo na budućoj stvari*, obzirom da založno pravo shodno članu 13 stav 2 ZOZP nastaje tek kasnije, nastankom buduće stvari.⁴⁰ Smatram da je naš zakonodavac pogrešno sledio primer MLST u pogledu zalaganja budućeg predmeta, te da ovakav upis u javni registar nije u skladu sa našom pravnom tradicijom.⁴¹ Nije dovoljno jasno kakav se upis u registru zaloge vrši shodno članu 13 stav 3 ZOZP i kakva bi bila funkcija upisa zaloge na budućoj stvari ako ne bi došlo do nastanka te stvari, odnosno ako ne dođe do sticanja svojine zalogodavca na istoj. Poverilac suštinski može samo tražiti predbeležbu založnog prava na stvari koja nije još nastala, obzirom da je nastanak buduće stvari neophodan uslov za konstituisanje prava zaloge.⁴² Cilj propisivanja mogućnosti upisa založnog prava na budućoj stvari jeste sticanje prvenstvenog reda u pogledu konstituisanja založnog prava, pa bi bilo pravilnije, a svakako i srodnije našoj pravnoj tradiciji, da se ovaj upis nazvao predbeležbom. Upis predbeležbe proizvodio bi prvenstvo u sticanju zaloge poverioca u slučaju njenog opravdanja, što bi u konkretnoj situaciji predstavljalo sticanje svojine od strane za-

³⁹ Čl. 13. st. 2 ZOZP.

⁴⁰ U pogledu zalaganja buduće stvari ili prava naš zakonodavac se ugledao na MLST koji članom 5.8. propisuje da se zaloga može izričito odnositi na stvari i prava koja još nisu vlasništvo zalogodavca u vreme u kome se smatra da je zaloga stvorena shodno čl. 6.8 MLST, koji pak upućuje na čl. 6.7.1. u pogledu vremena stvaranja zaloge, a ovaj na čl. 34.4. koji propisuje da je vreme registracije, trenutak kada je registraciona izjava ili dopunska registraciona izjava predata registru zaloge. Komentar autora uz članove 5.8. i 5.9 MLST pojašnjava da zaloga može biti određena da pokrije stvari i prava koja još nisu u svojini zalogodavca zato što iste ne postoje ili su u svojini drugog lica. Zaloga na svoj opremi u fabrici može obuhvatati i novu opremu ukoliko se pribavi. Zaloga je stvarno pravo koje ne postoji dok opterećeno dobro ne bude u svojini zalogodavca, ali kada zalogodavac postane vlasnik smatra se da je zaloga stvorena ranije.

⁴¹ Američki sistem upisa "*notice filling*" predstavlja pristup registraciji sistemom zabeleške o zalaganju, bez upisa sadržine pravnog posla, te se sistem upisa "*notice filling*" smatra jednim od dva najveća dostignuća *UCC 9 Secured transactions*, uz mogućnost korišćenja samopomoći zarad uspostavljanja državnine na predmetu zalaganja u slučaju pada u docnju dužnika, (*self-help remedy*). Više o sistemu upisa "*notice filling*" vid. Y. Keinan, 21-25.

⁴² Kada bi stranke kao predmet založnog prava ugovorile mladunce krave koja tek treba da se oteli, to se registrovana zaloga nad teladi ne može upisati pre rođenja istih, te proizilazi da odredba čl. 13 st. 3 ZOZP nije sasvim dobro sastavljena, obzirom da nije logično da poverilac može upisati u registar zaloge založno pravo na budućoj stvari, jer je njen nastanak neizvestan, već bi se založno pravo moglo samo predbeležiti. Ova predbeležba založnog prava prerasla bi u samo založno pravo danom konstatovanja u registru da je založni dužnik stekao svojinu na stvari, u konkretnom primeru danom rođenja teladi, a samo dejstvo založnog prava bi postojalo od dana upisa predbeležbe.

logodavca na budućoj stvari. U suštini sve dok ne dođe do nastanka buduće stvari poverilac ima samo založno pravo u očekivanju, te smatram da bi bilo pravilnije *de lege ferenda* umesto odredbi čl. 13 st. 2–3 ZOZP propisati član koji bi glasio: “Poverilac ima pravo da traži da se u registar zaloge upiše predbeležba založnog prava na budućoj stvari, a koja će kada zalogodavac stekne svojину na budućoj stvari pre-rasti u založno pravo upisom zabeležbe opravdanja u registar zaloge. Ovako konstituisano založno pravo proizvodi svoje pravno dejstvo od dana upisa predbeležbe.” Kako ZOZP ne poznaje upis predbeležbe i zabeležbe, bilo bi neophodno da se u glavi X zakona posvećenju registru zaloge definišu ovi pojmovi.⁴³

USPOSTAVLJANJE DRŽAVINE ZALOŽNOG POVERIOCA NA PREDMETU ZALOGA PO DOSPELOSTI OBEZBEĐENOG POTRAŽIVANJA

Kod ručne zaloge se predmet zaloge po pravilu nalazi u rukama zalogo-primca, te je poverilac sigurniji da će se moći namiriti iz vrednosti založenog do-bra u slučaju neispunjenja obaveze dužnika, obzirom da zalogodavac ne može preneti pravo svojine na predmetu zaloge na treće lice sve dok je isti kod zalogo-primca. Založni poverilac kod bezdržavinske zaloge nema sigurnost kao zalogo-primac kod ručne zaloge, obzirom da zalogodavac ima zakonsko ovlašćenje da otuđi predmet zaloge sve do momenta dostavljanja poveriočevog obaveštenja o nameri da svoje dospelu potraživanje namiri iz vrednosti predmeta založnog pra-va.⁴⁴ Zalogodavac može otuđiti predmet zaloge i preneti svojину na treće lice, ali je u obavezi da bez odlaganja podnese zahtev radi upisa založnog prava na teret novog vlasnika, te ovu obavezu ima i novi vlasnik.⁴⁵ Zalogodavac predmet zaloge može otuđiti ili sakriti, naročito kada nije reč o individualno određenim stva-rima i na taj način osujetiti založnog poverioca da se namiri iz založenog dobra.⁴⁶ Ukoliko poverilac ne može da pronađe predmet zaloge isti bez obzira što ima pra-

⁴³ Bilo bi dobro rešenje pravila o vrstama upisa u registar zaloge prilagoditi pravnim pravili-ma Zakona o zemljišnim knjigama, (*Službene novine Kraljevine Jugoslavije*, br. 146/1930 i 281/1931-90) iako se ovde radi o zalaganju pokretnih stvari, koja bi bila odgovarajuće modifikovana, te bi kao opravdanje predbeležbe, čime bi založno pravo bilo definitivno stečeno, bila dovoljna zabeležba opravdanja. Više o pojmu predbeležbe i njenom opravdanju vid. O. Stanković, M. Orlić, 351–353.

⁴⁴ Vid. čl. 42 i čl. 36 ZOZP.

⁴⁵ Čl. 23 st.1-3 ZOZP.

⁴⁶ Ovde ostavljamo po strani mogućnost krivične odgovornosti založnog dužnika, jer ista nema nikakav efekat na mogućnost namirenja poverioca, te su u praksi česte situacije da zalogodav-ci zbirnih stvari izmeštaju svoja sedišta, sakrivaju predmet zaloge i na taj način onemogućavaju us-

vo sledovanja ostaje bez mogućnosti namirenja iz opterećenog dobra. Založnom poveriocu bi ostala samo mogućnost podnošenja tužbe za naknadu štete i mukotrpan put u ostvarenju svog potraživanja kroz parnični i izvršni sudski postupak. Založni poverilac može ostati bez založnog prava i u slučaju kada je zalogodavac predmet zaloge prodao u okviru svoje redovne delatnosti u kom slučaju poverilac stiće pravo svojine bez tereta.⁴⁷ Zbog navedenog nesumnjiv je pravni interes založnog poverioca da u slučaju neizmirenja obaveze dužnika o dospelosti preuzme predmet založnog prava u državinu.

U državama koje pripadaju sistemu opšteg prava bezdržavinska zaloga se može vansudski relizovati, te se u slučaju dospelosti obezbeđenog potraživanja poverilac može poslužiti sredstvom dozvoljene samopomoći koje podrazumeva da opterećeno dobro može sam oduzeti od zalogodavaca, kako bi dalje uspeo da ga unovči i naplati svoje potraživanje.⁴⁸ Kako je na naš ZOZP indirektno uticao *UCC 9 Secured transactions*, došlo se na ideju da se vansudska realizacija kod bezdržavinske zaloge, pa i dozvoljena samopomoć pri oduzimanju predmeta zalažanja uvede u naš pravni sistem. Ako dužnik ne ispuni svoju obavezu o dospelosti, založni poverilac stiće pravo na državinu po samom zakonu.⁴⁹ Založni poverilac ima dužnost obavestiti preporučenim pismom dužnika i zalogodavca, kad to nije isto lice i treće lice kod koga se stvar nalazi, o nameri da svoje dospelo potraživanje namiri iz vrednosti predmeta založnog prava.⁵⁰ Po dostavljanju obaveštenja o nameri namirenja dužniku i zalogodavcu, kad to nije isto lice i trećem licu kod koga se stvar nalazi poverilac ima pravo da predmet založnog prava uzme u državinu.⁵¹ Kako između vremenskog momenta sticanja prava na državinu i prava da se predmet založnog prava uzme u državinu postoji određen period, jer se pravo na državinu *ex lege* uspostavlja padom u docnju dužnika, dok se pravo da se predmet zaloge uzme u državinu stiće tek po dostavljanju obaveštenja dužniku o nameri namirenja, te kako ni sintagme „pravo na državinu” i „pravo da se pred-

postavljanje držvine založnog poverioca po otpočinjanju sudskog postupka za predaju u državinu opterećenog dobra.

⁴⁷ Čl. 23 st. 6 ZOZP.

⁴⁸ Čl. 609 b *UCC 9 Secured transactions* propisuje da založni poverilac može kada dužnik ne odgovori svojoj obavezi, neispuni novčanu obavezu o roku, uzeti u posed opterećeno dobro bez sudskog postupka pod uslovom da vansudski postupak bude izveden bez narušavanja mira. Rešenje koje se pojavilo u čl. 508 st. 2 NZOS nedvosmisleno propisuje pravo založnog poverioca da uzme predmet zaloge u državinu po padu dužnika u docnju, pod uslovima koji su propisani za primenu dozvoljene samopomoći.

⁴⁹ Čl. 35 st. 1 ZOZP.

⁵⁰ Čl. 36 ZOZP.

⁵¹ Čl. 40 ZOZP.

met založnog prava uzme u državinu” nisu jezički istog značenja, to smatram da je intencija zakonodavca bila stvaranje mogućnosti poveriocu da sam uzme predmet registrovane zaloge u državinu bez sprovođenja posebnog izvršnog postupka pred sudom,⁵² ali ovaj stav nema uporište u sudskoj praksi i delu teorije.⁵³

VANSUDSKI POSTUPAK NAMIRENJA REGISTROVANE ZALOGE

Ugovorom o zalozi može se predvideti da založni poverilac ima pravo da predmet založnog prava proda na vansudskoj javnoj prodaji ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti, te ukoliko predmet založnog prava ima tržišnu ili berzansku cenu ugovorom o zalozi može se predvideti da založni poverilac ima pravo da ga proda po toj ceni, ili da ga po toj ceni zadrži za sebe.⁵⁴ Ako predmet založnog prava nema tržišnu ili berzansku cenu, založni poverilac ga može prodati na način na koji bi to učinio razuman i pažljiv čovek, čuvajući interese dužnika i zalagodavca kad to nije isto lice.⁵⁵

Sam vansudski postupak namirenja počinje obaveštavanjem dužnika i zalagodavca kada to nije isto lice, te trećeg lica kod koga se stvar nalazi, o nameri namirenja svog dospelog potraživanja iz vrednosti predmeta založnog prava, te je založni poverilac dužan da zatraži da se u registar zaloge upiše da je započeo po-

⁵² Poseban sudski izvršni postupak za sticanje državnine na predmetu založnog prava može pokrenuti založni poverilac ako zalagodavac dobrovoljno ne izvrši svoju obavezu predaje predmeta založnog prava, podnošenjem zahteva sudu za donošenje rešenja o oduzimanju predmeta založnog prava od zalagodavca ili lica u čijoj se državini predmet založnog prava nalazi i predaji tog predmeta založnom poveriocu u državinu, a na osnovu izvoda iz registra koji je izvršna isprava u ovom posebnom postupku, vid čl. 41 st. 1–3 ZOZP.

⁵³ Za sada su zauzeti suprotni stavovi u našoj teoriji i sudskoj praksi da založni poverilac nema ovlašćenje sam oduzeti predmet zaloge od neposrednog držaoca pod uslovima dozvoljene samopomoći, iako bi se jezičkim a i logičkim tumačenjem odredbi članova 35 st. 1 i 40 ZOZP moglo zaključiti suprotno. Upor. Viši Trgovinski sud, *Sedamnaesto savetovanje sudija trgovinskih sudova Republike Srbije-Radni materijal*, Beograd 2009, 112–114; N. Tešić, 208.

⁵⁴ Kada je zalagodavac fizičko lice koje ugovor o zalozi zaključuje izvan okvira privredne delatnosti ugovorom se ne može predvideti vansudsko namirenje, kao ni opcije da će predmet založnog prava preći u svojinu založnog poverica ako potraživanje ne bude namireno o dospelosti, niti da poverilac ima pravo da predmet založnog prava proda po unapred određenoj ceni ili da ga zadrži za sebe. Ove povoljnosti za poverioca mogu se ugovoriti tek u trenutku dospelosti potraživanja poverioca, a razlog za pomeranje ovog momenta u odnosu na trenutak zaključenja ugovora jeste zaštita dužnika kome se omogućava ravnopravno pregovaranje, jer on kao ekonomski slabija strana u teškoj situaciji nužde pristaje na gotovo sve uslove, upor čl. 27 st. 1–2 ZOZP i čl. 28 st. 1–2 ZOZP.

⁵⁵ Čl. 27 st. 5 ZOZP.

stupak namirenja.⁵⁶ Založni poverilac može pristupiti vansudskoj prodaji predmeta založnog prava po isteku roka od 30 dana od upisa početka namirenja u registar zaloge, a koji se rok može skratiti saglasnošću stranaka.⁵⁷ Nasuprot ovom rešenju NZOS predviđa još jedan uslov radi pristupanja vansudskoj prodaji, te se vansudska prodaja može obaviti tek po sticanju državnine založnog poverioca na predmetu zaloge.⁵⁸ Vansudska prodaja predmeta založnog prava će se obaviti javnim nadmetanjem ili po tržišnoj ili berzanskoj ceni u zavisnosti koji je način prodaje predviđen ugovorom o zalozi.⁵⁹

Založni poverilac ima pravo prvenstva namirenja iz dobijene cene u odnosu na obične poverioce i založne poverioce koji su kasnije uspostavili pravo obezbeđenja u svoju korist na predmetu zaloge, te namiruje svoje glavno potraživanje, kamatu i troškove nastale prilikom naplate potraživanja, dok eventualni višak vraća zalagodavcu bez odlaganja.⁶⁰ Registrovana zaloga nema sopstveni obim već se ravna prema obezbeđenom potraživanju, što znači da iz predmeta zaloge nije dozvoljeno naplatiti iznos veći od obezbeđenog potraživanja. U registru zaloge se upisuje osnovni i maksimalni iznos obezbeđenog potraživanja bez preciznog određenja kamate.⁶¹ Ukoliko potraživanje sa kamatom pređe maksimalan iznos obezbeđenja koji je upisan u registar, načelo specijalnosti nalaže da zaloga ne obezbeđuje višak potraživanja.⁶²

Međutim, u savremenoj kreditnoj praksi postalo je standardno ugovaranje varijabilnih kamatnih stopa,⁶³ te je moguće da potraživanje po osnovu kamate premaši glavnice. Kako je dozvoljeno ugovaranje vanskudskog namirenja registrovane zaloge, to se u slučaju kada potraživanje sa kamatom pređe iznos maksimalno obezbeđenog potraživanja koji je upisan u registar, ne može očekivati dosledno sprovođenje načela specijalnosti. Odstupanja od akcesornosti⁶⁴ u obimu

⁵⁶ Vid. čl. 36-37 ZOZP.

⁵⁷ Čl. 44 st. 1 i 45 ZOZP.

⁵⁸ Vid. čl. 511 st. 1-2 NZOS.

⁵⁹ Čl. 46 i 47 ZOZP.

⁶⁰ Vid. čl. 29-31, 35 st. 2-3 ZOZP.

⁶¹ Vid. čl. 62 ZOZP.

⁶² Upor. O.Stanković, M. Orlić, 245.

⁶³ Varijabilna kamatna stopa se određuje kao procenat dodatka na neku referentku kamatnu stopu koju na međusobne pozajmice određuju banke na tržištu evrozone ili u Londonu, M. Živković (2010), 115. fn. 270.

⁶⁴ Akcesornost je neposredna i na zakonu zasnovana jednostrana zavisnost jednog prava, koje se naziva akcesornim ili zavisnim, od drugog prava, koje se naziva glavnim, pri čemu je cilj akcesornog prava realizacija glavnog, M. Živković (2010), 47-48.

zaloge dozvoljava i naša novija sudska praksa prilikom realizacije hipoteke,⁶⁵ te je ovo pitanje bilo i dilema prilikom sastavljanja zakona.⁶⁶

Zalogodavac može osporiti pravo založnom poveriocu da se namiri vanskudskim putem u roku od 30 dana od upisa početka namirenja u registar zaloge podnošenjem tužbe sudu sa dokazima da poveriočevo potraživanje ili založno pravo ne postoji, da potraživanje nije dospelo za naplatu ili da je dug isplaćen.⁶⁷ Podnošenje tužbe ne sprečava postupak namirenja izuzev ako zalogodavac podnese javnu ispravu ili privatnu ispravu overenu na zakonom propisan način koja sadrži dokaz da poveriočevo potraživanje ili založno pravo ne postoji, da potraživanje nije dospelo za naplatu, ili da je dug isplaćen.⁶⁸ Predviđanje mogućnosti podnošenja tužbe protiv založnog poverioca radi osporavanja prava vanskudskog namirenja predstavlja značajno pravo zalogodavca, koje nije dozvoljeno u postupku vanskudskog namirenja hipoteke.

SUDSKO NAMIRENJE NA OSNOVU IZVODA IZ REGISTRA ZALOGA

Početni stav sudske prakse smatrao je neostvarivom prodaju predmeta založnog prava sudske putem bez sticanja izvršne isprave u parničnom postupku. Zauzet je stav da je pravo namirenja na osnovu izvoda iz registra bilo samo zakonom proklamovano jer nije bilo određene procedure po kojoj bi se ta prodaja sprovodila.⁶⁹ Izvod iz registra zaloge se smatrao izvršnom ispravom samo u posebnom sudskom postupku za sticanje državnine na predmetu založnog prava.

Kako su kreditni poverioci obezbeđeni bezdržavinskom zalogom počeli aktivirati sredstvo obezbeđenja u većoj meri, tako je i sudska praksa zauzela gipkiji stav o mogućnosti sudskog namirenja. Tim putem se došlo do stava da poverilac koji je bio ovlašćen da vanskudski realizuje svoje založno pravo, može isto realizovati i sudske putem, prodajom po odobrenju suda, na osnovu direktne pri-

⁶⁵ Više o novijoj sudskoj praksi u pogledu navedenog vid.: M. Živković (2010), 77–115, upor. rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev.2790/07 od 2.7.2008.godine, <http://www.paragrafnet/index.html>, 15.2.2012.godine.

⁶⁶ Vid. N. Tešić, 122 fn. 482.

⁶⁷ Čl. 49 st. 1 ZOZP.

⁶⁸ Čl. 49 st. 2 ZOZP.

⁶⁹ Vid. Viši trgovinski sud, *Bilten sudske prakse trgovinskih sudova* br. 3/2009, Beograd 2009, 73–75.

mene odredbi ZOZP.⁷⁰ Zahtev za sudsku prodaju se podnosio na osnovu činjenica da poverilac ima upisano založno pravo na predmetu zaloge radi obezbeđenja svog potraživanja, da dužnik o roku dospelosti nije ispunio svoju obavezu, da je poverilac uputio obaveštenje o nameri namirenja i da je u registru zaloge izvršen upis početka namirenja.⁷¹ Sudska prodaja predmeta založnog prava se razlikovala od prodaje pokretnih stvari u izvršnom postupku i po načinu prodaje obzirom da se stvar u izvršnom postupku mogla prodati pored javnog nadmetanja i neposrednom pogodbom, dok je po odredbi čl. 43 ZOZP pored javne prodaje moguća i prodaja po tržišnoj i berzanskoj ceni.⁷² Kod sudske prodaje založene stvari na osnovu čl. 43 ZOZP može se ovlastiti poverilac da sam proda založenu stvar po ceni utvrđenoj procenom stručnjaka ili da je po toj ceni zadrži za sebe, ako bi troškovi javne prodaje bili nesrazmerno veći od vrednosti predmeta zaloge.⁷³ U klasičnom sudskom postupku izvršenja poverilac je mogao da se namiri dosudjenjem stvari ukoliko stvar nije prodana ni na drugom javnom nadmetanju, kada se smatralo da je namiren u iznosu od polovine procenjene vrednosti stvari, što nije bila mogućnost sudske prodaje na osnovu čl. 43 ZOZP.⁷⁴

Sudsko namirenje založnog poverioca je izmenjeno nakon donošenja Zakona o izvršenju i obezbeđenju, obzirom da je izvod iz registra založnog prava promenio svoj pravni karakter. Obim izvršnih isprava koje su podobne za izvršenje je proširen, te su u iste svrstani i izvod iz registra finansijskog lizinga, ugovor o hipoteci, kao i izvod iz registra založnog prava na pokretnim stvarima.⁷⁵ Imajući u vidu probleme koji su bili aktuelni prilikom realizacije ovih stvarnopravnih sredstava obezbeđenja potraživanja može se zaključiti da je cilj zakonodavca bio da se poveriocima koji su imali opciju vansudskog namirenja obezbedi jasna i nedvosmislena opcija sudske prodaje. Na taj način izvod iz registra zaloge postao je

⁷⁰ Privredni apelacioni sud, *Osamnaesto savetovanje sudija privrednih sudova Republike Srbije-Radni materijal*, Zlatibor (2010a), 82 i dalje; vid. čl. 43 ZOZP.

⁷¹ Upor. Privredni apelacioni sud, (2010a), 82 i dalje i čl. 510 NZOS, koji predviđa da se sudska prodaja predmeta bezdržavinske zaloge (koja je moguća tek nakon sticanja državine založnog poverioca na predmetu zaloge) sprovodi po odredbama izvršnog postupka, na osnovu overenog izvoda iz javnog registra koji je izvršna isprava ili druge zakonom određene izvršne isprave iz koje proističe da je dužnikova obaveza dospela i iz koje se može utvrditi registrovan iznos obezbeđenog potraživanja.

⁷² Vid. Privredni apelacioni sud (2010a), 82–83. Upor. čl. 84 Zakona o izvršnom postupku (*Službeni glasnik RS*, br. 125/2004; dalje u tekstu: ZIP), čl. 96 ZIO i čl. 43 st. 1 ZOZP.

⁷³ Ova odredba ZOZP ima svoje poreklo iz identičnog rešenja ZOO. Upor. čl. 980 st. 2 ZOO sa čl. 43 st. 2 ZOZP.

⁷⁴ Privredni apelacioni sud, *Bilten sudske prakse privrednih sudova* br. 3/2010, Beograd, (2010b), 86–89; Vid. čl. 90 ZIP.

⁷⁵ Vid. čl. 13 ZIO.

izvršna isprava na osnovu koje se može sprovesti sudska prodaja predmeta založnog prava na način propisan odredbama ZIO.⁷⁶

ZAKLJUČAK

Nove mogućnosti koje je doneo ZOZP u pogledu šireg obima predmeta zalaganja ugledavši se na svoj uzor MLST jesu pozitivne, jer se povećava kreditna sposobnost potencijalnih zalagodavaca. U odnosu na MLST naš zakonodavac nije uneo u tekst ZOZP mogućnost zalaganja privrednog društva kao celine – *enterprise charge*, verovatno smatravši da je još rano za uvođenje ovog instituta sistema opšteg prava u naš pravni okvir.⁷⁷ Uprkos tome što zalaganje privrednog društva kao celine u našem pravu nije regulisano, postoje mišljenja da je ovaj način obezbeđenja potraživanja moguć i dozvoljen shodno načelu slobode ugovaranja.⁷⁸ Konverzija potraživanja poverioca u kapital privrednog društva koje mu je dužnik moguće je zaključenjem *ugovora o finansijskom* restrukturiranju, te se može reći da se u našem pravu uspostavlja tendencija prema zalaganju privrednog društva kao celine.⁷⁹

⁷⁶ Da izvod iz registra nije izvršna isprava samo u sudskom postupku uspostavljanja državine može se zaključiti iz čl. 17 st. 3 ZIO koji propisuje da kada se iz izvoda registra založnog prava na pokretnim stvarima ne može utvrditi dospelost potraživanja, izvršenje se određuje ako je izvršni poverilac podneo pismeni dokaz da je izvršnog dužnika pozvao da ispuni obavezu u naknadno ostavljenom roku. Tumačenjem ove odredbe sa čl. 41 ZOZP koja reguliše sudski postupak uspostavljanja državine na predmetu zaloge, nedvosmisleno se može zaključiti da je izvod iz registra založnog prava dobio svojstvo izvršne isprave na osnovu koga založni poverilac može unovčiti svoje pravo obezbeđenja u sudskom izvršnom postupku.

⁷⁷ Ovaj institut uveden je u zakonodavni okvir određenog broja država srednje i istočne Evrope i to putem uticaja MLST. Iako je na naš ZOZP veliki uticaj imao Model zakon Evropske banke ovaj institut nije uveden u naš pravni sistem. Smatram da bi se uvođenjem istog u naš pravni sistem, kada za to dođe vreme, u značajnoj meri povećala kreditna sposobnost privrednih društava i smanjio broj stečajnih postupaka. Banke bi bile voljne davati povoljnije kredite privrednim društvima obzirom da bi sticale založno pravo i na budućoj, naknadno stečenoj imovini dužnika (*after acquired property*), a u slučaju “kristalizacije” (kada dolazi do aktiviranja prava obezbeđenog poverioca usled povrede ugovorne obaveze privrednog društva, najčešće usled neplaćanja rata kredita) ne bi dolazilo do aktiviranja stečajnog postupka i verovatnog bankrotstva usled velikih dugovanja, već bi poverilac obezbeđen putem *enterprise charge* preuzeo dužnika i imenovao upravnika – (*receiver*), koji bi upravljao privrednim društvom do njegovog oporavka ili bi pak poverilac prodao privredno društvo kao celinu ili kroz organizaciono povezane delove. Ove varijante su prednost u odnosu na bankrotstvo jer privredno društvo nastavlja sa svojim poslovanjem, radnici zadržavaju svoja radna mesta, jedino se menja vlasnička struktura privrednog društva.

⁷⁸ Vid. N. Tešić, 211.

⁷⁹ Vid. čl. 14 Zakona o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava (*Službeni glasnik RS*, br. 36/2011).

ZOZP nije propisao ni založno pravo neisplaćenog prodavca - *unpaid vendor charge*,⁸⁰ obzirom da je isto delom već sadržano u našem institutu zadržanja prava svojine od stane prodavca.⁸¹ Po MLST *unpaid vendor charge* podrazumeva pisani sporazum prodavca i kupca po kome prodavac zadržava pravo svojine na pokretnoj stvari koja je predmet prodaje ili dobija založno pravo na predmetu prodaje dok mu ne bude isplaćena kupoprodajna cena. Iako naš ZOO dozvoljava ugovaranje zadržavanja prava svojine u slučaju prodaje pokretnih stvari, sporno je da li bi shodno pravilu *a maiori ad minus* proizilazilo da je kod kupoprodajnog ugovora pokretnih stvari moguće ugovoriti i založno pravo u korist prodavca na predmetu prodaje ako se kupcu stvar prenese u svojinu. Kako je za konstituisanje ručne zaloge neophodna i državina zalogoprimca, to smatram da bi bilo potrebno isuviše ekstenzivno tumačenje normi ZOO da bi se ova situacija mogla podvesti kao još jedan slučaj odstupanja od pravila ručne zaloge da stvar mora biti u državini zalogoprimca.⁸² U svakom slučaju, prodavac i kupac mogu konstituisati bezdržavinsku zalogu na predmetu prodaje, upisom založnog prava u korist prodavca u registru zaloge, iako to nije izričito propisano zakonom.

Vansudsko namirenje bezdržavinske zaloge propisano je u pretežnoj meri na dobar način, ali je sama praksa pokazala određene probleme, koji se mogu izbeći prilikom sledećeg zakonskog regulisanja ove ustanove. Ključni deo u realizaciji prava na namirenje poverioca registrovane zaloge jeste uspostavljanje državine poverioca, obzirom da će se teško naći kupac stvari koja se nalazi u posedu zalagodavca. Vansudska prodaja predmeta bezdržavinske zaloge i redosled namirenja iz cene dobijene na vansudskoj prodaji, prava poverioca, zalagodavca i trećih lica uređena su na adekvatan način. Ove zakonske odredbe se mogu okarakterisati kao korak napred u razvoju našeg založnog prava obzirom da su jasne, predviđaju adekvatna sredstva zaštite koja stoje na raspolaganje založnom dužniku. Sudsko namirenje založnog poverioca je donošenjem ZIO poboljšano jer je jasno određena procedura sudskog namirenja koja je do tada bila samo predmet sudske prakse. Zbog navedenog, smatram da će nakon rešavanja problema sticanja državine poverioca na opterećenom dobru, u slučaju neplaćanja o dospelosti

⁸⁰ Čl. 9 MLST.

⁸¹ Vid. čl. 540 ZOO.

⁸² Odstupanje od pravila ručne zaloge da predmet zaloge mora biti u neposrednoj državini zalogoprimca postoji u slučaju dvostrukog zalaganja (ovo pravilo je preuzeo iz čl. 886 Švajcarskog građanskog zakonika profesor Mihailo Konstantinović prilikom sastavljanja skice). Vid. M. Konstantinović 1932, 241, Upor. M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori – Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd 1969, čl. 978 (skice) i čl. 970 ZOO. Drugo odstupanje od pravila da predmet zaloge mora biti u neposrednoj državini zalogoprimca postoji kada zalogoprimac neadekvatno čuva predmet zaloge, pa se isti predaje trećem licu da ga čuva za zalogoprimca (čl. 978 ZOO).

obezbeđenog potraživanja, bezdržavinska zaloga na pokretnim stvarima u našem pravnom sistemu dobiti jasan i veoma funkcionalan karakter.

SRĐAN STOJILKOVIĆ, M.A.,
Assistant Judge, Commercial Court,
Požarevac

TRANSPLANTATION RESULTS IN LEGAL REFORM
OUR SECURITY RIGHTS ON MOVABLE ASSETS

Summary

Creditworthiness of companies and individuals in the modern market economy is of great importance in granting loans. Adoption of the Law of Pledges on Movable Property in the register increased creditworthiness of legal entities as compared to the previous legal framework. New solutions incorporated into our security rights a lot of good things, but not only them, because solutions taken from the common law systems have no a tradition in our law.

Subject of this paper is functioning non-possessory charge over movable in our practice, comparing the same with their models of the foreign law, and an analysis of the possibilities of improving the legal framework of the same. The importance of the topic exists, since the legal system of charge in our country just at the stage of developing the acquisition of its clear character.

MIRJANA VULIĆ

STVARNA SLUŽBENOST ILI URBANISTIČKI PLAN

U sudskoj praksi sudova redovne nadležnosti povremeno se pojavljuju presude kojima se po zahtevu fizičkih lica, korisnika parcela, uspostavlja, odnosno konstituiše, pravo trajne službenosti prolaza preko katastarskih parcela koje su gradsko građevinsko zemljište. Ako se ima u vidu pravna priroda i pravni režim građevinskog zemljišta postavlja se pitanje da li se može uspostavljati službenost prolaza preko građevinskog zemljišta, kao i da li je sud nadležan da odlučuje o ovom pitanju. U pokušaju da odgovorimo na ovo pitanje poći ćemo od definicije stvarne službenosti u pravnoj teoriji.

Službenosti su stvarna prava čiji je titular ovlašćen da u izvesnoj meri iskorišćava tuđu stvar ili da zahteva od njenog svakodobnog vlasnika da je na neki način ne upotrebljava. Službenosti se dele na stvarne i lične zavisno od toga da li su uspostavljene u korist svakodobnog vlasnika nepokretnosti ili u korist određenog lica.

“Stvarna službenost je pravo svakodobnog vlasnika jedne nepokretnosti (povlasno dobro) da na određeni način i u određenoj meri koristi tuđu nepokretnost (poslužno dobro) bez obzira ko je njen vlasnik, ili da svakodobnom vlasniku poslužnog dobra zabrani da se njime u određenom pravcu koristi.”¹

Mirjana Vulić, načelnik Gradske uprave za imovinu grada Kragujevca.

¹ “Stvarno pravo”, autori dr Obren Stanković i dr Miodrag Orlić, Beograd 1999. godine.

Kao najčešće stvarne službenosti navode se : pravo prolaza preko tuđeg zemljišta, pravo dovesti vodu preko susedovog zemljišta, pravo postavljanja antena na tuđoj zgradi.

U pravnoj teoriji postoji nekoliko načina podela stvarnih službenosti:

– *Pozitivne i negativne*: pozitivne su one službenosti koje daju ovlašćenje vlasniku povlasnog dobra da na neki način koristi poslužno dobro, a negativne su one čiji titular može zahtevati od vlasnika poslužnog dobra da se uzdrži od neke upotrebe svoje nepokretnosti

– *Poljske i kućne*: podela se vrši prema prirodi povlasnog dobra, odnosno da li se službenost uspostavlja radi korišćenja zemljišta ili zgrada.

Građanski zakonik knjaževine Srbije iz 1844. godine delio je službenosti na poljske i kućne.

“Službenosti takve ili leže na poljskom dobru, kao: njivi, livadi i služe na udobnost drugom poljskom dobru; ili leže na kućama i kućnim zemljama i služe na udobnost drugoj kući ili kućnoj zemlji” – § 334. Zakonika.

Zakonik u § 335 nabraja poljske službenosti: 1) Na tuđoj zemlji držati stazu, putanju za stoku ili za kola i njima se za svoju udobnost služiti; 2) S tuđeg bunara ili izvora vodu nositi, tu stoku pojititi ili vodu odvoditi; 3) Stoku na tuđoj zemlji držati i pasti; 4) Drva tuđa seći, suho granje kupiti; 5) Na tuđoj zemlji divljač loviti, ptice hvatati i ribu loviti; 6) Kamen vaditi, pesak kopati, kreč paliti.

Kućne službenosti su regulisane § 336 i § 337, ima ih ukupno dvanaest. Neke od njih su: imati pravo svoje zdanje na tuđe nasloniti, prozor u tuđem zidu otvoriti, dim kroz dimnjak suseda propuštati. Osim navedenih podela postoji i podela na trajne i povremene službenosti i na vidljive i nevidljive službenosti.

Stvarne službenosti se mogu steći na osnovu zakona, na osnovu pravnog posla, održajem i na osnovu sudske odluke ili odluke drugog državnog organa.

Pravo službenosti regulisano je Zakonom o osnovama svojinskopravnih odnosa². Zakon definiše stvarnu službenost na sledeći način:

“Stvarna službenost je pravo vlasnika jedne nepokretnosti (povlasno dobro) da za potrebe te nepokretnosti vrši određene radnje na nepokretnosti drugog vlasnika (poslužno dobro) ili da zahteva od vlasnika poslužnog dobra da se uzdržava od vršenja određenih radnji koje bi inače imao pravo vršiti na svojoj nepokretnosti”.

Prema Zakonu, stvarna službenost se zasniva pravnim poslom, odlukom državnog organa i održajem. Zakon nije predvideo sticanje službenosti na osnovu zakona.

² Službeni list SFRJ, br. 6/80, 36/90, Službeni list SRJ, br. 29/96, Službeni glasnik RS br. 115/2005.

Odredbama članova 49–60. Zakon načelno definiše stvarne službenosti, zasnivanje, način vršenja, prestanak. Zakon ne navodi vrste službenosti niti se bavi klasifikacijama i podelama. Kada je u pitanju vreme trajanja navodi da se službenosti mogu ustanoviti na određeno vreme ili za određeno doba godine. Osim ovog zakona, još dva zakona regulišu uspostavljanje stvarne službenosti: Zakon o eksproprijaciji³ i Zakon o planiranju i izgradnji⁴.

Zakon o eksproprijaciji predviđa da eksproprijacijom može da se ustanovi i službenost na nepokretnosti. Eksproprijacija se vrši u javnom interesu koji se utvrđuje Zakonom ili odlukom Vlade.

Čla. 65. Zakona propisuje:

“Na zemljištu u državnoj i društvenoj svojini mogu se ustanoviti prava službenosti prolaza, prevoza, crpljenja vode, postavljanje objekata za prenos električne energije i druge službenosti u korist pravnih lica.

Za ustanovljavanje službenosti određuje se naknada u iznosu za koji je usled ustanovljavanja službenosti smanjena vrednost zemljišta ili zgrada, odnosno prinosa”.

Prema ovom Zakonu rešenje o ustanovljavanju službenosti donosi opštinska uprava ako zakonom nije drugačije određeno. Uslov za ustanovljavanje službenosti je postojanje urbanističkog plana.

Zakon o planiranju i izgradnji predviđa mogućnost ustanovljavanja prava službenosti prolaza ugovorom samo u slučaju kada se grade nadzemni i podzemni linijski infrastrukturni objekti.

Službenost se ustanovljava u korist pravnih lica. Uslov za ustanovljavanje službenosti ugovorom u postupku izdavanja građevinske dozvole je postojanje odgovarajućeg urbanističkog plana.

Utvrđili smo šta su stvarne službenosti i koji zakoni i na koji način regulišu stvarne službenosti u našem pozitivnom pravu. Sada je neophodno da utvrdimo pojam građevinskog i gradskog građevinskog zemljišta.

Gradsko građevinsko zemljište je po prvi put dobilo ovaj naziv u Zakonu o građevinskom zemljištu iz 1975. godine.⁵ Pre toga ovo se zemljište označavalo kao “nacionalizovano zemljište” jer se radilo o zemljištu koje je do 1975. godine nacionalizovano i prešlo u društvenu svojinu Zakonom o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta⁶, a obuhvatalo je zemljište u gradovima i naseljima gradskog karaktera.

³ Sl. glasnik RS, br. 53/95, 20/2009.

⁴ Sl. glasnik RS, br. 72/09, 81/09 – ispravka, 64/10 – US, 24/11.

⁵ Sl. glasnik SRS br. 32/75.

⁶ Službeni list FNRJ, br.52/58, 3/59, 24/59 i 24/6.

Od 1975. godine odluku o određivanju zemljišta za gradsko građevinsko donose opštine, pod uslovom da je za to zemljište donet odgovarajući urbanistički plan. Stupanjem na snagu Odluke o određivanju zemljišta za gradsko građevinsko, to zemljište je postajalo društvena svojina.

Zakon o građevinskom zemljištu iz 1986. godine⁷ na isti način reguliše gradsko građevinsko zemljište. Gradsko građevinsko zemljište je bilo u društvenoj svojini, odnosno državnoj i na njemu je moglo da se stekne samo pravo korišćenja.

Zakon o građevinskom zemljištu iz 1995. godine⁸ takođe poznaje gradsko građevinsko zemljište. Proglašenje zemljišta za gradsko građevinsko je i dalje u nadležnosti opština, ali se sada proglašenjem ne menja oblik svojine na zemljištu.

Sve do 2003. godine pravni režim građevinskog zemljišta uređivan je sa tri, međusobno povezana i sinhronizovana, zakona: Zakon o građevinskom zemljištu, Zakon o planiranju i uređenju prostora i Zakon o izgradnji objekata.

Umesto ova tri zakona, 2003. godine donosi se Zakon o planiranju i izgradnji⁹ koji reguliše planiranje i uređenje prostora, građevinsko zemljište i izgradnju objekata. Ovaj zakon je bio na snazi sve do 2009. godine kada je donet novi Zakon o planiranju i izgradnji¹⁰.

Svi nabrojani zakoni imali su istu definiciju građevinskog zemljišta. Pojam građevinskog zemljišta važeći zakon definiše članom 82. na sledeći način:

“Građevinsko zemljište jeste zemljište određeno zakonom i planskim dokumentom kao građevinsko, koje je predviđeno za izgradnju i redovno korišćenje objekata, kao i zemljište na kojem su izgrađeni objekti u skladu sa zakonom i zemljište koje služi za redovnu upotrebu tih objekata”.

Druga zajednička karakteristika navedenih zakona je da su na isti način definisali način korišćenja građevinskog zemljišta.

Važeći zakon stavom 2 člana 82. propisuje:

“Građevinsko zemljište se koristi prema nameni određenoj planskim dokumentom, na način kojim se obezbeđuje njegovo racionalno korišćenje u skladu sa zakonom”.

Ovom odredbom dato je osnovno načelo na kome se zasniva koncept Zakona o planiranju i izgradnji, a to je da se građevinsko zemljište mora koristiti samo za namene utvrđene planskim dokumentima. A to dalje znači da izvođenje svih radova kojima se menja stanje na građevinskom zemljištu može se obavljati samo

⁷ Službeni glasnik SRS, br. 27/86.

⁸ Službeni glasnik RS, br. 44/95.

⁹ Službeni glasnik RS, br. 47/03 i 34/06.

¹⁰ Službeni glasnik RS, br. 72/09, 81/09 – ispravka, 64/10 – US, 24/11.

ako se time građevinsko zemljište privodi planiranoj nameni koja je utvrđena urbanističkim planom.

Šta su planski dokumenti? Zakon o planiranju i izgradnji to definiše članom 11.: “Planski dokumenti su prostorni i urbanistički planovi”.

Postoje četiri vrste prostornih planova i tri vrste urbanističkih planova. Za predmet našeg interesovanja bitni su urbanistički planovi koji propisuju uslove formiranja i korišćenja građevinske parcele i izgradnje objekata na njoj, a to su planovi generalne regulacije.

Plan generalne regulacije prema članu 26. Zakona mora da sadrži pored ostalog pravila uređenja i pravila građenja, regulacione i građevinske linije, koridore i kapacitete saobraćajne i komunalne infrastrukture. Pravila građenja u planu generalne regulacije moraju naročito da sadrže uslove i način obezbeđivanja pristupa parceli sa javne površine, odnosno ulice (član 31. stav 1. tačka 7). Jer “građevinska parcela jeste deo građevinskog zemljišta, sa pristupom javnoj saobraćajnoj površini, koja je izgrađena ili planom predviđena za izgradnju” (član 2. stav 1. tačka 20. Zakona).

Urbanističke planove donosi skupština jedinice lokalne samouprave. Po donošenju, urbanistički plan se objavljuje u službenom glasilu jedinice lokalne samouprave.

Plan generalne regulacije obavezno se donosi za naseljeno mesto koje je sedište jedinice lokalne samouprave a može se donositi i za druga naseljena mesta.

Zakon je odredio rok u kome moraju da se donesu planovi generalne regulacije: za sedište jedinica lokalne samouprave to je dve godine a za ostala naselja tri godine od dana stupanja na snagu Zakona o planiranju i izgradnji.

Rokovi su istekli septembra 2011. godine i septembra 2012. godine. U slučaju da jedinica lokalne samouprave nije ispoštovala rok, urbanistički inspektor je, prema članu 174, dužan da u postupku inspekcijskog nadzora bez odlaganja obavesti ministra nadležnog za poslove prostornog planiranja i urbanizma. Ukoliko urbanistički inspektor ne postupi na navedeni način, čini prekršaj za koji mu se izriče novčana kazna, a za ponovljeni prekršaj izriče se i kazna zatvora do 30 dana.

Utvdili smo definiciju stvarne službenosti i građevinskog zemljišta. Sada možemo da se vratimo na početno pitanje: da li se može uspostaviti službenost prolaza preko građevinskog zemljišta i da li to može sudskom odlukom? Sasvim je jasno da se pravni režim građevinskog zemljišta uređuje Zakonom o planiranju i izgradnji.

Osnovna karakteristika građevinskog zemljišta, za razliku od drugih nepokretnosti, sastoji se u tome da se način njegovog korišćenja uređuje, odnosno

propisuje, urbanističkim planovima. Radi se o javnopravnom ograničenju svojine kada se njen sadržaj utvrđuje na osnovu javnopravnih propisa. Kao javnopravni propis ovde se javlja urbanistički plan, koji postavlja granice u okviru kojih vlasnik može da vrši svoje pravo svojine. Javnopravna ograničenja svojine ne mogu se sporazumom zainteresovanih vlasnika menjati. A mislim da to ne može ni sud po zahtevu zainteresovanih vlasnika.

Ukoliko sud svojom odlukom uspostavi pravo trajne službenosti prolaza radi izlaska na javni put preko građevinskog zemljišta, odnosno građevinske parcele kao poslužnog dobra, takva odluka je u suprotnosti sa urbanističkim planom koji je vrsta imperativnog propisa.

S druge strane imamo vlasnika, odnosno korisnika, građevinskog zemljišta, odnosno građevinske parcele, koji nema izlaz na javni put. U sudskom sporu on se javlja kao vlasnik povlasnog dobra koji traži da se, radi izlaska na javni put, uspostavi pravo trajne službenosti prolaza preko druge građevinske parcele – poslužno dobro.

Zakon o planiranju i izgradnji definiše građevinsku parcelu kao “deo građevinskog zemljišta, sa pristupom javnoj saobraćajnoj površini, koja je izgrađena ili predviđena za izgradnju”.

Kako građevinska parcela mora da ima izlaz na javnu saobraćajnu površinu, po definiciji, Zakon obavezuje organ za donošenje planskog akta da u pravilima građenja u planu generalne i detaljne regulacije mora da predvidi uslove i način obezbeđivanja pristupa parceli i prostor za parkiranje vozila. Planove generalne i detaljne regulacije donose jedinice lokalne samouprave. Urbanistički plan, kao impreativni propis, obavezuje i jedinicu lokalne samouprave, koja je dužna da u postupku komunalnog opremanja gradi objekte komunalne infrastrukture, kao i da gradi saobraćajnice i ostale površine javne namene.

Prema Zakonu o lokalnoj samoupravi¹¹ komunalno opremanje i uređivanje građevinskog zemljišta je obaveza jedinice lokalne samouprave. U članu 20. propisane su nadležnosti Opštine, među kojima su i donošenje urbanističkih planova (stav 1. tačka 2), uređuje obezbeđuje izgradnju, rehabilitaciju i rekonstrukciju, održavanje, zaštitu, korišćenje, razvoj i upravljanje lokalnim i nekategorisanim putevima, kao i ulicama u naselju (stav 1. tačka 8).

Članom 32. istog Zakona propisano je da Skupština kao organ jedinice lokalne samouprave donosi urbanistički plan Opštine i uređuje korišćenje građevinskog zemljišta.

Članom 52. navedenog Zakona propisano je da Opštinska uprava rešava u upravnom postupku u prvom stepenu o pravima i dužnostima građana u uprav-

¹¹ Službeni glasnik RS, br. 129/07.

nim stvarima iz nadležnosti Opštine. Jednostavno rečeno, jedinica lokalne samouprave je dužna da svakoj građevinskoj parceli obezbedi izlaz na javnu saobraćajnu površinu.

Kada vlasnik, odnosno korisnik, građevinske parcele nema izlaz na javni put, to znači da jedinica lokalne samouprave planom generalne ili detaljne regulacije nije planirala pristup javnom putu, što znači da plan nije urađen u skladu sa Zakonom o planiranju i izgradnji ili je put predvidela urbanističkim planom, ali ga nije izgradila, što znači da ne ispunjava svoje zakonske obaveze.

Zbog svega rečenog, kada sud svojom odlukom konstituiše pravo trajne službenosti prolaza preko građevinske parcele, to čini na štetu vlasnika i povlasnog i poslužnog dobra, a jedinici lokalne samouprave omogućava da izbegne ispunjenje zakonske obaveze.

Vlasnik poslužnog dobra je ograničen u korišćenju svoje imovine, jer je sud na njega preneo obavezu da vlasniku povlasnog dobra obezbedi pristup javnom putu. Vlasnik povlasnog dobra će opet uvek imati problem kada bude hteo da do svoje građevinske parcele dovede vodovodnu i kanalizacionu liniju, toplovod, telefonsku liniju. Ponovo će morati da se ustanovljava službenost preko istog poslužnog dobra, ali sada radi postavljanja linijskih objekata infrastrukture. Sada bi službenost bila uspostavljena u korist javnog komunalnog preduzeća koje gradi takvu vrstu objekta.

Smatram da trajna službenost prolaza ne može da se konstituiše preko građevinskog zemljišta, jer je to u suprotnosti sa Zakonom o planiranju i izgradnji. Takođe smatram da sud svojom odlukom ne može da menja namenu građevinskog zemljišta jer se ona utvrđuje urbanističkim planom.

Iz citiranih zakona jasno sledi da je na građevinskom zemljištu moguće ustanoviti službenost prolaza samo u korist pravnih lica prvenstveno za potrebe izgradnje linijskih objekata infrastrukture (cevovodi, toplovodi). Rešenja o ustanovljenju službenosti donosi Opštinska uprava (član 67. Zakona o eksproprijaciji)

Uspodstavljanje službenosti prolaza preko građevinskog zemljišta može da se koristi izuzetno i to samo kao privremeno rešenje do donošenja urbanističkog plana. U tom slučaju vlasnik povlasnog dobra tužbom mora da obuhvati i jedinicu lokalne samouprave koja po zakonu ima obavezu da vlasniku povlasnog dobra obezbedi izlaz na javni put. Sudskom odlukom bi trebalo obavezati jedinicu lokalne samouprave da u određenom roku ispuni svoju obavezu kao i da plaća naknadu vlasniku poslužnog dobra za vreme trajanja službenosti prolaza.

MIRJANA VULIĆ
Head of Property Department,
City Administration, Kragujevac

RIGHT OF USAGE OR THE URBAN PLANNING

Summary

Establishing a permanent right of passage on a buildable lot by a court ruling is contrary to the legal regime of the buildable land because usage of buildable land is exclusively determined by Urban Plans. Law on Planning and Construction defines the buildable lot as “a part of buildable land, with access to its roadway surface, which is developed or foreseen for development in plans”. Unit of local administration, who passes the law, is obligated to foresee the roadway access for every buildable lot.

REALNI (STVARNI) TERETI

POJAM

Realni teret je stvarno pravo koje opterećuje svakodobnog vlasnika nepokretnosti i obavezuje ga da korisniku realnog tereta periodično daje stvari ili čini radnje koje su sadržaj tog stvarnog tereta. Ovo stvarno pravo osniva se u korist lica koje ne mora biti vlasnik neke nepokretnosti. Suprotno tome, lice koje ima obaveze davanja i (ili) činjenja je vlasnik nepokretnosti. Realni teret može nastati i tako što jedno lice (korisnik realnog tereta) prenese pravo svojine na drugo lice, koje se obaveže na određene periodična davanja ili radnje do vrednosti opterećene nepokretnosti¹. Ugovorom o ustupanju i raspodeli imovine za života predak može preneti na potomke pravo svojine i na nepokretnostima tako da jednog potomka, neke od njih ili sve obaveže i na plaćanje doživotne rente u stvarima ili novcu. Na ovaj način stvarni teret je, po pravilu, nastajao u našem pravu. Prenosjenje prava svojine sa korisnika realnog tereta na vlasnika nepokretnosti, međutim, nije uslov za nastanak realnog tereta. Član 782. stav 1. Švajcarskog građanskog zakonika iz 1907. (ŠvGZ) kratko određuje da “stvarni teret obavezuje aktuelnog vlasnika prema trećem na određene prestacije na koje je on obavezan samo tom nepokretnošću”.

Dr Ilija Babić, profesor Fakulteta za evropske pravno-političke studije u Novom Sadu, Univerzitet “Singidunum”.

¹ Kovačević K. R., Lazić M., *Stvarno pravo*, Punta, Niš 2009, str. 213.

Vlasnik opterećene nepokretnosti u obavezi je da ispunjava sadržaj tereta i za to odgovara vrednošću svoje nepokretnosti. Realni teret je stvarnopravno sredstvo obezbeđenja ispunjenja davanja i (ili) činjenja.² Osnivanjem realnog tereta nastaje stvarnopravna odgovornost za davanja i (ili) činjenja i to svakodobnog vlasnika opterećene nepokretnosti.³ Pravo realnog tereta je ograničeno samostalno stvarno pravo na tuđoj stvari (*iura in re aliena*). Ovo pravo ne zastareva i ne može se odvojiti od nepokretnosti koju opterećuje. Član ŠvGZ 790. propisuje da je stvarni teret nezastariv a da "činidbe dospelih potraživanja zastarevaju čim su postale lični dug vlasnika opterećene nepokretnosti". U slučaju da je realni teret osnovan u korist neke nepokretnosti (predijalni teret) on se ne može odvojiti ni od povlasne nepokretnosti.⁴

Nemački građanski zakonik iz 1896 (NGZ) u članu 1105. stav 1. propisuje da "nepokretnost može biti opterećena na taj način, da se licu, u čiju se korist opterećenje vrši (korisniku realnog tereta), čine periodične usluge koje proističu iz te nepokretnosti".

Institut stvarnog tereta Austrijski opšti građanski zakonik iz 1811 (AOGZ) je regulisao delimično u paragrafima 512, 530, 686, 687. i 928. Tako paragraf 512. AOGZ, koji reguliše pravo lične službenosti uživanja, određuje: "Kao čist dohodak može se smatrati samo ono što preteče po odbijanju svih potrebnih troškova. Uživalac prima dakle na se sve terete, koji su bili skopčani sa služnom stvarju u vrijeme, kad mu bi dozvoljeno uživanje, a tako i kamate od glavnica upisanih na spomenutoj stvari".⁵ Vezivanje "godišnjeg užitka" za nepokretnost predviđa i paragraf 393. Srpskog građanskog zakonika iz 1844 (SGZ) i tako, posredno, omogućava osnivanje realnog tereta.

Pojam realnog tereta određuje paragraf 559. stav 1. Predosnove Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju: "Na osnovu realnog tereta ima svagdašnji vlasnik zemljišta onome, u čiju je korist zemljište opterećeno, činiti periodične činidbe na taj način, da se za svoje obaveznosti odgovara s opterećenim zemljištem".

Član 246. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (ZV)⁶, takođe, definiše realni teret: "Stvarni teret daje svom korisniku stvarno pravo na nekretnini koju opterećuje ovlašćujući ga da mu se na teret njezine vrijednosti ponovljeno

² Rajačić Č., *Stvarno pravo*, Zagreb 1956, str. 373.

³ Gavella N., Josipović T., Gliha I., Belaj V. i Stipković V., *Stvarno pravo*, Svezak drugi, Narodne novine, Zagreb 2007, str. 47. i 48.

⁴ *Isto*, str. 61.

⁵ Vidi potpunije: Rušnov A., *Tumač Obćemu austrijskomu građanskomu zakoniku*, knjiga prva, Knjižara Lav. Hartmana, Zagreb, 1893, str. 703.

⁶ "Narodne novine" br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 129/00 i 114/01.

daju stvari ili čine radnje koje su sadržaj”. Ovo uopšteno određivanje pojma i sadržine realnog tereta preuzeo je i član 264. Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske (ZSP).⁷

ISTORIJAT

Rimsko pravo nije poznavalo realne terete jer je isključivalo mogućnost da stvarno pravo na tuđoj stvari obavezuje vlasnika te stvari na davanja ili činjenja. Stoga ni pravo službenosti nije moglo imati za predmet činjenje vlasnika poslužne stvari (*servitus in faciendo consistere nequit*).⁸

Realni tereti su nastali u srednjevekovnom feudalnom pravu. Feudalni gospodari su svoje nepokretnosti opterećene realnim teretom dodelili kmetovima. Nepokretnost koja je dodeljivana kmetovima bila je opterećena davanjima (deo roda svake godine) i činjenjima (obavezom da radi određen broj dana u godini za gospodara). Realni teret kojim je bila opterećena nepokretnost delovao je prema svakome ko je nepokretnost stekao od kmeta i bio je dužan da u celosti izvršava sadržaj tereta.⁹ Slični odnosi uspostavljeni su u srpskim krajevima za vreme turske vladavine. Tako, čivčija ili kmet nisu bili vezani za zemlju i mogli su se slobodno kretati. Pravo na zemlju kmeta bilo je ili stvarno “pripadalo je nasledno porodici uz protivnaku da zemlju obrađuje i daje hak tamo gde nije mogao biti krenut sa zemlje, čas obligaciono, običan zakup, na pr. on nema nikavo stvarno pravo na zemlju, a njega može po žetvi uvek krenuti aga, gospodar (čitluk – sahibija); sve to počivalo je na tradiciji, običaju i običajnom pravu”.¹⁰ Prvenstveno su nastali tereti na zemlji, a docnije u gradovima. Oni su se sastojali u davanjima radi izdržavanja plemića, sveštenika i održavanja crkve itd. U gradovima stvarni tereti nisu proizašli iz feudalnog prava gospodara nego kupovinom rente. Kupovina rente je pravni posao kojim je kupac vlasniku nepokretnosti plaćao iznos novca da bi na njegovoj nepokretnosti osnovao realni teret. Na osnovu toga svakodobni vlasnik te nepokretnosti morao je plaćati novčanu rentu imaocu realnog tereta.¹¹

⁷ “Službeni glasnik RS” br. 124/08, 58/09 i 95/11. Član 264. ZSP glasi: “Realni teret daje svom korisniku ograničeno stvarno pravo na nepokretnosti koju opterećuje ovlašćujući ga da mu se na teret njene vrijednosti periodično daju stvari ili čine radnje koje su sadržaj tog realnog tereta”.

⁸ Gavella N, Josipović T, Gliha I, Belaj V. i Stipković V., *n. d.*, str. 48.

⁹ *Isto*.

¹⁰ Nedeljković B., *Istorija baštinske svojine*, Beograd, 1936, str. 134.

¹¹ Gavella N, Josipović T, Gliha I, Belaj V. i Stipković V., *n. d.*, str. 48.

Kao feudalni institut realni teret je, posle revolucija u Evropi, u većini pravnih sistema napušten. Zbog toga FGZ-a ne reguliše realne terete. Švajcarski građanski zakonik je, ipak, realne terete regulisao odredbama čl. 782–792, a NGZ-a odredbama par. 1105–1112.

Na teritoriji Vojvodine na osnovu dozvole Zakonskog članka VII – 1980. neke su urbarske opštine zaključivale sa plemićkim vlasnikom ugovore o otkupu realnih tereta i pre 1948. Država je docnije te iznose otkupnina vratila opštinama. Neka zemljišta i davanja morali su urbarski posednici sami da otkupe. U slučajevima kada je država dala predujam za otkup vlasništva i davanja, novi vlasnik bio je obavezan da taj iznos u otplatama vrati u državnu blagajnu. Ovi iznosi su teretili zemljište koje je stekao novi vlasnik kao realni teret.¹²

RAZGRANIČENJE. PRAVNA PRIRODA

Pravo realnog tereta je stvarno pravo na tuđoj stvari isti kao i hipoteka i pravo službenosti. Realni teret i hipoteka nastaju tek upisom u katastar nepokretnosti. Zbog sličnosti ovih prava član 450. Nacrta Zakonika predviđa da se, u sumnji, smatra da je zasnovana hipoteka, a ne realni teret. Ipak, sličnost između realnog tereta i hipoteke je mnogo manja razika od njihovih međusovnih razlika.

Hipoteka je akcesorno pravo i služi obezbeđenju unapred određenog ili odredivog potraživanja (načelo specijalnosti hipoteke) kao celine (iz ugovora o kreditu, zajmu, prodaji s obročnim otplatama cene – glavno pravo) u novčanom iznosu. Realni teret je samostalno (glavno) pravo u kome su određena pojedinačna davanja i radnje (najčešće periodično), dok ukupan iznos davanja i radnji ne mora biti određen.

Hipoteka se osniva radi obezbeđenja celokupnog novčanog potraživanja poverioca prema tačno određenom dužniku (*ad personam*). Kod realnog tereta bitna je stvarna odgovornost – za davanja i činidbe odgovara svakodobni vlasnik opterećene nepokretnosti. Lična odgovornost prema poveriocu kod realnih tereta postoji samo u pogledu onih činidbi koje nije ispunio kao vlasnik opterećene nepokretnosti (i dok je bio njihov vlasnik).¹³ Vlasnik opterećene nepokretnosti, naime, duguje davanja i činjenja korisniku stvarnog tereta, koje su dospele u vreme kad je on bio vlasnik opterećene nepokretnosti. Za ispunjenje ovih davanja i činjenja on je dužnik iz obligacije za koju odgovara celokupnom svojom imovinom.¹⁴

¹² Piškulić Z., Đerđ I., *Osnovi privatnog prava u Vojvodini*, Geca Kon, Beograd 1924, str. 106.

¹³ Vid. član 252. ZVH-a i član 273. ZSP-a.

¹⁴ Rajačić Č., *n. d.*, str. 373; Kovačević K. R., Lazić M., *n. d.* str. 215.

Pravo realnih tereta i kada obezbeđuje novčano davanje – doživotnu rentu, odnosno doživotno izdržavanje (ne zna se, unapred, koliko dugo će primalac rente, ili izdržavanja živeti i kolike su ukupne obaveze vlasnika realnim teretom opterećene nepokretnosti) ne obezbeđuje unapred određena potraživanja u celini nego pojedinačna davanja i činjenja. Pravo realnog tereta može se osnivati i sa ciljem obezbeđenja davanja i činjenja vlasnika nepokretnosti, a to nije moguće hipotekom jer se njome obezbeđuje novčano potraživanje založnog poverioca.

Sličnost prava službenosti i prava realnog tereta proističe iz činjenice što su oba prava ograničena stvarna prava na tuđoj stvari. Osim toga pravo stvarnog tereta i pravo stvarne službenosti osnivaju se na nepokretnosti i, osim slučajeva kad nastaju na osnovu zakona, način sticanja je upis u zemljišni registar. Nijedno od ovih prava ne mogu se odvojiti od nepokretnosti na kome postoje i prenositi posebno, već samo zajedno sa opterećenom nepokretnosti. Pravo službenosti, međutim, obavezuje vlasnika poslužnog dobra na nečinjenje (na trpljenje i propuštanje), dok pravo realnog tereta obavezuje vlasnika opterećene nepokretnosti na pozitivno činjenje – da korisniku realnog tereta nešto daje ili čini radnje.¹⁵

Pravo realnog tereta je stvarno pravo na tuđoj stvari. Ono deluje prema svima (erga omnes) ali obuhvata i obligacioni odnos koji vezuje svakodobnog vlasnika opterećene nepokretnosti i korisnika realnog tereta.¹⁶ Prvi vlasnik nepokretnosti opterećene realnim teretom je tačno određen, a nije poznato da li će se promeniti vlasnik nepokretnosti i samim tim i dužnik. U ovom slučaju zakon je odredio subrogaciju u pogledu obaveze davanja i činjenja dužnika. Docniji sticalac nepokretnosti opterećen je realnim teretom – davanjem i činjenjem u istom obimu i na isti način kao i prethodni vlasnik nepokretnosti.

REALNI TERET U VAŽEĆEM PRAVU SRBIJE

Srpski građanski zakonik iz 1844, čija su se pravna pravila primenjivala u Srbiji, posle Drugog svetskog rata, na osnovu člana 4. Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. i za vreme neprijateljske okupacije,¹⁷ nije direktno regulisao realne terete, zbog čega su se oni retko osnivali u pravnom životu.

¹⁵ Gavella N., Josipović T., Gliha I., Belaj V. i Stipković V., *n. d.*, str. 61.

¹⁶ Stojanović D., *n. d.*, str. 197; Klarić P., Vedriš M., *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb 2009, str. 364.

¹⁷ “Službeni list FNRJ”, br. 86/46.

Član 60. Zakon o osnovama svojinskopравnih odnosa (ZOSPO)¹⁸ propisao je da se pravo stvarnog tereta uređuju zakonom. Stvarni tereti, međutim, posebnim zakonom nisu regulisani. Mogućnost osnivanja stvarnog tereta ugovorom omogućava Zakon o nasljeđivanju (ZON).¹⁹ Osnivanje realnog tereta najčešće se vrši ugovorom o ustupanju i raspodeli imovine za života, ako ovaj ugovor ima za predmet i nepokretne stvari. Član 188. stav 1. ZON-a propisuje da u ugovoru o ustupanju i raspodeli, “ustupilac može za sebe ili svog bračnog druga, ili za oboje, ili za kog drugog zadržati pravo uživanja na svim ili nekim ustupljenim dobrima, može ugovoriti doživotnu rentu u stvarima ili novcu, doživotno izdržavanje ili kakvu drugu naknadu”. Potomak, koji je na osnovu ugovora o ustupanju i raspodeli, postao vlasnik nepokretnosti, obavezan je da ispunjava pozitivne činidbe.²⁰ Činidbe vlasnika nepokretnosti mogu se ispoljavati u vidu doživotne novčane rente, davanjima u naturi ili obavljanju različitih radnji. Realni teret nastaje tek upisom u katastar nepokretnosti. Upis, prema tome, ima konstitutivni karakter. Vlasnik nepokretnosti koja je opterećena realnim teretom odgovara opterećenom nepokretnošću za činidbe koje duguje.

Realnim teretom može biti opterećena i nepokretnost davaoca izdržavanja u ugovoru o doživotnom izdržavanju, s tim što se potraživanja primaoca izdržavanja ne mogu preneti na drugoga (v. 194. i 200. ZON-a). U ovom slučaju realni teret je stvarnopravno obezbeđenje primaoca izdržavanja. Ovaj teret se može osnovati i drugim obligacionim ugovorima.²¹

Zaveštalac može jednu ili više stvari ili prava ostaviti nekom određenom ili odredivom licu, ili naložiti nasledniku da iz onoga što mu je ostavljeno izdržava neko lice ili, uopšte u njegovu korist nešto učini (član 141. stav 1. ZON). Realni teret će nastati u slučaju da je predmet legata nepokretnost i da je zaveštalac u testamentu odredio da se izdržavanje koje duguje dužnik legata obezbeđuje realnim teretom na nepokretnosti koja mu je testamentom ostavljena.

VRSTE REALNOG TERETA

Prema načinu određivanja korisnika realnog tereta, realni teret može biti predijalni (stvarni) ili lični teret. Ovu podelu realnog tereta usvojio je NGZ, ŠvZO, Predosnova GZKJ, ZV, ZSP i Nacrt Zakonika.

¹⁸ “Službeni list SFRJ”, br. 6/80 i 36/90, “Službeni list SRJ”, br. 29/96 i “Službeni glasnik RS”, br. 115/05 – drugi zakon.

¹⁹ “Službeni glasnik RS”, br. 46/95 i 101/03 – Odluka Ustavnog suda Srbije IU broj 358/95 od 25. septembra 2003.

²⁰ Kreč M., Pavić Đ., *Komentar Zakona o nasljeđivanju (sa sudskom praksom)*, Narodne novine, 1964, str. 384.

²¹ Kovačević K. R., Lazić M., *n. d.*, str. 214.

Predijalni (stvarni) teret ustanovljen u korist svakodobnog vlasnika povlasne nepokretnosti. On se ne može razdvojiti od svojine na povlasnoj nepokretnosti. To izričito propisuje paragraf 1110. NGZ "Realni teret ustanovljen u korist jednog vlasnika nepokretnosti ne može se odvojiti od vlasništva na toj nepokretnosti". Shodno tome, pravo predijalnog tereta ne može se preneti na drugo lice bez prenosa vlasništva na povlasnom zemljištu (v. paragraf 564. Predosnove GZKJ; član 256. stav 2. ZV; član 277. stav 2. ZSP i član 438. Nacrta Zakonika²²). Predijalni teret prenosiv je samo zajedno s povlasnom nepokretnošću, kao što se prenošenjem opterećene nepokretnosti na njoj prenosi teret. Korisnik realnog tereta je vlasnik povlasne nepokretnosti.

Povlasna nepokretnost može se podeliti ali se time ne može otežati položaj vlasnika opterećene nepokretnosti (par. 1109. stav 1. NGZ, par. 365. Predosnove GZKJ, čl. 257. stav 1. ZV i čl. 278. stav 2. ZSP). Ako se podeli povlasna nepokretnost, realni teret i dalje postoji u korist pojedinih delova, srazmerno veličini svakog dela ako su davanja i radnje deljivi. Ukoliko davanja i radnje nisu deljivi shodno se "primjenjuju pravila o nedeljivim obavezama" (član 257. stav 1. ZV i član 278. stav 1. ZSP). Sledom toga, u našem pravu i pravu Republike Srpske, na ovu pravnu situaciju primenjuju se odredbe člana 435. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima²³ (ZOO). Naime, u slučaju podele povlasne nepokretnosti, kad davanja i radnje nisu deljivi, a između vlasnika pojedinih delova povlasnog dobra nije ugovorena ni zakonom određena solidarnost, jedan poverilac može zahtevati da dužnik (vlasnik poslužnog dobra) njemu ispuni obavezu samo ako je ovlašćen od ostalih poverilaca da primi ispunjenje, a inače svaki poverilac može zahtevati od dužnika da obavezu ispuni svim poveriocima zajedno, ili da je položi sudu.

Paragraf 1109. stav 1. NGZ propisuje da se, u slučaju podele povlasnog dobra, udeli vlasnika posebnih delova na realnom teretu određuju prema veličini njihovih delova. Ako davanja i radnje nisu deljive "primenjuju se odredbe iz paragrafa 432." Prema odredbama par. 432. NGZ "Ako nekolicina može zahtevati nedeljivu činidbu, može dužnik, ukoliko oni nisu solidarni poverioci, činidbu ispuniti samo svima zajednički i svaki poverilac može zahtevati činidbu za sve. Svaki poverilac može zahtevati, da dužnik dugovanu stvar položi za sve poverioce ili, ako ona nije prikladna za polaganje, da je preda ostavoprimcu koga odredi sud".

²² Nacrt Zakonika reguliše pravo realnog tereta i deli ga na lični teret i stvarni teret. Pravo stvarnog tereta, prema odredbama člana 438. Nacrta nastaje "ako je zasnovano u korist svagdašnjeg vlasnika nepokretne stvari (povlasnog dobra), za potrebe tog dobra, za potrebe njegovog vlasnika ili nezvano za određene potrebe".

²³ "Službeni list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i "Službeni list SRJ", br. 31/93.

Personalni realni teret osniva se u korist određenog lica (*ad personam*). On se, međutim, “ne može vezati za pravo svojine na nepokretnosti” (paragraf 1111. stav 1. NGZ). Pravo iz realnog tereta osnovanog u korist nekog lica, a eventualno i njegovih nasljednika, ne može se prenositi sa ovlaštenog lica na drugo lice, ako zakonom nije drugačije određeno.²⁴

Kada je osnovan personalni realni teret korisnik stiče ograničeno stvarno pravo na opterećenoj nepokretnosti. Korisnik realnog tereta stiče ovlaštenje da zahteva od vlasnika opterećene nepokretnosti da mu se periodično daju stvari ili izvršavaju radnje koje su sadržaj tog realnog tereta.²⁵ Pravo iz realnog tereta, koji je osnovan u korist određenog lica, ne može se spojiti sa vlasništvom nekog zemljišta (član 563. stav 1. Predosnove GZKJ).

I kod personalnog realnog tereta činidbe (davanja i radnje) moraju poticati od opterećenog dobra, odnosno služiti za potrebe iskorišćavanja povlasnog dobra ili lične potebe korisnika tereta, ako je tako određeno aktom o zasnivanju prava realnog tereta (vidi paragraf 1105. stav 1. NGZ i član 441. Nacrta Zakonika).

Nepokretnost može biti opterećena realnim teretom u korist imaoaca prava građenja. Pravo građenja je ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu. Imalac ovog prava ovlašten je da na površini zemljišta ili ispod njene površine ima zgradu u svojini, što je vlasnik zemljišta dužan da trpi (v.: čl. 282, u vezi sa čl. 286. ZSP i član 440. Nacrta Zakonika). Pravo građenja osniva se radi pravnog odvajanja postojeće trajne zgrade od zemljišta, radi izgradnje takve zgrade koja bi bez prava građenja bila sastavni deo zemljišta. U oba slučaja imalac prava građenja će biti vlasnik zgrade, dok to pravo postoji.²⁶

S obzirom na način nastanka realni tereti mogu biti javnopravni i privatnopravni.

Javnopravni tereti nastaju na osnovu zakona iz domena javnog prava. Član 266. ZV propisuje da se javnopravni stvarni teret osniva zakonom ispunjenjem pretpostavki koje za to određuje zakon. Javnopravni teret se ne upisuje u zemljišni registar ako zakon koji osniva ovaj teret drukčije ne odredi. Ovi tereti su vladali u vreme feudalizma. Najznačajniji teret bio je teret naturalnog davanja kmeta vlasniku (feudalcu). Javnopravni realni tereti su u Evropi napušteni u većini zemalja krajem 19. veka. Ističe se da razna novčana davanja koja obavezuju vlasnike nepokretnosti, kao što su “zemljarina, kućarina, doprinos za asfalt, za kanalizaciju,

²⁴ Vid. član 259. ZVH-a i član 280. ZSP-a.

²⁵ Vidi čl. 259. stav 1. ZV i čl. 280. ZSP i član 437. Nacrta Zakonika.

²⁶ Simonetti P., *Prava na građevinskom zemljištu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2008, str. 484.

doprinos za vodne zadruge itd.”²⁷ nemaju obeležje javnopravnih realnih tereta ali da se na njih mogu “supsidijarno primjeniti izvjesna načela realnih tereta”.²⁸ Neki zakoni, nameću obaveze vlasniku nepokretnosti. One se mogu sastojati u obavezama plaćanja naknade za navodnjavanje i odvodnjavanje zemljišta ali preduzimanja određenih radnji. Zakon o vodama (ZOV)²⁹ propisuje da je vlasnik, odnosno korisnik vodnog zemljišta ili vodnog objekta na obali dužan da na delu na kome je vlasnik, odnosno korisnik: 1) učestvuje, po uputstvu javnog vodoprivrednog preduzeća, u izvođenju manjih radova na održavanju korita za veliku vodu, osim korita za malu vodu, radi sprečavanja erozije, odronjavanja obala ili smanjenja propusne moći korita za vodu; 2) ukloni sam ili učestvuje, po uputstvu javnog vodoprivrednog preduzeća, u uklanjanju iz korita vodotoka ili sa svog zemljišta predmete koji mogu narušiti vodni režim; 3) ukloni drvo iz korita bujičnog toka (član 135. ZOV).

Privarnopravni realni tereti nastaju na osnovu pravnog posla (ugovora ili testamenta) i odlukom suda. Oni ne mogu nastati direktno na osnovu zakona. Stoga ni zakonska dužnost izdržavanja između bračnih i vanbračnih drugova, roditelja i dece i ostalih srodnika, nije realni teret (dužnik izdržavanja ne mora imati nikakvu nepokretnost). Obaveza izdržavanja, po pravilu, obezbeđuje se založnim pravom, a ne realnim teretom.³⁰

SADRŽINA REALNOG TERETA. OPTEREĆENA NEPOKRETNOST

Sadržina realnog tereta ispoljava se u davanju i činjenju. Ona ne obuhvata prestacije nečinjenja ili trpljenja. Davanje i činjenje su prestacije koje duguje dužnik u obligaciji. Shodno tome, prestacije davanja i činjenja moraju biti moguće, dopuštene, određene ili odredive – član 46. Zakona o obliacionim odnosima³¹ (ZOO). Ako se prestacije davanja ne sastoje u davanju novčanog iznosa, potrebno je da se one mogu novčano izraziti. Davanja mogu biti novčana (u vidu rente) ili naturalna. Ukoliko je sadržina stvarnog tereta isplata rente, ona se plaća periodično i namenjena je izdržavanju korisnika rente. U skladu sa pravilima koja regulišu rentu i teretima javnog prava, činidbe moraju biti u skladu sa potrebama i u saglasnosti sa mogućnostima opterećenog zemljišta (član 782. stav 2. ŠvGZ).

²⁷ Piškulić Z., Đerđ I., *n. d.*, str. 106; Rajačić Č., *n. d.*, str. 375.

²⁸ *Isto.*

²⁹ “Službeni glasnik RS”, br. 30/2010.

³⁰ Rajačić Č., *n. d.*, str. 375.

³¹ “Službeni list SFRJ”, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i “Službeni list SRJ”, br. 31/93.

Radnja činjenja se određuje u iznosima rente da bi se, po pravilu, obezbedilo izdržavanje nekog lica doživotno ili na određeno (duže) vreme. Zbog toga bi visina rente trebalo da bude neprekidno srazmerna vrednosti nepokretnosti. U slučaju odstupanja primeniće se pravila koja važe za promenjene okolnosti (*clausula rebus sic stantibus*). Izuzetno radnja činjenja može biti jednokratna, ali redovno uz glavnu periodičnu činidbu – npr. sahrana uz prethodnu činidbu izdržavanja.³² Stoga se visina rente određuje u srazmeri sa svakodobnom vrednošću nepokretnosti. Za plaćanje rente lično odgovara svakodobni vlasnik opterećene nepokretnosti, u vreme kad je dospela za isplatu.³³ Naturalna davanja, takođe, moraju biti određena ili određiva. Osnov za njihovo određivanje jesu prihodi koji se mogu ostvariti sa opterećene nepokretnosti.

Radnja, koja je sadržaj realnog tereta, ne mora biti u vezi sa ekonomskom namenom opterećene nepokretnosti. Tako se radnja koju je dužan preduzimati vlasnik opterećene nepokretnosti, može sastojati u obrađivanju zemljišta, obavezi izdržavanja i negovanja u slučaju bolesti, sahrani korisnika realnog tereta, podizanju nadgrobnog spomenika itd.

Korisnik realnog tereta ovlašćen je da od svakodobnog vlasnika opterećene nepokretnosti zahteva ispunjenje sadržine realnog tereta – određena periodična davanja ili radnje (činjenja). On ima pravo i da vrednost neizvršene radnje naplati iz vrednosti opterećenog dobra (član 437. Nacrta Zakonika). Naime, davanja i radnje proističu i vezuju se za opterećenu nepokretnost (član 782. stav 1. ŠvGZ). Obavezno lice je uvek vlasnik nepokretnosti s obzirom da je realni teret stvarno pravo na tuđoj nepokretnosti.³⁴

Realnim teretom može biti opterećena jedan ili više nepokretnosti (u isključivoj svojini ili susvojini). Ako je nepokretnost opterećena realnim teretom on se prostire i na njene pripatke. Svakodobni vlasnik nepokretnosti, koja je opterećena realnim teretom, u obavezi je da korisniku tereta ispunjava sadržaj tereta, za što odgovara vrednošću opterećene nepokretnosti. Osnovna obaveza iz realnog tereta ne zastareva, dok pojedinačne obaveze zastarevaju.³⁵

Predmet realnog tereta je nepokretnost koja je podobna da bude predmet hipoteke, a i zajedno više takvih nepokretnosti (čl. 247. st. 1. ZV i čl. 269. st. 1. ZSP). Naime, vlasnik opterećene nepokretnosti odgovara za davanja i činjenja

³² Klarić P., Vedriš M., *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb 2009, str. 363.

³³ Rajačić Č., *n. d.*, str. 374.

³⁴ Rakić V., Realni tereti, odrednica u *Enciklopediji imovinskog prava i prava udruženog rada - tom drugi*, "Službeni list SFRJ, Beograd 1978, str. 1271.

³⁵ Rajačić Č., *n. d.*, str. 376. Prema odredbama čl. 252. stav 3. i čl. 273. stav 3. ZSP-a pojedinačne obaveze davanja i činjenja zastarevaju za tri godine od dospeća svake pojedine obaveze.

tom nepokretnošću. Realni teret može se zasnovati samo na nepokretnosti koja se može unovčiti. Ako je realnim teretom opterećena nepokretnost kao glavna stvar opterećeni su svi njeni pripaci. Kada je realnim teretom opterećeno više nepokretnosti opravdano se ističe da se na te pravne situacije primenjuju odredbe o simultanoj hipoteci, ako prilikom osnivanja realnog tereta nije određen drugi način ili redosled namirenja iz više nepokretnosti.³⁶

Predmet realnog tereta može biti i suvlasnički deo nepokretnosti i nepokretnost u zajedničkoj svojini. Najčešće se realni teret osniva na zemljištu ali predmet realnog tereta mogu biti zgrade i drugi objekti, stanovi kao posebni delovi zgrade, poslovne prostorije i ostale nepokretnosti.

STICANJE REALNOG TERETA

Realni teret je stvarno pravo te je za njegovo sticanje nužno da se ostvare pretpostavke u pogledu osnova sticanja i načina sticanja. Osnovi sticanja realnog tereta mogu biti: pravni posao, odluka državnog organa i zakon.

Zakonom se osnivaju javnopravni realni tereti ako su se za to stekle pretpostavke za njihov nastanak. "Realni tereti javnog prava su, osim u slučaju drukčijeg raspolaganja, oslobođeni upisa. Kada zakon ne daje poveriocu pravo da osnuje realni teret, ovaj se uspostavlja samo upisom" (član 784. ŠvZO).

Pravni posao je najčešći osnov sticanja realnog tereta i može se ispoljiti kao ugovor ili testament. Na osnovu pravnog posla realni teret se osniva njegovim izvođenjem iz prava svojine na nepokretnosti koja se njim opterećuje. Realni teret može biti osnovan samostalnim ugovorom ili akcesornim ugovorom koji je sastavni deo samostalnog ugovora. Akcesorni ugovor se unosi u samostalni ugovor u vidu jedne ili više klauzula koje imaju za cilj da osnivanjem realnog tereta obezbede ispunjenje davanja ili činjenja iz samostalnog ugovora. Realni teret se može osnovati ugovorom o ustupanju i raspodeli imovine za života (član 188. stav 1. ZON) ili predvideti testamentom. Ako je predak za sebe, za svog bračnog druga ili za oboje, zadržao pravo održavanja ili neka druga periodična davanja, koja proističu iz nepokretnosti, koju je predak potomcima preneo u svojinu, nastao je realni teret. Ova vrsta realnog tereta naziva se i pridržaj i preživitak (*reservatum rusticum*).³⁷

³⁶ Hašić E., u delu: Babić I., Medić D., Hašić E., Povelakić M., Velić L., *Komentar Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske*, Privredna štampa 2011, str. 659.

³⁷ Klarić P., Vedriš M., *n. d.*, str. 366; Rajačić Č., *n. d.*, str. 375.

Testamentom (jednostranim pravnim poslom) može biti naloženo nasledniku ili legataru da iz stvari ili prava koja su ostavljena nasledniku ili legataru izdržava legatara odnosno podlegatara ili vrši neka periodična davanja odnosno preduzima određene radnje (član 141. stav 1. ZON).

Ako jedan suvlasnik osniva realni teret za to mu je potrebna saglasnost ostalih suvlasnika s obzirom da je osnivanje realnog tereta posao koji prelazi okvire redovnog poslovanja.³⁸ Takođe, ukoliko se realni teret osniva na zajedničkoj nepokretnosti potrebna je saglasnost svih zajedničara.

Sud može osnovati realni teret rešenjem o deobi, u ostavinskom postupku i drugim slučajevima određenim zakonom. U postupku za raspravljanje zaostavštine svi naslednici mogu predložiti deobu i način deobe, te i osnivanje realnog tereta u korist nekog od naslednika, a na teret svakodobnog vlasnika određene nepokretnosti. Sud će taj sporazum uneti u rešenje o nasleđivanju (član 122. stav 3. ZOVP).

U toku postupka deobe zajedničke nepokretne stvari zajedničari mogu postući poravnanje kojim će urediti ili predvideti stvarne terete na podeljenim nepokretnostima (v.; član 152. ZOVP). I kada nije postignuto poravnanje između zajedničara sud će rešenjem o deobi odlučiti i o vršenju realnog tereta na poslužnom dobru u korist svakodobnog vlasnika povlasnog dobra odnosno određenog korisnika (v.; član 154. stav 2. ZOVP). Način sticanja privatnopravnog tereta je upis u katastar nepokretnosti (čl. 75 i 77. Zakona o državnom premeru i katastru).³⁹

Član 447. stav 1. Nacrta Zakonika predviđa da se “pravo realnog tereta stiče upisom u javnom registru na osnovu punovažnog, pisanog, od nadležnog organa overenog ugovora sa vlasnikom opterećenog dobra, i punovažne, izričite, pisane i od nadležnog organa overene izjave vlasnika opterećenog dobra o dozvoli upisa”. Ove odredbe, prema tome, ne predviđaju osnivanje realnog tereta testamentom jer ima u vidu samo ugovor. Vođen slobodom testiranja zaveštalac je ovlašćen da nasledniku ili legataru naloži i realni teret u korist legatara ili podlegatara. Stoga bi, u ovom članu Nacrta Zakonika, umesto izraza “ugovor” trebalo usvojiti izraz “pravni posao”. Pretpostavke za punovažnost testamenta i za upis u katastar nepokretnosti ne može, u tom slučaju, propisivati zakon koji reguliše stvarna prava, nego Zakon o nasleđivanju.

ZAŠTITA, PRESTANAK I UKIDANJE REALNIH TERETA

Korisnik realnog tereta ima pravo da tužbom podnesenom osnovnom sudu zahteva da se prema vlasniku opterećene nepokretnosti utvrdi postojanje realnog

³⁸ Klarić P, Vedriš M., *n. d.* str. 365. Vidi suprotan stav: Hašić E., *n. d.*, str.653.

³⁹ “Službeni glasnik RS”, br. 72/09.

tereta. Istom ili odvojenom tužbom korisnik realnog tereta može zahtevati ostvarenje prava na davanje ili činjenje. Ako treće lice ometa ili sprečava korisnika u izvršavanju realnog tereta, on ima pravo tužbom da zahteva da to ometanje ili sprečavanje prestane (*actio negatoria*).

Radi zaštite dospelog pojedinačnog davanja i činjenja, korisnik realnog tereta ima pravo da zahteva od lica koje je dužnik davanja i činjenja, ispunjenje dospelog, a neispunjenog davanja i činjenja ili plaćanje novčane protivvrednosti. Za ispunjenje pojedinačne obaveze davanja ili činjenja odgovara svom svojom imovinom lice koje je vlasnik opterećene nepokretnosti u vreme dospeća obaveze. Odgovornost tog lica za dospele obaveze ne prestaje sa prestankom njegovog prava svojine na opterećenoj nepokretnosti.⁴⁰ Dok je realni teret nezastariv, pojedinačne obaveze davanja i činjenja zastarevaju za tri godine od dospeća svake pojedine obaveze.⁴¹ Naime, "svaka činidba postaje lični dug istekom tri godine posle dospeća i prestaje da bude obezbeđena nepokretnošću" (član 791. stav 2. ŠvZO).

Realni teret prestaje, isto kao i druga stvarna prava na nepokretnosti, njegovim brisanjem u zemljišnom registru. Tako je član 786. ŠvGZ propisao da: "Stvarni teret se gasi brisanjem upisa i potpunom propašću opterećene nepokretnosti. Odricanje, otkup i drugi slučajevi gašenja i potpuni gubitak opterećene nepokretnosti daju vlasniku opterećene nepokretnosti pravo da zahteva brisanje stvarnog tereta".

Brisanje realnog tereta može se zahtevati zbog: 1) propasti ili stavljanja van prometa opterećene ili povlasne nepokretnosti, 2) odricanja korisnika tereta, 3) istekom vremena na koje je bio osnovan ili ispunjenjem raskidnog uslova pod kojim je bio osnovan, 4) odlukom suda i 5) smrću lica u čiju je korist osnovan, ako realni teret nije izričito osnovan i za njegove naslednike.⁴²

Vlasnik opterećene nepokretnosti može zahtevati da sud donese odluku o ukidanju realnog tereta. Sud će doneti odluku o ukidanju realnog tereta ako on izgubi svoju svrhu, bez obzira na pravni osnov o njegovom osnivanju. Javnopravni stvarni teret sud nije ovlašćen da ukine, izuzev ako je to zakon izričito propisao.⁴³

⁴⁰ Vidi član 253. ZVH-a, član 274. ZSP-a Rajačić Č., *n. d.*, str. 376; Gavella N, Josipović T, Gliha I, Belaj V. i Stipković V., *n. d.*, str. 70. i 71.

⁴¹ Član 252. stav 3. ZV i član 273. stav 3. ZSP.

⁴² Rajačić Č., *n. d.*, str. 375; Gavella N, Josipović T, Gliha I, Belaj V. i Stipković V., *n. d.*, str. 58. i 59; Kovačević K. R, Lazić M., *n. d.* str. 217; član 278. stav 3. ZV; član 284. stav 2. tačka đ); član 449. stav 1, a u vezi sa članom 446. stav 2. Nacrta Zakonika.

⁴³ Član 276. st. 4. ZV

Ako je realni teret ustanovljen u korist određenog lica (personalni realni teret), a korisnik tereta nije poznat ili je njegovo prebivalište ili boravište nepoznato, vlasnik opterećenog zemljišta može predložiti, da sud po postupku, propisanim za amortizaciju hipoteka, donese odluku da realni teret prestaje (vidi par. 570. Predosnove GZKJ i član 52. Zakona o hipoteci⁴⁴).

ILIJA BABIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of European Legal
and Political Studies, Novi Sad
“Singidunum” University

PRAEDIAL (PROPERTY) ENCUMBRANCE

Summary

Praedial encumbrance is a property right that burdens any owner of the property and binds them to periodically give objects to or do actions that are matter of that property encumbrance for an encumbrance holder. Roman law did not recognize praedial encumbrance for it excluded the possibility for the property right over other person's property to bind the owner of that property to give or act. The praedial encumbrance originated in feudalism, but was abandoned in most European countries after a series of revolutions.

In Serbia, the possibility of establishing property encumbrance is enabled by Article 60 of the Law on Basis of Ownership and Proprietary Relations and the Law on Inheritance. Praedial encumbrance can be property or personal encumbrance, public or private, or established in favour of the holder of the right to build. Matter of property encumbrance can be manifested in giving or acting (does not include the omission or sufferance). Subject of property encumbrance can be a property also eligible for mortgage. Bases of acquisition of praedial encumbrance are: legal transaction, state authority's decision and law. Praedial encumbrance is acquired based on a legal transaction and by registration into the Land Register. Court can establish property encumbrance by an order to share out succession in a probate process and other cases determined by law. Public praedial encumbrance is established if the requirements for it determined by law are fulfilled.

If praedial encumbrance is established by registration into a public register, it ceases when stricken off the register.

⁴⁴ “Službeni glasnik RS”115/05

DUŠKO MEDIĆ

DRŽAVINA NASLJEDNIKA U PRAVU REPUBLIKE SRPSKE

U V O D

U društvenim odnosima regulisanim pravom državina (posjed)¹ nesumnjivo igra veoma značajnu ulogu. Ona je jedan od najstarijih (i najspornijih) instituta građanskog prava. Državina je onaj društveni odnos koji pravni poredak određuje svojim normama, pravno relevantan socijalni odnos. Samo oni odnosi faktičke vlasti, faktičkog pripadanja, koji imaju specifična svojstva po kojima ih pojedini pravni poredak kvalifikuje kao državinu, po kriterijumu koji je sam za to postavio jesu državina, dok ostali to nisu.²

Složen je odnos prava i državine. Pravna nauka se dosta bavila pitanjem prirode državine izražene dilemom da li je državina činjenica ili pravo,³ a prevla-

Prof. dr Duško Medić, sudija Ustavnog suda Republike Srpske.

¹ O jezičkim nedosljednostima u imenovanju pojma – državina ili posjed v. D. Čelić, Pojam i zaštita državine, magistarska teza, Univerzitet u Prištini, Pravni fakultet, Kosovska Mitrovica, 2010, str. 6–11.

² N. Gavella, Posjed stvari i prava, Zagreb, 1990, str. 5.

³ Šire o tome: R. Paund, *Jurisprudencija*, knjiga III, Beograd, Podgorica, 2000, str. 44–47; G. Niketić, “O pravnome karakteru državine”, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1–2/06, str. 689–706; P. Radošević, “Pravna priroda posjeda”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 2–3/09, str. 345–349.

dava mišljenje da se ipak radi o činjenici koja je pravno relevantna.⁴ Državina je faktičko stanje zaštićeno pravom.⁵ Ona ulazi u pravnu sferu, ali nije pravo.⁶ Zbog toga nije od značaja ima li faktička vlast nekog lica pravnu osnovu ili ne. Državine bez pravnog osnova, u principu, nije dopušteno, ali pod određenim uslovima može da bude pravno relevantno.

Pravo posmatra državinu odvojeno od prava na državinu.⁷ To ne znači da je državina nezavisna od prava. Ona više pripada svijetu pravnog nego činjeničnog i zato je uvijek aktuelan interes pravne nauke za ovaj institut. Pravo stvara državinu. Jedno čisto faktičko stanje smatra se, bar privremeno, kao pravno stanje i stavlja se pod pravnu zaštitu.⁸

Proučavanje državine je interesantno, jer se kroz državinu prožima stvarno, faktičko stanje sa pravnim stanjem.⁹ Razumljivo je da pravni poredak želi da državinu uskladi s pravom. Nema sumnje da ona služi njegovim ciljevima, a često se i pretvara u pravo. Iako nije pravo, državina proizvodi značajne pravne posljedice i podloga je za sticanje pojedinih stvarnih prava.¹⁰

Zakon o stvarnim pravima (ZSP), kojim je izvršena kodifikacija stvarnog prava u Republici Srpskoj,¹¹ prihvatio je objektivnu (germansku) koncepciju državine,¹² zahvaljujući kojoj je proširen krug lica koja uživaju državinsku za-

⁴ Problem pravne prirode državine uvijek je aktuelan i izaziva mnogobrojne diskusije. Brojnija grupa teoretičara smatra da je državina faktički odnos, činjenica koja postoji izvan prava (npr. Randa, Dernburg, itd.), dok drugi državinu shvaćaju kao pravo (npr. Han, Jering i dr.). Osim ove dvije oprečne, suprotstavljene teorije, postoji i treća po kojoj je državina istovremeno i činjenica i pravo. Najpoznatiji predstavnik te teorije bio je Savinji. Prema Savinjiju državina je u suštini fakat, ali kako pravo za nju veže posljedice, ona je ujedno i fakat i pravo. Vidi: F. C. Savigny, *Das Recht des Besitzes*, VII izdanje, Wien, 1865, str. 43. Pravni teoretičari sa prostora bivše SFRJ, uglavnom, državinu shvaćaju kao fakat i naglašavaju faktičku prirodu državine (Spaić, Krneta, Gams, Rajačić, Vedriš, Gavella, Stanković itd.).

⁵ Ni istaknuti pravni teoretičari koji su se bavili fenomenom državine, počev od Savinjija, Vinšajda, Jeringa, Rande i drugih, nisu našli univerzalnu definiciju koja je svugdje prihvaćena.

⁶ Č. Rajačić, *Stvarno pravo*, skripta, Zagreb, 1956, str. 8.

⁷ Pravo na državinu postoji kada određeno subjektivno pravo sadrži u sebi i pravno ovlašćenje na državinu stvari.

⁸ L. Marković, "O pojmu državine", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1–2/06, str. 588.

⁹ D. Lazarević, *Državina, pojam, oblici i zaštita*, Prvo izdanje, Beograd, 2010, str. 11.

¹⁰ Ovo je akvizicijska funkcija državine.

¹¹ "Službeni glasnik RS" br. 124/08, 58/09 i 95/11.

¹² O koncepcijama državine šire: M. Živanović, *Posed prava i njegove kontraverze*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjaluci, V, Banja Luka, 1981, str. 201–206.

štitu.¹³ Objektivna koncepcija polazi od realne, vidljive slike odnosa u društvu i kao državinu uzima sve ono što na to liči izvana. Volja kao unutrašnji, subjektivni element nije spolja vidljiva činjenica i ne smatra se konstitutivnim elementom državine. No, ni ovdje se volja ne može potpuno zanemariti¹⁴, jer je državina i jedna vrsta socijalnog odnosa. Jasno je da bez voljnog čina, očitovanja opšte, prirodne, društveno relevantne volje, nema ni faktičke vlasti na nekoj stvari u odnosu na druga lica.^{15,16} Volja je sadržana u samom pojmu faktičke vlasti.¹⁷ Nezamisliva je faktička vlast bez odgovarajuće volje za držanjem stvari.¹⁸ Nema državine bez volje subjekta za takvim držanjem.¹⁹ Niko ne može postati držalac stvari protivno svojoj volji. Pri tome, nije od značaja razumije li držalac tačno značenje pojma državina i shvaća li kakve se pretpostavke za to traže. Bitno je samo da to lice želi da drži neku stvar u svojoj faktičkoj vlasti i da je to držanje takvog karaktera da se priznaje kao državina. Voljni elemenat jedino ne mora biti kod tzv. nasljedničke državine, jer se ona priznaje određenom titularu na osnovu zakona u trenutku smrti ostavitelja. Samo nasljednikova državina može da postoji i bez njegove volje.²⁰

U slučaju da se stvari iz ostavinske mase nalaze kod nasljednika, nasljednik nije držalac prava nasljeđa, nego je držalac stvari koje se kod njega nalaze.²¹

¹³ Vidi: P. Radošević, *Građa posjedovnog odnosa kod objektivno koncipiranog posjeda*, magistarski rad, Zagreb, 2007.

¹⁴ Mehanički odnos lica prema stvari ne uživa pravnu zaštitu.

¹⁵ V. Flegar, *Posjed i njegova zaštita*, *Zakonitost*, br. 9-10/90, str. 1135.

¹⁶ I sudska praksa se o tome izjasnila: "Državina stvari je faktička vlast na stvari i nije potrebna volja držaoca da stvar drži kao svoju. Ipak, državina se sastoji u ostvarivanju nekog interesa, ekonomskog ili drugog, pa je stoga za postojanje državine stvari potrebna opšta, prirodna volja držaoca da stvar drži radi ostvarivanja tog interesa" – Savezni sud, Gzs-33/94, u T. Krsmanović i M. Krvavica, *Sudska praksa iz oblasti stvarnog prava sa prečišćenim tekstom Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa*, Beograd, 1999, str. 159–160.

¹⁷ Državinska svijest je početni stadijum u razvoju državinske volje. Kod koga nema državinske svijesti, on ne može postati držalac. Vidi: A. Randa, *Der Besitz nach osterreichischem Rechte*, IV izdanje, Lepizig, 1895, str. 455.

¹⁸ G. Popadić, "Smetanje posjeda", u Zborniku radova "II savjetovanje iz građanske oblasti u Bosni i Hercegovini, Jahorina, 18–20. oktobar 2007, str. 9.

¹⁹ O tome šire: P. Radošević, "Posjedovna volja", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 29, br. 2/08, str. 1131–1132.

²⁰ N. Gavella, O posjedu s obzirom na uređenje koje je uspostavio ZOVO, *Naša zakonitost*, br. 4/81, str. 54.

²¹ V. Vukčević, *Smetanje poseda (doktorska teza)*, Novi Sad, 1974, str. 75. Vid. B. Vizner, *Posjed nasljednika po našem novom Zakonu o osnovnim vlasničko pravnim odnosima*, *Pravni život*, br. 5/80, str. 48.

NASLJEĐIVANJE DRŽAVINE

Sve do donošenja Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima (ZOS-PO-a) bivše SFRJ²² naše pravo nije poznavalo nasljeđivanje državine, smatrajući da je to u suprotnosti s njenom prirodom.²³ Rimsko pravo i građanski zakoniciradeni pod njegovim uticajem ovu vrstu državine nisu poznavali. U rimskom pravu važno je pravilo: "Kad smo postavljeni za nasljednika tada prihvatanjem nasljedstva na nas prelaze sva prava, ipak državina, ako je fizički ne primimo, nama ne pripada".

Državina nasljednika prvi put je prihvaćena u Njemačkom građanskom zakoniku²⁴, a kasnije nalazi svoje mjesto i u Švajcarskom, Grčkom, Italijanskom i mnogim drugim građanskim zakonicima.²⁵ Za pravnu teoriju priznavanje državine nasljedniku i prije nego što je stekao faktičku vlast na stvari otvorilo je polje naučnoj fantastici kao što je pronalaženje "idealne i spiritualizovane državine (bez faktičke vlasti)".²⁶ U takvom slučaju ovaj oblik državine se ponaša kao pravo,²⁷ jer na nasljednika prelaze sva dejstva koja proizlaze iz državinskog stanja ostavitelja.

²² "Službeni list SFRJ" br. 6/80.

²³ Sudska praksa je u tom periodu ipak, u određenim slučajevima, štitila državinu nasljednika (vidi rješenje Okružnog suda Zagreb Gž-3612/76 od 7.9.1975, Pregled sudske prakse, Prilog Naše zakonitosti, br. 10/77, odluka br.56), mada, u principu, nasljednik nije uživao državinsku zaštitu ako nije i efektivno stupio u državinu.

²⁴ To je uvedeno u ovaj zakonik pod uticajem srednjovjekovnog germanskog prava (gewere).

²⁵ Njemački građanski zakonik u paragrafu 857 propisuje: "Državina prelazi na nasljednika", ne spominjući trenutak sticanja faktičke vlasti. U njemačkoj praksi i teoriji nije sporno da se prelazak imovine na nasljednika i sticanje faktičke vlasti često ne podudaraju. Austrijski građanski zakonik predviđa da se nasljeđivanjem, zakonskim ili testamentalnim, kao ni na osnovu ugovora, ne može pribaviti državina. Paragrafom 320 regulisano je da se "punovažnim pravnim osnovom dobija samo pravo na državinu, ali ne i sama državina". Da bi stekao državinu potreban je akt koji je neophodan uslov za sticanje. Austrijsko pravo predviđa da zaostavština prelazi na nasljednike tek prihvatom nasljeđa, pa i državina na nasljednike prelazi u tom momentu. Od delacije do prihvatanja nasljeđa nasljednik nije držalac stvari i prava ostavitelja i u ovom periodu ne uživa državinsku zaštitu. Grčki građanski zakonik u članu 983 propisuje da državina prelazi na nasljednike, a prema Italijanskom građanskom zakoniku (član 1146) državina se nasljeđuje, a njeno dejstvo nastupa momentom otvaranja nasljeđa. O nasljeđivanju državine u austrijskom i njemačkom pravu vid. S. Krneta, Pribavljanje posjeda putem nasljeđivanja, Godišnjak Pravnog fakulteta Sarajevo, br. VII/59, str. 133–142.

²⁶ M. Vedriš i P. Klarić, Građansko pravo, Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo, osmo izmijenjeno izdanje, Zagreb, 2004, str. 196. Vidi i A. Raspor, "Posjed i zaštita posjeda po Zakonu o vlasničkopravnim odnosima i sudskoj praksi", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 1–2/81, str. 98–99.

²⁷ D. Stojanović i D. Pop-Georgiev, *Komentar Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima*, Beograd, 1980, str. 166.

Nasljeđivanje državine znači postupanje sa državinom kao s pravom i relativizovanje shvatanja o činjeničnoj prirodi državine. To je uticalo na stav teorije u tom smislu da neki autori državinu posmatraju kao subjektivno pravo, a drugi kao čisto faktički odnos.²⁸ ZSP propisuje da nasljednik postaje držalac u trenutku smrti ostavitelja, bez obzira na to kada je stekao faktičku vlast na stvari.²⁹ On je držalac i kada ne zna da je postao nasljednik.

Nasljednička državina može nastati i bez volje nasljednika,³⁰ u slučajevima kada on za to ni ne zna, pa čak i kada ju ne želi. Za nasljedničku državinu se ne traži prostorna veza između nasljednika i stvari i(li) prava koja su bili u državini ostavitelja, a na kojima on produžava državinu.³¹ U ovom slučaju je potpuno zaobidena faktička priroda državine, a to je istovremeno i dokaz da je pravno oblikovanje državine realan odraz konkretnih praktičnih potreba.³² Po prirodi stvari nasljeđivanje državine kao faktičke vlasti nije moguće (*contradictio in adjecto*), jer je državina takvo stanje koje se uvijek iznova pribavlja. Stoga se kod ove državine radi o zakonskoj (neoborivoj) fikciji. Fiktivno stanje kod nasljedničke državine traje sve dok nasljednik ne počne sa vršenjem faktičke vlasti na stvari. Kada se ovo desi, ta državina postaje kao i svaka druga efektivna državina (neposredna, posredna, sudržavina, državina prava itd).³³ Smisao postojanja državine nasljednika je u tome da se izbjegne vakuum u državini i ona je u funkciji održavanja kontinuiteta ostaviteljeve državine.³⁴

²⁸ D. Stojanović, *Stvarno pravo*, osmo, izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 1991, str. 28.

²⁹ Član 311 st. 1 ZSP-a. Identična je bila i odredba člana 73 ZOSPO-a. I sudska praksa je u ovom pogledu bila jedinstvena: "Svaki nasljednik postaje i držalac u trenutku smrti ostavioca, bez obzira na to kada je stekao faktičku vlast na stvari" – Viši sud u Novom Sadu, Gž-2372/80, u T. Ralčić, *Pravni instituti, propisi i sudska praksa i oblasti svojinskih odnosa Beograd*, 1983, str. 232. "Pravilno je prvostepeni sud primijenio odredbu člana 73. ZOVO zaključivši da je nakon ostaviteljeve smrti, koji je do časa smrti bio posjednik sporne čestice, to postao i tuženi u trenutku ostaviteljeve smrti, bez obzira na to kada je stekao faktičku vlast nad istom česticom. To zbog toga što prema navedenoj odredbi zakona nasljednik postaje posjednik u trenutku smrti ostavioca, bez obzira na to kada je stekao faktičku vlast na stvari" – Okružni sud Zagreb, Gž-5125/81, od 25.8.1981, u A. Eterović, *Smetanje posjeda u sudskoj praksi*, Sarajevo, 1989, str. 89.

³⁰ Samo nasljednikova državina može nastati bez njegove volje.

³¹ D. Lazarević, "Nasljednička državina", *Pravni život*, br. 10/02, str. 159.

³² S. Krneta, *Određnica Posjed*, u Enciklopediji imovinskog prava i prava udruženog rada, Tom drugi, Beograd, 1978, str. 1027.

³³ O tome: R. Kovačević-Kuštrimović i M. Lazić, *Stvarno pravo*, Niš, 2006, str. 54; V. Vukčević, op. cit., str. 75.

³⁴ Z. Rašović, *Stvarno pravo*, Podgorica, 2002, str. 58.

Državina nasljednika je najočigledniji “instrument” kontinuitetne funkcije državine.³⁵ Ranije je sudska praksa u pogledu nekretnina bila kolebljiva, ali je ipak prevladao stav da smrću na nasljednike prelazi i državina nekretnina i da im stoga i u tom slučaju pripada državinska zaštita.³⁶ Pružanje zaštite u slučajevima nasljedničke državine je veoma složeno i u praksi može da izazove dosta dilema kada se ima u vidu skučenost zakonske odredbe koja to propisuje. Zbog toga u pogledu mnogih aspekata ove specifične državine sudska praksa tek treba da se definitivno izjasni. Državina nasljednika nastaje na osnovu pravne norme i njome se daje ovlašćenje nasljedniku da nastavi držanje stvari i prava koje je ostavitelj imao u trenutku smrti, kao i pravo na državinsku zaštitu, iako on stvarno nije postao držalac. Pored izuzetka da lice koje po osnovu radnog ili sličnog odnosa ili u domaćinstvu vrši faktičku vlast na stvari odnosno pravu stvarne službenosti za drugo lice i koje je dužno postupati po uputama tog drugog lica nema državinu (pomoćnik u državini),³⁷ to je drugi mogući izuzetak od načelne odredbe prema kojoj državinu stvari ima svako lice koje neposredno ili posredno vrši faktičku vlast na stvari. Ovim se pojačava pravna zaštita nasljednika uopšte. Nasljednik će nastojati da svoju državinu pretvori u efektivnu i da na stvarima i pravima ostavitelja uspostavi svoju faktičku vlast. On za tako nešto nije dužan da traži bilo kakvo posebno odobrenje od suda.³⁸

U našem pravu trenutak otvaranja nasljeđa i trenutak prelaska zaostavštine na nasljednike se poklapaju.³⁹ Nasljednik ne mora da čeka donošenje ostavinskog rješenja o uručenju stvari koje predstavljaju zaostavštinu. On ima potpunu slobodu da odluči kada će početi sa vršenjem faktičke vlasti na naslijeđenim stvarima. Ova konstrukcija državine omogućava da se nasljedniku pruži brza i pravovremena zaštita, te da se sačuva integritet državinskog stanja ostavitelja⁴⁰ od mogućih samovlasnih smetanja državine od strane trećih lica u onom intervalu između trenutka ostaviteljeve smrti i faktičkog stupanja u državinu naslijeđene stvari od strane nasljednika.⁴¹

³⁵ D. Čelić, op. cit., str. 92.

³⁶ M. Žuvela, Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Zagreb, 1987, str. 346.

³⁷ Član 306. ZSP.

³⁸ D. Popov, “Državina nasljednika”, *Pravni život*, br. 10/02, str. 152.

³⁹ Član 23 stav 5 ZSP-a i članovi 146 i 153 Zakona o nasljeđivanju – ZON (Službeni glasnik RS br. 1/09).

⁴⁰ S. Krneta, “Pribavljanje posjeda putem nasljeđivanja”, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 1959, str. 133.

⁴¹ B. Vizner, *Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima*, Zagreb, 1980, str. 484.

Nasljednik uživa zaštitu od uznemiravanja ili oduzimanja državine. U sa-
moj parnici predmet dokazivanja bi bilo tužiteljevo svojstvo nasljednika, posljed-
nje stanje državine koju je imao ostavitelj⁴² i nastali čin smetanja.

Lapidarnost pomenute odredbe suočila je praktičare sa mnogim složenim
pitanjima koja se javljaju u takvim parnicama. Prilikom razmatranja ovog kom-
pleksnog instituta može da se pojavi više dilema i nedoumica. Prije svega, postav-
lja se pitanje koji nasljednik u trenutku smrti ostavitelja postaje držalac, odnosno
da li to postaje samo zakonski, samo testamentalni ili pak i jedan i drugi nasljed-
nik. Mišljenja smo da nema nikakve sumnje da se i jedan i drugi podrazumijeva-
ju pod pojmom nasljednik,⁴³ kao što je nasljednik i nužni nasljednik koji je po-
zvan na nasljeđe.⁴⁴

Sunasljednici stiču sudržavinu bez obzira na to što, eventualno, samo jedan
od njih ima faktičku vlast nad stvari. U slučaju kada nema nasljednika i kada osta-
vina postaje svojina Republike Srpske,⁴⁵ može se postaviti pitanje da li u trenutku
delacije Republika Srpska postaje držalac. Smatramo da Republici Srpskoj, tako-
đe, treba priznati ovaj status, jer se u takvim slučajevima radi o univerzalnoj suk-
cesiji i na ovaj zaključak upućuje seriozna, a posebno logička i teleološka inter-
pretacija odredaba zakona. Naime, Republika Srpska u pogledu zaostavštine tada
ima isti nasljednopravni položaj kao i bilo koji drugi nasljednik, pa nema sumnje
da joj treba priznati i status držaoca. Naredno pitanje koje se može postaviti je za
kojeg se nasljednika u državinskoj parnici može smatrati da je postao držalac.

Pri tome, može da se radi o pravosnažno utvrđenom, prejudicijelno utvrđe-
nom ili svakom pretpostavljenom. Smatramo da se nasljednikom ne može sma-
trati samo ono lice za koje je to pravosnažno utvrđeno. Pravosnažna sudska odlu-
ka nije uslov da bi nasljednik stekao svojstvo stranke u ovoj parnici. Vidjeli smo
da zaostavština po sili zakona prelazi na nasljednike u momentu delacije.

Dakle, to je momenat kada se ipso iure postaje nasljednikom, a ne mome-
nat pravosnažnosti rješenja o nasljeđivanju, jer to rješenje ima samo deklaratorni

⁴² Ako se državinska zaštita ne bi mogla pružiti predniku, tada se ne može pružiti ni njego-
vim nasljednicima.

⁴³ Članom 5 ZON-a propisano je da se može naslijediti na osnovu zakona i testamenta.

⁴⁴ Ovako je i u pravu Republike Hrvatske: "Više nasljednika, bez obzira na to jesu li lič-
no stekli faktičku vlast na stvari, postaju suposjednici u trenutku smrti svoga prednika. U primjeni
tog pravila nije odlučno ko je od sunasljednika testamentalni, a ko zakonski nasljednik (makar kroz
pravo na nužni dio), zbog čega pravni osnov nasljeđivanja nije odlučan za posjedovnu zaštitu" –
Okružni sud Zadar, Gž-367/91 od 24.4.1991, u M. Žuvela, *Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasniš-
tvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama*, Zagreb, 2004, str. 32.

⁴⁵ Član 7 ZON-a.

karakter.⁴⁶ Kada nasljeđuje više nasljednika, svi oni u trenutku ostaviteljeve smrti postaju sudržaoci i ako se jedan od njih kasnije odrekne nasljeđa smatra se da nikada nije ni stekao državinu, a državina koja mu je pripadala računa se kao da je od trenutka delacije pripala licu koje stupa na njegovo mjesto. Nasljednikom se ne može jednostavno smatrati svaki pretpostavljeni nasljednik, pa makar to bio i nužni nasljednik.⁴⁷ U državinskoj parnici zato, u slučaju spora, treba raspraviti i prejudicijelno utvrditi da li je stranka zaista nasljednik ostavitelja.

U parnicama u kojima nije sporno ili je već pravosnažno utvrđeno ko se smatra nasljednikom, posebnih problema nema. Oni mogu da nastanu ako se stranci (najčešće tužitelju) ospori svojstvo nasljednika. Kada o tome rješava kao o prethodnom pitanju,⁴⁸ sud će se suočiti sa takvim teškoćama da će postupak u tim parnicama, koji je inače hitne prirode, neminovno postati mnogo duži. Ovo može da se desi u sporu između samih nasljednika, ali i u parnicama u kojima stranke nisu konkurenti za nasljeđe. U takvim slučajevima procesna ekonomija će najčešće nalagati prekid postupka do pravosnažnog okončanja ostavinskog postupka, a to je u suprotnosti sa prirodom i smislom državinske zaštite, za koju prevashodno važi pravilo hitnosti.⁴⁹ Problemi mogu nastati i kada su neki nasljednici testamentom isključeni iz nasljeđa, kada su nepoznati, kada je sporna pravna valjanost testamenta i u sličnim situacijama. Dilema može da bude i u vezi sa pitanjem da li nasljednik u času smrti stiče državinu iste kvalitete kakvu je imao i ostavitelj u pogledu predmeta ostavine. U odnosu na kvalitet nasljedničke državine, postoji pretpostavka postojanja kvalifikovane državine, odnosno zakonite i savjesne, sve dok neko lice ne dokaže da je i ostavitelj imao nezakonitu državinu, tj. da nasljedniku ne pripada pravo nasljeđa na stvari, pa samim tim da se njegova državina ne zasniva na punovažnoj pravnoj osnovi potrebnoj za sticanje prava svojine. Savje-

⁴⁶ U ovom smislu citiramo odluku Vrhovnog suda Srbije Rev-2365/95, gdje takođe postoji ista zakonska norma: "Naslednik stiče svojstvo naslednika momentom smrti ostavitelja bez obzira kada je rešenje o nasleđivanju doneto, odnosno ne od momenta donošenja ostavinskog rešenja" – u D. Lazarević, *Naslednička državina...*, str. 158.

⁴⁷ Slično i V. Vežić, "Nasljednički posjed", *Zakonitost*, br. 9–10/90, str. 1212.

⁴⁸ Član 12 Zakona o parničnom postupku Republike Srpske - ZPP (Službeni glasnik RS br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07 i 49/09). O prethodnom pitanju šire: M. Salma, *Prethodno pitanje u građanskom sudskom postupku*, Novi Sad, 1995; D. Medić, "Prethodno ili prejudicijelno pitanje u parnici", *Pravni život*, br. 13/08, str. 225–238.

⁴⁹ Prema mišljenju prof. Gavelle, ako protivna strana osporava nekom da je nasljednik, a ne tvrdi za sebe da je ona nasljednik, sud se treba zadovoljiti vjerovatnošću da je ostavitelj nasljednik onaj koji traži zaštitu, dok u slučaju ako između stranaka postoji spor o tome koja je od njih nasljednik, taj spor se može riješiti samo u redovnoj parnici, a ne u postupku za smetanje posjeda – v. N. Gavelle, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *Stvarno pravo*, svezak 1, Zagreb, 2007, str. 179.

snost državine se pretpostavlja. Ona se procjenjuje prema nasljednikovoj predstavi o zakonitosti ostaviteljeve državine.

Odredbama ZSP-a propisano je da nasljednik postaje savjestan držalac od trenutka otvaranja nasljeđa i u slučaju kada je ostavitelj bio nesavjestan držalac, a nasljednik to nije znao niti je mogao znati.⁵⁰ Prema tome, iako je ostavitelj bio nesavjestan držalac, nasljednik može biti savjestan, pod navedenim uslovima. Nasljednikova državina javlja se kao nova državina.⁵¹ Zbog toga nasljednik može u pogledu takve stvari steći pravo svojine redovnim ili vanrednim održajem, naravno ako su ispunjeni svi propisani zakonski uslovi. Savjesnost nasljednikove državine (za razliku od zakonitosti) se, dakle, cijeni neovisno od savjesnosti, odnosno nesavjesnosti državine ostavitelja.⁵² Pod uticajem te odredbe i sudska praksa je zauzela stav da kvalitet državine ne mora biti nužno identičan.⁵³ Postojanje savjesnosti ili nesavjesnosti državine uvijek je faktičko pitanje koje sud rješava na osnovu relevantnih okolnosti svakog konkretnog slučaja. U praksi može da se postavi i pitanje da li se kao tuženi kod vindikacione i publicijanske tužbe može pojaviti nasljednik koji nema stvar u faktičkoj vlasti. Mišljenja smo da takav nasljednik, iako presumptivni držalac, nije pasivno legitimisan u ovim parnicama, ako nije i faktički držalac.⁵⁴ Iako iz jezičke interpretacije pomenutog člana 311. st. 1. ZSP može proizlaziti da u momentu otvaranja nasljeđa nasljednik postaje samo držalac stvari, a ne i prava stvarne službenosti, mislimo da ovdje nema posebne dileme. Pošto je ratio legis ove odredbe da se zaštiti imovinski interesi nasljednika, logično je da se, pored državine stvari, štiti i državina prava stvarne službeno-

⁵⁰ Član 58 stav 6 ZSP-a.

⁵¹ M. P. Jovanović, *Državina*, njena zaštita i održaj, Beograd, 1925, str. 130.

⁵² O. Stanković i M. Orlić, *Stvarno pravo*, drugo izdanje, Beograd, 1982, str. 51.

⁵³ U ovom pravcu navodimo karakterističnu sudsku odluku koja je i sada primjenljiva: "Savjesnost posjeda kompleksan je skup činjeničnih utvrđenja i pravnih ocjena. Savjesnost posjeda se pretpostavlja. Posjed je savjestan ako posjednik ne zna ili ne može znati da stvar koju posjeduje nije njegova. Za savjesnost je dovoljno da je posjednik uvjerenja da stvar drži na temelju valjanog naslova. Nasljednik postaje savjestan posjednik od trenutka otvaranja nasljedstva i u slučaju kada je ostavitelj bio nesavjestan posjednik, a nasljednik to nije znao niti mogao to znati, a vrijeme za dosjeloš počinje teći od trenutka otvaranja nasljedstva" – Vrhovni sud Hrvatske, Rev-943/81 od 22.9.1981, u R. Petaković, *Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima sa sudskom praksom*, Beograd, 1991, str. 66.

⁵⁴ U ovom smislu je i Zaključak sa savjetovanja građanskih i građansko-privrednih odjeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda bivše SFRJ održanog u Subotici 24.10.1990. godine. Postoji i mišljenje da nasljednik u ovom slučaju može biti pasivno legitimisan, pod uslovom da u trenutku podnošenja tužbe ni jedno lice nije zadobilo faktičku vlast na stvari – v. O. Antić, *Komentar Zakona o nasljeđivanju*, Beograd, 1996, str. 85; D. Lazarević, "Naslednička državina" ... str. 165.

sti. Na ovakav zaključak upućuje sveobuhvatno tumačenje ove zakonske norme, a do propusta u tekstu norme je vjerovatno došlo očitom omaškom.⁵⁵

Dakle, iz svega izloženog je vidljivo da nasljednička državina u našem pravnom poretku izaziva, u načelu, jednake pravne učinke kao i faktička državina. Kada je ostaviočeva državina na jednoj ili više stvari odnosno prava stvarnih službenosti njegovom smrću prešla na dva ili više sunasljednika, oni su time postali sudržaoci tih stvari odnosno prava stvarne službenosti, pa će tako i izvršavati državinu. Izuzetak postoji ako je na osnovu ostaviočeve volje izražene u testamentu ili odluke ostavinskog suda drugačije određeno.⁵⁶ Razumljivo je da se prelaskom ostaviočeve državine na njegove nasljednike ne dira u ostale državine iste stvari, odnosno prava.⁵⁷

ZAŠTITA NASLJEDNIČKE DRŽAVINE

Svaki zajednički držalac ima pravo na zaštitu nasljedničke državine prema svakom trećem licu, a od smetanja drugih sunasljednika prema pravilima koja važe za zaštitu sudržavine.⁵⁸

Međutim, nasljednik ne bi uživao državinsku zaštitu prema trećima ili pak prema nasljedniku koji je u času delacije imao državinu stvari, kada takvu zaštitu ne bi uživao ni ostavitelj. Prema tome, ako je ostavitelj imao pravo na državinsku zaštitu, to pravo ima i nasljednik,⁵⁹ bez obzira na to da li te stvari i prava spadaju u ostavinu.⁶⁰ Što se tiče stvari i prava stvarnih službenosti koje ulaze u ostavi-

⁵⁵ Uostalom, već odredba člana 311 stava 2 ZSP-a ima u vidu i državinu prava stvarnih službenosti.

⁵⁶ Član 311 st. 2 ZSP-a.

⁵⁷ Član 311 st. 3 ZSP-a.

⁵⁸ Član 320 st. 1 ZSP-a.

⁵⁹ Analogno i Zaključak zajedničkog sastanka predstavnika građanskih odjeljenja Vrhovnog suda Hrvatske i okružnih sudova sa područja Hrvatske održanog u Zagrebu 25 i 26.11.1985, u J. Brežanski, "Smetanje posjeda – problemi zaštite posjeda", Naša zakonitost, br. 9/86, str. 1243.

⁶⁰ Prema mišljenju nekih sudova, nasljednik ima pravo na državinsku zaštitu samo u odnosu na one stvari koje su za života ostavitelja bile u njegovoj državini i koje istovremeno predstavljaju predmet zaostavštine (vidi Okružni sud u Sremskoj Mitrovici, Gž-866/90 od 6.9.1990, u D. Lazarević, Državina ... str. 140; Županijski sud u Zagrebu, Gž-9793/99 od 18.12.2001, te Gž-4823/02 od 15.10.2003; Vrhovni sud Republike Hrvatske, Gzz-59/93 od 15.2.1994, u M. Žuvela, Vlasničko-pravni odnosi ... str. 32. itd.). Smatramo da se ovaj stav ne bi mogao prihvatiti i da je smisao pružanja državinske zaštite nasljedniku upravo u tome da on nastavlja državinu na onim stvarima (ili pravu stvarne službenosti) koje je držao i ostavitelj, neovisno od prava na njima.

nu, ali ih ostavitelj nije držao, u tom slučaju druga osoba smrću ostavitelja ne gubi svoju državinu, pa je ni nasljednik ne može steći.⁶¹

Nasljednik ima pravo na državinsku zaštitu i prema licu koje je sa ostaviteljem u momentu njegove smrti bilo u sudržavini stvari, pri čemu to lice može biti i jedan od nasljednika.⁶²

Uspostava državinskog stanja će se vršiti na taj način što će nasljednik i faktički držalac ubuduće vršiti državinu kao sudržaoci, na način na koji su to činili ostavitelj i faktički držalac.⁶³ Prelazak ostaviteljeve državine na nasljednike, dakle, nema uticaja na ostale držaoce iste stvari ili prava. Ukoliko nakon smrti ostavitelja nasljednik koji je postao držalac ne počne vršiti faktičku vlast, nego tu vlast počne da vrši drugo lice,⁶⁴ onda to lice protekom rokova za zaštitu državine postaje faktički i mirni držalac.⁶⁵ Ta državina je zaštićena i prema nasljedniku bez obzira na to kada je saznao za činjenicu nasljeđa.⁶⁶

U slučaju da je raniju državinu imao samo ostavitelj, a da on ima više su-nasljednika od kojih ni jedan nije vršio faktičku vlast, oni će tu vlast vršiti kao sudržaoci, ako ostavitelj u testamentu ili sud u ostavinskom postupku ne odrede drugačije. Problem u slučaju spora može predstavljati utvrđenje šta predstavlja dotadašnji način vršenja faktičke vlasti, jer je ta vlast bila isključivo na ostavitelju. Očigledno je da će se u takvoj situaciji morati dati prednost petitornom rješavanju ovih sporova.⁶⁷

⁶¹ Tako i V. Vežić, op. cit., str. 1213.

⁶² Ovakav je i stav sudske prakse: "Prvostepeni sud je pravilno pružio državinsku zaštitu tužiocu zbog toga što je tuženim uveo promenu u načinu korišćenja stana, a bez saglasnosti tužioca, koji je zajedno sa tuženim oglašen za nasljednika kojima pripada predmetni stan" – Okružni sud Beograd, Gž-2064/96 od 27.3.1996, Sudska praksa, br. 11/96.

⁶³ Navodimo raniju sudsku odluku koja se i sada može primijeniti: "Nasljedniku, koji se po članu 73 ZOSPO-a smatra posjednikom pripada posjedovna zaštita i u odnosu na faktičkog posjednika ostavine koji je faktičku vlast vršio zajedno sa ostaviocem. Uspostava posjedovnog stanja u tom slučaju vrši se tako, da nasljednik i faktički posjednik ubuduće drže ostavinu kao suposjednici, na način kako su to činili ostavitelj i faktički posjednik" – Viši sud Tuzla, Gž-1362/90 od 5.7.1990. godine, u D. Milić, "Državinski sporovi povodom nepokretnosti u sudskoj praksi", Pravni život, br. 11-12/91, str. 1334.

⁶⁴ Nije bitno da li je to lice iz kruga nasljednika ili ne.

⁶⁵ Rokovi za zaštitu počinju da teku od dana otvaranja nasljeđa, osim kod proglašenja nestalog lica umrlim, kada teku od pravosnažnosti rješenja o proglašenju lica za umrlo.

⁶⁶ "Nasljednik koji je postao posjednik u trenutku smrti ostavioca gubi posjed ako ne zatraži zaštitu suposjeda u rokovima iz člana 77. ZOSPO-a protiv drugog nasljednika koji je isključivo pri-svojio posjed" – Vrhovni sud BiH Gvl -38/84, u A. Eterović, op. cit., str. 86.

⁶⁷ Tako i V. Flegar, op. cit., str. 1139.

U slučaju da faktičku vlast na stvari vrši samo jedan ili više sunasljednika, ali ne svi, postoji odnos između posrednih i neposrednih držalaca. Onaj nasljednik koji nema faktičku vlast na stvari, ima mogućnost da podnese tužbu protiv nasljednika koji obavlja faktičku vlast radi uvođenja u državinu, vodeći pri tome računa o zakonom predviđenim prekluzivnim rokovima.⁶⁸ Zaštita nasljednika prema ostalim nasljednicima, inače, pruža se prema pravilima koja važe za zaštitu sudržavine. Dakle, ona se pruža i u slučaju isključenja od dotadašnje sudržavine kao i u slučaju bitnog ograničenja dotadašnjeg načina izvršavanja faktičke vlasti.

Kad objektom državine upravlja izvršilac testamenta ili staralac zaostavštine na osnovu ovlašćenja, on je ovlašćen tražiti zaštitu državine koja je sa ostavio- ca prešla na nasljednike.⁶⁹ Ovim se ne dira u pravo svakog pojedinog nasljednika ili sunasljednika na zaštitu, ali on može zahtijevati vraćanje oduzetog jedino prema izvršiocu oporuke, odnosno staraocu zaostavštine.⁷⁰

ZAKLJUČAK

Nasljednička državina izaziva u pravnom poretku Republike Srpske, u načelu, jednake pravne učinke kao i faktička državina. Ova državina je državina bez efektivne faktičke vlasti. Nasljednik postaje držalac na osnovu zakona, a da u tom momentu još nije stekao vlast nad određenom stvari. Dakle, državina nastaje na osnovu pravne norme, jer se državina kao faktička vlast ne može nasljeđivati. Na taj način se obezbjeđuje kontinuitet državine. Nasljednik je držalac i kada ne zna da je postao nasljednik. U slučaju da nasljednik stekne faktičku vlast na osnovu aprehenzionog akta, nasljednička državina se pretvara u redovni oblik državine. Proširenje pojma državine van okvira faktičke vlasti na stvari diktirano je potrebama savremenog načina života i potpunije zaštite nasljednika. Intencija je da se sačuva i zaštititi državina od mogućih smetanja od strane trećih lica od trenutka smrti ostavitelja do stvarnog stupanja nasljednika u državinu. Na nasljednika prelazi onakva državina kakvu je imao ostavitelj. Pitanje kvaliteta ove državine je značajno za sticanje prava svojine putem održaja i za uspješno podizanje publicijanske tužbe. Državina nasljednika uživa zaštitu od uznemiravanja i oduzimanja. Pružanje zaštite u ovim slučajevima je veoma složeno i u praksi može da izazove dosta dilema kada se ima u vidu skućenost odredaba ZSP-a koje regulišu taj insti-

⁶⁸ Vidi odluku Vrhovnog suda BiH Gvl-25/89 od 15.5.1990, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, br. 2/90, odl. 29.

⁶⁹ Član 320 st. 2 ZSP-a.

⁷⁰ Član 320 st. 3 ZSP-a.

tut. Zbog toga u pogledu mnogih aspekata ove specifične državine još nema jedinstvenog stava i sudska praksa o njima tek treba da se definitivno izjasni.

Prof. dr DUŠKO MEDIĆ,
Judge of the Constitutional Court of Republika Srpska

PROPERTY OF SUCCESSORS IN THE LAW
OF REPUBLIKA SRPSKA

Summary

The author deals with the institute of the successors' property which creates a number of dilemmas for a law practitioner due to inadequacy of Republika Srpska rules of the Proprietary Law which regulates that. Property of successors is created on the basis of law regardless of actual ownership over things or right of real usufruct. Successor becomes a holder only over things which testator also possessed and it is of no importance whether those things and rights belong to the inheritance. Increasing concept of property further than frame of actual ownership is being imposed by requests of modern way of life and wish for widespread protection of successors.

GDE SU GRANICE SLOBODE ZAVEŠTAJNIH RASPOLAGANJA

U V O D

Sloboda zaveštajnih raspolaganja utemeljena je na principu neprikosnovenosti prava svojine i ovlašćenju njenog titulara da raspoláže svojim dobrima, kako za života, tako i za slučaj smrti.¹

Dr Nataša Stojanović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja na projektu "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" (br. 179046), koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

¹ Videti: čl. 2 Deklaracije o pravima čoveka i građanina iz 1789. godine (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) čl. 1 "Prvog protokola" uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1952. godine ("Službeni list SCG" – Međunarodni ugovori, br. 9/2003) čl. 17 Povelje o osnovnim pravima Evropske unije iz 2000. godine (Official Journal of the European Communities 2000/C, 364/01), čl. 14 Ustava Nemačke iz 1949. godine (BGBl. 1949 S. 1, sa poslednjim izmenama i dopunama iz 2010. godine, BGBl. IS 944), čl. 35, st. 2 Ustava Ruske Federacije iz 1993. godine ("Российская газета", br. 237/1993, sa poslednjim izmenama i dopunama iz 2008. godine, "Российская газета", br. 7/2009; "Парламентская газета", br. 4/2009 i Собрание законодательства Российской Федерации, br. 445/2009), čl. 33 Ustava Slovenije iz 1991. godine ("Уradni list RS", br. 331/1991, sa poslednjim izmenama i dopunama iz 2006. godine, "Уradni list RS", br. 68/2006), čl. 30, st. 1 Ustava Makedonije iz 1991. godine ("Služben vesnik na RM", br. 52/1991, sa poslednjim izmenama i dopunama iz 2009. godine, "Služben vesnik na RM", br. 3/2009 i 13/2009), čl. 48, st. 1 Ustava Hrvatske ("Narodne novine", br. 85/2010 – prečišćeni tekst), čl. 58 Ustava Crne Gore ("Službeni list RCG", br. 1/2007), čl. 54 Ustava Republike Srpske ("Službeni glasnik RS", br. 117/2005 – prečišćeni tekst) i čl. 59, st. 1 Ustava Srbije ("Službeni glasnik RS", br. 98/2006).

Slobodu zaveštajnih raspolaganja garantuju naslednopravni propisi,² istovremeno određujući oblike njenog ispoljavanja, kao i granice u kojima se zaveštalac može kretati, prilikom raspoređivanja svoje zaostavštine.

Iako su granice slobode zaveštajnih raspolaganja problematika koja zahteva mnogo više prostora od jednog članka, u radu činimo pokušaj da osvetlimo određene ključne tačke ovog pravnog fenomena i pronađemo odgovore na pojedina, nedovoljno rasvetljena pitanja.

*Zaveštajna sposobnost kao relevantni faktor
za raspolaganje imovinom mortis causa*

Mogućnost jednog lica da raspolaže svojom imovinom za slučaj smrti podrazumeva da ono ima zaveštajnu sposobnost, koja u sebi objedinjuje dva elementa: odgovarajući uzrast (objektivni kriterijum) i sposobnost za rasuđivanje (subjektivni kriterijum).

Naslednopravna uređenja, koja su bila predmet naše pažnje, različito određuju objektivni kriterijum zaveštajne sposobnosti, utičući tim putem na stepen slobode zaveštajnih raspolaganja.

Tako, Francuski građanski zakonik reguliše ograničenu zaveštajnu sposobnost maloletnika, sa navršenih šesnaest godina života. Ograničenje njihove zave-

² Za potrebe ovog rada korišćeni su sledeći zakonski tekstovi: Građanski zakonik Francuske (Code civil, zaključno sa izmenama i dopunama iz 2006. godine, La loi No 2006-728 du Juin 2006). U produžetku rada, za ovaj Zakonik, biće korišćena i skraćenica CC; Građanski zakonik Austrije (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS Nr. 946/1811 idF BGB I 58/2004, 77/2004, 43/2005, 51/2005 i 113/2006). U nastavku rada, za ovaj zakonski tekst, biće upotrebljavana i skraćenica ABGB; Građanski zakonik Nemačke (Bürgerliches Gesetzbuch, RGB I S. 195, zaključno sa izmenama i dopunama iz 2008. godine, BGB I S. 2399). U produžetku rada, za ovaj Zakonik, biće korišćena i skraćenica BGB; Građanski kodeks Ruske Federacije (Гражданский кодекс Российской Федерации, treći deo ovog Zakonika objavljen je u SZRF, № 49, ot 03. 12. 2001). U nastavku rada, za ovaj zakonski tekst, biće upotrebljavana i skraćenica GKRF; Zakon o nasleđivanju Slovenije (Zakon o dedovanju, "Uradni list SRS", br. 15/76, 23/78; "Uradni list RS" 17/91, 13/94, 82/94, 117/00, 67/01, 83/01 i 73/04). U produžetku rada, za ovaj zakonski tekst, biće korišćena i skraćenica ZDSL; Zakon o nasleđivanju Makedonije (Zakon za nasledovanje na Republika Makedonija, "Služben vesnik na RM", br. 47/1996). U nastavku rada, za ovaj zakonski tekst, biće upotrebljavana i skraćenica ZNM; Zakon o nasleđivanju Hrvatske ("Narodne novine", br. 48/2003 i 163/2003). U produžetku rada za ovaj Zakon biće korišćena i skraćenica ZNH; Zakon o nasleđivanju Crne Gore ("Službeni list RCG", br. 74/2008). U nastavku rada, za ovaj zakonski tekst, biće upotrebljava i skraćenica ZNCG. Zakon o nasleđivanju Republike Srpske ("Službeni glasnik RS", br. 1/2009). U produžetku rada, za ovaj Zakon, biće korišćena i skraćenica ZNRS i Zakon o nasleđivanju Srbije ("Službeni glasnik RS", br. 46/1995 i 101/2003). U nastavku rada, za ovaj zakonski tekst, biće upotrebljavana i skraćenica ZNS.

štajne sposobnosti, sastoji se u obimu imovine, kojom maloletnik, na osnovu zaveštanja, može raspolagati.

Naime, njemu je dozvoljeno da raspoláže samo polovinom dobara, kojima, prema odredbama zakona, može, za slučaj smrti, raspolagati punoletno lice.³ Od ovog pravila, francuski zakonodavac propisuje odstupanje, u korist maloletnika koji se nalaze u vojnoj službi. Njima je omogućeno da, sve dok traju neprijateljska dejstva, svoju zaostavštinu mogu rasporediti, kao da su punoletni, u korist bilo kog od svojih srodnika, ili više njih, i to zaključno sa šestim stepenom srodstva pobočne linije, kao i u korist preživelog supružnika.

U nedostatku navedenih srodnika, maloletni zaveštalac, na vojnoj dužnosti, može raspolagati imovinom bez ikakvih ograničenja.⁴ U austrijskom pravu, maloletnici, sa navršениh četrnaest godina života, mogu da sačine zaveštanje, ali izjavu poslednje volje mogu dati jedino u formi usmenog sudskog, ili usmenog notarskog zaveštanja. Potpuno zaveštajno sposobna lica jesu sa navršениh osamnaest godina života.⁵ U nemačkom zakonodavstvu, ograničenu zaveštajnu sposobnost imaju maloletnici sa navršениh šesnaest godina života.⁶ Ograničenje njihove sposobnosti, za raspolaganja *mortis causa*, sastoji se u tome, da ono može biti učinjeno u obliku notarskog zaveštanja, i to isključivo davanjem izjave u usmenoj formi, pred javnim beležnikom, ili predajom otvorenog pismena, koje se smatra zaveštanjem.

Maloletniku, sa navršениh šesnaest godina života, zabranjeno je da preda notar u svoje zaveštanje u zatvorenom omotu.⁷ Nemački zakonodavac propisuje, da potpunu zaveštajnu sposobnost imaju sva punoletna lica, sa navršениh osamnaest godina.⁸ U ruskom pravu,⁹ zaveštajna sposobnost izjednačena je sa potpunom poslovnom sposobnošću. Sposobnost za sastavljanje zaveštanja priznaje se i šesnaestogodišnjacima, koji su zaključili brak,¹⁰ kao i licima, istog uzrasta, koja rade na osnovu zaključenog ugovora o radu, uz saglasnost roditelja, usvojiteља ili staratelja, koji se bavi preduzetničkom delatnošću.¹¹

³ Videti: čl. 904, st. 1 CC.

⁴ Videti: čl. 904, st. 2 CC.

⁵ Videti: par. 569 ABGB.

⁶ Videti: par. 2229, st. 2 BGB.

⁷ Videti: par. 2233, st. 1 i 2 BGB.

⁸ Videti: par. 2229, st. 3 BGB.

⁹ Videti: čl. 1118 GKRF.

¹⁰ Na osnovu: čl. 21, st. 2 GKRF.

¹¹ Videti: čl. 27, st. 1 GKRF.

U slovenačkom,¹² makedonskom¹³, crnogorskom,¹⁴ i srpskom pravu¹⁵, kao i pravu Republike Srpske¹⁶ zaveštajna sposobnost se stiće sa navršenih petnaest godina života.

Zakon o nasleđivanju Hrvatske, nastavljajući pravni kontinuitet saveznog Zakona o nasleđivanju,¹⁷ određuje, kao najnižu starosnu granicu za sastavljanje zaveštanja, uzrast od navršenih šesnaest godina.¹⁸

Uticao forme zaveštanja na slobodu zaveštajnih raspolaganja

Obim slobode zaveštajnih raspolaganja nesumnjivo je, jednim delom, u tesnoj vezi sa brojem oblika zaveštanja i formalnim zahtevima koje određeni pravni sistem postavlja, kao uslov punovažnosti zaveštanja.

Tako, Francuski građanski zakonik reguliše više oblika zaveštanja. U redovne oblike zaveštanja spadaju: svojeručno zaveštanje,¹⁹ javno zaveštanje, koje zaveštaocu sačinjava notar u prisustvu dvaju svedoka ili drugog notara,²⁰ misitično zaveštanje²¹ i međunarodno zaveštanje.²² Grupu privilegovanih zaveštanja čine: vojno zaveštanje,²³ zaveštanje u slučaju postojanja kakve zarazne bolesti²⁴ i zaveštanje na brodu.^{25 26}

¹² Videti: čl. 59 ZDSL.

¹³ Videti: čl. 62, st. 1 ZNM.

¹⁴ Videti: čl. 61, st. 1 ZNCG.

¹⁵ Videti: čl. 79 ZNS.

¹⁶ Videti: čl. 64, st. 1 ZNRS.

¹⁷ "Službeni list FNRJ", br. 20/1955; "Službeni list SFRJ", br. 19/1965, 42/1965.

¹⁸ Uporediti: čl. 26 ZNH sa čl. 64 saveznog Zakona o nasleđivanju.

¹⁹ Videti: čl. 970 CC.

²⁰ Videti: čl. 971–975 CC.

²¹ Videti: čl. 976–980 CC.

²² Ovaj oblik zaveštanja je francusko pravo prihvatilo ratifikacijom Konvencije o jednoobraznom Zakonu o obliku međunarodnog testamenta 1994. godine.

²³ Videti: čl. 981–984 CC.

²⁴ Videti: čl. 985–987 CC.

²⁵ Videti: čl. 988–998 CC.

²⁶ O oblicima zaveštanja, u francuskom pravu, detaljnije videti kod: F. Terré – Y. Lequette, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Paris, 1997, str. 292–324.

Austrijski građanski zakonik normativno oblikuje od redovnih i privatnih zaveštanja: olografsko zaveštanje,²⁷ alografsko zaveštanje²⁸ i usmeno zaveštanje.²⁹ Od redovnih javnih zaveštanja, austrijski zakonodavac reguliše pisano sudsko³⁰ i usmeno sudsko zaveštanje.³¹ Na osnovu Zakona o notarima, austrijsko pravo reguliše i notarsko zaveštanje.³² Austrijski zakonodavac uređuje i privilegovano zaveštanje, koje zaveštalac, u slučaju postojanja neposredne opasnosti, koja za posledicu može imati njegovu smrt ili gubitak sposobnosti za rasuđivanje, može sačiniti u usmenoj ili pisanoj formi.³³ Kao privilegovani oblici zaveštanja posebno se izdvajaju: zaveštanje na brodu, zaveštanje u uslovima postojanja određene zarazne bolesti³⁴ i vojno zaveštanje,³⁵ čije je regulisanje prepušteno vojnim zakonima.³⁶

Nemački građanski zakonik, kada je reč o formama zaveštanja, uređuje, od redovnih javnih zaveštanja, notarsko zaveštanje,³⁷ a od redovnih privatnih zaveštanja, svojeručno zaveštanje.³⁸

U zaveštanja za slučaj nužde, nemački zakonodavac ubraja: zaveštanje koje zaveštaocu, za koga postoji bojazan da će umreti, pre nego li dođe u priliku da se obrati notar, sačinjava predsednik opštine,³⁹ zatim, zaveštanje lica kome je bliska smrtna opasnost, pa izjavu poslednje volje daje u prisustvu triju svedoka⁴⁰ i zaveštanje na brodu.^{41,42}

²⁷ Videti: par. 578 ABGB.

²⁸ Videti: par. 579 ABGB.

²⁹ Videti: par. 584 ABGB.

³⁰ Videti: par. 587 ABGB.

³¹ Videti: par. 588 ABGB.

³² Videti: čl. 70–75 Zakona o notarima. Navedeno prema: B. Eccher, *Bürgerliches Recht*, VI, *Erbrecht*, Wien, 2002, str. 51.

³³ Videti: par. 597 ABGB.

³⁴ Videti: par. 599 ABGB.

³⁵ Videti: par. 600 ABGB.

³⁶ O oblicima zaveštanja, u austrijskom pravu, opširnije videti kod: B. Eccher, *op. cit.*, str. 47–51.

³⁷ Videti: par. 2232 BGB.

³⁸ Videti: par. 2247 BGB.

³⁹ Videti: par. 2249 BGB.

⁴⁰ Videti: par. 2250 BGB.

⁴¹ Videti: par. 2251 BGB.

⁴² O oblicima zaveštanja, u nemačkom pravu, detaljnije videti kod: D. Leipold, *Erbrecht*, Tübingen, 2002, str. 101–112.

Treći deo Građanskog kodeksa Rusije reguliše dva osnovna oblika zaveštanja: notarsko⁴³ i tzv. zatvoreno (tajno) zaveštanje.⁴⁴ Sa notarskim zaveštanjem ruski zakonodavac izjednačava zaveštanje koje zaveštajno sposobnom licu, koje se nalazi na lečenju u bolnici, drugoj zdravstvenoj ustanovi ili domu za ostarela lica i invalide, sačinjava glavni lekar bolnice ili njegov zamenik ili dežurni lekar ili, pak, načelnik bolnice, odnosno direktor te ustanove. Formu notarskog zaveštanja, takođe, mora imati i zaveštanje sačinjeno na brodu koji plovi pod ruskom zastavom od strane zapovednika tog plovila, kao i zaveštanja svih onih lica koji su članovi istraživačkih, arktičkih ili drugih sličnih ekspedicija. Sa notarskim zaveštanjem, osim toga, u pogledu forme, izjednačava se i zaveštanje lica koje se nalazi na vojnoj dužnosti. U formi notarskog zaveštanja mora biti i zaveštanje lica koje se nalazi u zatvorskoj ustanovi, na odsluženju kazne zatvora.^{45,46}

Zakon o nasleđivanju Slovenije normativno oblikuje: svojeručno zaveštanje, pisano zaveštanje pred svedocima, sudsko zaveštanje, konzularno-diplomatsko zaveštanje, zaveštanje na brodu, vojno zaveštanje, međunarodno zaveštanje i usmeno zaveštanje.⁴⁷ Zakon o notarijatu ove države reguliše notarsko zaveštanje.⁴⁸

Hrvatski Zakon o nasleđivanju dozvoljava da izjava poslednje može biti saopštena u formi svojeručnog zaveštanja, pisanog zaveštanja pred svedocima, usmenog zaveštanja i međunarodnog zaveštanja. Zakonodavac u Hrvatskoj više ne reguliše sudsko, konzularno-diplomatsko, brodsko i vojno zaveštanje. Na mesto ovih formi zaveštanja, uveden je novi oblik zaveštanja – javno zaveštanje.^{49,50}

Zakon o nasleđivanju Makedonije uređuje: svojeručno zaveštanje, sudsko zaveštanje, konzularno-diplomatsko zaveštanje, vojno zaveštanje, međunarodno zaveštanje i usmeno zaveštanje.⁵¹ Zakonom o notarijatu, regulisano je notarsko zaveštanje.⁵²

⁴³ Videti: čl. 1125 GKRF.

⁴⁴ Videti: čl. 1126 GKRF.

⁴⁵ Videti: čl. 1127 GKRF.

⁴⁶ O formama zaveštanja, u ruskom pravu, detaljnije videti kod: V. O. Gavrilov, *Komentariū k razdelu V časti III GK RF, Nasledstvennoe pravo*, Sankt-Peterburg, 2003, str. 52–63.

⁴⁷ Videti: čl. 63–74 ZDSL.

⁴⁸ Videti: čl. 46 Zakona o notarijatu Slovenije (Zakon o notarijatu, "Uradni list RS", br. 2/2007).

⁴⁹ Videti: čl. 30–40 i 151–166 ZNH.

⁵⁰ O oblicima zaveštanja, u hrvatskom pravu, detaljnije videti kod: V. Belaj, *Oblik oporuke prema Zakonu o nasleđivanju*, Pravni vjesnik 20 (1-1), 2004, str. 9–26.

⁵¹ Videti: čl. 66–92 ZNM.

⁵² Videti: čl. 293 Zakona o notarijatu Makedonije (Zakon za notarijatot, "Služben vesnik na RM", br. 55/2007 i 86/2008).

Zakon o nasleđivanju Crne Gore reguliše: svojeručno zaveštanje, pisano zaveštanje pred svedocima, sudsko zaveštanje, zaveštanje sačinjeno pred diplomatskim ili konzularnim predstavnikom u inostranstvu, zaveštanje sačinjeno na crnogorskom brodu, zaveštanje sačinjeno za vreme mobilizacije ili rata, međunarodno zaveštanje i usmeno zaveštanje.⁵³ Zakon o notarima normira notarsko zaveštanje.⁵⁴

U Republici Srpskoj, zaveštalac može svoju izjavu poslednje volje dati u obliku: svojeručnog zaveštanja, pisanog zaveštanja pred svedocima, sudskog zaveštanja, notarskog zaveštanja, zaveštanja sačinjenog pred konzularnim ili diplomatskim predstavnikom u inostranstvu, zaveštanja na brodu, zaveštanja sačinjenog u vreme mobilizacije ili rata, usmenog zaveštanja i međunarodnog zaveštanja.⁵⁵

Domaće pravo normativno oblikuje: svojeručno zaveštanje, pismeno zaveštanje pred svedocima, sudsko zaveštanje, konzularno zaveštanje, međunarodno zaveštanje, brodsko zaveštanje, vojno zaveštanje i usmeno zaveštanje.⁵⁶ Zakon o javnom beležništvu Srbije, takođe, propisuje mogućnost sastavljanja zaveštanja u obliku javnobeležničkog zapisa.⁵⁷

Širok spektar mogućih oblika zaveštanja u gotovo svim savremenim pravnim sistemima, koji su bili predmet naše pažnje, potvrđuje da zahtevi forme ne predstavljaju neku značajniju prepreku zaveštaocu u raspolaganju imovinom *mortis causa*. Oni su, figurativno rečeno, više brana mogućim zloupotrebama zaveštanja, posle smrti zaveštaoca, i garancija njegove ozbiljne i promišljene odluke o rasporedu zaostavštine. Uticaj forme na slobodu zaveštajnih raspolaganja naročito je oslabljen u onim državama (npr. u Austriji, Sloveniji, Hrvatskoj, Makedoniji i Srbiji)⁵⁸ gde se za svojeručno zaveštanje ne zahteva stavljanje datuma njegovog sačinjavanja, a kod usmenog zaveštanja, kao izuzetne forme zaveštanja, ne određuju bliže izuzetne prilike, usled kojih ono može biti sačinjeno (npr. u Austriji, Nemačkoj, Sloveniji, Hrvatskoj, Crnoj Gori i kod nas)⁵⁹ i gde se, recimo, kod vojnog zaveštanja i zaveštanja na brodu insistira na dužem roku njegove važnosti (npr. u francuskom i austrijskom pravu).⁶⁰

⁵³ Videti: čl. 66–91 ZNCG.

⁵⁴ Videti: čl. 53 Zakona o notarima Crne Gore ("Službeni list RCG", br. 68/2005 i 49/2008) i čl. 69 Zakona o nasleđivanju Crne Gore.

⁵⁵ Videti: čl. 68–98 ZNRS ("Službeni glasnik RS", br. 1/2009).

⁵⁶ Videti: čl. 84–111 ZNS.

⁵⁷ Videti: čl. 83, st. 1, tač. 5 Zakona o javnom beležništvu Srbije ("Službeni glasnik RS", br. 31/2011).

⁵⁸ Videti: par. 578 ABGB, čl. 63, st. 2 ZDSL, čl. 30, st. 2 ZNH, čl. 66, st. 2 ZNM i čl. 84, st. 2 ZNS.

⁵⁹ Videti: par. 597 ABGB, par. 2250 BGB, čl. 72 ZDSL, čl. 37 ZNH, čl. 88 ZNCG i čl. 110 ZNS.

⁶⁰ Videti: čl. 984 i čl. 994 CC, kao i par. 599 ABGB.

*Ograničenje slobode zaveštajnih raspolaganja sadržinom
dopuštenih zaveštajnih raspolaganja*

Sloboda zaveštajnih raspolaganja podrazumeva da zaveštalac može rasporediti svoju zaostavštinu na način propisan zakonom. Naslednopravnim propisima bliže je uređeno koji su vidovi zaveštajnih raspolaganja dozvoljeni, a koji nisu.

U odredbe koje se tiču rasporeda zaostavštine, i koje su, pritom, u većini naslednopravnih uređenja, zakonom dozvoljene, spadaju: određivanje naslednika, i njihovih naslednih delova; ograničenje naslednopravnih ovlašćenja uslovom ili rokom; određivanje supstituta nasledniku za slučaj da on ne može ili ne želi da nasleđuje; isključenje iz nasleđa, ili lišenje nužnog dela nužnog naslednika; oslobođenje od uračunavanja poklona i isporuka u nasledni deo; određivanje isporuke, ili drugog oblika singularne sukcesije *mortis causa*; raspolaganje u društveno-korisne svrhe; oproštaj nedostojnosti za nasleđivanje, i opozivanje ranije sačinjenog zaveštanja.⁶¹

U odredbe koje, takođe, imaju za cilj postizanje određenih naslednopravnih efekata, a koje zakon u većini naslednopravnih uređenja ne dopušta, spadaju: određivanje da na naslednika neće preći obaveze zaveštaoca; zabrana prenosa zaostavštine na druga lica; ostavljanje isporuke sa stvarnopravnim dejstvom;⁶² određivanje supstituta nasledniku za slučaj njegove smrti;⁶³ zabrana nasledniku da otuđi dobra koja su mu zaveštanjem ostavljena;⁶⁴ zabrana ili ograničenje deobe nasledstva,^{65,66} i tome slično.

⁶¹ Videti, na primer: čl. 1117, čl. 1119–1122, čl. 1130, čl. 1134, čl. 1137 i čl. 1139 GKRF; čl. 42–48, čl. 64, čl. 85, čl. 88, čl. 89, st. 3, čl. 90, st. 1 i čl. 126, st. 2 ZNH; čl. 46–49, čl. 50, st. 3, čl. 51, čl. 96–100, čl. 107 i čl. 124, st. 2 ZNM; čl. 44, čl. 47, čl. 48, st. 3, čl. 49, čl. 93–97, čl. 117 i čl. 127, st. 3 ZNCG; čl. 47, čl. 50, čl. 51, st. 3, čl. 52, čl. 101–105, čl. 122 i čl. 150, st. 2 ZNRS

⁶² Od tog pravila, recimo, u savremenom pravu, odstupa francuski zakonodavac. Videti: čl. 1014 CC.

⁶³ Ovaj vid fideikomisarne supstitucije dozvoljavaju, primera radi, francusko, austrijsko i nemačko pravo. Videti: čl. 1048 CC, par. 608 ABGB i par. 2100 BGB.

⁶⁴ Videti, na primer: čl. 159, st. 2 ZNS. Austrijski zakonodavac dozvoljava takvu odredbu. Videti: par. 610 ABGB. Francuski zakonodavac, pak, propisuje da je klauzula o neotuđivosti zaveštanog dobra punovažna, samo ako je privremenog karaktera i opravdana ozbiljnim i legitimnim interesom. Čak i tada, lice može biti sudski ovlašćeno da raspoláže zaveštanom dobrom, ako opravdnog interesa više nema, ili ako neki drugi, važniji, razlozi zahtevaju otuđenje. Videti: čl. 900–900-1 CC.

⁶⁵ Videti, primera radi: čl. 88, st. 2 ZNM, čl. 142, st. 3 ZNH, čl. 144, st. 3 ZDSI i čl. 159, st. 3 ZNS. Mogućnost ograničenja deoba nasledstva, voljom zaveštaoca, recimo, propisuje nemački zakonodavac. Videti: par. 2044 BGB.

⁶⁶ Samo izuzetno, pojedina zakonodavstva dozvoljavaju da pravo na deobu nasledstva može biti, voljom sanaslednika, ili naredbom ostavioca, isključeno, ali ta zabrana podele nasledstva oba-

Sastavni deo zaveštanja može biti i odredba o realizaciji izjave poslednje volje. Ona redovno obuhvata i određivanje jednog ili više izvršilaca zaveštanja, sa ili bez preciziranja njihovih prava i obaveza.⁶⁷

Zaveštanje može sadržati određena imovinska raspolaganja, u korist drugih lica, koja nisu njegovi univerzalni ili singularni sukcesori za slučaj smrti. U ove odredbe, na primer, spadaju: priznanje određenog duga⁶⁸ i oproštaj duga.

Izjava poslednje volje može obuhvatiti i odredbe koje se tiču zaveštaočevih želja, poruka i saveta drugim licima, u vreme kada on više neće biti živ. Tako, primera radi, zaveštalac može u zaveštanju: odrediti način kako da bude sahranjen u rodnom mestu, kako da se dalje nastavi njegov započeti naučni rad, izjaviti da priznaje očinstvo,⁶⁹ kako da se naslednici brinu o njegovim kućnim ljubimcima, i slično.

Ograničenja zaveštaoca u pogledu obima raspolaganja imovinom za slučaj smrti

Princip slobode zaveštajnih raspolaganja podrazumeva da zaveštalac može *mortis causa* raspolagati svojim imovinskim dobrima, kao što je to mogao činiti i pravnim poslovima *inter vivos*.

Zaveštalac može rasporediti celokupnu svoju zaostavštinu ili jedan njen deo, sa jednim ili više sačinjenih zaveštanja.⁷⁰ U zaveštanju se mogu nabrojati sva imovinska dobra kojima se raspolaze za slučaj smrti, ali je dozvoljeno da se jednom opštom formulacijom cela zaostavština rasporedi u nečiju korist.⁷¹ Zaveštalac može raspolagati kako onim pravima koja postoje u vreme sastavljanja zaveštanja, tako i pravima koja će steći u budućnosti, do otvaranja svog nasleđa.⁷²

vezuje jedino sanaslednike ostavioca, ne i njihove univerzalne sukcesore *mortis causa*. Videti: par. 831–832 ABGB.

⁶⁷ Videti, na primer: čl. 1025–1034 CC, par. 816–817 ABGB, par. 2157–2228 BGB, čl. 1134–1135 GKRF, čl. 60–63 ZNH, čl. 113 ZNCG i čl. 118 ZNS.

⁶⁸ Doduše, to, recimo, domaćim Zakonom o obligacionim odnosima (“Službeni list SFRJ”, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; “Službeni list SRJ”, br. 31/1993; “Službeni list SCG”, br. 1/2003) nije izričito propisano, kao u slučaju opoziva ugovora u korist trećeg lica (videti: čl. 150), ali se iz sadržine čl. 387, st. 2 može videti da tu nema zabrane priznanja duga izjavom poslednje volje.

⁶⁹ To mu izričito dopuštaju porodičnopravni propisi. Videti, na primer: čl. 51, st. 2 Porodičnog zakona Srbije (“Sl. glasnik RS”, br. 18/2005 i 72/2011).

⁷⁰ To izričito propisuju, recimo, čl. 1120, st. 2 GKRF.

⁷¹ O tome, opširnije videti kod: T.E. Abova, i saradnici, *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей*, Москва, 2004, стр. 24.

⁷² Takva odredba sadržana je u čl. 1120, st. 1 GKRF.

Od pravila da zaveštalac može, bez ikakvih ograničenja, raspolagati svojom imovinom za slučaj smrti, postoje izvesna odstupanja, u zavisnosti od nasledno-pravnog uređenja o kome je reč.

Tako, u francuskom pravu, ograničenja zaveštaoca u raspolaganju celokupnom zaostavštinom manifestuju se kroz: ustanovu nužnog dela,⁷³ pravo na doživotnu rentu,⁷⁴ pravo na privremenu upotrebu stana⁷⁵ i pravo na izdržavanje supružnika ostavioca,⁷⁶ kao i pravo na alimentaciju iz zaostavštine u korist ascendentu umrlog, osim oca i majke.^{77,78}

U austrijskom pravu, sloboda zaveštajnih raspolaganja zaveštaoca trpi ograničenja putem prava na nužni deo privilegovanih zakonskih naslednika,⁷⁹ i prava izdržavanja dece i supružnika ostavioca,⁸⁰ pa čak, pod određenim uslovima, i nužnog naslednika isključenog iz nasleđa.^{81,82}

U nemačkom pravu, pravo zaveštaoca da u potpunosti raspolaže svojom imovinom *mortis causa* ograničeno je: pravom na trideset dana, u korist članova porodice ostavioca,⁸³ pravom buduće majke na izdržavanje iz zaostavštine⁸⁴ i sticanjem nužnog dela.^{85,86}

U ruskom, slovenačkom, hrvatskom, makedonskom, crnogorskom i domaćem pravu, kao i pravu Republike Srpske obim slobode zaveštajnih raspolaganja uslovljen je (ne)postojanjem nužnih naslednika, njihovom sposobnošću da budu naslednici koje zakon posebno štiti i veličinom njihovog nužnog dela.⁸⁷

⁷³ Videti: čl. 912 CC.

⁷⁴ Videti: čl. 759 CC.

⁷⁵ Videti: čl. 763 CC.

⁷⁶ Videti: čl. 767 CC.

⁷⁷ Videti: čl. 758 CC.

⁷⁸ O tome, opširnije videti kod: N. Stojanović, *Naslednopravna singularna sukcesija na osnovu zakona*, Pravni život, tematski broj "Pravo i univerzalne vrednosti", tom II, br. 10/2005, str. 666–671.

⁷⁹ Videti: par. 762 ABGB.

⁸⁰ Videti: par. 142, par. 166 i par. 796 ABGB.

⁸¹ Videti: par. 762 ABGB.

⁸² Detaljnije o tome, videti kod: N. Stojanović, *op. cit.*, str. 672–673.

⁸³ Videti: par. 1969 BGB.

⁸⁴ Videti: par. 1963 BGB.

⁸⁵ Videti: par. 2303 BGB.

⁸⁶ O tome, opširnije videti kod: N. Stojanović, *op. cit.*, str. 673–675.

⁸⁷ Videti: čl. 1149 GKRF, čl. 25–26 ZDSL, čl. 69–70 ZNH, čl. 30–31 ZNM, čl. 27–28 ZNCG, čl. 39–40 ZNS i čl. 30–31 ZNRS.

*Pravo zaveštaoca da odredi naslednika zaveštanjem
i ograničenja u realizaciji tog ovlašćenja*

Neraskidivi deo slobode zaveštajnih raspolaganja jeste, svakako, pravo zaveštaoca da svojom slobodnom izjavom poslednje volje odredi jedno ili više lica koja će ga naslediti.⁸⁸ Od ovog pravila, kako je već rečeno, odstupa francuski zakonodavac, budući da zaveštaoca ovlašćuje, da zaveštanjem može odrediti samo isporukoprimca (legatara).⁸⁹ Francusko pravo reguliše pravni položaj univerzalnog legatara, kvazi-univerzalnog legatara i partikularnog legatara.^{90,91}

Za naslednika, zaveštanjem, u načelu, može biti određeno bilo koje fizičko ili pravno lice, bez obzira na to da li bi bilo pozvano na nasleđe, prema pravilima redovnog zakonskog nasleđivanja, uključujući i začetka, odnosno pravno lice u osnivanju.

Od ovog pravila, pojedini pravni poreci predviđaju izuzetke. Tako, primera radi, francuski zakonodavac određuje, da maloletnik sa navršenih šesnaest godina života ne može da raspoláže svojom imovinom *mortis causa* u korist svog tutora. Takođe, i maloletno lice koje je postalo punoletno ili emancipovano ne može za naslednika, zaveštanjem, da odredi svog staratelja, ukoliko pre toga nije izvršena provera njegovog poslovanja i staratelj nije položio račun o svom radu.⁹² Navedena rešenja nemaju primenu u slučaju da su u položaju staratelja, ili su to bili, njegovi ascendenti.⁹³ Zatim, punovažno zaveštanje ne može se sačiniti ni u korist lekara, hirurga, medicinskog osoblja i farmaceuta,⁹⁴ koji su zaveštaoca lečili tokom bolesti od koje je to lice umrlo.⁹⁵ “Nada u ozdravljenje (ili večno spasenje) omo-

⁸⁸ Videti: par. 552 i par. 564 ABGB, par. 2065 BGB, čl. 1121 GKRF, čl. 78 ZDSL, čl. 43 ZNH, čl. 96 ZNM, čl. 98 ZNCG, čl. 101 ZNRS i čl. 114 ZNS.

⁸⁹ Videti: čl. 1002 CC.

⁹⁰ Videti: čl. 1003 i čl. 1010 CC.

⁹¹ O tome, opširnije videti kod: N. Stojanović, *Da li je Francuski građanski zakonik izvršio uticaj na zakonska rešenja o isporuci (legatu) u našem pravu?*, Zbornik radova “Dvestotine godina od donošenja Francuskog građanskog zakonika – Uticaj Francuskog građanskog zakonika na srpsko pravo”, Niš, 2006, str. 261–284.

⁹² Videti: čl. 907, st. 1 i 2 CC.

⁹³ Videti: čl. 907, st. 3 CC.

⁹⁴ U francuskoj pravnoj literaturi farmaceutima se osporava bilo kakav uticaj na volju bolesnika, sa tvrdnjom da apotekari danas nemaju pravo da prepisuju “tretmane”. Međutim, za neke druge profesije, bliske medicini, npr. za bioenergetičare osnovano se pretpostavlja da bi oni mogli da zloupotrebe svoj uticaj na pacijenta. Detaljnije o tome, videti kod: J. Maury, *Successions et libéralités*, Paris, 2007, str. 149–150 i tamo navedenu literaturu.

⁹⁵ Videti: čl. 909, st. 1 CC.

gućila bi svakom zloupotrebu uticaja”.⁹⁶ Od ovog pravila, ipak, izuzeta su besteretna raspolaganja iz zahvalnosti, tzv. mali pokloni, kao i dobroćina davanja u korist lica koja su istovremeno krvni srodnici bolesnika, zaključno sa četvrtim stepenom srodstva pobočne linije, ukoliko umrli nema naslednike u pravoj liniji.⁹⁷

Francuski zakonodavac proširuje primenu čl. 909 Građanskog zakonika, putem čl. 209 Zakona o porodici i socijalnoj pomoći,⁹⁸ i na vlasnike, upravnike i članove kolektiva ustanova za hospitalizaciju.⁹⁹ Isti tretman imaju i zaveštajna raspolaganja učinjena u korist sveštenika,¹⁰⁰ kao i korist oficira na brodu.¹⁰¹

Pri tome, sankcijom ništavosti, u francuskom pravu, pogođena su ne samo zaveštajna raspolaganja u korist lica nesposobnih za prijem nasleđa, na osnovu izjave poslednje volje, već i raspolaganja u formi nekog teretnog ugovora, koji prikriva raspolaganje bez nadoknade. Isto važi, i u slučaju raspolaganja imovinom za slučaj smrti u korist ovih lica, putem posrednika.^{102,103}

U državama, nastalim na prostoru bivše SFRJ, naslednopravni propisi, ne dozvoljavaju zaveštajna raspolaganja učinjena u korist ovlašćenog lica koje je sastavilo zaveštanje, zaveštajnih svedoka koji su prisustvovali činu sastavljanja zaveštanja, njihovih srodnika u pravoj liniji, pobočnih srodnika do drugog, odnosno četvrtog stepena srodstva (u zavisnosti od oblika zaveštanja),¹⁰⁴ supružnika ovla-

⁹⁶ J. Maury, *op. cit.*, str. 149.

⁹⁷ Videti: čl. 909, st. 1, tač. 2 CC.

⁹⁸ Code de la famille et de l'aide sociale (Décret n° 56-149 du 24 janvier 1956).

⁹⁹ Kada je reč o zaveštajnim raspolaganjima u korist zdravstvenih institucija, socijalnih i zdravstveno-socijalnih ustanova, siromašnih lica jedne opštine ili ustanova od opšteg interesa, za njihovu validnost zahteva se administrativno odobrenje (čl. 910, st. 1 CC). Fondacije, crkvene zajednice i asocijacije koje su osposobljene da primaju poklone (sa izuzetkom sekta), mogu sticati i zaveštajna raspolaganja, osim ako odlukom upravne vlasti nije izrečena zabrana, zbog nesposobnosti toj subjekta da ih koristi, saglasno pravilnikom utvrđenoj svrsi (čl. 910, st. 2 CC).

¹⁰⁰ Videti: čl. 909, st. 2 CC.

¹⁰¹ Videti: čl. 995 CC.

¹⁰² Videti: čl. 911, st. 2 CC.

¹⁰³ Po slovu zakona, posrednicima se smatraju, dok se suprotno ne dokaže: roditelji, potomci i supružnik lica koje je nesposobno za nasleđivanje. U odnosu na ranije rešenje, sada se ostavlja posredniku da dokaže da je poklon zaista učinjen u njegovu korist. O tome, opširnije videti kod: A. Delfosse – J. F. Peniguel, *La réforme des successions et des libéralités*, Paris, 2006, str. 138.

¹⁰⁴ Slovenački zakonodavac uzima u obzir, kod usmenog zaveštanja, pobočne srodnike zaključno sa trećim stepenom srodstva pobočne linije, a kod ostalih oblika zaveštanja, pobočne srodnike zaključno sa drugim stepenom srodstva. Videti: čl. 68 i čl. 75 ZDSL. Hrvatski zakonodavac, nezavisno od oblika zaveštanja, propisuje ništavost zaveštajnih raspolaganja, ukoliko su ona učinjena u korist pobočnih srodnika, zaključno do četvrtog stepena srodstva pobočne linije i ništavost za-

šćenog lica i supružnika zaveštajnih svedoka, pa čak, kod usmenog zaveštanja, i supružnika svih pobrojanih lica.¹⁰⁵

Da li, i, eventualno, u kojoj meri treća lica mogu imati uticaja na punovažno određivanje naslednika?

Analizom odgovarajućih odredbi, sadržanih u naslednopravnim propisima pojedinih evropskih zemalja, može se izvesti zaključak da je zaveštalac taj koji jedino može odrediti naslednika.¹⁰⁶ Ovo pravilo nalazi doslednu primenu i kad je naslednik voljom zaveštaoca samo odrediv, ukoliko su zaveštanjem određeni parametri koji govore u prilog nekog lica kao naslednika.¹⁰⁷

Striktno poštovanje ovog zakonskog rešenja može predstavljati prepreku za potpunu realizaciju izjave poslednje volje ostavioca. Ovo će naročito doći do izražaja u slučaju da zaveštalac, zapravo, i ne zna, u trenutku sastavljanja zaveštanja, koje će od više lica, koja je imao u vidu za naslednika, biti najpogodnije da bude njegov univerzalni sukcesor i, recimo, nastaviti njegov posao na poljoprivrednom imanju ili preduzeću, čiji je vlasnik. Da li bi bilo prihvatljivo da tada „poslednju reč“ da lice koje on za to naročito ovlasti, uzimajući u obzir objektivne kriterijume za izbor naslednika, koje je zaveštalac u zaveštanju odredio?

Iako izbor naslednika mora proći ocenu i procenu nekoga ko nije sam zaveštalac, evidentno je da takvo rešenje zaslužuje pun respekt,¹⁰⁸ jer se njime uvažava poslednja volja ostavioca, u pogledu objektivnih merila za izbor naslednika koje je on sam u zaveštanju odredio.¹⁰⁹

U domen slobode zaveštajnih raspolaganja, kako je već rečeno, dolazi i pravo zaveštaoca da licu koga odredi za naslednika, u slučaju da on ne može ili ne želi da nasledi postavi supstituta.¹¹⁰

veštajnih raspolaganja u korist supružnika svih krvnih srodnika ovlašćenog lica ili svedoka koji ne mogu biti zaveštajni naslednici. Videti: čl. 36 i čl. 40 ZNH.

¹⁰⁵ Videti: čl. 71, čl. 93 ZNM, čl. 70, čl. 91 ZNCG, čl. 75, čl. 82 ZNRS i čl. 160 ZNS.

¹⁰⁶ Videti: par. 564 ABGB, par. 2065, st. 1 BGB, čl. 1121 GKRF, čl. 78 ZDSL, čl. 43 ZNH, čl. 96 ZNM i čl. 114 ZNS.

¹⁰⁷ Videti, primera radi: čl. 83 ZDSL, čl. 49 ZNH, čl. 101 ZNM i čl. 115 ZNS.

¹⁰⁸ U tom pravcu se izjašnjava i nemačka sudska praksa: Videti: BGHZ 15, 199, 203 i RGZ 159, 296. Navedeno prema: D. Leipold, *op. cit.*, str. 97.

¹⁰⁹ Otuda, navođenje u zaveštanju, kao kriterijuma od strane zaveštaoca “i oni koji mi pomažu” ne može se podvesti pod okrilje objektivnog pristupa u izboru naslednika, jer se onome ko bira ostavlja vrlo širok prostor za samovolju. U tom pravcu glasi: BayOBLGZ FamRZ 1991, 610. Navedeno prema: *ibidem*, str. 97, nap. br. 14

¹¹⁰ Videti, primera radi: čl. 898 CC, par. 604 ABGB, par. 2096 BGB, čl. 1121 GKRF, čl. 79 ZDSL, čl. 97 ZNM, čl. 44 ZNH, čl. 94 ZNCG, čl. 102 ZNRS i čl. 116 ZNS.

Osim proste supstitucije, pojedina zakonodavstva dozvoljavaju i fideikomisarnu supstituciju,¹¹¹ šireći, na taj način, slobodu zaveštajnih raspolaganja. Francuski zakonodavac ide još dalje, dopuštajući i tzv. rezidualna zaveštajna raspolaganja, koja omogućavaju da jedno lice bude pozvano da primi ono što je od ostaviočevog dobra, datog institutu, preostalo nakon njegove smrti. Pri tome, rezidualno zaveštajno raspolaganje ne obavezuje prvopostavljenog sukcesora ostaviooca da sačuva dobra koja je dobio. Obavezuje ga samo da prenese preostali deo tih dobara.¹¹²

*Pravo zaveštaoca da isključi iz nasleđa
ili liši nužnog dela nužnog naslednika*

Iako sloboda zaveštajnih raspolaganja trpi ozbiljna ograničenja kroz imperativne odredbe kojima se štiti ustanova nužnog dela, te granice mogu biti pomerene, zahvaljujući isključenju iz nasleđa ili lišenju prava na nužni deo. Primenom ovih instituta omogućava se zaveštalcu da određene, njemu bliske srodnike ili supružnika, kojima, inače, pripada pravo na nužni deo, onemoguću u sticanju nasleđa, u potpunosti ili delimično, ukoliko budu ispunjeni uslovi koje zakon za to propisuje.¹¹³ Pri tome, u odnosu na isključenje iz nasleđa, koje ima samo kazneni karakter, lišenje prava na nužni deo jeste i sredstvo za zaštitu imovinskih interesa privilegovanih potomka nužnog naslednika, lišenog nužnog dela.

Dajući primat zaveštaočevoj volji u odnosu na *ius cogens* norme o nužnom delu, pojedina naslednopravna uređenja dozvoljavaju smanjenje nužnog dela deteta ili roditelja, kada zaveštalcu nije u bliskim odnosima sa svojim, prema stepenu srodstva, najbližim srodnicima, za polovinu vrednosti nužnog dela.¹¹⁴

Za razliku od Građanskog kodeksa Ruske Federacije, koji izričito propisuje da je zaveštalcu ovlašćen da liši nasledstva bilo kog zakonskog naslednika (ne i nužnog naslednika),¹¹⁵ bez navođenja razloga za lišenje, naslednopravni propisi

¹¹¹ Videti, na primer: čl. 1048–1056 CC, par. 608–617 ABGB i 2100–2146 BGB.

¹¹² Videti: čl. 1058, st. 1 CC.

¹¹³ Videti: par. 768–770 i par. 773 ABGB, par. 2333 i par. 2338 BGB, čl. 42–45 ZDSL, čl. 85–88 ZNH, čl. 46–49 ZNM, čl. 44–47 ZNCG, čl. 47–50 ZNRS i čl. 61–64 ZNS.

¹¹⁴ Videti: par. 773a, st. 1 ABGB.

¹¹⁵ Nužnom nasledniku, u ruskom pravu, mogao bi biti oduzet nužni deo, ako je on nedostojan za nasledivanje. Isto tako, sud može, na osnovu čl. 1149, st. 2 GKRF, uzimajući u obzir imovinske prilike nužnih naslednika, da mu smanji nužni deo ili da mu ga u potpunosti oduzme ukoliko ono što je raspoređeno zaveštanjem treba da se preda nužnom nasledniku, a zaveštajni naslednik je ta dobra u međuvremenu koristio za život (npr. kuća, stan, drugi stambeni prostor, vikendica), ili za dobijanje sredstava za život (npr. radionica, kakvo sredstvo za rad). O tome, opširnije videti kod: Б.А. Булаевский и сарадници, *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный)*, Москва, 2007, стр. 35.

drugih evropskih zemalja, koji su bili predmet naše pažnje, takvu mogućnost ne predviđaju.

Očigledno je da je ruski zakonodavac ovakvim rešenjem dao prednost ostaviočevoj volji, ne sprečavajući ga pri tome, da on zakonskog naslednika prosto u zaveštanju i ne spomene, a rasporedi svoju zaostavštinu u korist drugih lica. U drugom slučaju, ipak, postoji realna mogućnost da nespomenuti zakonski naslednik nešto dobije iz ostaviočeve zaostavštine, ukoliko nije raspoređena cela zaostavština ili zaveštajni naslednik ne može ili ne želi da nasledi.¹¹⁶

Da li u našem pravu zaveštalac, ukoliko ne želi da ga neki zakonski naslednik nasledi mora da ga isključi iz nasleđa ili prosto rasporedi zaostavštinu tako da njemu ništa ne ostavi?

U načelu, i jednu i drugu mogućnost Zakon ne zabranjuje. Ono što može biti sporno jeste, da li za isključenje zakonskog naslednika primeniti iste aršine, kao i za isključenje nužnog naslednika?

Činjenica je da strogo postavljeni uslovi za isključenje nužnog naslednika služe, u prvom redu, kao vrsta štita nužnim naslednicima od neosnovanih i (ili) pre nagljenih postupaka zaveštaoca u oduzimanju dela zaostavštine koji im, na ime nužnog dela, pripada. Zakon ne pruža takvu zaštitu zakonskim naslednicima, budući da njihov pravni položaj reguliše dispozitivnim normama. Otuda bi moglo biti prihvaćeno mišljenje, izneto u domaćoj pravnoj literaturi,¹¹⁷ da zakonski naslednik može biti onemogućen u nasleđivanju izjavom zaveštaoca da ne želi da ga on nasleđuje, bez iznošenja motiva za takvo postupanje.

Radi pravne sigurnosti, potrebno je da važeći zakonski tekst o nasleđivanju bude dopunjen rešenjem da se zakonski naslednik može isključiti iz nasleđa voljom zaveštaoca, bez ikakvih posebnih razloga. Isključenjem iz nasleđa, za razliku od nespominjanja, zakonski naslednik se onemogućava u nasleđivanju ostavioca.

*Pravo zaveštaoca da opozove svoje zaveštanje
i ograničenja u ostvarivanju tog ovlašćenja*

Sloboda zaveštajnih raspolaganja, između ostalog, podrazumeva, da zaveštalac može, svojom izjavom volje, u potpunosti ili delimično, oduzeti važnost svom punovažnom zaveštanju, dakle opozvati ga. Zaveštalac, takođe, može izme-

¹¹⁶ O tome, detaljnije videti kod: T.E. Abova, i saradnici, *op. cit.*, str. 25. U hrvatskoj pravnoj literaturi takav stav zauzimaju autori: M. Kreč – Đ. Pavić, *Komentar Zakona o nasleđivanju sa sudskom praksom*, Zagreb, 1964, str. 135. Suprotno mišljenje videti kod: V. Bazala, *Nužno nasljedstvo*, Naša zakonitost, br. 3–4/1957, str. 136.

¹¹⁷ Videti: O. Antić–Z. Balinovac, *Komentar Zakona o nasleđivanju*, Beograd, 1996, str. 278.

niti sadržinu pojedinih odredbi u zaveštanju ili celog zaveštanja. Ovo ovlašćenje nije vezano za rok, i zaveštalac ga može realizovati sve do svoje smrti.

Zaveštalac se ne može prava na opoziv zaveštanja odreći,¹¹⁸ niti se punovažno obavezati ugovorom da će opozvati svoje zaveštanje ili pojedine odredbe u njemu, ili da to neće učiniti.¹¹⁹

Kada je reč o odnosu ranije i kasnije sačinjenog zaveštanja, domaći zakonodavac propisuje da u slučaju prećutnog formalnog opoziva zaveštanja, odredbe prethodno sačinjenog zaveštanja važe, ako nisu u suprotnosti sa naknadno sačinjenim zaveštanjem. Takođe, tretira se i pitanje uticaja uništenja sačinjenog zaveštanja, voljom samog zaveštaoca, u odnosu na prethodno sačinjeno zaveštanje. Tada, prema slovu zakona, ranije sastavljeno zaveštanje proizvodi dejstvo, ukoliko iz okolnosti konkretnog slučaja ne proizlazi šta drugo.

Sasvim je jasno da je ovim pravilima regulisan odnos samo dva zaveštanja, ne uređujući pri tome, opoziv opoziva zaveštanja¹²⁰ i da je normirano jedino dejstvo uništenja kasnije sastavljenog zaveštanja na ranije sačinjeno zaveštanje, ne uzimajući u obzir i druge vidove opoziva zaveštanja, kako to, recimo, čine nemački, hrvatski i crnogorski zakonodavac.¹²¹

Osim toga, analizirajući drugo navedeno rešenje, proističe da zaveštalac može jasno staviti do znanja da se njegova zaostavština neće raspoređivati prema ranije sačinjenom zaveštanju. Međutim, ukoliko okolnosti konkretnog slučaja ništa ne kazuju u tom smeru, proizlazi primena ranije sačinjenog zaveštanja, što je u izvesnoj meri u suprotnosti sa opštim pravilima za tumačenje zaveštanja. Podsećamo, srpski zakonodavac, jasno naglašava da ukoliko se prava namera zaveštaoca ne može utvrditi, tada zaveštanje treba tumačiti u pravcu koji je povoljniji za zakonskog naslednika¹²² – dakle, primeniti zakonsko nasleđivanje. Primena, skoro identičnog rešenja odnosa ranije i docnije sačinjenog zaveštanja, u nemačkom i hrvatskom pravu, ima opravdanja, budući da nemački i hrvatski zakonodavci predviđaju, u slučaju nejasne namere zaveštaoca, tumačenje zaveštanja koje je povoljnije za zaveštajne naslednike, a ne za zakonske naslednike.¹²³

Zbog neusaglašenosti odredbi iz domena zaveštajnog nasleđivanja, domaćem zakonodavcu predstoji izmena postojećih rešenja, ili u pravcu da, poput ruskog zakonodavca, predvidi da zaveštanje, opozvano kasnije sačinjenim zavešta-

¹¹⁸ Videti: N. Gavella – V. Belaj, *Nasljedno pravo*, str. 175.

¹¹⁹ Videti, na primer: čl. 105 ZDSL, čl. 10 ZNM, čl. 123 ZNCG, čl. 127 ZNRS i čl. 181 ZNS.

¹²⁰ U tom pravcu, recimo, videti: čl. 65, st. 2 ZNH i čl. 118, st. 3 ZNCG.

¹²¹ Videti: par. 2258, st. 2 BGB, čl. 65, st. 2 ZNH i čl. 118, st. 2 ZNCG.

¹²² Videti: čl. 135, st. 2 ZNS.

¹²³ Videti: par. 2084 BGB i čl. 50, st. 2 ZNH.

njem ne proizvodi dejstvo, ukoliko je docnije sačinjeno zaveštanje opozvano,¹²⁴ ili da se zadrži na postojećem rešenju o odnosu ranije i kasnije sačinjenog zaveštanja i to proširi na sve vidove opoziva, a da izmeni drugo opšte pravilo tumačenja zaveštanja, u pravcu da u slučaju nejasne namere zaveštaoca zaveštanje treba tumačiti na način koji je povoljniji za zaveštajne naslednike.

U sklopu odredbi posvećenih odnosu ranije i kasnije sastavljenog zaveštanja, posebno treba odrediti uticaj nevažnog, docnije sačinjenog zaveštanja na ranije sastavljeno punovažno zaveštanje. U naslednopravnim propisima pojedinih zemalja¹²⁵ i u domaćoj pravnoj teoriji¹²⁶ iznet je stav da se tada primenjuje ranije sastavljeno zaveštanje. Mišljenja smo da predloženo rešenje može uživati pun respekt, ukoliko takva namera zaveštaoca nesumnjivo proističe iz ranije sastavljenog zaveštanja ili okolnosti konkretnog slučaja.

Kada je u pitanju odnos ranije i docnije sastavljenog zaveštanja, posebnu pažnju zaslužuje slučaj da se kasnije sastavljeno punovažno zaveštanje ne može realizovati, jer naslednik određen zaveštanjem ne može ili ne želi da nasledi. U francuskom pravu, nedejstvo kasnije sastavljenog zaveštanja nema nikakvog uticaja na već učinjeni opoziv ranije sastavljenog zaveštanja.¹²⁷ Smatramo da ova kva situacija, u našem pravu, iz razloga pravne sigurnosti, mora biti regulisana na identičan način kao i da su u pitanju dva punovažna zaveštanja koja mogu da proizvedu dejstvo.

Poznato je da zaveštalac vrši opoziv zaveštanja i kada pravno ili faktički raspolaze imovinskim dobrima, koja je prethodno zaveštao u nečiju korist. Otuda, kao logično, nameće se pitanje uticaja ponovnog unošenja tog dobra u imovinsku masu umrlog na već učinjeni opoziv? Domaći zakonodavac se o tome ne izjašnjava, iako je takva situacija realno primenljiva u praksi. Francuski zakonodavac, pak, zauzima jasan stav po tom pitanju, smatrajući punovažnim već učinjeni opoziv.¹²⁸

ZAKLJUČAK

Zakonom zagantovana sloboda zaveštajnih raspolaganja trpi višestruka ograničenja.

¹²⁴ Videti: čl. 1130, st. 2 GKRF.

¹²⁵ Videti: čl. 1130, st. 3 GKRF.

¹²⁶ O. Antić–Z. Balinovac, *op. cit.*, str. 308.

¹²⁷ Videti: čl. 1037 CC.

¹²⁸ Videti: čl. 1038 CC. U tom pravcu izjašnjava se i hrvatska pravna teorija. Videti: N. Gavella–V. Belaj, *op. cit.*, str. 177–178. Suprotno mišljenje videti kod: O. Antić–Z. Balinovac, *op. cit.*, str. 475.

Sloboda zaveštajnih raspolaganja direktno je uslovljena uzrastom koji se zahteva za zaveštaoca u datom pravnom poretku i formom u kojoj može biti oblikovana izjava poslednje volje, a ograničenja se ispoljavaju: u pogledu same sadržine zaveštajnih raspolaganja, lica u čiju se korist može raspolagati zaveštanjem i predmeta zaveštajnih raspolaganja.

U domaćem pravu, postojeća ograničenja slobode zaveštajnih raspolaganja u pogledu kruga subjekata, u čiju se korist može rasporediti zaostavština, morala bi, po ugledu na francusko pravo, a iz razloga sprečavanja mogućih zloupotreba, biti proširena na: staratelja, pre nego što on organu starateljstva podnese izveštaj i položi račun o svom radu, medicinsko osoblje koje je lečilo zaveštaoca, tokom poslednje bolesti, svestena lica pred kojima se zaveštalcu ispovedao, supružnike i krvne srodnike ovih lica, u pravoj liniji, bez ograničenja i pobočnoj liniji, zaključno sa četvrtim stepenom srodstva.

Po ugledu na nemačko pravo, domaći zakonodavac treba, sa naročitom pažnjom, da razmotri mogućnost uvođenja jednomesečnog izdržavanja iz zaostavštine, u kombinaciji sa pravom upotrebe stana i predmeta domaćinstva, za ona lica koja su sa ostaviocem živela u zajedničkom domaćinstvu i koja je on izdržavao. Sloboda zaveštajnih raspolaganja, kada su u pitanju ova lica, mora da pretrpi ograničenja sa ciljem obezbeđivanja minimuma njihovih egzistencijalnih potreba.

Potpunijoj slobodi zaveštajnih raspolaganja na našem pravnom prostoru doprinelo bi unošenje u tekst Zakona o nasleđivanju: pravila o tumačenju zaveštanja *favor testamenti*, umesto tumačenja koje ide u prilog zakonskog nasleđivanja, u slučaju nejasne namere zaveštaoca; prava zaveštaoca da isključi iz nasleđa zakonskog naslednika, bez posebnih razloga; kao i mogućnosti da zaveštalcu odredi lice koje će izvršiti, na osnovu objektivnih kriterijuma u zaveštanju, izbor naslednika iz određenog kruga subjekata.

Razlozi pravne sigurnosti i poštovanje ostaviočeve poslednje volje, izražene u zaveštanju, nalažu izmene i dopune važećih propisa o opozivanju zaveštanja, u pravcu: normiranja odnosa više sačinjenih zaveštanja; dejstva kasnije sačinjenog nevažećeg zaveštanja na ranije sastavljeno punovažno zaveštanje i uticaja kasnije sačinjenog zaveštanja na ranije sastavljeno zaveštanje, u slučaju da zaveštajni naslednik iz docnije sačinjenog zaveštanja ne može ili ne želi da nasledi, kao i uticaja vraćanja u imovinsku masu dobra kojim se prethodno raspolagalo pravnim poslom *inter vivos*.

NATAŠA STOJANOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Niš

WHERE ARE THE LIMITATIONS ON THE FREEDOM OF TESTAMENTARY DISPOSITION?

Summary

In this paper, the author deals with the freedom of testamentary disposition and its limitations. In the light of legislative solutions, legal theory and judicial practice of some European states, the author sheds more light on a number of issues: the testamentary capacity as a relevant factor in the disposition of property *mortis causa*; the impact of the form of testamentary document (will) on the freedom of testamentary disposition; the limitations on the freedom of testamentary disposition regarding the scope of disposition of property in case of death; the right of the testator to designate the heirs in the will and limitations on the exercise of this authority; the right of the testator to exclude a statutory (forced) heir from the testamentary estate or deprive such an heir of the forced portion; and the limitations of the testator on the revocation of the testamentary document (will). In this paper the author suggests as follows: that the existing limitations on the freedom of testamentary disposition regarding the possible heirs who may benefit from the distribution of the testamentary estate should be expanded; that the wording of the Serbian Succession Act shall incorporate the *favor testamenti* rule on the interpretation of the testamentary document; that the testator shall be entitled to exclude a statutory heir from the testamentary estate without special cause; that the testator shall have the option to designate the person who will (given the objective criteria in the testament) decide on the selection of heirs; and that the legal rules governing the revocation of a testamentary document shall be subject to relevant amendments and supplements.

TAMARA ĐURĐIĆ

FIDEIKOMISARNA SUPSTITUCIJA I SLOBODA ZAVEŠTAJNOG RASPOLAGANJA

SUPSTITUCIJA NASLEDNIKA KAO IZRAZ SLOBODE ZAVEŠTAJNOG RASPOLAGANJA

Uvod. – Naslednik je slobodan da po svojoj volji, u granicama postavljenim zakonom, uredi naslednopravne posledice svoje smrti. Ovlašćenje zaveštaoca da slobodno raspoláže svojom imovinom za slučaj smrti u korist naslednika, pre svega univerzalnih sukcesora, osnovni je pokazatelj stepena slobode zaveštajnog raspolaganja koji jedan pravni poredak priznaje pojedincu. U tom smislu, i različiti modaliteti postavljanja naslednika naredbom poslednje volje zaveštaoca, izraz su njegove slobode raspolaganja imovinom *mortis causa*.

U cilju definisanja pravnih limita zaveštajne slobode u domenu imenovanja naslednika, neophodno je, najpre odrediti moguće i u našem pravu dopuštene modalitete postavljanja naslednika kao i kriterijume njihovog razgraničenja, posebno imajući u vidu da su neki od modaliteta kao što je fideikomisarna supstitucija, zabranjeni u našem pravu. Potrebu detaljnije analize ovog aspekta zaveštajne slobode nameće i pravna praksa, jer se pod zabranu fideikomisarne supstitucije podvode slučajevi imenovanja naslednika opterećeni ograničenjima koji po svojim pravnim karakteristikama ne mogu predstavljati fideikomisarnu supstituciju.

Tamara Đurđić, saradnik u nastavi Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

Supstitucija, kao uslovno postavljanje naslednika, predstavlja takvu naredbu zaveštaoca kojom on određuje neko drugo lice da nasledi njegovu zaostavštinu u slučaju da prvopozvani naslednik koga je zaveštanjem odredio, neće ili ne može da ga nasledi. U rimskom pravu bila su zastupljena četiri supstitucionna oblika: (1) vulgarna (obična, redovna, direktna) supstitucija; (2) pupilarna (3) kvazi-pupilar-na (egzemplarna), (4) fideikomisarna (indirektna).¹

Obična supstitucija

Obična supstitucija (*substitutio vulgaris*) predstavlja zamenu naslednika u pravom smislu te reči s obzirom da podrazumeva odnos isključivosti između instituta i supstituta. Naime, supstitut kao zamenik instituta – prvopozvanog naslednika, stupa u pravni položaj ostavioca kod univarzalne sukcesije, tek ako institut neće ili ne može da nasledi ostavioca iz određenih razloga. Dakle, između instituta i supstituta se zasniva odnos isključivosti.² Supstitut, kao naslednik drugog stepena, jeste eventualni naslednik koji stiče pravo nasleđa kada nastupi supstitucionni slučaj koji je zaveštalac predvideo u zaveštanju, pod uslovom da ima sve kvalitete neophodne za sticanje nasledničkog svojstva. Okolnosti koje predstavljaju supstitucionni slučaj mogu biti različite, ali im je zajedničko to da onemogućavaju instituta da stekne pravni položaj naslednika (npr. nedostojnost ili nesposobnost za nasleđivanje, odricanje od nasleđa, smrt naslednika za života zaveštaoca). Cilj normiranja obične supstitucije jeste da se omogući zaveštaocu da se, nakon njegove smrti, zaostavština raspodeli po njegovoj volji, dakle prema zaveštanju, a ne prema pravilima zakonskog nasleđivanja.³

Fideikomisarna supstitucija

Fideikomisarna supstitucija, kao oblik sukcesivnog nasleđivanja, predstavlja veoma složen naslednopravni institut. U pravnoj teoriji fideikomisarnoj supstituciji se pridaju dva pravna značenja: ili se poima kao sukcesivno nasleđivanje gde je svaki potonji naslednik, naslednik prethodnog naslednika, a ostavilac čija se imovina nasleđuje osnivač supstitucije, ili kao sukcesivno nasleđivanje dva ili više naslednika određena od strane zaveštaoca koji se javljaju kao naslednici ostavioca.⁴

¹ A. Đorđević, *Nasledno pravo u Kraljevini Srbiji*, Beograd, 1903, str. 36 i dalje.

² O. Antić-Z. Balinovac, *Komentar Zakona o nasleđivanju*, Beograd, 1996, str. 373.

³ D. Živojinović, *Ništavost zaveštanja* – doktorska disertacija, Kragujevac, 2003, str. 141.

⁴ Č. Rajačić, *Teorija nasleđivanja-kao pravne ustanove*, doktorska disertacija, Zagreb, 1958, str. 118.

Imajući u vidu različite pojavne oblike u kojima se fideikomisarna supstitucija javljala, njeno pojmovno određenje predstavlja polaznu tačku u pravnom razgraničavanju od ostalih modaliteta sukcesivnog nasleđivanja, kao što je nasleđivanje pod uslovom ili rokom. Razgraničenje ovih modaliteta imenovanja naslednika od fideikomisarne supstitucije ima poseban pravnoteorijski ali i praktičan značaj, ako se uzme u obzir da je u našem pravu odredba kojom se određuje fideikomisarna supstitucija ništava, a da je postavljanje naslednika pod uslovom ili rokom dopušteno. Za razumevanje njihove suštine i međusobnih odnosa, korisno je najpre istražiti genezu ovlašćenja zaveštajnog određivanja naslednika kao manifestacije zaveštajne slobode, kako bi se prepoznali pravopolitički razlozi koji su usloveli nastanak različitih modaliteta nasleđivanja .

Fideikomisarna supstitucija vodi poreklo od rimskog *hereditas fideicommissaria* koja je predstavljala "obligatorno prelaženje ostavine sa naslednika na treća lica".⁵ Neposredno postavljeni naslednik – fiducijar je po naređenju dequjusa bio dužan da po svojoj smrti, ili po nastupanju drugog događaja koji je odredio zaveštalac, prenese na drugo, zaveštanjem određeno lice (fideikomisara) celokupnu nasledenu imovinu ili njen procenat. U pitanju je bio tzv. *univerzalni legat* kod kojeg fideikomisar nije bio pravi, već kvazi naslednik, a fiducijar, kao prvopostavljeni naslednik se i dalje smatrao jedinim naslednikom.⁶ Drugi vidovi sukcesivnog nasleđivanja nisu bili dopušteni u rimskom pravu (postavljanje naslednika pod uslovom ili rokom, fideikomisarna supstitucija), jer se dosledno poštovao naslednopravni princip *semel heres, semper heres*. Modernizacijom društva, ovaj princip se postepeno napušta, i sukcesivno nasleđivanje postaje zastupljen modalitet prenosa dobara *mortis causa*.

Prema Srpskom Građanskom zakoniku, ukoliko je bila dopuštena u smislu paragrafa 464, fideikomisarna supstitucija je bila ograničena samo na prvo koleno.⁷ Fideikomisarno nasleđivanje biva ukinuto Vidovdanskim Ustavom iz 1927. godine, što postaje naša pravna tradicija jer takvo rešenje slede i svi potonji zakonski tekstovi (Savezni Zakon o nasleđivanju iz 1955. godine; Zakon o nasleđivanju SRS iz 1974. godine; Zakon o nasleđivanju RS iz 1995. godine).

Istorijski posmatrano, osnovna funkcija fideikomisarne supstitucije bila je da se očuva celovitost imovine ostavioca i ostane u krugu porodice, naročito u

⁵ Č. Rajacić, *Teorija nasleđivanja...*, str. 86.

⁶ A. Đorđević, *Nasledno pravo...*, str. 45.

⁷ Par. 464. Srpskog Građanskog Zakonika iz 1844. godine je predviđao mogućnost supstitucije i to u jednom stepenu – jednu smenu naslednika, ukoliko bi zbog odsustva zaveštajne sposobnosti fiducijar umro bez testamenta ili ukoliko bi fiducijar, iako zaveštajno sposoban, umro bez zaveštanja i bez potomstva koje bi nasleđivalo po osnovu zakona; vidi i A. Đorđević, *op. cit.*, str. 47; Specijalni deo Građanskog prava – Nasledno pravo, po predavanjima Ž. M. Perića, Beograd, 1923, str. 40.

slučaju porodičnog fideikomisa (*fideicommissum familiae relictum*), kod kojeg je sukcesija bila ograničena samo na članove porodice zaveštaoca. Fideikomisarna supstitucija je u svom prvobitnom obliku najpre značila postavljanje naslednika nasledniku. Zaveštalac je za naslednike najčešće postavljao lica koja ne postoje u času njegove smrti, obuhvatajući na taj način i buduće generacije, pa se u pravnoj teoriji smatra da se ovim modalitetom određivanja naslednika želelo odstupiti od zakonom ustrojenog naslednog reda. Na taj način je zaveštalac po svojoj volji definisao poseban nasledni red po kome će se nasledivati, i to u formi supstitucije.⁸ Dejstvo ovog oblika fideikomisa ogledala se u tome što je zaostavština postajala neotuđiva dokle god je bilo ostaviočevog potomstva da ga nasledi.

Međutim, sa ekonomskim i društvenim razvojem, menjala se i struktura društvenih odnosa pa samim tim i društvena funkcija i pravni značaj ovog naslednopravnog instituta. Tako je sukcesivno nasleđivanje postalo značajan instrument pravnog prometa, ali se više nije vezivalo samo za činjenicu smrti već i za neke druge okolnosti. Fideikomisarna supstitucija koja je danas zastupljena u savremenim zakonodavstvima, prilagođena je potrebama modernog društva te predstavlja sukcesivno nasleđivanje istog ostavioca, sa određenim modifikacijama u pogledu propisivanja različitih ograničenja supstitucije. U savremenom naslednom pravu ona se poima kao zaveštajno postavljanje naslednika čije je nasledno pravo ograničeno određivanjem supstitucionog slučaja usled čijeg nastupanja na mesto prvobitno postavljenog naslednika (fiducijara), koji tada gubi nasledničko svojstvo i postaje prethodni naslednik, stupa drugi tj. potonji naslednik (fideikomisar).⁹

Modaliteti fideikomisarne supstitucije u uporednom pravu

U nemačkom pravu su dozvoljeni svi oblici fideikomisarne supstitucije (postavljanje naslednika pod uslovom ili rokom, smena naslednika usled smrti prethodnog naslednika). Fideikomisarna supstitucija se može ustanoviti najduže za

⁸ Specijalni deo Građanskog prava – Nasledno pravo..., str. 43; Č. Rajačić, *Teorija nasleđivanja...*, str. 119.

⁹ Fideikomisarna supstitucija u osnovi predstavlja određivanje dva ili više naslednika koji sukcesivno nasleđuju istu imovinu (Č. Rajačić, *Teorija nasleđivanja...*, str. 117). Ovaj pravni institut se u teoriji određuje u širem i u užem smislu. U širem smislu fideikomisarne supstitucija predstavlja odredbu u zaveštanju kojom zaveštalac određuje da će po nastupanju zaveštanjem predviđenih okolnosti jedno lice prestati da bude naslednik (kada postaje prethodni naslednik), a da će na njegovo mesto stupiti drugi naslednik (potonji naslednik). U užem smislu, fideikomisarne supstitucija predstavlja određivanje naslednika svom nasledniku putem zaveštanja (vidi D. Đurđević, *Institucije naslednog prava*, Beograd, 2011, str. 164). Razlikovanje fideikomisarne supstitucije u širem i užem smislu adekvatno je za razgraničenje dopuštenog i nedopuštenog modaliteta fideikomisarne zamenе u smislu važećeg Zakona o nasleđivanju.

period od 30 godina od ostaviočeve smri, u kom roku mora da nastupi supstitucionij slučaj, s tim da može proizvoditi dejstvo i preko tog roka u zakonom propisanim slučajevima.¹⁰ Iako nemački zakonodavac nastoji da ograniči slobodu zaveštajnog raspolaganja i spreči stvaranje dobara mrtve ruke (“the rule against perpetuities”), ograničenja u tom pravcu su “labavo” postavljena, što je odraz liberalnijeg koncepta normiranja zaveštaočeve slobode.¹¹ Tako, izbor fiducijara i fideikomisara nije vezan za određenu kategoriju lica, niti je uslovljen njihovim materijalnim statusom. Ukoliko je zaveštalc postavio prethodnog naslednika, a nije predvideo koja okolnost će predstavljati supstitucionij slučaj, uzima se da je za supstitucionij slučaj predviđena smrt prethodnog naslednika.¹² U nemačkom pravu potonji naslednik ne mora postojati u trenutku zaveštaočeve smrti, ali mora biti rođen ili začet u trenutku ostvarenja supstitucionog slučaja.

Sličan koncept regulisanja fideikomisarne supstitucije kao u nemačkom pravu, zastupljen je i u švajcarskom i austrijskom pravu. U švajcarskom pravu je fideikomisarna supstitucija dopuštena, s tim da zaveštalc može predvideti supstituciju samo u jednom stepenu.¹³ Međutim, švajcarski zakonodavac izričito ne normira vremenski limit fideikomisarne supstitucije, što može uzrokovati trajno ili trajnije izuzimanje zaostavštine iz pravnog prometa.¹⁴ U austrijskom pravu zaveštalc može neograničeno postavljati supstitute, ali samo iz reda svojih savremenika (naslednika koji su bili rođeni u momentu sačinjavanja testamenta). Kada su za naslednike određena lica koja nisu rođena u trenutku sačinjavanja zaveštavanja, onda je supstitucija ograničena, za pokretne stvari na dve, a za nepokretne na jednu smenu prethodnog i potonjeg naslednika.¹⁵

U francuskom pravu fideikomisarna supstitucija je bila zabranjena¹⁶ do reformi sprovedenih 2007, uz izuzetke koje je predviđao čl. 897. Code civil. Nakon sprovedene reforme, fideikomisarna supstitucija biva dopuštena te zaveštalc može obavezati naslednika ili legataru da nasleđenu imovinu sačuva i nakon svoje

¹⁰ § 2109 BGB st.(1) – Umnwirksamwerden der Nacherbschaft, W.Burandt – D. Rojahn, *Erbrecht*, Verlag C. H. Beck München, 2011, str. 421.

¹¹ M. Anderson and E. Arroyo i Amyuelas, *The Law of Succession: Testamentary Freedom-European Perspectives*, Europa Law Publishing, Groningen, 2011, pp. 159.

¹² § 2106. st (1) BGB – Entrit der Nacherbfolge; W.Burandt – D. Rojahn, *op. cit.*, str. 415. i 416.

¹³ § 489. st (1) *Swiss Civil Code* – Švajcarski građanski zakonik, <http://www.admin.ch/ch/e/rs/210/index.html>.

¹⁴ Vidi D. Đurđević, D. Đurđević, *Fideikomisarna supstitucija u evropskim pravnim porecima i u srpskom pravu*, u: Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije,, Beograd, 2010, str. 114.

¹⁵ §612. *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* – Austrijski građanski zakonik; R. Welsler, *Grudriss des bürgerlichen rechts*, Wien, 2007, str. 516.

¹⁶ Čl. 896. *Francuski građanski zakonik*.

smrti prenese na potonjeg nasljednika, s tim što ovakvo zaveštaočevo raspolaganje mora biti dobročino. Francuski zakonodavac, takođe, ograničava dejstvo fideikomisarne zamene nasljednika, te dopušta samo jednostepenu fideikomisarnu supstituciju.¹⁷

Italijansko pravo karakteriše restriktivniji pristup u normiranju fideikomisarne supstitucije, te je ona načelno zabranjena, uz određene izuzetke.¹⁸ U holandskom pravu fideikomisarna supstitucija je dopuštena ukoliko je reč o zaveštajnom raspolaganju ograničenom uslovom ili rokom. Po pravilu, da bi neko lice bilo sticalac zaostavštine, ono mora postojati u trenutku ostaviočeve smrti, dok u italijanskom pravu nije neophodno da potonji nasljednik bude začet niti rođen u trenutku ostaviočeve smrti. U holandskom pravu fideikomisarnom susptitucijom može biti obuhvaćena najdalje četvrta generacija nasljednika.¹⁹

PRAVNI POLOŽAJ PRETHODNOG I POTONJEG NASLEDNIKA

Kao subjekti pravnog odnosa koji nastaje nasleđivanjem pod uslovom ili rokom javljaju se prethodni i potonji nasljednik, odnosno kod fideikomisarne supstitucije fiducijar i fiducijant (nem. *Vorerbe* i *Nacherbe*)²⁰.

Prethodni nasljednik (fiducijar) stiče zaostavštinu u momentu ostaviočeve smrti, ali je njegovo nasledno pravo vremenski ograničeno, jer prestaje nastupanjem određenog događaja ili protokom vremena. Okolnost (događaj), odnosno vremenski period za koji se vezuje potpuno pravno dejstvo zaveštanja je zapravo supstitucionni slučaj čijim nastupanjem potonji nasljednik definitivno zauzima pravni položaj ostaviočevog univerzalnog sukcesora, smenjujući prethodnog nasljednika.

Specifičnost pravnog položaja prethodnog nasljednika ogleda se u tome što ograničavanje subjektivnog naslednog prava potonjeg nasljednika utiče i na naslednopravni položaj prethodnog nasljednika. Tako od ostvarenja, odnosno neo-

¹⁷ W.Burandt–D. Rojahn, *Erbrecht*, Verlag C. H. Beck München, 2011, str. 1296. i 1297.

¹⁸ §692. *Italian Civil Codes – Italijanski građanski zakonik*; M. Anderson and E. Arroyo i Amyuelas, *The Law of Succession: Testamentary Freedom-European Perspectives*, Europa Law Publishing, Groningen, 2011, pp.194; .W. Burandt–D. Rojahn, *op. cit.*, str. 1317.

¹⁹ M. Anderson and E. Arroyo i Amyuelas, *op. cit.*, pp.211.

²⁰ Izrazi prethodni i potonji nasljednik su preuzeti iz fideikomisarne supstitucije i označavaju samo vremenski trenutak sukcesije, a ne prirodu pravnog odnosa koji tom prilikom nastaje (Č. Rajčić, *op. cit.*, str. 92). Kod suspenzivnog uslova i roka, zaveštalac određuje lice koje će imati položaj potonjeg nasljednika, a kod rezolutivnog uslova i roka, određuje lice koje će imati položaj prethodnog nasljednika.

stvarenja supstitucionog slučaja zavisi da li će on postati konačan naslednik ostavioca. Do ostvarenja supstitucionog slučaja, prethodni naslednik ima položaj ostaviočevog univerzalnog sukcesora i stiče prava i obaveze i druge pravne entitete koji su ostaviocu pripadale u momentu smrti. Međutim, njegova naslednopravna ovlašćenja su ograničena u pogledu prava raspolaganja nasleđenom imovinom, što je posledica njegove dužnosti da potonjem nasledniku u celosti prenese nasleđenu imovinu u trenutku ostvarenja supstitucionog slučaja. Dakle, prethodni naslednik nije "pravi", već "privremeni" naslednik. On postaje i konačni, svojinski naslednik ostaviočeve zaostavštine samo ako se supstitucionni slučaj ne ostvari.

Što se tiče pravnog položaja potonjeg naslednika, on stiče nasledno pravo u trenutku ostaviočeve smrti, ali pravni položaj konačnog, svojinskog naslednika zazuzima tek nastupanjem supstitucionog slučaja. Do tog momenta njemu pripada pravo čekanja da postane naslednik. Pravo čekanja ima utemeljenje u već stečenom naslednom pravu koje nije u potpunosti realizovano zbog postavljenog naslednopravnog ograničenja. Ovo pravo ovlašćuje "čekaoca" da preduzima razne pravne radnje u cilju osiguranja svog pravnog položaja (popis i procena inventara, obezbeđenje svog prava upisom u javne knjige i sl.). Momentom ostvarenja supstitucionog slučaja "čekalac" smenjuje prethodnog naslednika i postaje potonji naslednik sa svim pravnim dejstvima koja iz takvog pravnog položaja proizilaze.

Kod fideikomisarne supstitucije shvaćene u širem smislu (kao sukcesije dva ili više naslednika koji jedan za drugim nasleđuju imovinu istog ostavioca) pravni položaj fideikomisara zavisi od toga da li se on poslednji poziva na nasleđe. Ukoliko je to slučaj, on kao drugopozvani naslednik postaje konačni, svojinski naslednik ostavioca i ima isti pravni položaj kao potonji naslednik postavljen pod odložnim uslovom ili rokom, kada se uslov ostvari, odnosno rok protekne. Ukoliko je zaveštalac i njemu postavio supstituta, onda on ima položaj prethodnog naslednika u odnosu na trećepozvanog, koji će ga smeniti kao njegov supstitut, te je njegov pravni položaj upodobljen sa položajem plodouživaoca.

Jedna od osnovnih dilema koja se nameće kod određivanja pravnog položaja prethodnog naslednika jeste da li je njegova pravna pozicija u potpunosti izjednačena sa pravnim položajem plodouživaoca ili se ipak između njih ne može staviti znak jednakosti? U našem pravu položaj prethodnog naslednika može imati naslednik postavljen pod suspenzivnim ili rezolutivnim uslovom ili rokom. Ako je naslednik postavljen pod suspenzivnim (odložnim) uslovom ili rokom "zaostavština pripada na uživanje zakonskim naslednicima".²¹ Ukoliko je naslednik

²¹ Član 125. i 128. *Zakona o nasleđivanju* ("Sl. glasnik RS", br. 46/1995, 101/2003), u daljem tekstu: ZON.

postavljen pod rezolutivnim (raskidnim) uslovom ili rokom, onda on ima položaj uživaoca.²²

Ovako definisan pravni položaj prethodnog naslednika u našem naslednom pravu nije u skladu sa principom sticanja zaostavštine *ipso iure*, po kome se zaostavština stiće u momentu ostaviočeve smrti, a čiji je osnovni cilj da se obezbedi kontinuitet ostaviočeve građanskopravne pozicije.²³ To znači da od momenta otvaranja nasledstva, pa do ostvarenja supstitucionog slučaja (proteka roka, ispunjenja uslova), zaostavština nema svog svojinskog titulara, već samo uživaoca. To dalje znači da u momentu ostaviočeve smrti niko ne postaje njegov univerzalni sukcesor, što je u suprotnosti sa načelom obavezne univerzalne sukcesije kao jednom od temeljnih načela našeg naslednopravnog uređenja.²⁴

Iz tih razloga ispravno je stanovište autora koji smatraju da prethodni naslednik u momentu ostaviočeve smrti postaje univerzalni sukcesor ostavioca i titular prava svojine na nasleđenim dobrima, s tim što je ta svojina vremenski i sadržinski ograničena. Vremenski, jer traje do ostvarenja supstitucionog slučaja, a sadržinski, jer je njen titular ograničen u vršenju ovlašćenja raspolaganja nasleđenom imovinom, kao osnovnog svojinskog ovlašćenja, te su njegova ovlašćenja za pravo identična onima koja ima plodouživalac.²⁵

Kako sistem sticanja zaostavštine *ipso iure* podrazumeva sticanje zaostavštine u momentu ostaviočeve smrti, jedno od osnovnih obeležja ovog sistema nasleđivanja jeste jedinstvenost pravnog položaja naslednika. Naime, momentom ostaviočeve smrti naslednik kao univerzalni sukcesor stupa u pravni položaj ostavioca koji se sjedinjuje sa njegovim dotadašnjim pravnim položajem. Međutim, kod ograničavanja naslednog prava odstupanja se od načela jedinstvenosti pravnog položaja naslednika, pa su ranija i nova pravna pozicija naslednika razdvojene. Do nastupanja uslova ili proteka roka, prethodni naslednik ima položaj ostaviočevog naslednika, i to privremenog, te na njega prelaze sva prava i obaveze ostavioca, ali ostaju razdvojene od njegovih dotadašnjih prava i obaveza.²⁶

²² Čl. 128. ZON.

²³ D. Đurđević, *Pravni položaj prethodnog naslednika*, Anali pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1/11, str. 110.

²⁴ Prvopozvani naslednik (fiducijar) ima faktički položaj uživaoca nasleđene imovine, s tim što se on ne može smatrati prostim uživaocem imovine u njegovom doslovnom značenju, jer je on, pre svega, ograničeni sopstvenik nasleđene imovine. S obzirom da nema izričitih odredaba koje regulišu njegov pravni položaj, trebalo bi, analogno, primeniti propise kojima se regulišu pravni položaj plodouživaoca, imajući u vidu da je fiducijar ujedno i sopstvenik (vidi Specijalni deo Građanskog prava ... str. 47).

²⁵ D. Đurđević, *Pravni položaj...*, str. 112.

²⁶ Zbog razdvojenosti dotadašnje i nove (naslednopravne) pozicije, prethodni naslednik odgovara za ostaviočeve dugove *cum viribus hereditatis*.

Naslednopravni položaj prethodnog naslednika prestaje ispunjenjem uslova, odnosno protekom roka, kada prestaje njegovo nasledno pravo, a njegovu naslednopravnu poziciju zauzima potonji naslednik. Dakle, razdvojenost pravnog položaja prethodnog naslednika je posledica ograničavanja njegovog naslednog prava uslovom ili rokom. Potonji naslednik je ostaviočev konačni, neograničeni naslednik čiji je naslednopravni položaj sada jedinstven, jer više ne trpi nikakva ograničenja. Dakle spajaju se njegov prethodni i novonastali pravni položaj skopčan sa svim pravnim posledicama koje otuda proizilaze.²⁷ Naravno, ukoliko se ne desi supstitucionni slučaj (npr. uslov se ne ostvari pošto rok svakako mora da protekne), ili je izvesno da se neće ostavriti, prethodni naslednik postaje konačni naslednik.

SLIČNOSTI I RAZLIKE IZMEĐU FIDEIKOMISARNE SUPSTITUCIJE I ODREĐIVANJA NASLEDNIKA POD USLOVOM ILI ROKOM

O sukcesivnom nasleđivanju je reč kada najmanje dva lica stiču nasledno pravo u momentu ostaviočeve smrti, tako da naslednikom postane najpre jedan od njih, a potom drugi.²⁸ Postavljanje naslednika pod uslovom ili rokom dovodi (ili može dovesti) do sukcesivnog nasleđivanja, baš kao i fideikomisarna supstitucija. Otuda proizilazi i značajna podudarnost između ova dva modaliteta postavljanja naslednika, kako u pogledu sadržine pravnog odnosa koji se njima zasniva, tako i u pogledu pravnih dejstava koja proizvode i funkcija koje se posredstvom njih ostvaruju.

Sukcesivno nasleđivanje, kao vid univerzalne sukcesije, uslovljeno pre svega principom sticanja zaostavštine *ipso iure* kod kojeg se momenat delacije i momenat sticanja zaostavštine poklapaju. Kako ležeća zaostavština nije svojstvena ovom sistemu nasleđivanja, neophodno je na drugi način obezbediti pravni kontinuitet ostaviočeve imovinskopravne pozicije od momenta delacije pa do momenta ostvarenja uslova ili protoka roka. Kako uslov i rok nemaju retroaktivno dejstvo, već deluju *ex nunc*, u periodu pendencije uslova (odnosno do isteka predviđenog roka) svojstvo naslednika stiču zakonski naslednici kao univerzalni sukcesori. Sukcesivno nasleđivanje, kod ograničenja uslovom ili rokom, uslovljeno je i načinom regulisanja međusobnog odnosa pravnih osnova nasleđivanja. Na naslednopravna pitanja koja nisu definisana zaveštanjem kao najjačim pravnim osnovom pozivanja na nasleđe, primenjuju se pravila zakonskog nasleđivanja. U tom smislu će u položaj

²⁷ N. Gavella, *Pravni položaj naslednika*, Zagreb, 1983, str. 93.

²⁸ N. Gavella, *op. cit.*, str. 89.

prethodnog naslednika kod suspenzivnog uslova/roka, a u ulozi potonjeg naslednika kod rezolutivnog uslova/roka, biti stavljen zakonski naslednik.

U teoriji se susreću mišljenja da je zakonski naslednik kao supstiticioni naslednik prećutno određen od strane zaveštaoca, jer ograničavajući nasledno pravo potencijalnog naslednika, on stvara mogućnost da i druga lica postanu naslednici pre ili posle njega. Zato se ovaj modalitet imenovanja naslednika označava u pravnoj teoriji kao "konstruktivna fideikomisarna supstitucija"²⁹. Dakle, postavljanje naslednika pod uslovom ili rokom po svojoj pravnoj prirodi predstavlja modalitet fideikomisarne supstitucije koji nastaje na osnovu zakonskih odredbi, a ne voljom zaveštaoca, i to onda kada zaveštalc određuje samo jednog od naslednika koji se smenjuju (prethodnog ili potonjeg). Otuda se samo po sebi nameće jedno pravnoteorijsko pitanje – *da li zaveštalc može svojom voljom postaviti i prethodnog i potonjeg naslednika kod nasleđivanja pod uslovom ili rokom?*

Prema pozitivnom pravu, kod nasleđivanja pod odložnim uslovom ili rokom, "zaostavština pripada na uživanje zakonskim naslednicima, ako iz zaveštavanja ne sledi što drugo"³⁰. Citirana zakonska odredba može se dvojako tumačiti: prvo, na način da je zaveštalc slobodan da svojom voljom promeni imovinsko-pravnu poziciju zakonskih naslednika i proširi njihova svojinskopravna ovlašćenja u odnosu na ovlašćenje plodouživanja koje je zakonom propisano; drugo, moguće je ovu odredbu tumačiti u smislu da će zakonskim naslednicima pripadati zaostavština do ostvarenja uslova/proteka roka, ali da zaveštalc može odrediti druga lica koja će umesto zakonskih naslednika biti naslednici u tom intervalu.

Zakonsku normu treba tumačiti u korist zaveštaočeve slobode da odredi ne samo jednog, već oba naslednika (i prethodnog i potonjeg) kod nasleđivanja pod odložnim uslovom ili rokom. Čak može predvideti da će, u slučaju neostvarenja odložnog uslova (pošto rok mora da protekne), zaostavština pripasti u svojinu trećim licima, a ne zakonskim naslednicima.³¹

Kod postavljanja naslednika pod raskidnim uslovom ili rokom, zaveštalc je takođe slobodan da odredi za potonjeg naslednika neko drugo lice umesto zakonskog naslednika, kao supstituta naslednika postavljenog pod raskidnim uslovom ili rokom. Razlika u odnosu na odložni uslov i rok se ogleda u tome što u slučaju smrti prethodnog naslednika, a pre ostvarenja raskidnog uslova, zaostavština mora pripasti naslednicima prethodnog naslednika u svojinu.³² Zaveštalc u ovom slučaju ne može predvideti zaveštanjem da zaostavština pripadne tre-

²⁹ Č. Rajačić, *op. cit.*, str. 91.

³⁰ Čl. 125. ZON.

³¹ O. Antić-Z. Balinovac, *Komentar Zakona o nasleđivanju*, Beograd, 1996, str. 384.

³² Čl. 131. ZON;

ćim licima, jer bi takva odredba predstavljala fideikomisarnu supstituciju (u užem smislu).³³

Iako su kod ograničavanja nasleđivanja uslovom ili rokom supstiticioni naslednici po pravilu zakonski naslednici, odredba kojom bi zaveštalac postavio i prethodnog i potonjeg naslednika bila bi punovažna.³⁴ Međutim, kod ovog modaliteta postavljanja naslednika zaveštalac određuje supstituciju samo u jednom stepenu, jer samo jednog naslednika postavlja pod uslovom ili rokom. Dakle, nije moguća višestepena smena naslednika, odnosno uzastopna supstitucija koja karakteriše fideikomisarnu supstituciju u njenom osnovnom značenju. Međutim, ova razlika između pomenutih modaliteta sukcesivnog nasleđivanja sve više gubi na značaju u savremenom naslednom pravu jer se u pravnim sistemima u kojima je fideikomisarna supstitucija dopuštena, ona vremenski ograničava.

Iz prethodnog izlaganja proizilazi da fideikomisarna supstitucija shvaćena u širem smislu i postavljanje naslednika pod uslovom ili rokom predstavljaju vremenski ograničene modalitete sukcesivnog nasleđivanja. Ova dva instituta se podudaraju u pogledu pravnog položaja subjekata pravnih odnosa koji se tom prilikom zasnivaju, kao i u pogledu njihove sadržine. Otuda proizilazi da postavljanje naslednika pod uslovom ili rokom po svojoj pravnoj prirodi predstavlja modalitet fideikomisarne supstitucije.

Takođe, ovlašćenje zaveštaoca da nečije pravo nasleđa modifikuje uslovom ili rokom, ustanovljeno je zarad ostvarivanja iste društvene funkcije koja se ostvaruje fideikomisarnom supstitucijom. Institucionalizacija ovih modaliteta nasleđivanja ima za cilj da zaveštajno određivanje naslednika prilagodi promenjenim okolnostima koje mogu nastupiti posle smrti zaveštaoca. Opravdanje njihovog normiranja leži u pravnoj prirodi zaveštanja kao pravnog posla *mortis causa*, jer zaveštanje proizvodi dejstvo od momenta zaveštaoćeve smrti kada zaveštalac nije u mogućnosti da sadržinu zaveštanja prilagodi novonastalim okolnostima.

PRAVNE GRANICE SUPSTITUCIJE NASLEDNIKA U SRPSKOM PRAVU

U definisanju pravnih limita zaveštajne slobode u domenu postavljanja naslednika od strane zaveštaoca, ključni problem je postaviti granice između dopuštenog ograničavanja naslednog prava uslovom ili rokom i nedopuštene fideikomisarne supstitucije. U sudskoj praksi su zastupljeni slučajevi zabrane fideikomisarne supstitucije u situacijama koje podsećaju na fideikomisarnu zamenu,

³³ O. Antić–Z. Balinovac, *op. cit.*, str. 390.

³⁴ Č. Rajačić, *op. cit.*, str. 124.

ali ni po sadržini, ni po dejstvu, zapravo to nisu. Na primer, kod postavljanja zamene nasledniku, gde se supstiticioni slučaj ostvaruje punoletstvom drugopozvanog sukcesora *mortis causa*, u sudskoj praksi je zauzet stav da je na ovaj način ustanovljena fideikomisarna supstitucija.³⁵ Međutim, ovde je zapravo reč o postavljanju naslednika za slučaj smrti, pod složenim (kombinovanim) rokom.³⁶

Odredbu o zabrani fideikomisarne supstitucije potrebno je elastično tumačiti, s obzirom da je u pozitivnom pravu prilično usko postavljena, te obuhvata jedino modalitet određivanja naslednika nasledniku. Nesporno je da se fideikomisarna zamena naslednika koja je zabranjena u našem pravu odnosi na supstituciju kod koje se supstiticioni slučaj ostvaruje smrću prethodnog naslednika, gde potonji naslednik zapravo nasleđuje prethodnog naslednika. Međutim, to je samo jedan od mogućih oblika fideikomisarne supstitucije.

Pod zabranjenom fideikomisarnom supstitucijom treba razumeti svaki pravni odnos koji zaveštalac uspostavlja naredbom poslednje volje, bilo posredno ili neposredno, a koji je usmeren na ostvarivanje ciljeva koji se ostvaruju fideikomisarnom zamenom naslednika za slučaj smrti fiducijara. Svaku zaveštajnu odredbu koja bi bila usmerena na zadržavanje nasleđene imovine, čime se ona izopštava iz pravnog prometa i istovremeno ograničava sloboda imovinskopravnog raspolaganja ostalih naslednika, treba tumačiti u smislu zabrane fideikomisarne supstitucije. U tom smeru treba interpretirati odredbu kojom zaveštalac zabranjuje naslednicima da raspolažu zaostavštinom koju su nasledili, kao i odredbu kojom se zabranjuje ili ograničava deoba nasledstva.³⁷ Pojmom fideikomisarne supstitucije koja je zabranjena u našem pravu treba obuhvatiti i pupilarnu i kvazi pupilarnu supstituciju koje nemaju praktični već samo pravnoteorijski značaj, jer su relikti prošlosti koje savremeno nasledno pravo ne poznaje.³⁸

ZAKLJUČAK

U pravnoj teoriji, pitanje zabrane fideikomisarne supstitucije kao varijante vremenski ograničenog sukcesivnog nasleđivanja vezuje se za slobodu zave-

³⁵ Vidi: Presudu Saveznog vrhovnog suda, od 14.12.1962. Rev. 1290-62, Zbirka sudskih odluka, knj.VII, sv. 2, Beograd (navedeno prema S. Marković, *Nasledno pravo*, Beograd, 1981, str. 242).

³⁶ N. Stojanović, *Nasledno pravo*, Niš, 2011, str. 242; suprotno S. Marković, *Nasledno pravo*, str. 282.

³⁷ Pomenute odredbe su prema Zakonu o nasleđivanju iz 1995. ništave, a u Prednacrtu Zakona o nasleđivanju su normirane kao modaliteti *složene zamene naslednika (zavetine)*, odnosno *fideikomisarne supstitucije*, u odeljku kojim se reguliše ništavost zaveštanja.

³⁸ D. Živojinović, *Nevažnost zaveštanja – doktorska disertacija*, Kragujevac, 2003, str. 144.

štajnog raspolaganja i definisanje njenih pravnih okvira. Svaki problem pravnog ograničavanja zaveštajne slobode, pa i ovaj, u svojoj biti se svodi na uspostavljanje ravnoteže između privatnopravne autonomije pojedinca na jednoj strani, i društvenih interesa na drugoj. Međutim, sloboda zaveštajnog raspolaganja kao i svaka druga garantovana sloboda mora se posmatrati u kontekstu vladajućih društvenih odnosa. U tom smislu se postavlja pitanje da li bi naslednopravna dejstva zaveštanja trebalo ograničiti na samo jednu generaciju univerzalnih sukcesora, ili bi u korist šire slobode zaveštajnog raspolaganja trebalo omogućiti zaveštaocu da raspolaže imovinom u korist lica koja nisu bila rođena u trenutku sačinjavanja zaveštanja? Drugim rečima, da li bi trebalo prihvatiti liberalniji koncept normiranja fideikomisarne supstitucije u prilog šire slobode zaveštajnog raspolaganja što podrazumeva i mogućnost zamene naslednika usled smrti prethodnika ili pak zadržati restriktivniji pristup koji ide u prilog sigurnosti pravnog prometa?

Nesporno je da fideikomisarna supstitucija ima za posledicu izopštavanje tako zaveštanih dobara van pravnog prometa, s obzirom da se ona, po pravilu, prenose sa generacije na generaciju i često ostaju u krugu porodice, te postaju dobra mrtve ruke. Osim toga, uspostavljanjem fideikomisarne supstitucije naslednicima se ograničava njihova sloboda svojinskopravnog raspolaganja nasleđenim dobrima i dovodi u pitanje ostvarivanje garantovanih imovinskih prava, a samim tim i zaštita imovinskopravne pozicije stečene u skladu sa zakonom. Sa druge strane, kao izraz autonomije volje pojedinca, većina savremenih zakonodavstava dopušta fideikomisarnu supstituciju, te se ona javlja u različitim modalitetima. Neka od njih je normiraju vrlo fleksibilno kao što je slučaj sa nemačkim pravom koje optira u korist šire zaveštajne slobode, dok je druga evropska zakonodavstva ograničavaju na različite načine.

Pozitivna strana fideikomisarne supstitucije je prilagođavanje zaveštajnog raspolaganja budućem razvoju događaja koji može sledovati nakon zaveštaočeve smrti. Ovaj cilj se postiže postavljanjem naslednika pod uslovom ili rokom kao jedinim dopuštenim modalitetom fideikomisarne supstitucije, koji isključuje mogućnost višestruke smene naslednika.

Kada je reč o fideikomisarnoj zameni naslednika usled smrti fiducijara, naš zakonodavac je izričit, i ovaj modalitet zaveštajnog raspolaganja ne dopušta, sankcionišući takvu odredbu ništavošću. Međutim, u pravnoj teoriji se za ovaj oblik fideikomisa vezuju neke pozitivne posledice koje se ne smeju zanemariti. Na ovaj način zaveštalac može omogućiti detetu koje nije začeto u trenutku smrti zaveštaoca da ga nasledi kao potonji naslednik, što je od posebnog značaja u onim pravnim sistemima u kojima potonji naslednik ne mora doživeti trenutak smrti zaveštaoca. Na ovaj način se takođe može obezbediti ravnopravan naslednopravni položaj između srodnika iste generacije. U cilju uspostavljanja ekonomske i so-

cijalne ravnoteže i pravične raspodele zaostavštine između naslednika, zaveštalac može preskočiti stariju generaciju svojih srodnika, i ostaviti nasledstvo pripadnicima mlađe generacije.³⁹

Pitanje dopuštenih modaliteta imenovanja naslednika od strane zaveštaoca je od posebnog značaja za nasledno pravo kao izraz slobode imovinskopravnog raspolaganja, odnosno konkretizacija slobode zaveštajnog raspolaganja. Nesporno je da fideikomisarna supstitucija nastala kao rezultat praktičnih potreba čoveka i da njeno normiranje treba biti u funkciji zadovoljavanja zahteva savremenog društva. Ostaje da se vidi da li će u aktuelnoj reformi građanskog prava pravni stručnjaci prepoznati potrebu da se još jednom razmotri domašaj zabrane fideikomisarne supstitucije u srpskom naslednom pravu, a samim tim preispita i vladajući koncept slobode zaveštajnog raspolaganja.

TAMARA ĐURĐIĆ, B.A.,
Faculty of Law, University of Kragujevac

FIDEICOMMISSARY SUBSTITUTION AND FREEDOM OF TESTAMENTARY DISPOSITION

Summery

In this paper the author analyzes possible and in Serbian law permitted modalities of heir substitution, in order to define the domain of the legal framework of testamentary freedom. Firstly, “*substitutio vulgaris*” is presented, and afterwards, fideicommissary substitution is explained in details – the definition of fideicommissary substitution is provided, its historical development presented and examined its social function and legal effects. The following presentation is focused on prior and subsequent heir who inherits under the condition or term. In the final section, the author tries to find the differences and to establish criteria for the legal delineation between setting heir under condition or term, as permitted modalities of heir determination in our law, and fideicommissary substitution, which is prohibited in Serbian law. Besides the critical overview on legal regulations of fideicommissary substitution, the author marks the guidelines for the potential reform of this legal institute in the contemporary reform of the civil law, based on the comparative solutions.

³⁹ D. Đurđević, *Fideikomisarna supstitucija u evropskim pravnim porecima i u srpskom pravu*, u: *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije*, Beograd, 2010, str. 124.

BRANKO MORAIT

O MORALNOSTI UGOVORNOG PRAVA

U V O D

U jednoj novijoj polemici na stranicama “Politike” vođene o postmodernizmu i neoliberalizmu oslikavaju se protivurječnosti savremenog svjetskog i našeg tranzicionog poretka čiji je promoter neoliberalna ideologija a čiji je izumitelj tzv. transnacionalna buržoaska oligarhija. Ta svjetska, vladajuća oligarhija insistira samo na ekonomskoj efikasnosti ne obazirući se i ne uzimajući u obzir kategorije kao što je moral, pravednost, dostojanstvo, socijalna odgovornost i sl. U raljama ove nadnacionalne oligarhije nalazi se i nacionalna buržoazija koja je prigrabila (ponovno) ideologiju liberalizma a koja je insistirala na principima individualnih sloboda i vladavine prava na nivou nacionalne države, donekle ukorijenjene u sopstvenom narodu (naciji) te nije mogla biti potpuno indiferentna na socijalnu zaštitu sopstvenog naroda. U polemici se ističe i da je za ekonomiju veoma važan moral koji vlada u društvu, jer kakav je moral takva će biti i kultura, pa i pravna kultura iz koje proizilaze zakoni koji regulišu i ekonomsku sferu. I, najzad, zaključuje se da nema dugoročno održivog stabilnog razvoja društva u kom preovlađuju zakoni koji nisu zasnovani na moralu.¹

Dr Branko Morait, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banja Luci.

¹ Prema: Jovan B. Dušanić, “Neoliberalizam ipak postoji – odgovor Mijatoviću 2”; KUN – Kulturni dodatak “Politike” od 25. avgusta 2012.

O talasu reformi radi približavanja toj i takvoj svjetskoj struji besomučno se provode reforme pa tako i pravne reforme odnosno pravosudne reforme. Kako je duhovito primjećeno – srećni i uspješni narodi rijetko kada sprovode reforme², a kamo li reforme reformi! Reformator kao i revolucionar je misionar koji smatra sebe pozvanim da mijenja i ljudsko društvo i ljudsku prirodu. “Stalne reforme, naročito u oblasti prava i pravosuđa oduzimaju mu autoritet koji je neophodan da bi građani poštovali pravne norme i odluke sudova. Ako se zakoni često i stalno menjaju, onda ih građani sve manje doživljavaju kao neku vrstu moralnog pravila koje se mora poštovati, već kao prolazni hir trenutno aktuelne vlasti. Ako se sudije stalno reizabiraju, onda ih građani ne doživljavaju kao oličenje moralnog autoriteta, već kao promjenljivog činovnika, kojeg ta hirovita vlast i treba da menja.”³

MORALNO I PRAVNO

Dosadašnji opus Kopaoničke škole prirodnog prava prepoznaje se kao stalno vraćanje istom, dobrom i pravednom.⁴ Izvodeći dalje, možemo prepoznati da je riječ o školi koja razvija moralno pravo i pravično pravo i uspostavlja jednu racionalnu platformu za naučnu kritiku pozitivnog prava.

Pitanja koja se javljaju danas ne potiču od juče nego od antičkih mislilaca. Teze i antiteze, kao što ih navodi profesor Perović: ljubav i mržnja, egoizam i altruizam, savjest i iskušenje, pravo i pravda, moral i nemoral, demokratija i tiranija, univerzalno i partikularno, jednakost i diskriminacija, odražavaju vječnu upitanost.⁵ Mržnja je neprijatelj ljudske prirode i nije put nauke koja je slika istine do koje se dolazi dobronamjernom organizovanom sumnjom, a nikakvom dogmom koja je okov i zatvor za misao.⁶

Jedna od glavnih tekovina djelovanja Kopaoničke škole prirodnog prava jeste uspostavljanja tipologije kulture prava pomoću tri sintagme: *učini zlo, ne učini zlo i učini dobro*. One označavaju razvoj, stupnjevanje kulture prava i grade moralnu triparticiju prava.⁷ Prvobitno pravo sistemom taliona nastupalo je osvetnički prema prekršiocu i naređivalo je da mu se *učini zlo*. Najdugotrajniji stepen razvoja civilizacije prava, prema našem mišljenju, naređuje *ne učini zlo* i to je njen

² Jovan Ćirić, direktor Instituta za uporedno pravo, Stalne promene sudovima oduzimaju autoritet,”Politika”, 13. avgust 2012, str. 10.

³ Ibid.

⁴ Slobodan Perović, Besede sa Kopaonika, Beograd, 2002, 120.

⁵ Ibid., 323.

⁶ Ibid., 324.

⁷ Ibid., 271.

dostignuti pravni standard. Više od toga, *učini dobro*, nalazimo samo u aktima kodifikovanih prirodnih prava koji su pretežno s međunarodnim elementom.⁸ Vladavina modernog pozitivnog prava sa sintagmom legaliteta, *ne učini zlo*, sučeljava se sa sintagmom *učini dobro* koja je na strani legitimiteta.⁹ Razapet između dobra i zla pravno obrazovan, kulturni čovjek će u duhu kulture, neminovno, izabrati ljepotu dobrog.¹⁰

Moral je sinonim za dobro. Po jednom stanovištu moralno dobro je ono što je zadovoljstvo i cilj. Uloga etike, kao nauke o moralu, je da čovjeku omogući postizanje moralnog cilja, zadovoljstva. Na drugoj strani je uvjerenje da je najveće moralno dobro sreća i zadovoljstvo zajednice.¹¹ Prema izjavi Vladete Jerotića, datoj u jednom intervjuu, razlike između morala i etike, ukratko su: "Moral odgovara na pitanje – šta treba da činim, teži vrlini i vrhunac mu je svetost, dok etika odgovara na pitanje – kako živeti, teži sreći i vrhunac joj je mudrost." V. Jerotić dodaje i da je autentična religioznost pozitivno uticala na moral i to na moral pojedinog čovjeka, ali ne i na moral čitavog jednog naroda. Navodi ruskog religijskog filozofa, Konstantina Leontijeva, koji je o tome rekao: "Ima humanih ljudi, ali nema humanih država." Ovaj zadnji navod problematizuje odnos morala i prava, jer je, u krajnjoj liniji, država stvaralac i zaštitnik pravnih normi.

Moral je autonomna norma, koju čovjek zadaje samome sebi kako bi ostvario ljudsko dostojanstvo, čovječnost.¹² Suština morala je apsolutna, unutrašnja, neizbježna i nesumnjiva dužnost da uskladi svoje ponašanje sa svojom sopstvenom savješću. Ukoliko to ne uspije moralan, čovječan, pojedinac osjeća grižu savjesti, koja čini da se osjeća kao nečovjek i da bude izvrnut sopstvenom autopreziru koji može da ga odvede čak i u suicid, kao najteži vid samokažnjavanja, jer već i griža savjesti stvara neprijatne osjećaje prema samome sebi.¹³ Samo moralan čovjek je kulturno biće, samosvjesno i odgovorno biće koje služi opstanku ljudske vrste. Moralna norma je vrhovna norma, tako da konkuriše religioznoj normi, koja, zbog svetog oreola, čini se ima veću snagu, tako da više utiče na moral nego moral na nju. Moralna norma uređuje život, a religiozna život na drugom svijetu. Moral je društveni fenomen, fenomen čovječstva.¹⁴

⁸ Ibid.,

⁹ Ibid., 272.

¹⁰ Ibid., 305.

¹¹ Dr Radomir D. Lukić, Sistem filozofije prava, "Savremena administracija", Beograd, 1992, 210.

¹² Ibid, 212

¹³ Ibid., str. 214.

¹⁴ Ibid.

Unutrašnja moralna sankcija je griža savjesti, samoprezir i samokažnjavanje do suicida. Vanjska društvena moralna sankcija je bojkot, prezir njega kao nečovjeka, preko ostrakizma do smrtne kazne kao društvene sankcije izvršenjem linča.¹⁵

Među glavne vrijednosti koje se mogu smatrati aksiomatskom podlogom za razlikovanje morala od nemorala, moralnog od nemoralnog, poređane od dobra nasuprot zlu jesu: istina nasuprot laži, pravda – nepravda, sloboda – nesloboda (ropstvo), red (poredak) – nered (haos), mir nasuprot ratu.¹⁶

Nasuprot moralu stoji pravo koje se definiše kao heteronomno, vanjsko pravilo koje izvana djeluje na ljude, a prinudu organizuje i sprovodi država putem svojih demokratskih, zakonodavnih i izvršnih organa. Moralne norme su isključivo zaštićene društvenom sankcijom, koja može biti i efikasna. Međutim, moralne norme, zbog svoje prirode, nisu podesne za državnu sankciju. Moral uređuje unutrašnju stranu ljudskog ponašanja, dok je pravna norma regulator društvenih, međuljudskih odnosa, na koje je moguće uticati moralnom prinudom. Niko se ne može natjerati da vjeruje, ali se može prinuditi da plati dug.¹⁷

Razvoj nepravničkih pravila često se razvija od morala, preko običaja do prava. Preko pravničkih običaja, zapravo društvenih običaja koje pravo zbog značaja sankcioniše, pravo se veže za običaje. Društveni običaji nastaju i nestaju a samo neki se pretvaraju u pravne. Značajna društvena norma koja ima autonomnu sankciju je moral. Unutrašnja moralna sankcija je griža savjesti, a spoljna je moralna osuda, izopštenje nemoralnog prestupnika sve do najtežih sankcija spontanog, neorganizovanog oblika. Moral utiče na pravo tako što najvažnije moralne norme pravo prisvaja. Poznata je uzrečica da je pravo minimum morala, moralni minimum. Moralizacija prava je poželjna i zapažena pojava, ali je zapažena i pojava da mnoge pravne norme bivaju sukobljene s moralom. Moral vladajućeg društvenog sloja često se od strane obespravljenih smatra za nemoral i obratno. Pravo nemoralne radnje sankcioniše kada one uđu u sferu pravničkih odnosa tako što propisuje opšte norme koje određuju da nemoralne radnje predstavljaju uzrok nevažnosti pravničkih poslova ili se kvalifikuju kao protivpravne i zabranjene.¹⁸

I u razvoju prava postoji pravo po sebi, kao tvorevina koja sadrži suštinu prava i koja se otkriva, kao prirodno pravo ili objektivno pravo i pravo koje sankcioniše država ili pozitivno pravo. Od države zavisi koliko će sadržaj objektivnog prava preuzeti u pozitivno pravo. Predmet filozofije prava je objektivno pravo, a predmet pravne nauke (teorije prava) je pozitivno pravo.¹⁹

¹⁵ Ibid., 215.

¹⁶ Ibid., 217–228.

¹⁷ Ibid., 322.

¹⁸ Ibid., 323.

¹⁹ Ibid., 325.

Pod objektivnim pravom prof. Lukić podrazumijeva prirodno pravo. Takvo pravo nije proizvoljna tvorevina vlasti i trenutnih vlastodržaca, nego nešto objektivno, što treba otkriti.²⁰

Objektivnost prirodnog prava nalazi se u njegovoj savršenosti.²¹ Marksističko shvatanje prava je nekritički i optimistički, pa i propagandistički izjednačavalo prirodno i pozitivno pravo. Tako je proizilazilo da je i pozitivno pravo dobro za čovjeka i za društvo.²² Međutim, upravo kritika pozitivnog prava koju je pokrenula i uspješno vodi Kopaonička škola prirodnog prava polazi od pretpostavke da pozitivno pravo treba popravljati da bi ono bilo dobro s pozicija racionalističke koncepcije prirodnog prava.

Kantova opšta podjela sistema prava izvodi na prvo mjesto, prirodno pravo koje *a priori* počiva na principima i na pozitivno (statutarno) pravo koje proizilazi iz volje nekog zakonodavca. Druga podjela je na prirođeno, urođeno (ljudsko – u modernom značenju; primjedba naša) koje je nezavisno od svakog pravnog akta, koje čovjeku po rođenju pripada i stečeno pravo – za čiji nastanak se zahtijeva pravni akt. Prirođeno pravo je samo jedno jedino.²³ Prema profesoru Peroviću umno ili racionalno prirodno pravo predstavlja čitav sistem koji je univerzalan, nepromjenjiv i vječan, a i pravo i moral imaju zajedničku osnovu – um.²⁴

Akademik, prof. dr Slobodan Perović²⁵, naglašava: “našem moralnom osećaju odgovara da se reč održi, ali isto tako da se uzdržimo od svakog čina kojim bi drugome naneli nesreću.”²⁶ Ovo su temelji na kojima počiva moralnost obligacionog prava i o kojoj ćemo nešto više govoriti u posebnom dijelu ovog članka. Još za Platona i učenika mu Aristotela, kao moralna odredba, pravda je vrlina svih vrлина, jer u sebi sadrži sve druge vrline.²⁷ Značajan primjer za veličanstvenu zajedničku zgradu koju nastanjuju moralne i pravne norme izgradio je Bogišićev Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru od 1888. godine. Pod pravilima morala i blagonaravlja on podrazumijeva “ona pravila obične ljuckote i pravičnosti, na pokoravanju kojima Vlast uopšte ne može svagda upravo da prinudi,

²⁰ Ibid., 362.

²¹ Ibid., 402.

²² Ibid.

²³ Imanuel Kant *Metafizika morala*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci–Novi Sad, 1993., 39.

²⁴ Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2002, 114.

²⁵ Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2002.

²⁶ Ibid., 68.

²⁷ Ibid., 69.

ali narodna svijest svagda osuđuje one koji ta pravila prestupaju.”²⁸ Odnos prava i morala, ponekad, makar formalno izledao prikladan, sadržava jednu neprirodnu simbiozu. To se posebno, prema profesoru Peroviću, odnosi na kovanicu: “moral socijalističkog samoupravnog društva” koji je, kao ideološki konstrukt, napisao Zakon o obligacionim odnosima izmjenama od 1993. godine., s obzirom da je vladajuća, nasilnička, definicija prava, imajući monopol na teoriju zapovjedila da je pravo volja vladajuće klase, zapravo jedne partije koja putem države ostvaruje monopol na fizičko nasilje i uvodi u diktaturu, što sa moralom nema nikakve veze.²⁹

MORALNI ZAKON

Moralna obaveza ima dvojak karakter, jer djeluje spolja (društveno) i iznutra (individualno), za razliku od pravne i običajne koja je jednostrana, isključivo društvena. Moralna obaveznost nagoni pojedinca da moralno postupi kada se nađe u određenoj moralnoj poziciji i ukazuje se kao bezuslovnost, imperativnost i munjevito, trenutno reagovanje. Nakon toga slijedi moralni sud. Moralni sud može biti pozitivan ili negativan, ako je moralna norma prekršena. Tome slijedi moralna sankcija koja može biti individualna i unutrašnja (npr. griža savjesti) a može biti i spoljašnja odnosno društvena (prezir, isključenje iz zajednice).

Hrišćanski teolozi³⁰ baveći se moralom, ističu da se hrišćanski moral kalemi na prirodni (divlji) moral. Moralna načela, spoznata pomoću moralnog osjećaja i čovječijeg uma, ostaju čvrsto podržana u hrišćanstvu. Hrišćansko učenje o moralu u središte postavlja opšti i nedjeljivi prirodni moralni zakon sa njegovim nepromjenjivim osnovnim načelima i glavnim normama i pravilima za moralni život.³¹ Pod uticajem darvinizma tvrdi se da prema stanju društvenog razvoja nema još djela koja su apsolutno dobra ili loša, tako da nema nikakvog moralnog zakona koji bi važio kao sveopšti, apsolutni i neizmjenjivi.³² Izvedeni iz etičara evolucionista su učenja koja napuštaju apsolutne principe i moralna načela, počev od Fridriha Ničea, marksista i pristalica individualizma.³³ Individualistički moral je razvijen od elemenata hrišćanstva i antičke filozofije, prvi put postpuno razvijen

²⁸ Ibid., 94.

²⁹ Ibid., 76–77

³⁰ Protojerej dr Atanasije M. Popović, docent Univerziteta, MORALNI ZAKON, Knjiga I Prirodni moralni zakon, Beograd, štamparija “Soko” Milivoja J. Trajkovića, 1938, str. X Predgovora.

³¹ Ibid.

³² Ibid., XI

³³ Ibid., XII

tokom renesanse i od tada se proširio na ono što znamo kao zapadnoevropsku civilizaciju. Sadrži poštovanje pojedinca kao takvog, priznavanje njegovih spostvenih pogleda i ukusa kao vrhovnih u vlastitoj sferi. Tolerancija je jedina riječ koja zadržava značenje načela, koje potpuno nestaje uspostavljanjem totalitarne države.³⁴ Kantov moralni imperativ karakteriše sveopštost i nužnost. “Radi samo po onoj maksimi (ličnoj volji individue) za koju u isto vrijeme možeš htjeti da postane sveopšti zakon.”³⁵ “Radi tako da ti čovječanstvo kako u tvojoj osobi, tako i u osobi svakog drugog, ne služi nikada samo kao sredstvo nego uvijek ujedno i kao cilj.”³⁶ Moralni zakon kao kategorički imperativ vrijedi apsolutno, bez obzira da li se često ili rijetko ili se nigdje na svijetu ne ispunjava.³⁷ Dobru volju čine dva principa: objektivni princip ili zakon koji propisuje djelovanje i subjektivni princip ili maksima kojom se volja nagoni na propisno djelovanje. Ako volja izvrši od zakona zahtijevanu radnju ne iz dužnosti nego iz naklonosti ili očekivanog cilja, imamo samo legalnost; uradi li ona zahtijevanu radnju jedino iz dužnosti, radi zakona., pa čak i protiv naklonosti, onda imamo moralnost.³⁸ Prevedeći ove kantovske teze na pravni teren, pozitivni zakoni koji su uređeni kao moralne dužnosti i koji su adresirani na moralne pojedince imaju preduslov da se primjenjuju kao kategorički imperativ.

Moralan pojedinac mora da ima svijest (saznanje ili moć saznanja) i savjest koji pojmovi imaju etimološki korijen.³⁹ Savjest je saznanje (svijest) svoje vrste. Savjest se često označava kao zakonodavac, sudija i osvetnik i time se metaforički u njoj samoj ujedinjuju tri funkcije: zakonodavna, sudska i izvršna.⁴⁰ Pod zakonom, u savjesti se podrazumijevaju pravila ili moralni ideali; suđenje po savjesti je ocjena s aspekta moralnog dostojanstva subjekta koji je izvršio određenu radnju, a izvršna funkcija (izvršenje) sadržano je u osjećajima, radosnim ili mučnim.⁴¹ Osuda postupaka (djela i riječi) po savjesti, kao i “nečiste savjesti” (misli i namjera) kao saznanje dobijeno suđenjem o tim postupcima, dovodi do griže savjesti.

³⁴ F.A.Hayek; Put u ropstvo, Globalbook, 33.

³⁵ Protojerej dr Atanasije M. Popović, docent Univerziteta., 342.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid., 338.

³⁸ Ibid., 339.

³⁹ Ibid., 440.

⁴⁰ Ibid., 443.

⁴¹ Ibid., 444.

Prema Imanuelu Kantu, savjest je moralna samosvjest koja se zamišlja kao unutrašnji sudija nad svim slobodnim radnjama; kao subjektivni princip odgovornosti koja se snosi pred Bogom zbog svojih djela.⁴²

Moralni postupak dovodi do samopoštovanja. Moralna dužnost proizilazi iz moralnog poretka koji je u glavnim crtama nepromjenjiv i sastavni je dio nužnog, neophodnog i neminovnog uređenja svijeta. Nije moguće na osnovu slobodnih i proizvoljnih odredbi učiniti da prevara i ubistvo budu nedozvoljene radnje, nego su već same po sebi prevara i ubistvo nedozvoljene, a dobročinstvo i ljubav prema drugom moralno dobri.⁴³

Podlogu moralne dužnosti jedni vide u razumu, drugi u ljudskom iskustvu, a treći u volji Božjoj.⁴⁴ Po jednima, um koji saznaje nosi moralnu dužnost i znači jedan opšti korelat opšte i zajedničke prirode čovjekove; po empiričarima, moralna dužnost je rezultat taloženja dugotrajnog istorijskog razvoja, a po trećima, radi uvijek po volji Božjoj.⁴⁵ U moralnom postupku sadržane su tri karike odlučivanja: *ispravno, treba i dužnost*. Moralna čovjek poznaje pravilo (ispravno), sudi da treba da ga izvrši i izvršava ga vršeći dužnost. Dodali bi za pravnu dužnost, da pravni subjekt ne mora da poznaje pravilo, ne zna da sudi da treba da ga izvrši i ne izvršava ga. Kao pandan moralnom čovjeku, pravni čovjek pod pritiskom, saznaje pravilo, sudi da mora da ga izvrši kako ne bi trpio pravnu sankciju i nevoljno izvršava dužnost odnosno obavezu.

Moralne i pravne dužnosti se po svojoj prirodi i posebno prinudi razilaze. Moralna dužnost se vrši bez prinude ili je ta prinuda duboko unutrašnja, dok se pravne dužnosti vrše zbog prinude i ta prinuda dolazi spolja. Pravne dužnosti nema ako nije pripremljena i adresovana izvana.

Moralna pravila, ponekad, su samoočigledna: npr. "dugove treba plaćati", jer novac koji dugujemo treba povjerocu vratiti.⁴⁶ Druga pravila nisu očigledna, jer postoje suprotna stanovišta: prigovor savjesti – kad regrut odbija da služi vojsku, jer mu to savjest ne dozvoljava ili kada jedni smatraju razvod braka ispravnim a drugi neispravnim.⁴⁷ Prema Mabbotovoj varijanti utilitarizma, moralna pravila ili načela (opšte maksime) obrazuju se iz iskustva i indukcijom. "U velikom mnoštvu pojedinih slučajeva (po Adamu Smithu) zapažamo ono što se sviđa ili ne svi-

⁴² Imanuel Kant *Metafizika morala*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci–Novi Sad, 1993, 239.

⁴³ Protojerej Atanasije M. Popović: op. cit.

⁴⁴ Ibid., 489–503.

⁴⁵ Ibid., 503.

⁴⁶ John David Mabbot, *Uvod u etiku*, Nolit, Beograd, 1981, 45.

⁴⁷ Ibid., 47.

da našim moralnim sposobnostima, što one odobravaju ili ne odobravaju, te iz tog iskustva indukcijom ustanovljavamo opšta pravila.”⁴⁸ Zanimljivo je, i zbog vremena u kojem smo sada, stanovište G.E. Moore, da se jednog moralnog pravila treba držati jedino ako je ono u isti mah opšte korisno i opšte primjenjivano. “U društvu u kojem su izvjesne vrste krađe opšte pravilo, korisnost uzdržavanja od takve krađe od strane jednog pojedinca postaje vrlo sumnjivo, čak i ako je opšte pravilo rđavo.”⁴⁹

Imanuel Kant dijeli dužnosti prema samom sebi i prema drugima. Samoodržanje je čovjekova samosvojna dužnost koja se razgraničava od njenih suprotnosti u vidu suicida, bludnog samooskrnavljenja, samoomamljivanja i nemoralnih poroka (laži, škrtosti i lažne poniznosti). Najzad tu je moć suđenja ili dužnost suđenja nad samim sobom po savjesti. Moralne dužnosti prema drugim ljudima, “samo kao ljudima” su: ljubav i poštovanje, dobronamjernost uz okvirima čovjekoljublja koja obuhvata dužnosti: dobročinstva, zahvalnosti i saučestvovanje. Poroci koji vrijeđaju dužnosti poštovanja drugih ljudi su: oholost, ogovaranje i ruganje.⁵⁰ Sreća je nagrada za vrlinu – čovjek se posredstvom sreće pokreće da vrši svoju dužnost, sreća je nagrada vrline. Srećan je – u duši blažen.⁵¹

RAZGRANIČENJE PRAVNIH I MORALNIH DUŽNOSTI

Kant predlaže sistem opšte nauke o dužnostima čiju okosnicu čine: etika, nauka o moralu, nauka o dužnostima, nauka o vrlini, koja je vezana za unutrašnji zakon i samoprinudu (moralni imperativ). Drugu okosnicu sistema predstavlja sistem nauke o pravu, za spoljašnje zakone i spoljašnju prinudu (pravna dužnost).⁵² Nauka o pravu formira odnos svrhe prema dužnosti polazeći od svrhe pronalazi maksimu radnji primjerenih dužnosti. Za etiku je svrha sama po sebi dužnost, moralna dužnost.⁵³ Dužnost vrline se od pravne dužnosti bitno razlikuje po tome što je za pravnu dužnost spoljašna prinuda moralno moguća, dotle dužnost vrline počiva na slobodnoj samoprinudi (na primjer: čovjek ne ide na zabavu koja bi mu pričinila zadovoljstvo, jer ima službene obaveze ili posjetu bolesnom

⁴⁸ Ibid., 48.

⁴⁹ Ibid., 61.

⁵⁰ Imanuel Kant, op. cit., 266.

⁵¹ Ibid., 179

⁵² Ibid., 181.

⁵³ Ibid., 184.

ocu).⁵⁴ Etika daje samo maksime radnji svoje vlastite volje, a ne same radnje. Pravo daje zakone za radnje pa i opšte volje (volje drugih).⁵⁵ Etičke dužnosti su široke, pravne dužnosti su usko obavezujuće.⁵⁶ Širina se ogleda u nepotpunosti obavezivanja čovjeka na radnju – pa je utoliko savršenija njegova radnja na koju se samoodluči.⁵⁷ Otuda su pravna načela, principi, maksime bliske etičkim dužnostima, više nego pravnim dužnostima.

Nepotpune dužnosti su dužnosti vrline. Njihovo ispunjenje jeste zasluga (*meritum*) ali njihov prekršaj nije odmah krivica (*demeritum*) nego samo moralna bezvrijednost. Svaka radnja protivna moralnoj dužnosti zove se prestup (*peccatum*). Namjerni prestup, koji je postao načelo, je porok (*vitium*).

Opšti pravni princip jeste da je sloboda samovolje svakoga egzistirajuća sa slobodom svakoga po nekom opštem zakonu.⁵⁸ Pravo u užem smislu postoji zbog mogućnosti opšte uzajamne prinude koja se povezuje sa svačijom slobodom po opštim zakonima.⁵⁹ Sve dužnosti se dijele na pravne i moralne. Moralne dužnosti se ne mogu izdejsstvovati nikakvim spoljašnjim zakonodavstvom (jer je to unutrašnji akt duše); mada se mogu zapovijediti spoljašnje radnje koje tamo vode, a da pri tom subjekt ne načini sebi svrhu od njih.⁶⁰

Pravičnost (*aequitas*) nije ni u kom slučaju razlog za zahtijevanje etičke dužnosti od drugih (njihove blagonaklonosti i dobrote), nego se onaj koji iz tog razloga nešto zahtijeva oslanja na svoje pravo, samo mu nedostaju uslovi potrebni sudiji po kojima bi ovaj mogao da odredi sa koliko ili na koji način da se zadovolji njegovom zahtjevu.⁶¹

Zašto se nauka o moralu naziva naukom o dužnostima a ne o pravima, razlog je slijedeći: mi poznajemo svoju vlastitu slobodu (iz koje proizilaze svi moralni zakoni, dakle i sva prava kao i dužnost) samo preko *moralnog imperativa* (moralnog zakona u meni), a on je *stav* koji zapovijeda dužnost iz koga se poslije može razviti moć da se drugi obavezuju, tj. pojam prava.⁶² Sloboda iz koje proizilaze svi moralni zakoni je nezavisnost od samovolje nekog drugog koja nas na nešto prisiljava. Ako može da postoji zajedno sa slobodom svakog drugog, po ne-

⁵⁴ Ibid., 185.

⁵⁵ Ibid., 190.

⁵⁶ Ibid. 191.

⁵⁷ Ibid., 192.

⁵⁸ Ibid., 32.

⁵⁹ Ibid., 34.

⁶⁰ Ibid., 40.

⁶¹ Ibid., 36.

⁶² Ibid., 41.

kom opštem zakonu, je jedno jedino, iskonsko pravo, koje pripada svakom čovjeku na osnovu čovječstva. Atributi slobode su: prirodna jednakost, tj. nezavisnost da čovjek od drugih ne bude na nešto više nego što i njih može uzajamno obavezati; kvalitet čovjeka da bude svoj vlastiti gospodar (*sui iuris*). Kvalitet neporočnog čovjeka je u tome da prije svakog pravnog akta nikome nije učinio nepravu. Da drugima ne sužava njihovo i da slobodno saopštava svoje misli pa makar bile i lažne, jer do drugih stoji da li će mu vjerovati ili ne. Ako laže, to je čovjek čijim se riječima ne može vjerovati i približava se prijekoru da se nazove lažljivcem, pa se granična linija koja dijeli ono što pripada pravu od onog što pripada etici samo tako može povući.⁶³

Podjela pravnih obaveza, prema Ulpianu, je poznata i uvažena: budi čestit čovjek (*honeste vivere*); ne čini nikome nepravdu (*neminem laedere*), pa makar morao zbog toga istupiti iz svake veze s drugima i izbjegavati svako društvo; stupi u neko udruženje s drugima u kome se svakom može dati ono što je njegovo (*suum cuique tribuere*). Kada bi se prevelo, kako se inače prevodi – daj svakom što mu pripada, ono što je njegovo –, to bi predstavljalo besmislicu, jer nikom ne možeš dati ono što već ima.

O PRIRODNOM I POZITIVNOM PRAVU

Kako je istakao profesor Slobodan Perović, a ovdje ga slobodno parafraziramo, od antičkog doba pa do naših dana, škola prirodnog prava se neprestano regeneriše održavajući, ako ne vječnu mladost a ono, zasigurno, neprolaznu svježinu i otrežnjavajuće, osvježujuće djelovanje u svakom (svom) prostoru i vremenu. Škola prirodnog prava je sublimisala osnovnu ideju, da postoji jedno prirodno, univerzalno i autonomno pravo, nepromjenjivo i nezavisno od ljudske volje koje proizlazi iz ljudske prirode i ljudskog društva.⁶⁴ Osnovni stav Kopaoničke škole prirodnog prava, koji se nadovezuje na sublimat učenja škole prirodnog prava od antičkih do naših dana (koji odaju priznanje prirodnom pravu kroz razne međunarodne akte o priznanju i zaštiti ljudskih prava), jeste da pozitivno pravo može biti u skladu sa prirodnim, a da je idealno kada se takav spoj prirodnog i pozitivnog prava uspostavi.⁶⁵ Ako se pozitivno pravo kosi sa prirodnim, prednost u ocjeni treba dati prirodnom pravu, jer je ono univerzalno i nepromjenjivo, čime bi se isključila svaka samovolja zakonodavca pozitivnog prava.

⁶³ Ibid., 39.

⁶⁴ Slobodan Perović, Besede sa Kopaonika, 79.

⁶⁵ Ibid., 80.

Među osnovne crte razlikovanja prirodnog od pozitivnog prava, profesor Perović navodi:

Pozitivno pravo je heteronomno, jer je izraz ljudske volje formatiran zakonima koji sadrže državnu prinudu, a prirodno je autonomno, nezavisno od faktora koji oblikuju volju zakonodavca.

Pozitivno pravo nije pravedno, po sebi, jer je proizvod društvene konvencije ili snage organizovane društvene sile, dok je prirodno pravo pravedno po sebi, proizlazi iz same prirode čovjeka kao ljudskog bića, po sebi, i čovjek ga ima kao što prirodom vladaju prirodni zakoni tako bi čovjekom trebalo da vlada prirodno pravo.

Prirodno pravo je univerzalno i ne prepoznaje nikakve međuljudske razlike, dok je pozitivno pravo nacionalno i kao takvo uobziruje i nacionalne i rasne i klasne razlike, te je kao takvo partikularno.

Prirodno pravo je po prirodi stvari nepromjenjivo i vječno a pozitivno promjenljivo i nestabilno. Zbog toga se prirodno pravo i njegova načela približavaju moralnim principima, a pozitivno pravo mijenja svoju bliskost sa prirodnim pravom i sa moralom u svom istorijskom hodu.⁶⁶

Prirodno pravo je apsolutno i primarno, a pozitivno izvedeno i sekundarno.

Najzad pozitivno pravo je počesto nepravdeno, a prirodno savršeno, idealno i uzvišeno, u skladu sa prirodom.⁶⁷

Izvor prirodnog prava je u autoritetu uma, kao prirodne pojave, za razliku od pozitivnog prava koje proizlazi iz promjenljive, hirovite volje jednih društvenih grupa u odnosu na druge, koja se prečesto ne osvrće na prirodni autoritet racionalnog uma, nego nagonima: vlasti, strasti, interesa bilo pojedinačnih ili grupnih, nacionalnih ili klasnih i sl.⁶⁸

U vidu preliminararnog zaključka može se ponoviti pokušaj zasnivanja triparticije pozitivnog i prirodnog prava.⁶⁹ Prirodno pravo se javlja kao *uzor* mnogim rješenjima pozitivnog prava, prirodno pravo se javlja kao *supsidijarni i neposredni izvor prava* i kao korektivni faktor pozitivnom pravu. Radi se o dualitetu pozitivnog (počesto nepravdenog) i prirodnog prava (pravednog po sebi) koji se riješava formulom triparticije: uzorno, supsidijarno i *korektivno* dejstvo prirodnog prava u odnosu na pozitivno.⁷⁰

⁶⁶ Ibid., 108.

⁶⁷ Ibid., 109.

⁶⁸ Ibid., 116.

⁶⁹ Ibid., 130.

⁷⁰ Ibid., 203, 311–312.

O MORALNOSTI PRAVA

Prema jednoj poznatoj klasifikaciji⁷¹ osam je zahtjeva unutrašnje moralnosti prava. Prvi zahtjev je opštost prava tj. da pravila moraju da postoje. Drugi zahtjev je promulgacija – pravila treba da budu objavljena, U tom kontekstu Fuller ističe da je istorija Common Law istorija podudarnosti između moralnih i pravnih zahtjeva, te to umanjuje snagu primjedbe da su pravila Common Law, nasuprot kodifikacijama prava, teško pristupačna.⁷² Treći je zahtjev zabrana retroaktivnosti zakona. Kako navodi Fuller, u Ustavu Nju Hempšira iz 1784. stoji: "Retroaktivni zakoni su visoko štetni, opresivni i nepravedni. Nijedan takav zakon stoga, neće se donijeti, bilo za odluku o građanskoj parnici, bilo za kažnjavanje prekršaja." Četvrti zahtjev je jasnost zakona. Jasnoću zakona uslovljava priroda predmeta koji se zakonski uređuje. Prividna jasnoća je štetnija nego li poštena neodređenost. I ovo zavisi od predmeta. Osuđuju se zakonske odredbe koje zahtijevaju primjenu standarda "pravično" ili "razumno".⁷³ Peti zahtjev je da se izbjegavaju kontradikcije u zakonima Protivrječnost je suprotna logici, zakonu identiteta. Šesti je zahtjev da se zakonom ne smije zahtijevati nemoguće. Samo moguće izvršenje zakonske činidbe formira pravo kao sistem podvrgavanja ljudskog ponašanja vladavini prava.⁷⁴ Sedmi princip unutrašnje moralnosti prava je onaj koji zahtjeva da se zakoni ne mogu suviše često mijenjati. To je legislativna nestabilnost koja je srodna sa štetnošću retroaktivnih zakona.⁷⁵ Najzad, osmi zahtjev unutrašnje moralnosti prava jeste proces ostvarenja pravila, prava na tužbu, na zastupanje, unakrsno ispitivanje, tumačenje. Tumačenje je naročito bitna funkcija primjene prava od koje se traži da osmisli puteve kako sudije i drugi primjenjivači zakona ne primjenjuju zakonsko pravo po svome hiru ili čangrizavoj doslovnosti, nego u skladu sa principima tumačenja.⁷⁶ Pravilnost u tumačenju je put u zakonitost kao praktičnu vještinu

U Etici Aristotel postavlja pitanje da li je lako postupati pravedno sa drugima? Odgovara analogijom sa medicinom: "Laka je stvar znati posljedice upotrebe meda, vina kukurjeka, kauterizacije i rezanja. Ali znati kako, za koga i kada ih treba primijeniti kao lijekove, nije manji pothvat nego biti ljekar."⁷⁷ Parafrazirajući, s

⁷¹ Lon L. Fuller, *Moralnost prava*, CID, Podgorica, 1999.

⁷² *Ibid.*, 52.

⁷³ *Ibid.*, 67.

⁷⁴ *Ibid.*, 79.

⁷⁵ *Ibid.*, 81.

⁷⁶ *Ibid.*, 83.

⁷⁷ *Ibid.*, 95.

aspekta pravnika, možemo primijetiti: lako je znati da zakoni treba da budu jasno izloženi kao generalna pravila koja su po dejstvu prospektivna i dostupna saznanju svakog građanina. Međutim, znati kako, pod kojim okolnostima i u kojoj ravnoteži ove stvari treba postići, ne predstavlja manje nego da se bude zakonodavac.

Moralnost prava i prirodno pravo? Traži se odgovor na pitanje da li principi unutrašnje moralnosti prava predstavljaju neku varijantu prirodnog prava? Odgovor je nedvosmisleno DA! Unutrašnja moralnost prava je zapravo proceduralna verzija prirodnog prava – to je način na koji se sistem upravljanja ljudskog ponašanja mora konstituisati i primjenjivati.⁷⁸ Navodi se posebno kritičko pojmovno određenje “valadavine prava”, koji pojam je, prema profesoru Fridmanu, oznaka za postojanje organizovane vlasti koja djeluje pomoću različitih sredstava pravnog zapovjedanja. U ovom smislu sva savremena društva žive pod vladavinom prava, fašistička, kao i socijalistička i liberalne države.⁷⁹

Društvena norma će se smatrati pravnom ako njeno nevršenje ili kršenje redovno prati, kao prijetnja ili činjenica, primjena fizičke sile od pojedinaca ili grupe koja posjeduje društveno priznato pravo da tako radi.⁸⁰

Etika naučnika i nauke u prvi plan stavlja zajednički misaoni napor. Mada genijalni ljudi mogu izvesti naučne poduhvate i revolucionarne pothvate i prevrate oni su to u stanju da urade jedino gradeći na mislima, nalazima i greškama prethodnika i saradnika. Unutar naučne zajednice sloboda individualnog naučnika nije jednostavna mogućnost samopotvrđivanja, nego je neophodno sredstvo za efikasno organizovanje opšteg traganja za naučnom istinom. Poziv naučnika ima svoj posebni etos, svoju unutrašnju moralnost.⁸¹ Prema Kantu, “mi ne smijemo očekivati dobar ustav zato što su oni koji ga stvaraju moralni ljudi. Prije će biti da zbog dobrog ustava možemo očekivati društvo sastavljeno od moralnih ljudi.”⁸²

Unutrašnja moralnost prava zahtijeva da pravila postoje, da su poznata i da se poštuju u praksi od onih koji su zaduženi za njihovu primjenu.⁸³ U literaturi pravnog pozitivizma, kako ističe Fuller, nadugačko se ispituju odnosi prava i morala. Uobičajeno se ističe da moralna shvatanja mogu da usmjeravaju zakonodavstvo, da obezbijede standarde za kritikovanje postojećeg prava i da se mogu uzeti u obzir prilikom tumačenja prava. Bavljenje obratnim uticajem, uticajem prava

⁷⁸ Ibid., 97.

⁷⁹ Ibid., 108.

⁸⁰ Ibid., 109.

⁸¹ Ibid., 121.

⁸² Ibid., 153.

⁸³ Ibid., 158.

na moral, mnogo je nezapaženije i svodi se na zapažanje da dugovažeća, dugotrajajuća pravna pravila mogu biti posmatrana i shvatana kao moralno ispravna. Kao primjer se navodi: bolesna majka ima dvije kćeri, samo je jedna njeguje i pazi; majka ne ostavi testament, a zakon priznaje svakoj pola imovine majčine. Pažljiva i majci odana kći ima "moralno pravo" na cijelu imovinu iako je zakon raspoređuje na dva jednaka dijela.

MORALNOST POZITIVNOG (OBLIGACIONOG) PRAVA

Moral je skup normi koje određuju čovjekovo ponašanje u društvu, prema društvu kao cjelini, prema drugim ljudima i prema samome sebi. Na primjeru moralizacije obligacionog prava prikazaćemo metod kojim se služi pozitivno pravo kako bi moralno osnažilo svoje norme i upozorile adresate normi na potrebu moralnog ponašanja u pravnim odnosima. Pozitivno obligaciono pravo je dobar primjer implementacije i participacije moralnih imperativa u korpus obligacionih odnosa. Obligacioni odnosi utemeljeni na principu autonomije volje i zabrani prouzrokovanja štete moralne imperative ugradili su u ustanovu javnog poretka i dobrih običaja. Javni poredak je skup principa na kojima je zasnovana jedna zajednica i njena pravna organizacija. Principi se sastoje od imperativnih propisa i moralnih imperativa: javni poredak ima relativnu vrijednost, jer je promjenljivog sadržaja te mora da stalno zadržava načelo pravne sigurnosti pred relativnošću javnog poretka tako što će se vrhovni principi destilovati kroz konkretnije pravne ustanove i pravila.⁸⁴ Preko unifikacije, kodifikacije, harmonizacije i drugih metoda savremene internacionalizacije prava i javni poredak savremenih država sve se više unifikuje, jer se tako prevazilazi pozitivno pravo kao nacionalno pravo, tako da ne može biti više "ostrvo" nacionalnih vlastodržaca već se teži da postane i postaje sve više univerzalno, postojano, nadnacionalno i pravedno, pa tako i moralno.⁸⁵

Od najstarijih vremena ljudi su stvarali pravila kojima su uređivali najraznovrsnija ljudska ponašanja, nastajala, često stihijno, da se ovlada prirodom ili društvenim procesima. Vremenom su se ustalila, tako da su brojni običaji vremenom prerasli u moralne norme, te postoji gledište da se porijeklo morala treba tražiti u običajima.⁸⁶ Podsjetićemo na pojavu Opštih uzansi za promet robom iz 1954. koje su bile dobri kodifikovani privredni običaji naročito važni za kupovinu i prodaju robe, ali su privredni sudovi iste shodno primjenjivali, u nedo-

⁸⁴ Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*, 201.

⁸⁵ *Ibid.*, 202.

⁸⁶ mos, moris.lat. običaj, narav; ethos, grč. – običaj; ethikos, grč. – moralan.

statku pozitivnih propisa obligacionog prava, i na druge pravne poslove.⁸⁷ Opšta uzansa broj 3. "Načelo poštenja i savjesnosti. Poštenje i savjesnost je osnovno načelo koga se stranke moraju pridržavati u poslovima prometa robom. Stranke se ne mogu pozivati na neku od ovih uzansi, ako bi njena priimljena u datom slučaju proizvela posljedice protivne tom načelu." Ovim se posebno istakao značaj dobrih poslovnih običaja i zabrana strankama da posluju suprotno ovima. Sadržina dobrih poslovnih običaja može biti predmet utvrđivanja na sudu. Naglašeno je da je ovo načelo ujedno osnovno načelo našeg prava i da se ono primjenjuje ne samo u prometu robe, već pri zaključivanju i ispunjavanju svih ugovora. Time je izvršeno priznanje morala kao izvora prava⁸⁸ odnosno vrhovnog pravnog načela. Komentatori ističu da će se odredbe ugovora prvenstveno procjenjivati na osnovu sadržaja normi ugovora i zakona, ali i na osnovu morala, saglasnosti ugovorenog ponašanja sa dobrim poslovnim običajima, te su moralne norme dopunski regulativ. Čak i pravni posao koji, u konkretnom slučaju, tumačenjem pravnih propisa, nije ništav, može postati nedozvoljen i ništav, ako bi njegovo ispunjenje izazvalo posljedice suprotne načelu savjesnosti i poštenja. Ni jedna stranka iz sopstvenih nemoralnih postupaka ne može izvlačiti korist. Iz ove odredbe Opštih uzansi o značenju načela savjesnosti i poštenja sudovi su izveli čitav spektar moralnih zabrana i dobrih poslovnih običaja, kao što su: zabrana nelojalnih postupaka i zahtijevanje međusobnog povjerenja i saradnje učesnika u prometu, zabranu ugovaranja kamatne stope preko 12%, dok se to propisom ne uredi. U ugovorima prava i obaveze stranaka moraju biti uzajamno uslovljene i ekvivalentne. Provizija za posredovanje mora se kretati u granicama koje odgovaraju uloženom trudu i učinjenim troškovima, a ako je nesrazmjerna u odnosu na obavljani posao biće sankcionisana ništavošću. Sloboda volje odnosno sloboda ugovaranja jeste postulat, ali se ne smije koristiti preko granica uobičajenih normi u poslovanju, te se neće poštovati i zaštititi slobodno izražena volja, ako iz takve proizilazi ugovorna odredba protivna načelu savjesnosti i poštenja. Svaka špekulacija je protivna dobrim poslovnim običajima, protivna načelu savjesnosti i poštenja.⁸⁹ Iz ovog kratkog podsjećanja vidimo koliki je visok stepen moralizacije ugovornog prava postizan stvaralačkom primjenom Opšte uzanse broj 3. Opštih uzansi za promet robom dobrom praksom privrednih sudova. Tekovine ove sudske prakse ugrađene su u Osnovna načela Zakona o obligacionim odnosima. Odredba člana 12. Načelo savjesnosti i poštenja, kao jedno od osnovnih načela Zakona o obligacionim odno-

⁸⁷ Dr Ratomir Kašanin i Tiosav velimirović: Opšte uzanse za promet robom – sa objašnjenjima i sudskom praksom, 1974. "Savremena administracija", Beograd, 3.

⁸⁸ Ibid., 9.

⁸⁹ Ibid 12

sima nije naslijedilo vrhovni značaj u Zakonu o obligacionim odnosima kakav je imalo u Opštim uzansama za promet robom, nego je postalo jedno od načela Zakona odnosno pozitivnog obligacionog prava. Odredba člana 12. ZOO. glasi: "U zasnivanju obligacionih odnosa i zasnivanju prava i obaveza iz tih odnosa učesnici su dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja." Paralelno s ovim načelom, uvedena su, kao posebna načela i posebne odredbe Zakona: Načelo slobode ugovaranja, odnosno autonomije volje, Zabrana zloupotrebe prava, Načelo jednake vrijednosti davanja, Zabrana prouzrokovanja štete, Ugovorna odgovornost, Načelo pažljivog postupanja u izvršavanju obaveza i ostvarivanju prava i dr. Posebno je izdvojeno, kao načelna odredba, "Primjena dobrih poslovnih običaja". Sadržaj glasi: "Učesnici u obligacionim odnosima dužni su u pravnom prometu postupati u skladu s dobrim poslovnim običajima. Na obligacione odnose se primjenjuje uzanse ako su učesnici u obligacionim odnosima ugovorili njihovu primjenu ili ako iz okolnosti proizilazi da su njihovu primjenu htjeli."

Kako su moralne norme i dobri poslovni običaji integrirani u ustanovu javnog poretka najbolje se vidi iz sentence jedne sudske odluke Vrhovnog privrednog suda koja glasi: "Ako je ugovor u celini ili pojedine njegove odredbe u suprotnosti sa prinudnim zakonskim propisima ili usvojenim načelima privrednog prava ili javnim poretkom i interesima privrede uopšte, kao i sa dobrim običajima u privredi, onda takav ugovor, odnosno takve ugovorne odredbe ne mogu da proizvedu pravne posledice, odnosno ne mogu da uživaju sudsku zaštitu."

Inače, javni poredak, dobri običaji i pravila morala su granice slobode ugovaranja.⁹⁰ Kako u svojoj monografiji o zabranjenim ugovorima izlaže profesor Perović, poslije prvih šest vjekova vladavine formalizma u rimskom pravu javlja se pojam "mores" kao vladajući, opšteprihvaćeni običaji u privatnom i javnom sektoru antičkog grada Rima. Povreda "*mores populi Romani*" je bila istovremeno i povreda osnova prava odnosno pravnih principa. Čuvar javnog morala bio je tada cenzor koji je putem javnog i zvaničnog ukora, jedne represivne mjere ustanovljene od strane magistrata, spriječavao povrede javnih običaja odnosno javnog morala.⁹¹ Rimski pravници su različitim zakonskim sankcijama proglašavali ništavim zabranjene ugovore: *leges perfectae* su zakoni koji su zabranjene ugovore proglašavali ništavim, *leges minus quam perfectae* su aktere zabranjenih ugovora kažnjavali ali ne i poništavali i *leges imperfectae*, koji su zabranjivali ali nisu poništavali takve ugovore. Vremenom se sve više učvršćivao pojam "boni mores" kao granica slobode ugovaranja. Povreda "dobrih običaja" nije samo napad na prav-

⁹⁰ Prof. dr Slobodan Perović: Zabranjeni ugovori – u imovinsko-pravnim odnosima, Beograd, 1975.

⁹¹ Ibid. 8.

ne principe već i na principe morala.⁹² Mada rimsko pravo nije poznavalo pojam “javni poredak” on se latentno i tamo nalazio s ciljem da spriječi domašaj individualne volje preko granica utvrđenih osnovnim principima i ustanovama društvenog poretka.⁹³ Inkorporacija jedne moralne norme u ustanovu javnog poretka čije prisustvo tada lišava jedan ugovor pravnih efekata dovodi do toga da povreda te norme više nije praćena samo javnom osudom i grižom svajesti, već i pravnom sankcijom izraženom u ništavosti ugovora.⁹⁴ Kroz afirmaciju pojma javnog poretka, javljaju se shvatanja da javni poredak kao skup pravnih propisa i imperativnih normi treba razdvojiti od dobrih običaja i moralnih imperativa radi očuvanja pravne sigurnosti. Tako se prema teoriji zabranjenih ugovora zabrane razlikuju kao zabrane ugovora kojima se vrijeđa zakon ili opšti pravni principi kao i ugovori koji su suprotni dobrim običajima i koji se nazivaju nemoralnim ugovorima. Moralne norme koje sankcioniše “narodna svijest”, kada se nađu u okvirima pojma javnog poretka dobijaju snagu pravne norme tako što je ništav ugovor protivan moralnim normama. Teškoća je to što se stvaraju uslovi za pravnu nesigurnost i arbitrarnost prilikom ocjene valjanosti nekog ugovora.⁹⁵ Da bi se postigla oba cilja, i inkorporacija moralnih imperativa u javni poredak i pravna sigurnost predloženo je i u Zakonu o obligacionim odnosima usvojeno, da se primjena javnog poretka u materiji ugovora koncentriše u pravila o zabranjenosti predmeta i kauze ugovora. Zabranjeni i nemoralni motivi čine sastavni dio kauze kod dobroćinih ugovora, dok se kod teretnih ugovorta to načelno ne uzima u obzir, izuzev ako je ugovornik znao ili mogao znati za nedozvoljen motiv svoga saugovornika. To omogućava sudu da zaviri u savjest ugovarača i da elastičnim metodom procjenjuje dozvoljenost i moralnost ugovora.⁹⁶ Tekovine naše najbolje pravne teorije i sudske prakse ugrađene su i u pozitivno pravo, Zakonom o obligacionim odnosima. “Ugovor koji je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima ništav je ako cilj povrijeđenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo.”⁹⁷ Odredbom člana 103. stav 4. ZOO predviđeno je održanje ugovora na snazi ako je zaključenje ugovora zabranjeno samo jednoj strani, a odgovaraće samo strana koja je prekršila zabranu. Članom 104. stav 1. predviđena je restitucija, a stavom 2. zabrana re-

⁹² Ibid., 9.

⁹³ Ibid., 10.

⁹⁴ Ibid., 158.

⁹⁵ Ibid., 159.

⁹⁶ Ibid., 165; Prof.dr Mihailo Velimirović, Vrlinizacionija obligacionog prava, Pravna riječ, Banja Luka, broj 5/ 2005.

⁹⁷ Član 103. stav (1) Zakona o obligacionim odnosima.

stitucije nesavjesnoj strani ili ustupanje restituirsane vrijednosti javnom fiskusu. Stavom 3. istog člana daje se uputa sudu da prilikom odlučivanja vodi računa o savjesnosti ugovarača, o značaju ugroženog dobra ili interesa, kao i o moralnim shvatanjima. Time se vodilo računa i o tradicionalnoj maksimi, *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.⁹⁸ Pravne posljedice ništavih ugovora obuhvatile su u Zakonu o obligacionim odnosima primjenu pravila *Nemo auditur*, pravila restitucije, oduzimanje predmeta u korist trećeg i naknadu štete.⁹⁹

ZAKLJUČAK

Moral je čovjekovo stečeno svojstvo. Čovjek se ne rađa kao moralan čovjek, kao što se rađa sa urođenim, prirodnim pravima koja mu se nikako ne mogu oduzeti. Ako se nasilno i oduzimaju ona se vraćaju stalno iznova u istom obliku i kapacitetu. Čovjek je moralan ili to nije. Zbir, mnoštvo, pretežan broj pojedinaca u jednoj društvenoj grupi koji se ponašaju moralno čine moral grupe. Ali, po prirodi stvari, nema kolektivnog morala, kao što nema ni kolektivne krivice. Nezamislivo je pripadnike jedne nacije ili religijske grupe označiti kao moralne ili nemoralne ukoliko oni slijede svoje moralne norme ili moralne običaje. Moral je odnos pojedinca prema dobru odnosno dobrim običajima. Pridržavanje pojedinca moralnih običaja je njegov moralni stav i moralno ponašanje. Mnogo je moralnih prestupa danas, ali, po našem mišljenju, najrazorniji je korupcija. Ona dovodi do haosa cjelokupni međuljudski saobraćaj i obesmišljava sve ljudske napore. Moralni kodeksi se pripremaju za sve vrste profesija, ali se oni nesmetano krše. Moralni kodeks ljekara, profesora, sudija i drugih časnih profesija su, zapravo, spisak dobrih želja i preporuka. Pitanje je koliko te dobre zbirke dobrih običaja utiču na svakog¹⁰⁰ pripadnika te profesionalne zajednice ponaosob. Kodeks sudijske etike za sudije u Bosni i Hercegovini usvojen od strane Visokog sudskog i tužilačkog savjeta i publikovan u decembru 2005. godine sadrži slijedeće etičke principe: nezavisnost, nepristranost, jednakost, integritet i dolično ponašanje i stručnost i odgovornost prema poslu. Ovi principi navedenog Kodeksa sudijske etike slijede

⁹⁸ Prof. dr Slobodan Perović, *Zabranjeni ugovori*, 231; Dr Bogdan Loza, *Ugovori protivni moralu – posljedice njihovog zaključenja i izvršenja*, Narodna uprava, broj 7–8, Godina XI, Sarajevo, 1960.

⁹⁹ Član 108. ZOO, "Odgovornost lica krivog za ništavost ugovora" ("Ugovarač koji je kriv za zaključenje ništavog ugovora odgovoran je svome saugovaraču za štetu koju trpi zbog ništavosti ugovora, ako ovaj nije znao ili prema okolnostima nije morao znati za postojanje uzroka ništavosti.").

¹⁰⁰ Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*, 177.

imperativ Zakona XII tablica sudijske nezavisnosti proklamovan na Jedanaestom susretu Kopaoničke škole prirodnog prava koja je bila posvećena temi "Pravo i stvarnost", koja je održana 13–17. decembra 1997. godine. Snaga ovih kodeksa se povremeno približava moralnom zakonu linča ili odmazde, kada se pripadnicima profesije presudi bez suda i odstrane se iz profesionalne zajednice, kako se desilo trojici profesora Pravnog fakulteta u Sarajevu prošle godine.

Kopaonička škola prirodnog prava dala je dva zapažena doprinosa rješavanju dualiteta pozitivnog (često nepravednog) i prirodnog prava (pravednog po sebi) uspostavljanjem i obrazlaganje teorije triparticije: *uzornog, supsidijarnog i korektivnog* dejstva prirodnog prava u odnosu na pozitivno pravo, na Devetoj sesiji Škole 1995. i uspostavljanjem moralne triparticije razvoja prava, od prvobitnog koje je tražilo odmazdu – *učini zlo*, preko središnjeg vođenog principom hrišćanske etike – *ne učini zlo*, do prava našeg vremena nadahnutog autoritetom umnog prirodnog prava, kodifikovanog u međunarodne dokumente standarda ljudskih prava – *učini dobro*.

BRANKO MORAIT, LL.D.,
Professor, Faculty of Law University of Banjaluka

ON MORALITY OF CONTRACTUAL LAW

Summary

Morality is an acquired characteristic of a person. One is not born as a moral person, as he is born with some innate, natural laws, that can never be taken away from him. If, however, they are forcefully taken away, they keep returning again and again, in the same form and capacity. A person is virtuous or he is not. Predominant number of individuals in one social group that behave morally make up the group's morals. However, in the essence of the matter, there is no such thing as a collective morality, just like there is no collective guilt. It is unthinkable to mark members of certain or religious group as moral and immoral, if all they are doing is obeying moral norms or codes. Morality is the way that a person treats goodness, that is, customs of goodness. Obeying these moral codes is what makes up his moral stance and moral behavior.

MARKO ĐURĐEVIĆ

POKLON ZASNOVAN NA MORALNOJ DUŽNOSTI

U V O D

Ugovor o poklonu pokretne stvari mora biti zaključen u pismenoj formi ili predajom stvari. Ukoliko se zaključuje predajom (tradicijom), nastaje u momentu kada stvar bude predata poklonoprimcu. Naravno, za zaključenje poklona potrebna je, pored predaje, i saglasnost poklonodavca i poklonoprimca. Naime, uprkos tome što pravila Građanskog zakonika za Kneževinu Srbiju od 1844, koja se i danas na osnovu Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941 i za vreme neprijateljske okupacije, primenjuju na poklon, za njegovo označavanje koriste izraz “davanje”, što asocira na davanje na osnovu jednostrane izjave, poklon je u njima shvaćen kao saglasnost volja. Po tome se razlikuje od zaveštanja.¹

Poklon karakteriše nekoliko obeležja među kojima su najznačajnija dva: dobrotvoljnost i odsustvo naknade. Na osnovu njihovog kumulativnog postojanja utvrđuje se da li je jedno davanje poklon ili nije. Samo odsustvo naknade za ono što je dato nije dovoljno da bi se utvrdilo da postoji poklon. Potrebno je utvrditi još i *animus donandi*. Kada je poklon sastavljen u pismenoj formi, onda je ovo obeležje vidljivo iz formalne kvalifikacije tog akta. Predaja koja sledi nakon pot-

Dr Marko Đurđević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Ovaj rad izrađen je u okviru fakultetskog projekta “Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU”.

¹ Vid. Marko Đurđević, *Ugovor o poklonu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012, str. 34–38.

pisivanja jedne isprave o poklonu je bez sumnje davanje na ime *animus donandi*. Međutim, kada se radi o predaji stvari kojoj nije prethodila pismena isprava, situacija je drugačija. Ovde se iz činjenice da jedno lice, tradens, dalo drugome neku svoju stvar ne može pouzdano zaključiti o tome zbog čega ju je dalo, jer tradens redovno ćuti o razlogu davanja. Ukoliko bi u pitanju bio poklon, onda bi se iz stvarne, realne tradicije izvodio zaključak da je ono je dato bilo dato na osnovu *animus donandi*. Predaja stvari je u tom slučaju oblik u kojem je poklonodavac ispoljio svoju nameru da zaključi ugovor. Međutim, tradens može bez naknade dati svoju stvar drugome i iz nekog drugog razloga. Tako neko može dati drugom iz osećanja da prema njemu ima moralnu dužnost ili društvenu dužnost ili da bi ispunio neku svoju prirodnu obavezu. Zato se u odsustvu pismene isprave, iz čije sadržine bi bilo moguće saznati razlog zbog kojeg jedno lice bespovratno daje svoju stvar drugom licu, može postaviti pitanje kako kvalifikovati davanje: kao poklon ili neki drugi akt koji ima društiji smisao i svrhu?

Animus donandi

Dobrovoljnost je intelektualno ili psihološko obeležje koje je u vidu *animus donandi* traženo za postojanje poklona još u klasičnom rimskom pravu.² Savremena teorija je zadržala za njegovo označavanje isti naziv, *animus donandi*, mada se u literaturi sreću i drugi izrazi kao što su namera darivanja³ ili namera darežljivosti.⁴ O pojmu *animus donandi* postoje dve koncepcije: subjektivna i apstraktna.⁵

Prema prvoj, koje vodi poreklo iz rimskog prava Justinijanovog perioda, dobrovoljnost postoji kada poklonodavac poklanja "čistog srca", podstaknut isključivo željom da drugome učini dobro. Besplatno davanje na koje bi jedno lice bilo pokrenuto nekom sebičnom pobudom ili ličnim interesom nije smatrano poklonom.⁶ Od takvog poimanja subjektivnog obeležja Justinijan je odstupio samo na jednom mestu, prihvatajući da je poklon i kada jedno lice nešto dà *animo re-*

² Antun Malenica, *Poklon u rimskom pravu*, Savremena administracija, Beograd 1981, str. 114.

³ Lazar Marković, *Obligaciono pravo*, Službeni list SRJ, Beograd 1997, str. 557.

⁴ Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Službeni list, Beograd, 1986, str. 602.

⁵ Nathalie Peterka, *Les dons manuels*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 2001, str. 25–33.

⁶ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of Civilian Tradition*, Oxford University Press, New York, str. 496. U takvom shvatanju *animus donandi* očigledan je bio uticaj Novozavetnih dela koje su ušle u Justinijanovo zakonodavstvo posrestvom jednog od osnovnih postulata hrišćanske etike – da drugima treba davati "po dobroti srca, a ne sa ogorčenjem i prinudom", vid. Evgenije Spektrovski, *Hrišćanska etika*, Bratstvo Sv. Simeona Mirotočivog, Vrnjačka Banja 1999, str. 169. Upor: "Svako kako odluči u srcu, ne sa žalošću ili prinidno jer Bog ljubi onoga koji dobrovoljno daje" – 2. Kor. 10. 7., prevod Komisije Svetog arhijerejskog sinoda SPC, Beograd 1988.

munerandi, da bi drugome uzvratilo na dobro koje je njemu bilo učinjeno.⁷ Prema pristicama subjektivne koncepcije *animus donandi* je nekoristoljubivo,⁸ altruističko osećanje,⁹ želja za dobrotvorenjem, da se drugome učini neko zadovoljstvo, zainteresovanost da drugi oseti dobro.¹⁰ Davanje je dobrovoljno samo ako je poklonodavac podstaknut čistim altruizmom, spremnošću da tuđu dobrobit stavi ispred svoje, vođen isključivo ljubavlju, težnjom da za dugoga učini žrtvu, neočekujući za uzvrat nikakvu korist ni naknadu.¹¹ Zbog toga sud prilikom ocene da li je jedno davanje poklon ili nije treba da istražuje motive i da konstatuje da je u pitanju poklon samo kada ne nađe sebičnu pobudu na strani poklonodavca. Prema drugoj koncepciji, *animus donandi* se shvata apstraktno. To je volja, svest i namera, poklonodavca da umanja svoju i uveća imovinu poklonoprimca.¹² *Animus donandi* postoji kada poklonodavac ima volju da dâ i volju da ne primi naknadu. Dobrovoljnosti nema samo ukoliko neko dâ nešto u zabludi, neznajući ili stvarno neželevći da pokloni ili kada dâ više nego što želi prisiljen ekonomskim prilikama ili zbog toga što bi mogao biti pravno prinuđen na davanje.

U klasičnoj i savremenoj srpskoj pravnoj teoriji, *animus donandi* je shvaćena apstraktno. To je volja poklonodavca koja postoji kada je “bio željan, voljan da drugu stranu obogati”,¹³ “svest i namera poklonodavca da bez naknade pre-

⁷ R. Zimmermann, *op. cit.*, str. 497.

⁸ Andra Đorđević, *Sistem privatnog (građanskog) prava Kraljevine Srbije u vezi sa međunarodnim privatnim pravom*. Knjiga prva: *Opšti deo (prva polovina)*, Štamparija Kraljevine Srbije, Beograd 1896, str. 155.

⁹ Marcel Planiol, Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français. Donations et testaments*, t.V par André Trasbot et Yvon Loussouarn, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1957, str. 430.

¹⁰ Jean Carbonnier, *Droit civil. Les obligations*. Tome IV, 21^e édition refoundue, Presses Universitaires de France, Paris 1998, str. 124.

¹¹ Altruizam je lepo objasnio Živojin Perić, poredeći ga sa egoizmom i solidarizmom: “Vidimo, iz onoga što je prethodilo, goleme razlike između solidarizma i altruizma. Altruista dela na dobrobit drugih, nasuprot solidaristi koji dela za druge zato da bi drugi delali za njega, altruista dela za druge isključivo iz ljubavi prema njima, on dela za njih neočekujući za uzvrat nikakvu korist ni naknadu: on bi delao za druge čak i kada bi bilo izvesno da drugi neće delati za njega; šta više, on bi delao za njih čak u slučaju u kome bi oni delali protiv njega. (“Čuli ste da je kazano: “Ljubi bližnjega svoga, i mrzi neprijatelja svoga.” A ja vam kažem: Ljubite neprijatelje svoje, blagosiljajte one koji vas kunu, činite dobro onima koji vas mrze i molite se za one koji vas vređaju i gone”, Hristova beseda na gori, Jevanđelje po Mateju, 5, 43, 44)”. J. Peritch, “Egoïsme, Solidarisme, Altruisme”, *Extrat de la Revue Menesuele*, N^o 8 et 9 (mars et avril 1922), Genève 1922, str. 6.

¹² Philippe Malaurie, Aynès Laurent, *Les successions. Les liberalités*, 3^e édition par Malaurie Philippe, Defrénois – Lextenso, Paris 2008, str. 178.

¹³ Živojin Perić, *Specijalni deo građanskog prava II. Obligacio (tražbeno) pravo*. Drugi deo. *Specijalni deo obligacionog (tražbenog) prava. O ugovorima*, Štamparija Drag. Gregorić (štampano kao rukopis) Beograd 1934, str. 3.

nese drugome pravo svojine neke stvari ili neko drugo imovinsko pravo ili izvesnu korist”,¹⁴ odnosno “svest da se poklanja i volja da se poklanja i volja da se to učini”¹⁵. Davanje je dobrovoljno kada je poklonodavac bio svestan i imao nameru da davanjem umanjí svoju i poveća imovinu druge strane. Ako takva volja ne postoji, mora se uzeti da je dao zbog toga što je bio faktički prisiljen da dá, ili da je dao neznajući za pravu vrednost onoga što daje, odnosno da je dao jer je postojala prethodna pravna obaveza.¹⁶ Motivi zbog kojih se poklon čini mogu biti različiti, čisto moralni ili čak “solucija izvesnih zakonskih obaveza”, ali oni ne utiču na *animus donandi* jer ugovor o poklonu postoji “bez obzira na motiv usled koga se ušlo u taj odnos”.¹⁷

Prihvatanjem apstraktne koncepcije u pravnoj literaturi je proširen domen dobrovoljnosti. Ona postoji kada je davanje jednog lica drugom spontano,¹⁸ slobodno. Davanje nije spontano kada je rezultat pogrešne predstave jednog lica o vrednosti sopstvenog davanja. Dajući više, neko može pogrešno verovati da daje baš onoliko koliko treba. U toj situaciji, volja tradensa nije slobodna, jer postoji zabluda o vrednosti¹⁹ koja može da objasni zašto je ugovorio za sebe naknadu koja je očigledno nesrazmerna u odnosu na vrednost koju je dao. Davanje nije dobrovoljno ni kada je volja tradensa izjavljena u nuždi, zbog teškog materijalnog stanja ili stanja zavisnosti u kojem se našao, to jest pod uticajem ekonomske, faktičke, prisile, kojom bi se moglo objasniti zašto neko pristaje da dá više nego što prima. Najzad, dobrovoljnosti nema ni kada je davanje rezultat neke pravne obaveze tradensa. Ako jedno lice ima utuživu obavezu da nešto dá drugome, ono ne daje slobodno, od svoje volje, jer se razlog zbog koga daje nalazi u nekoj činjenici za koju je zakon vezao nastanak obligacije (na primer, u ugovoru, prouzrokovanju štete, poslovodstvu bez naloga, srodstvu iz koga nastaje zakonska obaveza izdržavanja). Ono tada daje zbog postojanja pravne, spoljašnje prinude koja mu se stavlja u izgled, ukoliko obavezu ne ispuni. Zbog toga, dato u ispunjenju neke pravne obaveze nije poklon, čak ni onda kada onaj koji daje ne prima ništa za uzvrat (na primer, kod davanja zakonskog izdržavanja).

¹⁴ S. Perović, *op. cit.* str. 614.

¹⁵ Dragor Hiber, *Pojam bitne zablude pri zaključenju ugovora*, doktorska disertacija, daktilografisano, Beograd 1991, str. 352.

¹⁶ S. Perović, *op. cit.*, str. 603.

¹⁷ Živojin Perić, “Karakterne osobine ugovora o poklonu”, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, knjiga deveta drugog kola (dvadesetšesta), 1924, str. 269.

¹⁸ Živojin Perić, *Obligacije II* (predavanja), str. 3. Izvor: Srećko Zuglia, *Prirodne obaveze u teoriji i srpskom privatnom pravu*, Štamparija Etelke Rajčić, Subotica 1924, str. 17.

¹⁹ Upor. “Osobina volje da ona mora biti slobodna u obligacionom pravu znači da lice koje izjavljuje volju ne sme biti žrtva, prevare zablude ili prinude”. S. Perović, *op. cit.*, str. 253.

Prema apstraktnoj koncepciji, izvan polja koje ovičavaju situacije u kojima neko daje u zabludi, pod pritiskom ekonomskih prilika u kojima se nalazili ili pod prinudom koju oličava postojanje pravne obaveze na davanje, stoji sfera dobrovoljnosti u čijem jezgru je sloboda. Između ta dva antipoda, dobrovoljnosti, na jednoj strani, i prinudnosti, u čijem središtu je pravna obaveznost, na drugoj strani, nalaze se prirodne obaveze, moralne i društvene dužnosti. Ove obaveznosti nisu pravne, jer iza njih ne stoji spoljašnja, pravna prinuda nego unutrašnja, moralna, subjektivna ili psihička prinuda. Podsticaj na davanje može doći i odatle. Naime, jedno lice može biti pokrenuto na davanje neposredno pravno neprinudnom prirodnom obavezom, moralnom ili društvenom dužnošću. S obzirom na to, o ovim obaveznostima može se govoriti i kao o motivima zbog kojih jedno lice svesno umanjuje svoju imovinu sa namerom da ne traži niti primi nikakvu naknadu. Za dobrovoljnost poklona postaje od suštinskog značaja pitanje: da li prirodne obaveze, moralne dužnosti i društvene dužnosti ulaze sferu dobrovoljnosti ili u sferu prinudnosti? Onaj koji daje nešto da bi ih ispunio nema potpunu slobodu, jer ove dužnosti, iako nisu pravne obaveze, ipak jesu obaveznosti. Lice koje na osnovu njih nešto daje nema apsolutnu slobodu da odluči da li hoće da dá. S toga, može biti postavljeno pitanje: da li uopšte postoji *animus donandi* i sledstveno tome, poklon?

Apstraktna koncepcija daje pozitivan odgovor na ovo pitanje. *Animus donandi* nije isključena kada poklonodavac dajući ispunjava neku moralnu dužnost. To doktrinarno shvatanje usvojeno je u Prednacrtnu građanskog zakonika Republike Srbije objavljenom 2009. godine. U pravilu u kojem je odredila pojam poklona Komisija za izradu Građanskog zakonika je predložila rešenje po kome ugovor o poklonu predstavlja i ugovor koji je zaključio poklonodavac iz zahvalnosti ili neke druge moralne obaveze.²⁰ Zanimljivo je primetiti da je ovim rešenjem odstupljeno od pojma poklona iz Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima. U projektu profesora Konstantinovića, poklon zasnovan na moralnoj dužnosti nije bio pomenut. Na drugoj strani, trebalo bi zapaziti i da pravila pojedinih kodifikacija obligacionog prava u uporednom pravu izričito naglašavaju suprotno od onog što je predloženo u Prednacrtnu. Tako na primer, u švajcarskom Zakoniku o obligacijama je posebno istaknuto da izvršenje neke moralne dužnosti ne predstavlja poklon.²¹

²⁰ *Prednacrt građanskog zakonika*. Druga knjiga: *Obligacioni odnosi*, Beograd 2009, str. 211.

²¹ Code des obligations. Loi fédérale complétant le Code civil suisse. Livre cinquième: Droit des obligations (Du 30 mars 1919), 9e éd, Nicolas Junaud (ed.), Genève 1995, art. 239, srpski prevod: Švajcarski Zakonik o obligacijama – čl. 1 do čl. 551 – prevo Svetislav T. Arandelović, Institut za uporedno pravo, serija E, br. 29–30, Beograd 1962.

Prema složenoj definiciji pojma poklona koji je predložila Komisija za izradu građanskog zakonika poklon je ne samo davanje koje je spontano, slobodno, već i davanje kojim se ispunjava moralna dužnost. Ovaj pojam obuhvata kako poklon koji ima za predmet nepokretne stvari i punovažan je samo ako je zaključen u pismenoj formi i overen od strane nadležnog organa, tako i na poklon pokretne stvari. Na osnovu Prednacrta građanskog zakonika ugovor o poklonu pokretne stvari je punovažan ako je stvar predata poklonoprimcu. Istovremeno, tekst Prednacrta u delu posvećenom sticanju bez osnova, sadrži pravilo koje je preuzeto iz Zakona o obligacionim odnosima (čl. 213), po kome se ne može tražiti da se vrati ono što je dato na ime izvršenja neke prirodne obaveze ili neke moralne ili društvene dužnosti.²² Drugim rečima, izvršenje moralne dužnosti, kao i društvene dužnosti ili prirodne obaveze, ima isti pravni značaj kao ispunjenje pravne obaveze. Kao što ispunilac ne može tražiti natrag predmet koji je dao poveriocu na ime ispunjenja svoje (pravne) obaveze, isto tako, moralni dužnik ne može zahtevati da mu bude vraćena stvar koju je predao drugome u izvršenju svog moralnog duga.

Pravila predložena u Prednacrta građanskog zakona vezuju dakle, dve različite pravne posledice za ispunjenje moralnih dužnosti. Prema prvom pravilu, izvršenje moralnog duga predajom pokretne stvari je akt kojim se zaključuje ugovor o poklonu, dok, prema drugom, izvršenje moralne dužnosti ima isti značaj kao i ispunjenje obligacije. Da bi se utvrdilo kada davanje na ime izvršenja moralne dužnosti ima značaj poklona, a kada ono važi isto kao i ispunjenje obligacije, potrebno je moralne dužnosti raščlaniti na vrste. Prvi korak u njihovom razvrstavanju trebalo bi da bude kraća analiza teorija o pravnom značaju dobrovoljnog ispunjenja pravno neprinudnih obaveznosti u koje, pored moralnih dužnosti, spadaju prirodne obaveze i društvene dužnosti.

TEORIJE O POJMU PRIRODNIH OBAVEZA

Prirodne obaveze, moralne i društvene dužnosti su pravno neprinudne obaveznosti jer se njihovo izvršenje ne može se iznuditi od dužnika.²³ Ako lice na kome ove obaveze ili dužnosti leže neće da ih izvrši, niko ga na to ne može prisiliti sudskim putem. Ipak, davanje kojim se one ispunjavaju nije spontano. Ove obaveze i dužnosti su obaveznosti, što znači da na strani obaveznog lica postoji subjektivna nužnost koja sužva domen njegove slobode.²⁴ Kada dužnik prirodne obaveze, moralne ili društvene dužnosti daje ono na šta je dužan prirodno, prema

²² *Prednacrt građanskog zakonika. Obligacioni odnosi*, str. 211.

²³ S. Zuglia, *op. cit.*, str. 10.

²⁴ Jasminka Hasanbegović, *Zablude o pravnoj normi II*, Dosije, Beograd 2006, str. 61.

moralu ili s obzirom na društvenu dužnost, on daje sa svešću o tome da ne može biti pravno prinuđen, jer niko prema njemu nema potraživanje. Ipak, on oseća unutrašnju, subjektivnu prinudu, autoprinudu²⁵ koja ga pokreće na davanje. Da li je davanje neke imovinske vrednosti u svrhu ispunjenja prirodne obaveze, moralne i društvene dužnosti poklon, zbog toga što ne postoji spoljašnja, pravna prinuda ili nije poklon, zato što postoji subjektivna, unutrašnja prinuda, pa je zbog toga dobrovoljnost poklona isključena? Da li u ovom drugom slučaju ispunjenje prirodne obaveze, moralne ili društvene dužnosti treba da ima isti značaj kao ispunjenje obligacije. Odgovor na to pitanje daju klasična i moderna teorija o pojmu prirodnih obaveza.

Klasična teorija

Prema klasičnoj teoriji, naturalne obligacije su obaveznosti koje potiču iz civilnih obligacija. Ideja o tome nastala je u rimskom pravu,²⁶ a prvi ju je u francuskoj pravnoj književnosti sistematski izložio Potje (*Potier*).²⁷ Svoj vrhunac imala je u doktrini Obrija (Aubri) i Roa (Ray). U četvrtom izdanju njihovog znamenitog dela *Cours de droit civil français* objavljenom 1871. godine oni su naturalne obligacije podelili u dve grupe. U prvu su svrstali obligacije koje se zasnivaju na pravnom osnovu koji bi bio podoban da stvori subjektivno pravo jednog lica prema drugom i koje bi legitimno i racionalno mogle da budu prinudno ispunjive. Ipak, zakonodavac nije smatrao da im treba priznati pravna dejstva koje imaju civilne obligacije.²⁸ U drugu grupu oni su svrstali obligacije koje su po poreklu

²⁵ Toma Živanović, "Osnovni problemi etike (filozofije moralne)", *Glas CLXIV Srpske kraljevske akademije*, Beograd 1935, str. 82.

²⁶ Vid. David Deroussin, *Historie du droit des obligations*, Economica, Paris 2007, str. 62–72.

²⁷ Robert – Joseph Potier, *Œuvres de Potier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle par M. Bugnet. Traité des obligations. Traité du contrat de vente. Traité des donations entre vifs*, Paris 1861, str. 91–93. Izvor naveden prema: N. Peterka, *op. cit.*, str. 46.

²⁸ Ove naturalne obligacije su: 1) obaveze nastale iz ugovora koje je zaključilo lice koje je "moralno sposobno" za ugovaranje, ali koje su ništave zbog toga što je to lice po pozitivnom pravu nesposobno za ugovaranje (na primer, ugovor koji je zaključilo maloletno lice); 2) obaveze nastale na osnovu ugovora kod kojih su se stekli svi materijalnopравни uslovi potrebni za njegov nastanak, ali koji nisu zaključeni u formi koja se zakonom zahteva da bi ugovor proizveo pravna dejstva; 3) obaveze koje su nastale iz sporazuma koji su sami po sebi dopušteni ali u kojima zakonodavac, zbog odsustva društvene korisnosti, ne priznaje poveriocu pravo na tužbu (na primer, obaveze iz sporazuma o igri ili kocki); 4) dužnost oca i majke da daju miraz detetu koje stupa u brak, dužnost izdržavanja između srodnika između kojih ne postoji zakonska obaveza izdržavanja; 5) dužnost jednog lica da se nagrađivanjem drugog zahvali za učinjene usluge kada su te usluge procenjive u novcu (na primer, dužnost da se nagradi nalogoprimac za posebnu pažnju koju je pokazao u izvršenju naloga kojeg se

civilne, ali kojima je zakonodavac, zbog toga što su društveno beskorisne, uskraćio poveriocu pravo na tužbu.²⁹ Za razliku od naturalnih obligacija iz prve grupe, koje su mogle ali nikada nisu egzistirale na terenu prava, naturalne obligacije koje pripadaju drugoj grupi nastale su kao civilne, ali su postale društveno beskorisne, zbog čega je poveriocu uskraćeno pravo na tužbu u materijalnom smislu. Obri i Ro su zbog toga naturalne obligacije iz prve grupe nazvali neuspelim, a one koje su svrsatali u drugu, degenerisanim, iskvarenim civilnim obligacijama.³⁰

Iz uvida u osnovne postavke klasične teorije može se zaključiti da davanje neke vrednosti u svrhu ispunjenja naturalne obligacije isključuje *animus donandi*. Prema shvatanju Obrija i Roa dužnik koji je ispunjava nema nameru da pribavi poveriocu besplatnu korist, nego da sebe oslobodi duga. Njegov čin nije poklon jer mu nedostaje *intentio liberalis*. Poklon nije ni kada jedno lice ispunjava neku dužnost za koju oseća da mu je nameće pravičnost, savest, čast ili obzirnost. Ispunjenjem ovih dužnosti ono želi da predupredi svoje obogaćenje bez osnova na račun drugoga ili da nadoknadi štetu čije prouzrokovanje mu se po zakonu nije moglo pripisati u krivicu i za koju zna da nije civilno odgovoran da je nadoknadi. Kod dužnosti savesti, časti ili obzirnosti ne postoji materijalni interes ispunioca, ali postoji moralni, neimovinski interes da ih ispuni.³¹ Po mišljenju Obrija i Roa *animus donandi* je isključena jer se ispunitac nalazi pod psihološkom presijom da treba da ispuni jednu moralnu dužnost.³² Zbog toga u pogledu materijalnih i formalnih uslova koji su neophodni da bi bili punovažni, ovi akti spadaju u teretne pravne akte.³³ Poklon postoji, premda je inpisirisan željom da se izvrši jedna dužnost, samo u slučaju davanja raznih vrsta priloga siromašnima i davanja u opštekorisne svrhe.³⁴

prihvatio u nameri da učini dobročinstvo nalogodavcu). Charles Aubri, Charles Rau, *Cours de droit civil français: D'après la méthode de Zachariae*, Quatrième édition. Tome quatrième, Seconde partie – Livre première, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, Paris 1871, str. 5–7.

²⁹ Ovoj grupi pripadaju: 1) obaveza kojoj dužnik ostaje podvrgnut nakon nastupanja zastarelosti poveriočevog potraživanja; 2) obaveza koja nastavlja da tereti dužnika u čiju korist je delovala zakonska pretpostavka zbog koje je tužbeni zahtev poverioca odbijen (kao što su na primer, pretpostavka vezana za autoritet presuđene stvari i pretpostavka zasnovana na formalno utvrđenoj istini u parnici na osnovu zakletve, zbog koje je spor rešen u korist dužnika, a zakletva je bila suprotna materijalnoj istini); 3) obaveza dužnika da namiri potraživanja poverilaca u celini, uprkos tome što je njegov dug delimično otpušten poravnanjem poverilaca zbog stečaja. *Ibid.*, str. 5.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, str. 5–7.

³² Charles Aubri, Charles Rau, *Droit civil. Sixième édition par Paul Esmein*. Tome dixième. Seconde partie – Livre second – Deuxième division, Librairie techniques, Paris 1954, str. 398.

³³ C. Aubri, C. Rau, *Cours de droit civil français*, str. 5–7.

³⁴ C. Aubri, C. Rau, *Droit civil*, str. 398.

Moderna teorija

Modernu teoriju o prirodnim obavezama postavio je Ripper (*Ripert*) u delu *La règle morale dans les obligations civiles* objavljenom 1925. godine. Ona je označila potpuni zaokret u odnosu na dotadašnju pravnu misao o poreklu naturalnih obligacija. Za razliku od klasične teorije koja je pojam naturalnih obligacija skrojila prema modelu civilne obligacije, prema Ripperovom shvatanju, naturalne obligacije i civilne obligacije su odsečno odvojene. Prirodna obligacija nije neprinudna civilna obligacija nego jedna moralna dužnost koja je pridošla u svet prava,³⁵ tako što joj je pravo priznalo važnost vezivanjem nekih pravnih dejstava za čin ispunjenja. Moralna dužnost je pak, sinonim za dužnost savesti.³⁶

Rezultati do kojih je došla teorija o prirodnim obavezama kao moralnim dužnostima pokazuje da prirodne obaveze nastaju iz moralnih dužnosti i zbog toga njihovo postojanje isključuje dobrovoljnost. Naime, prirodna obaveza podrazumeva da je lice koje je ispunjava imalo jednu imperativnu, neodoljivu moralnu dužnost na čije izvršenje nije moglo biti prinuđeno spoljašnom prisilom. Ipak, unutrašnjeg pritiska, prisile savesti da je izvrši, moglo je da se oslobodi samo dobrovoljnim izvršenjem, odnosno predajom neke stvari ili sume novca "naturalnom poveriocu". Zbog toga, ovo davanje nije dobrovoljno, jer nije slobodno. O poklonu se može govoriti jedino ako je postojala obična moralna dužnost, dužnost koja se ne može kvalifikovati kao dužnost savesti, ako ju je jedno lice dobrovoljno ispunilo. Između ispunjenja prirodne obaveze i davanja poklona postoji sličnost. I za dužnika naturalne obligacije i za poklonodavca važi isto pravilo, da ne mogu tražiti natrag ono što su dali. Ali razlozi za propisivanje ove zabrane nisu isti. Povraćaj onoga što je dato na ime izvršenja naturalne obligacije ne može se tražiti zbog toga što je dužnik, dobrovoljnim izvršenjem dužnosti za koju je bio svestan da ne može biti prinudno izvršena, potvrdio da ona za njega postoji kao pravna obaveza. Nasuprot tome, povraćaj onoga što je bilo dobrovoljno dato kao poklon ne može biti zahtevan zbog pravila o neopozivosti poklona. Najzad, ocenjivanjem rezultata do kojih je došla moderna teorija moglo bi se zaključiti da ona suštinsku razliku između naturalnih obligacija i poklona vidi na psihološkom planu - na planu svesti onoga koji ispunjava dužnost savesti i svesti poklonodavca. Onaj koji izvršava dužnost savesti ispunjava je dobrovoljno zbog toga što želi da se oslobodi duga, dok poklonodavac, nema nikakvu obavezu na terenu prava, ali ni na terenu savesti i poklonom želi jedino da uveća imovinu poklonoprимca.

³⁵ Georges Ripret, *La règle morale dans les obligation civiles*, Librairie générale de droit & de jurisprudence, Paris 1925, str. 358–379.

³⁶ "Il y en un mot obligation naturelle, lorsque la loi attache certains effets juridiques à l'accomplissement du devoir moral". *Ibid.*, str. 358.

UTICAJ TEORIJA O POJMU PRIRODNIH OBAVEZA
NA ODREĐIVANJE POJMA POKLONA
U SRPSKOJ PRAVNOJ DOKTRINI

Klasičnu teoriju o naturalnim obligacijama u srpskoj pravnoj doktrini zastupao je S. Culja. Prema njegovom mišljenju prirodne obaveze su nepotpune, nesavršene obligacije. Od potpunih obligacija one se razlikuju po tome što su neprinudne i zbog toga ne proizvode sva pravna dejstva koja stvaraju potpune obligacije. Nepotpune obligacije izjednačavaju se sa potpunim po tome što su ispunjive, doduše ne prinudno, nego dobrovoljno.³⁷ Autor ih je podelio u dve grupe. U prvu je svrstao zastareli dug, dužnost predaje predmeta iz usmenog obećanja poklona, dug iz dopuštenih igara ili opklada, ako cena nije plaćena ni položena u ruke trećeg lica, obavezu isplate sporednog duga koji nije obuhvaćen tužbom za isplatu glavnog duga i obavezu isplate duga koji je stečajnom dužnikom otpušten poravnanjem u stečaju. To su zapravo degenerisane potpune obligacije i neuspele obligacije, iz teorije Obrija i Roa. Drugu grupu sačinjavaju prirodne obaveze čiji je izvor u zakonu. Tu spadaju izdržavanje nezakonitog deteta kome je zabranjeno utvrđivati očinstavo, nužno izdržavanje daljih srodnika, davanje miraza, davanje opreme svojim discendentima i davanje zbog spašenog života.³⁸

Prema Culjinom shvatanju nepotpune obligacije ispunjenjem poprimaju dejstva potpunih, civilnih obligacija. Kada se dužnik prirodne obligacije ponaša onako kako mu obligacija nalaže ne ispunjava nešto što ne duguje, niti čini poklon. Čin izvršenja ima karakter ispunjenja obligacije. To u potpunosti važi za degenerisane i neuspele civilne obligacije. Kada su u pitanju moralne dužnosti, njihovo izvršenje takođe je ispunjenje obligacije, a ne poklon. Sfera poklona je ograničena samo na "dobrovoljne prestacije u pogledu kojih ne postoji ni moralna dužnost ispunjenja".³⁹ Autor ipak, na jednom mestu odstupa od čvrstog stava da ispunjenje moralne dužnosti nije poklon. U slučaju kada ono što je dato u njenom ispunjenju prevazilazi odmerene granice koje se u svakom konkretnom slučaju utvrđuju prema objektivnim merilima, poklon može postojati.⁴⁰ U tome je bitna razlika između njegovog gledišta i shvatanja koje su Obri i Ro zastupali u francuskoj pravnoj doktrini, prema kojem ispunjenje moralne dužnosti nikada ne može biti poklon, jer kod svake moralne dužnosti postoji moralni interes dužnika da je ispuni i zbog toga u aktu ispunjenja nema *animus donandi*. Prema Culji,

³⁷ S. Zuglia, *op. cit.*, str. 12.

³⁸ *Ibid.*, str. 25–32.

³⁹ *Ibid.*, str. 14.

⁴⁰ *Ibid.*

motiv ispunioca nije bitan za kvalifikaciju poklona. Poklon može biti i davanje na ime izvršenja moralne dužnosti, čak i ukoliko ispunilac ostvaruje neki svoj moralni, neimovinski interes, ukoliko ono što je dao prevazilazi granice koje moraju biti utvrđene u svakom konkretnom slučaju. I obrnuto, ako se davanje u svrhu ispunjenja moralne dužnosti kreće u odmerenim granicama, njeno izvršenje autor smatra solucijom pravne obaveze, obligacije i logično, ne može biti poklon, pošto je dobrovoljnost isključena u slučaju postojanja pravne obaveze.

Modernu teoriju o naturalnim obligacijama zastupao je A. Čubinski. Prema njegovom shvatanju klasične prirodne obaveze potiču iz moralnih dužnosti. Autor ih u srpskom Građanskom zakoniku vidi u zastarelom dugu, usmenom obećanju poklona i dugu iz dozvoljene opklade ili igara, ukoliko cena nije bila položena u ruke trećeg lica.⁴¹ S obzirom na postojanje moralnog elementa u njima, za prirodne obaveze je bitno da onaj koji ih ispunjava "prema opštem mišljenju ne čini time poklon", već daje samo ono što je trebalo da dâ.⁴² Da bi se ove dužnosti preobrazile u pravne obaveze uvek je potrebno priznanje dužnika da one postoje i da padaju na njega. Priznanje se vrši aktom predaje, kod zastarelog duga i duga iz opklade, a kada je reč o obećanju poklona, neophodno je jednostrano obećanje u pismenoj formi.⁴³ Treba primetiti da A. Čubinski ne pravi nikakvu razliku unutar moralnih dužnosti. U njegovom poimanju ne postoji gradacija prema njihovom intenzitetu na koju nailazimo kod autora koji zastupaju teoriju moralnih dužnosti u francuskoj teoriji. U principu, svaka moralna dužnost je neodoljiva i imperativna, a usmenim priznanjem ili faktičkom predajom postaje pravna obaveza. Izvan prinudnih ne postoje druge moralne dužnosti, slabijeg stepena obaveznosti. U takvoj, rigidnoj koncepciji postojanje prinudne moralne dužnosti u potpunosti isključuje *animus donandi*.

Teorija o prirodnim obavezama koju je u srpskoj pravnoj doktrini postavio i zastupao L. Marković, zasnovana je na kombinaciji osnovnih postulata na kojima počivaju klasična i moderna teorija. Ona polazi od stanovišta nemačkog prava prema kome u svakom obligacionom odnosu treba razlikovati dug ("Schuld") i odgovornost ("Haftung"). Dug je onaj elemenat koji označava vezanost dužnika za poverioca, na osnovu koga je dužnik dužan da izvrši određenu činidbu.⁴⁴ Odgovornost je drugi elemenat koji označava moć prinudnog izvršenja koju ima poverilac da bi dobio zadovoljenje u slučaju da dužnik dobrovoljno ne izvrši dug. Obligacioni odnos je potpun kada sadrži oba elementa. Dug bez odgovornosti je nepotpuni obligacioni odnos, ali to što je nepotpuni ne znači da nije pravni odnos.

⁴¹ Arsen Čubinski, "Prirodne obaveze i njihova suština", *Branič*, 6/1925, str. 107.

⁴² *Ibid.*, str. 106.

⁴³ *Ibid.*, str. 108.

⁴⁴ L. Marković, *op. cit.*, str. 40.

Nepotpune obligacije L. Marković raspoređuje u tri kategorije. Prvoj pripadaju obaveze kojima zakon nije prizano potpun pravni karakter zbog toga što “nepovoljno, sa neodobravanjem, gleda uopšte na ovakve odnose”. U nju je svrstao dug iz ugovora o igri ili opkladi i dug iz ugovora o bračnom posredovanju. U drugoj se nalaze obaveze u kojima je poveriocu uskraćeno pravo na tužbu zbog “obzira oportunistički” ili “celishodnosti” ili “obzira pravne sigurnosti”, kao što su zastareli dug, dug koji nije prijavljen u stečajnim postupku i dug koji se odnosi na isplatu preostalog dela poveriočevog potraživanja koje nije obuhvaćeno poravnanjem u stečaju. Pored ove dve vrste prirodnih obaveza u nepotpune obligacione odnose spadaju obaveze koje potiču iz moralnih ili socijalnih dužnosti.⁴⁵ Zajedničko toj kategoriji i prethodnim dvema, koje autor naziva “prirodnim obavezama” je da je zahtev dužnika za povraćaj onoga što je dato u ispunjenju prirodnih obaveza i moralnih i socijalnih dužnosti isključen. Ali razlozi za isključenje kondikcije nisu isti. Objasnjavajući ih, autor kaže: “Kod prirodnih obaveza radi se stvarno o ispunjenju jedne pravne obaveze koja je samo nepotpuna ili nesavršena, dok se kod vršenja etičkih, moralnih, religioznih ili socijalnih dužnosti i obzira davanje vrši ne kao posledica vezanosti nego u nameri činjenja poklona”.⁴⁶ Pozivajući se na to da je takvo shvatanje usvojeno u nemačkom pravu, u § 534. Građanskog zakonika, u kome je propisano da “pokloni kojima je odgovoreno shodno moralnoj obavezi ili nekom obziru koji treba imati u pogledu pristojnosti ne podležu zahtevu za povraćaj”,⁴⁷ L. Marković zaključuje da poklon može biti: 1) davanje na ime izvršenja moralne dužnosti pomaganja daljih rođaka, siromašnih ili lica u nevolji; i 2) davanje u svrhu pomaganja drugih lica učinjena iz humanih pobuda.⁴⁸ Davanja učinjena na ime izvršenja moralne dužnosti pomaganja ne isključuju *animus donandi*.

Najznačajni doprinos shvatanja L. Markovića je u tome što je istakao da *animus donandi* nije nespojiva sa postojanjem moralnih i društvenih dužnosti. Dok je S. Culja u srpskoj pravnoj doktrini suzio sferu poklona na dobrovoljne prestacije u kojima ne postoji ni moralna ni socijalna dužnost (uz izuzetak da poklon ipak može biti davanje radi izvršenja moralne dužnosti, ali ako je prevazišlo odmerene granice) za L. Markovića zona poklona je šira. Ona obuhvata jedan ne tako uzak domen davanja na ime izvršenja moralne dužnosti pomaganja.

⁴⁵ *Ibid.*, str. 87– 89.

⁴⁶ *Ibid.*, str. 89.

⁴⁷ Bürgerliches Gesetzbuch, § 534. Navedeno prema: <http://www.buergerliches-gesetzbuch.info/bgb/534.html>.

⁴⁸ L. Marković, *op. cit.* str. 89.

PRAVNE POSLEDICE ISPUNJENJA PRIRODNE OBAVEZE,
MORALNE I DRUŠTVENE DUŽNOSTI

Zakonom o obligacionim odnosima uređene su pravne posledice ispunjenja nepotpunih obligacija (iz teorije L. Markovića), pravilom kojim je propisano da se ne može tražiti natrag ono što je dato u ispunjenju neke prirodne obaveze, moralne dužnosti i društvene dužnosti.

Prirodne obaveze

U savremenoj pravnoj doktrini pojam prirodnih obaveza obuhvata manje više sve one obaveznosti koje su i u ranijoj stranoj i domaćoj pravnoj književnosti smatrane prirodnom obligacijom: zastarela obaveza, obaveza stečajnog dužnika da isplati poveriocima deo potraživanja koji im nije isplaćen zbog primene pravila o srazmernom namirenju,⁴⁹ obaveza iz ugovora o dopušetnoj igri i opkladi i obaveza da se isplati potraživanje iz ugovora koji nije zaključen u odgovarajućoj propisanoj ili ugovorenoj formi.⁵⁰ Njih je klasična koncepcija o pojmu naturalnih obligacija svrstala u neuspele i degenerisane civilne obligacije. Zakon o obligacionim odnosima, pored toga što je na opšti način odredio da se ne može tražiti vraćanje onoga što je dato u izvršenju prirodne obaveze, za zastarelu obavezu je posebno propisao da se ono što je dato na ime njenog izvršenja ne može tražiti natrag (ZOO, čl. 367). Iz toga se može zaključiti da davanje u svrhu izvršenja prirodne obaveze ima isto pravno dejstvo koje ima i ispunjenje obligacije. Ono gasi obavezu. Ispunilac daje u nameri izmirenja duga i namirenja poverioca,⁵¹ a ne u nameri da uveća imovinu druge strane, a da sebe osiromaši. Zbog odsustva *animus donandi*, davanje u cilju izvršenja prirodne obaveze ne može se smatrati poklonom.⁵²

Moralne i društvene dužnosti

Moralne i društvene dužnosti su obaveznosti koje proizlaze iz socijalnih normi u koje spadaju još i dužnosti koje nastaju na osnovu običaja. I dok se za moralne i običajne dužnosti zna odakle potiču, za društvene dužnosti nije sasvim jasno ni šta one obuhvataju, ni šta je njihov izvor. U sociologiji etike one su izdvojene u zasebnu grupu u koju spadaju još i dužnosti koje proizlaze iz normi pristoj-

⁴⁹ Slobodan Perović, "Naturalne obligacije i moralne dužnosti", *Pravni život*, 6/63, str. 21.

⁵⁰ Jakov Radišić, *Obligaciono pravo. Opšti deo*, Nomos, Beograd 2004, str. 48.

⁵¹ Stevan Jakšić, *Obligaciono pravo. Opšti dio*, Veselin Masleša Sarajevo, 1960, str. 447.

⁵² S. Perović, *Obligaciono pravo*, str. 607.

nosti i učtivosti.⁵³ Društvene dužnosti nisu bile zakonska kategorija do donošenja Zakona o obligacionim odnosima, pa zbog toga u komentarima Zakona nedostaju njihove precizne definicije. Prema Komentaru čiji je glavni urednik S. Perović, društvene dužnosti su one “koje proizlaze iz okolnosti koje čine ljudsku solidarnost, iz pravila o životu i radu i ponašanju pojedinaca”.⁵⁴ U Komentaru u redakciji B. Blagojevića i V. Krulja nabrojani su slučajevi tipičnih socijalnih dužnosti, na primer, dužnost poslodavca da čini povremena davanja licima koja su nekada bila zaposlena kod njega i koja su penzionisana zbog starosti ili invaliditeta.⁵⁵ Takođe, različito se gleda i na izvor nastanka ovih dužnosti. U jednom delu pravne književnosti one se ubrajaju u moralne dužnosti, a u drugom u dužnosti nametnute faktičkim, društvenim običajem.⁵⁶ U Zakonu o obligacionim odnosima izraz “društvene dužnosti” upotrebljen je pored izraza “moralne dužnosti” te bi, ako bi se radilo o dužnostima koje izviru iz morala, bilo teško objasniti zbog čega su u jednoj normi upotrebljena dva različita izraza za označavanje jedne iste stvari. Zato, bi pod društvenim dužnostima trebalo podrazumevati one koje su bliže sferi faktičkog (društvenog) običaja.

Moralne i društvene dužnosti se sa stanovišta primene pravila Zakona o obligacionim odnosima o sticanju bez osnova tretiraju jednako kao i prirodne obaveze. Lice koje je njihovim izvršenjem nešto primilo, *accipiens*, sticalac, nema obavezu prema *solvens*-u, isplatiocu da primljeno vrati. Davanje na ime izvršenja i jednih i drugih, iako nisu ni obligacije, ni prirodne obaveze, izjednačeno je sa njima u pogledu dejstava. To znači da se dato u ispunjenju moralne dužnosti i društvene dužnosti posmatra kao ono što je isplatilac dao u nameri se osloboditi duga i namiri poverioca. Otuda sledi da ispunjenje jedne moralne ili društvene dužnosti ne može biti poklon⁵⁷, jer je za poklon neophodno da davanje bude dobrovoljno, to jest, u skladu sa apstraktnom koncepcijom, da je izvršeno u nameri da se umanjí svoja i poveća tuđa imovina.

⁵³ Radomir Lukić, *Sociologija morala*, Beograd 1973, str. 137.

⁵⁴ Živomir Đorđević, “Izvršenje neke prirodne obaveze, ili neke moralne ili društvene dužnosti”, *Komenar Zakona o obligacionim odnosima* (glavni urednik S. Perović), Savremena administracija, Beograd 1995, str. 508.

⁵⁵ Stojan Cigoj, “Izvršenje neke prirodne obaveze, ili neke moralne ili društvene dužnosti”, *Komenar Zakona o obligacionim odnosima* (urednici B. Blagojević, V. Krulj), Savremena administracija Beograd 1980, str. 569.

⁵⁶ Obren Stanković, Vladimir Vodinelić, *Uvod u građansko pravo*, Nomos, Beograd 1996, str. 45.

⁵⁷ Upor. švajcarski Zakon o obligacijama, čl. 239: “Le fait de renoncer à un droit avant de l'avoir acquis ou de répudier une succession ne constitue pas une donation. Il en est de même de l'accomplissement d'un devoir moral”. Code des obligations, art. 239, II, III. Navedeno prema: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/220.fr>.

Na drugoj strani, u teoriji je prihvaćeno da davanje na ime moralne dužnosti može biti i poklon. Ta ideja provejavala je u doktrini još pre donošenja Zakona o obligacionim odnosima i njegovih pravila o sticanju bez osnova. Već je istakuto shvatanje L. Markovića po kome se davanje na ime izvršenja nekih etičkih, moralnih, religioznih ili socijanih dužnosti može tretirati kao poklon, jer se vrši u nameri činjenja poklona. I prema B. Blagojeviću, davanje jednog lica na ime izvršenja dužnosti moralne prirode može predstavljati "dužnosni poklon".⁵⁸ Isto mišljenje zastupa M. Vuković.⁵⁹ I posle donošenja Zakona o obligacionim odnosima u doktrini se zadržalo shvatanje da poklon može biti zasnovan na moralnoj dužnosti.⁶⁰

Može se dakle, uočiti da se na davanje kojim se ispunjava jedna moralna ili društvena dužnost gleda različito. Pravila Zakona o obligacionim odnosima o pravno neosnovanom obogaćenju vezuju za njih ista dejstva koja su priznata prirodnim obavezama, iz čega bi se dalo zaključiti da ta davanja nisu poklon. Na drugoj strani stavovi pravne teorije i predlog norme iz Prednacrtu građanskog zakonika pokazuju da davanja na ime ispunjenja nekih moralnih ili društvenih dužnosti mogu biti poklon. Među moralnim dužnostima mora se dakle, napraviti razlika. Na jednoj strani bi bile subjektivno prinudne, a na drugoj subjektivno neprinudne moralne dužnosti. Prve pripadaju istoj kategoriji obaveznosti u koju spadaju i prirodne obaveze. Nasuprot, tome subjektivno neprinudne moralne dužnosti ulazile bi u sferu poklona. Pitanje je dakle: koje su moralne dužnosti prinudne? Kada se na njega odgovori, onda se među ostalim moralnim i društvenim dužnostima mogu tražiti one na kojima može biti zasnovan poklon.

Subjektivno prinudne moralne dužnosti. – S gledišta morala sve zapovesti koje ga sačinjavaju obavezuju istom "moralnom" snagom, jer svaka nalaže dužnost koja je apsolutna i neizbežna. Sa faktičkog, psihičkog gledišta, međutim, moralne dužnosti ne obavezuju podjednako jačinom. Jedne su jače, druge slabije. Osećanje obaveznosti jednom moralnom normom može da bude slabije od osećanja obaveznosti drugom.⁶¹ Pravo se međutim, ne može upuštati u ispitivanje jačine stepena obaveznosti koje oseća pojedinac prema nekoj moralnoj zapovesti. Napred je rečeno da je *animus donandi* prema objektivnoj, apstraktnoj koncepciji svest i namera da se dâ i svest i namera da se za dato ništa ne primi. Za njeno postojanje nije bitno istraživati motive poklonodavca. Zato je za primenu pravila o poklonu značajno da po određenom kriterijumu razdvoji moralne dužnosti na kojima može biti zasnovan poklon od onih koje sferi poklona ne pripadaju.

⁵⁸ Borislav Blagojević, *Građansko – pravni obligacioni ugovori*, Naučna knjiga, Beograd 1947, str. 83.

⁵⁹ Mihajlo Vuković, *Obvezno pravo. Knjiga II*, Školska knjiga, Zagreb 1964, str. 254.

⁶⁰ S. Perović, *Obligaciono pravo*, str. 607.

⁶¹ R. Lukić, *op. cit.*, str. 216–217.

Prema shvatanju S. Culje ispunjenje moralnih dužnosti treba po pravnim posledicama izjednačiti sa ispunjenjem prirodne obaveze, što će reći ispunjenjem obligacije, ako se kreće u odmerenim granicama. Mera treba da bude određena prema "objektivnom kriterijumu", a ako ona bude premašena onda se radi o poklonu. Ovo shvatanje pretpostavlja da je jedna prirodna obaveza u stvari transformisana moralna dužnost koju je pravo priznalo. Pravo pretvara u pravne obaveze neposredno i u celini samo one moralne dužnosti kojima može da postavi objektivne granice, koje one nemaju⁶² i priznaje samo one dužnosti koje su tipizirane, naspram kojih stoji tačno određeno potraživanje i određeni poverilac i koje upravo zbog toga što su određene i tipizirane mogu da se obuku u pravnu formu. Druge moralne dužnosti, koje ne mogu da budu preobražene u pravne dužnosti u celini i neposredno, jer ne mogu da se tipiziraju i formalizuju, to jest da se učine pristupačnim svakom dužniku, da budu tačno izmerene i određene u pogledu potraživanja i poverioca, "ne podležu pravnom regulisanju u celom svom obimu".⁶³ Takve su na primer, moralna dužnost ljubavi, milosrđa ili samopožrtvovanja.⁶⁴

S druge strane, S. Perović ističe da u oblast naturalnih obligacija spadaju moralne dužnosti koje su prihvaćene od jedne društvene sredine kao nešto što je objektivno i dopušteno. To su one dužnosti koje proizlaze iz opštih moralnih principa i koje ulaze u "opštu svest ljudi kao imperativne regule".⁶⁵ Opšta svest o obaveznosti daje ovim moralnim zapovestima obeležje prinudnosti zbog koje postaju jedan od dva elementa strukture pravne ustanove javnog poretka i dobrih običaja. Iz ovog shvatanja sledi da su subjektivno prinudne one moralne dužnosti koje su društveno priznate. To su one dužnosti koje postoje objektivno i koje dobijaju svojstvo prinudnosti zbog toga što kao takve egzistiraju u opštoj svesti, odnosno, zato što o njima postoji opšta saglasnost. Intimno osećanje ispunioca da je on po moralu obavezan je nebitno za kvalifikaciju.⁶⁶

Moralne dužnosti na kojima može biti zasnovan poklon. – Naglasak na opštoj svesti o obaveznosti moralne zapovesti na kome insistira shvatanje o javnom poretku koje zastupa S. Perović, upućuje da u bi u analizu trebalo uključiti dužnosti koje proizlaze iz faktičkog običaja. Čini se da bi na osnovu osobenosti faktičkog običaja mogao biti izveden precizniji kriterijum za razgraničenje između subjektivno prinudnih moralnih dužnosti i moralnih dužnosti na kojima bi mogao biti zasnovan poklon.

⁶² Teodor Taranovski, *Enciklopedija prava*, Geca Kon, Beograd 1923, str. 118.

⁶³ *Ibid.*, str. 120.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ S. Perović, *Naturalne obligacije i moralne dužnosti*, str. 23.

⁶⁶ "Da bi jedna moralna dužnost postala naturalna obligacija nije dovoljno da je ona samo izraz subjektivnog osećanja, nečije skrupule ili bunta . S. Perović, "Naturalne obligacije i moralne dužnosti", str. 23.

Običaji se, prema opštoj teoriji prava, dele na faktičke (društvene, proste, obične, konvencionalne) i pravne. Faktički običaj je dugotrajno, stalno (neprekinuto) i opšte ponavljanje određenih radnji.⁶⁷ Običaj može postati i imovinsko davanje koje je dugotrajno, kontinuirano i opštesaglasno. Takav običaj ispoljava se u navici ili tradiciji koja je u jednom društvu formirana dugotrajnim i neprekinutim ponavljanjem istih postupaka. Ona ne sadrži nikakvu zapovest o ponašanju, a društvo ju je prihvatilo kao dobru (naviku, odnosno tradiciju).⁶⁸ Drugi element, koji odlikuje samo pravni, ali ne i društveni, konvencionalni običaj je subjektivne, unutrašnje, psihičke prirode. Taj element je *opinio necessitatis*, svest o obaveznosti uvek istog ponašanja u određenoj situaciji.⁶⁹ Kod faktičkog običaja taj element ne postoji.⁷⁰ Kod pravnog običaja, koji je izvor pravnih obaveza on postoji kao *opinio iuris seu necessitatis*, svest odnosno ubeđenje da je određeno ponašanje pravno obavezno.⁷¹

Upoređivanjem subjektivnog elementa pravnog običaja i “opšte svesti ljudi” da moralni principi važe kao imperativne regule, može se zaključiti da između njih ne postoji suštinska razlika, odnosno da je ona taman tolika kolika je i razlika u obaveznoj snazi između morala i običaja. Običaj i moral imaju po pravilu istu sadržinu i najčešće se dešava da se ponašanje po moralu pretvara u ponašanje po običaju.⁷² I u jednom i drugom, i u pravnom običaju i u moralu, sadržana je ideja o obaveznosti. U tom smislu, ako se za jednu moralnu dužnost kaže da je priznata u jednoj društvenoj sredini, da je njeno postojanje u opštoj svesti prihvaćeno kao nešto objektivno i dopušteno, onda se može konstatovati da je toj moralnoj dužnosti u određenoj sredini priznat isti značaj koji na terenu običajnih zapovesti ima pravni običaj.

Odatle do određenja moralnih dužnosti na osnovu kojih može biti zasnovan poklon nije dug put. To su one moralne i društvene dužnosti čije ispunjenje ima isti značaj kao ispunjenje nekog faktičkog, društvenog, običnog ili konvencionalnog običaja. Da je tako potvrđuju mesta u pravnoj književnosti u kojima se

⁶⁷ Kosta Čavoški, Radmila Vasić, *Uvod u pravo*, Beograd 2007, str. 69.

⁶⁸ Uporediti: “Pravni običaj predstavlja neko pravno pravilo, neku normu, dok običaj u običnom ili prirodnom smislu ne izražava nikakvu normu, nikakvo pravno pravilo, već neku naviku, narav ili predanje i pojavljuje se kao prosto ponavljanje jednoobraznih (uniformnih) radnji, kao stalno potvoravanje izvesnih postupaka, koji nemaju svoga osnova ni u nekom pravnom ubeđenju, već u onom čistom spoljnom stavu: navika je druga ljudska priroda, *consuetudo est altera natura*”. A. Đorđević, *op. cit.*, str. 69.

⁶⁹ K. Čavoški, R. Vasić, *op. cit.*, str. 69.

⁷⁰ O. Stanković, V. Vodinelic, *op. cit.*, str. 45.

⁷¹ Oliver Antić, Dragoljub Stojanović, *Uvod u građansko pravo*, Nomos, Beograd 2001 str. 86.

⁷² R. Lukić, *op. cit.*, str. 137.

davanje poklona u raznim prigodnim prilikama smatra društvenim običajem.⁷³ Da bi se utvrdilo da postoji moralna dužnost čije ispunjenje predstavlja poklon, potrebno je da se utvrdi njeno dugotrajno ponavljanje, neprekinutost odnosno redovnost i opštost. U tom slučaju postoji moralna dužnost davanja, ali ne i *opinio juris seu necessitatis*, odnosno opšta svest o tome da je davanje imperativ. Onaj koji daje ponaša se u toj situaciji prema svom subjektivnom, unutrašnjem osećanju da je obavezan, ali je i slobodan da izabere da li će se ponašati drugačije, jer neće trpi nikakvu spoljašnju sankciju.⁷⁴ On može osećati samo unutrašnju nelagodnost zbog toga što se ne ponaša kao što se drugi ponašaju, jer je svestan da njegovo ponašanje "nije u redu", ali neće trpeti ni pravnu sankciju, ni specifične spoljašnje sankcije (moralno gađenje ili moralni prezir). Zbog toga je njegova odluka da dâ, da umanjí svoju i da, ne tražeći naknadu, uveća tuđu imovinu, spon-tana. Ali, kada izvrši izbor i odluči da dâ, njegov izbor postaje obavezan. Isplatilac ne može više tražiti natrag ono što je dao, ali ne zbog toga što nema pravo na tužbu iz pravno neosnovanog obogaćenja, nego zbog toga što je učinio poklon.

ZAKLJUČAK

Davanje na ime izvršenja moralne dužnosti o kojoj ne postoji opšta svest da je imperativna ne isključuje *animus donandi*. Ako se *animus donandi* shvati apstraktno, kao volja jedne strane da umanjí svoju imovinu i uveća imovinu druge strane, onda ona nije ugrožena zbog toga što neko daje u skladu sa jednim dugotrajnim, konstantnim i opštedruštveno prihvaćenim ponašanjem, ali na koje nije obavezan. Takvo davanje je drugim rečima, poklon zasnovan na moralnoj dužnosti. Njegova priroda je ista kao i priroda uobičajenog poklona iz propisa Zakona o nasleđivanju. Uobičajeni poklon je izuzet od pravila da se svaki poklon uračunava zakonskom nasledniku u nasledni deo. Uslovi za primenu tog izuzetka su da je poklon dat prema običajima i navikama sredine u kojoj je ostavilac živeo i da je manje vrednosti. U nedostaku običaja ili ukoliko bi vrednost davanja bila znatnija, poklon ne bi bio "uobičajeni" i ne bi bio izuzet od, za naslednika nepovoljnijeg, režima *colatio bonorum*. Navika ili tradicija je dakle, razlog koji opravdavaju postojanje poklona zasnovanog na moralnoj dužnosti.

⁷³ O. Stanković, V. Vodinelić, *op. cit.*, str. 45; S. Cigoj, *op. cit.*, str. 569.

⁷⁴ N. Peterka, *op. cit.*, str. 75.

MARKO ĐURĐEVIĆ, Ph.D.,
Assistant professor, University of Belgrade
Faculty of Law

GIFT BASED ON ETHIC DUTY

Summary

Giving as fulfilling the ethic duty, about which there is no general consciousness that it is an imperative one, does not exclude *animus donandi*. If *animus donandi* is understood in an abstract way, as the will of one party to decrease its property and increase the property of another party, then it is not endangered because someone gives in accordance with a long-lasting, constant and socially generally accepted behaviour, which he is not obliged to exercise. Such giving, in other words, is a gift based on ethic duty. Its nature is the same as the nature of the gift based on custom. A custom-based gift is excluded from the rule of the law of succession that each gift is included in the succession part to the legal successor. The conditions for the application of the exclusion is that the gift was given in accordance with the custom and habits of the milieu in which the deceased lived and that it is with a smaller value. If there is no custom or if the value of giving is bigger, the gift would not be “based on custom” and would not be excluded from the regime *colatio bonorum*, which is better for the successor. The habit or the tradition is the reason which justifies the existence of the gift based on ethic duty.

JELENA ARSIĆ,
DRAGAN PAVIĆ

ZAKONSKA ZATEZNA KAMATA NA POTRAŽIVANJA U DOMAĆOJ VALUTI

U V O D

Zatezna kamata je posledica dužnikove docnje u ispunjenju novčane obaveze.¹ *Pravo poverioca* da zahteva zateznu kamatu i *obaveza* dužnika da je plati uređeni su u našem pravu pre svega Zakonom o obligacionim odnosima (nadalje: ZOO). Međutim, naš zakonodavac se opredelio da posebnom zakonu prepusti određenje same *kamatne stope* (zbog inflatornih kretanja, privrednog razvoja itd.), pa da se ona, samim tim, može brže i lakše menjati.² Tako su kod nas *visina*

Mr Jelena Arsić, pravni savetnik za evropske integracije i međunarodnu saradnju u Savezu gradova i opština Republike Srbije – SKGO.

Mr Dragan Pavić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ Vid. detaljnije J. Arsić, "Obračunavanje zatezne kamate", master rad odbranjen na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, str. 5. i sled.; D. Pavić, "Dužnička docnja u ispunjenju ugovorne obaveze, magistarski rad odbranjen na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1995, str. 180. i sled; "Droit de la responsabilité et des contrats", sous la direction de Ph. Le Tourneau, Dalloz, Paris, 2008, N° 2453 i sled, str. 705. i sled; L. Thévenoz, "Des effets de l'inexécution des obligations", Code des obligations I, Commentaire romand, édité par L. Thévenoz et F. Werro, Helbing & Lichtenhahn, Genève-Bâle-Munich, 2003, art. 104, i sled, str. 618. i sled; kao i tamo navedenu literaturu.

² I. Lekić, "Docnja dužnika i pravo poverioca na kamatu", Pravni život, I tom – Zakon o obligacionim odnosima – knjiga o desetogodišnjici, Beograd 1988, str. 350.

i način obračuna zatezne kamate uređeni Zakonom o visini stope zatezne kamate (nadalje: ZVSZK).³ Još 1989. godine zakonom sa istim nazivom uveden je konformni metod obračuna zatezne kamate,⁴ koji se primenjivao do 27. jula 2012. godine, do odluke Ustavnog suda Srbije o neustavnosti tog obračuna.⁵ Ova odluka je otvorila mnoga pitanja i, čini se, učinila neophodnim donošenje novog zakona koji bi regulisao materiju zatezne kamate. Zakon bi trebalo da promeni postojeća rešenja kada je u pitanju zakonska zatezna kamata na dinarska potraživanja, ali bi trebalo iskoristiti priliku i da se popuni pravna praznina kada je u pitanju zakonska zatezna kamata na potraživanja u stranoj valuti.⁶

Kako bi novo zakonsko rešenje bilo ne samo u skladu sa odlukom Ustavnog suda, već i bolje od dosadašnjih, korisno bi bilo istražiti genezu spora koji je postojao (i postoji) u vezi sa do odluke Ustavnog suda primenjivanim konformnim metodom obračuna kamate, a potom i samu odluku o neustavnosti tog obračuna – analizu posledica do kojih dovodi i do kojih može dovesti. Pre toga, kroz nekoliko napomena, ukazaće se na neka obeležja instituta zakonske zatezne kamate, koje mogu uticati na usvajanje pojedinih rešenja.

ZAKONSKA ZATEZNA KAMATA – SMISAO I FUNKCIJE

Kroz mnogobrojne definicije koje se sreću u našoj literaturi moguće je uočiti da različiti autori ističu različite funkcije zatezne kamate iz čega nužno proizilazi različit stav o konkretnim normativnim rešenjima u pozitivnom pravu. Primera radi mogu se navesti sledeće: “zatezna kamata je osnovna pravna posledica koja će pogoditi dužnika koji je zakasnio sa plaćanjem duga”,⁷ “zatezna kamata predstavlja najvažnije i opšteprihvaćeno sredstvo za suzbijanje docnje u ispunjenju novčanih obaveza”,⁸ “kamata zbog docnje predstavlja veoma značajno spored-

³ Zakon o visini stope zatezne kamate, Službeni list SRJ br. 9/01, Službeni glasnik RS, br. 31/2011.

⁴ Zakon o visini stope zatezne kamate, Službeni list SFRJ, br. 57/89.

⁵ Vid. Službeni glasnik RS, br. 73/2012 od 27. 7. 2012.

⁶ U važećim pravnim propisima Srbije nije normiran obračun zatezne kamate na potraživanja u stranoj valuti. Donošenjem ZVSZK, koji je stupio na snagu 3. marta 2001. prestala je da važi odredba istoimenog zakona iz 1993. godine, koja je propisivala da se na potraživanja između domaćih i stranih fizičkih i pravnih lica koja glase na plaćanje u stranoj valuti plaća zatezna kamata po stopi od 6% godišnje. Time je 2001. godine otvorena pravna praznina i dileme koje je prate, a koje je sudska praksa morala da reši. Obračun zatezne kamate na potraživanja u stranoj valuti nije tema ovog rada.

⁷ I. Jankovec, , Pravni aspekti novčanih obaveza”, Beograd 2003, str. 131.

⁸ M. Cvetković, “Pravni aspekti obračuna zatezne kamate”, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, LVI/2010, str. 231.

no potraživanje u pravnom prometu koje predstavlja kako naknadu za nemogućnost korišćenja novca, tako i naknadu štete zbog inflacije, čiji iznos može dostići, a ponekad i prestići, iznos glavnog duga”.⁹

Od stranih autora, izdvajamo mišljenje prema kojem su razlozi zbog kojih se duuguje kamata, ako se novčana obaveza ne ispuni o dospelosti, trojaki. Prvi je – da bi se poverilac stavio u onaj položaj u kome bi bio da nije došlo do povrede obligacije. Drugi – da bi se sprečilo bespravno obogaćenje dužnika. I treći – što naplata kamate unapređuje efikasnost.¹⁰ Bez norme o kamati ni sporovi koji se vode za prinudno izvršenje poveriočevog potraživanja ne bi odvratili dužnika od kašnjenja, jer bi se, naročito u slučaju dužeg trajanja spora, mogao dodatno okoristiti novcem koji pripada poveriocu.

Objašnjavajući pravnu prirodu zakonske kamate, naša sudska praksa takođe polazi od njenih funkcija. U presudi Višeg trgovinskog suda u Beogradu iznese no je shvatanje o tri uloge zatezne kamate: “Prvo, ona treba da bude *naknada* poveriocu za to što nije mogao da koristi novac koji mu pripada. Da je koristio taj novac, mogao je da ostvari neku dobit.¹¹ Drugo, zatezna kamata je *cena za rizik* kome je poverilac izložen, da mu dužnik neće platiti dug. Dok dužnik nije pao u docnju, taj rizik nije zasluživao pažnju. Treće, ona *treba da zaštiti* i poverioca od smanjenja kupovne moći novca za vreme docnje dužnika.”¹²

U objašnjenju razloga postojanja i svrhe logično je poći od opšteg pojma kamate. U tom smislu opšteprihvaćen stav je da svaka kamata ima obeležje da je naknada za korišćenje tuđeg novca.¹³ Međutim, priroda zatezne kamate je mnogo složenija. U jednom kratkom, uprošćenom prikazu sva shvatanja bi mogli grupisati oko dva osnovna stava. Po prvom, zatezna kamata je pre svega naknada (pretpostavljene) štete¹⁴ koju trpi poverilac za vreme u kojem dužnik kasni s ispunjenjem novčane obaveze. Smatra se da je novac takva stvar koja se u svako doba može dati pod interes, pa da je dužnik ispunio obavezu na vreme, poverilac je mogao staviti novac u banku i ostvarivati kamatu. Tome treba dodati da u savre-

⁹ M. Đorđević, “Obim naknade štete zbog povrede ugovora o međunarodnoj prodaji robe”, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012, str. 87.

¹⁰ J. Gotanda, “Damages in Private International law – Compensatory interest”, *Recueil des Cours*, Collected courses of the Hague Academy of international law, Leiden/Boston 2007, str. 192.

¹¹ Ova tvrdnja će se u ekonomskom diskursu označiti kao oportunitetni trošak ili najveća propuštena korist/dobit koja je nastupila prilikom izbora.

¹² Vid. presudu Višeg trgovinskog suda, Pž. 10215/04 od 21. 2. 2005. (Preuzeto iz elektronske pravne baze Paragraf Lex)

¹³ O. Stanojević, “Zatezna kamata”, prethodne napomene uz kom. čl. 277, Komentar zakona o obligacionim odnosima, red. B. Blagojević, V. Krulj, Beograd, 1983, str. 969.

¹⁴ Njeno normiranje nema za cilj sticanje materijalne koristi kao kod ugovorne kamate. Vid. detaljnije o razlikama ugovorne i zatezne kamate L. Thévenoz, op. cit., N^o 3a, str. 620.

menom pravu, kada je inflacija u većoj ili manjoj meri prisutna u svakoj državi, zatezna kamata, osim naknade izmakle koristi, ima i karakter naknade stvarne štete zbog pada unutrašnje vrednosti novca.

Dobar oslonac za ovaj stav u našem pravu su odredbe ZOO. Naime, ako poverilac nije obeštećen zateznom kamatom, ako je zbog zadocnjenja pretrpeo štetu koja je veća od iznosa zatezne kamate, imaće *pravo na razliku* do potpune naknade štete, pod uslovom da je dokaže.¹⁵ Ili, drugačije rečeno, poverilac ne može da zahteva celokupnu naknadu štete zbog zadocnjenja sa plaćanjem i zateznu kamatu, iz čega se zaključuje da zatezna kamata takođe predstavlja naknadu štete – ona je minimum naknade štete u slučaju povrede novčane obaveze zakašnjenjem.

S druge strane ima autora koji tvrde da je zatezna kamata ima i penalni karakter.¹⁶ Ona je jedan oblik privatne kazne,¹⁷ Pristalice ovog stava ističu da se kazneno-preventivni karakter ogleda u sankcionisanju docnje dužnika i uspostavljanju ugovorne discipline, kao i izazivanju straha i pritiska od posledica koje nastupaju kada se novčana obaveza ne ispuni na vreme¹⁸.

Ova razmatranja o prirodi zatezne kamate zaključićemo ukazivanjem na činjenicu da sama sintagma *zatezna kamata* metaforično prikazuje pravni institut koji disciplinuje i opominje dužnika u docnji: što je docnja duža, to dužnik više duguje poveriocu i taj rast kamate je ono što ga “zateže”.¹⁹ Međutim, praktično – koliko će zatezna kamata “zatezati” dužnika u docnji i, uopšte, sve ove funkcije zavise od toga kako je pravno regulisana stopa zatezne kamate, odnosno njen obračun u jednoj zemlji. Samo od toga će u praksi zavisiti da li će ona u jednom pravnom sistemu efektivno biti naknada celine ili dela stvarne štete koju poverilac trpi zbog inflacije i obezvređenja vrednosti novca, da li će predstavljati i naknadu izmakle koristi, da li će biti podsticajna da disciplinuje dužnika u ispunjenju obaveza, da li će eventualno imati i karakter privatne kazne ili dužnik neće ni osećati pritisak norme o zateznoj kamati.

¹⁵ Vid. čl. 278. st. 2. ZOO. U tom pogledu u uporednom pravu postoje različita rešenja. Neka prava kao npr. austrijsko, italijansko, ili anglosaksonsko pravo ne dozvoljavaju drugi način obeštećenja poverioca novčane obaveze, osim putem zatezne kamate. Naprotiv, u Nemačkom građanskom zakoniku (st. 2. par. 288.) i Švajcarskom zakoniku o obligacijama (st. 1. čl. 106.) moguća je naknada štete koja je veća od iznosa zatezne kamate. U Francuskoj je st. 4. čl. 1153. GZ dato pravo na potpunu naknadu štete pod određenim uslovima. Vid. Detaljnije Ph. Le Tourneau, op. cit., No 2456, str. 708; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, “Les obligatins” Dalloz, Paris, 10éd, 2009, No 604, str. 614-615.

¹⁶ I. Lekić, op. cit., str. 348.

¹⁷ O osobinama privatne kazne i njenom razlikovanju od naknade štete kao osnovne građanskopravne sankcije vid. detaljnije D. Pavić, “Privatna kazna kao savremena građanskopravna sankcija”, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Neum, 2007, str. 655-669.

¹⁸ M. Cvetković, op. cit., str. 233; M. Đorđević, op. cit., str. 89, fn. 254.

¹⁹ M. Cvetković, op. cit., str. 232, fn. 7.

Na samom kraju nekoliko reči i o shvatanju naše sudske prakse, potvrđenom i načelnim stavom,²⁰ da su odredbe ZOO o zateznoj kamati imperativne prirode i to kako u pogledu prava na kamatu,²¹ tako i u pogledu visine stope zatezne kamate.²² Oko prava na zateznu kamatu i ugovaranja visine stope zatezne kamate niže od zakonom propisane može se diskutovati, ali to nema praktičnog značaja.²³ Naime, sud mora odlučiti u okviru tužbenog zahteva. On dosuđuje zateznu kamatu samo onom poveriocu koji ju je tražio i u iznosu koji je tražio. Poverilac takav zahtev, dakako, ne mora istaći, on ne mora da vrši svoje subjektivno pravo.

Međutim, kada se ugovara viša stopa od zakonom propisane stav o imperativnosti zakonske stope zatezne kamate u nekim slučajevima je suprotan izričitoj zakonskoj odredbi. Prema st. 2. čl. 277. ZOO kada je ugovorena stopa kamate viša od zakonske,²⁴ ona teče i posle dužnikove docnje. Ne vidi se razlog zašto se poveriocu i dužniku ne bi dala mogućnost da ugovaraju stopu i u svim drugim slučajevima.²⁵ Normativa u regionu, zasnovana na istim polaznim osnovama, ide u prilog ovom stavu. Na primer, čl. 284 Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore predviđa da poverilac i dužnik, u skladu sa načelom slobode uređivanja obligacionih odnosa, mogu ugovoriti da stopa zateznih kamata bude niža ili viša od stope zateznih kamata određenih zakonom.²⁶ Slično je predviđeno i članom 379 Obligacijskog zakonika Slovenije²⁷, dok Zakon o obveznim odnosima Hrvatske dozvoljava ugovaranje zatezne kamate u trgovačkim ugovorima, pod ograničenjima predviđenim zakonom. Mogućnost ugovaranja stope zatezne kamate postoji i u švajcarskom pravu,²⁸ koje je bilo jedan od uzora prilikom donošenja ZOO, u pra-

²⁰ Načelni stav XXVI zajedničke sednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, cit. prema "Načelni stavovi i zaključci" priredili A. Radovanov i A. Lazović, Novi Sad, 1990, No 65, str. 80-82.

²¹ "Ništave su odredbe ugovornih strana u sporazumu o odricanju od prava na zatezne kamate u slučaju zakašnjenja dužnika", Vrhovni sud Srbije, br. Pž. 392/87. (Preuzeto iz elektronske pravne baze Paragraf Lex).

²² "Ugovaranje zatezne kamate nije dopušteno, jer je visina stope zatezne kamate određena prinudnim propisima", Vrhovni sud Srbije, Prev. 33/94. (Preuzeto iz elektronske pravne baze Paragraf Lex).

²³ D. Pavić, op. cit., 1995, str. 185.

²⁴ Naravno ona ne bi mogla da pređe visinu propisanu st. 1. i 2. čl. 399. ZOO, jer je iz samog teksta zakona jasno da je to imperativni propis.

²⁵ Čini se da je dužnik dovoljno zaštićen već citiranim čl. 399. ZOO i opštim institutom zelenoških ugovora.

²⁶ Zakon o obligacionim odnosima, Sl. list Crne Gore, br. 47/08, 04/11.

²⁷ Obligacijski zakonik, Uradni list, br. 97/2007.

²⁸ L. Thévenoz, op. cit., art. 104, N° 13, str. 622.

vu Italije ili Francuske,²⁹ to je uobičajena praksa u međunarodnoj trgovini,³⁰ a dozvoljena je i načelom autonomije volje u sistemu Konvencije UN o uovorima o međunarodnoj prodaji robe (Bečka konvencija).³¹

OBRAČUNAVANJE ZATEZNE KAMATE DO DONOŠENJA ODLUKE USTAVNOG SUDA

U proučavanju kritika važećeg Zakona o visini stope zatezne kamate (sa osporenim konformnim metodom obračuna) može se naići na opise: “najvažnije odredbe su nejasne, pa i neupotrebljive”³², “rešenje ne samo da je nedorečeno, nego je i potpuno pogrešno”³³, “pravila o zateznim kamatama (obračunu) ipak nisu jasna i [...] gramatičko i logičko tumačenje ne daje odgovor na pitanje šta je njihov pravi smisao”³⁴. Iako izvađeni iz konteksta, ovi navodi upućuju da je pozitivnopravno rešenje obračuna zatezne kamate nedovoljno precizno.

Važeći ZVSZK iz 2011. godine propisuje da se stopa zatezne kamate sastoji od dva elementa, i to: 1. od rasta potrošačkih cena, što je promenljivi element (objavljuje ga Republički zavod za statistiku na svojoj internet prezentaciji)³⁵ i 2. od fiksne stope od 0,5% mesečno.

²⁹ Ph. Le Tourneau, op. cit., N° 2456, str. 707.

³⁰ Vid. M. Đorđević, op. cit., str. 272, fn. 815.

³¹ Tekst Bečke konvencije dostupan na: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf>. Tekst Konvencije na srpskom jeziku objavljen je u Zakonu o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, Službeni glasnik SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 10-1/84.

³² M. Cvetković, “Evropska direktiva o suzbijanju docnje u ispunjenju novčanih obaveza i mogućnost njene implementacije u naše pravo”, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Niš 2009, str. 250.

³³ Ibid., str. 252.

³⁴ P. Trifunović, “Zatezna kamata – neka sporna pitanja”, Bilten sudske prakse, Službeni glasnik, Beograd, 2004, str. 281.

³⁵ Indeksi cena su jedan od najvažnijih ekonomskih kratkoročnih indikatora, a definiše se kao mera prosečne promene cena fiksne korpe robe i usluga koje domaćinstva kupuju radi zadovoljavanja svojih potreba. O indeksima maloprodajnih cena se govori kao o najčešće korišćenju meri inflacije. Od januara 2011. Republički zavod za statistiku ne objavljuje podatke o indeksima cena na malo i indeksima troškova života, već samo podatke o indeksima potrošačkih cena, i to po metodologiji koja je usklađena sa preporukama za obračun u Evropskoj uniji (Harmonizovani indeks potrošačkih cena). Vid. na sajtu Republičkog zavoda za statistiku: <http://webzrs.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=108>. Nakon ove promene došlo je do izmene Zakona o visini stope zatezne kamate iz 2001. godine, koji je kao promenljivi element navodio mesečnu stopu rasta cena na malo.

Poznavaoi predistorije ovakvog rešenja u našem zakonodavstvu kažu da je ono posledica hiperinflacije, koja je navela zakonodavca da u zakonsku kamatu ugradi pravilo o čuvanju supstance potraživanja (rast troškova života na malo, odn. rast potrošačkih cena) i pretpostavljenu dobit poverioca (fiksnu stopu).³⁶ Do donošenja odluke Ustavnog suda Srbije 27.7.2012. o neustavnosti konformne metode kao načina obračuna zatezne kamate, važeći ZVSZK je određivao da se dug obračunava tako što se glavni dug uvećan za kamatu po stopi rasta potrošačkih cena množi fiksnom stopom od 0,5%, primenom konformne metode³⁷, na mesečnom nivou. Iako je među ekonomistima nesporno da konformna kamatna stopa pogoduje dužniku, bez obzira na to što je u pitanju složen kamatni račun (tzv. kamata na kamatu),³⁸ u pravnoj praksi se taj metod koristio za obračun kamate sve vreme trajanja dužničke docnje, trajala ona mesec ili više dana – kamata se iz meseca u mesec računala na osnovicu uvećanu za kamatu iz prethodnog meseca.³⁹ Preovlađujući stav je bio da je konformni metod – primena konformnih koeficijenata uz pripisivanje kamate na kraju svakog kalendarskog meseca, sve vreme trajanja docnje. Ali, tako primenjivana konformna metoda je postajala sporna kada se dovede u vezu sa imperativnom zabranom anatocizma u našem pravu – “na dospelu, a neisplaćenu ugovornu ili zateznu kamatu, kao i na druga dospela povremena novčana davanja ne teče zatezna kamata, izuzev kada je to zakonom određeno”.⁴⁰

Među pravnim teoretičarima je postojao spor šta konformni metod zapravo znači. Prof. Jankovec kaže da je konformni metod obračuna zatezne kamate pripisivanje obračunate kamate za prethodni mesec glavnici kod obračuna kamate za naredni period. Samim tim, Jankovec prigovara rešenju o konformnom metodu obračuna zato što ono odstupa od zabrane anatocizma u našem pravu.⁴¹ Osim toga, ističe on, ovakav obračun je i suprotan načelu monetarnog nominalizma.⁴²

³⁶ P. Trifunović, op. cit., str. 276. U razgovoru sa praktičarima, sudskim veštacima ekonomske struke, autori su naišli na jedinstven stav – stopa rasta potrošačkih cena služi da održi realnu vrednost duga, a fiksna stopa je iznos kamate na ime kazne zbog docnje dužnika.

³⁷ Vid. čl. 2 i 3 ZVSZK.

³⁸ Detaljnije o tome šta ekonomska nauka kaže o konformnoj metodi, o prostom i složenom kamatnom računu, kao i o relativnoj i konformnoj kamatnoj stopi vid. J. Arsić, op. cit., str. 19-24.

³⁹ D. Slijepčević, “Dopuštenost anatocizma u obračunu zakonske zatezne kamate”, Bilten Vrhovnog suda Srbije 2003, br. 3.

⁴⁰ Čl. 279 ZOO.

⁴¹ I. Jankovec, op. cit., str. 134-135.

⁴² Vid. čl. 394 ZOO.

On predlaže kombinaciju konformnog i proporcionalnog metoda, s tim što se sa jednog na drugi prelazi posle godinu dana docnje.⁴³

Sudija Trifunović postavlja pitanje da li je zaista konformni metod obračuna zatezne kamate suprotan zabrani anatocizma i zar ne bi trebalo da konformni metod, načelno, pogoduje dužniku. Trifunović pominje čisto ekonomsko određenje konformne kamatne stope i navodi da u literaturi stoji da obračun konformnom metodom na godišnjem nivou treba da dà isti rezultat kao i prosti kamatni račun i da zbog toga i predstavlja pogodnost za dužnika – konformna stopa je, u odnosu na relativnu, niža. Uz to navodi činjenicu da su zakonsko rešenje o konformnoj metodi i izmena Zakona o obligacionim odnosima (sa prisutnom zabranom anatocizma) doneti u istom danu od strane tadašnje Savezne skupštine. Da je zakonodavac želeo da napusti zabranu anatocizma iz ZOO propisujući konformni metod obračuna posebnim zakonom, čl. 279, st. 1 bi, misli sudija, bio brišan.⁴⁴

Mihajlo Cvetković takođe daje drugačiji pogled na konformni metod. On, naime, stavlja u prvi plan to da se na osnovu ZVSZK i ekonomskih definicija konformnog metoda ipak ne može zaključiti da posle proteka roka za koji je određena kamata (mesec) treba pripisivati kamatu glavnici (kako se to čini u praksi). On izričito iznosi da se konformni metod pogrešno primenjuje u našoj pravnoj praksi, a ne kritikuje samo uvođenje tog metoda ZVSZK. Bez obzira na taj stav, Cvetković konstatuje da je ipak *sporno* da li se, na osnovu slova ZVSZK, kamata pripisuje u svakom obračunskom periodu ili se konformna metoda primenjuje svakog meseca na isti iznos duga, ali zaključuje – pošto nema izričite norme kojom se dopušta obračun kamate na kamatu ZVSZK nije suspendovao zabranu anatocizma iz ZOO. “Anatocizam nije uveden zakonom o visini stope zatezne kamate, već ga sprovodi praksa, široko tumačeći zakon”⁴⁵

Mimo ovih formalnopravnih argumenata, i Trifunović (2004. godine) i Cvetković (2010. godine) ispitali su kakvo dejstvo ima vladajući način obračuna kamate praktično, u uslovima na našem tržištu. Mišljenja su suprotna. Prvi iznosi da se postojećim načinom obračuna ruši osnovno pravilo odštetnog prava da naknada treba da bude jednaka šteti, a kazna za neizvršenje obaveze postaje teška, dominantna, potiskuje odštetnu funkciju i izrazito pogoduje poveriocu,⁴⁶ dok drugi tvrdi da, iako je kamata visoka, nije nepravična s obzirom na loš položaj poverioca u Srbiji.⁴⁷

⁴³ I. Jankovec, op. cit., str. 134.

⁴⁴ P. Trifunović, op. cit., str. 278–280.

⁴⁵ M. Cvetković, op. cit., 2010, str. 239–244.

⁴⁶ P. Trifunović, op. cit., str. 281–282.

⁴⁷ M. Cvetković, op. cit., 2010, str. 245–246.

Odluka ustavnog suda Srbije

Nakon što je 1989. godine na osnovu zakona u naš sistem uveden sporni konformni metod obračuna zatezne kamate, 2012. godine Ustavni sud Srbije – samostalni i nezavisni državni organ koji štiti ustavnost i zakonitost, ljudska i manjinska prava i slobode, čije su odluke konačne, izvršne i opšteobavezujuće⁴⁸ – zauzeo je stav o ovom kontroverznom pitanju. Na osnovu odredbe člana 168, stav 3 Ustava, Ustavni sud je odlučio da odredba člana 3, st. 1 ZVSZK u delu koji glasi: “primenom konformne metode”, prestaje da važi danom objavljivanja Odluke Ustavnog suda u “Službenom glasniku Republike Srbije”.

Naime, Ustavnom sudu podnete su inicijative za pokretanje postupka za utvrđivanje neustavnosti odredbe člana 3, stav 1. ZVSZK i donesena odluka Ustavnog suda je u vezi sa ovim pitanjem u skladu sa ciljem inicijatora, te je sporna odredba proglašena neustavnom, čime je stvoren prostor da se promišljeno, uz analizu bogate teorije, prakse (domaće i uporednopravne) kao i ekonomskih uslova u našoj zemlji konačno uredi pitanje obračuna zatezne kamate zbog docnje dužnika. Tim redosledom će ići dalja izlaganja.

Sažeto – po mišljenju inicijatora, osporeno propisivanje je suprotno načelima i pojedinim odredbama ZOO, pošto se radi o valorističkoj metodi, koja podrazumeva obračun kamate na kamatu. Podnosilac inicijative smatrao je da je za obračun zatezne kamate prihvatljivija proporcionalna metoda.

Inicijator, između ostalog, navodi “da ne postoji ustavni, odnosno zakonski osnov za uvođenje konformne metode za obračun zateznih kamata” – ZVSZK može imati samo dopunski karakter u odnosu na ZOO, a pripisivanje kamate glavnom dugu u toku obračunskog perioda (tzv. kapitalisanje glavnice) nije u saglasnosti sa načelima iz ZOO, i to: monetarnog nominalizma, zabrane anatozizma, poštenja i savesnosti, zabrane zloupotrebe prava, limitu kamata, prirodi zatezne kamate i načelu odštetnog prava. Pored ovoga, inicijator ističe da je zakonodavac prekoračio svoja ovlašćenja time što je osporenim Zakonom propisao konformni metod za *obračun* zatezne kamate, budući da je odredbom člana 277, stav 1 ZOO predviđeno da dužnik koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze duguje, pored glavnice, i zateznu kamatu po *stopi* utvrđenoj saveznim zakonom. Iz navedenog razloga, inicijator osporava i “zakonitost uvođenja konformne metode”, navodeći da kamatna stopa ne konsumira metod obračuna kamate.

Ustavni sud je konstatovao se pred njim otvorilo više spornih ustavnopravnih pitanja. U vezi sa osnovnim spornim pitanjem da li postoji validan ustavni i zakonski osnov za uvođenje konformne metode za obračun zatezne kamate,

⁴⁸ Čl. 166 Ustava, Službeni glasnik RS, br. 98/2006.

Ustavni sud je našao da, kako je odredbom člana 277, stav 1 ZOO propisano da se stopa zatezne kamate propisuje posebnim zakonom, na osnovu jezičkog tumačenja proizlazi da je Zakonom o visini stope zatezne kamate mogla biti propisana samo visina stope zatezne kamatne, ali ne i metod obračuna zatezne kamate, na šta upućuje i sam naziv ovog zakona.

Ustavni sud je našao da ZVSZK ne sadrži nijednu odredbu kojom bi na izričit i nedvosmislen način bilo predviđeno obračunavanje kamate na kamatu, već je ovim zakonom propisana samo mesečna kamatna stopa i određeno da se obračun kamate vrši konformnom metodom. Kako osporenim delom odredbe člana 3, stav 1 ZVSZK nije propisano da u vremenu dužem od perioda za koji je određena kamatna stopa postoji mogućnost daljeg obračunavanja kamate primenom ove metode, ova zakonska nedorečenost ima za posledicu da se tumači tako da se zatezna kamata primenom ove metode obračunava i po isteku perioda za koji je određena stopa zatezne kamate. Na ovaj način osporenim delom navedene odredbe Zakona suspenduje se generalno pravilo iz ZOO o zabrani anatocizma u materiji obračuna kamata, a isključuje se i primena drugih osnovnih pravnih načela sadržanih u ZOO (načelo monetarnog nominalizma, načelo limita kamate, zabrane zloupotrebe prava), kao i drugih opštih pravnih principa i temeljnih vrednosti zaštićenih Ustavom (princip vladavine prava, socijalne pravde, pravne sigurnosti i dr.), čime se povređuje načelo jedinstva pravnog poretka utvrđeno odredbama člana 4. stav 1. i člana 194. stav 1. Ustava, koji nalaže međusobnu usklađenost pravnih propisa.

Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da je uređivanjem visine zatezne kamate primenom konformne metode zakonodavac prekoračio granice i sadržinu svojih ovlašćenja propisanih imperativnom odredbom člana 277, stav 1 ZOO, te da ne postoji odgovarajući pravnovaljani ustavni i zakonski osnov za uvođenje i primenu konformne metode onako kako je to učinjeno osporenim delom odredbe člana 3, stav 1 ZVSZK.

Pored ovoga, imajući u vidu smisao odredaba čl. 278, st. 1 i 2 ZOO, kojima je propisano da poverilac ima pravo na zateznu kamatu bez obzira na to da li je pretrpeo kakvu štetu zbog dužnikove docnje, kao i pravo na naknadu štete veće od iznosa koji bi dobio na ime zatezne kamate, Ustavni sud smatra da se kroz obračun zatezne kamate ne može konstituisati poveriočevo pravo na naknadu štete u iznosu većem od stvarne štete. U suprotnom, zakonska zatezna kamata bi se od pretpostavljene štete transformisala u novčanu kaznu čija visina znatno premašuje pretrpljenu stvarnu štetu zbog dužničke docnje.

Nakon izloženih sporenja među pravnicima u vezi sa načinom obračuna zatezne kamate jasno je koliko je Odluka Ustavnog suda značajna. Iako u Odluci ne stoji izričito, na osnovu obrazloženja Ustavnog suda se zaključuje da će se od 27.

7. 2012. primenjivati prost kamatni račun.⁴⁹ Dok se ne donese nov zakon, zatezna kamata se i dalje utvrđuje na mesečnom nivou, ali se kamata obračunava uvek i samo na osnovni dug. Ono što u ZVSZK ostaje nepromenjeno jesu odredbe koje kažu da se za mesec za koji nije poznata stopa rasta potrošačkih cena primenjuje poslednja objavljena mesečna stopa rasta potrošačkih cena, a za mesec za koji je stopa rasta potrošačkih cena jednaka nuli ili je negativna, mesečna stopa zatezne kamate je jednaka fiksnoj stopi od 0,5%.

Iako na prvi pogled izgleda da je Ustavni sud svojom odlukom rešio (dugogodišnje) nedoumice oko konformne metode obračuna zatezne kamate, čini se da je najmanje podjednak broj onih koje su otvorene ovom odlukom. Pomenimo neke koje su od praktičnog značaja:⁵⁰ kakve su posledice odluke Ustavnog suda u vezi sa kamatama koje su obračunate konformnim metodom i takve naplaćene bez sudskog postupka, kako postupiti sa potraživanjima o kojima su postupci u toku, a kako sa onima koji okončani, kako postupiti sa potraživanjima izvan obligacionih odnosa, jer mnogim drugim pravnim propisima je predviđeno da će se za obračun kamate za neizmirena potraživanja takođe primenjivati konformna metoda,⁵¹ itd.⁵²

Naime, do donošenja novog zakona koji reguliše zateznu kamatu, ili do eventualnog autentičnog tumačenja važećeg zakona od strane Narodne skupštine Srbije, mogli bi se braniti različiti interesi, oslanjajući se na različite norme. Na primer, čl. 168. Ustava RS određeno je da zakon koji nije saglasan Ustavu prestaje da važi danom objavljivanja odluke Ustavnog suda u Službenom glasniku. Na osno-

⁴⁹ Rešenje koje je prihvaćeno i u čl. 6. Predloga Zakona o zateznoj kamati. Vid. http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/3670-12Lat.pdf.

⁵⁰ Kao nedoumice, koje bismo uslovno mogli reći da su teorijske prirode, a koje proizilaze iz obrazloženja odluke pomenimo: da li u našem pravu postoje zakoni različite pravne snage, da li jedini cilj zatezne kamate nadoknada stvarne štete, da li je konformna metoda sama po sebi neustavna, pa bi bila neustavna i u materiji ugovorne kamate itd.

⁵¹ Čl. 75 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, Službeni glasnik RS, br. 53/2010 ("Na iznos manje ili više plaćenog poreza i sporednih poreskih davanja obračunava se i plaća kamata po stopi jednakoj godišnjoj referentnoj stopi centralne emisije banke uvećanoj za deset procentnih poena, primenom komformne metode obračuna"); Čl. 119 Zakona o igrama na sreću, Službeni glasnik RS, br. 88/11 ("Na iznos manje ili više plaćenih naknada obračunava se i plaća kamata po stopi jednakoj godišnjoj referentnoj stopi Narodne banke Srbije uvećanoj za deset procentnih poena, primenom komformne metode obračuna"); Čl. 269 Carinskog zakona, Službeni glasnik RS, br. 18/2010. (Ako iznos carinskog duga nije plaćen u propisanom roku, carinski organ obračunava kamatu na iznos duga, počev od dana dospelosti za plaćanje tog duga, po stopi jednakoj godišnjoj eskontnoj stopi centralne emisije banke uvećanoj za 15 procentnih poena, primenom konformne metode obračuna").

⁵² U tom smislu vid. stručni komentar iz elektronske pravne baze Paragraf Lex: Implikacije odluke Ustavnog suda Srbije o konformnoj metodi obračuna zakonske zatezne kamate.

vu ove odredbe proizlazi argument da odluka o neustavnosti konformne metode deluje *pro futuro*, da se kamata obračunava proporcionalnom metodom od 27. jula 2012. i da nema retroaktivnosti (ili, slikovitije rečeno: "kamata na kamatu neustavna, ali nema para nazad"⁵³).

S druge strane, jasan je interes dužnika koji je više godina u docnji da pravno argumentuje stav da je sporna odredba sve vreme primene ZVSZK bila neustavna, pa kamatu treba obračunavati proporcionalnom metodom od 3. marata 2001, od kad se sada važeći ZVSZK primenjuje.⁵⁴ Takav dužnik bi mogao da se osloni na Zakon o Ustavnom sudu⁵⁵ koji u čl. 61. određuje da svako kome je povređeno pravo konačnim ili pravnosnažnim pojedinačnim aktom, donetim na osnovu zakona za koji je odlukom Ustavnog suda utvrđeno da nije u saglasnosti s Ustavom, ima pravo da traži od nadležnog organa izmenu tog pojedinačnog akta, u skladu sa pravilima postupka u kome je pojedinačni akt donet. Zakon o Ustavnom sudu takođe propisuje da se zakoni za koje je odlukom Ustavnog suda utvrđeno da nisu u saglasnosti s Ustavom ne mogu primenjivati na odnose koji su nastali pre dana objavljivanja odluke Ustavnog suda, ako do tog dana nisu pravnosnažno rešeni. Izvršenje pravnosnažnih pojedinačnih akata donetih na osnovu propisa koji se više ne mogu primenjivati, ne može se ni dozvoliti ni sprovesti, a ako je izvršenje započeto - obustaviće se.⁵⁶

Najzad, kada su u pitanju ostali zakoni koji predviđaju konformni metod obračuna kamate (Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji, Carinski zakon i Zakon o igrama na sreću), možemo tvrditi da bi argumentacija navedene Odluke Ustavnog suda mogla da se iskoristi i bude osnov za prelazak na proporcionalni metod obračuna u svim propisima. Polazište, koje se može smatrati i previše idealističkim, bilo bi da pravni poredak Srbije treba da bude koherentna celina, sistem, u kome je normativa u logičnom skladu, te da, ako je konformni metod obračuna proglašen neustavnim, sve pravne akte poretka treba uskladiti sa tim. Formalnije polazište bilo bi da je Odluka Ustavnog suda opšteobavezujuća⁵⁷, te da, u skladu sa njenim opštim i obaveznim dejstvom, postoji osnov za izmenu svih važećih akata u delu koji reguliše obračun kamate konformnom metodom. Postupak za ocenjivanje ustavnosti navedenih opštih aktata bi

⁵³ Onlajn tekst u vezi sa Odlukom Ustavnog suda, dostupan na: <http://berzanekretnina.com/vesti/4134/kamata-na-kamatu-neustavna-ali-nema-para-nazad>, pristupljeno 17.9.2012.

⁵⁴ Pitanje koje se logično nameće je da li se može smatrati da je konformna metoda bila neustavna i za vreme važenja prethodnog zakona o visini stope zatezne kamate, dakle od 1989. godine?

⁵⁵ Zakon o Ustavnom sudu, Službeni glasnik RS, br. 109/2007, 99/2011.

⁵⁶ Čl. 60. Zakona o Ustavnom sudu.

⁵⁷ Čl. 7. Zakona o Ustavnom sudu.

mogao da pokrene ovlašćeni predlagač, ali čak i sam Ustavni sud, na osnovu odluke donete dvotrećinskom većinom glasova svih sudija.⁵⁸ Dok se to ne desi, navedeni zakoni “zadržavaju” konformnu metodu.

ZAKLUČAK

Nameće se zaključak da je zatezna kamata – najvažnije i najspornije sporedno potraživanje. Način njenog obračuna i visina stope po kojoj se obračunava izazivaju diskusije, kontroverze i česte promene akata koji ih normiraju, kako na nacionalnom, tako i na međunarodnom nivou.⁵⁹

Kada je u pitanju naše pravo, sredina 2012. godine je period - prekretnica u vezi sa obračunom zatezne kamate. Ustavni sud je presekao diskusije o kršenju zabrane anatocizma i proglasio neustavnom odredbu Zakona o visini stope zatezne kamate koja određuje konformni metod obračuna. Bez obzira na ekonomsko određenje konformne kamatne stope, bez obzira na sporenja među pravnicima, kalkulatori sudova, sudskih veštaka i internet programa za obračunavanje zatezne kamate su bili podešeni tako da se svakoga meseca docnje kamata obračuna na glavni dug uvećan za kamatu za prethodni mesec. Kamata je dodavana na kamatu.

Trenutak je kada se Zakon o visini stope zatezne kamate mora menjati, odnosno dopuniti. Izdvojićemo nesporne zaključke: izmenjen, odnosno dopunjen zakon treba da je jasan i za svakoga razumljiv; ukoliko bude normirao obračun kamate, najjednostavnije rešenje bilo bi da sam zakonodavac izričito propiše matematičku formulu po kojoj se kamata ima računati; visina stope treba da prati ekonomske uslove naše zemlje; neophodno je da se popuni pravna praznina i izričito normira visina stope zatezne kamate i na potraživanja u stranoj valuti.

Najzad, jedno je sigurno – zakonodavac može biti inspirisan različitim polaznim tačkama: funkcijama koje zatezna kamata mora ostvariti, bogatim iskustvom koje postoji u dosadašnjoj praksi i našoj stručnoj javnosti, kao i regulativom na regionalnom, evropskom i međunarodnom nivou.

⁵⁸ Čl. 50 Zakona o Ustavnom sudu.

⁵⁹ Detaljnije o relevantnim rešenjima u unifikovanom međunarodnom pravu, domaćoj i stranoj arbitražnoj praksi, kao i prema direktivama Evropske komisije o borbi protiv zakasnelog plaćanja u komercijalnim transakcijama iz 2000. i 2011. godine, vid. J. Arsić, op. cit., str. 32–43.

JELENA ARSIĆ, LL.M.,
DRAGAN PAVIĆ, LL.M.

DEFAULT INTEREST ON MONETARY CLAIMS
IN DOMESTIC CURRENCY

Summary

Default interest is a form of compensation for the loss of the use of money, without the proof of actual loss – it is awarded *ex lege*. Article 277 of the Serbian Law of Contracts and Torts provides that debtor being late in the performance of a pecuniary obligation shall owe, in addition to the principal, default interest, at the rate determined by the Law. However, the provisions of that Law, the Law on the Default Interest Rate, are vague and subject of great controversy. As a result the Constitutional Court of the Serbia, which has the jurisdiction of assessing the constitutionality and legality of general acts, has declared the method of calculation the rate of interest to be unconstitutional. More precisely, the method of calculation was considered to be contrary to the mandatory provision which provides that default interest shall not run on unpaid stipulated or default interest due (prohibition of the compound interest – anatocism). Accordingly, this calls for the review of former provisions and a thorough discussion regarding new provisions on this subject matter.

SPORAZUMNI RASKID UGOVORA

U V O D

Raskid ugovora dovodi do prestanka postojanja ugovora kao pravne činjenice odnosno raskidom ugovor prestaje da postoji kao izvor obligacije¹. Do prestanka postojanja ugovora, a samim tim i raskida, uvek dovodi određeni uzrok. Kako se raskinuti mogu samo punovažno zakljućeni ugovori, raskidni razlog nastaje nakon zakljućenja ugovora² (raskidni razlog ne bi trebalo mešati sa raskidnim osnovom koji nekad može nastati u trenutku zakljućenja ugovora), ali uvek pre njegovog potpunog izvršenja. Ukoliko je ugovor izvršen u potpunosti ne postoji ratio za njegov raskid, jer suština raskida uvek leži u težnji ugovornika da se oslobode obaveza nastalih ulaskom u ugovorni odnos. Izvršenjem ugovora u potpunosti prestale su da postoje ugovorne obaveze, iako ugovor i dalje postoji kao pravna činjenica.

Raskid ugovora podrazumeva prestanak ugovora voljom ugovornika. Ta volja mora biti usmerena na prestanak postojanja ugovora koji, iz nekog razloga, više ne odgovara interesima (jednog ili oba) ugovornika. Pravo na raskid kao

Katarina Dolović, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Članak predstavlja rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta pod nazivom "Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske Unije /pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekt/".

¹ S. Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1980, str. 447.

² *Ibid.*, str. 448.

subjektivno pravo može se ostvariti samo u granicama važećih zakonskih normi (jednostrani raskid kod koga osnov za raskid leži u normi zakona) odnosno uvek kada postoji i volja druge strane usmerena na raskid (sporazumni raskid kod kojeg osnov za raskid nalazimo u sporazumu ugovornih strana). U suprotnom, kada ne bi postojalo pravo na raskid u konkretnom slučaju, odnosno, osnov za raskid, radilo bi se o svojevrsnom vidu zloupotrebe samog instituta raskida. S druge strane, raskid ugovora predstavlja i preobražajno pravo odnosno pravnu moć. Njime se stvara jedna nova pravna situacija, koja se ogleda u gašenju postojećeg ugovornog odnosa³.

POJAM SPORAZUMNOG RASKIDA

Sporazumni raskid ugovora, odnosno, sporazum o raskidu tj. prestanku postojanja jednog ugovora predstavlja novi ugovor ili samo klauzulu ugovora koji se raskida. U navedenoj definiciji sporazumnog raskida nalazi se i odgovor na pitanje zbog čega zakoni/zakonici građanskog prava, pa i naš Zakon o obligacionim odnosima ne sadrže posebne odredbe o sporazumnom raskidu ugovora. U pitanju je novi ugovor ili klauzula ugovora, te se primenjuju sve one zakonske odredbe koje regulišu pitanje uslova neophodnih za nastanak i punovažnost svakog ugovora.

Sporazumni raskid ugovora, po svojoj prirodi, ugovor je sa trenutnim izvršenjem prestacija, jer se izvršenje obaveza ugovornika ne prostire u vremenu. Međutim, ukoliko ne govorimo o raskidnoj klauzuli, već samo o sporazumnom raskidu kao novom ugovoru, ovaj novi ugovor se ne može smatrati ni pravim "trenutnim ugovorom", iz prostog razloga što se već samim trenutkom njegovog zaključenja prethodno zaključeni ugovor istih ugovornika raskida, a što je i cilj sporazumnog raskida. Moglo bi se reći da je trenutak izvršenja ovog ugovora, u stvari, trenutak njegovog zaključenja. Sporazumni raskid kao ugovor i prethodno zaključeni ugovor, koji se njime raskida, ne mogu postojati istovremeno. Dok postoji i proizvodi dejstvo prethodno zaključeni, sporazuma o raskidu nema. Čim nastane sporazumni raskid, prethodni ugovor ne proizvodi više pravna dejstva, i dalje, ne postoji više ni kao pravna činjenica. Trenutak raskida ugovora poklapa se sa trenutkom nastanka sporazuma o raskidu, a samim tim i trenutkom izvršenja samog sporazuma. Drugo je pitanje da li će raskid imati dejstvo *ex nunc* ili *ex tunc*, ali čak i u slučaju retroaktivnog dejstva raskida, eventualno nastale obaveze ugovornika, npr. na povraćaj i naknadu štete, predstavljale bi samo posledici-

³ O. Stanković, V. Vodinelić, Uvod u građansko pravo, Beograd, 2007, str. 107.

ce raskida, nastalog još u trenutku zaključenja (a samim tim) i izvršenja sporazuma o raskidu.

Sporazum o raskidu je prirodan i logičan način prestanka ugovora⁴. Ne postoji ništa što bi moglo sprečiti ugovornike da sporazumno opozovu ranije zaključeni ugovor, ukoliko to žele⁵. Objašnjenje nalazimo u samom pojmu ugovora koji nastaje saglasnošću volja. Ako je za nastanak ugovora neophodna saglasnost, onda je logična neophodnost postojanja iste saglasnosti i za njegov prestanak, jer “što dvojica ugovorom zavežu, ne može jedan od njih svojevóljno razdriješiti”⁶. “Celokupan privatnopravni poredak bio bi poremećen i oslabljen, ako bi se od ugovora moglo slobodno odustajati bez pristanka druge ugovorne strane”⁷. Bila bi dovedena u pitanje stabilnost ugovornih odnosa, kao i samo načelo *pacta sunt servanda*.

I pored toga, svi pozitivnopravni sistemi poznaju institut jednostranog raskida, iako se smatra da nedostatak sporazuma o raskidu odnosno jednostrani odustanak jeste atak na slobodu ugovaranja. Mislimo da je moguće i drugačije posmatrati isto pitanje, a naime, da je jednostrani odustanak samo izražavanje, a ne i ograničenje slobode ugovaranja, a da samo ograničenje slobode ugovaranja leži u zakonu koji propisuje raskidne razloge. Stoga, ne ograničava jednostrani raskid ugovora slobodu ugovaranja, već jednostrani raskid predstavlja samo izjavljivanje volje ugovornika usmerene na raskid i izražavanje njegove namere da izađe iz ugovornog odnosa koji mu, iz nekog razloga, više ne odgovara. Ograničenje slobode ugovaranja ovde ipak postoji, i nalazimo je u zakonu. Zakon je taj koji u svakom konkretnom slučaju ograničava volju ugovornika koji nastoji jednostrano odustati od ugovora, propisujući uslove pod kojima je to moguće učiniti. Dakle, kod jednostranog raskida osnov za raskid je u zakonu koji sadrži raskidne razloge. S druge strane, kod sporazumnog raskida zakonskog osnova nema odnosno nije zakon taj koji pod određenim uslovima priznaje strankama pravo na raskid, već se pravo na raskid rađa iz samog sporazuma ugovornika. Kod sporazumnog raskida zakon, dakle, ne može ograničiti slobodu ugovornika i sprečiti ga da izađe iz ugovora. Njegovoj volji i raskidnoj nameri može eventualno biti uskraćeno raskidno dejstvo samo voljom drugog ugovornika koji namerava ostati u ugovornom odnosu, jer tada nema sporazuma, a samim tim ni sporazumnog raskida odnosno ugovor ostaje na snazi. Da zaključimo, osnov za ovaj vid prestanka postojanja

⁴ D. Hiber, *Prestanak stanarskog prava*, magistarski rad, Beograd, 1982., str. 303.

⁵ P. S. Atiyah, *An introduction to the law of contract*, Oxford, 1971, str. 248.

⁶ Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, čl. 906, V. Bogišić, *Izabrana djela*, Beograd, 2004.

⁷ L. Marković, *Klasici jugoslovenskog prava, Obligaciono pravo*, Beograd, 1997, str. 269.

nja ugovora jeste sam sporazum, iz kojeg i nastaje, a kojim se i ostvaruje pravo na sporazumni raskid.

RASKIDNI OSNOV I RASKIDNI RAZLOZI

Neophodno je razlikovati pojam raskidnog osnova od pojma raskidnog razloga. Oba pojma smo pominjali u dosadašnjem izlaganju. Da ponovimo, osnov za raskid kod sporazumnog raskida ugovora nalazi se u samom sporazumu. Sporazum o raskidu, dalje, može nastati u trenutku zaključenja ugovora, kada predstavlja sastavni deo samog ugovora, ili kasnije, nakon zaključenja ugovora, kada predstavlja novi ugovor. Razlog za raskid uvek nastaje nakon zaključenja ugovora, jer bi se u suprotnom radilo o nedostatku u nastanku ili punovažnosti ugovora, što bi dovelo do njegove nepunovažnosti, u vidu rušljivosti ili ništavosti, ili dalje, do nepostojanja ugovora. Kako se raskidaju uvek i samo punovažno zaključeni ugovori, to se raskidni razlozi pojavljuju nakon čina zaključenja.

Osnov za raskid ugovora – sporazum o raskidu

Osnov sporazumnog raskida može postojati u formi raskidne klauzule ili u formi novog ugovora.

Raskidna klauzula. – Raskidna klauzula je vid raskidnog uslova. Dok ne nastupi situacija predviđena raskidnom klauzulom ugovor postoji i proizvodi pravno dejstvo (ukoliko naravno ne nastupi neki drugi razlog za prestanak ugovora ili ne dođe do izvršenja ugovora). Ukoliko nastupi raskidni razlog, ugovor prestaje raskidom koji nastupa po sili zakona ili izjavom volje jednog ugovornika.

Sporazum o raskidu ugovora može nastati u trenutku zaključenja samog ugovora i tada predstavlja njegov sastavni deo⁸. Trenutak nastanka sporazuma i trenutak njegovog izvršenja ne poklapaju se. Do izvršenja sporazuma o raskidu odnosno do raskida zaključenog ugovora dolazi onda kada nastupe raskidni razlozi predviđeni sporazumom o raskidu. Ova ugovorna klauzula poznata je u uporednom pravu kao raskidna klauzula (*la clause résolutoire*). **Stranke ugovaraju** uslove pod kojima će doći do raskida ugovora, a sastavni deo samog ugovora upravo je raskidna klauzula. Uslov za primenu raskidne klauzule jeste da ona nedvosmisleno izražava zajedničku nameru stranaka da u konkretnom slučaju

⁸ J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, Oxford, 2002, str. 527 – “ A contract may contain within itself the elements of its own discharge, in the form of provisions...for its termination in certain circumstances”.

ugovor bude raskinut⁹. Dakle, u slučaju postojanja raskidne klauzule, prvo nastane sporazum o raskidu, pa tek onda raskidni razlog. Da li momentom nastanka raskidnog razloga, predviđenog samom raskidnom klauzulom, dolazi automatski do raskida ili do raskida dolazi u jednom kasnijem trenutku, saopštavanjem izjave volje usmerene na raskid od strane jednog ugovornika drugom? Odgovor leži u tekstu same raskidne klauzule.

Prvo, stranke mogu predvideti ugovorom da je za raskid dovoljna izjave volje samo jedne od njih¹⁰. Ukoliko se radi o raskidnoj klauzuli koja predviđa da je za raskid dovoljna izjava volje jednog ugovornika, postavlja se pitanje da li se i dalje radi o sporazumnom ili smo prešli na teren jednostranog raskida. Činjenica je da je za raskid neophodna izjava volje jednog ugovornika. Dalje, raskid ipak zavisi od volje samo jednog ugovornika, jer iako je njegov osnov u sporazumu, neophodno je da se jedan ugovornik pozove na klauzulu i raskine ugovor. Poslednje iz razloga što je raskid pravo, a ne obaveza, tako da i u slučaju nastupanja raskidnih razloga iz klauzule, imalac prava na raskid može svom ugovorniku dati još jednu šansu i održati ugovor na snazi. Dejstva raskida nastupaju saopštavanjem raskidne volje jednog ugovornika drugom. S druge strane, osnov za raskid jeste u sporazumu. Obe ugovorne strane su u trenutku zaključenja ugovora sporazumno odredile sadržinu ugovorne klauzule, kao i uslove pod kojima se ugovor može raskinuti izjavom volje samo jedne strane. Stoga, raskid jeste sporazuman, osnov leži u zajedničkoj volji oba ugovornika, samo je za njegovu realizaciju dovoljna volja jedne strane. Kod jednostranih raskida jedna strana raskida ugovor protivno volji druge strane. Ovde je suprotno, druga strana je dala svoju saglasnost u jednom ranijem trenutku, u trenutku formulisanja ugovorne klauzule. Jednostranost, dakle, postoji samo u samoj realizaciji raskida.

Druga mogućnost jeste da ugovorna klauzula predviđa uslove čijim ispunjenjem dolazi do raskida po samom zakonu. Francusko pravo ovakav vid sporazumnog raskida svrstava u raskide po sili zakona (*la resolution de plein droit*). Dakle, u slučaju nastupanja raskidnih razloga sadržanih u samoj klauzuli, ugovor se raskida automatski, bez saopštavanja raskidne volje jednog ugovornika drugom. Ukoliko ugovor prestaje da proizvodi dejstva, i dalje, prestaje da postoji kao pravna činjenica automatski, da li se i dalje radi o raskidu ugovora ili nekom drugom vidu prestanka ugovora? Ovo iz razloga što raskid podrazumeva uvek volju ugovornika usmerenu na prestanak ugovora. Međutim, iako takve izjave volje nema u trenutku raskida, jer on nastupa po sili zakona, raskidna volja ipak postoji, a izražena je kroz raskidnu klauzulu. Otuda se ovde ipak može go-

⁹ J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, 3. Le rapport d'obligation, Paris, 2004, str. 182.

¹⁰ D. Hiber, *op. cit.*, str. 304.

voriti o raskidu po sili zakona, iako je sam pojam raskida nespojiv sa situacijom prestanka postojanja ugovora po sili zakona. Ovakva raskidna klauzula mogla bi imati sledeću sadržinu: "Raskid ugovora nastupiće po samom pravu, u slučaju da jedna od strana ne ispunji svoju obavezu"¹¹. Ovakva raskidna klauzula svakako je privilegija poverioca, jer predstavlja svojevrsan vid pritiska na dužnika da izvršava svoje dospele obaveze. Francuski pravници, međutim, posmatrajući ovakve raskidne klauzule iz ugla svog sudskog sistema raskida, pronalaze u njima još jednu prednost na strani poverioca. Oni kažu da raskidna klauzula osim pritiska na dužnika ide u korist poveriocu iz još jednog razloga, a naime, u slučaju neizvršenja dužnikove obaveze raskid nastupa automatski, bez potrebe pokretanja i vođenja sudskog postupka za raskid, a pre svega zbog izbegavanja rizika da poveriočev zahtev za raskid ugovora bude od strane suda odbijen kao neosnovan¹². Međutim, postavlja se pitanje šta u slučaju da poverilac smatra da su uslovi iz klauzule ispunjeni, pa da je raskid nastupio, a dužnik, suprotno, da je ugovor i dalje na snazi. Tada bismo imali situaciju da se poverilac smatra oslobođenim svih ugovornih obaveza, a da se dužnik i dalje ponaša kao ugovorna strana. Spor bi, dakle, opet završio na sudu, koji bi sada imao ulogu kontrole ispunjenosti uslova za primenu raskidne klauzule. Moglo bi se reći da, iako raskidna klauzula ograničava moć i sužava ulogu suda, brojni slučajevi malicioznog postupanja poverioca čine postupanje suda neophodnim¹³. Postoji još jedna situacija kada bi sporni raskid ponovo mogao završiti na sudu, u sistemu sudskog raskida. Naime, klauzula ne ograničava slobodu poverioca u mogućnosti izbora sankcije koju smatra najadekvatnijom za neizvršenje dužnikove obaveze, a naime, raskidna klauzula ne oduzima poveriocu pravo da se obrati sudu zahtevajući odluku kojom bi raskid bio izrečen¹⁴. Kako je raskidna klauzula formulisana u interesu poverioca (ukoliko se kao raskidni razlog predvidi neizvršenje obaveze od strane dužnika, a što inače francuski pravници uvek navode kao razlog kod ove vrste klauzule), ne postoji nijedan razlog zbog kojeg bi poveriocu bilo onemogućeno da ili održi ugovor na snazi ili pokrene sudski postupak raskida, i pored ispunjenosti uslova za primenu klauzule. Razlozi pravne sigurnosti zahtevali bi, svakako, da poverilac o svojoj nameri da zahteva izvršenje ugovora ili nameri da poveri odluku o raskidu sudu, obavesti dužnika blagovremeno. Na taj način bi dužnik imao još jednu šansu da izvrši ugovor, bilo odmah, bilo u toku trajanja eventualno započetog sudskog postupka odnosno ne bi bio u zabludi da je ugovor raskinut po sili zakona primenom raskidne klauzule.

¹¹ P. Canin, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 2011, str. 83.

¹² B. Fages, *Droit des obligations*, Paris, 2007, str. 276.

¹³ *Ibid.*, str. 277

¹⁴ *Ibid.*, str. 276

S druge strane, anglosaksonski pravnici smatraju da bi raskid po sili zakona (automatic termination) trebalo da nastupi samo onda kada raskidna klauzula predviđa nastupanje događaja koji je izvan kontrole ugovornika¹⁵, a suprotno, kada bi se radilo o povredi ugovora (breach of contract), do raskida bi dolazilo izjavom volje poverioca (termination on notice). O ovome više u odeljku o raskidnim razlozima.

“*Novi ugovor*”. – Za razliku od raskidne klauzule koja nastaje u trenutku zaključenja ugovora, koji se kasnije primenom klauzule i raskida, do sporazuma o raskidu može doći i nakon zaključenja ugovora koji se raskida. Tada prvo nastaju raskidni razlozi, pa tek onda sporazum o raskidu, za razliku od prethodne situacije gde prvo nastane klauzula kao sporazum o raskidu, pa tek onda nastupe raskidni razlozi koji dovedu do primene klauzule i samog raskida. Kada sporazum o raskidu nastane kao novi ugovor istih ugovornika, trenutak nastanka sporazuma o raskidu i izvršenja samog sporazuma poklapaju se. Samim nastankom ovog sporazuma, raskida se prethodno zaključeni ugovor istih ugovornika, a samim tim sporazum je izvršen, odnosno, postignuta je svrha njegovog postojanja. Stoga, novi ugovor i prethodno zaključeni ne mogu postojati istovremeno. Dok postoji prethodni, raskida nema, kada nastane sporazum o raskidu, prethodni prestaje da postoji, ali time prestaje da proizvodi dejstvo i sporazum o raskidu. Novim ugovorom ugovornici nekada mogu samo imati nameru da raskinu prethodni, a nekada da raskinu prethodni i istovremeno stvore novi obligacionopravni odnos. Od ovih slučajeva trebalo bi svakako razlikovati nameru stranaka da novim sporazumom samo modifikuju stari ugovor¹⁶. Dakle, problem može nastati onda kada je nedovoljno jasno da li su ugovornici ili ne postigli sporazum o raskidu. Kao što smo u odeljku posvećenom raskidnoj klauzuli izneli mogućnost da sporna klauzula postane predmet sudskog spora, bilo iz razloga svoje nejasnoće ili nepreciznosti u formulisanju, bilo iz razloga poveriočeve zle namere, ista mogućnost postoji i u slučaju sporazumnog raskida u formi novog ugovora. Naime, postoji mogućnost da jedan ugovornik smatra da je došlo do sporazumnog raskida, a drugi da je eventualno došlo samo do modifikovanja starog ugovora ili pak, da su vođeni pregovori oko sporazuma o raskidu, ali da su bezuspešno okončani. Obe situacije postale bi predmet sudskog spora, a sud bi morao utvrditi prave namere ugovornika, odnosno, da li je u nekom trenutku došlo do sporazuma o raskidu ili ne, i ako nije, da li je jedna od strana postupala nesavesno. Pred sudom bi se takođe postavilo i pitanje izricanja eventualnih pravnih posledica ponašanja ugovornika do trenutka konačne sudske odluke.

¹⁵ J. Beatson, *op.cit.*, str. 527

¹⁶ P. S. Atiyah, *op. cit.*, str. 249; J. Beatson, *op. cit.*, str. 521.

Raskidni razlozi

Do sada smo govorili o osnovu sporazumnog raskida tj. o raskidnoj klauzuli i sporazumnom raskidu u formi novog ugovora. Više puta je u dosadašnjem izlaganju istaknuto i da do primene već unapred formulisane raskidne klauzule, u prvom slučaju, odnosno, nastanka sporazuma o raskidu, u drugom slučaju, dolazi nakon što nastupe raskidni razlozi. Za razliku od sporazumnih raskida, kod jednostranih raskida, situacija je jednostavna, jer raskidne razloge propisuje zakonodavac i ugovor je moguće raskinuti samo u tačno određenim slučajevima propisanim zakonom. Sada se postavlja pitanje koji su to razlozi za sporazumni raskid ugovora. U slučaju raskidne klauzule to su oni razlozi predviđeni samom klauzulom, dok se u slučaju raskidnog ugovora radi o razlozima nastalim nakon zaključenja ugovora koji su stvorili nameru kod obe ugovorne strane da izađu iz ugovornog odnosa, odnosno, u pitanju su razlozi zbog kojih zaključen ugovor više ne odgovara interesima ugovornika. Čini se da je situacija jednostavnija u slučaju raskidnog ugovora, jer ugovornici mogu iz najrazličitijih razloga sporazumno odlučiti da učine kraj prethodno zaključenom ugovoru. Raskidni ugovor samo je ugovor, te izraz slobode ugovaranja ugovornika. Zanimljivije je pitanje koji su to raskidni razlozi sadržani u raskidnoj klauzuli. Ako pođemo od principa slobode ugovaranja, odgovor bi bio isti kao u slučaju raskidnog ugovora. Međuti, budući da ugovornici raskidne razloge unapred predviđaju, pitanje je koje su to situacije u kojima ugovornici daju jedan drugom slobodu napuštanja ugovora u slučaju nastupanja istih. Razlog koji se često navodi u literaturi jeste neizvršenje obaveze jednog ugovornika. Ugovornici će tada, najčešće, precizirati o kakvom vidu neizvršenja se radi, odnosno neizvršenje kog obima je dovoljno za primenu raskidne klauzule. Ukoliko bi se radilo o skrivljenom neizvršenju jednog ugovornika, drugi ugovornik bi ugovor mogao raskinuti i jednostrano izjavom volje odnosno u sistemu sudskog raskida sudskim putem. Cilj je raskidne klauzule otuda da precizira koje će to situacije smatrati neizvršenjem obaveze, pa možda i dalje, da predvidi pravne posledice istog. U sistemu sudskog raskida klauzulom se izbegava sudski neizvesni postupak. Otuda možda toliko interesovanje francuskih pravnika za pitanje raskidnih klauzula i to posebno onih čijom primenom se ugovor raskida po samom zakonu.

S druge strane, moguće je da kao raskidni razlog ne bude uvek predviđena povreda ugovora¹⁷, već prosto volja jedne od ugovornih strana da u svakom trenutku napusti ugovorni odnos. Ugovaranje klauzule ovakve sadržine imalo bi smisla samo u slučaju tzv. trajnih ugovora sa određenim trajanjem, jer u sluča-

¹⁷ J. Beatson, *op. cit.*, str. 528.

ju ugovora sa neodređenim trajanjem, postoji pravo na otkaz svakog ugovornika. Inače, i za samo pravo na otkaz može se reći da nastaje iz sporazuma ugovornih strana. Naime, kako je vreme trajanja ugovora bitan element ugovora, a ugovori se ne mogu zaključivati sa ciljem da traju neograničeno dugo, na ugovornicima je da odluče da li će vreme trajanja ugovora odrediti u trenutku zaključenja, ili posredno, tako što će neodređivanjem vremena trajanja, svaki ugovornik dobiti pravo na otkaz i tako trenutkom otkaza konačno dovršiti proces zaključenja ugovora (odredivši mu i poslednji bitan element – vreme trajanja), ali i učiniti kraj postojećem ugovornom odnosu¹⁸.

Čini se da anglosaksonski pravnici dosta logike unose u određivanje raskidnih razloga. Oni naime, kao što smo već i pomenuli, prave razliku da li se radi o raskidnoj klauzuli čijom primenom dolazi do automatskog raskida ili klauzuli koja omogućava raskid izjavom volje. U prvom slučaju smatraju da bi raskidni razlog trebalo da bude van kontrole ugovornika, odnosno, da bi jedino takav raskidni razlog opravdavao raskid *ipso iure*, a da bi povreda ugovorne obaveze od strane jednog ugovornika davala pravo nevinoj strani da raskine ugovor jednostrano, pozivajući se na klauzulu¹⁹. Kako bi u ovom drugom slučaju, klauzula uvek bila formulisana u interesu poverioca, on bi imao pravo izbora, da li će se pozvati na ugovornu klauzulu ili ne, te time održati ugovor na snazi. Smatramo da odgovor ipak leži u načelu autonomije volje tj. čl. 10 Zakona o obligacionim odnosima, po kojem su “stranke u obligacionim odnosima slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja, da svoje odnose urede po svojoj volji”²⁰, odnosno, sadržina raskidne klauzule izraz je slobodne volje ugovornih strana.

SPORAZUMNI RASKID TRENUTNIH/TRAJNIH UGOVORA

Ugovori sa trenutnim izvršenjem su ugovori kod kojih se obaveze sastoje iz jednog akta činjenja ili propuštanja, a koje se izvršavaju u jednom momentu²¹. Sporazumni raskid (i uopšte raskid) ovih ugovora moguć je samo pre njihovog izvršenja, a iz razloga što se oni izvršavaju u trenutku. Stoga ih je moguće raskinuti jedino u fazi nakon zaključenja, a pre izvršenja, i to bilo primenom raskidne klau-

¹⁸ D. Hiber, Pravo na otkaz, Pravni život, br. 3-4, Beograd, 1995, str. 57 i str. 69.

¹⁹ J. Beatson, *op. cit.*, str. 527.

²⁰ Čl. 10 Zakona o obligacionim odnosima - ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i *Službeni list SRJ*, br. 31/93, u daljem tekstu ZOO.

²¹ S. Perović, *op. cit.*, str. 211; C. Larroumet, *Les Obligations, Le Contrat*, Paris 2003, str. 172.

zule, bilo sporazumnim raskidom u formi novog ugovora. Istina, raskid je moguć i u slučaju da je samo jedna strana u dvostranom ugovoru obavezu ispunila, kao i u slučaju da jedan ili oba ugovornika nisu svoju obavezu ispunili onako kako je ugovoreno.

Ugovori sa trajnim izvršenjem prestacija su oni kod kojih se izvršenje obaveza prostire u vremenu, tako da se obaveze obično sastoje iz više akata činjenja ili propuštanja²². "Trajni ugovori" se mogu sporazumno raskinuti pre početka faze izvršenja, kao i nakon otpočinjanja iste, ali svakako pre potpunog izvršenja. U prvom slučaju, kada ugovor uopšte nije izvršen, imamo istu situaciju kao kod "trenutnih ugovora", a naime, stranke su nakon raskida u onoj pravnoj poziciji u kojoj su bile i pre zaključenja ugovora.

Ukoliko ugovornici vreme trajanja ugovora precizno odrede ili ga bar učine odredivim, u pitanju su trajni ugovori sa određenim trajanjem²³. Istekom vremenskog perioda na koji su zaključeni, ovi ugovori prestaju da proizvode dejstvo po sili zakona. U osnovi ovakvog vida prestanka ugovora ponovo je sporazum ugovornika koji su, određivanjem vremena trajanja ugovora, odredili i način i trenutak njegovog prestanka. Druga mogućnost prestanka trajnog ugovora sa određenim trajanjem jeste ugovaranjem raskidne klauzule, koja dovodi do kraja postojanja ugovora i pre isteka vremena na koji je zaključen²⁴, i to ponovo sporazumom ugovornika. Konačno, treći način sporazumnog prestanka ovih ugovora, jeste sporazumni raskid u formi novog ugovora.

Moguće je da ugovorne strane u trenutku zaključenja ugovora ne odrede vreme njegovog trajanja. To su tzv. trajni ugovori sa neodređenim trajanjem. Kako je vreme bitan element svakog ugovora, te se ugovori ne mogu zaključivati u cilju da traju neograničeno²⁵. Specifičnost ovih ugovora jeste u tome da vreme njihovog trajanja ugovornici nisu izričito odredili, već postoji prećutna saglasnost o tome da ugovor proizvodi pravno dejstvo sve dok ga jedan od ugovornika ne otkáže²⁶. Otkaz, kao način određivanja trajanja ugovora, rezultat je saglasnosti volja/sporazuma stranaka²⁷. S druge strane, raskidna klauzula kao vid sporazumnog raskida ugovora svoj značaj ima kod trajnih ugovora sa određenim trajanjem²⁸, kod kojih pravo na otkaz ne postoji. Kako svaka ugovorna strana može

²² S. Perović, *op. cit.*, str. 211; C. Larroumet, *op. cit.*, str. 172.

²³ D. Hiber, Pravo na otkaz, *Pravni život*, br. 3-4, Beograd, 1995, str. 53.

²⁴ F. Terre, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Paris, 2002, str. 475.

²⁵ D. Hiber, Pravo na otkaz, *Pravni život*, br. 3-4, Beograd, 1995, str. 57.

²⁶ *Ibid.*, str. 57.

²⁷ D. Hiber, *Prestanak stanarskog prava*, magistarski rad, Beograd, 1982, str. 312.

²⁸ M. Fabre – Magnan, *Droit des obligations*, 1 – *Contrat et engagement unilateral*, str. 574.

u bilo kom trenutku otkazati i time učiniti kraj trajnom ugovoru sa neodređenim trajanjem, postavlja se pitanje potrebe ugovaranja raskidnih klauzula. Raskidne klauzule ipak postoje kao sastavni delovi trajnih ugovora sa neodređenim trajanjem, a imaju za cilj da se njima regulišu neka osetljiva pitanja, npr. iznos naknade u slučaju raskida, obaveza saopštenja raskidne namere od strane jednog ugovornika drugom²⁹... Ove ugovore moguće je sporazumno raskinuti i u formi novog ugovora.

FORMA SPORAZUMNOG RASKIDA

Kako sporazumni raskid predstavlja ugovor sve zakonske odredbe koje se odnose na nastanak i punovažnost ugovora primenjuju se i na sporazum o njegovom raskidu. Ovde nećemo govoriti o raskidnoj klauzuli jer je ona samo deo ugovora, te podleže zahtevima forme samog ugovora. U čl. 67 ZOO-a, koji i nosi naziv "Neformalnost ugovora", sadržano je načelo konsensualizma, što znači da "zaključenje ugovora ne podleže nikakvoj formi, osim ako je zakonom drukčije predviđeno"³⁰. Dalje, čl. 68 st. 1 ZOO-a propisano je da "formalni ugovori mogu biti raskinuti neformalnim sporazumom, izuzev ako je za određeni slučaj zakonom predviđeno što drugo, ili ako cilj zbog koga je propisana forma za zaključenje ugovora zahteva da raskidanje ugovora bude obavljeno u istoj formi"³¹. Citirani član odnosi se na formalni ugovore kod kojih je forma kao bitan element za nastanak ugovora predviđena zakonom. S druge strane, ukoliko same stranke, svojom voljom, ugovor učine formalnim, radi se o ugovorenoj formi. Kako čl. 68 ZOO-a dopušta da se neformalnim sporazumom raskine formalni ugovor čiju je formu odredio zakon, tim pre bi trebalo dopustiti da se neformalnim sporazumom raskida ugovor, koji su formalnim učinili ugovornici svojom voljom³². Zakon upravo to i čini čl.69 st.2 istog Zakona, a naime, "ugovor za čije je zaključenje ugovorena posebna forma može biti raskinut i neformalnim sporazumom"³³. Dakle, formalni ugovor može se raskinuti neformalnim sporazumom, "vansudskim putem"³⁴.

²⁹ F. Terre, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, str. 475; M. Fabre – Magnan, *op. cit.*, str. 574.

³⁰ Čl. 67 st. 1 ZOO.

³¹ Čl. 68 ZOO.

³² B. Blagojević i drugi, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, I knjiga, str. 256.

³³ Čl.69 st. 2 ZOO.

³⁴ D. Hiber, *op. cit.*, str. 353.

Ukoliko bi se ipak radilo o sporazumu o raskidu, za čiji nastanak i punovažnost se zahteva pismena forma (bilo zakonom, bilo voljom stranaka), takav sporazum bi mogao proizvoditi pravno dejstvo, u smislu čl.73 ZOO-a³⁵, a naime, ukoliko bi ugovorne strane sporazum izvršile u celini ili pretežnom delu odnosno ako iz cilja zbog kojeg je forma propisana očigledno ne proizlazi što drugo. Zakonodavac u citiranom članu koristi izraz "propisana forma", što bi upućivalo samo na situacije kada je forma ugovora propisana zakonom. Međutim, čak i da je zakonodavac imao tu nameru, moglo bi se zaključiti da ukoliko je konvalidacija dozvoljena u slučaju neispunjenja zakonske forme, tim pre bi morala biti dozvoljena u slučaju neispunjenja ugovorene forme. Naime, kada bi ugovornici prvobitno ugovorili pismenu formu sporazuma o raskidu, a zatim ga sačinili usmeno, nepozivajući se na sporazum o formi, raskid bi bio punovažan jer su stranke time pokazale da odustaju od ranije ugovorene forme sporazumnog raskida³⁶. Dalje, citirani član ne bi se smeo nikako shvatiti kao opšte pravilo, u smislu da bi, pod određenim uslovima, uvek dolazilo do konvalidacije (izvršenjem) formalnih ugovora kojima nedostaje forma, i to po samom zakonu, bez odluke suda. Čl. 73 ZOO- a odnosi se samo na formalne ugovore, za koje je predviđena pismena (ne i neka druga!) forma, pa ta forma izostane.

DEJSTVO SPORAZUMNOG RASKIDA

Sporazumnim raskidom ugovor prestaje da postoji kao pravna činjenica. Ovo je osnovno dejstvo raskida. Drugo pitanje koje se postavlja jeste kako dejstvuje raskid. Nesporno je da raskid uvek oslobađa ugovornike nedospelih, a neizvršenih obaveza, odnosno, da proizvodi dejstva za ubuduće. Nakon raskida, nijedan ugovornik ne može se više pozivati na ugovor, te zahtevati izvršenje od svog saugovornika, jer ugovor kao osnov obavezivanja više ne postoji. Međutim, raskid može imati i veći domašaj³⁷, tj. može imati povratno dejstvo. Priznavanjem raskidu povratnog/retroaktivnog dejstva, značilo bi da ugovor ne prestaje da postoji samo kao osnov obavezivanja, već i kao pravni osnov zadržavanja primljene prestacije³⁸. Tada bi se postavilo pitanje povraćaja primljenog u toku trajanja ugovornog odnosa, a iz razloga što bi raskidom bila poništena sva pravna dejstva koja je ugovor proizveo od trenutka nastanka do trenutka prestanka raskidom.

³⁵ Čl. 73 ZOO.

³⁶ S. Perović, *op. cit.*, str. 492.

³⁷ S. Perović, *op. cit.*, str. 487.

³⁸ A. Ališani, Raskid ugovora zbog neizvršenja, Priština, 1981, str. 241.

Prilikom zaključivanja sporazuma o raskidu, ugovornici osim raskida ugovora mogu postići saglasnost i oko dejstva koje će raskid proizvesti. Druga mogućnost jeste da ugovornici sporazumno raskinu ugovor, ali da ne postignu saglasnost o njegovom dejstvu. Iako je pravilo da raskid “trajnih ugovora” deluje *ex nunc*, a “trenutnih” *ex tunc*, smatramo da bi, u spornim situacijama, sudu moralo biti prepušteno odlučivanje o tome da li prestanak ugovora proizvodi dejstvo samo za budućnost ili pak, u konkretnom slučaju raskid ima retroaktivno dejstvo. Ovo je inače redovna uloga suda u sudskom sistemu raskida³⁹.

Nesporno je da raskid trenutnih ugovora ima retroaktivno dejstvo. S druge strane, većina autora smatra da raskid trajnih ugovora deluje samo za ubuduće. U ovom radu se nećemo podrobnije baviti pitanjem dejstva raskida trajnih ugovora, jer bi isto prevazišlo dozvoljen obim ovog rada, ali smatramo neophodnim da i na ovom mestu bar ukratko ukažemo na složenost pomenutog pitanja.

Vladajuće je stanovište, dakle, da u slučaju prestanka raskidom “trajnih ugovora”, a u fazi nakon otpočinjanja njihovog izvršenja – nakon što su oba ugovornika delimično izvršila svoje obaveze ili je jedan izvršio svoju obavezu u celini (ili delimično), a drugi još nije otpočeo sa ispunjenjem, raskid ne može imati povratno dejstvo (*ex tunc*), već može delovati samo za ubuduće (*ex nunc*). Naime, kako izvršenje ovih ugovora traje, to njihovim izvršenjem nastaje jedno pravno stanje, odnosno, sama faza izvršenja (tačnije, vreme od trenutka zaključenja do trenutka raskida) predstavlja jedno pravno stanje.

Veliki broj autora, imajući poslednje u vidu, smatra da raskidom ne bi moglo doći do poništaja dejstava koja je ugovor do raskida proizveo, kao i da se ne bi moglo uspostaviti stanje pre zaključenja ugovora primenom pravila *restitutio in integrum*. Većina kao primer navodi ugovor o zakupu, postavljajući pitanje da li se može izbrisati činjenica da je zakupac živeo izvesno vreme u zakupodavčevom stanu, te odgovarajući odrično na isto.

Da li bi se poslednje smelo dovesti u pitanje odnosno da li raskid “trajnih ugovora” zaista deluje samo *ex nunc*? Vratimo se ponovo na raskid “trenutnih ugovora” i pitanje povraćaja datog kao posledicu istog. Naime, u slučaju nemogućnosti prirodne restitucije, utvrđuje se novčani ekvivalent datog, jer svaka se obligacija u krajnjem može svesti na novac. Primenimo sada isto pravilo na “trajne ugovore”. Ukoliko je nemoguće u potpunosti “izbrisati” pravno stanje stvoreno izvršavanjem “trajnog” ugovora, postoji ipak mogućnost da se utvrdi korist koju su ugovornici stekli tokom trajanja ugovornog odnosa. Ukoliko bi se ta utvrđena

³⁹ M. Fabre – Magnan, *op. cit.*, str. 632 – sud bi odlučio tada da li je u konkretnom slučaju nastupio “resiliation” ili “resolution”.

korist izrazila u novcu, te svaki ugovornik obavezao na isplatu istog svom saugovorniku, pitanje je da li bismo i dalje govorili o dejstvu *ex nunc*.

Iako je vladajući stav u korist neretroaktivnosti raskida "trajnih ugovora", nekada se čini da upravo kod raskida ovih ugovora ima mesta primeni pravila o restituciji, te da pitanje pravnih posledica raskida ovde stvara daleko veće probleme nego kod raskida "trenutnih ugovora", kod kojih se, između ostalog, odmah vidi da li su obaveze ugovornika ispunjene ili ne.

KATARINA DOLOVIĆ
Assistant, Faculty of Law,
University of Belgrade

DISCHARGE BY AGREEMENT

Summary

Discharge by agreement means that the contract has actually ceased to exist as a legal fact through the will of the contracting parties. This will of contracting parties can be expressed in a new contract – the agreement on discharge, whereas it can also be contained in the resolution clause of the contract that will later in time be cancelled through the implementation of the clause itself. The author differentiates between the legal bases and the causes of the discharge by agreement, both as regards the resolution clauses and in case of the agreement on discharge in the form of a new contract. The paper also deals with the effects that the consensual termination produces, especially as regards the classification of contracts into "current" and "permanent".

DRAGAN PANTIĆ

POKLON ZA SLUČAJ SMRTI U SRPSKOM PRAVU
DE LEGE FERENDA

– Pojam, karakteristike i pravna priroda –

U V O D

Poklon za slučaj smrti ima bogatu istorijsko pravnu tradiciju, ali mu je u našem pravu posvećena oskudna pažnja. Ovaj pravni institut u našoj zemlji nije regulisan pozitivnopravnim propisima, ali je pobuđivao pažnju kako predratnih, tako i savremenih autora, koji su saglasni da se radi o složenoj pravnoj materiji koju bi trebalo regulisati za ubuduće.¹

Donatio mortis causa je u rimskom pravu bio dobročino raspolaganje, nastao na osnovu saglasnosti volja poklonodavca i poklonoprimca, kojeg je karakterisala opozivost po slobodnoj volji. Pravno dejstvo je ostvarivao u slučaju smrti i tek posle smrti poklonodavca, a dejstvo poklona je zavisilo od uslova da poklonoprimac nadživi poklonodavca. Srpsko pozitivno pravo poklon za slučaj smrti shvata kao ugovor koji nastaje na osnovu saglasnosti volja poklonodavca i po-

Dragan Pantić, advokat u Velikom Gradištu, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ Predratni pravni pisci govoreći o poklonu za slučaj smrti naglašavaju da se radi o “teškoj i zapletenoj materiji” (Arandelović, D. Nasledno pravo, Beograd 1925, str. 147). Sličnu kvalifikaciju koriste i savremeni pravni pisci – “gledano de lege ferenda, bilo bi veoma korisno, naročito sa stanovišta pravne sigurnosti da naše pravo uredi ovu složenu materiju” (Antić, O. Nasledno pravo, Beograd 2007, str. 257).

klonoprimca, gde je predaja predmeta poklona odložena do smrti poklonodavca. Ovakav ugovor je neopoziv i smrt poklonoprimca pre poklonodavca ne utiče na dejstvo ugovora, već pravo iz ugovora prelazi na poklonoprimčeve naslednike.

Međutim, buduća zakonska regulativa izražena kroz predloženi koncept poklona za slučaj smrti u Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije,² nije u potpunosti prihvatila takvo pravno shvatanje koje ovaj pravni institut smatra isključivo ugovorom. Nekim predloženim rešenjima u Prednacrtu ovaj pravni institut se veoma približava *donatio mortis causa* rimskog prava. Ovo se naročito odnosi na opoziv poklona, gde je poklonodavcu dato pravo da jednostrano, po svom nahođenju, u bilo koje doba odustane od ugovora, što poklon za slučaj smrti udaljava od koncepcije o obligacionopravnim ugovorima koja je prihvaćena u Zakonu o obligacionim odnosima, a približava ga legatu.

U radu smo posebno izdvojili neke karakteristike poklona za slučaj smrti, koje mogu biti predmet teoretske diskusije, imajući u vidu predstojeću kodifikaciju građanskog prava, i zakonsko regulisanje ovog pravnog instituta. Posebno smo hteli da odgovorimo na neka sporna pitanja, od kojih smatramo značajnim dilemu da li poklon za slučaj smrti regulisati sa odložnim rokom, kako to primenjuje pozitivno zakonodavstvo ili sa odložnim uslovom kakav je poznavala *donatio mortis causa* rimskog prava, što povlači za sobom praktično pitanje, da li smrt poklonoprimca pre poklonodavca utiče na dejstvo ugovora. Sporna je mogućnost postojanja raskidnog uslov kod poklona za slučaj smrti u našem pravu, što je primenjivo u nekim savremenim zakonodavstvima, a koju mogućnost domaća pravna teorija odlučno odbacuje. Dilema je da li poklonoprimcu dati prava koja svaki poverilac ima na osnovu obligacije, i može li poklonoprimac preduzimati mere radi prinudnog ostvarenja svog potraživanja, imajući u vidu jednostranu opozitivost i raspolaganje darodavca po slobodnoj volji predmetom poklona. Konačno, da li dozvoliti pravo na naknadu štete poklonoprimcu, ukoliko je poklonodavac po svom nahođenju, bez osnovanog razloga opozvao poklon?

Svaki odgovor na prethodna pitanja u velikoj meri će zavisiti od toga kako shvatamo pravnu prirodu poklona za slučaj smrti. Da li prihvatiti teoretski stav domaće pravne doktrine koji poklon za slučaj smrti vidi kao ugovor, na koji se imaju primeniti sva pravila ugovornog prava ili teoretsko shvatanje poklona za slučaj smrti približiti *donatio mortis causa* rimskog prava, koji ovaj pravni institut nije smatrao isključivo ni poklonom ni legatom, jer je imao obeležja i jednog i drugog. Sagledavajući sve navedene specifičnosti, možemo uočiti da poklon slučaj smrti ima u sebi elemente i obligacionog i naslednog prava, te se može predložiti i rešenje koje će poklon za slučaj smrti smatrati građanskopravnim institutom *sui generis*.

² Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, druga knjiga Obligacioni odnosi, Beograd 2009.

POJAM POKLONA ZA SLUČAJ SMRTI

Poklon je takav pravni posao kod koga jedno lice ustupa besplatno drugome izvestan deo svoje imovine ili celu imovinu, ali taj cilj se postiže jednim od dva sredstva: ili ugovorom, i to je pravni posao između živih – *inter vivos*, ili jednim pravnim poslom za slučaj smrti – *mortis causa*.³

Poklon za slučaj smrti je u domaćoj pravnoj doktrini shvaćen kao ugovor o poklonu *inter vivos*, nastao na osnovu saglasnosti volja poklonodavca i poklonoprimalca, gde je uglavljena posebna pogodba da će predmet poklona biti predat poklonoprimalcu posle smrti poklonodavca.⁴ Ovakva saglasnost volja, kakva je prisutna u srpskom pozitivnom pravu, po svojim dejstvima predstavlja posmrtni poklon – *donatio post mortem*, a ne poklon za slučaj smrti koji osnove ima u *donatio mortis causa* rimskog prava.⁵ Inače, *donatio mortis causa* i *donatio post mortem* imaju bitno drugačija pravna dejstva.

Kod *donatio mortis causa* poklonoprimalac nema nikakva prava prema poklonodavcu za vreme njegovog života a svojinu nad predmetom ugovora stiče ostvarenjem odložnog ili neostvarenjem raskidnog uslova. Raspolaganje poklonodavca je uvek opozivo, a samo izuzetno neopozivo, i on je mogao i nakon postignute saglasnosti sa poklonoprimalcem da se predomisli i da jednostrano opozove poklon. Dejstvo ugovora nastupa tek nakon smrti poklonodavca, i samo pod uslovom da je poklonoprimalac nadživio poklonodavca.⁶

Dakle, kod *donatio mortis causa* bitan elemenat ugovora je uslov, čijim ostvarenjem ili neostvarenjem nastupa pravno dejstvo ugovora. Ukoliko bi poklonoprimalac umro pre poklonodavca, činjenica njegove prethodne smrti odlučujuće bi uticala na obaveze poklonodavca. Takva obaveza je lične prirode i ostvaruje pravno dejstvo se samo u odnosu na ličnost poklonoprimalca. Ovo iz razloga što se radi o ugovoru zaključenom *intuitui personae*, gde lična svojstva poklonoprimalca po pravilu imaju odlučujući uticaj na *animus donandi* poklonodavca. Za takve ugovore ne važe pravilo da “nadživljavaju” ugovornike. Smrću poklonoprimalca pravo iz ugovora ne prelazi na njegove naslednike, već se gasi. Posmrtni poklon – *donatio post mortem*, za razliku od *donatio mortis causa* ne zahteva uslov da poklonoprimalac nadživi poklonodavca da bi poklon imao pravno dejstvo. Pravo da traže predaju i prenos svojine imaju njegovi naslednici.

³ Perić, Ž. Građansko pravo, O posebnim ugovorima, I. O obavezi zaštite kod ugovora o prodaji i kupovini i o ugovoru o poklonu, Beograd 1927, str. 261.

⁴ Perović, Obligaciono pravo, Beograd 1990, str. 608, Vizner Boris, Građansko pravo u teoriji i praksi, Rijeka 1969, str. 1109, Đurđević, M. Ugovor o poklonu, Beograd 2012, str. 44

⁵ Đurđević, M. Ugovor o poklonu za slučaj smrti, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, broj 1/2011, str. 241

⁶ Đurđević, M. *ibid.*

Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije poklon za slučaj smrti definiše kao ugovor.⁷ Međutim, prema drugom pravilu, koncept poklona u Prednacrta se razlikuje od pojma ugovora koji je usvojen u domaćoj pravnoj teoriji.⁸ Poklonodavcu je dato pravo da uvek, neposredno ili posrednom izjavom, raskine poklon za slučaj smrti, što ovaj pravni institut udaljava od teorijskog shvatanja poklona kao ugovora, a približava ga sferi opozivnih pravnih poslova za slučaj smrti.

KARAKTERISTIKE POKLONA ZA SLUČAJ SMRTI

Odložni i raskidni uslov kod poklona za slučaj smrti

Uslov je buduća neizvesna okolnost od čijeg nastupanja ili nenastupanja zavisi nastanak ili prestanak nekog prava. Dok uslov ne nastupi pravo ne postoji, postoji samo pravno stanje⁹ U našem važećem Zakonu o obligacionim odnosima normirano je postojanje odložnog (suspenzivnog) i raskidnog (rezulativnog) uslova, gde je propisano da se ugovor smatra zaključenim pod uslovom ako njegov nastanak ili prestanak zavisi od neizvesne činjenice.¹⁰ Sa nastankom uslova kod odložnog uslova nastaje, a kod raskidnog prestaje dejstvo pravnog posla.¹¹

U domaćoj pravnoj teoriji smatra se da poklon za slučaj smrti ne može postojati sa raskidnim uslovom.¹²

Neki autori smatraju da se poklon za slučaj smrti zaključuje u formi javne isprave ali bez predaje predmeta poklona, te da stoga ne može biti nikada realan

⁷ Čl. 680 st. 1 Prednacrta – “Ugovor o poklonu u kome je predviđeno da će se izvršiti posle smrti poklonodavca mora da bude sastavljen u pismenoj formi uz overu potpisa od strane nadležnog organa”.

⁸ Čl. 680 st. 2 Prednacrta – “Poklonodavac može da raskine po svojoj volji ugovor o poklonu za slučaj smrti poklonoprimca, a raspolaganje predmetom takvog ugovora, bilo pravnim poslom među živima, bilo pravnim poslom za slučaj smrti, smatra se raskidanjem ugovora u pogledu poklonjenih predmeta obuhvaćenih raspolaganjem”.

⁹ Ehrenzweig, A. System des Oesterreichischen Allgemeinen privatrechts, Bd. I/1, Wien 1925, str. 230.

¹⁰ ZOO čl. 74.

¹¹ Stojanović D. Antić, O. Uvod u građansko pravo, Beograd 2004, str. 342.

¹² Englesko pravo i pravni sistemi uređeni pod uticajem engleskog prava primenjuju raskidni uslov kod poklona za slučaj smrti, slično kao *donatio mortis causa* rimskog prava. Jedan od uslova za nastanak ovog ugovora je upravo predaja predmeta poklona od strane poklonodavca poklonoprimcu. Razlog da se pribegne ovom pravnom poslu je bolest ili neka druga smrtna opasnost po poklonodavca. Raskidni uslov uz revokaciju poklona ostvariv je po prestanku smrtno opasnosti, kao i u slučaju ako poklonoprimac umre pre poklonodavca. v. Borkowski, A. Dethbed Gifts; The Law of Donation mortis causa, Oxford 2005.

ugovor,¹³ te da ukoliko bi darivalac obećanu stvar predao poklonoprимcu radi se o običnom darivanju i tada je ugovor ispunjen i na njega se primenjuju propisi za ugovore o poklonu među živima.¹⁴

Prema domaćoj pozitivnoj pravnoj doktrini ugovor o poklonu za slučaj smrti je ugovor *inter vivos* u kome se nalazi posebna pogodba da će predmet poklona biti predat poklonoprимcu posle smrti poklonodavca. Sticanje svojine ne zavisi od toga da li će poklonoprимac nadživeti poklonodavca, i ako poklonodavac umre ranije, pravo da traže predaju i prenos svojine imaju njegovi naslednici.¹⁵ U takvoj situaciji dejstvo pravnog posla je podređeno jednoj budućoj okolnosti čije je nastupanje izvesno – smrt poklonodavca. Neizvesno je samo vreme njenog nastupanja, te u tom smislu postoji odložni rok a ne odložni uslov. Razlika između odložnog roka i odložnog uslova kod dejstva ugovora ogleda se u tome što kod ugovora zaključenog pod odložnim uslovom dejstvo poklona nastaje ako poklonoprимac nadživi poklonodavca, i ugovor postaje perfektan tek posle poklonodavčeve smrti, a gubi važnost ako poklonoprимac umre pre poklonodavca. S druge strane, kod ugovora zaključenih sa odložnim rokom dejstvo pravnog posla je podređeno trenutku nastupanja roka koji je neodređenog trajanja, a koji ističe momentom smrti poklonodavca.

Nakon smrti poklonodavca, poklonoprимac ima pravo namirenja svog potraživanja i zauzima položaj koji posle delacije imaju ostali poklonodavčevi povrioci bez obzira na pravni osnov njihovog potraživanja, sa kojima konkuriše u poklonodavčevoj zaostavštini.¹⁶

Naše pozitivno pravo i pravna teorija, uglavnom, poklonom za slučaj smrti označavaju saglasnost volja gde dejstvo ugovora nastaje pod odložnim rokom a ne odložnim uslovom, gde se zapravo prema svim karakteristikama radi o posmrtnom poklonu – *donatio post mortem*.¹⁷ U tom smislu se izjašnjavala i naša posleratna sudska praksa.¹⁸

¹³ Perović, S. Obligaciono pravo, str. 608, Antić, O. Nasledno pravo, Beograd 2007, str. 255.

¹⁴ Arandelović, D. Nasledno pravo, Beograd 1925, str. 147. Vizner, B. Građansko pravo u teoriji i praksi, Rijeka 1969, str. 1109.

¹⁵ Perović, S. Obligaciono pravo, str.608, Perić, Ž. Građansko pravo, O posebnim ugovorima, str. 267, Vizner, B. Građansko pravo, str. 1109. Đurđević, M. Poklon za slučaj smrti, str. 241.

¹⁶ Perić, Ž. Građansko pravo, O posebnim ugovorima, Beograd 1927, str. 269.

¹⁷ Đurđević, M. Ugovor o poklonu za slučaj smrti, Zbornik PF Novi sad, broj 1/2011, str.241.

¹⁸ Sudovi u nekadašnjoj SFRJ su određujući pojam poklona za slučaj smrti zauzeli isto stanište: "...darovanje za slučaj smrti, uprkos svom nazivu spada u pravne poslove među živima, čiji je učinak odgođen do časa smrti darodavca. Smrt darodavca ovde je uvjet ili rok do kojeg je odgođen pravni učinak inače perfektnog pravnog posla..." (Rešenje Vrhovnog suda Hrvatske Gž. 281/67 od 16.2.1967, Zbirka sudskih odluka, knjiga 12, sv. 1, 17, str. 38).

S druge strane, postoji i mišljenje da se ugovor o poklonu za slučaj smrti može zaključiti pod odložnim uslovom, koji podrazumeva da poklonoprimalac mora nadživeti poklonodavca da bi ugovor bio punovažan, kakvo je dejstvo imao *donato mortis causa* u rimskom pravu.¹⁹

Prednacrt Građanskog zakonika nije posebno definisao materijalnopravni uslov da poklonoprimalac mora da nadživi poklonodavca. To je od strane nekih autora shvaćeno kao nepostojanje takvog odložnog uslova.²⁰

Međutim, mi ne bismo prihvatili takav argument, jer smatramo ispravnijim postojanje odložnog uslova, gde će dejstvo ugovora zavisiti od uslova da poklonoprimalac mora nadživeti poklonodavca. Ovo iz razloga što smatramo da je ugovor o poklonu za slučaj smrti je po svojoj prirodi takav ugovor gde lična svojstva poklonoprimalca odlučujuće utiču na *animus donandi* poklonodavca. Poklonodavac se kod zaključenja ovog ugovora rukovodi subjektivnim merilima, pri čemu su lične osobine i kvaliteta poklonoprimalca odlučujući kriterijum koji utiče na poklonodavca da zaključi dobročin pravni posao kojim se obavezuje da drugoj strani besplatno ustupi neku svoju imovinsku vrednost.

Određeni ugovori su takvi po svojoj prirodi da se uglavnom zaključuju prema ličnosti ugovornika – *intuitu personae*. Takvi su, između ostalog, ugovor o punomoćstvu, ugovor o delu, ortakluk i ugovor o poklonu. Ugovori koji su zaključeni *intuitu personae* spadaju u domen ličnih obligacija, koje podrazumevaju određena posebna pravila kojima su oni regulisani.²¹ Tako se kod ovakvih ugovora odstupa od pravila da ugovori nastavljaju pravno dejstvo i nakon smrti ugovornika, jer na njihovo mesto stupaju njihovi naslednici. Kod ove vrste ugovora čini se izuzetak, jer smrću lica zbog čijih svojstava je ugovor zaključen, ugovor prestaje da proizvodi pravno dejstvo za ubuduće. Smatra se da postoji prećutna volja stranaka, i da su stranke prilikom zaključenja ugovora imale u vidu lična svojstva ugovornika, te shodno tome, dejstvo ugovora može biti samo za vreme trajanje njihovih života.²²

Prinudno ostvarenje poklona za slučaj smrti

Kod zaključenja ugovora o poklonu u domaćoj pravnoj teoriji prihvaćeno je gledište da saglasnost volja stvara obligacioni odnos od momenta postizanja saglasnosti, gde poklonoprimalac ima ulogu poverioca i pravo na potraživanje koje

¹⁹ Ognjanović, S. Obligaciono pravo, posebni deo, Novi Sad 2010, str.132, Lazarević, D. Ugovor o poklonu, Beograd 2010, Stojanović, N. *Present in case of death in our Law*, Facta Universitas – Niš, University of Niš, Series: Law and Politics Vol. 1, No 6, 2002, str. 726.

²⁰ Đurđević, M. Poklon za slučaj smrti, str. 252.

²¹ Perović, Obligaciono pravo, str. 232.

²² Perović, Obligaciono pravo, str. 233.

glasi na predaju stvari koja je predmet ugovora, dok poklonodavac ima položaj dužnika. U takvoj situaciji poklonoprimcu bi pripala prava koja ima svaki poverilac u obligacionom odnosu, te bi on mogao od poklonodavca tražiti da obezbedi svoje potraživanje nekim od sredstava obezbeđenja još prilikom nastanka obligacije, a pod određenim uslovima bi mogao preduzimati i mere sračunate na obezbeđenje dužnikove imovine.²³ Pozitivni propisi bi davali za pravo poklonoprimcu, da zadrži neku dužnikovu stvar i pre nego što je njegovo potraživanje dospelo, ako proceni da je poklonodavac postao platežno nesposoban i da nakon njegove smrti neće moći da realizuje svoje potraživanje.²⁴

Smatramo da bi takvo zadiranje u imovinske prilike poklonodavca bilo u suprotnosti sa prirodom ovog pravnog posla. Kod zaključenja ugovora o poklonu, za razliku od teretnih ugovora, ne postoji princip ekvivalentne razmene predmeta prestacije ugovornika, te bi privilegovan položaj u ovakvom pravnom poslu trebalo da ima poklonodavac, a ne poklonoprimac.

Saglasnošću volja i zaključenjem ugovora o poklonu za slučaj smrti stranke ne bi dobile klasičan položaj poverioca i dužnika. Dugovana radnja se ne bi mogla izvršiti prinudnim putem, niti bi se mogle preduzimati pravne radnje na poklonodavčevoj imovini usmerene na obezbeđenje potraživanja poklonoprimca, ukoliko bi to bilo suprotno volji poklonodavca. Pravnoj prirodi ovog ugovora protivila bi se svaka prinudnost koja bi favorizovala poklonoprimca na štetu poklonodavca. Ovo tim pre što bi bilo kontradiktorno da, ukoliko je već poklonodavcu dato široko ovlašćenje da u svakom trenutku može odustati od ugovora i raspolagati predmetom poklona, da se na tom predmetu poklona uspostavlja ograničenja u korist poklonoprimca. Zato bi se, kod poklona za slučaj smrti sa odložnim uslovom, obaveza poklonodavca prema poklonoprimcu za vreme trajanja života poklonodavca mogla smatrati prirodnom obligacijom.²⁵ Takve obligacije predstavljaju sferu neprekidnog preplitanja pravnih obaveza i moralnih dužnosti,²⁶ te bi u fazi nezvesnosti, kada se još ne zna da li će se odložni uslov ostvariti, poklon za slučaj smrti mogao posmatrati kao pravno pravilo koje zadire u domen moralnih dužnosti. Pravne obaveze i moralne dužnosti trebalo bi da egzistiraju harmonično i u skladu sa javnim poretkom i dobrim običajima.²⁷

²³ Đorđević, Ž. Stanković, V. Obligaciono pravo, Beograd 1987, str. 597.

²⁴ v. čl. 286 ZOO.

²⁵ Prema čl. 564 SGZ prirodnom obligacijom se smatra usmeno obećanje poklona, gde postoji samo moralna dužnost poklonodavca da ispuni obećanje poklona (v. Arandelović, D. Osnovi obligacionog prava, Beograd 1936, str. 7). Iako je poklon za slučaj smrti strogo formalan ugovor, mogućnost njegovog jednostranog opozivanja po volji poklonodavca prenosi njegovu obavezu prema poklonoprimcu, takođe, u sferu moralnih dužnosti.

²⁶ Zuglia, S. Prirodne obaveze u teoriji i srpskom privatnom pravu, Subotica 1924, str. 9.

²⁷ Perović, S. Naturalne obligacije i moralne dužnosti, Pravni život, br. 6/1968, str. 23.

Takođe, prirodna obligacija mora da ima odgovarajući osnov – kauzu, koja bi opravdala posrednu sankciju koja postoji u prirodnim obligacijama. Pobuda odnosno motiv je kauza dobroćinih ugovora, i ona spaja sferu pravnog i moralnog.²⁸ Osobenost prirodne obligacije je u tome da se ne može izvršiti sredstvima prinudnog izvršenja.²⁹ Međutim, takve obligacije se ne mogu smatrati neutiliziranim obligacijama, jer i prirodne obligacije mogu biti utužive, pa i izvršive ukoliko dužnik nije svojom aktivnom radnjom sprečio njeno nastupanje, te je došlo do pravnosnažnosti i izvršnosti pravnog akta.³⁰ Do prinudnog ostvarenja poklona za slučaj smrti moglo bi doći ukoliko poklonoprimalac pokrene postupak radi obezbeđenja svog potraživanja, a darodavac ne istakne prigovor, pri čemu će sud takvu prirodnu obligaciju da snabde sankcijom preko osude na činidbu.

Takođe, ukoliko još prilikom nastanka poklona za slučaj smrti, darodavac obezbedi njegovo izvršenje nekim od sredstava obezbeđenja, smatraće se da je na taj način spreman da dobrovoljno ispuni obligaciju. Na ovaj način bi se posredno darodavac odrekao prava na opozivanje poklona po svojoj volji, te bi opoziv poklona mogao da traži samo ukoliko bi se stekli uslovi koji su potrebni za opoziv običnog, redovnog poklona.

Opozivanje poklona za slučaj smrti

Opozivost poklona nije osobenost ugovora o poklonu. Opšte prihvaćen stav pravne teorije je da se jednostranom izjavom jednog od ugovarača ne može menjati ugovor.³¹

Takvo shvatanje neopozivosti poklona je prisutno, kako, u ranijim građanskim zakonicima koji su regulisali materiju poklona na našim prostorima,³² tako i u uporednom zakonodavstvu.³³

²⁸ Antić, O Kauza, Pravni život, br. 10/2005, str. 847.

²⁹ V. Salma, J. Pojam i izvršenje naturalnih obligacija, Pravni život, 12/1983, str. 1279-1294.

³⁰ Salma, J. Obligaciono pravo, Beograd 1988, str. 28.

³¹ Blagojević, B. Građansko-pravni obligacioni ugovori, Beograd 1947, str. 85; Marković, L. Građanski zakonik Kraljevine Srbije, Beograd 1921, str. 261.

³² Srpski građanski zakonik, & 566 – *Ko jedanput poklon učini ne može više natrag uzeti osim osobitih slučajeva*; Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru & 487 – *Dar koji je jednom zakonito učinjen, a tim niko protiv zakona oštećen nije, ne može se više natrag iskati, osim ako je što drugo izrečno uglavljeno*.

³³ Austrijski građanski zakonik & 946 – *Ugovori o daru ne mogu se po pravilu opozvati* (navedeno prema: Austrijski građanski zakonik, II izdanje, preveo D.Arandelović, Beograd 1921); Francuski građanski zakonik naročito insistira na neopozivosti poklona, što je sadržano i u samom zakonskom tekstu – Code Civil, article 894 “La donation entre vifs est un acte par lequel donateur se depouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui

Ugovor predstavlja saglasnu izjavu volja dva lica, koju ne karakteriše pravo jedne strane da odustane od ugovora po svojoj volji. U pravilima o posebnim imenovanim ugovorima Zakon o obligacionim odnosima nije predvideo da stranke imaju pravo da jednostrano raskinu ugovor.³⁴

Međutim, u domaćoj pravnoj teoriji se pojavio stav da je kod poklona za slučaj moguće jednostrano opozivanje ugovora od strane poklonodavca. Najpre je takav stav izneo profesor Mihailo Konstantinović u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima, gde je navedeno da darodavac može raskinuti po svojoj volji ugovor o daru za slučaj smrti, a raspolaganje predmetom poklona naknadno preduzetim pravnim poslom među živima ili pravnim poslom za slučaj smrti takođe se smatralo raskidanjem ugovora.³⁵ Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine nije regulisao institut poklona, ostavljajući da tu pravnu oblast regulišu federalne jedinice, koje to nisu učinile do raspada bivše Jugoslavije, tako da je ostala dilema da li bi ovakav predlog iz Skice bio pretočen u zakonski tekst. Međutim, buduća zakonska regulativa se u vezi ovog pravnog pitanja skoro u potpunosti oslonila na predlog profesora Konstantinovića iz Skice. Uz veoma male izmene ponovljen je prethodno izneti stav da poklonodavac može po svojoj volji raskinuti ugovor o poklonu za slučaj smrti.³⁶ Time je prihvaćena ideja po kojoj je ugovor o poklonu za slučaj smrti jednostrano opoziv.

Međutim, takvom mišljenju se suprotstavljaju domaći pravni teoretičari koji smatraju da ovaj ugovor, kao ni drugi ugovori, ne može biti jednostrano raskinut, izuzev kada nastupe slučajevi pod kojima se može raskinuti običan poklon. U prilog svog mišljenja navode da načelu pravne sigurnosti više odgovara da poklonodavac ovaj poklon može raskinuti iz zakonom određenih razloga, a ne po slobodnoj volji, smatrajući da opozivanje po slobodnoj volji obećanja koristi više odgovara pravilima testamenta i legata. Kako je ovde reč o ugovoru u kome je samo predaja predmeta odložena do smrti poklonodavca, to bi mogućnost raskida ugovora trebalo podvrgnuti opštim pravilima koja se primenjuju na ugovor o poklonu.³⁷

l'accepte" (navedeno prema: Le Code Civil, Nouvelle edition 1981 avec jurisprudence, Prat/Evropa, Paric 1981).

³⁴ Izuzetak od tog principa je učinjen samo kod ugovora o nalogu, gde nalogodavac može jednostrano da odustane od ugovora (čl. 765 ZOO), a nalogoprimcu je dato pravo da može otkazati nalog kad hoće, samo ne u nevreme (čl. 376 st. 1 ZOO).

³⁵ Konstantinović, M. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, Beograd 1969, čl. 522. st. 2.

³⁶ Razlika između dva teksta postoji samo u tome što je u Prednacrtu nakon rečenice: "poklonodavac može da raskine po svojoj volji ugovor o poklonu za slučaj smrti" dodata reč – *poklonoprimca*.

³⁷ Perović, S. Obligaciono pravo, str. 608, Perić, Ž. Građansko pravo, str. 266, Đurđević, M. Ugovor o poklonu za slučaj smrti, str. 253.

Imajući u vidu pravnu prirodu poklona za slučaj smrti, koji u sebi sadrži elemente i obligacionog i naslednog prava, smatramo da poklon za slučaj smrti ne treba shvatiti kao klasičan ugovor, već kao građanskopravni institut *sui generis*, tako da bi se mogla opravdati primena stava da je ovaj poklon jednostrano opoziv po volji poklonodavca. Međutim, smatramo da ovako široko ovlašćenje poklonodavca da može raskinuti ugovor po svom nahodjenju treba ograničiti propisivanjem mogućnosti da stranke mogu ugovoriti posebnu odredbu prema kojoj bi se poklonodavac odrekao jednostranog raskida ugovora.

Ovakva pravna mogućnost bi bila u skladu sa principom da stranke stupajući u ugovorne odnose, inspirisani različitim motivima, mogu da ugovore odricanje od prava da traže raskid ili poništenje ugovora. Takva mogućnost bi bila bliska shvatanju opozivosti *donatio mortis causa* iz rimskog prava, gde je i pored principa slobodne opozivosti poklona za slučaj smrti, strankama dozvoljeno da ugovore njegovu neopozivost. Prethodno odricanje od prava na opozivanje ugovora često je motivisano pojačanjem ugovora, odnosno većim stepenom obezbeđenja izvršenja ugovornih obaveza, jer ako su se unapred odrekle prava da raskinu ili ponište ugovor, one samim tim ugovoru daju jaču snagu i smatra se da će ga u svakom slučaju izvršiti.³⁸ Stranke su slobodne da u obligacionim odnosima svoje odnose urede po svojoj volji. Međutim, postoje i izvesna ograničenja autonomije volje kojima se stranke moraju podvrgnuti.³⁹ Dozvoljeno je da stranke mogu slobodno da uređuju svoje odnose samo u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja.⁴⁰ Zato bi suprotno takvim načelima bila negativna obligacija kojom se ugovarači obavezuju da neće raskinuti ili poništiti ugovor bez obzira na razloge.

Naknada štete zbog jednostranog opozivanja poklona za slučaj smrti

Reč šteta se upotrebljava u različitim značenjima. U običnom govoru se pod štetom podrazumeva čitav niz raznovrsnih situacija kojima se označava svaka neprijatnost i svako propuštanje prijatnosti.⁴¹ Štetnu radnju je poznavalo još rimsko

³⁸ Perović, S. Pravno dejstvo prethodnog odricanja prava iz ugovora, Pravni život br.1/1977, str. 5.

³⁹ U francuskom pravu, zbog izričite neopozivosti poklona sadržane u zakonskoj regulativi, nije dozvoljeno da stranke sporazumom dogovore da se u ugovor mogu uneti odredbe kojima bi se omogućilo na direktan ili indirektan način jednostrano opozivanje poklona, v. Planiol, M. *Traite elementaire de Droit civil*, Paris 1924, str. 647.

⁴⁰ V. čl. 10 ZOO

⁴¹ Konstantinović, M. *Obligaciono pravo*, beleške sa predavanja, Beograd 1952, str. 85.

pravo, gde je šteta najsažetije definisana kao gubitak u imovini.⁴² Naknada štete predstavlja sankciju zbog protivpravnog ponašanja. Osnovom i izvorom obaveze naknade štete može poslužiti i ugovor. Povredom ugovora uspostavlja se veza između štete i ugovora i dolazi do nastanka ugovorne odgovornosti. Tako, za štetnika, uz obavezu naknadnog izvršenja ugovorne obaveze, nastupa i sekundarna obaveza – naknada štete.⁴³

Jednostrano odustajanje od ugovora nije svojstveno ugovoru kao saglasnoj izjavi volja dva lica. Zakon o obligacionim odnosima nije predvideo da bilo koja strana u ugovoru može raskinuti ugovor po slobodnoj volji.⁴⁴ Iz ovakve zakonske regulative je uočljivo da pravo poklonodavca i poklonoprimca da po slobodnoj volji odustanu od poklona podleže obavezi zaštite interesa druge strane, koji mogu biti povređeni.⁴⁵ Zato bi strana koja jednostrano otkáže poklon, bez osnovanog razloga, bila obavezna da drugoj strani naknadi štetu.

PRAVNA PRIRODA POKLONA ZA SLUČAJ SMRTI

Ugovorna priroda poklona za slučaj smrti

Ugovor je saglasnost volja dva ili više lica kojim se postiže neko pravno dejstvo. To je uvek dvostrani pravni posao, za razliku od jednostranog, gde nema saglasnosti volja, već pravno dejstvo stvara izjava samo jedne volje.⁴⁶ Za pojam poklona kao ugovora bitno je, ne samo volja darivaoca da učini poklon, nego i spremnost obdarenika da poklon primi.⁴⁷ Priroda poklona kao ugovora, gde davanje mora biti primljeno od druge strane prihvaćeno je i u uporednom zakonodavstvu.⁴⁸

⁴² D.39.2.3 - Paulus.

⁴³ Salma, J. Obligaciono pravo, Beograd 1988, str. 392.

⁴⁴ Odstupanje je dozvoljeno samo kod naloga. Nalogodavac može odustati od naloga, ali je dužan da nalogoprimcu isplati naknadu za njegov trud i naknadi mu štetu koju je pretrpeo odustankom od naloga. (čl. 765 st. 2 ZOO). Takođe, i nalogoprimac može da otkáže nalog kad hoće, samo ne u nevreme. Međutim, dužan je nalogodavcu nadoknaditi štetu koju je ovaj pretrpeo zbog otkaza naloga u nevreme, osim kada su za otkaz postojali osnovani razlozi (čl. 766 st. 2 ZOO).

⁴⁵ Postoji mišljenje u pravnoj teoriji da bi prema predloženom rešenju iz Prednacrta, poklonodavac mogao jednostrano da odustane od poklona, a da za takav postupak ne bi snosio odgovornost, ni kada bi poklonoprimac pretrpeo imovinski gubitak zbog raskida (Đurđević, M. Poklon za slučaj smrti, str. 254).

⁴⁶ Perović, S. Obligaciono pravo, str. 151.

⁴⁷ Marković, L. Obligaciono pravo, Beograd 1997, str. 555

⁴⁸ Austrijski građanski zakonik & 938, Nemački građanski zakonik & 516, Francuski građanski zakonik art.1105, Švajcarski zakonik o obligacijama art. 239-252

U domaćoj pravnoj doktrini je prihvaćena ugovorna priroda poklona za slučaj smrti, te je poklon za slučaj smrti shvaćen kao ugovor o poklonu *inter vivos* sa odložnim rokom, uz posebnu pogodbu da će predmet poklona biti predat poklonoprimcu nakon smrti poklonodavca. Na taj način je poklon za slučaj smrti prihvaćen kao modifikacija i jedan od oblika ugovora o poklonu, te za njega važe opšta pravila koja se odnose na poklon.⁴⁹

Opravdanost insistiranja na ugovornoj prirodi poklona za slučaj smrti ogleđa se u tome što ovaj pravni posao može nastati samo kao rezultat saglasnosti volja poklonodavca i poklonoprimca. Postignuta saglasnost volje stvara obligacionopravni odnos, koji vezuje ugovorne strane od trenutka njenog postizanja. Razlikuje se od legata kao jednostrane formalne izjave sa voljom samo dejstvom *mortis causa*, jer je za postojanje isporuke dovoljna izjavljena volja samo jednog lica – darivaoca, dok je za zaključenje ugovora potreban sporazum o zajednički izjavljenoj volji poklonodavca i poklonoprimca. Razlika u odnosu na ugovor o nasleđivanju, u pravima gde je dozvoljen, se ogleđa u tome što ugovor o nasleđivanju predstavlja pravni osnov za nasleđivanje, dok poklon za slučaj smrti ne predstavlja osnov za nasleđivanje i poklonoprimac se ne tretira kao naslednik, već kao poverilac iz ugovora čije je pravno dejstvo u pogledu predaje predmeta poklona odloženo do smrti poklonodavca.⁵⁰ Da bi poklon za slučaj smrti proizvodio pravno dejstvo potrebno je da budu ispunjeni i materijalnopravni uslovi potrebni za zaključenje ugovora, te u tom smislu stranke treba da poseduju poslovnu a ne testamentarnu sposobnost, a saglasnost volja treba da bude izražena u obliku javne isprave.

Pored toga poklon za slučaj smrti, koji je u našem pozitivnom pravu shvaćen kao ugovor, je neopoziv, osim u izuzetnim slučajevima koji se primenjuju i na redovan poklon. Inače, posmrtni poklon je po svojim karakteristikama veoma sličan običnom poklonu, od kojeg se razlikuje samo po tome što je izvršenje obaveze na predaju i prenos stvari odloženo nakon smrti poklonodavca.⁵¹

Odnos između poklona za slučaj smrti i legata

Najznačajnija razlika koja odvaja poklon za slučaj smrti od legata sastoji se u tome što je za nastanak poklona za slučaj smrti potreban sporazum o zajed-

⁴⁹ Perović, Obligaciono pravo, str. 608, Vizner Boris, Gradansko pravo str. 1109, Đurđević, M. Ugovor o poklonu za slučaj smrti, str. 241

⁵⁰ Vuković, M. Obvezno pravo II, Zagreb 1964, str. 257, Perović, S. Obligaciono pravo, str. 608.

⁵¹ Đurđević, M. Ugovor o poklonu za slučaj smrti, str. 251.

nički izjavljenoj volji poklonodavca i poklonoprimca, dok je za postojanje legata dovoljna izjavljena volja jednog lica. Za nastanak poklona potrebna je ugovorna, dok se za legat traži testamentarna sposobnost. Poklonodavac može biti samo lice sposobno za zaključenje ugovora, dok legat može da sačini testamentarno sposobno lice. Osim toga, predmet legata je šire određen i može se sastojati od predaje stvari, određene prestacije, uzdržavanja i trpljenja. Razlika postoji i u formi u kojoj se sačinjavaju, jer poklon mora biti sačinjen u formi javne isprave, dok legat može biti sastavljen u formi testamenta, koji postoji više vrsta – usmeni ili pisani, javni ili privatni.⁵²

I pored postojanja određenih razlika, poklon za slučaj smrti i legat su blisko povezani pravni instituti. Sličnost legata i poklona za slučaj smrti ogleda se u tome što su oba pravna instituta osnov za singularnu sukcesiju, i proizvode pravno dejstvo samo posle smrti darodavca.

Najveća sličnost između legata i poklona za slučaj smrti, postoje kod onih rešenja koja poklon za slučaj smrti smatraju pravnim institutom bliskim *donatio mortis causa* rimskog prava. Takva rešenja prihvataju pravilo da poklonoprimac mora da nadživi poklonodavca, da bi poklon proizveo pravno dejstvo. Usled prethodne smrti poklonoprimca prestaje važnost poklona jer potraživanje ne prelazi na njegove naslednike, komparativno kao što smrću legatarata pre zaveštaoca, legat pada.

Takođe, opozivost je zajednička karakteristika legata i *donatio mortis causa*. Zaveštalac uvek može da izmeni legat, kao što darodavac može po svojoj volji jednostrano raskinuti poklon za slučaj smrti. Takođe, i raspolaganje darodavca predmetom poklona, naknadno preduzetim pravnim poslom među živima ili pravnim poslom za slučaj smrti, smatra se raskidanjem ugovora.

Pravni teoretičari, koji poklon za slučaj smrti shvataju isključivo kao ugovor, sa bitnim razlikama u odnosu na *donatio mortis causa* rimskog prava, ističu prigovor da ovakvo približavanje poklona za slučaj smrti sferi opozivih pravnih poslova udaljava ovaj pravni institut od njegovog teorijskog pojma koji je prihvaćen u našoj pravnoj doktrini i od koncepcije o obligacionopravnim ugovorima koja je prihvaćena u Zakonu o obligacionim odnosima.⁵³

U budućoj zakonskoj regulativi izraženoj kroz Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, poklon za slučaj smrti, pored ugovorne prirode sadrži i karakteristike legata, što ga približava *donatio mortis causa* rimskog prava.

⁵² Stojanović, N. *Present in case of death in our Law*, str. 725.

⁵³ Đurđević, M. *Ugovor o poklonu za slučaj smrti*, str. 254.

ZAKLJUČAK

Poklon za slučaj smrti nije zakonski regulisan u srpskom pravu, pri čemu su pozitivna teorija i praksa izgradili shvatanje da se radi o ugovoru o poklonu *inter vivos*, sa posebnom pogodbom da će predmet poklona biti predat poklonoprincu posle smrti poklonodavca. U odnosu na *donatio mortis causa* rimskog prava razlike su značajne i ogledaju se najviše u tome što je *donatio mortis causa* bio opoziv, a samo izuzetno neopoziv, i bilo je neophodno ispunjenje uslova da poklonoprimac nadživi poklonodavca da bi poklon bio perfektan.

Predloženi koncept poklona za slučaj smrti u Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije nije prihvatio shvatanje pozitivnog prava, već se predloženim rešenjem da je poklon za slučaj smrti uvek opoziv od strane poklonodavca, približio *donatio mortis causa* rimskog prava, čime je posredno izražen stav da ovaj pravni institut ne možemo smatrati isključivo ugovorom.

U očekivanju donošenja Građanskog zakonika kojim će, pored ostalog, biti regulisan i poklon za slučaj smrti, ovde ćemo izneti nekoliko predloga za njegovo uređivanje:

Poklon za slučaj smrti treba biti sačinjen u formi javne isprave, i standardizovati ga kao poseban odeljak u okviru glave koja se odnosi na poklone.

Poklon za slučaj smrti treba regulisati uz postojanje odložnog uslova da poklonoprimac mora nadživeti poklonodavca da bi poklon bio perfektan. Ovo iz razloga što se radi o pravnom poslu zaključenom *intuitui personae*, gde su stranke prilikom postizanja saglasnosti volja imale u vidu lična svojstva ugovornika. Kod ugovora zaključenih *intuitui personae* se odstupa od pravila da ugovori nastavljaju pravno dejstvo i nakon smrti ugovornika, te shodno tome dejstvo ugovora može biti samo za vreme trajanja njihovog života.

Regulisanje poklona za slučaj smrti sa raskidnim uslovom bilo bi u duhu *donatio mortis causa*, kada bi darodavac imao praktični interes da predmet poklona odmah preda poklonoprincu. O praktičnoj vrednosti poklona za slučaj smrti sa raskidnim uslovom najbolje govori činjenica da englesko pravo i pravni sistemi pod uticajem engleskog prava, iako pripadaju angloameričkom tipu pravnih sistema zasnovanih na precedentnom pravu, a ne na rimskom pravnom nasleđu, primenjuju poklon za slučaj smrti sa raskidnim uslovom, kao izvorni rimski pravni institut, upravo zbog njene praktične vrednosti.

Poklonu za slučaj smrti treba dati svojstvo opozivosti, gde bi poklonodavac mogao slobodno da raspolaze predmetom poklona, i da ga jednostrano može opozvati po svojoj volji. Međutim, tako široko dato pravo poklonodavcu treba ograničiti mogućnošću da se poklonodavac može odreći prava na opoziv poklo-

na, bilo neposredno prilikom postizanja saglasnosti volja, bilo posredno, obezbeđujući poklonoprimčevo potraživanje.

Poklonoprimac ne bi sa uspehom mogao da preuzima mere prinudnog ostvarenja svog potraživanja, imajući u vidu mogućnost jednostrane opozivosti od strane poklonodavca. Međutim, ukoliko darodavac obezbedi njegovo izvršenje nekim od sredstava obezbedjenja ili u postupku koji je pokrenuo poklonoprimac radi obezbedjenja potraživanja, ne istakne prigovor, smatraće se da se na taj način posredno odriče prava na opoziv poklona.

Poklonoprimcu treba dozvoliti pravo na naknadu štete ukoliko poklonodavac bez osnovanog razloga opozove poklon, i time nastupe štetne posledice u imovini poklonoprimca.

Konačno, pravnu prirodu ovog građanskopravnog instituta treba shvatiti kao *sui generis*. Ugovorna priroda bi se ogledala u neophodnosti saglasnosti volja za nastanak ovog pravnog posla. Mogućnost darodavca da se, u okviru slobodne autonomije volje, može odreći opozivanja poklona, kao i pravo na naknadu štete poklonoprimcu ukoliko poklonodavac bez osnovanog razloga opozove poklon za slučaj smrti, bilo bi u skladu sa ugovornom prirodom ovog pravnog instituta. S druge strane, osobine legata bi bile u opozivosti po slobodnoj volji poklona za slučaj smrti i neophodnost ostvarenja uslova da poklonoprimac mora da nadživi poklonodavca da bi ugovor bio perfektan.

DRAGAN PANTIĆ, LL.M.,
Attorney at Law, Veliko Gradište

PRESENT IN CASE OF DEATH IN SERBIAN LAW DE LEGE FERENDA
– Notion, characteristics and legal nature –

Summary

This paper discusses the present in case of death as a legal institute that originates from Roman Law – *donatio mortis causa* which was characterized by revocability and the condition that the presentee must outlive the donor for a present to be perfected. Our domestic legal doctrine views the present in case of death as a contract containing a special agreement that the subject of the present shall be handed over to the presentee after donor's death.

The Draft Civil Code of the Republic of Serbia does not entirely embrace the approach that this legal institute is nothing more than a contract – with its provision that the present in case of death is unilaterally revocable by the donor, the Code actually brings this institute closer to *donatio mortis causa* of Roman Law. The paper especially outlines certain characteristics of the present in case of death that may be a topic of theoretical discussion and offers guidelines and proposals for the regulation thereof. The autor notices that the present in case of deats is permeated both by the obligation law and inheritance law elements and suggest a solution which will recognize the present in case of death as a civil law institute *sui generis*.

ODGOVORNOST PO OSNOVU KRIVICE – Prema Zakonu o obligacionim odnosima Crne Gore¹ –

U V O D

1. Izlaganjem jedne zanimljive odluke Vrhovnog suda Crne Gore može se napraviti uvod u materiju koja se odnosi na pitanje odgovornosti po osnovu krivice.

2. Naime, Vrhovni sud Crne Gore je stao na stanovištu da nema podijeljene odgovornosti kada je šteta nastala usled pogrešnog postupanja kapetana broda.

“Ne postoji podijeljena odgovornost za nastalu štetu zbog smrti pomorca, ako je zapovjednik broda pristao da on obavi posao koji ga izlaže smrtnoj opasnosti, a za koji nije kvalifikovan i za koji postoje specijalizovane službe.

Naime, vještak je izričit u tvrdnji da je do nesreće na brodu dana 17.decembra 1989. godine, u kojoj je izgubio život I oficir broda, došlo u okolnostima koje ukazuju da je bilo u pitanju svjesno izlaganje smrtnoj opasnosti i rizikovanje života člana posade koji je morao biti spriječen. Pri tom se ne može prihvatiti da nije bio obaviješten o namjeri prvog oficira da sam otkloni kvar u balasnom tanku, tim prije što je izbjegao da o okolnostima koje su predhodile nesreći bilo šta konstatuje u brodskom dnevniku, iako mu je to bila obaveza. Pošto zapovjednik broda daje nalog za ukrcaj tereta, on je morao odlučiti i o zastoju, odnosno prekidu ukrcaja nužnom pri ovakvim smetnjama, a u cilju angažovanja profesionalnih ronilaca,

Dr Igor Vujović, docent Pravnog fakulteta Slobomir P Univerziteta u Bijeljini.

¹ Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore, “Službeni list RCG” broj 47/08 od 7.08.2008. godine (u daljem tekstu ZOO CG).

odnosno specijalizovanih službi za te svrhe, koje postoje u luci odredišta, u kojoj se brod već nalazio i to vezan za obalu. Stoga, upravo zbog obaveze sprečavanja nekvalifikovanog i po život rizičnog pokušaja otklanjanja kvara, ne može po nalaženju ovog suda, biti riječi o podijeljenoj odgovornosti.”²

3. Dakle, u konkretnom slučaju kapetan broda se nije ponašao onako kako se od njega opravdano moglo očekivati, odnosno kako bi se od drugih kapetana moglo osnovano očekivati u datim okolnostima. Naprotiv, u konkretnom slučaju zapovijednik broda je bio dužan da preduzme sve neophodne mjere koje se u ovakvim slučaju trebaju primjeniti, a što on svakako nije uradio. Međutim, ono što svakako zaslužuje pažnju jeste na koji način je Vrhovni sud Crne Gore prosuđivao krivicu u ovom slučaju, a sud je to uradio prema pravilima o prosuđivanju krivice *in abstracto*.

4. Međutim, ono što ovu odluku čini specifičnom jeste činjenica da je u to vrijeme bio na snazi Zakon o obligacionim odnosima koji u svojim odredbama sadrži pravilo o prosuđivanju krivice *in concreto*.

U tom smislu neophodno je ukazati na određene teorijske rasprave koja su tim povodom vođene u našoj pravnoj nauci, kao i pozitivnim zakonskim normama.

5. Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore je regulisao pitanje odgovornosti po osnovu krivice tako što je propisao sledeće;

“Krivica postoji kada je štetnik prouzrokovao štetu namjerno ili nepažnjom. Pri ocjenjivanju da li je lice koje je štetu prouzrokovalo krivo, sud vodi računa o redovnom toku stvari i o tome što se od razumnog i pažljivog čovjeka moglo osnovano očekivati u datim okolnostima.” (čl. 152)

6. Kao što se može uočiti, ZOOCG se u dobroj mjeri vratio Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima prof. Mihaila Konstantinovića, kao svom izvorniku, prihvatajući prosuđivanje krivice *in abstracto*. Međutim, isto tako se može uočiti i da je zadržano ranije, a i važeće rješenje Zakona o obligacionim odnosima³ o prosuđivanju krivice *in concreto*.

7. Prevashodni cilj ovog rada je usmjeren ka tome da se ispituju mogućnosti jednog ovakvog rješenja, kakav uticaj će ono imati u sudskoj praksi, odnosno kakve su njegove pravne posledice i domašaji.

O POJMU KRIVICE

8. U našoj pravnoj nauci se gotovo čitav jedan vijek vodi živa rasprava o tome koje je shvatanje o pojmu krivice u građansko-pravnim odnosima najade-

² Presuda Vrhovnog suda Crne Gore PŽ. broj 205/95 od 6. juna 1996, Zbirka sudskih odluka Saveznog suda za 1996. godinu, knjiga XXI, sveska I, presuda broj 63, Beograd 1996, str. 92.

³ Zakon o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, broj 29/78, (u daljem tekstu ZOO).

kvatnije.⁴ Zapravo na koji način će se krivica prosuđivati u smislu građansko-pravne odgovornost.

9. Prema jednom dijelu naše ranije pravne nauke, krivica će se prosuđivati onako kako je to karakteristično za krivično pravo. Dakle, prema ovom stanovištu krivica se shvata kao psihički odnos učinioca prema štetnoj radnji i njenoj posledici.⁵

10. S druge strane postoji shvatanje o krivici kao pogrešno ponašanje u datim okolnostima, odnosno odstupanje od ponašanja koje se osnovanom moglo očekivati od razumnog i pažljivog čovjeka, dakle shvatanje koje je u našem pravu predvidio prof. Konstantinović u svojoj Skici.

11. Dalo bi se zaključiti da je pravna nauka podijeljena na one koji zasupaju teoriju *culpa in concreto* i one koji zastupaju teoriju *culpa in abstracto*.

12. Ovakvo postavljene teorije o krivici djeluju veoma suprotstavljeno. Posmatrajući rješenje ZOO CG, koji je predvidio u svom tekstu oba rješenja, čini se da bi trebalo ukazati na osnovne postavke navedenih shvatanja.

SUBJEKTIVNO PROSUĐIVANJE KRIVICE (*Culpa in concreto*)

13. Prem ovom shvatanju krivica treba da se prosuđuje na subjektivan način. Zastupnici *culpe in concreto* smatraju da ukoliko jedno lice pričinu štetu, sud treba da ispita da li je štetnik prema svojim subjektivnim svojstvima mogao da shvati značaj štetnje radnje i nastale posledice. Sud treba da utvrdi unutrašnje psihičko stanje u kojem se štetnik nalazio u trenutku nastanka štete. Razumije se, pri tome sud treba da vodi računa i o ličnim svojstvima i sposobnostima počinioca štete kao što su npr. sposobnost za rasuđivanje, starosna dob, fizičke sposobnosti i druge lične osobine kao što su snaga, inteligencija, iskustvo veština, snalažljivost.⁶

14. Dakle, pojam krivice treba da obuhvati psihičko-voljni odnos lica, sposobnog za rasuđivanje, prema radnjama kojim je pričinio štetu, odnosno nastaloj šteti kao posledici njegovog ponašanja.

15. Već je istaknuto, da ovakvo shvatanje krivice preovlađuje u Krivičnom pravu, a pod takvim uticajem je prisutno i u Građanskom pravu. Pobornici ovog shvatanja smatraju da se krivica treba prosuđivati na subjektivan način kao skup psihičkih odnosa koji se satoje iz dva fenomena; svesti i volje. Razumije se, uz

⁴ Detaljnije vidi: Miodrag Orlić, Esej o krivici, Pravni život broj 1–2, Bograd 2009. godine str. 179–182.

⁵ Detaljnije Vidi: M. Orlić, navedeno djelo, str. 182, i tamo navedenu literaturu.

⁶ M. Orlić, op. cit., str. 183.

ostalo stepenovanje krivice kao što su umišljaj i nehat i njihove klasifikacije (direktni i eventualni umišljaj, odnosno savjesni i nesavjesni nehat).⁷

16. Nije sporno da je pod navedenim argumentima subjektivno shvatanje pojam krivice prihvaćeno u ZOO. Međutim, pojedini autori idu korak dalje, pa u teoriji *culpa in abstracto* vide prijetnju subjektivnoj teoriji koju treba otkloniti.⁸

17. Moglo bi se reći da je ponašanje nekog lica u konkretnom slučaju subjektivan odnos između posledica proizašlog iz takvog ponašanja i nastale štete, ali sa druge strane ocjenjivanje takvog ponašanja počiva na objektivnom kriterijumu, odnosno jednom standardu kakvo se ponašanje od razumnog i pažljivog čovjeka u datom trenutku moglo opravdano očekivati.

18. Pojedini pravni autoriteti smatraju da se subjektivno prosuđivanje kao unutrašnji psihološki element krivice ne treba dovoditi u pitanje, ali istovremeno naglašavaju da je u praksi dosta česta pojava da oštećeni vrlo teško može dokazati štetnikovu krivicu, a u nekim slučajevima je to gotovo nemoguće,⁹ pravdajući takvo stanje činjenicom da bi suprotno rješenje, po kojem bi štetnik morao dokazivati da je šteta nastala bez njegove krivice, predstavljalo "procesnu protivrječnost".¹⁰ Čak se ide tako daleko da neki pisci smatraju da bi štetnik mogao pretrpjeti "nepravdu" kada bi trebao dokazivati odsustvo sopstvene krivice.¹¹

19. S druge strane, moglo bi se reći, da prosuđivanje krivice *in abstracto* je dosta široko postavljeno, te kao takvo ostavlja mogućnost širokog tumačenja u sudskoj praksi. Ovo posebno kada je riječ o profesionalnoj odgovornosti. Suština ovog shvatanja je u tome što se tu kao kriterijum uzima u obzir to što sud prilikom prosuđivanja krivice vodi računa o pravilima nauke i struke, kao i o tome šta se od razumnog i pažljivog stručnjaka moglo osnovano očekivati u datim okolno-

⁷ Ibidem.

⁸ "U pravnoj teoriji, pa i u zakonodavstvu i sudskoj praksi, postoji tendencija zanemarivanja krivice i subjektivne odgovornosti za prouzrokovanu štetu. Nastoji se da se u pravni život u što većoj meri uvede objektivna odgovornost. Neki pravni pisci idu toliko daleko da predlažu potpuno zanemarivanje krivice i subjektivne odgovornosti, i traže uvođenje objektivne odgovornosti za prouzrokovanu štetu. Ovakvi predlozi predstavljaju svakako preterivanje i ne mogu i nisu ni u jednom pravnom sistemu usvojeni." Živomir S. Đorđević, Vladan S. Stanković, Obligaciono pravo, Opšti deo, peto izdanje, Beograd 1987, str. 393. Dio "Prouzrokovanje štete" priredio Ž.S. Đorđević.

⁹ Petar Klarić, Martin Vedriš, Građansko pravo, deseto izdanje, Narodne novine, Zagreb 2006, str. 610.

¹⁰ Dragoljub Stojanović, Osnov odgovornosti u građanskom pravu, Zbornik-građanska odgovornost, referati i diskusija sa Simpozijuma održnog 11 i 12. februara 1966. godine u Beogradu, Institut društvenih nauka, Beograd 1966, str. 17.

¹¹ Vidi: Todor Ačanski, Pretpostavljena krivica kao osnov odgovornosti za štetu prema saveznom Zakonu o obligacionim odnosima, doktorska disertacija, odbranjena na Pravnom fakultetu u Novom Sadu 1981, str. 203, (neobjavljeno).

stima. Međutim, nedostatak u ovakvoj formulaciji leži u tome što se ovakvo shvaćanje ne može primijeniti u svim slučajevima na jednak način iz objektivnih okolnosti.

20. Uzimajući za primjer upravo odluke iz sudske prakse koje se odnose na odgovornost ljekara, može se postaviti pitanje da li su svima jednako dostupni takvi standardi nauke i struke? Tako npr. da li su sve medicinske ustanove u jednoj zemlji osposobljene, kako medicinskim sredstvima tako i osobljem da jednako postupaju u konkretnim slučajevima prema pravilima struke i nauke u datim okolnostima. Objektivno posmatrano nisu, jer medicinske ustanove nisu u svim mjestima toliko razvijene kao što je to slučaj u velikim centrima, a da ne pominjemo najviše međunarodne standarde liječenja. Postavlja se pitanje kako će se takav jedan standard primijeniti ako dođe do nastanka štete? Oštećena strana u postupku može istaći da nije tretirana prema standardnim pravilima struke i nauke u datim okolnostima, odnosno da nije imala tretman kakav bi u datim okolnostima imala da je liječena u drugoj medicinskoj ustanovi. Dok, sa druge strane odgovornost ljekara se vezuje za standard koji njemu u datim okolnostima objektivno nisu bili dostupni.

21. Ovakvo shvaćanje se može izvesti na osnovu razmatranja iznijetim u jednom dijelu naše pravne nauke, a koje je nastalo, može se reći, pod snažnim uticajem škole ekonomske analize prava, po kojem prosuđivanje krivice *in abstracto* nije adekvatno ili barem nije dovoljno za sagledavanje pitanja odgovornosti po osnovu krivice.¹²

22. Naime, shvaćanje pojma krivice posmatrano kroz ekonomski aspekt bazira se na upoređivanju marginalnih troškova i marginalnih koristi od preduzetih mjera pažnje. Pristalice ove škole ističu da se efikasnost može postići ako potencijalni počinitelj štete koristi pažnju do nivoa kada se marginalni troškovi preventivnih mera ne izjednače sa marginalnom koristi od smanjenja očekivane štete. Kada se marginalni troškovi izjednače sa marginalnom koristi smatra se da je postignut efikasan nivo pažnje, koji bi potencijalni počinitelj štete trebalo da preduzme.¹³

23. Koncept ovakvog shvaćanja pojma krivice ogleda se u tome da sudija prilikom utvrđivanja krivice mora imati tačno određeni instrument, odnosno sredstvo radi procjene ponašanja počinioca štete, a taj instrument je postavljen u slučaju *Unitetd States v. Carroll Towing Co.* poznat pod nazivom *Hendovo pravilo*, sudiji *Lerned Hend (Learned Hand)* koji je sudio u ovom sporu. Naime, sudi-

¹² Aleksandar Mojašević, *Pravni i ekonomski aspekti odštetnog prava u Americi i Francuskoj*, Strani pravni život, br. 1, Institut za uporedno pravo, Beograd 2009, str. 149–168.

¹³ A. Mojašević, navedeno djelo, str. 154.

ja je dao sledeću formulaciju; "Ako se verovatnoća označi sa P, šteta sa L, obaveza preduzimanja pažnje sa B, odgovornost za štetu zavisi od toga da li je B manje od L pomnoženo sa P, odnosno da li je: $B < P \times L$."¹⁴

24. Nevedena odluka poslužila je kao je povod mnogim pristalicama škole ekonomske analize prava da dalje razviju formulu kojom bi se dala jedna jasna i sveobuhvatna slika o utvrđivanju krivice u građanskom pravu.¹⁵

25. Pristalice ovog shvatanja dalje ističu da u francuskoj pravnoj teoriji i američkom pravu postoji opšte prihvaćen stav da se počinitelj štete smatra krivim ako se nije ponašao kao razuman i pažljiv čovjek. Međutim, takođe smatraju da ponašanje razumnog i pažljivog čovjeka predstavlja nejasan i neodređen standard,¹⁶ pri tome izražavajući nezadovoljstvo zbog činjenice da u francuskoj pravnoj doktrini ekonomska analiza odštetnog prava nije zauzela zadovoljavajuće mjesto,¹⁷ te da su time pravници ostali uskraćeni za rješenja nastala na osnovu savremenih dostignuća ostvarenih u ekonomskoj nauci.¹⁸

OBJEKTIVIZOVANO PROSUĐIVANJE KRIVICE (Culpa in abstracto)

26. Na ovom mjestu prvo treba napraviti razliku između subjektivnog shvatanja pojma krivice i objektivizovanog mjerila za prosuđivanja krivice, kako se ne bi stekao utisak da se radi o objektivnoj odgovornosti kojom se želi potisnuti subjektivno shvatanje pojma krivice.

27. Naime, u našoj pravnoj nauci prof. Orlić je vrlo jasno napravio liniju razgraničenja između navedenih shvatanja, tako što je istakao da prosuđivanje krivice *in abstracto* predstavlja objektivizovano gledanje na krivicu, a da pri tom valja naglasiti da krivica i dalje ostaje subjektivni element deliktne odgovornosti (jer je reč o ljudskom ponašanju, a ono je subjektivni element), ali je merilo po kome se krivica prosuđuje objektivizovano. Objektivizacija krivice (a ne objektivna krivica što je protivrečnost u sebi), ogleda se u tome što se krivica ne prosuđuje prema unutrašnjem stanju svesti i volje, nego prema ponašanju kao izrazu psihičkih dešavanja u spoljnom svetu." Stoga se određivanje krivice u ovom sistemu sastoji iz dve faze; sud najpre utvrđuje činjenično stanje, kako se u konkretnom slučaju, ponašalo lice čijom radnjom je prouzrokovana šteta, a zatim u dru-

¹⁴ Detaljnije vidi: A. Mojašević, navedeno djelo, str. 155.

¹⁵ Detaljnije vidi: A. Mojašević, navedeno djelo, str. 156, i tamo navedenu literaturu.

¹⁶ A. Mojašević, navedeno djelo, str. 161.

¹⁷ A. Mojašević, navedeno djelo, str. 150.

¹⁸ Ibidem.

goj fazi, štetnikovo postupanje upoređuje sa ponašanjem koje se osnovano moglo očekivati od razumnog i pažljivog čovjeka u takvim situacijama.¹⁹

28. Takođe, treba istaći da je osnovne postavke o shvatanju krivice kao odstupanju od ponašanja koje se osnovano moglo očekivati od razumnog i pažljivog čovjeka u datim okolnostima, a kao što je već istaknuto, uveo u naš pravni sistem prof. Konstantinović u članu 127. Skice kojim je propisano;

“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 što se od razumnog i pažljivog čovjeka moglo osnovano očekivati u datim okolnostima”²⁰

30. Ideja koju je prof Konstantinović razvio u našem pravu prati jednu nit koja vuče svoje korijene još iz Rimskog prava. Naime, rimljani su smatrali da “Nema krivice ako je učinjeno sve što bi učinio vrlo brižljiv i pažljiv čovek “*Culpa abest si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset.*”²¹ Ponašanje razumnog i pažljivog čovjeka u datim okolnostima je kriterijum, odnosno mjerilo prema kojem će se cijeniti svako odstupanje od takvog ponašanja, a koje je kao posledicu imalo nastanak štete.

31. S druge strane, čini se da bi trebalo ukazati i na značajne razlike između krivične i građanske odgovornosti. Razumije se, zbog činjenice da se subjektivno shvatanje pojma krivice u građanskom pravu zapravo u dobroj mjeri oslanja i izjednačuje sa krivicom u krivičnom pravu. Razlike bi se mogle svrstati u četiri kategorije, onako kao je to uradio prof. Orlić i to; 1. Izvor odgovornosti, 2. Osnov odgovornosti, 3. Krivica i 4. Sankcija.²² Ipak, za ovu priliku će se ukazati samo na one najznačajnije. U građanskom pravu deliktna odgovornost je postavljena u vidu opšteg pravila da “ko drugome prouzrokuje štetu dužan je naknaditi je”²³, međutim to nije slučaj kod krivice u Krivičnom pravu jer nema krivičnog djela ako ono nije propisano Krivičnim zakonom.²⁴ Dakle, krivična odgovornost potiče iz posebnih delikta, dok građanska odgovornost proističe iz opšteg pravila.²⁵ Zbog svoje opštosti građanska odgovornost je znatno šira po obuhvatu od krivič-

¹⁹ Miodrag Orlić, Zakon o zdravstvenoj zaštiti i odgovornost lekara za prouzrokovanu štetu, Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, XVIII Budvanski pravnički dani, Beograd 2012, str. 37.

²⁰ Mihailo Konstantinović, Obligacije i ugovori, Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, Klasici Jugoslovenskog prava, Beograd 1996. godine.

²¹ Paulus, 19, 2, 25, 7.

²² Miodrag Orlić, Ogled o odnosu građanske i krivične odgovornosti, Pravni život, broj 10, tom II, Beograd 2011, str. 627.

²³ Član 148. st. 1. ZOOCG i član 154 ZOO.

²⁴ Detaljnije vidi; M.Orlić, navedeno djelo, str. 628.

²⁵ ibidem.

ne odgovornosti,²⁶ i zbog svoje gipkosti može obuhvatiti nove slučajeve.²⁷ Kada se to tiče osnova odgovornosti krivična odgovornost se uvijek zasniva na krivici, uz određena rijetka odstupanja, dok kod građanske odgovornosti se odgovara za sopstven čin i za drugoga, odnosno odgovornost za drugoga. Obje odgovornosti se zasnivaju na pretpostavljenoj krivici.²⁸ Kada se to tiče krivice u građanskom i krivičnom pravu ona se razlikuje i u pogledu sadržine i u pogledu strukture,²⁹ o čemu se i najviše govori u ovom radu. Gotovo da postoji nepodijeljeno mišljenje u pravnoj nauci da je najveća razlika između građanske i krivične odgovornosti u pogledu sankcije. Krivična odgovornost pogađa kaznu za učinioca, dok građanska povlači naknadu štete.³⁰

32. Uzevši u obzir dosadašnja izlaganja, kao i argumente koji idu u prilog shvatanju o prosuđivanju krivice *in abstracto*, u našoj pravnoj nauci se u tom kontekstu opravdano postavilo pitanje da li se krivica u građanskom pravu može pretpostavljati?³¹ U tom smislu iznijet je stav da je kriv onaj ko je postupio pogrešno sa stanovišta osnovnih društvenih očekivanja. Šta neko društvo osnovano očekuje od razumnog i pažljivog čovjeka u određenoj situaciji, za sudiju predstavlja faktičko a ne vrednosno pitanje. Shodno tome, sudija ne donosi vrednosni sud o štetnikovom ponašanju, nego posteriorno utvrđuje društveni sud o ponašanju kojim je pričinjena šteta.³² Kada se uzme u obzir to što je u domaćem građanskom pravu pojam krivice objektivizovan i što se ona utvrđuje po apstraktnom, depersonalizovanom merilu, kao i to što ZOO prihvata pluralitet osnova odgovornosti za pričinjenu štetu, stavlajući u istu ravan principe *causa-e* i *culpe*, može se zaključiti da ne postoji potreba za pravilom o pretpostavljenoj krivici, koja na mala vrata, i to ne naročito suptilno, objektivizuje ustanovu odgovornosti za skrivljene posledice vlastitog čina.³³ Ako se pri tome uzme u obzir da se krivica procjenjuje *in abstracto* i razumije se kao društvena a ne kao psihička činjenica, onda je pravilo o pretpostavljenoj krivici nepotrebno.³⁴

²⁶ *ibidem*.

²⁷ *ibidem*.

²⁸ M. Orlić, navedeno djelo, str. 629.

²⁹ Detaljnije vidi; M. Orlić, navedeno djelo, str. 631.

³⁰ Detaljnije vidi; M. Orlić, navedeno djelo, str. 634.

³¹ Marija Karanikić-Mirić, Pretpostavka krivice u građanskom pravu, Pravni život, broj 11, tom III, Beograd 2009, str. 954.

³² Detaljnije vidi; M. Karanikić-Mirić, navedeno djelo, str. 952.

³³ M. Karanikić-Mirić, navedeno djelo, str. 956.

³⁴ Miodrag Orlić, Esej o krivici, Pravni život, broj 1-2, Beograd 2009, str. 198.

32. Argumenti koji se u našoj pravnoj nauci iznose zaista više nego vjerljivo idu u prilog shvatanju o objektivizovanom mjerilu prosuđivanja krivice, odnosno prosuđivanje *in abstracto*, koje sve više zauzima vladajuće shvatanje. Razumije se, ne samo u našoj teoriji, već i u sudskoj praksi koja je u drugoj polovini 20. vijeka otpočela sa odstupanjima u primjeni subjektivnog mjerila o krivici.³⁵ Naravno da to nije išlo ni malo lako, uzimajući u obzir činjenicu da su redaktori izostavili rješenje koje je predvidio prof. Konstantinović u članu 127. Skice, a pravna nauka i sudska praksa dobrim dijelom afirmisale shvatanje o krivici *in concreto*.³⁶

33. S druge strane, trebalo bi se osvrnuti i na kritike koje su upućene od strane pristalica škole ekonomske analize prava, kao i na njihovo shvatanje odgovornosti po osnovu krivice.

OSVRT NA POIMANJE KRIVICE ŠKOLE EKONOMSKE ANALIZE PRAVA

34. Kao što je već istaknuto, za polaznu tačku svojih tvrdnji pristalice škole ekonomske analize prava uzeli su slučaj *Unitetd States v. Carroll Towing Co.* iz kojeg je nastalo Hendovo pravilo, odnosno Hendova formula kako je još nazivaju pristalice ove škole.

35. Ovom prilikom bi se moglo ukazati na neke nedostatke koje jedno ovakvo shvatanje pojma krivice nosi sa sobom.

36. Naime, česti su slučajevi u praksi, kao i u pravnoj nauci, da se prilikom objašnjavanja nekog pravnog pojma ili iznošenja argumentacije u korist ili protiv određenog pravnog shvatanja, upotrebljavaju određeni izrazi ili termini koji nisu čisto pravni. Tako je u slučaju konvalidacije kada pojedini pisci, razmatrajući ovaj institut, kažu da je to “bolesnik koji vremenom može ozdraviti”³⁷, ili kada za određivanje pojma prevare kažu; “zabluda+nesavjesnost= prevara”³⁸, odnosno kada se u naslednom pravu koristi matematički pristup za određivanje veličine zakonskog ili nužnog dijela.

³⁵ Detaljnije vidi; M. Orlić, navedeno djelo, str. 194 i tamo navedenu sudsku praksu.

³⁶ Vidi; M. Orlić, navedeno djelo, str. 193, i tamo navedenu literaturu i sudsku praksu.

³⁷ Slikovito opisujući jedan francuski pravnik kaže; da je ništav onaj ugovor koji je “mrtvorođen”, dok je rušljiv ugovor “živ” ali je “bolestan” i prema prilikama on može “ozdraviti” ili “umrijeti”, zavisno od toga da li se oslobodio svog nedostatka, odnosno mane. Vidi: Slobodan Perović, *Obligaciono ravo*, Beograd 1986, str. 451, fusnota 1096.

³⁸ Dragor Hiber, *Pojam bitne zablude pri zaključivanju ugovora*, doktorska disertacija, neobjavljeno, Beograd 1991. godine, str. 54.

37. Kao što se može uočiti postoje medicinski termini i matematičke formule, ali se postavlja pitanje da li se to može poistovijetiti sa pravnim značenjem nekog instituta?

38. Naime, spor *United states v. Carroll Towing Co.* je nastao usled potapanja broda Ana C unajmljenog za prevoz brašna koje je bilo u vlasništvu države. Brod je sa još nekoliko drugih brodova bio usidren u Njuroškoj luci gdje je i potonuo 04.01.1944. godine. Do nesreće je došlo tako što je tužena kompanija Carroll Towing Co. bila unajmljena da svojim brodom-tegljačem izvuče ostale brodove iz pristaništa 52, što je i urađeno ali tako što je uklonjena zaštitna linija između pristaništa 52 i javnog pristaništa. Usled toga brod Ana se odvezao i sudario sa tankerom usled čega je potonuo.

39. Sudija Hend je smatrao da postoji krivica tužene kompanije jer na brodu Ana C u vrijeme nesreće nije bilo niti jednog člana posade. Sudija je smatrao da pošto postoje povodi i uzroci kada se svaki čamac može odvezati, u takvim slučajevima odvezani čamac postaje pretnja ostalim brodovima. Obaveza vlasnika čamca, koja se sastoji u sprečavanju nastupajuće štete, u funkciji je tri varijable: verovatnoće da će se čamac odvezati, ozbiljnosti potencijalne štete i obaveze preduzimanja dovoljne pažnje. Algberski formulisano B \square PxL.

40. Međutim, ovakvo shvatanje je poslužilo sudiji Hend da izvede sledeći zaključak; "Na osnovu iznijetih činjenica, sud je utvrdio da neopravdano napuštanje broda u toku radnog dana predstavlja ozbiljnu prijetnju i da bi bilo korektno da brodar ima člana posade na brodu. Tako da se optuženi smatra krivim zbog nepažnje koja se ogleda u odsustvu člana posade sa broda bez valjanog razloga".

41. Dakle, sasvim je očigledno da je u navedenom slučaju sudija Hend, na jasan i nedvosmislen način, utvrdio odgovornost prosuđivajući krivicu *in abstracto*, dok je matematičkim izrazom samo htio da potvrdi ili obrazloži zaključak do kojeg je došao u svojoj presudi.

42. Da je navedeno tumačenje opravdano, najbolje ukazuje shvatanje koje je sudija Hend u sličnom sporu iznio znatno ranije u slučaju *The T.J. Hooper* 60 F.2d 737 (2d Cir.), cert. Denied, 287 U.S. 662 iz 1932. godine.³⁹

43. Naime, tužilac je tvrdio da dva broda puna tereta, koja su potopljena u oluji, nisu bili osposobljeni za morsku plovidbu jer nisu imali adekvatnu radio opremu, i da je tuženi zbog toga odgovoran za nastalu štetu. Tuženi se branio da prema odredbama zakona nije bio u obavezi da posjeduje radio opremu i da radio sitem nije obavezujući za teretne brodove jer je to najnovija tehnologija koja je zakonom obavezna samo za putničke brodove.

³⁹ Detaljnije vidi; <http://www.lawnix.com/cases/the-tj-hooper.html>.

44. Sudija Hend je iznio mišljenje da krivica zbog potapanja brodova ipak postoji a to je pravdao na sledeći način; “Sud je stao na stanovište, da ukoliko ne postoji obaveza da teretni brodovi budu opremljeni radio stanicom tužba za nemernost ne može opstati. Ipak, standardi o plovidbenoj sposobnosti ne zavise od zakonskih odredbi niti o njihovoj nepromenljivosti. Standardi se mijenjaju u skladu sa naprednim saznanjima, iskustvima i naprednim modelima navigacije. Upotreba radio stanice se pokazala toliko rasprostranjena do te mejre da je postala uobičajena praksa u navigaciji brodova sa kopna. Sud je stao na stanovište da je vlasnik teretnih brodova bio u obavezi da obezbedi adekvatne prijemne uređaje. Običaj nije zasnovan samo na starim standardima. Takođe mora biti zasnovan i prilagođen novim tehnologijama. A obaveza pokazivanja brižljivosti je osnovni koncept tih promjena”.

45. Sasvim se jasno može zaključiti da je sudija Hend ostao dosledan svojim shvatanjima, a koji se jedino mogu tumačiti kao shvatanje o prosuđivanju krivice *in abstracto*,⁴⁰ te se njegovo algabersko izražavanje u jednoj odluci ne može od strane pristalica škole ekonomske analize prava tumačiti kao matematička ili neka druga formula za određivanje pojma krivice u građanskom pravu.

46. S druge strane, može se reći da je sudska praksa u SAD-u po pitanju prosuđivanja krivice jedinstvena i ogleda se u jednom izgrađenom standardu “razumnog i pažljivog čovjeka” (*reasonable and care standard*), na osnovu kojeg se vrši poređenje sa ponašanjem počinioca štete, odnosno kako bi se u datim okolnostima ponašao razuman čovjek (*reasonable person*).

47. Nedostatak u shvatanju krivice pristalica škole ekonomske analize prava je i u nedovoljnom poznavanju oblika odgovornosti po osnovu krivice, dakle u svojim raspravama nisu se ni osvrnuli na subjektivnu odgovornost po osnovu krivice, odnosno na prosuđivanje krivice *in concreto*, a koja je od izuzetne važnosti za cijelovito sagledavanje pojma krivice.

48. Takođe bi se moglo iznijeti čitav niz kritika na račun shvatanja škole ekonomske analize prava a koje se odnose na suštinske razlike između prava i ekonomije. One se ogledaju u njihovoj odvojenosti i posebnosti o čemu se može više raspravljati nekom drugom prilikom.

⁴⁰ S tim u vezi mogu se navesti i neke novije odluke Vrhovnog suda SAD-a koje u potpunosti ostaju privrženi shvatanjima koja je iznio sudija Hend. Tako se u odluci Lama V. Borres 16 F.3d 473 (1st Cir.1994), navodi da “doktor mora preduzeti svo svoje znanje, sposobnosti i učenja koja su uobičajeno poznata i opšteprihvaćena od strane drugih doktora u sličnim situacijama, u sličnim zajednicama i pod istim okolnostima”. Porota je doktora proglasila krivim zbog nemarnosti, a tuženi je na ime štete dobio 600.000 USD. Ovakvo shvatanje je prihvaćeno u mnogim drugim slučajevima kao npr. Sheeley v. Memorial Hospital, Morrison v. MacNamara, Ybarra v. Spangard, Vaughan v. Menlove, detaljnije vidi; <http://www.lawnix.com/cases/lama-borras.html>.

PROSUĐIVANJE KRIVICE U PRAKSI
VRHOVNOG SUDA CRNE GORE

49. Kada je riječ o sudskoj praksi, veoma je značajno pitanje kako će i na koji način sudovi u Crnoj Gori, a uzimajući u obzir citirano zakonsko rješenje, prosuđivati krivicu u konkretnom slučaju? Ovo zbog toga što se iz dosadašnjeg izlaganja može zaključiti, barem se tako čini, da se navedena shvatanja prosuđivanja krivice *in concreto* i *in abstracto* ne mogu spojiti kao jedno jedinstveno rješenje.

50. U posljednje vrijeme izgleda da u crnogorskoj sudskoj praksi preovladava stanovište o krivici kao pogrešnom postupanju, dok se o krivici kao psihološkom pojmu sve manje govori.

51. Kada se radi o prosuđivanju krivice u domenu odgovornosti ljekara za prouzrokovanu štetu⁴¹ u novijoj praksi Vrhovnog suda Crne Gore je po tom pitanju, može se slobodno zaključiti, potpuno izjednačena, izuzev pojedinih slučajeva u kojem se navodi;

“Pravo na naknadu štete zbog ljekarske greške povlači samo gruba ljekarska greška koja znači zanemarivanje dijagnostičkih i terapijskih pravila koja se uvijek moraju poštovati.

Da bi postojala građansko-pravna odgovornost za naknadu štete potrebno je je postojanje ljekarske greške, nastanak štete i postojanje uzročne veze između ljekarske greške, nastanka štete i postojanja uzročno posledične veze između ljekarske greške i nastanka štete. Pravo na naknadu štete zbog ljekarske greške povlači samo gruba ljekarska greška koja znači zanemarivanje dijagnostičkih i terapijskih pravila koja se uvijek moraju poštovati. U konkretnom slučaju tužilja je tvrdila da je štetu pretpjela zbog obavljenog carskog reza instrumentima koji nisu sterilni, u kom slučaju bi tužena bila odgovorna samo kada postoji krivica njenih radnika-ljekara ili medicinskih radnika. Nižestepeni sudovi pravilno zaključuju, koji zaključak je u cijelosti utemeljen na nalazu i mišljenju vještaka primarijusa dr. F.I. da do tjelesnog narušavanja zdravlja kod tužilje nije došlo zbog nesterilisanih instrumenata koji su korišćeni pri carskom rezu, kao ni zbog greške ili propusta ljekara ginekološko akušerskog odjeljenja bolnice. Jer, u postupku je nesumnjivo utvrđeno da je bio adekvatan tretman pri liječenju tužilje i prilikom obavljanja hiruške intervencije-carskog reza koji je vršen zbog porođaja, da

⁴¹ U posljednje vrijeme u jednom dijelu naše pravne literature, a i sudske prakse pojavljuju se shvatanja o odgovornosti ljekara za grešku koju počini prilikom liječenja pacijenta, ili kako se ono u literaturi još naziva i “ljekarska greška”. Ovaj pojam, moglo bi se reći, unosi određenu zabunu u strukturu građansko pravne odgovornosti. Takvo unošenje pojma ljekarske greške u sistem deliktne odgovornosti označava udvostručavanje subjektivnog elementa koji bi se jednom označavao kao krivica, a u nekim drugim slučajevima kao “ljekarska greška”. Ti pokušaji unose konfuziju i zato su osuđeni na neuspeh, jer zdravstveni radnici, odnosno njihove ustanove, odgovaraju za prouzrokovanu štetu ako su je bolesniku nanijeli svojom krivicom. Detaljnije vidi; Miodrag Orlić, Zakon o zdravstvenoj zaštiti i o odgovornost lekara za prouzrokovanu štetu, Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, XVIII Budvanski pravnički dani, Beograd 2012, str. 50.

nije intervencija odradena nesterinim instrumentima i da su od strane ljekara preduzete adekvatne mjere.”⁴²

Čini se, da se navedenoj presudi Vrhovnog suda Crne Gore mogu uputiti određene zamjerke.

52. Naime, sa stanovišta procijenjivanja krivice apsolutno je irelevantno da li je do nastanka štete došlo zbog korišćenja ovih ili onih medicinskih instrumenata. Prevashodni zadatak suda je bio da utvrdi da li je šteta nastala ili nije. Očigledno je da je kod tužilje nakon obavljanja hiruškog tretmana carskog reza došlo do komplikacija i narušavanja njenog zdravlja, a samim tim i do nastanka štete, a takva šteta je mogla nastati jedino krivicom tužene ili tužilje. Tužene medicinske ustanove jer nije postupano u konkretnom slučaju onako kako se osnovano moglo očekivati od ljekara specijaliste i medicinskog osoblja ili tužene jer se nije pridržavala postoperativnih mjera za njen oporavak.

53. Takođe zabrinjava činjenica da su sudovi bezrezervo prihvatili nalaz i mišljenje vještaka koji je samo konstatovao da šteta nije nastala zbog nesterilisanih instrumenata. Naprotiv, nalaz i mišljenje vještaka je trebalo da rasvijetli činjenicu iz kojih razloga su komplikacije nastale, a ne iz kojih nisu, što naravno može izazvati drugu vrstu sumnje u objektivnost ovakvih i sličnih oblika vještačenje u slučaju odgovornosti po osnovu krivice ljekara i medicinskog osoblja za nastalu štetu. Čini se, da ovakve vrste vještačenja treba prepustiti nekoj nezavisnoj medicinskoj instituciji, po mogućnosti u inostranstvu jer su takva vještačenja, moglo bi se reći, objektivnija zbog činjenice da se na njih ne mogu ili bar u manjoj mjeri mogu izvršiti određeni uticaji, kao što je to moguće kod onih unutar jedne zemlje ili jednog kliničkog centra.⁴³

⁴² Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Rev. Br. 334/10 od 18.05.2010. godine, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Crne Gore za 2010. godinu, Podgorica 2011.

⁴³ U pogledu tereta dokazivanja “Ljekarske greške” u našoj nauci je iznijet stav koji glasi: “Smatram da pravilo o prebacivanju tereta dokazivanja sa tužioca na tuženog ima posebno opravdanje u parnicama za naknadu štete zbog ljekarske greške, pre svega zbog stvarne nejednakosti parničnikih stranaka i potrebe da lekar ili zdravstvena ustanova u cilju otklanjanja te nejednakosti dokazuje da su u konkretnom slučaju postupali *lege artis* i preduzeli sve potrebne, moguće i priznate procedure koje su im stajale na raspolaganju u konkretnom slučaju”. Ljubica Milutinović, Teret dokazivanja u parnicama za naknadu štete, Obavezno osiguranje, naknada štete i obezbeđenje potraživanja, XII tradicionalno savetovanje, Beograd 2010. godine, str. 63. Naime, objektivizovano shvatanje pojma krivice dobija na značaju tek njegovom primjenom u sudskom postupku, dakle u trenutku kada sud treba da utvrdi da li je ponašanje nekog lica bilo u skladu sa ponašanjem razumnog i pažljivog čovjeka, odnosno šta se od razumnog i pažljivog čovjeka osnovano moglo očekivati u datim okolnostima.

54. Stiče se utisak da se uvođenjem termina kao što su “ljekarska greška” ili “gruba ljekarska greška”, nekako želi izbjeći označavanje odgovornosti ljekara ili se barem ono želi predstaviti u blažem obliku nego što je to termin “krivica”.

55. Stoga, treba otvoreno postaviti pitanje šta znači konstatacija da ljekar odgovara samo za “grubu ljekarsku grešku”, zapravo koji su kriterijumi za njeno poimanje, a koji bi bili npr. za “laku ljekarsku grešku” i da li se za nju odgovara? Čini se da su ovi pojmovi suvišni u oblasti građansko-pravne odgovornosti.

56. Da bi se otklonile ovakve i slične nedoumice vezane, za stručne (ljekarske) greške, Prednacrt građanskog zakonika Srbije predviđa da “Pri prosuđivanju krivice lica koje se profesionalno bavi određenom djelatnošću sud vodi računa o pravilima nauke i struke i o tome što se od razumnog i pažljivog stručnjaka moglo osnovano očekivati u datim okolnostima.”⁴⁴

57. S tim u vezi, u sudskoj praksi Crne Gore upravo preovladava jedno ovakvo shvatanje, iako ono nije izričito predviđeno ZOOCG, izuzev opšteg pravila o prosuđivanju krivice *in abstracto* u članu 152. st. 2. ZOOCG.

58. Tako se u jednoj novijoj odluci Vrhovnog suda Crne Gore navodi;

“Ukoliko zbog nestručno ukazane pomoći od strane ljekara na specijalizaciji nije spriječen nastanak komplikacija usled preloma ruke, postoji odgovornost zdravstvene ustanove-kliničkog centra na nastalu štetu.”

Pobijanim presudama nižestepeni sudovi su postavljeni tužbeni zahtjev odbili kao neosnovan, zaključujući pri tom da je tužilji prilikom pružanja ljekarske pomoći i liječenja pružena adekvatna pomoć radi čega tuženi nije odgovoran za nastalu štetu. Naime, nižestepeni sudovi smatraju da u postupanju ljekara koji je ukazao pomoć i liječio tužilju nema nestručnog, nepažljivog i nepropisnog rada.

Međutim, po ocjeni ovog suda osnovano se ukazuje revizijom na bitnu povredu određena parničnog postupka iz člana 367 stav 2 tačka 15 ZPP-a, jer o odlučnim činjenicama kako u pobijanoj tako i u prvostepenoj presudi nedostaju odgovarajući razlozi zbog čega se obje nižestepene presude moraju ukinuti.

Iz predmetnih spisa proizilazi da je tužilja 2005 godine prilikom pada slomila ruku nakon čega joj je ukazana ljekarska pomoć kod tuženog na odjeljenju ortopedije u bolnici u Nikšiću. Prvu pomoć i dalje liječenje uradio je Dr. Č.M. koji nije bio specijalista ortoped već se tada nalazio na specijalizaciji na tom odjeljenju. Iz nalaza i mišljenja sudsko medicinskog odbora iz Beograda, proizilazi da je doktor Č.M. u liječenju preloma ruke primjenio metodu konzervativnog liječenja koja se koristi pored savremene metode operativnog pristupa. Iz navedenog nalaza proizilazi da su rezultati koji su postignuti metodom koju je primjenio doktor Č.M. su nezadovoljavajući, te da bi se primjenom hirurškog tretmana bolje fiksirali prelomljeni dijelovi kosti i u znatnoj mjeri spriječio nastanak komplikacija koje su prisut-

⁴⁴ Član 171. st. 2. Prednacrta Građanskog zakonika Srbije, Obligacioni odnosi, Beograd 2009, str. 65.

ne kod tužilje. Navedenu povredu kod tužilje je mogao samo da liječi ljekar specijalista ortoped a ne ljekar na specijalizaciji kakav je bio dr. Č.M. i to bez nadzora ljekara specijaliste.”⁴⁵

Kao što se može uočiti u navedenoj odluci nema termina “ljekarska greška”, već odgovornost za štetu usled nestručno ukazane pomoći od strane ljekara, a što je zaista od značaja za sudsku praksu.

59. Takođe u jednoj novijoj odluci Vrhovnog suda Crne Gore ne nailazimo na termin “ljekarske greške”, naprotiv već na odgovornost ljekara i medicinskog osoblja za nastalu štetu.

“Na strani zdravstvene ustanove-kliničkog centra stvoren je osnov odgovornosti za nastalu štetu ako je od strane ljekarskog osoblja došlo do kratkotrajnog prekida obaveznog nadzora pacijenta u intenzivnoj njezi.

U obrazloženju se navodi da nižestepeni sudovi pravilno nalaze da postoji uzročna posledična veza između smrtni A.R. i ponašanja ljekara i osoblja tuženog. Jer isti nijesu postupali u skladu sa pravilima medicinske struke i sa odgovarajućom pažnjom, prema sad pok. A.R. Ovo posebno, što je pok. A.R. pripadala grupi bolesnika čija je klinička slika zahtijevala pored primjene odgovarajuće terapije i punu medicinsku njegu i nadzor, a što podrazumijeva dvadesetčetvoročasovnu opservaciju.”⁴⁶

60. Dok se u odluci Vrhovnog suda Crne Gore govori o šteti koja je nastala usled propusta učinjenog od strane ljekara, a ne o “ljekarskoj grešci”.

“Za štetu koja je nastala zbog propusta učinjenih od strane ljekara odgovara zdravstvena ustanova-Kliničko bolnički centar.”

Nakon porveđivanja tužioca, prilikom hiruške intervencije u vidu postavljanja metalnog klina radi koštane trakcije došlo je do njegove neadekvatne primjene-klinovi su postavljeni niže nego što je propisano i što predstavlja standard u savremenoj ortopedskoj praksi. Ovakvo neadekvatno-nisko postavljene klinovi doveli su do oštećenja anatomskih struktura lijevog koljenog zgloba, prodora bakterija u njegovu unutrašnjost i nastanak zapaljenja.

Imajući u vidu da je vještačenje u ovoj stvari sprovedeno od strane Sudsko medicinskog odbora-Medicinskog fakulteta u Beogradu, tj. ugledne i stručne medicinske ustanove, ovaj sud smatra da je pravilno odbijen predlog tuženog da se vještačenje u ovoj stvari povjeri Institutu za ortopedsko hiruške bolesti “Banjica”. Ovo posebno zbog toga što je iz spisa (otpisna lista) vidi da je upravo na tom Institutu za vrijeme tužiočevog liječenja konstatovano da je do smanjenja pokretljivosti zgloba lijevog koljena kao i skraćena lijeve noge i hipotrofije mišića na toj nozi došlo zbog nepodobnog načina liječenja, a nikako zbog operisanog lijevog kuka zbog Petersove bolesti, kako je to u toku ovog spora, neosnovano tvrdio tuženi.

Kod ovako utvrđenih činjenica nižestepeni sudovi su pravilno primjenili materijalno pravo kada su djelimično usvojili postavljene tužbene zahtjeve mldb. (maloljetnog) tužioca, nalazeći da je tužena odgovorna za štetu koju je pretrpio, jer je riječ o šteti koju su prouzrokovali ljekari zaposleni na odjeljenju ortopedije bolnice u Nikšiću. Kako u konkretnom slu-

⁴⁵ Rješenje Vrhovnog suda Crne Gore, Rev. Br. 1520/09 od 18.12.2009. godine, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Crne Gore za 2009. godinu, Podgorica 2010.

⁴⁶ Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Rev.br. 1508/09 od 08.12.2009. godine, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Crne Gore 2009, Podgorica 2010. godine.

čaju ljekari tužene nijesu postupali onako kako je trebalo, već suprotno savremenoj medicinskoj nauci i praksi tužena je odgovorna za naknadu predmetne štete, zbog čega su svi navodi revizije kojima se tvrdi suprotno neosnovani.”⁴⁷

61. Navedene odluke Vrhovnog suda Crne Gore nasumnjivo ukazuju da se sudska praksa opredijelila za prosuđivanje krivice *in abstracto*, bez uvođenja dodatnih pojmova kao što su “ljekarska greška”, “gruba ljekarska greška”, “laka ljekarska greška” i sl.

62. Tim povodom i pravna nauka treba da se priključi naporima sudske prakse u nastojanju da zadrži i očuva vrijednosti koje su u našem pravnom životu izgrađivane u materiji prosuđivanja krivice u građanskom pravu, a najbolji način za to je, barem se tako čini, prihvatanje shvatanja o prosuđivanju krivice *in abstracto*.

“Za štetu koju je pretrpjelo treće lice odgovorno je pravno lice čiji je radnik u radu i u vezi sa radom prouzrokovao štetu, budući da u datim okolnostima nije postupao kako je trebalo.”⁴⁸

ZAKLJUČAK

33. Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore je usvojio prosuđivanje krivice *in abstracto*, ali isti tako zadržao rješenje o prosuđivanju krivice *in concreto*.

34. Uzimajući u obzir usvojeno rješenje postavlja se pitanje na koji način će se ovakva zakonska odredba primijeniti u praksi?

35. Može se zaključiti da se sudska praksa u Crnoj Gori već opredijelila za prosuđivanje krivice *in abstracto*. S druge strane ostaje da se vidi da li će u skorijoj budućnosti doći i do potpunog zakonskog prihvatanja krivice *in abstracto*?

36. Ovo zbog toga, što se iz niza teorijskih rasprava vođenih povodom ovog pitanja u pravnoj nauci, može zaključiti da je shvatanje o prosuđivanju krivice *in abstracto* prihvatljivije, jer adekvatnijeg rješenja, do standarda ponašanja razumnog i pažljivog čovjeka u datom trenutku, čini se da nema.

⁴⁷ Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Rev. Br. 238/10 od 16.02.2010. godine, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Crne Gore za 2010 godinu, Podgorica 2011.

⁴⁸ Presuda Vrhovnog suda Crne Gore Rev.br. 14/07 od 15.02.2007. godine. Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Crne Gore 2007, Podgorica 2007. godine.

IGOR VUJOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
University Slobomir P, Bijeljina

LIABILITY ARISING FROM FAULT
–According with Law of obligation Montenegro –

Summary

The article analyzes responsibility according with Montenegrin Law on obligation, and reflection of that regulation in jurisprudence. Main subject of this article is related with theory's of deliberation of the fault in civil law. There is two theory's. One is theory of deliberation of the fault *in abstracto* and theory of deliberation of the fault *in concreto*.

Conclusion is, that Law of obligation accepted both theory's. However, in most cases jurisprudence accepted deliberation of the fault *in abstracto*.

MIŠO MUDRIĆ

PITANJE UZROČNOSTI U AZBESTNIM PREDMETIMA

– Praksa engleskih sudova –

U V O D

U posljednjih deset godina, engleski su sudovi razmatrali nekoliko predmeta gdje se pojavilo pitanje odgovornosti osiguravateljskih kuća za isplatu štete žrtvama izloženosti azbestu ili njihovim slijednicima. Kako znakovi oboljenja uslijed izloženosti azbestu često nastupaju nakon proteka više desetljeća, pitanje uzročnosti postaje izuzetno važno, jer primjena standardnih testova za ustanovljavanje uzročne veze nailazi na poteškoće prilikom identificiranja mogućeg uzroka, te izbora relevantnog uzroka između svih potencijalnih uzroka koji se tijekom dužeg vremenskog razdoblja pojavljuju kao mogući. Dodatna poteškoća jest relativno malen stupanj medicinskog shvaćanja utjecaja azbesta na zdravlje, te ograničeno poznavanje raspona različitih vrsta oboljenja uslijed izloženosti azbestu, što dodatno otežava izbor valjane pravne metode prilikom ustanovljavanja uzročnosti u takvim sporovima. Kako se tužbeni zahtjevi često javljaju nakon proteka dužeg vremenskog perioda, zahtjevi za isplatom osigurnine odnosno odštetni zahtjevi, često se postavljaju u znatnim novčanim iznosima, što ponekad (odnosno često) kod osiguravateljskih kuća stvara otpor protiv isplaćivanja osigurnine, od-

Mišo Mudrić, asistent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu; Max Planck Istraživačka škola za pomorska pitanja, Max Planck Institut za poredbeno i međunarodno privatno pravo, Hamburg.

nosno, utječe na protivljenje mirnom rješavanju sporova. Imajući na umu prethodno navedene razloge, engleski su sudovi usvojili nekoliko važnih odluka koje diktiraju daljnji tijek sudovanja u azbestnim predmetima.

*Standardna praksa ustanovljavanja uzročnosti
prema engleskom pravu*

Za razliku od europskih kontinentalnih pravnih sustava, koji pripadaju skupini tzv. "civil law" pravnih sustava, engleski pravni sustav pripada skupini tzv. "common law" pravnih sustava, kod kojih izostaje sustavna kodifikacija pravnih normi, već su pravni odnosi u velikom djelu regulirani putem relevantnih sudskih presuda. Iz tog razloga, prilikom razmatranja engleskih pravnih rješenja u svezi azbestnih slučajeva, potrebno je uz relevantne zakonodavne norme, veliku pažnju posvetiti relevantnim sudskim sporovima iz kojih proistječe nekoliko bitnih odrednica rješavanja takvih sporova, ali i tumačenje kodificiranih pravila. Pritom je potrebno voditi računa kako pojam nepažnje u engleskom pravu poprma drugačije shvaćanje i tumačenje nego što je to slučaj sa kontinentalnim sustavima. Dok je u kontinentalnim pravnim sustavima pojam nepažnje uglavnom shvaćen kao jedan od elemenata koje je potrebno dokazati kako bi se ustanovila bilo ugovorna ili izvanugovorna odgovornost, u engleskom pravu pojam nepažnje (*negligence*) javlja se kod izvanugovorne odgovornosti za štetu kao zaseban oblik odgovornosti (*tort of negligence*), te je shvaćen kao određeni stupanj nepažljivog ponašanja, odnosno, izostanka pažljivog ponašanja, što dovodi do povrede određene dužnosti pažnje.

Tako se prema relevantnoj engleskoj sudskoj praksi, kod ugovornih odnosa, sukladno zaključku suda u *Hadley v. Baxendale*¹ predmetu, odgovornost utvrđuje kada je šteta koja je nastupila jednaka onoj šteti koja bi nastupila prilikom kršenja sličnih ugovornih obveza, a ukoliko postoje određene specifične okolnosti, dodatan uvjet koji se postavlja jest nužnost da je takva specifična okolnost tuženiku unaprijed poznata odnosno predvidljiva (*foreseeability*)². Kod izvanugovornih odnosa, sukladno zaključku suda u *Donoghue v. Stevenson*³ predmetu, odgovornost se utvrđuje u slučaju kršenja opće dužnosti dužne pažnje, odnosno u slučaju kada je tuženik bio nepažljiv te uslijed svoje nepažnje prouzročio određenu štetu

¹ *Hadley v. Baxendale*, 9 Exch. 341 (1854).

² Vidi općenito: *J. Steele*, *Tort Law: Text, Cases, and Materials*, (2007), str. 141 *et seq.*

³ *Donoghue v. Stevenson*, 1932, A.C. 562.

tužitelju, pod uvjetom da uzrok takvoj šteti nije neznatan (*too remote*) te da je šteta nadoknadiiva⁴.

Pitanje uzročnosti drugačije se utvrđuje u ugovornim i izvanugovornim sporovima za naknadu štete. Kod ugovornih odnosa, pitanje predvidljivosti štete temelji se na spoznajama ugovornih stranaka u trenutku sklapanja pravnog posla⁵. Uzročnost se ustanovljuje kroz dva standardna "testa" uzročnosti. Prije svega, tzv. "*causation in fact*" zahtjeva primjenu engleske inačice latinskog modela *conditio sine qua non*, poznatu kao "*but for test*", pri čemu se isključuju takve štete koje bi nastupile neovisno o djelovanju tuženika. Nadalje, idući korak zahtjeva primjenu tzv. "*causation in law*", odnosno preispitivanja je li šteta predvidljiva, pod uvjetom da uzrok štete nije neznatan. Ukoliko je i dalje nejasno je li moguće ustanoviti relevantan uzrok štete, primjenjuje se standardni test dvostruke vjerojatnosti (*balance of probabilities*, odnosno, "*more likely than not test*"), pri čemu je potrebno dokazati kako je određeni postupak doprinio nastanku štete u vjerojatnosti preko 50%⁶.

Kod izvanugovornih odnosa, također se primjenjuje "*but for*" metoda koji mora pokazati je li tuženikova nepažnja nužan uzrok štete (*necessary cause*). Nadalje, tzv. "*Caparo test*" (predmet *Caparo Industries plc v Dickman*⁷) zahtjeva istovremeno ispunjavanje tri elementa odgovornosti: predvidljivost, neposrednost (*proximity*), te udovoljavanje općim zahtjevima principa pravednosti i razumnosti. Po pitanju neznatnosti uzroka, u predmetu *Wagon Mound (No. 2)*⁸, sud je ograničio doseg tuženikove odgovornosti na slučajeve kada je bilo razumno predvidljivo kako će nastupiti vjerojatna šteta (a ne bilo kakva šteta).

Kako u azbestnim predmetima štetne posljedice nastupaju nakon proteka dugog vremenskog perioda, izbor između mogućnih vjerojatnih uzroka predstavlja veliki izazov tužitelju prilikom dokazivanja relevantnog uzroka štete, pri čemu primjena prethodno opisane standardne metode dvostruke vjerojatnosti postaje izuzetno neprikladna⁹. Iz tog razloga su engleski sudovi, imajući na umu ranije naznačenu treću pretpostavku "*Caparo*" metode, u azbestnim predmetima predvidjeli iznimku od standardnog utvrđivanja postojanja uzročnosti.

⁴ Steele, *op. cit.*, str. 139 *et seq.*

⁵ Vidi općenito: *J. Beatson/A. Burrows/J. Cartwright*, *Anson's law of contract*, (2010), str. 549 *et seq.*

⁶ Vidi općenito: *C. Van Dam*, *European Tort Law*, (2006), str. 275 *et seq.*

⁷ *Caparo Industries plc v Dickman* [1990] 2 AC 465, HL.

⁸ *The Wagon Mound (No. 2)* [1967] AC 617, [1966] 2 All ER 709.

⁹ Za općeniti pregled predmeta izloženosti azbestu i poratnih oboljenja, vidi: *J. Stapleton*, *Factual causation and asbestos cancers*, L.Q.R. 2010, 126 (Jul), str. 351 *et seq.*

RELEVANTNA SUDSKA PRAKSA

Predmet Fairchild

U predmetu *Fairchild v. Glenhaven*¹⁰, tuženik je bio izložen djelovanju azbesta prilikom rada kod nekoliko poslodavaca, uslijed čega je obolio od mezoteliome. Trenutačni stupanj medicinskog razumijevanja te bolesti ne dopušta precizno utvrđenje točnog trenutka koji je prouzročio oboljenje¹¹, ali se sa sigurnošću može tvrditi kako mezotelioma nastupa uslijed djelovanja azbesta, što nužno dovodi do zaključka kako je barem jedan od poslodavaca direktno odgovoran. Glavni argument tuženika, osiguravatelja, svodio se na pitanje uzročnosti, odnosno, na nemogućnosti da se među čitavim nizom poslodavaca kod kojih su tužitelji obavljali svoju djelatnost, utvrdi kod kojeg je poslodavca izloženost azbestu dovela do štetnih posljedica oboljenja, te na temelju toga ustanovi odgovornost osiguravatelja pojedinih poslodavaca. Uslijed toga, i zbog nemogućnosti da se primjenom prethodno opisanih metoda ustanovljenja uzročnosti dođe do zadovoljavajućeg rezultata, Dom lordova, današnji Vrhovni sud, predvidio je iznimku od standardnih metoda ustanovljenja uzročnosti, te usvojio novo pravilo prema kojem je kod slučajeva mezoteliome dopušteno tužitelju potraživati naknadu štete od bilo kojeg ranijeg poslodavca (tuženika) koji je doprinio povećanju rizika od oboljenja od mezoteliome, ukoliko tužitelj može dokazati kako je tuženik doprinio povećanju rizika oboljenja od te bolesti uslijed nedovoljnog ulaganja dužne pažnje u osiguravanju sigurnih radnih uvjeta¹².

Predmet Barker

U predmetu *Barker v Corus*¹³, sud je potvrdio prethodno opisano pravilo iz *Fairchild* predmeta, ustvrdivši kako je *Fairchild* pravilo također primjenjivo u slučajevima kada činjenično stanje nije u potpunosti identično te kada se uz izloženost azbestu tijekom obavljanja djelatnosti kod poslodavca javljaju vremenski

¹⁰ *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd (t/a GH Dovener & Son)* [2002] UKHL 22; [2003] 1 A.C. 32 (HL).

¹¹ Više o problematici pravnog utvrđenja uslijed nedovoljne medicinske istraženosti, vidi: *K. Amirthalingam*, *Causation, risk and damage*, L.Q.R. 2010, 124 (Apr), str. 162 *et seq.*

¹² Pritom se Vrhovni sud uvelike oslanjao na odluke suda u: *Bonnington Castings Ltd v Wardlaw* [1956] A.C. 613 HL, te u: *McGhee v National Coal Board* [1973] 1 W.L.R. 1 HL, gdje je, ukratko, tuženik, dugogodišnji zaposlenik u ciglani, uslijed nepostojanja adekvatnih sanitarnih uvjeta u tvornici, obolio od rijetke vrste kožne bolesti pripisive utjecaju nusproizvoda obrade cigle.

¹³ *Barker v Corus UK Ltd* [2006] UKHL 20; [2006] 2 A.C. 572 (HL).

periodi izloženosti azbestu tijekom obavljanja drugih aktivnosti. Pritom je sud, pod dojmom kako se *Fairchild* pravilo može potencijalno primijeniti i na takve tuženike koji nisu doprinijeli šteti, dodatno ustvrdio kako je tužitelj dužan točno identificirati svakog tuženika odnosno njegovog osiguravatelja, što je u praksi bitno otežalo uspjeh tužitelja u sporu, imajuću na umu praktične poteškoće pri prikupljanju točnih informacija (primjerice, građevinski radnici koji tijekom 30 godina rade na velikom broju građevinskih projekata kod velikog broja građevinskih poduzetnika), te činjenicu kako takvo tumačenje zahtjeva ograničenje odgovornosti sukladno proporcionalnom udjelu pojedinog tuženika u povećanju rizika¹⁴. Problem je naknadno razriješen kroz relevantne odredbe Odštetnog zakona (vidi: *infra*).

Predmet Sienkiewicz

U predmetu *Sienkiewicz v Greif*¹⁵, tužiteljica Sienkiewicz podnijela je tužbeni zahtjev za odštetu radi smrti svoje majke koja je 2006. godine umrla od posljedice bolesti mezoteliome. Preminula je radila kao zaposlenica u tuženikovoj tvornici (od 1966. do 1984. godine), gdje je, u sklopu obavljanja svojih dužnosti, bila izložena azbestu, te naknadno, uslijed azbestne prašine koja je u širem prostoru tvornice nastajala kao nusproizvod proizvodnje čeličnih bubnjeva, oboljela od mezoteliome.

Tuženik se tijekom postupka pozivao na pomanjkanje potrebnog stupnja vjerojatnosti postojanja uzročne veze između utjecaja azbestne prašine u prostorima tvornice i oboljenja od mezoteliome, te nastavno ustvrdio kako je mezotelioma nastupila uslijed djelovanja nepoznatog uzroka. Prvostupanjski sud je odbio navedenu tvrdnju, zaključivši kako je preminula bila izložena azbestnoj prašini na radnom mjestu, te kako je njezina izloženost direktna posljedica kršenja tuženikove obveze na dužnu pažnju u svezi osiguravanja sigurne radne okoline, temeljem izvanugovorne obveze ulaganja dužne pažnje, ali i zakonske obveze ulaganja dužne pažnje. Ujedno je prvostupanjski sud utvrdio kako preminula nije bila izložena azbestu na drugim (kasnijim) radnim mjestima, te da je njezina izloženost azbestu prilikom obavljanja djelatnosti kod tuženika jasno doprinijela povećanju rizika oboljenja od mezoteliome. Tuženik je nadalje tvrdio kako je izlo-

¹⁴ Više o samom predmetu, te njegovom utjecaju na odluku iz *Fairchild* predmeta, vidi: A. Kramer, Smoothing the rough justice of the Fairchild principle, L.Q.R. 2006, 122 (Oct), str. 547 *et seq.*

¹⁵ *Sienkiewicz v Greif (UK) Ltd* [2009] EWCA Civ 1159; [2010] Q.B. 370 (CA (Civ Div)); [2011] UKSC 10.

ženost azbestu na radnom mjestu bila minimalna, i kao takva, bitno manja od izloženosti azbestu u širem okolišu (izvan prostora radnog mjesta), te da je na tužitelju teret dokazivanja u smislu dokazivanja jasnih pokazatelja kako je vjerojatnost oboljenja od mezoteliome uslijed izloženosti azbestu na radnom mjestu veća od vjerojatnosti oboljenja od mezoteliome uslijed izloženosti azbestu u širem okolišu, odnosno, izvan prostora tvornice i povezanih radnih objekata. Pritom je tuženik ustvrdio kako vjerojatnost oboljenja od mezoteliome mora biti barem dvostruko veća kako bi postala pravno relevantna, pozivajući se na zaključke suda u predmetu *Jones v Metal Box*¹⁶, gdje je sud prihvatio tužbeni zahtjev nakon što je tužitelj sa uspjehom dokazao kako je izloženost azbestu na prostoru radnog mjesta više nego dvostruko povećala vjerojatnost oboljenja od mezoteliome, u usporedbi sa izloženosti azbesta na prostoru izvan radnoga mjesta. Tuženik je dakle predviđao primjenu standardne metode provjere uzročnosti, kako je opisano u ranijem tekstu¹⁷.

Prvostupanjski sud je ustvrdio kako je stupanj vjerojatnosti oboljenja od mezoteliome uslijed izloženosti azbestu na radnom mjestu bio 18% veći u usporedbi sa stupnjem vjerojatnosti prisutnom na prostoru izvan radnoga mjesta. Sukladno tome, a kako nije ispunjen uvjet iz predmeta *Jones v Metal Box* u pogledu izvanugovorne odgovornosti za štetu, prvostupanjski sud je odbio tužbeni zahtjev.

Tužitelj se žalio na prvostupanjsku presudu pri čemu je ustvrdio kako je za uspjeh u sporu dovoljno dokazati kako je stupanj izloženosti azbestu, i sukladno tome rizik oboljenja od mezoteliome, veći nego minimalan, kako je prvostupanjski sud pogrešno pristupio utvrđivanju uzročnosti, te kako prvostupanjski sud nije prilikom izricanja presude uvažio relevantnu praksu i odredbe Odštetnog zakona iz 2006. godine (vidi: *infra*). Žalbeni sud je prihvatio tužiteljevu tvrdnju u svezi protivljenja standardnoj praksi koja bi, u smislu tužiteljevog tereta dokazivanja, zahtijevala dokazivanje dvostruke vjerojatnosti odnosno dvostrukog povećanja rizika od, uslijed izloženosti azbestu, oboljenja od mezoteliome, te zaključio kako se na predmetni slučaj primjenjuje takvo pravilo po pitanju utvrđivanja uzročnosti po kojem je dovoljno dokazati (teret dokazivanja je na tužitelju) kako je izloženost azbestu povećala rizik oboljenja¹⁸, pri čemu se žalbeni sud pozvao na

¹⁶ *Jones v Metal Box Ltd.*, Unreported, January 11, 2007, potvrđeno u: *Novartis Grimsby Ltd v Cookson* [2007] EWCA Civ 1261.

¹⁷ Kao potvrdu tog principa, vidi predmet: *XYZ & others v. Schering Healthcare Ltd* [2002] EWHC 1420.

¹⁸ Pri čemu je bitno da je predmetno povećanje veće od minimalnog, sukladno zaključku suda u predmetu: *Rolls Royce Industrial Power (India) Ltd v Cox* [2007] EWCA Civ 1189.

zaključak suda u predmetu *Fairchild*, te na odredbu odsjeka 3, članka 1., točke (d) Odštetnog zakona¹⁹.

Relevantne odredbe Odštetnog zakona uređuju odgovornost odgovorne osobe u slučaju kada se ispune slijedeći uvjeti: dokazivo je da je temeljem izvanugovorne odgovornosti za štetu zbog nepažnje ili temeljem kršenja zakonske obveze (*breach of statutory duty*) odgovorna osoba uzrokovala ili učinila vjerojatnim (povećanje rizika) izloženost azbestu druge osobe; da je ta druga osoba, uslijed prethodno opisane izloženosti, oboljela od mezoteliome; te, kada nije moguće jasno utvrditi je li posljedica oboljenja od mezoteliome nastupila uslijed prethodno opisane izloženosti ili nekog drugog uzroka²⁰.

Prigovor tuženika koji se sastojao od tvrdnje kako je *Fairchild* pravilo primjenjivo samo u takvim slučajevima gdje je riječ o nepažljivom postupanju više poslodavaca, i gdje je moguće štetne posljedice pripisati takvom nepažljivom postupanju, nije prihvaćen. Naime, prihvaćanje tog prigovora značilo bi nemogućnost primjene *Fairchild* pravila u svim takvim predmetima gdje se uz izloženost azbestu na radnom mjestu javlja i izloženost azbestu izvan radnog prostora, što bi potaknulo gotovo svakog tuženika da putem stručnih vještačenja ustanovi prisutnost azbesta u okolišu, i na taj način osigura primjenu strožeg pravila uzročnosti (standardno pravilo). U predmetnom postupku, žalbeni je sud kao relevantnim uzeo odredbu ranije navedenih pravila iz Odštetnog zakona, po kojem je dovoljno učiniti vjerojatnim povećanje rizika kako bi se utvrdila odgovornost - pravilo koje vrijedi kao iznimka u odnosu na standardno pravilo po pitanju utvrđenja uzročne veze. Pritom je žalbeni sud dodatno utvrdio kako je pitanje temelja odgovornosti - izvanugovorne ili ugovorne - odnosno, uzroka koji potječe iz izvanugovornog i ugovornog odnosa, irelevantno u svezi primjene *Fairchild* pravila. Shodno tome, eventualno dokazana činjenica u postupku koja bi ukazivala na postojanje rizika od azbesta u širem okolišu ili na drugom radnom mjestu, ne umanjuje odgovornost tuženika (poslodavca) koji je doprinio povećanju rizika od oboljenja uslijed djelovanja azbestoze.

Nadalje, odluka žalbenog suda također je poništila praksu uspostavljenu u *Barker* predmetu, prema kojem se odgovornost utvrđivala proporcionalno (vidi: *supra*). Temeljem odluke žalbenog suda, pod uvjetom da se ispune svi uvjeti odre-

¹⁹ Compensation Act 2006, Chapter 29, Section 3, Mesothelioma: damages, UK ST 2006 c 29 Pt 1 s 3.

²⁰ Više o relevantnim odredbama u kontekstu doprinosa povećanju rizika, vidi: *T.D.C. Bennett*, Material increase in risk of mesothelioma under section 3 of the Compensation Act 2006, P.N. 2009, 25(4), str. 210 *et seq.*

đeni u relevantnom dijelu Odštetnog zakona, tuženik će odgovarati za cijelu štetu, a ne samo za proporcionalni dio.

U postupku pred Vrhovnim sudom²¹, tuženik je ustvrdio kako se *Fairchild* pravilo ne bi trebalo primjenjivati u postupku koji se vodi protiv samo jednog tuženika, ponavljajući ranije zahtjeve u svezi primjene pravila dvostruke vjerojatnosti. Vrhovni sud je odbacio žalbu po obje točke, te potvrdio zaključke žalbenog suda.

ZAKLJUČAK

Praksa ustanovljavanja uzročnosti u azbestnim sporovima uspostavljena u *Fairchild* predmetu, te potvrđena (i proširena) u *Sienkiewicz* predmetu, naklonjena je poziciji tužitelja u sporu, te stavlja tuženike, prvenstveno osiguravateljske kuće, u puno težu pravnu poziciju nego što je to slučaj prilikom primjene opće standardne prakse ustanovljavanja uzročnosti.

Neovisno o postojanju jednog ili više tuženika, odnosno, jedne ili više odgovornih osoba, te neovisno o postojanju više potencijalnih uzroka, a uslijed nedovoljnog stupnja znanstvene spoznaje na polju medicinskog shvaćanja utjecaja azbesta na zdravlje te modaliteta oboljenja od mezoteliome uslijed izloženosti azbestu, engleska sudska praksa dozvoljava iznimku od općeg pravila ustanovljavanja uzročnosti po kojem je potrebno dokazati dvostruku vjerojatnost nastanka štete usred tuženikovog postupanja, putem utvrđivanja odgovornosti tuženika u slučajevima gdje je tuženikovo postupanje doprinijelo nastanku štete.

Može se, u svezi relevantnosti usvojenih odluka, zaključiti, a imajući na umu činjenicu kako se najveći broj tužbenih zahtjeva za naknadu štete u svezi azbestnih sporova tek očekuje, kako će utjecaj tako uspostavljene sudske prakse biti izrazit, kako po pitanju nastojanja žrtava i njihovih slijednika da osiguraju pravične odštete, tako i po pitanju nastojanja osiguravateljskih kuća u osmišljavanju modificiranih općih uvjeta poslovanja koji bi ponudili nove mogućnosti preventivnih pravnih lijekova u sličnim i povezanim slučajevima.

²¹ Vidi također presudu u: *Knowsley Metropolitan Borough Council v Willmore* [2009] EWCA Civ 1211; [2011] UKSC 10.

MIŠO MUDRIĆ, LL.B.,
Academic Assistant, Faculty of Law, University of Zagreb;
Max Planck Institute for Comparative and International
Private Law, Hamburg

THE ISSUE OF CAUSALITY IN ASBESTOS RELATED CASES
– The practice of English courts

Summary

The Paper delivers an overview of the recent English court practice in connection to the asbestos related cases and the issue of liability in damages. With reference to the general contractual and non-contractual liability rules and methods to determine the causation, as established by the relevant court precedents, the Paper is primarily focused on the application of special rules concerning the determination of the causal link in cases that concern the impact of asbestos on the contraction of mesothelioma. Three major court cases – Fairchild, Barker and Sienkiewicz – are further analyzed, in order to determine their interoperability and a cumulative impact on further practice in similar cases.

NOVČANA NAKNADA ZA DUŠEVNE BOLOVE ZBOG UMANJENJA ŽIVOTNE AKTIVNOSTI

U V O D

U pravu, reč šteta, označava materijalnu i nematerijalnu štetu. Pojam materijalne štete ne zadaje problem prilikom njegovog određivanja, međutim to se isto ne može konstatovati za pojam nematerijalne štete.

Prema subjektivnom konceptu naknade nematerijalne štete, pod nematerijalnom štetom se podrazumeva nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha.¹ Na ovaj način i naš Zakon o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO)² u čl. 155. definiše nematerijalnu štetu. ZOO ne smatra za nematerijalnu štetu umanjeње životne aktivnosti, unakaženost, povredu ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, već novčanu naknadu predviđa za pretrpljene duševne bolove zbog umanjeња životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, smrti bliskog lica.³ Nematerijalnu štetu ne predstavlja telesna povreda ili oštećenje zdravlja, već fizička bol koja se doživi kao posledica telesne povrede ili oštećenja zdravlja. Zbog toga osnov naknade nematerijalne štete

Samir Manić, asistent državnog univerziteta u Novom Pazaru.

¹ O. Stanković, *Naknada štete*, Nomos, Beograd 1998, 26.

² Zakon o obligacionim odnosima - ZOO, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/ 2003 – Ustavna povelja.

³ O. Stanković, "Naknada štete (imovinske i neimovinske) prema Zakonu o obligacionim odnosima", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–5/78, 491.

ne predstavlja sama povreda fizičkog ili psihičkog integriteta fizičkog lica, već posljedice koje su iz toga nastale i manifestovale se kroz duševne bolove, fizičke bolove i strah, odnosno kroz narušavanje emocionalne ravnoteže ličnosti. Proizilazi zaključak da nije relevantna povreda ličnog dobra, već same posljedice koje su njome izazvane.⁴ Odnosno, za kvalifikaciju nematerijalne štete nije bitna priroda objekta na kome je štetna radnja neposredno izvršena, nematerijalna šteta je čisto subjektivna, na planu naših osećanja.⁵

Prema objektivnom konceptu naknade nematerijalne štete štetu čini već sama povreda prava ličnosti.⁶ Novi hrvatski Zakon o obveznim odnosima (u daljnjem tekstu: ZOOH),⁷ prihvatajući objektivnu koncepciju nematerijalne štete, navodi da je šteta: umanjene nečije imovine (obična šteta), sprečavanje njenog povećanja (izmakla korist) i povreda prava ličnosti (neimovinska šteta).⁸ Objektivnu koncepciju nematerijalne štete ZOOH karakteriše i predmetna neograničenost, što znači da prava ličnosti nisu doslovce nabrojana, te da pored navedenih prava ličnosti u okvirima zakona, može biti i drugih prava ličnosti, zavisno od kreativnosti sudske prakse.⁹ Takođe, personalna neograničenost je još jedan atribut ove

⁴ O. Stanković (1998), 27.

⁵ *Ibid.*

⁶ I. Crnić, "Povreda prava osobnosti na duševno zdravlje", *Pravo u gospodarstvu* 1/2011, 153.

⁷ Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske- ZOOH, *Narodne novine*, br. 35/2005.

⁸ Čl. 1046 ZOOH; U ZOOH nisu sadržajno izmenjeni čl. 157. ZOO (sada je to čl. 1048. ZOOH) i čl. 199. ZOO (sada je to čl. 1099. ZOOH). Ostalo je izmenjeno, a unete su i neke nove odredbe: st 1. čl. 346. ZOOH (naknada neimovinske štete zbog povrede ugovora) i st 3. čl. 1100. ZOOH (pravo pravnih lica na novčanu naknadu neimovinske štete). Nov je i pojam neimovinske štete: to je povreda prava ličnosti. St 1. ranijeg čl. 200. ZOO bitno je izmenjen, jer se sada više ne navode bolovi i ostalo kao osnov prava na naknadu nego se navodi "povreda prava ličnosti". Fizički bolovi, duševni bolovi i strah nisu, prema ZOOH, samostalni oblik povrede prava ličnosti, to su samo činjenice koje zajedno sa drugim činjenicama i okolnostima svakog konkretnog slučaja utiču na ocenu suda da je pravo ličnosti povređeno u dovoljnoj meri da zbog toga oštećeni ima pravo na pravičnu novčanu naknadu. Jedna od značajnih novina je i odredba iz čl. 1103. ZOOH da obaveza pravične naknade dospeva danom podnošenja pismenog zahteva ili tužbe (osim ako je šteta nastala nakon toga). To će pomoći i bržem rešavanju parnica, jer tuženi nije stimulisan na odugovlačenje postupka. Jednom protivpravnom radnjom moguće je istovremeno povrediti više prava ličnosti, pa se kao posledica toga javlja mogućnost kumulacije povreda prava ličnosti, odnosno kumulacija naknada štete. Zakon više ne upotrebljava izraz "nematerijalna" nego "neimovinska" šteta. Sama izmena naziva (neimovinska umesto nematerijalna šteta) nije odlučujuća, osim što se time izbegava *contradictio in adiecto* koja se pripisivala pojmu nematerijalne štete, ali je novo shvatanje nematerijalne štete doista velika promena. ZOOH je time prihvatio stavove pravne nauke u ovome području.

⁹ I. Crnić (2011), 153; J. Brežanski, "Osiguranje od automobilske odgovornosti- pravo na naknadu štete", *Bilten HUU-a* 68/2006, 9, navedeno prema: M. Čurković, "Naknada nematerijalne

konceptije, jer pravo na naknadu nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti imaju i fizička i pravna lica.¹⁰

Ako se analiziraju odredbe ZOO o naknadi nematerijalne štete (čl. 199–205) može se zaključiti da su predviđena dva oblika naknade: objavljivanje presude ili ispravke za slučaj povrede ličnih prava i novčana naknada, s tim što novčanu naknadu ZOO isključivo vezuje za pretrpljene fizičke i duševne bolove i strah.¹¹ Oštećeni ne sme da dobije tako malu novčanu naknadu koja bi za njega predstavljala uvredu, ali ni tako visoku naknadu koja bi predstavljala eksploataciju, komercijalizaciju, zloupotrebu prava, ostvarivanje lukrativnih ciljeva, neosnovano obogaćenje.¹²

Ono što struku najviše muči, može se sažeti kroz pitanje: kako postići glavnu svrhu (ideal) naknade štete – šteta jednako naknada, odnosno kako primeniti princip ekvivalencije na nešto što nema novčanu vrednost? Osnovni problem, koji se javio u sudskoj praksi posle donošenja ZOO, jeste iznalaženje adekvatnih kriterijuma, odnosno mehanizama ili merila na osnovu kojih bi se procenjivala “pravična novčana naknada” koju predviđa čl. 200. ZOO. Uvidom u sudsku praksu može se izvesti zaključak da su razlike u dosuđivanju novčane naknade nematerijalne štete, između sudova, tolike da predstavljaju zabrinjavajuću okolnost.¹³ Na teorijskom polju glavne rasprave vode se o njenoj pravno-etičkoj prirodi i opravdanosti, dok na praktičnom polju akcenat se stavlja na raspravu

štete u nekim evropskim zemljama,” *Parnični i izvršni postupak, naknada štete i osiguranje* (ur. Z. Petrović), Budva 2006, 241.

¹⁰ Više o pravu pravnih lica na naknadu nematerijalne štete: M. Baretić, “Pojam i funkcije neimovinske štete prema novom Zakonu o obveznim odnosima”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2006, 472–473; M. Vrhovšek–V. Kozar, “Nematerijalna šteta zbog narušavanja ugleda pravnog lica”, *Branič* 1–2/2010, 85 i dalje; A. Alishani, “Nematerijalna šteta i njena naknada zbog povrede prava ličnosti”, *Pravni život* 11/2007, 881 i dalje; V. Marković, “Nematerijalna šteta pravnog lica : Poslovni ugled - lično pravo kome treba ustanoviti zaštitu”, *Pravni život* 11/2008, 657 i dalje; V. Kozar, “Vrste štete zbog povrede prava na žig i neloyalne konkurencije”, *Pravo i privreda* 5-8/2000, 669 i dalje; U tom kontekstu se izjašnjava i Prednacrt našeg Građanskog zakonika iz 2009. god. knjiga druga, čl. 226, <http://www.mpravde.gov.rs/images/II%20knjiga.pdf> (datum pristupa 13. 11. 2011. godine).

¹¹ S. Krneta, “Novčana naknada nematerijalne štete zbog povrede autorskog prava”, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* 1981, 83; M. Nikolić, “Duševni bolovi i naknada štete”, *Pravni život* 10/2000, 533; Z. Petrović, “Naknada nematerijalne štete po Zakonu o obligacionim odnosima i predlozi za izmenu”, *Pravo – teorija i praksa* 5–6/2002, 24; P. Trifunović, “Pravična novčana naknada nematerijalne štete”, *Naknada štete i ugovor o osiguranju* (ur. A. K. Filipović, A. Radovanov), Novi Sad 2004, 125.

¹² P. Trifunović, “Naknada neimovinske štete zbog smrti bliskog lica”, *Pravni život* 10/1998, 896.

¹³ Z. Petrović (2002), 23; N. Pešić, “Odmeravanje novčane naknade nematerijalne štete za telesnu povredu”, *Pravni život* 9-10/1992, 1483.

o nemogućnosti objektivnog ustanovljavanja visine same štete, o nemogućnosti utvrđivanja odgovarajuće naknade za takvu štetu, o krugu lica koja na nju imaju pravo.¹⁴

U cilju što ujednačenije sudske prakse po pitanju novčane naknade nematerijalne štete Vlada Republike Srbije je na osnovu čl. 26. st. 2. Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju¹⁵ donela Uredbu o naknadi štete na licima (u daljem tekstu: Uredba).¹⁶ Ako pođemo od činjenice da se nematerijalna šteta ne menja u zavisnosti od okolnosti u kojima je ona prouzrokovana (fizički bol je fizički bol bez obzira na način na koji se nanosi, duševna patnja za umrlim licem je istog karaktera bez obzira na to da li je umrli stradao u saobraćajnoj nesreći ili na neki drugi način itd.) ova Uredba se može primenjivati i na one slučajeve utvrđivanja visine novčane naknade nematerijalne štete koji nisu posledica saobraćajne nezgode.

Duševni bol je patnja oštećenog lica zbog narušavanja telesnog integriteta, zdravlja, izgleda, ugleda, časti, slobode i prava ličnosti kao i zbog smrti i teškog invaliditeta bliskog lica.¹⁷

U ovom radu detaljno ćemo istražiti, analizirati i izložiti problem novčane naknade nematerijalne štete za duševne bolove koji su prouzrokovani umanjnjem životne aktivnosti (gde će pažnja biti posvećena samom pojmu, načinu ispoljavanja, određivanju naknade, nasleđivanju naknade, ustupanju naknade i zastarelosti potraživanja naknade za ovaj oblik nematerijalne štete).

Pojam umanjenja životne aktivnosti

U vezi sa ovim oblikom nematerijalne štete u našoj sudskoj praksi upotrebljava se dvadesetak različitih naziva,¹⁸ od kojih se najčešće upotrebljava izraz "umanjenje opšte životne sposobnosti", izraz koji ima mana zbog okolnosti da se

¹⁴ B. Matijević, "Institut naknade nematerijalne štete", http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/institut_naknade_nematerijalne_stete.pdf (datum pristupa: 01. 11. 2011. godine u 15h i 33min), 1.

¹⁵ Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju, *Sl. glasnik RS*, 51/09.

¹⁶ Uredba Vlade Republike Srbije o naknadi štete na licima (Uredba), *Sl. glasnik RS*, 34/2010.

¹⁷ A. Radolović, "Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2006, 154: U st.1. čl. 200. ZOO koristi se veznik "ili". Formulacija dolazi iza početka rečenice u kojoj se nabroja da se novčana naknada za pretrpljenu nematerijalnu štetu daje samo u tačno određenim slučajevima (bolovi, duševni bolovi zbog umanjenja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode...), na osnovu toga dobija se utisak da su navedene vrednosti jedno, a prava ličnosti drugo (deli ih rastavni veznik "ili"). Trebalo je koristiti sastavni veznik "i" zbog same činjenice da su sve te vrednosti prava ličnosti, te je trebalo formulirati da se naknada daje i za povredu svih drugih prava ličnosti; S. Krneta, 83; P. Trifunović (2004), 124.

¹⁸ O. Stanković (1998), 247.

ne radi o sposobnosti koja je opšta, zajednička za sve ljude, već individualna i specifična za svako ljudsko biće.¹⁹ Zapravo, radi se o sposobnosti koju je jedno lice imalo pre nastupanja štete, o aktivnostima koje je oštećeni vršio bez problema a koje sada, po nastupanju štete, ne može vršiti (gubitak životne aktivnosti) ili otežano može vršiti uz pojačane napore i tegobe (pojačani napori u obavljanju životne aktivnosti) ili ih uopšte ne može vršiti u tom obimu (smanjenje životne aktivnosti).

Duševni bol podrazumeva svako intimno trpljenje koje remeti psihičku i emotivnu ravnotežu jedne osobe nanoseći štetu onom neimovinskom dobru koje bi se najbliže moglo odrediti kao duševni mir.²⁰ Umanjenje životne aktivnosti je vid prevashodno buduće nematerijalne štete, i to produžene buduće štete.²¹ Nematerijalna šteta za pretrpljene duševne bolove zbog umanjenja životne aktivnosti nastaje kao akcesorna posledica telesne povrede oštećenog lica. Smanjenje opšte životne aktivnosti u većem ili manjem stepenu postoji onda kad usled telesne povrede kod povređenog nastupi nemogućnost ili smanjena mogućnost funkcionisanja organa ili organizma u celini, tako da povređeni ne može vršiti, ili ograničeno može vršiti, ili može vršiti tek uz pojačane napore i tegobe, opšte životne funkcije i aktivnosti, kao što su kretanje, vršenje svakodnevnih radnji u životu, obavljanje fizioloških funkcija, zadovoljavanje drugih opštih i uobičajenih potreba i interesa u životu. Smatra se da je granica do koje je umanjenje životne aktivnosti manjeg značaja do 5%.²² Smanjenje životne aktivnosti postoji i kada oštećeni otežano koristi ne samo fizičku već i duševnu snagu.²³

Umanjenje životne aktivnosti odlikuje se posebnom sintezom raznih vido-va nematerijalne štete, u jedinstven vid štete,²⁴ pa se umanjenje životne aktivnosti manifestuje kao fizička bol trajnog karaktera ili kao duševna bol zbog ogra-

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ M. Draškić, "Naknada štete za pretrpljene duševne bolove zbog smrti vanbračnog druga", *Pravni život* 9–10/1992, 1512.

²¹ V. Vučković, "Naknada buduće nematerijalne štete", *Pravni život* 9-10/1992, 1529: Buduća šteta je ona šteta koja tek treba da se realizuje, ali iz uzroka koji je već nastao. Buduća šteta je već prouzrokovana ali posledice će tek nastati. Ako su one nastupile ali se njihov produžetak sa sigurnošću očekuje u budućnosti, govori se o kontinuiranoj budućoj šteti (produžena buduća šteta). Ukoliko još nema posledica, ali je sigurno da će ih biti, radi se o samostalnoj šteti (nova buduća šteta); M. Mijačić-Cvetanović, "Novčana naknada buduće nematerijalne štete", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 1987, 94.

²² D. Medić, "Neki aspekti naknade štete za duševne bolove zbog umanjenja životne aktivnosti", *Naknada štete i osiguranje* (ur. Z. Petrović), Budva–Beograd 2005, 110.

²³ M. Šemić, *Prouzrokovanje i naknada štete*, Zrenjanin 1999, 310, navedeno prema: M. Nikolić, 534.

²⁴ Z. Ivošević, "Naknada štete zbog umanjenja životnih aktivnosti", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–5/1978, 663.

ničenja koje oštećeni trpi u vezi sa životnim aktivnostima, kojim bi se bavio da nije povređen, ili kao obe vrste bola kumulativno, zbog smanjenja funkcionalnosti i aktivnosti organizma povređenog ili zbog ulaganja napora da bi vršio pokrete i obavljao radnje u zadovoljavanju običnih, redovnih, svakodnevnih potreba.²⁵

Prekid školovanja, zbog posledica povrede, ne predstavlja poseban (samostalan) vid nematerijalne štete, ali se može uzeti u obzir kao osnov za naknadu štete zbog duševnih bolova, u sklopu naknade zbog umanjavanja životne aktivnosti.²⁶ U odluci Saveznog suda Gzs 57/76 od 17. 01. 1976. godine, pored ostalog, kaže se: "Nematerijalna šteta zbog prekida školovanja ogleda se u nemogućnosti oštećenog da sudeluje u jednom vidu životne aktivnosti prirodne i, po redovnom toku stvari, dostupne mladim ljudima i uskraćenom zadovoljstvu koje završeno školovanje i veće znanje redovno pružaju čoveku. Zato tu vrstu štete i naknadu za nju treba imati u vidu pri odmeravanju naknade za smanjenje opšte životne aktivnosti, čiji je to sastavni deo i ne može se posebno izdvojiti."²⁷

Ukoliko strah kod oštećenog lica izazove vrlo teške pa i trajne posledice koje se manifestuju kroz trajne poremećaje, odnosno kroz odstupanja u ponašanju u odnosu na period pre nastanka događaja koji je izazvao strah, ali i kroz određene teže poremećaje psihičkog karaktera, u takvim slučajevima ovaj vid nematerijalne štete prerasta u duševne bolove zbog umanjavanja životne aktivnosti i naknada štete u novčanom iznosu dosuđuje se u okviru novčane naknade za pretrpljene duševne bolove zbog umanjavanja životne aktivnosti.²⁸ Ovakav stav se održao i u novijoj sudskoj praksi, gde u odluci Okružnog suda u Valjevu Gž- 346/06 od 13. 02. 2006. godine, između ostalog, stoji: "Kada je pretrpljeni strah prouzrokovao umanjjenje životne aktivnosti, pored naknade štete za strah, oštećeni ima pravo i na naknadu štete za duševne bolove zbog umanjavanja životne aktivnosti."²⁹

²⁵ M. Mijačić-Cvetanović (1987), 97; A. Radovanov, "Odmeravanje visine pravične naknade nematerijalne štete", *Pravo – teorija i praksa* 5–6/2002, 33–34; A. Radovanov, "Novčana naknada nematerijalne štete i kriterijumi za određivanje njene visine", *PRAVO- teorija i praksa* 12/2001, 3; A. Radovanov, "Značaj sudske prakse pri odmeravanju pravične novčane naknade nematerijalne štete", *Naknada štete i ugovor o osiguranju* (ur. A. K. Filipović, A. Radovanov), Novi Sad 2004, 139–140.

²⁶ Zaključak sa savetovanja građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 15 i 16. X. 1986. godine, navedeno prema: S. Andrejević, Lj. Milutinović, Z. Petrović, *Nematerijalna šteta*, Biblioteka Pravni informator, Beograd 2007, 29; M. Dedijer, "Nematerijalna šteta i njena naknada", *Pravni život* 11–12/1994, 1842; N. Pešić (1992), 1484.

²⁷ Zbirka sudskih odluka Vrhovnog suda Srbije iz oblasti građanskog prava 1973–1986, str. 115.

²⁸ Odluka Suda udruženog rada Vojvodine Ež. 599/ 85 od 21. 10. 1985. godine, navedeno prema: N. Đudar, "Naknada nematerijalne štete za strah kod povrede na radu", *Pravo – teorija i praksa* 10/1998, 59; Z. Ivošević, 663.

²⁹ Izbor sudske prakse, br. 10/2007, odl. br. 63.

Ispoljavanje štete

Umanjenje životne aktivnosti može se ispoljavati kao pojačan napor u vršenju životnih aktivnosti ili kao gubitak odnosno smanjenje nekih životnih aktivnosti.³⁰

Pojačani napori se ispoljavaju u tegobama koje prate oštećenog u svakodnevnim životnim aktivnostima, a posledica su: fizičkih bolova koji se javljaju prilikom preduzimanja životnih aktivnosti; straha od preduzimanja tih aktivnosti; psihičkih patnji zbog činjenice da se aktivnosti ne mogu više preduzimati bez teškoća.³¹ U odluci Vrhovnog suda Srbije Rev- 4800/01 od 19. 12. 2001. godine, navodi se da manifestacije umanjjenja opšte životne aktivnosti mogu se sastojati u: "Pojačanim naporima koje oštećeni ulaže u vršenju svakodnevnih radnji i poslova, obavljanja fizioloških funkcija, bavljenja određenim pozivom van procesa rada, sportom ili navikama i vršenju drugih aktivnosti kojima se zadovoljavaju potrebe i interesi itd."³²

U sudskoj praksi postavilo se pitanje da li treba praviti razliku između pojačanih napora u radu i pojačanih napora u običnom životu. U pravnoj teoriji dominira stav prof. dr O. Stankovića³³ da "nema nikakvog opravdanja praviti razliku između pojačanih napora u radu i pojačanih napora u običnom životu, pošto između njih nema kvalitativne razlike niti je to razgraničenje moguće sprovesti do kraja." Mišljenja smo da pravo na naknadu zbog pojačanih napora treba posmatrati jedinstveno, bez obzira da li se radi o pojačanim naporima oštećenog u običnom životu ili o pojačanim naporima koje oštećeni ulaže u cilju ostvarivanja svog dohotka.³⁴ Međutim, ukoliko oštećeni zbog umanjjenja životne aktivnosti ne može da obavlja svoje radne obaveze na način na koji ih je obavljao pre umanjjenja životne aktivnosti, pa usled toga ne ostvaruje dohodak (imovinsku korist) koji bi inače, po redovnom toku stvari, mogao ostvarivati svojim radom, u tom slučaju mu pripada pravo na naknadu materijalne štete zbog umanjjenja radne sposobnosti kao segmenta opšte životne sposobnosti.

Gubitak ili smanjenje životnih aktivnosti postoji u onom slučaju kada oštećeni ne može ili smanjeno može vršiti određene životne aktivnosti koje je pre štete

³⁰ O. Stanković (1998), 247.

³¹ Z. Ivošević, 664.

³² Bilten sudske prakse Okružnog suda u Novom Sadu, br. 2002/5, str. 66.

³³ O. Stankovića (1998), 275.

³⁴ O. Stanković (1998), 253; Z. Ivošević, 665; Presuda Vrhovnog suda Jugoslavije Rev. br. 156/71. od 22. juna 1971. godine, navedeno prema: N. Pešić, "Naknada nematerijalne štete", *Ugovorno i odštetno pravo po Zakonu o obligacionim odnosima* (ur. M. Petrović), Beograd 1979, 446; Presuda Okružnog suda u Beogradu P- 1035/71 od 15. XII 1971. godine, navedeno prema: Z. Ivošević, 664-665.

nog događaja bez problema vršio. Nemogućnost ili smanjena mogućnost obavljanja nekih životnih aktivnosti treba da predstavlja posledicu telesnog oštećenja ili bolesti. Šteta se ispoljava u duševnim bolovima koje oštećeni trpi zbog nemogućnosti ili smanjene mogućnosti obavljanja određenih životnih aktivnosti. Tako u odluci Vrhovnog suda Jugoslavije Rev- 294/73. od 29. 10. 1973. godine, između ostalog, se navodi da šteta zbog smanjenja opšte životne sposobnosti nastaje usled toga što: "Oštećeni ne može normalno da vrši sve funkcije organizma kao što su normalno hodanje, obavljanje dnevnih telesnih potreba, bavljenje sportom itd."³⁵

Određivanje naknade

Visina naknade za pretrpljene duševne bolove određuje se primenom čl. 232. Zakona o parničnom postupku (u daljem tekstu: ZPP),³⁶ pri čemu je slobodna ocena suda, koja proističe iz ovog člana, ograničena obavezom suda da prilikom odmeravanja naknade vodi računa o svim uslovima predviđenim članom. 200. ZOO. Sud je, takođe, vezan i tužbenim zahtevom i on ne može da dosudi više nego što se zahteva od strane oštećenog lica. Sud odlučuje u granicama tužbenog zahteva.

Priroda i svrha naknade. – Novčana naknada nije protivrednost za telesno ili zdravstveno oštećenje, sa druge strane ona nije ni privatna kazna za štetnika. O tome najbolje govori odluka Vrhovnog suda Srbije Rev- 1477/05 od 27. 12. 2005. godine, gde se, između ostalog, navodi da: "Pravična naknada nematerijalne štete predstavlja satisfakciju (moralno zadovoljenje) koja se izražava u novcu kojim će se ublažiti, a ne u potpunosti reparirati duševni bol, ona ne predstavlja novčanu kaznu, a ni sredstvo za popravljavanje porodičnog budžeta." Dakle, novčana naknada se ne dosuđuje na principu ekvivalencije, da bi se uspostavilo ranije stanje, već ona predstavlja satisfakciju, zadovoljenje kojim će se ublažiti i potisnuti tuga i patnja, pribavljanjem nekog čulnog ili materijalnog zadovoljstva u cilju postizanja psihičke ravnoteže. U ovakvim slučajevima se ne radi o obeštećenju u klasičnom smislu, već o satisfakciji oštećenom licu kojom mu se želi omogućiti pribavljanje nekih zadovoljstava i užitaka pomoću kojih će on pokušati da ublaži sve one neugodnosti koje je zbog pretrpljene štete imao. Novčanim davanjima nije moguće u potpunosti otkloniti štetne posledice, niti je to cilj kojem se teži. Suština je u tome da se žrtvi omogući da putem novčane naknade pribavi sebi određenu prijetnost, radost, uživanje, neko duhovno, čulno ili intelektualno zadovoljstvo

³⁵ Navedeno prema: Z. Ivošević, 665.

³⁶ Zakon o parničnom postupku – ZPP, Sl. glasnik RS, br. 72/2011.

radi uspostavljanja pozitivnog stanja u njenom psihičkom životu.³⁷ Novčana naknada nije cena nematerijalne štete, ona je sredstvo pomoću kojeg oštećeni može sebi pribaviti neku životnu radost i na taj način što potpunije uspostaviti određenu ravnotežu u svojoj psihičkoj sferi.³⁸ Da su stavovi teorije satisfakcije prihvaćeni u našoj sudskoj praksi najbolje se može videti iz niza odluka vrhovnih sudova. U odluci Vrhovnog suda Jugoslavije Rev- 352/71 od 29. 12. 1971. godine, između ostalog, se navodi: "Koliko god davanjem neke novčane sume kao zadovoljenja za neimovinsku štetu koju oštećeni trpi redovno nije moguće tu štetu u potpunosti otkloniti, ipak se pri odmeravanju novčanog iznosa ne može jednostavno pozivati na tu nemogućnost, već treba težiti da novčani iznos omogućí oštećenom pribavljanje izvesnog zadovoljstva u životu, zadovoljstva kojim će se, što je više moguće, ublažiti patnja što pritiskuje čovekov život zbog pretrpljenih telesnih povreda. To je smisao i cilj novčanog zadovoljenja za neimovinsku štetu. Iznad svih ostalih slučajeva, to treba da važi kod takvih telesnih povreda usled kojih i sama fizička egzistencija ljudske ličnosti u svojim najbitnijim elementima dolazi u pitanje."³⁹ Odlukom Vrhovnog suda Srbije Rev- 28/02 od 05. 09. 2002. godine, pored ostalog, se kaže: "Naknada neimovinske štete nije u funkciji uspostavljanja ekvivalencije, već predstavlja satisfakciju i sredstvo koje oštećenom omogućava da pribavljanjem određenog materijalnog ili duhovnog zadovoljstva ublaži bol i patnju."⁴⁰ Takođe, u odluci Vrhovnog suda Srbije Rev- 2247/05 od 24. 06. 2006. godine, između ostalog, stoji: "Pravična novčana naknada, kao oblik otklanjanja štetnih posledica, sastoji se u isplati sume novca kao satisfakciji za pretrpljenu neimovinsku štetu, da bi se kod oštećenog uspostavila psihička ravnoteža narušena zbog trpljenja."⁴¹

Relevantne okolnosti. – Odmeravanje visine novčane satisfakcije, zbog umanjnja životne aktivnosti, ne zavisi samo od medicinski utvrđenog procenta telesnog oštećenja, odnosno procenta umanjnja životne aktivnosti,⁴² već od toga u

³⁷ O. Stanković (1998), 43.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Bilten VSJ 34, str. 23.

⁴⁰ Izbor sudske prakse br. 1/2003, odl. br. 55.

⁴¹ Sudska praksa br. 9/2007, str. 28.

⁴² U našoj sudskoj praksi umanjnje životne aktivnosti utvrđuje se obično veštačenjem po veštaku medicinske struke, a iskazuje procentualno. Više o tome: B. Prokeš, O. Prokeš, "Lekar – veštak u sudskom postupku za naknadu štete zbog umanjnja opšte životne aktivnosti", *Pravni život* 9/2006, 485 i dalje; Okružni sud u Beogradu, Gž-391/00 od 19. 04. 2000. godine: "Pri određivanju procenta umanjnja životne aktivnosti sudski veštaci određuju procenat smanjenja svaki za povrede koje je veštačio, pa nakon usaglašavanja zajednički određuju procenat smanjenja životne aktivnosti, pri čemu se ovaj procenat ne određuje prostim sabiranjem."

kojoj se meri procenat umanjenja odražava na celokupan život oštećenog.⁴³ U odluci Vrhovnog suda Srbije Rev- 5006/00 od 22. 02. 2001. godine, pored ostalog, stoji: "Pri određivanju novčane naknade za pretrpljenu neimovinsku štetu vodi se računa o stepenu umanjenja životne aktivnosti, težini telesne povrede, stepenu naruženosti, godinama starosti oštećenog, i ostalim okolnostima vezanim za njegovo stanje posle povređivanja." A u odluci Rev- 4581/01 od 12. 12. 2001. godine, istog suda, između ostalog, se kaže: "Prilikom odmeravanja novčane satisfakcije, zbog umanjenja životne aktivnosti, uzimaju se u obzir sve okolnosti koje su od značaja za veličinu patnji, tegoba, pojačanih napora i drugih psihičkih bolova kojima je povređeni zbog oštećenja tela, odnosno zdravlja, opterećen u njegovim konkretnim uslovima života i rada, a takođe i dužina ljudskog veka, odnosno dužina trajanja psihičkih bolova."⁴⁴

Ključne okolnosti za odmeravanje visine novčane naknade su stepen duševnih bolova i njihovo trajanje. Sve druge okolnosti, značanje za odmeravanje naknade, imaju karakter pomoćnih merila. Kada su u pitanju pojačani napori u obavljanju životnih aktivnosti, mora se utvrditi da li će oni sa dolaskom starosti postati veći, zbog činjenice da se mogućnosti čoveka za obavljanje svakodnevnih životnih aktivnosti smanjuju u starijem dobu. Ne bi se smelo poći od zaključka da je starost sama po sebi teška, te da se u tom periodu života smanjuju učinci povrede.⁴⁵ Pažnju treba obratiti i na činjenicu da invalidnost može biti delom posledica bolesti kao prirodnog faktora, a delom štetnog događaja kao ljudske radnje. Svakako treba voditi računa i o činjenici da li je oštećeni u momentu povrede bio u punoj životnoj aktivnosti, ili je zbog ranijih povreda i oboljenja životna aktivnost već bila umanjena.⁴⁶

Za priznavanje naknade za duševne bolove zbog umanjenja životne aktivnosti potrebno je postojanje svesti oštećenog da je njegova životna aktivnost smanjena kao i postojanje duševnih bolova zbog takve situacije.⁴⁷ Takođe, zahteva

⁴³ O. Stanković (1998), 269.

⁴⁴ Navedeno prema: D. Medić, H. Tajić, *Nematerijalna šteta*, Privredna štampa, Sarajevo-Banjalučka 2008, 116.

⁴⁵ V. Vučković, 1533.

⁴⁶ D. Medić, "Naknada štete za duševne bolove zbog umanjenja životne aktivnosti", *Pravna riječ* 20/2010, 85.

⁴⁷ Tako se u presudi bivšeg Vrhovnog suda Slovenije, broj: Ips - 215/80 od 04. 12. 1980. god. kaže da "nema pravno relevantne nematerijalne štete za pretrpljene fizičke bolove zbog smanjenja životne aktivnosti ako je oštećeni prilikom štetnog događaja bio toliko teško fizički oštećen da od tog trenutka pa nadalje zbog uništenja moždanih centara nije više svestan svoje situacije, ne oseća bolove ni muke," navedeno prema: D. Medić, H. Tajić, 95; U presudi Vrhovnog suda Hrvatske, broj: Rev - 1814/89 od 20. 02. 1990. god. stoji da kada se radi o invalidnom detetu školskog uzrasta može mu se priznati naknada za pretrpljene duševne bolove zbog umanjenja životne aktivnosti (prekinu-

se da je umanjnje životne aktivnosti dovelo oštećenog do ozbiljnog poremećaja emocionalne odnosno psihičke ravnoteže.⁴⁸

Imovinsko stanje štetnika uzima se u obzir prilikom odmeravanja novčane naknade nematerijalne štete samo u slučaju kad bi štetnik, zbog plaćanja naknade, sam došao u takvu oskudicu da bi time bio ugrožen njegov socijalni položaj, odnosno socijalna stabilnost. Zbog te činjenice se imovinsko stanje, odgovornog pravnog lica, ne uzima u obzir prilikom odmeravanja naknade za nematerijalnu štetu.⁴⁹

Posebnu pažnju zaslužuje razmatranje uticaja imovinskih prilika oštećenog na visinu naknade nematerijalne štete. Za pisce koji se protive tome da se prilikom odmeravanja iznosa naknade vodi računa i o imovinskim prilikama oštećenika prof. dr O. Stanković smatra da se oni nalaze na "pogrešno izabranoj polaznoj tački." Prema njegovom mišljenju, zadovoljstva koja dosuđena naknada treba da omogućiti zavise od "stepena u kome smo navikli da zadovoljavamo naše potrebe."⁵⁰ Z. Ivošević smatra da se ne treba fokusirati na materijalno već na duhovno bogastvo ličnosti odnosno da veću naknadu treba dosuditi onim licima koja poseduju veće intelektualno bogastvo bez obzira na materijalne uslove u kojima žive.⁵¹ Mišljenja smo da prilikom dosuđivanja naknade nematerijalne štete treba voditi računa, u razumnoj meri u meri u kojoj utiču da duševni bolovi budu veći ili manji, kako o materijalnim uslovima u kojima živi oštećeni tako i o duhovnom bogastvu oštećenog.

Naknada se ne može dosuditi za smetnje nastale tokom lečenja jer se ovi pojačani naponi i nelagodnosti uzimaju u obzir kod nematerijalne štete zbog fizičkih bolova.⁵² Suprotno mišljenje ima Z. Ivošević koji smatra da ovakav stav onemogućava ostvarivanje prava na potpunu naknadu za vreme lečenja. "Životna aktivnost lica sa teškim telesnim oštećenjima najviše je umanjena baš u toku lečenja, kada oni, usled vezanosti za postelju zbog nemoći organizma, vegetiraju, ostvarujući samo minimum životnih funkcija i to uz velike napore i tuđu pomoć."⁵³

to školovanje), navedeno prema: Pregled sudske prakse VSH, broj 49, odl. br. 59; N. Pešić (1992), 1483; Vid. Z. Petrović, N. Mrvić-Petrović, "Naknada nematerijalne štete zbog telesne povrede ili smrti lica", *Naknada nematerijalne štete* (ur. Z. Petrović, N. Mrvić-Petrović), Beograd 2009, 47-48; D. Medić (2005), 107.

⁴⁸ Z. Ivošević, 666.

⁴⁹ Zaključak br. 18 Savetovanja građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda o nematerijalnoj šteti od 15. i 16. 10. 1986. godine.

⁵⁰ O. Stanković (1998), 54.

⁵¹ Z. Ivošević, 668.

⁵² A. Radovanov (2004), 141; Z. Petrović, N. Mrvić-Petrović, 47.

⁵³ Z. Ivošević, 668.

Ovakav stav se može braniti kroz analizu pojedinih sudskih odluka gde se navodi da je ovaj vid štete, po pravilu, trajnog karaktera, ali novčana naknada se može dosuditi i kad je umanjene životne aktivnosti samo privremeno, ako je jačeg inteziteta i dužeg trajanja ili ako to posebne okolnosti opravdavaju.⁵⁴ Tako u odluci Vrhovnog suda Srbije GŽ-1344/73. od 18. 12. 1973. godine, pored ostalog, stoji da: "Naknada štete za privremeno smanjenu životnu aktivnost može se u izuzetnim slučajevima dosuditi pod uslovom da je ovo smanjenje vrlo visokog stepena i da postoji mogućnost otklanjanja istog posle izvesnog vremena lecarskom intervencijom."⁵⁵ Takođe, odlukom Okružnog suda u Kragujevcu, broj: GŽ - 1305/95, između ostalog, kaže se da: "Naknada nematerijalne štete na ime umanjena životne aktivnosti po pravilu je trajnog karaktera ali se može dosuditi i kad je umanjene životne aktivnosti privremeno ako je jačeg inteziteta i dužeg trajanja ili ako to posebne okolnosti opravdavaju. Ako je umanjene trajalo 45 dana, ne može se uzeti da je bilo dužeg trajanja, pa se ovaj vid štete može dosuditi samo ako postoje okolnosti koje to opravdavaju, a koje sud mora posebno obrazložiti."⁵⁶ Iz ovog bi sledio zaključak da oštećenom treba priznati pravo na novčanu naknadu zbog umanjena životne aktivnosti i tokom lečenja. Upravo je u ovom periodu stepen umanjena životne aktivnosti najjačeg inteziteta, a vremenski periodi lečenja i oporavka oštećenih lica mogu trajati i godinama. Razliku između duševnih i fizičkih bolova treba praviti od trenutka nastanka štete, u suprotnom bi jednu kategoriju trebalo brisati iz zakona, a to bi pre bili fizički bolovi. Svakako, pažnju treba obratiti i na činjenicu da se tokom lečenja koriste različita medicinska sredstva koja neutrališu bol u potpunosti, pa bi nam kao jedina relevantna ostala naknada zbog umanjena životne aktivnosti. Pored naknade za umanjenu životnu aktivnost, tokom lečenja, oštećeni bi imao pravo i na naknadu za definitivno umanjene životne aktivnosti.⁵⁷

U slučaju da vremenom dođe do jačeg pogoršanja zdravstvenog stanja koje je u uzročnoj vezi sa povredom za koju je naknada već data, tada bi se mogao naknadno dosuditi novi iznos na ime umanjena opšte životne aktivnosti. Novčana

⁵⁴ Zaključak sa savetovanja građanskih i građansko-privrednih odeljenja, Saveznog suda, vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 15. i 16. 10. 1986. godine; Z. Petrović, "Naknada nematerijalne štete za pretrpljene duševne bolove zbog umanjena životne aktivnosti" *Naknada štete i ugovor o osiguranju* (ur. A. K. Filipović, A. Radovanov), Novi Sad 2004, 166; M. Mijačić-Cvetanović (1987), 97; P. Trifunović (2004), 127; N. Pešić (1992), 1487; Z. Petrović, N. Mrvić-Petrović, 45.

⁵⁵ Navedeno prema: Z. Ivošević, 668.

⁵⁶ Navedeno prema: D. Medić, H. Tajić, 109.

⁵⁷ Z. Ivošević, 669.

naknada zbog umanjenih životnih aktivnosti dosuđuje se nezavisno od činjenice da li smanjenje životne aktivnosti ima za posledicu i materijalnu štetu.⁵⁸

Značajno pitanje za primenu pravila o pravičnoj novčanoj naknadi nematerijalne štete jeste pitanje uticaja inflacije na iznose dosuđene naknade i plaćanje kamate na dosuđeni iznos. Povodom odgovora na ovo pitanja donet je načelni stav da zatezna kamata na pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete teče od dana donošenja prvostepene presude kojom je naknada dosuđena. Takođe će se prilikom odlučivanja o visini pravične novčane naknade uzeti u obzir i vreme proteklo od nastanka štete do donošenja presude, ako dužina na satisfakciju i druge okolnosti slučaja to opravdavaju.⁵⁹

Prema ZOO za pretrpljene duševne bolove zbog umanjnja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, smrti bliskog lica sud će, ako nađe da okolnosti slučaja, a naročito jačina i trajanje bolova to opravdava, dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade materijalne štete kao i u njenom odsustvu.⁶⁰ Prilikom odlučivanja o zahtevu za naknadu nematerijalne štete, kao i o visini njene naknade, sud će voditi računa o značaju povređenog dobra i cilju kome služi ta naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom.⁶¹

Prema Uredbi, umanjnje opšte životne aktivnosti obuhvata sva trajna ograničenja u životnim aktivnostima oštećenog lica koje je ostvarivao ili bi ih po redovnom toku stvari u budućnosti izvesno ostvarivao. Pod trajnim ograničenjem podrazumeva se i obavljanje životne aktivnosti uz povećane napore ili pod posebnim uslovima. Međutim, sudska praksa je, prilikom primene ZOO, za ovaj vid nematerijalne štete dosuđivala naknadu i kad je umanjnje životne aktivnosti samo privremeno, ako je jačeg inteziteta i dužeg trajanja ili ako to posebne okolnosti opravdavaju.

⁵⁸ Odluka Vrhovnog suda Srbije, broj: Rev – 727/82, navedeno prema: Zbirka sudskih odluka Vrhovnog suda Srbije iz oblasti građanskog prava 1973 - 1986, odl. br. 538, str. 114–115.

⁵⁹ Zajednička sednica Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i pokrajina i Vrhovnog vojnog suda, održanoj 29. 04. 1987. godine u Bugojnu, navedeno prema: M. Dedijer, "Nenovčana i novčana naknada nematerijalne štete", *Pravni život* 9–10/1992, 1480–1481; Presuda Okružnog suda u Beogradu, Gž. 9127/95 od 13. 09. 1995. godine: Kako se u odnosu na neimovinsku štetu visina utvrđuje u momentu zaključivanja glavne rasprave i donošenja presude to je obaveza naknade nematerijalne štete dospela od trenutka donošenja odluke, navedeno prema: Đ. Nikolić, *Praktikum za obligaciono pravo*, BIG štampa, Beograd 2001, 343; Presuda Saveznog suda, Gzs. 11/97 od 15. 05. 1997. godine: Kamata na dosuđeni novčani iznos nematerijalne štete teče od dana donošenja presude pa do isplate, a ne od dana podnošenja tužbe, navedeno prema: Đ. Nikolić, 344.

⁶⁰ Čl. 200. st. 1. ZOO.

⁶¹ Čl. 200. st. 2. ZOO.

Uredbom se, prilikom utvrđivanja naknade nematerijalne štete, uzima u obzir i zanimanje oštećenog. Takođe, u obzir se uzima vrsta i mesto povrede, procenat umanjenja opšte životne aktivnosti, godine starosti oštećenog, ograničenja u odnosu na bavljenje sportom, rekreacijom, hobbijem u odnosu na period pre povređivanja, ograničenja u odnosu na porodičnu i socijalnu aktivnost oštećenog, kao i cilj kome služi ova naknada.

Procenat umanjenja opšte životne aktivnosti se opredeljuje na osnovu medicinske dokumentacije odnosno neposrednog pregleda povređenog, imajući u vidu sve okolnosti slučaja. Novčana naknada određuje se prema kriterijumu procenta umanjenja opšte životne aktivnosti, u zavisnosti od godina života oštećenog i to za svaki 1% umanjenja opšte životne aktivnosti: kod osoba do 20 godina života – do 160 €; kod osoba od 20 do 35 godina života – do 150 €; kod osoba od 35 do 55 godina života – do 140 €; kod osoba preko 55 godina života – do 130 €. ⁶²

⁶² U Hrvatskoj na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Republike Hrvatske održanoj dana 29. novembra 2002. godine razmatrani su i prihvaćeni Orijentacioni kriterijumi i iznosi za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete (*Kriterijumi*): Stepem smanjenja životne aktivnosti Kriterijumi izražavaju procentualno. Ukupno postoji 5 stepeni izraženih od procentualnog minimuma do procentualnog maksimuma. Tako za: prvi stepen smanjenja životne aktivnosti do 25% daje se naknada od 1.000 € za svakih 10% smanjenja životne aktivnosti; drugi stepen smanjenja životne aktivnosti od 25% do 40% daje se naknada od 1.500 € za svakih 10% smanjenja životne aktivnosti; treći stepen smanjenja životne aktivnosti od 40% do 60% daje se naknada od 3.000 € za svakih 10% smanjenja životne aktivnosti; četvrti stepen umanjenja životne aktivnosti od 60% do 80% daje se naknada od 6.000 € za svakih 10% smanjenja životne aktivnosti; peti stepen smanjenja životne aktivnosti od 80% do 100% daje se naknada u visini 10.000 € za svakih 10% smanjenja životne aktivnosti; U BiH na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Federacije BiH održanoj dana 20.02.2006. godine razmatrani su i prihvaćeni: Orijentacioni kriterijumi i iznosi za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete (*Orijentacioni kriterijumi*): Za razliku od Kriterijuma, Orijentacioni kriterijumi smanjenje životne aktivnosti dele u tri stepena, dok je mehanizam određivanja naknade za ovaj vid nematerijalne štete potpuno isti: za prvi stepen smanjenja životne aktivnosti do 30% - 5.000,00 KM za svakih 10% smanjenja životne aktivnosti; za drugi stepen smanjenja životne aktivnosti od 30% do 50% - 6.000,00 KM za svakih 10% smanjenja životne aktivnosti; za treći stepen životne aktivnosti od 50% do 100% - 7.000,00 KM za svakih 10% smanjenja životne aktivnosti. Ovakva podela neće pomoći u izjednačavanju sudske prakse posebno naglašavajući opseg trećeg stepena smanjenja životne aktivnosti od 50% pa do 100%; U Crnoj Gori je donet Pravilnik o jedinstvenim kriterijumima za utvrđivanje naknade nematerijalne i nekih vidova materijalne štete (*Pravilnik*), *Sl. listu CG*, br. 35/2009 od 3.6.2009. god: Visina novčane naknade determinisana je vrstom povrede, delom tela koji je bio izložen povređivanju, godinama starosti povređenog lica i procentom umanjenja opšte životne aktivnosti (invaliditeta), tako: licu do 30 godina starosti, za svaki procenat umanjenja životne aktivnosti pripada po 320 €; licu od 31 do 50 godina starosti, za svaki procenat umanjenja opšte životne aktivnosti pripada po 280 €; licu od 51 do 70 godina starosti 250 € za svaki procenat umanjenja opšte životne aktivnosti; dok licu preko 70 godina, propisuju se 240 € za svaki procenat umanjenja opšte životne aktivnosti. Za svaki procenat preko 70% umanjenja opšte životne aktivnosti iznos naknade se, zavisno od godina starosti, uvećava za 20%; U Francuskoj sudovi u proseku dosuđuju za: kvadruplegiju - 275.000 €; potpunu slepoću -

Ako je kod oštećenog utvrđen procenat trajnog umanjenja opšte životne aktivnosti od 50% i više, naknada se, zavisno od okolnosti slučaja, uvećava za 20%.

Oblik naknade. – Pre donošenja ZOO dominantan je bio stav da se naknada nematerijalne štete dosuđuje u jednokratnom iznosu, a samo izuzetno u obliku rente.⁶³ Prof. dr O. Stanković smatra da naknadu nematerijalne štete treba dosuđivati u jednokratnom iznosu, a ne u obliku rente, bez obzira što je nematerijalna šteta trajnog karaktera (duševni bolovi zbog umanjenja životne aktivnosti, duševni bolovi usled unakaženosti, duševni bolovi u slučaju smrti bliskog lica). Funkcija nematerijalne štete bila bi manje uspešna ako bi oštećeniku stajali na raspolaganju manji mesečni iznosi, jer to automatski čini nemogućom upotrebu naknade u određene svrhe.⁶⁴

Na Zajedničkoj sednici Saveznog suda, vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 7. i 8. 5. 1981. godine zauzet je načelan stav da naknada nematerijalne štete zbog umanjenja životne aktivnosti dosuđuje se u jednokratnom novčanom iznosu, ali može, na zahtev oštećenog, biti dosuđena i u obliku novčane rente, ako takav oblik naknade prema okolnostima datog slučaja predstavlja odgovarajuću satisfakciju. Usvojeni načelni stav dobio je svoju potvrdu na Savetovanju građanskih i građansko privrednih odeljenja najviših sudskih instanci održanom 15. i 16. oktobra 1986. godine u Ljubljani. Na istoj sednici je zauzet stav da se novčana renta za nematerijalnu štetu može usled znatno izmenjenih okolnosti može povećati, smanjiti ili ukinuti. U odluci Vrhovnog suda Srbije Rev- 770/06 od 13. 07. 2006. godine, između ostalog, navodi se: "Naknadu nematerijalne štete u obliku novčane rente ZOO u odeljku koji se bavi naknadom nematerijalne štete izričito ne predviđa, propisujući u članu 200. st. 1. da će sud dosuditi za nematerijalnu štetu "pravičnu novčanu naknadu". Međutim, po stanovištu Vrhovnog suda izloženo zakonsko uređenje ne znači isključenje mogućnosti dosuđivanja naknade nematerijalne štete u vidu mesečne rente doživotno ili za određeno vreme." Dakle, ZOO naknadu nematerijalne štete u obliku rente izričito ne zabranjuje. Osim toga, u prilog dosuđivanja naknade u obliku rente ukazuje i poreklo naknade štete zbog umanjenja životne aktivnosti, trajan karakter ovog oblika nematerijalne štete, i sam institut pravičnosti.

230.000 €; trajnu unakaženost lica – 4. 600 €; potpuni gubitak seksualne moći – 76.000 €; sterilnost kod mlađe žene bez dece – 76.000 €; sterilnost kod 40 godišnjek miškarca, s dvoje dece, u stabilnom braku – 23.000 €, navedeno prema: M. Ćurković, 249; U Nemačkoj, za teške oblike invaliditeta, odnosno za potpunu invalidnost dosuđuju se novčane naknade koje prelaze i pola miliona eura, navedeno prema: M. Ćurković, 251.

⁶³ E. Durutović, "Naknada nematerijalne štete u obliku rente", *Naknada nematerijalne štete* (ur. Z. Petrović, N. Mrvić Petrović), Beograd 2009, 199.

⁶⁴ O. Stanković (1998), 272–273.

Ostalo je otvoreno pitanje, da li će se kod izmene rente uzeti kao pretpostavka za izmenu i povećanje troškova života pored promene u životnoj aktivnosti oštećenog.⁶⁵ O promenama životnih troškova mora se voditi računa zbog same činjenice da bi u suprotnom imali kao posledicu da oštećeni ne može sebi pribavljati istu satisfakciju čak i da njegova životna aktivnost ostane nepromenjena. Naknada nematerijalne štete u obliku rente može se dosuditi i za sve druge trajne oblike nematerijalne štete, koji u izraženijem intezitetu kontinuirano traju u budućnosti.⁶⁶

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 razlučivati, može se dosuditi jedinstvena naknada za ukupnu nematerijalnu štetu.⁶⁷ Tako, u slučaju vrlo teškog invaliditeta kada fizički bolovi, duševni bolovi zbog umanjena životne aktivnosti i naruženosti te strah predstavljaju kvalitativnu celinu koja prerasta mogućnost izolovanja pojedinih oblika štete i njihovo odvojeno ocenjivanje, moguće je za sve oblike nematerijalne štete dosuditi satisfakciju u jednom iznosu.⁶⁸ Prof. dr O. Stanković smatra da "ukupna naknada nije i ne sme biti nikakva samostalna veličina sadržana u presudi već samo mehanički zbir naknada dosuđenih za pojedine štete, od kojih je svaka posebno utvrđena i kvantitativno opredeljena."⁶⁹ Sud određuje naknadu za nematerijalnu štetu slobodnom ocenom, koja proističe iz čl. 232. ZPP, pri čemu je slobodna ocena suda ograničena obavezom suda da prilikom odmeravanja naknade vodi računa o svim uslovima predviđenim čl. 200. ZOO. Sud je, takođe, vezan i tužbenim zahtevom i on ne može da dosudi više i nešto drugo nego što se zahteva od strane oštećenog lica. Pošto dosuđivanje naknade nema za cilj potpuno otklanjanje nematerijalne štete, već služi satisfakciji oštećenog, a nematerijalnu štetu nije moguće 100% utvrditi, to se ni od suda ne zahteva da 100% razluči visinu naknade za svaki oblik nematerijalne štete, ali svakako da to treba učiniti.

Uračunavanje invalidnine u iznos naknade. – U pravnoj teoriji postoji saglasnost da se naknada za telesno oštećenje (invalidnina) uračunava u pravičnu na-

⁶⁵ N. Pešić (1992), 1490.

⁶⁶ Iz obrazloženja načelnog stava usvojenog na Zajedničkoj sednici Saveznog suda, vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 7. i 8. 5. 1981. godine, navedeno prema: E. Durutović, 199; Z. Petrović, V. Todorović, *Naknada štete u obliku rente*, Nomos, Beograd 2004, 82; Z. Petrović, "Renta za nematerijalnu štetu", *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 9/1999, 288.

⁶⁷ Zaključak sa Savetovanja građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 15. i 16. 10. 1986. godine, navedeno prema: S. Andrejević, Lj. Milutinović, Z. Petrović, 41.

⁶⁸ *Ibid.*, 42.

⁶⁹ O. Stanković (1998), 267.

knadu za umanjnje životne aktivnosti.⁷⁰ Novčana naknada za telesno oštećenje (invalidnina) uzima se u obzir (ceni zajedno sa drugim okolnostima) samo kod odmeravanja naknade za duševne bolove zbog umanjnja životne aktivnosti, bez obzira na to da li je ta naknada priznata u jednokratnom iznosu ili u obliku novčane rente.⁷¹ U odluci Vrhovnog suda Srbije Rev- 5985/97, između ostalog, se navodi: “Ne može se prihvatiti pravilnim stanovište sudova da se kod odmeravanja visine pravične novčane naknade za pretrpljene duševne bolove zbog umanjnja životne aktivnosti ne uzima u obzir i naknada za telesno oštećenje na koju oštećeni ima pravo po propisima o invalidskom osiguranju. Naprotiv, ona se uzima u obzir i ceni zajedno sa drugim okolnostima s tim što ne mora da se kapitalizira niti da se kapitalizirani iznos odbija od sume koja se po tom osnovu dosuđuje.”⁷² Isto stoji i u odluci Vrhovnog suda Srbije Rev- 401/98 od 12. 05. 1998. godine: “Pri utvrđivanju visine pravične novčane naknade za duševne bolove zbog umanjnja životne aktivnosti sud uzima u obzir i naknadu za telesno oštećenje koja se stiče po propisima o invalidskom osiguranju.” Ako oštećeni po osnovu telesnog oštećenja ima pravo na invalidninu, a nije prethodno ostvario ovo pravo niti to namerava da učini, tada prvostepeni sud može kao prethodno pitanje utvrditi pravo oštećenog na naknadu za telesno oštećenje ako iz prirode i stepena telesnog oštećenja proizilazi da bi oštećeni po propisima invalidskog osiguranja mogao ostvariti tu naknadu.⁷³ Načelo odštetnog prava (da naknada ne može biti veća od iznosa štete) nalaže da se sve isplate u vezi sa štetnim događajem uračunavaju u naknadu.⁷⁴ Odlukom Vrhovnog suda Srbije Rev- 79/04 od 11. 11. 2004. godine, između ostalog, kaže se: “Kod odmeravanja pravične naknade nematerijalne štete, uzima se u obzir i ono što je oštećenik primio u vansudskom postupku.”⁷⁵ Da bi se isplate uračunale u naknadu treba da iz njihove svrhe proizilazi da je time smanjena šteta. Ako iz svrhe proizilazi da je isplatom smanjena šteta treba je odbiti od naknade.⁷⁶

⁷⁰ O. Stanković (1998), 261; Z. Ivošević, 671.

⁷¹ Zaključak sa Savetovanja građanskih i građanskoprivrednih odeljenja Saveznog suda, vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 15 i 16. 10. 1986. godine.

⁷² Navedeno prema: D. Medić, H. Tajić, 307.

⁷³ Načelni stav na XXVIII Zajedničkoj sednici bivšeg Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 6. i 7. novembra 1985. godine, navedeno prema: N. Pešić (1992), 1492.

⁷⁴ Z. Petrović, V. Todorović (2004), 87, ističu da to mogu biti različite isplate iz fonda solidarnosti, socijalne pomoći, primanja socijalnog osiguranja (invalidskog, penzionog, zdravstvenog i sl.).

⁷⁵ Sudska praksa br. 2005/2-3, odl. br. 41.

⁷⁶ Zaključak sa Savetovanja građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 15. i 16. oktobra 1986. godine, navedeno prema: S. Andrejević, Lj. Milutinović, Z. Petrović, 27.

ZAKLJUČAK

Posmatrano sa tačke ZOO, što se tiče kriterijuma i načina za utvrđivanje nematerijalne štete koji su predviđeni Uredbom, to su oni isti kriterijumi i načini koje su sudovi, pri primeni ZOO, razvili u sudskoj praksi od donošenja ZOO pa do danas. Sud pri odlučivanju o zahtevu za naknadu nematerijalne štete, koja nije prouzrokovana u saobraćajnoj nesreći, na osnovu čl. 200. ZOO nije vezan ovom Uredbom, ali ona svakako može da posluži kao dobar orijentir pri odlučivanju, i u velikoj meri uticati na usklađivanje sudske prakse po pitanju pravične novčane naknade nematerijalne štete. Međutim, ono što se da primetiti, a vezano za iznose naknada, jeste činjenica da su iznosi predviđeni Uredbom manji od iznosa koje slični akti u susednim zemljama predviđaju, a daleko manji od iznosa koje evropski sudovi dosuđuju po osnovu naknade nematerijalne štete. Može se opravdano postaviti pitanje da li su naši fizički bolovi, duševni bolovi, strahovi manjeg značaja od istih bolova i strahova stanovnika Hrvatske, ili pak Francuske, Nemačke, Mađarske. To se, na neki način, može pravdati životnim standardom, ali svakako da on nije kvalitetno opravdanje. Zatim, iznosi naknada se predviđaju na taj način da se limitira njihova gornja granica, kao da se ujednačavanje sudske prakse nije moglo postići predviđanjem minimalnih iznosa naknada sa jedne strane, a ostavljajući sudovima diskreciono ovlašćenje da sami utvrde kolika će biti gornja granica tih iznosa sa druge strane. Sve ovo aludira na činjenicu da je ova Uredba pisana pod uticajem vlasnika krupnog kapitala, pre svega, osiguravajućih kompanija.

SAMIR MANIĆ

Assistant, State University of Novi Pazar

MONEY COMPENSATION FOR EMOTIONAL DISTRESS DUE TO REDUCTION OF A LIFE ACTIVITY

Summary

In this paper, an issue of money compensation for non-pecuniary damage for emotional distress caused by reduction of a social activity has been researched, analyzed and exposed in details. The provisions of Regulation brought by the Government and Supreme Courts of the ex-Yugoslav republics regarding court practice in the issue of a regular determination of a fee for non-pecuniary money compensation have also been analyzed and exposed. Certainly, the subject of this paper is the Regulation of the Serbian Government on compensation to third parties, either.

JELENA BOROVAC

SPORNI VID NEMATERIJALNE ŠTETE PREMA DRŽAVI ZBOG POVREDE PRAVA LIČNOSTI

SLUČAJ PRED EVROPSKIM SUDOM ZA LJUDSKA PRAVA

Pred Evropskim sudom za ljudske prava u Strazburu, naša je država zaključila poravnanje 6.12.2011. godine u predmetu po predstavi¹ N.N. protiv Srbije. Republika Srbija je poravnanjem² priznala da je prekršila čl. 2, 3. i 13. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda³ u slučaju smrti (M.P.). Poravnanjem se Republika Srbija uz izvinjenje zbog smrti (M.P.) obavezala da plati iznos od 40.000 evra, pretvorene u dinare, u razumnom roku kojim će se pokriti sva materijalna i nematerijalna šteta kao i troškovi postupka pred domaćim i međunarodnom sudovima. Republika Srbija je preuzela i obavezu da sprovede efikasnu i sadržajnu istragu o okolnosti smrti (M.P.). Podnositeljka predstave se obavezala da će povući predstavku i parničnu tužbu pred domaćim sudom i da odustaje od svih potraživanja prema RS.

Jelena Borovac, sudija Vrhovnog kasacionog suda, Beograd.

¹ Broj predstave 31169/08.

² www.zastupnik.mpravde.gov.rs pristupljeno 12.07.2012. godine.

³ 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: EKLJP.

Činjenice slučaja: Sin podnositeljke predstavke M.P. je služio kaznu u zatvoru u Požarevcu i iznenada se veoma razboleo 7.07.2005. godine. Drugi zatvorenici su odmah obavestili stražare da on ima drhtavicu, da povraća i halucinira. Iskazali su sumnju da je to stanje uzrokovano preteranom dozom droge. Stražari su na to stanje reagovali upotrebom sile, a kasnije su opisali ponašanje M.P. kao agresivno. M.P. je odveden u Zdravstveni centar u Požarevcu, vraćen u zatvor, ponovo upućen ZCP, a odatle je upućen u Beograd, bez medicinskog osoblja u pratnji (njegovo je stanje bilo sve gore i gore). Primljen je u Kliničkom centru u Beogradu bez svesti, bez disanja, a u 21,30 je saopšteno da je preminuo.

Nakon smrti M.P., u postupku interne revizije je ispitano nekoliko zatvorskih čuvara i zatvorenika. Jedan zatvorenik je dao i potpisao izjavu da su zatvorski stražari tukli M.P. iako je bio u veoma lošem zdravstvenom stanju. Autopsija je obavljena 18.08.2005. godine. Uzrok smrti je droga sa sadržajem morfijuma. Konstatovane su brojne telesne povrede po celom telu, ali nije objašnjeno kako je do njih došlo i da li su imale veze sa fatalnim ishodom. Policija je 16.01.2006. godine dostavila Okružnom javnom tužilaštvu nekoliko međusobno kontradiktornih izjava zatvorskih čuvara i zatvorenika iz iste ćelije. Ne tražeći dalja objašnjenja OJT je 2.03.2006. godine odlučilo da nema osnova za pokretanje zvanične krivične istrage. Ta odluka nije nikada dostavljena podnositeljki predstavke koja je pokrenula krivični postupak po svojoj inicijativi podnošenjem krivične prijave 14.07.2006. godine. OJT je tu prijavu odbacilo 1.08.2006. godine. Podnositeljka predstavke je 14.08.2006. godine podnela zahtev za pokretanje sudske istrage ali je njen zahtev odbijen sve do poslednje instance tada Vrhovnog suda Srbije. Poslednju negativnu odluku je donelo tročlano veće Osnovnog suda u Požarevcu 02.08.2010. godine protiv koje je podnositeljka predstavke podnela žalbu.

Podnositeljka predstavke je pokrenula i parnični postupak zajedno sa drugim sinom, a bratom pokojnog M.P., tužbom 18.04.2007. godine u kojoj je do 20.10.2010. godine održano ili odloženo 15 ročišta. Tužbu u toj parnici su nakon zaključenog poravnjanja povukli.

Pritužbe podnositeljke predstavke se odnose na propust tužene države jer njenom sinu nije obezbedila odgovarajuće i blagovremeno lečenje što je imalo za posledicu njegovu smrt i što nije sprovela delotvornu istragu u vezi sa tim, takođe i zbog fizičkog maltretiranja koje je njen sin pretrpeo od zatvorskog osoblja, te propust zatvorskih organa da spreče širenje i upotrebu narkotika unutar ustanove. Takođe se žalila da u relevantnom trenutku Krivični zakonik Srbije nije priznavao mučenje kao posebno krivično delo, što je javni tužilac odbio da pokrene istragu po službenoj dužnosti o zlostavljanju/smrti njenog sina i što je bez izbora ona morala da preuzme krivično gonjenje i pored činjenice da nije imala pristup presudnim informacijama.

IMA LI POVREDE PRAVA LIČNOSTI?

Budući da je po ovoj predstavci zaključeno poravnanje i da je naša država preuzela po poravnanju obavezu da, pored izvinjenja podnositeljki predstavke zbog smrti M.P. i obaveze da sprovede efikasnu i sadržajnu istragu, isplati novčani iznos (kojim će se pokriti sva materijalna i nematerijalna šteta kao i troškovi postupka pred domaćim i međunarodnim sudovima), ali da nema specifikacije naknade nematerijalne štete, ostalo nam je nepoznato da li je u ovaj iznos uključen i jedan vid štete koji je sporan u našoj sudskoj praksi, a zbog nedostatka zakonskih propisa koji bi to na eksplicitan način regulisali.

Nije sporno da novčani iznos uključuje naknadu nematerijalne štete zbog pretrpljenih duševnih bolova izazvanih smrću M.P. Sporno je, naime, da li oštećenoj porodici pripada naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti zbog nepostupanja državnih organa, zbog nezakonitog i nepravilnog rada državnih organa koji se sastoji u propustu da sprovedu nepristrasnu, delotvornu i sveobuhvatnu istragu kojom bi se rasvetlile okolnosti u vezi smrti njihovog bliskog lica do koje je došlo u zatvorskoj ustanovi i utvrdila odgovornost službenog lica i na kraju kaznili odgovorni.

Tim spornim pitanjem ćemo se baviti u nastavku rada. Izložit ćemo slučaj iz naše skorašnje sudske prakse iz građanskopravne materije i pokušaćemo da odgovorimo na ovo sporno pitanje i izložimo argumente za iskazani stav.

ZAKONSKA REGULATIVA

Osnov odgovornosti države zbog nezakonitog ili nepravilnog rada njenih organa je propisan čl. 172. Zakona o obligacionim odnosima⁴ (u daljem tekstu ZOO). Stavom 1. ovog člana je propisano da pravno lice odgovara za štetu koji njegov organ prouzrokuje trećem licu u vršenju ili u vezi sa vršenjem svojih funkcija.

Čl. 201. ZOO je propisano da u slučaju smrti nekog lica, sud može da dosudi članovima njegove uže porodice (bračni drug, deca, roditelji) pravičnu naknadu za njihove duševne bolove.

Jedina odredba u ZOO kojom je propisano pravilo o dosudi novčane naknade zbog povrede prava ličnosti je čl. 200. st. 1.

Zakonom o ratifikaciji Konvencije protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka⁵ je ratifikovana Konvencija protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka⁶. Čl. 14. ove Konvencije je propisano da svaka država u svom pravnom sistemu, garantuje žrtvi nekog akta torture pravo dobijanja naknade i pravednog i odgovarajućeg obeštećenja, uključujući sredstva potrebna za njegovu što potpuniju rehabilitaciju. U slučaju smrti žrtve akta torture, imaoci prava te žrtve polažu pravo na obeštećenje.

⁴ Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/ 85, 45/ 89, 57/ 89 i "Sl. list SRJ", br. 13 /93) u daljem tekstu ZOO.

⁵ "Službeni list SFRJ" – Međunarodni ugovori, br. 9/91, i "Službeni list SCG" – Međunarodni ugovori, br. 16/2005, 2/2006.

⁶ Usvojena 10.12.1984. godine u Njujorku, u daljem tekstu Konvencija.

Ustavom Republike Srbije⁷, čl. 35. st. 2 je propisano da svako ima pravo na naknadu materijalne i nematerijalne štete koju mu nezakonitim ili nepravilnim radom prouzrokuje državni organ, imalac javnog ovlašćenja, organ autonomne pokrajine ili organ jedinice lokalne samouprave.

SPORNI SLUČAJ PRED DOMAĆIM SUDOVIMA

Činjenice na dan prvostepenog presuđenja 18.03.2009. godine: – N.N. je uhapšen 05.04.1996. godine na osnovu rešenja Okružnog suda kojim mu je određen pritvor, a potom produžen rešenjem od 24.05.1996. godine. Tokom boravka u pritvoru N.N. se žalio porodici da je izložen torturi od strane službenih lica-policajaca. Dana 28.05.1996. godine N.N. je prevežen u ambulantu Okružnog zatvora, odakle je 5.06.1996. godine prebačen u Urgentni centar i istog dana mu je ukunut pritvor. N.N. je odmah operisan, ali nije izlazio iz kome i preminuo je 16.06.1996. godine. Obdukcioni nalaz je sačinjen 18.06.1996. godine, ali je bio nedostupan porodici sve do 2003. godine (u kom periodu su se više puta obraćali Institutu za sudku medicinu, načelniku Instituta i tužilaštvu, neprekidno zahtevajući obdukcioni zapisnik). O smrti N.N. je obavešten MUP RS po nalogu istražnog sudi-je, ali ništa nije preduzeto u vezi rasvetljavanja okolnosti koji su je uzrokovali. Iz obdukcionog nalaza proizilazi da je smrt nasilna i da je nastupila usled oštećenja po život važnih moždanih centara kao i drugih spolja i unutrašnjih opisanih povreda nanetih mehaničkim oruđem, a koju je činjenicu mnogo kasnije potvrdio i veštak sudske medicine 25.05.2004. godine. Porodica pokojnog N.N. je podnela Okružnom javnom tužilaštvu predlog da prikupi obaveštenja o smrti N.N. uz tvrdnju da je prilikom lišenja slobode nad pok. N.N. primenjena tortura i predložio je svedok iz iste sobe u pritvoru na te okolnosti. OJT je naložilo napred spomenuto sudsko medicinsko veštačenje i prikupio druge dokaze i podatke pa je utvrđeno da postoji osnovana sumnja da je izvršeno krivično delo, ali da izvršilac nije otkriven, da krivična prijava nije odbačena, ali da postupak nije pokrenut ni okončan. Predmet se još uvek nalazi u evidenciji tužilaštva do otkrivanja identiteta službenog lica koje je nanelo teške povrede pok. N.N. ili do zastarelosti.

Porodica (supruga, dve ćerke i majka) pok. N.N. je podnela tužbu za naknadu nematerijalne štete zbog duševnih bolova zbog smrti bliskog im lica, naknade nematerijalne štete kao posledica policijske torture nad bliskim licem, na ime pretrpljenog straha za život i zdravlje bliskog lica i na ime pretrpljenih duševnih bolova zbog teško narušenog zdravlja bliskog lica i za naknadu materijalne štete i ta parnica je pravnosnažno okončana⁸ tako što su im dosuđeni određeni novčani iznosi zbog duševnih bolova zbog smrti bliskog im lica i naknada materijalne štete. Odbijen je njihov tužbeni zahtev za naknadu štete nastale kao posledica policijske torture nad bliskim licem, na ime pretrpljenog straha za život i zdravlje bliskog lica i na ime pretrpljenih duševnih bolova zbog teško narušenog zdrav-

⁷ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS, br. 83/2006*, (stupio na snagu danom proglašenja u Narodnoj skupštini 9. oktobra 2006. godine).

⁸ Presuda Prvog Opštinskog suda u Beogradu, br. P 7016/06 i presuda Okružnog suda u Beogradu, br. GŽ 2387/07.

lja bliskog lica. U toj presudi je utvrđeno da je smrt pok. N.N. nastupila nasilno kao posledica teških telesnih povreda koje su nanete pok. N.N. od strane radnika GSUP-a i da su se u radnjama organa tužene stekli elementi krivičnog dela

Međutim, od 1996. godine kada je preminuo pok. N.N. nije rasvetljena njegova smrt i nije utvrđeno ko je kriv za nju, a krivac kažnjen. Postavlja se pitanje da li su time najbližiji srodnici povređeni i da li je došlo do povrede prava ličnosti.

Izbor i delotvornost pravnih puteva

Porodica pok. N.N. je imala izbor koji će pravni put da izabere radi zaštite povređenih prava. Jedan pravni put je obraćanje Komitetu protiv torture (u daljem tekstu Komitet)⁹ sa individualnom predstavkom i na taj način iniciranje procedure koja je propisana čl. 22. i u kojoj učestvuje i naša država kao potpisnica Konvencije. Komitet nema nadležnost da utvrđuje koje je lice počinilo akt torture. Nadležnost Komiteta je ograničena samo na utvrđenje da li je država potpisnica propustila da postupi po Konvenciji. Komitet daje mišljanje o tome da li je neka istraga koja je u konkretnom slučaju bila preduzeta od strane organa države potpisnice bila efikasna i dovoljno temeljna i konstatuje propuste i poziva državu potpisnicu da takvu istragu sprovede bez odlaganja. Međutim, odluka koju donosi Komitet nije pravno obavezujuća i ne postoji organ koji sprovodi odluke Komiteta. Po pravilu, Komitet zahteva od države da je obavesti o preduzetim koracima i o primeni preporuka koje je sprovedla. Pitanje naknade štete oštećenih lica se pred Komitetom ne otvara.

Drugi pravni put je podnošenje tužbe domaćem sudu sa zahtevom da se nadoknadi šteta koja se temelji na čl. 14. Konvencije i na odredbama ZOO.

Treći pravni put je (nakon što se iscrpe domaća pravna sredstva, u slučaju potpunog ili delimičnog neuspeha), podnošenje predstavke Evropskom sudu za ljudska prava zbog povrede prava ličnosti (kao što je to učinila podnosilja predstavke N.N. sa kojom je naša država zaključila poravnanje-gore opisan slučaj). Evropski sud za ljudska prava, isto kao i Komitet, ima kompetenciju da državi potpisnici nametne obavezu da sprovede efikasnu i sadržajnu istragu o okolnosti smrti bliskog lica podnosioca predstavke.

Naredba da se sprovede efikasna i sadržajna istraga o okolnosti smrti bliskog lica podnosilaca predstavke se ne može izbeći niti u slučaju kada je predstavka podneta Komitetu niti ako je podneta Evropskom sudu za ljudska prava. Me-

⁹ Osnovan na osnovu čl. 17. Konvencije protiv torture i počeo je da radi 1987. god.

đutim, u praksi se događa da se ne poštuju odluke Komiteta i Evropskog suda za ljudska prava.

Ishod pravnog puta pred domaćim sudovima

Porodica pok N.N. je izabrala pravni put pred domaćim sudovima. Tako je nakon napred opisanog parničnog postupka u kojem je ostvarila naknadu nematerijalne štete, ustala sa novom tužbom za naknadu nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti. Prvostepeni sud je doneo presudu¹⁰ kojom je tužbeni zahtev tužilja ocenio delimično osnovanim u pogledu visine, ali je ocenio da je dokazan osnov za naknadu nematerijalne štete zbog povreda prava ličnosti zato što organi tužene nisu preduzeli sve potrebne mere u cilju otkrivanja svih službenih lica koja su u spornoj prilici učestvovala u privođenju i saslušanju sada pok. N.N., kao i službenih lica koja su nad njim vršila nadzor tokom zadržavanja u policijskom privođenju, odvođenju na pregled u Klinički centar Srbije i odvođenja u pritvor Okružnog zatvora u Beogradu. U obrazloženju je navedeno da činjenica što ni nakon više godina nije sprovedena adekvatna istraga, kod tužilja je izazvalo duševne bolove visokog intenziteta i povredu prava ličnosti obzirom da su one kao najbliži srodnici pokojnog N.N. imale pravo da se utvrdi istina o njegovoj smrti. Primenom odredbi čl. 154, 172. i 200. Zakona o obligacionim odnosima svakoj tužilji je dosuđena naknada nematerijalne štete po 300.000,00 dinara. Sud se pozvao i na Zakon o ratifikaciji Konvencije protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i na čl. 2, 12, 13. i 14. Konvencije.

Okružni sud u Beogradu je presudom¹¹ preinačio presudu prvostepenog suda tako što je odbio tužbeni zahtev tužilja iz razloga što tužilje na osnovu Konvencije, nisu ovlašćene da traže naknadu nematerijalne štete po ovom osnovu jer se Konvencija odnosi na žrtvu, a to je bio pok. B. Č., a ne na tužilje koje nisu bile izložene torturi niti bilo kom drugom surovom ili neljudskom postupku ili ponižavajućoj kazni. Cenio je i činjenicu da su tužilje već ostvarile pravo na naknadu štete zbog smrti žrtve torture, na osnovu pravnosnažne presude kojom je tužena država obavezana da im na ime naknade nematerijalne štete za pretrpljene duševne bolove zbog smrti bliskog lica isplati iznose od po 500.000,00 dinara u smislu odredbe člana 201. u vezi odredbe člana 154. stav 1. ZOO. U obrazloženju presude je dalje navedeno da tužilje imaju pravo da saznaju ko je skrivio smrt njihovog bliskog srodnika, ali da to što nadležni državni organ nije otkrio krivca ne

¹⁰ Presuda Prvog opštinskog suda u Beogradu broj P 6390/07 od 18.03.2009. god.

¹¹ Presuda br. Gž br. 18575/09 od 27.10.2009. god.

predstavlja osnov za naknadu nematerijalne štete tužiljama u smislu odredbe člana 172. stav 1. ZOO.

Vrhovni kasacioni sud je u presudi¹² kojom je odbio reviziju tužilja kao neosnovanu naveo da je pravilno odlučio Okružni sud kada je ocenio da tužbeni zahtev tužilja nije osnovan budući da je pravilno cenio činjenicu da je već u pravnosnažno okončanom postupku utvrđeno da je smrt pokojnog N.N. u pritvoru bila nasilna i da tužiljama pravo na naknadu nematerijalne štete za duševne bolove pripada u smislu odredbe člana 201. stav 1. ZOO, jer duševne bolove trpe zbog smrti bliskog srodnika (a to pravo su već ostvarile u pravnosnažno dovršenom sudskom postupku), a ne zbog toga što nije otkriven onaj ko je njegovu smrt skrivio.

Zapažanja o propustima. – Stav je autora da Okružni sud pogrešno zaključuje da tužilje nisu ovlašćene da traže naknadu nematerijalne štete po ovom osnovu objašnjavajući da se Konvencija odnosi na žrtvu, a to je bio pok. N.N., a ne na tužilje koje nisu bile izložene torturi niti bilo kom drugom surovom ili neljudskom postupku ili ponižavajućoj kazni. Ovo stoga, jer je čl. 14 Konvencije propisano da pravo na obeštećenje pripada porodici (imaoci prava te žrtve torture) u slučaju smrti žrtve akta torture. Osim toga one su zahtev postavile zato što organi tužene države nisu preduzeli sve potrebne mere u cilju otkrivanja krivca za smrt njihovog bliskog srodnika i kaznili ga čime je povređeno njihovo pravo ličnosti jer im je uskraćeno pravo da znaju ko je skrivio smrt njihovog bliskog lica.

Takođe, Vrhovni kasacioni sud je suprotno napred citiranim međunarodnim aktima zauzeo stanovište da je dovoljno što je već u pravnosnažno okončanom postupku utvrđeno da je smrt pokojnog N.N. u pritvoru bila nasilna i da tužiljama pravo na naknadu nematerijalne štete za duševne bolove pripada u smislu odredbe člana 201. stav 1. ZOO, jer duševne bolove trpe zbog smrti bliskog srodnika (a to pravo su već ostvarile u pravnosnažno dovršenom sudskom postupku), a ne zbog toga što nije otkriven onaj ko je njegovu smrt skrivio.

Nalazim da je porodica nepravilno postavila tužbeni zahtev tražeći naknadu štete zbog povrede slobode i prava ličnosti. Sloboda je jedno od prava ličnosti i u konkretnoj parnici tužilje niti su navele u čemu se sastoji povreda prava na slobodu niti dokazale da je do povrede slobode došlo. Pravilno je bilo da traže naknadu štete zbog povrede prava ličnosti¹³ sa ili bez navođenja bliže povrede prava ličnosti.

¹² Presuda Rev 3007/10 od 08.12.2011. god.

¹³ Više o nepravilno postavljenim tužbenim zahtevima vidi Borovac J. (2011), Obeštećenje neosnovano osuđenih lica i neosnovano lišenih slobode u sudskoj praksi, Udruženje pravnik Srbije, broj 10, Beograd, Tom II, str. 779–792.

Analiza pravnih stavova iskazanih u presudama. – Autor ima drugačiji stav od onih iskazanih u presudama Okružnog suda i Vrhovnog kasacionog suda. Kao prvo, povreda prava ličnosti je zaseban vid štete u odnosu na druge vidove štete i zato povreda prava ličnosti nikada ne može biti konzumirana nekim drugim vidom štete. U konkretnom slučaju ne može biti konzumirana naknada koja se dosuđuje zbog povrede prava ličnosti, dosuđenom naknadom nematerijalne štete zbog pretrpljenih duševnih bolova zbog smrti bliskog lica. Gore je navedeno da se oštećenom u slučaju smrti bliskog lica, naknada u novčanom iznosu dosuđuje na osnovu čl. 201. ZOO, a naknada zbog povrede prava ličnosti se može dosuditi samo na osnovu čl. 200. ZOO. Prema tome, bez obzira na činjenicu da su oštećenima dosuđeni novčani iznosi za bilo koje druge vidove nematerijalne štete, oni imaju pravo na naknadu štete zbog povrede prava ličnosti ukoliko dokažu da je do povrede došlo. 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.

Sporno je pitanje da li je došlo do povrede prava ličnosti zato što organi tužene države nisu preduzeli sve potrebne mere u cilju otkrivanja svih službenih lica koja su u spornoj prilici učestvovala u privođenju i saslušanju sada pok. N.N., kao i službenih lica koja su nad njim vršila nadzor tokom zadržavanja u policijskom privođenju, odvođenju na pregled u Klinički centar Srbije i odvođenja u pritvor Okružnog zatvora u Beogradu.

Sudovi su i pored iskazanog stava da tužilje imaju pravo da saznaju ko je skrivio smrt njihovog bliskog srodnika, ocenili da to što nadležni državni organ nije otkrio krivca ne predstavlja povredu njihovih prava ličnosti. Nema sumnje da su organi tužene od 1996. godine do sada imali više nego dovoljno vremena da otkriju ko je skrivio smrt pok. N.N. pogotovo kada se ima u vidu mesto na kome je tortura izvršena sa smrtnim ishodom i da je mali broj ljudi sa njim bio u kontaktu u tom kratkom vremenskom periodu kada je do povrede došlo. Čekanje na obdukcioni zapisnik od 1996. godine do 2003. godine je kod porodice izazivalo sumnje, strahove, nepoverenje i duševne patnje. MUP RS i istražni sudija su obdukcioni zapisnik mogli da zatraže i dobiju u kratkom roku da su ga zatražili nakon što je MUP-u prijavljena smrt N.N. Porodica pokojnog pak, nije imala nikakvih načina da dođe do odgovora na pitanje ko je skrivio smrt pok. N.N., osim da moljaka zaposlene kod organa tužene da rade svoj posao. To sve itekako vredi ličnost oštećenih. Na insistiranje porodice, obdukcioni zapisnik je konačno dostavljen OJT koje je naložilo sudsko medicinsko veštačenje i prikupilo druge dokaze i podatke pa je utvrđeno da postoji osnovana sumnja da je izvršeno krivično delo, ali da izvršilac nije otkriven, da krivična prijava nije odbačena, ali da postupak

nije pokrenut ni okončan. Predmet se još uvek nalazi u evidenciji tužilaštva do otkrivanja identiteta službenog lica koje je nanelo teške povrede pok. N.N. ili do zastarelosti.

U jednom slučaju, Evropski sud za ljudska prava je smatrao da je kršenje norme i to što niko nije zatražio obdukciju preminulog.¹⁴

Opisana izrazita pasivnost državnih organa i nemogućnost da porodica preduzme bilo šta što bi pomoglo da se otkriju počinioci (već su predložili svedoka koji je delio zatvorsku sobu sa pokojnim) opravdava sumnju u to da će se do isteka roka zastarelosti utvrditi krivac za smrt pok. N.N. Sama činjenica što je u parnici kao prethodno pitanje utvrđeno da je smrt bila nasilna i posledica torture i da je država zbog toga odgovorna da nadoknadi štetu, nije dovoljna satisfakcija za porodicu. Njihove patnje nisu manje, naprotiv. Porodica ima pravo da zna ko je učinio akt torture i skrivio smrt N.N. i u tome su svi saglasni. Ako je tako, zašto su onda organi države i dalje neaktivni i opravdano lebdi pitanje da li se čeka da nastupi zastarelost gonjenja. Stav je autora da takvo ponašanje organa države povređuje prava ličnosti njenih građana jer vređa Ustavom zagantovano pravo na dostojanstvo¹⁵ i pravo na jednaku zaštitu.¹⁶

Čak i Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja¹⁷, garantuje svakom građaninu pravo na pristup informacijama od javnog značaja kojima raspolažu organi javne vlasti, radi ostvarenja i zaštite interesa javnosti da zna i ostvarenja slobodnog demokratskog poretka i otvorenog društva (čl. 1. st. 1). Tražilac informacije ne mora ni da navede razlog zašto traži informaciju niti da dokazuje svoj interes.

Pitanje koje se pred domaćim sudom pojavljuje je da li delotvoran pravni lek podrazumeva i isplatu naknade. Iz zaključenog poravnanja vidimo da je naša država priznala povredu čl. 2, 3 i 13. EKLjP pa time i postojanje pravnog osnova i isplatila je novčanu nakanadu štete. Prema tome nema sumnje da je odgovor na postavljeno pitanje pozitivan.

ZNAČAJ OBEZBEĐENJA ZAŠTITE PRAVA LIČNOSTI

Čl. 2. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda je zagantovano pravo na život. "Obaveza države je da zaštiti osobe koje su pod njenom kon-

¹⁴ Mehmed Kaja protiv Turske, stav 89.

¹⁵ Čl. 24. st. 1. Ustava RS.

¹⁶ Čl. 36. st. 1 Ustava RS.

¹⁷ "Sl. Glasnik RS", br. 120/04, 54/07, 104/09 i 36/10.

trolom ili u pritvoru/zatvoru, jer su takve osobe u naročito ugroženom položaju u odnosu na državu. U slučaju kada je neka osoba privedena u dobrom zdravstvenom stanju i zadržana u policijskom pritvoru, a kasnije umre, država je dužna da pruži uverljivo objašnjenje kako je do takve smrti došlo.” (Velikova protiv Bugarske (2000) i Salman protiv Turske (2000)). “Obaveza vlasti da preduzmu istragu je unilaterala obaveza koja sledi iz činjenice da su vlasti upoznate sa slučajem u kojem je došlo do nezakonite smrti ili ubistva. Drugim rečima, preživeli članovi porodice nisu dužni da preduzmu nikakav postupak” (Ilhan protiv Turske (2000) i Kelly i ostali protiv Ujedinjenog kraljevstva (2001)). “Sud primećuje da je promptno reagovanje vlasti bitno za očuvanje poverenja javnosti u privrženost te vlasti vladavini prava i za sprečavanje utiska o bilo kakvom dosluhu ili tolerisanju nezakonitih radnji “ (Avsar protiv Turske (2001.) i McShane protiv Ujedinjenog kraljevstva (2002)).¹⁸

Čl. 3. Konvencije je garantovana zabrana mučenja. “Država je dužna da osigura da sila koja se primenjuje protiv neke osobe tokom hapšenja ne bude u suprotnosti sa zabranom zlostavljanja” (Rehbock protiv Slovenije(2000)).¹⁹

Čl. 13. Konvencije je propisano da svako kome su povređena prava i slobode predviđeni u ovoj EKLJP ima pravo na *delotvoran pravni lek* pred nacionalnim vlastima, bez obzira jesu li povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu. “Sud smatra da delotvorna istraga u smislu čl. 13. podrazumeva detaljnu i delotvornu istragu koja je u stanju da dovede do identifikacije i kažnjavanja onih koji su odgovorni za navodno kršenje prava iz Konvencije, delotvoran pristup podnosioca istražnom postupku i tamo gde je to primereno, plaćanje naknade žrtvi.” (Aksoj protiv Turske (1996), Aydin protiv Turske (1997.), Ilhan protiv Turske (2000), Keenan protiv Ujedinjenog kraljevstva (2001)).²⁰

Od usvajanja Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i dodatnih protokola uz tu Konvenciju (1, 4, 6, 7, 12. i 13), koji su usvojeni u razdoblju 1952–2005. godine, korpus zaštićenih prava koja su garantovana ovom Konvencijom se sve više širi. Konvencija se tumači 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. Prošlo je 8 godina od kako je ova Konvencija stupila na snagu u odnosu na Republiku Srbiju i još ne možemo biti zadovoljni načinom na koji se tumači i primenjuje kod nas. Nije zanemarljiv pomak u promeni načina razmišljanja i prihvatanju novih standarda koji su sa sobom do-

¹⁸ Gomien D. Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, 2005, Council of Europe Publishing, str. 15 do 21.

¹⁹ Isto, str. 23 do 30.

²⁰ Gomien D. Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, 2005, Council of Europe Publishing, str. 168.

neli međunarodni dokumenti i praksa Evropskog suda za ljudska prava. Prilikom izrade novih zakona ili pak izmene postojećih, primećuje se da se sve više daje pripadajući veći značaj pravima ličnosti i zaštiti povređenih.

POVREDA PRAVA LIČNOSTI U NOVOM ZAKONU O PARNIČNOM POSTUPKU

Značaju pravima ličnosti i njihovoj afirmaciji zakonodavac je dao mesta u novom Zakonu o parničnom postupku.²¹ Prvi put sporovi nastali povodom povrede prava ličnosti su jasno i pravilno označeni u čl. 1 novog Zakona kojim je propisano načelo zakonskog regulisanja postupka i jasno je rečeno da se ovim zakonom uređuju pravila postupka za pružanje sudske pravne zaštite po kojima se postupa i odlučuje u parnicama za rešavanje sporova nastalih povodom povrede prava ličnosti (pored sporova iz porodičnih, radnih, privrednih, imovinsko-pravnih i drugih građansko-pravnih odnosa).

Značaj ovim sporovima je dat i prilikom propisivanja mesne nadležnosti te je kao novina uvedena posebna mesna nadležnost za suđenje u parnicama za povredu prava ličnosti. Propisano je da je za suđenje u sporovima zbog povrede prava ličnosti, pored suda opšte mesne nadležnosti, nadležan i sud na čijem području je štetna radnja izvršena ili sud na čijem području tužilac ima prebivalište, odnosno boravište (čl. 46).

Novine su unete i u tužbu za utvrđenje (čl. 194). Ovom odredbom se daje značaj zaštiti povrede prava ličnosti i usklađuje se procesni zakon sa procesnim odredbama materijalnog zakona. Dopunjena je osnovna odredba time da tužilac može u tužbi da traži da sud samo utvrdi povredu prava ličnosti, pored utvrđenja i postojanja, odnosno nepostojanja nekog prava ili pravnog odnosa, ili istinitost, odnosno neistinitost neke isprave. Potpuno je nova odredba u stavu 3. ovog člana i ona propisuje da tužba za utvrđenje može da se podnese radi utvrđivanja postojanja, odnosno nepostojanja činjenice, ako je to predviđeno zakonom ili drugim propisom. Ova novina je uvedena radi usaglašavanja sa Zakonom o zabrani diskriminacije, Zakonom o rodnoj ravnoparvnosti, Zakonom o sprečavanju zlostavljanja na radu, Zakonom o zaštiti potrošača i sl, jer je njima propisano da se utvrđenjem postojanja ili nepostojanja neke činjenice rešava materijalnopравни odnos po tim zakonima.

Takođe je nova odredba sadržana i u stavu 4. navedenog člana kojim je propisano da tužba za utvrđenje povrede prava ličnosti može da se podnese bez ob-

²¹ "Službeni glasnik RS", br. 72/2011, u primeni od 01.02.2012. god.

zira da li je postavljen zahtev za naknadu štete ili drugi zahtev, u skladu sa posebnim zakonom.

Izlažući neslaganje i suprotan stav u odnosu na pravni stav iz citiranih presuda, autor se zalaže za prihvatanje sledećeg:

ZAKLJUČKA

1. Postoji pravni osnov za naknadu nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti koja je nastupila zbog nepostupanja državnih organa, zbog nezakonitog i nepravilnog rada državnih organa koji se sastoji u propustu da sprovedu nepristrasnu, delotvornu i sveobuhvatnu istragu kojom bi se rasvetlile okolnosti u vezi smrti bliskog lica oštećenih do koje je došlo u zatvorskoj ustanovi kao posledica torture.

2. Naknada nematerijalne štete za ovaj vid štete pripada oštećenima nezavisno od ostvarenja dugih vidova nematerijalne štete iz istog životnog događaja.

JELENA BOROVC,
Judge Supreme Court of cassation, Belgrade

CONTENTIOUS FORM OF INTANGIBLE DAMAGES TOWARDS THE STATE DUE TO VIOLATION OF THE INDIVIDUAL RIGHT

Summary

The topic of the paper is the contentious form of intangible damages from the corpus of violation of the individual right which has occurred in court practice. By presenting and commenting on a case resolved with a settlement between our state and the complainant, concluded before the European Court of Human Rights and the presentation of the contentious case before domestic courts, the author has opened the issue and offered an answer.

The question is whether there has been a violation of the individual right due to lack of process of state bodies, the illegality and irregularity of actions of state bodies which consists of them failing to conduct an impartial, effective and comprehensive investigation which would have shed light on the circumstances of the death of a close person of the aggrieved which occurred in a prison institution as the result of torture? The response of the author is positive, and detailed arguments are given in the paper.

IVAN STANKOVIĆ,
MILICA GOLUBOVIĆ,
MILENA KAŠIKOVIĆ

NEMATERIJALNA ŠTETA PROUZROKOVANA OBJAVLJIVANJEM INFORMACIJA U JAVNIM GLASILIMA

U V O D

Sloboda izražavanja, pod kojom se podrazumeva sloboda izražavanja misli i mišljenja, predstavlja jedno od osnovnih ljudskih prava i sloboda i kao takva inkorporirana je u same temelje savremene demokratske države i društva. Upravo su građanske revolucije sa kraja XVIII veka kojima je uspostavljen novi društveni i politički poredak odredile slobodu izražavanja kao osnovno ljudsko pravo i slobodu. Francuska Deklaracija o pravima čoveka i građanina iz 1789. godine¹ u članu 11. Garantuje slobodu mišljenja, izražavanja i slobodu štampe na taj način što predviđa da je slobodno iznošenje misli i mišljenja jedno od najdragocenijih prava čoveka, pri čemu svaki građanin može govoriti, pisati i štampati, osim ako te slobode ne zloupotrebljava u slučajevima utvrđenim zakonom. Na ovaj način jasno se vrši distinkcija između slobode mišljenja, kao unutrašnje kategorije, psi-

Ivan Stanković, sudijski pripravnik Višeg suda u Beogradu.

Milica Golubović, sudijski pripravnik Višeg suda u Beogradu.

Milena Kašiković, sudijski pripravnik Višeg suda u Beogradu.

¹ La Déclaration des drits de l'homme et du citoyen, Assemblée Nationale Constituante, 1789. god.

hičkog procesa u životu pojedinca i slobode izražavanja, spoljašnje manifestacije tog procesa na osnovu kojeg treća lica saznaju rezultat tuđeg psihičkog života, odnosno saznaju tuđu misao. U tom smislu, sloboda štampe predstavlja samo jedan od vidova spoljnje manifestacije mišljenja, kao što su govor ili pisanje. Sloboda misli i slobodnog izražavanja misli u savremenom demokratskom društvu predstavljaju same po sebi cilj, ali i sredstvo pomoću kojeg se ostvaruju druga garantovana ljudska i građanska prava i slobode. Kako je to formulisao sudija Vrhovnog suda SAD Kardoz "ona je osnova i nezaobilazni uslov skoro svih ostalih sloboda".²

Imajući u vidu značaj koji ima za ostvarivanje drugih ljudskih i građanskih prava, sloboda izražavanja bila je predmet regulisanja u okviru najvažnijih međunarodnih instrumenata za zaštitu i ostvarivanje ljudskih i građanskih prava i sloboda donetih tokom XX veka. Tako, član 19. Univerzalne deklaracije o pravima čoveka Ujedinjenih nacija iz 1948. godine³ predviđa da svako ima pravo na slobodu mišljenja i izražavanja, što obuhvata i pravo da ne bude uznemiravan zbog svog mišljenja, kao i pravo da traži, prima i širi obaveštenja i ideje bilo kojim sredstvima i bez obzira na granice. Slično predviđa i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine⁴ u članu 19. U kojem je navedeno da niko ne može biti uznemiravan zbog svojih mišljenja, da svako ima pravo na slobodu izražavanja, što bez obzira na granice podrazumeva slobodu iznalaženja, primanja i širenja informacija i ideja svih vrsta u usmenom, pismenom, štampanom ili umetničkom obliku ili na bilo koji način po slobodnom izboru. Evropska konvencija o ljudskim pravima iz 1950. godine⁵ u članu 10. propisuje da svako ima pravo na slobodu izražavanja, što podrazumeva slobodu posedovanja sopstvenog mišljenja, primanja i saopštavanja informacija i ideja bez mešanja javne vlasti i bez obzira na granice.

Međutim, sloboda izražavanja nije i ne može biti apsolutna. Radi zaštite drugih garantovanih ljudskih i građanskih prava pojedinca, kao i legitimnih interesa države i društva vrši se ograničavanje slobode izražavanja propisivanjem određenih izuzetaka od apsolutnog dejstva ove slobode, i to kako na međunarodnom nivou, tako i na nivou pojedinih nacionalnih država. Tako, pomenuti član 19. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima predviđa da sloboda izražavanja može biti podvrgnuta izvesnim ograničenjima koja moraju biti izričito određena zakonom, a potrebna su radi poštovanja prava ili ugleda drugih lica,

² D. Milenković, *Medijsko pravo i politike*, Univerzitet u Beogradu-Fakultet političkih nauka, Beograd, 2009, str. 12.

³ The Universal declaration of human rights, The United Nations General Assembly A/RES/217, 1948. god.

⁴ The International Covenant on Civil and Political Rights, The United Nations General Assembly 2200 A (XXI), 1966. god.

⁵ European Convention on Human Rights, Council of Europe, 1950. god.

zaštite državne bezbednosti, javnog zdravlja i morala. Slično, Evropska konvencija o ljudskim pravima predviđa da se sloboda izražavanja može podvrgnuti formalnostima, uslovima, ograničenjima ili kaznama propisanim zakonom i neophodnim u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, teritorijalnog integriteta ili javne bezbednosti, radi sprečavanja nereda i kriminala, zaštite zdravlja ili morala, zaštite ugleda ili prava drugih, sprečavanja otkrivanja obaveštenja dobijenih u poverenju, ili očuvanja autoriteta i nepristrasnosti sudstva. Dakle, navedena ograničenja štite sa jedne strane privatni interes koji se ogleda u potrebi zaštite ugleda i prava drugih lica, odnosno javni interes, sa druge strane, koji je oličen u potrebi zaštite nacionalne i javne bezbednosti, teritorijalnog integriteta, morala i zdravlja i sl. U pogledu zaštite privatnog interesa, odsustvo navedenih ograničenja, odnosno ostvarivanje slobode izražavanja u apsolutnom obliku, značilo bi nepostojanje protivpravnosti u slučaju kada se istovremeno sa ostvarivanjem navedene slobode drugome prouzrokuje kakva negacija njegovih prava, odnosno kakva šteta.

To bi, drugim rečima, značilo da subjekt koji trpi negativne posledice usled ostvarivanja slobode izražavanja drugog nema mogućnosti da zaštiti svoja prava i interese, što bi bilo neodrživo kako sa stanovišta prava, tako i sa stanovišta pravičnosti. Univerzalni princip Neminim leadere, odnosno zabrane prouzrokovanja štete drugome, otelotvoren je u citiranim međunarodnim instrumentima na taj način što je sloboda izražavanja dobila svoju jasnu granicu u vidu prava drugih. Za kraj ovih uvodnih razmatranja treba napomenuti da je u poslednje vreme došlo do izdvajanja dve nove slobode iz slobode izražavanja – slobode javnog informisanja, kao pravo na istinitu, blagovremenu i objektivnu informaciju, kao i pravo da se javno kritikuju i traže objašnjenja u odnosu na konkretne postupke i akte vlasti i dugih javnih subjekata i slobodu pristupa informacija, kao pravo svakoga da se obavesti o podacima kojima raspolažu javni organi i drugi subjekti kojima je povereno vršenje javnih ovlašćenja⁶. Treba, međutim istaći da navedene slobode i prava nisu predmet našeg proučavanja, već je taj predmet prostor koji tvore upravo ograničenja navedenih prava i sloboda, i to u delu u kojem se povređuje privatni interes, još uže, u delu kojim se objavljivanjem informacija drugome prouzrokuje nematerijalna šteta.

OSNOVNI POJMOVI

Iako se sa pojmom informacije susrećemo svakodnevno, postoji problem u pogledu njenog definisanja. Treba napomenuti da propisi koji regulišu ovu oblast

⁶ D. Milenković, *Medijsko pravo i politike*, Univerzitet u Beogradu – Fakultet političkih nauka, Beograd, 2009, str. 13.

ne sadrže pojam informacije. Informacija se u najužem smislu može definisati kao skup znakova koji primaocu nešto znače, drugim rečima, informacija je primljena i shvaćena poruka. Informacija predstavlja čulni opažaj neke pojave, događaja ili ličnosti čije je bitno svojstvo prenosivost, i sve dok informacija ostaje u psihičkoj sferi pojedinca, ona nije predmet interesovanja pravne regulative. Međutim, u trenutku kada informacija napusti psihički život jednog pojedinca društvo postaje zainteresovano za njenu kontrolu zbog postojanja različitih interesa. Tako društvo ima interes da saznaje potpune i istinite informacije, jer samo na osnovu takvih informacija može doneti ispravni logički sud. Takođe, društvo ima interes da zabrani informacije koji štete za društvo, za njegovo zdravlje, sigurnost i sl.

S druge strane, pojam nematerijalne štete i pojam javnih glasila su zakonom definisani. Zakon o obligacionim odnosima⁷ definiše nematerijalnu štetu kao nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha. U članu 200. Koji govori o novčanoj naknadi nematerijalne štete Zakon o obligacionim odnosima precizira pojam psihičkog bola, pa tako u taj pojam ulaze duševni bolovi zbog umanjavanja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, kao i smrt bliskog lica.

Pojam javnih glasila je definisan istovremeno na pozitivan i negativan način u Zakonu o javnom informisanju⁸, pa tako član 11. Navedenog zakona navodi da su javna glasila novine, radio programi, televizijski programi, servisi novinskih agencija, Internet i druga elektronska izdanja navedenih javnih glasila, kao i druga sredstva javnog informisanja koja pomoću reči, slike ili zvuka objavljuju ideje, informacije i mišljenja namenjene javnoj distribuciji i neodređenom broju korisnika. U članu 12 navedenog zakona je data negativna definicija pojma, odnosno šta se ne smatra javnim glasilom. To su periodično izdanje iz određene stručne oblasti namenjeno isključivo informisanju ili obrazovanju određene profesionalne grupe, publikacije, katalogi i programi koji sadrže isključivo oglase, reklame i informacije namenjene tržištu, novine, bilteni i slične publikacije namenjene internom informisanju koje se ne distribuiraju javno, službena glasila države, jedinice teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, kao ni druga službena glasila, a takođe ni leci, plakati i slični oblici javnog obaveštavanja. Iz navedenog se može zaključiti da javna glasila imaju jedno bitno obeležje koje ih razlikuje od drugih sredstava kojima se prenose informacije, a to je njihova svrha, da su namenjena javnoj distribuciji i neodređenom broju korisnika, a ne profesionalnoj edukaciji, reklami i internom obaveštavanju određenog kruga lica.

⁷ "Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 – Ustavna povelja.

⁸ "Sl. glasnik RS", br. 43/2003, 61/2005, 71/2009 i 89/2010 - odluka US i 41/2011 – odluka US.

USTAVNI I ZAKONSKI OKVIR

Ustav Republike Srbije⁹ u svom drugom delu reguliše ljudska prava i slobode među kojima su za pitanje nematerijalne štete prouzrokovane objavljivanjem informacija u javnim glasilima najznačajnije sloboda misli, savesti i veroispovesti¹⁰, sloboda mišljenja i izražavanja¹¹, zatim sloboda medija u okviru koje se utvrđuje pravo na ispravku neistinite, nepotpune ili netačne informacije kojom je povređeno nečije pravo ili interes i pravo na odgovor na objavljenu informaciju, u skladu sa zakonom¹², te pravo na obaveštenost¹³. Ustav Republike Srbije sa jedne strane jemči slobodu mišljenja i izražavanja, ali sa druge strane predviđa da se ova sloboda može zakonom ograničiti, ako je to neophodno radi zaštite prava i ugleda drugih, čuvanja autoriteta i nepristrasnosti suda i zaštite javnog zdravlja, morala demokratskog društva i nacionalne bezbednosti Republike Srbije.

Najvažniji zakon kojim se uređuje pravo na javno informisanje, kao i prava i obaveze učesnika u procesu javnog informisanja je Zakon o javnom informisanju. Međutim, treba imati u vidu i to da su potvrđeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije¹⁴, te da sudovi u Republici Srbiji sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora¹⁵, odnosno da se sudske odluke zasnivaju na Ustavu, zakonu, potvrđenom međunarodnom ugovoru i propisu donetom na osnovu zakona¹⁶. U tom smislu, od značaja za javno informisanje i slobodu izražavanja uopšte su od značaja i potvrđeni međunarodni ugovori, a tu pre svega mislimo na Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima¹⁷, kao i Evropska konvencija o ljudskim pravima¹⁸. Sa druge strane, pojam nematerijalne štete i pitanje njene naknade su detaljno regulisani Zakonom o obligacionim odnosima.

⁹ "Službeni glasnik RS", br. 98/2006.

¹⁰ čl. 43 Ustava RS.

¹¹ čl. 46 Ustava RS.

¹² čl. 50 Ustava RS.

¹³ čl. 51 Ustava RS.

¹⁴ čl. 194 stav 4 Ustava RS.

¹⁵ čl. 142 stav 2 Ustava RS.

¹⁶ čl. 145 stav 2 Ustava RS.

¹⁷ "Službeni list SFRJ", br. 7/1971.

¹⁸ "Službeni list SCG", br. 9/2003.

Opšti pravni okvir – ZOO (lex generali)

S obzirom da ZJI pruža samo mogućnost i pojašnjava slučajeve u kojima se može istaći zahtev za naknadu štete, Zakon o obligacionim odnosima, kao opšti propis, detaljnije reguliše pitanja naknade štete. Naime, članom 155 ZOO definiše se pojam štete kao umanjene nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njenog povećanja (izmakla korist), kao i nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha (nematerijalna šteta). Dakle, šteta kao pravni pojam podrazumeva gubitak koji neko lice usled određenog događaja, trpi na svojim pravno zaštićenim dobrima, mimo svoje volje, a najčešće usled određene radnje trećih lica koja su dužna da istu nadoknade.

Međutim, da bi došlo do utvrđivanja postojanja građanske odgovornosti određenog lica povodom nastale štete, neophodno je postojanje određenih uslova, pretpostavki odgovornosti, koje moraju biti kumulativno ispunjene, a to su postojanje štete i postojanje uzročne veze između štete i radnje počinioca štete. Pored postojanja stalnih – obaveznih pretpostavki odgovornosti, od izuzetnog je značaja i postojanje tačno određenog osnova odgovornosti za nastalu štetu (od moguća tri koje nam ZOO predviđa: odgovornost po osnovu krivice, odgovornost za drugoga i objektivana odgovornost), a iz razloga eventualnog postojanja određenih okolnosti na osnovu kojih može doći do isključenja odgovornosti određenog lica za nastalu štetu.

Opšte odredbe ZJI (lex speciali)

Imajući u vidu specifičnu ulogu medija, ZJI pored propisivanja posebnih prava i obaveza – principa kojih se mediji trebaju pridržavati prilikom obavljanja svoje javne funkcije, kao što su pretpostavka nevinosti (pravno pravilo da se niko ne može oglasiti krivim ili odgovornim pre pravosnažne odluke suda ili drugog nadležnog organa), zabrana govora mržnje, zabrana javnog izlaganja pornografije, zaštita maloletnika i dr., ZJI predviđa i zaštitu prava ličnosti lica čija lična dobra mogu biti povređena (ne)objavlivanjem određenih informacija. Pored zaštite prava na čast i ugled, kao prava ličnosti, ZJI predviđa i zaštitu još nekih specifičnih oblika zaštite prava ličnosti kao što su pravo na privatni život i lični zapis (prava na privatnost) i pravo na identitet. Pored zaštite navedenih prava kroz institut naknade štete, ZJI predviđa i pravo na objavljivanje odgovora povodom određene informacije, kao i pravo na isticanje zahteva za objavljivanje ispravke određene informacije.

Naime, Zakonom o javnom informisanju, čl. 79, propisano je da svako lice na koje se odnosi netačna, nepotpuna ili druga informacija, čije je objavljivanje u skladu sa ovim zakonom zabranjeno, kao i lice kome nije objavljena ispravka, odgovor ili druga informacija čije objavljivanje ima pravo da traži od javnog glasila,

a u skladu sa zakonom, i ako zbog njenog objavljivanja, odnosno neobjavljivanja trpi štetu, ima pravo na naknadu materijalne i nematerijalne štete u skladu sa opštim propisima i odredbama tog zakona, nezavisno od drugih pravnih sredstava koja tom licu stoje na raspolaganju. Dakle, citirani član zakona u napred navedenim slučajevima omogućava licima koja trpe štetu, da nezavisno od drugih pravnih sredstava koja im stoje na raspolaganju, kao što su objavljivanje odgovora ili ispravke informacije, da podnesu tužbu stvarno i mesno nadležnom sudu, u smislu čl. 40 st. 2 Zakona o parničnom postupku¹⁹, a u vezi sa čl. 23 st. 1 tač. 7 Zakona o uređenju sudova²⁰ i istaknu zahtev za naknadom nastale materijalne i nematerijalne štete.

Rok za podnošenje tužbe. – Sam postupak zaštite prava shodno ZJI, delimično odstupa od opšteg režima parničnog postupka, isti je znatno ubrzan, i to najviše predviđanjem određenih rokova unutar kojih zainteresovano lice mora pokrenuti postupak ili preduzeti određene radnje.

Rok za podnošenje tužbe za naknadu štete prema ZJI iznosi 6 meseci od dana objavljivanja informacije²¹. U pitanju je prekluzivni rok unutar kog stranaka mora preduzeti određene radnje, odnosno može podneti tužbu, ako ne želi da joj se ugasi ne samo pravo na podnošenje tužbe, već i samo subjektivno pravo. Na ove rokove sud pazi po službenoj dužnosti i kod njih nema zastoja, ni prekida roka, saglasno odredbi člana 370 Zakona o obligacionim odnosima, kojom je propisano da se pravila o zastarelosti ne primenjuju u slučajevima kada su u zakonu određeni rokovi u kojima treba da se podigne tužba ili da se izvrši određena radnja pod pretnjom gubitka prava²². U slučaju podnošenja tužbe nadležnom sudu nakon isteka navedenog roka, sud će u postupku prethodnog ispitivanja tužbe, istu odbaciti kao neblagovremenu, shodno čl. 294 st. 1 tač. 2 ZPP.¹⁹

Isključenje odgovornosti. – Okolnosti čijim dokazivanjem može doći do isključenja odgovornosti odgovornih lica, prema ZJI, jesu da su novinar i odgovorni urednik javnog glasila, pre objavljivanja informacije koja sadrži podatke o određenom događaju, pojavi ili ličnosti, sa pažnjom primerenom okolnostima, proverili njeno poreklo, istinitost i potpunost. Ili kada je u pitanju tuđa informacija, ideja i mišljenje, da je ista preneti i objavljena verodostojno i potpuno, i ukoliko je informacija preneti iz drugog javnog glasila, da je ista preneti uz navođenje glasila iz kojeg je informacija preneti²³. Dakle, dokazivanjem: da je pre objavljiva-

¹⁹ "Sl. glasnik RS", br. 72/11.

²⁰ "Sl. glasnik RS", br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - dr. zakon, 78/2011 - dr. zakon i 101/2011.

²¹ Čl. 85 ZJI.

²² Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž br. 12019/10 od 20.05.2010. godine.

²³ Čl. 3 ZJI.

nja informacije postupljeno u skladu sa profesionalnom pažnjom (da je ista proverena, u smislu saznanja porekla i provere istog; da je potpuna, u smislu sveobuhvato istražena, te stoga i istinita); da je određeno lice – subjekt informacije, dalo neposredni pristanak ili da se radi o slučaju postojanja zakonskog ovlašćenja objavljivanja određene informacije bez pristanka subjekta na koje se odnosi²⁴; da se radi se o informaciji koja je verno preneti iz dokumenta nadležnog državnog organa²⁵, može doći do isključenja odgovornosti odgovornih lica u smislu ZJI (novinara, odgovornog urednika i pravnog lica koje je osnivač javnog glasila).

Zabranjeno je objavljivanje samo informacija za koje se pre objavljivanja zna da su neistinite (netačne) ili se sa pažnjom primerenom okolnostima moglo utvrditi da su neistinite, i da ukoliko se naknadno, dakle, posle objavljivanja određene informacije, ispostavi da je ista neistinita (netačna), kao i da su pritom odgovorna lica pre objavljivanja postupila u skladu sa pažnjom primerenom okolnostima, onda se sporno objavljivanje ne može smatrati zabranjenim, pa stoga i ne postoji odgovornost odgovornih lica, a samim tim ni odgovornosti medija za objavljenu informaciju.

Vidovi naknade štete

U slučaju utvrđivanja odgovornosti za nastalu štetu, ZJI, pruža mogućnost isticanja zahteva za naknadu materijalne, odnosno imovinske štete i/ili nematerijalne štete licu koje je pretrpelo štetu.

Materijana šteta je šteta koja pogađa imovinu oštećenog i to neposredno (stvarna šteta) kada se ogleda u umanjenju njegove imovine, ili pak posredno (izmakla dobit) kada je reč o sprečavanju njenog uvećanja do koga bi po redovnom toku stvari i došlo da nije bilo štetnog događaja²⁶.

Nematerijalna šteta predstavlja nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha, te nije šteta koja pogađa imovinu oštećenog²⁷. Radi se o šteti na ličnim ili neimovinskim dobrima čoveka kao što su: život, zdravlje, fizički i psihički integritet, sloboda, čast, ugled, dostojanstvo, ime i dr.²⁸ Zakon o obligacionim odnosima imenuje sve vidove (uzroke) naknade nematerijane štete, u pitanju je numerus clausus mogućih vidova²⁹: za fizičke bolove; za duševne bolove zbog:

²⁴ Čl. 45 ZJI.

²⁵ Čl. 82 ZJI.

²⁶ O. Antić, Obligaciono pravo, Beograd, 2008, str. 448.

²⁷ Ibid, str. 449.

²⁸ J. Radišić, Obligaciono pravo, Beograd 2004, str. 199.

²⁹ Vid. čl. 200 ZOO.

umanjenja životne aktivnosti; naruženosti; povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti; smrti bliskog lica; za strah.

Svaki od njih može postojati samostalno, ali isto tako i iz istog štetnog događaja može doći do ostvarenja više različitih vidova nematerijalne štete. S tim u vezi, može doći i do isticanja zahteva za naknadom više vidova koji se međusobno ne isključuju. Sud u načelu prilikom dosuđivanja naknada štete, dosuđuje naknadu za svaki vid štete posebno. Međutim, po pitanju naknade nematerijalne štete, na savetovanju građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, Vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 1986. godine, kao i presudom Vrhovnog suda Srbije Rev br. 126/05 od 25.05.2006. godine zauzet je stav, da se bez obzira što se ista u načelu dosuđuje za svaki vid nematerijalne štete posebno, treba dozvoliti i određivanje jedinstvene naknade za ukupnu nematerijalnu štetu, ali samo u izuzetno teškim slučajevima, kada se trpljenja oštećenog uzajamno uslovljavaju i prepliću tako da ih je teško razlučiti, a tužilac pritom ostaje pri zahtevu za isplatu jednog novčanog iznosa za nematerijalnu štetu, u celini.

Pojedini vidovi povreda predviđenih ZJI, kao i ZOO mogu ujedno podrazumevati i izvršenje određenih krivičnih dela, kao što su uvreda čl. 170 KZ i kleveta 171 KZ, koje su u vezi sa povredom prava na čast, zatim neovlašćeno fotografisanje čl.144 KZ, kao i nedozvoljeno javno komentarisanje sudskih postupaka čl. 336a KZ i dr., a što dodatno daje mogućnost zaštite određenih prava ličnosti. U tom smislu treba imati u vidu da je shodno čl. 13 ZPP-a sud u parničnom postupku protiv učinioca krivičnog dela vezan u pogledu postojanja krivičnog dela i krivične odgovornosti učinioca za pravnosnažnu presudu krivičnog suda kojom se optuženi oglašava krivim.

Najčešći vidovi povreda i uslovi neophodni za njihovo utvrđivanje. – Imajući u vidu sudsku praksu Višeg suda u Beogradu, kao i Apelacionog suda u Beogradu, najčešći zahtevi za naknadom nematerijalne štete, a u vezi sa povredom prava ličnosti u smislu ZJI, jesu zahtevi za naknadom nematerijalne štete zbog povreda prava na ugled i čast, prava na privatnost, odnosno prava na privatni život i lični zapis. Ređe zastupljeni zahtevi su zahtevi naknade nematerijalne štete zbog pretrpljenog straha.

Kad se govori o eventualnoj naknadi štete zbog povrede prava na čast i ugled, prava na privatnost i prava na identitet, treba imati u vidu da:

– *čast* – predstavlja mišljenje koje pojedinac ima o sebi samom i predstavlja jednu subjektivnu kategoriju, dok *ugled* – predstavlja stav i mišljenje koje ima sredina, javno mnjenje o ličnosti i objektivna je kategorija, kao i da je povreda prava na čast i ugled posledica nečovečnog tretiranja, te stvaranja pogrešne predstave o licu ili organizaciji kojom se narušava njihovo dobro ime;

– *pravo na privatnost* tiče se prava određenog lica da određene informacije, odnosno podatke, koje se tiču njegovog ličnog života, zadrži za sebe i učini ih nedostupnim drugima i javnosti, dok je povreda prava na privatnost posledica neo-

vlašćenog objavljivanja podataka iz privatnog života, tonskog zapisa nečijeg glasa, slikovnih zapisa nečijeg lika, nečijih ličnih zapisa;

– *pravo na identitet* predstavlja pravo određenog lica da bude predstavljeno onakvo kakvo zaista i jeste, i da kao takvo bude i tretirano, kao i da je povreda prava na identitet posledica pripisivanja svojstava nekom licu koja nisu njegova – imputiranjem, ili poricanjem svojstava – amputiranjem, podmenjtanjem lažnih izjava, istupa i slično.

Naime, da bi u konkretnom slučaju došlo do utvrđivanja povreda prava ličnosti, odnosno povreda prava na čast i ugled, kao i specifičnih oblika povreda predviđenih ZJI, neophodna je ispunjenost određenih uslova, koji se odnose na konkretnu informaciju, a to su: prepoznatljivost subjekta informacije, lična pogođenost subjekta informacije (čije je postojanje neophodno i iz razloga utvrđivanja svojstva aktivne legimacije na strani tužioca, neophodnog radi pokretanje postupka eventualne naknade štete), zatim neproporcionalnost informacije, kao i da objavljena informacija poseduje leziona sposobnost, odnosno da ista objektivno predstavlja štetnu radnju podobnu da kod subjekta informacije nanese štetu u vidu povrede prava na čast i ugled i prava na identitet, jer je ista najčešće nepotpuna, neproverena, uvredljivog karaktera.

– Što se tiče prepoznatljivosti subjekta informacije ona se u većini slučajeva pojavljuje kao izvesna, u smislu direktnog imenovanja subjekta na kojeg se odnosi informacija. Međutim, ista se može ceniti i u smislu prepoznatljivosti subjekta kod dela publike koja konkretnu informaciju može da dovede u vezu sa određenim licem i isto označi kao subjekta informacije. Prosuđuje se objektivno, tako da ukoliko se određena informacija ne može povezati sa određenim licem koje se samoidentifikuje sa spornom informacijom, povreda prava u smislu prepoznatljivosti ne postoji. Nisu retki slučajevi kad mediji doista nije imao u vidu određeno lice, koje je prepoznato kao subjekt informacije, ali i u tom slučaju može doći do povrede prava po osnovu prepoznatljivosti i njenog objektivnog postojanja, odnosno na osnovu činjenice da su druga lica informaciju vezala za određeno lice.

– Ličnu pogođenost subjekta informacije sud najčešće ceni na osnovu samog iskaza subjekta informacije, zatim iskaza lica koja imaju neposredna saznanja o posledicama nastupilim nakon objavljivanja sporne informacije, kao i uvidom u priložene mu dokaze podobne da dokažu postojanje povrede prava ličnosti u smislu ZJI. Postupak dokazivanja veštačenjem, na okolnost lične pogođenosti subjekta informacije na koje se ista odnosi, sud najčešće ne sprovodi, već se isti pridržava određenih kriterijuma i merila karakterističnih za postupak utvrđivanja nematerijalne štete, kao što su intezitet bolova, dužina trajanja, ostvarne posledice i dr.

– Prilikom objavljivanja određenih informacija koje se odnose na određene pojave ili događaje o kojima postoji potreba obaveštavanja i informisanja društva, mora se voditi računa o proporcionalnosti istih. Naime, ukoliko se interesovanje

zadovoljava samim izveštavanjem o pojavi ili događaju bez naznačenja njenih aktera, čija prava u konkretnom slučaju mogu biti povređena, nedopušteno je identifikovati subjekta informacije. Proporcionalnost se procenjuje u svakom konkretnom slučaju, ponaosob, pritom se ima u vidu sa jedne strane način objavljivanja određene informacije, a sa druge ostvarivanje legitimnog cilja određenog medija.

– Svojsstvo informacije podobne da povredi pravo na čast i ugled, kao i pravo na identitet, odnosno nanese štetu određenom licu – leziona informacije jeste neistinitost iste, sa kojom se izjednačava i nepotpunost, čije je navođenje, doduše istinito, ali se zbog nenavođenja dela informacije stvara pogrešna slika, odnosno neistinita informacija o licu ili događaju. Prilikom utvrđivanja da li određena informacija poseduje lezionu sposobnost, treba imati u vidu moguće vrste iskaza. Naime, samo iskazi koji su objavljeni kao činjenični iskazi ili kao deo mešovitog suda (činjenično-vrednosni sud), podobni su za ispitivanje istinitosti i dokazivanja, a iz razloga postojanja konkretnih objektivnih merila. Stoga ako je objavljena informacija takve prirode da dovodi u sumnju nečiju čast i ugled, tada nema obaveze subjekta informacije da dokazuje neistinitost te informacije o sebi, nego je na onom ko takvu informaciju objavi teret dokazivanja da je ona istinita³⁰. Međutim, u slučajevima izvršavanja svoje javne uloge, teret dokazivanja nije na mediju, koji je u svemu objavio informaciju podobnu da povredi prava ličnosti, već na subjektu informacije da je ista neistinita. U suprotnom uloga masmedija bila bi znatno otežana i ograničena, pa čak i dovedena u pitanje, imajući u vidu prečesta izlaganja mogućim pravnim posledicama prilikom obavljanja svoje javne funkcije. Glavna uloga medija, pre svega, jeste pružanje informacija koje služe građanima za formiranje mišljenja i opredeljivanja u važnim društvenim događajima, i u kom slučaju preteže interes javnosti i slobode medija, nad interesima pojedinca da određene informacije ne budu saopštene i koje bi ostati nedostupne javnosti.

Pravo na naknadu nematerijalne štete iz razloga pretrpljenog straha, sud dosuđuje ceneći stepen i intenzitet straha koji je tužilac kao lice na koje se informacija odnosi, na osnovu objektivnih okolnosti, mogao trpeo. Dosuđivanje iste ne opravdava se u slučajevima trpljenja straha lakog inteziteta, tako da se imaju u vidu sve okolnosti konkretnog slučaja, a koje, po mišljenju suda, upućuju na to da strah koji je trpeo tužilac pravno relevantan strah, obuhvaćen odredbom čl. 200 ZOO.

VISINA NAKNADE ŠTETE

Što se tiče utvrđivanja visine naknade nematerijalne štete, novčanog iznosa, sud prvenstveno polazi od kriterijuma da dosuđeni iznos treba da bude adekvatan i pravičan, da naknada treba da predstavlja satisfakciju koja će tužiocu, kao oštećenom licu omogućiti pribavljanje određenih duhovnih ili materijalnih

³⁰ Presuda Apelacionog sud u Beogradu, Gž br. 13743/10, od 15.09. 2010. godine.

dobara radi ublažavanja duševnih bolova, nastalih kao posledica pretrpljene štete. Zatim da dosuđena naknada treba da odgovara značaju povređenog dobra, intenzitetu i dužini trajanja duševnih bolova ili straha. Treba da bude primerena društveno-ekonomskim uslovima u kojima se dosuđuje, kao i da se njome pritom ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa prirodom i društvenom svrhom ove naknade. Takođe se ima u vidu od kakvog je značaja objavljivanje sporne informacije (naslova, uvoda, opreme teksta itd.), koje posledice može ostaviti na tužioca u pogledu njihovog života, koja se prava povređuju, i koliko bi sve to moglo da ostavi trag, odnosno koliki utisak ostavlja na okruženje u kome subjekt informacije živi.

Tužilac shodno čl. 277 i 278 ZOO ima pravo na određivanje zatezne kamate na pravičnu novčanu naknadu nematerijane štete, a koja teče od dana donošenja prvostepene presude kojim je naknada određena, kao danom određivanja visine naknade štete.

EVROPSKI OKVIRI

Stavovi i praksa Evropskog suda za ljudska prava

Bogata praksa Evropskog suda za ljudska prava, kao nadnacionalnog mehanizma zaštite ljudskih prava utvrđenih Konvencijom za zaštitu ljudskih prava³¹, a u vezi sa članom 10 Konvencije (sloboda izražavanja) predstavlja značajnu građu za unapređenje nacionalnih zakonodavstava u ovoj oblasti.

– *Privatni život, porodični život.* – U slučaju Reklos podnositelji predstavke su bili roditelji novorođenčeta koje je bez njihovog znanja ili pristanka fotografisao jedan profesionalni fotograf koji je povezan sa bolnicom. Tužbu roditelja kojim su tražili da se utvrdi da su prava ličnosti njihovog deteta prekršena, domaći sudovi su odbacili uz obrazloženje da emocionalno i psihološko stanje deteta u tom uzrastu još nije razvijeno. Sud je zaključio da je predstavka prihvatljiva sa stanovišta člana 6 stav 1 i člana 8 Konvencije, a na osnovu toga što nije bila tražena dozvola za fotografisanje i što je osim toga fotograf zadržao negative koje je mogao koristiti i u budućnosti, protivno želji deteta i njegovih roditelja.³²

– *Pretpostavka nevinosti i očuvanje autoriteta i nepristrasnosti sudstva.* – Pretpostavka nevinosti koja je zajemčena članom 6 stav 2 Konvencije, ne primenjuje samo na sudski postupak u kome se optuženom licu sudi za konkretno navedeno krivično delo, već je važno i da javni funkcioneri, kao i mediji, ispolje neophodnu uzdržanost kada izveštavaju o krivičnim postupcima, jer krivi-

³¹ European Convention on Human Rights, Council of Europe, 1950. god., koju je R. Srbija ratifikovala 26. decembra 2003. godine, i otpočela sa primenom od 3. marta 2004. godine

³² Reklos I Davurlis protiv Grčke, Predstavka br. 1234/05, odluka od 6. septembra 2007.

cu mora ustanoviti i proglasiti sud, a ne štampa. Krivično delo mora se opisivati kao zakonom predviđeno krivično delo i ne smeju se davati, niti objavljivati izjave u kojima se osuđujuća presuda tom licu predstavlja kao jedini mogući ishod suđenja. Objavljivanje od strane štampe fotografije osumnjičenog lica je mešanje u njegov privatni život, koji je zaštićen po osnovu člana 8 Konvencije i ne može se opravdati kao korak preduzet u bilo kakvom legitimnom cilju, izuzev određenih specifičnih slučajeva kada bih se npr. radilo o licu koje je begunac od pravde tako da je fotografija objavljena da bi se olakšalo njegovo hvatanje.

– *Prager and Oberschlick v. Austria (1995)*. – Austrijski sud je osudio novinara i glavnog urednika zbog povrede ugleda jednog sudije, jer su objavom neutemeljene kritičke primedbe (uvrede) na račun nekolicine sudija o njihovom navodnom “tretiranju optuženika kao da su unapred osuđeni”, te pripisujući sudiji J.O. “drsko i tiransko ponašanje” u obavljanju sudijske funkcije. Na ovaj način je novinar optužio sud da su sudije kršile zakon ili barem da su kršili svoje profesionalne obaveze, čime je ne samo naškodovalo njihovom ugledu, nego je i potkopano poverenje javnosti u poštenje sudova u celini. Evropski sud je utvrdio da Prager nije uspeo da dokaže istinitost svojih tvrdnji, niti da su njegovi vrednosni sudovi bili pravičan komentar, zbog preterane širine optužbi bez odgovarajuće činjenične osnove, usled čega su one bile pristrasne. Sam Prager, po vlastitom priznanju, nije prisustvovao ni jednom postupku koji se vodio pred sudijom J.O., osim toga, nije dao ni jednu mogućnost sudiji da prokomentariše optužbe iznete na njegov račun. Vrlo oštre kritike na račun dotičnog sudije, koje je izneo podnosilac predstavljanja, nisu bile dobronamerne i nisu poštovale pravila novinarske etike, iako je Sud imo na umu i činjenicu da novinarska sloboda obuhvata i mogućnost pribegavanja upotrebe šokantnih i uvredljivih termina, ali samo ako vrednosni sudovi imaju i faktičku osnovu koja ih potkrepljuje.³³

ZAKLJUČAK

Domaći pravni poredak usvaja opšteprihvaćene principe međunarodnog prava u oblasti slobode izražavanja, slobode javnog informisanja i drugih sloboda izvedenih iz slobode izražavanja i dalje ih razrađuje kroz Ustav, pozitivno zakonodavstvo i praksu sudova. Sa druge strane, pravni poredak štiti i druge legitimne interese, propisujući određena ograničenja ovih sloboda, kao i mogućnost naknade štete u slučaju njenog prouzrokovanja. ZOO i ZJI regulišu osnovne pojmove u oblasti prouzrokovanja nematerijalne štete putem sredstava javnog informisanja, pitanje naknade i njene visine, osnova i uslova odgovornost, kao i u kojim slučajevima se odgovornost isključuje. Međutim, duh svakom zakonu uliva njegova pri-

³³ D. Milenković, *Medijsko pravo i politike*, Univerzitet u Beogradu-Fakultet političkih nauka, Beograd, 2009, str. 18.

mena, otelotvorena kroz praksu sudova, jer nijedan zakon, koliko god bio precizan i potpun, ne može predvideti sve životne situacije, niti može otkloniti jezičke nasavršenosti zbog kojih su moguća različita tumačenja zakona. Neophodno je da sudska praksa bude ujednačena, kako bi u društvu bila ostvarena pravna sigurnost. Takođe, praksa Evropskog suda za ljudska prava i praksa domaćih sudova treba da ukaže na ustavne i zakonske nedostatke i na taj način povratno utiče na normativni okvir za regulisanje ove materije. Samo u njihovom sudejstvu moguće je ostvariti potpunu zaštitu slobode izražavanja i drugih prava pojedinaca i društva. Za kraj treba reći da iako postoji značajan napredak u ovoj oblasti uvek postoji prostor za dalje unapređenje zaštite ljudskih prava i sloboda, pa stoga i slobode izražavanja.

IVAN STANKOVIĆ,
MILICA GOLUBOVIĆ,
MILENA KAŠIKOVIĆ, judicial trainees
of the Higher court of Belgrade

INTANGIBLE DAMAGES CAUSED BY PUBLISHING INFORMATION IN MEDIA

Summary

The domestic legal system accepts the general principles of International law in the field of freedom of expression, freedom of public informing and the other freedoms derived from the freedom of expression, and elaborates them through the Constitution, existing legislation and case law. On the other hand, the legal system also protects other legitimate interests and rights, stipulating certain limits of these freedoms, and foresees the possibility of damages in case that they are needed as a relieve for persons who have suffered harm from the wrongful acts of others. The Law of contract and torts and the Public Information Act, provide the basic concepts in the field of general damages which may be caused by the media, as well as requirements needed for determining liability, but also exclusion of liability of potentially responsible persons, and the issue of damages and their level. However, the spirit of every law is determined by its application, embodied through the practice of the courts, because any law, no matter how accurate and complete it can be, cannot anticipate all life situations, and cannot remove language imperfections which can lead in different interpretations of the law. It is essential for the case law to be uniform, so that the society has legal certainty. Additionally, the practice of the European Court of Human Rights, and the practice of domestic courts should adduce the constitutional and legal imperfections, in that manner, of influence on the statutory framework which regulates this matter. Only by their mutual participation it is possible to achieve complete protection of freedom of expression and the other rights of individuals and society. And in the end, it should be noted that although there is significant progress in this area, there is always space for improving the field of protection of human rights and freedoms, including the freedom of expression.

ZORAN ISAILOVIĆ

PLAĆANJE FISKALNIH PRIHODA U SAVREMENIM USLOVIMA

U V O D

Neminovnost javnih potreba u kontekstu egzistiranja vitalnih segmenata društvenog života, objektivno uslovljava pojačanu pažnju brojnih subjekata, veza-nih za pronalaženje izdašnih javnih prihoda. Oštra ekonomska kriza u međuna-rodnim i nacionalnim okvirima sigurno predstavlja ograničavajući faktor u pro-nalaženju zadovoljavajućih pravnih rešenja.

Pravo je majstorstvo u savremenim društveno-ekonomskim uslovima iz-graditi tolerantni fiskalni sistem, čija bi važnost bila dugoročnija. Po mom mišlje-nju, posebna teškoća u ovoj oblasti društvenog života u našoj Republici je ta, što se i pored postojanja saznanja u praksi o značaju ove problematike, u praksi i teo-riji ne pridaje neophodan značaj. Da je to tako najbolje pokazuje činjenica suviše malog broja eksperata koji permanentno proučavaju poresku materiju. Preveliki je broj naučnika i stručnjaka koji se uzgredno bave pravnim proučavanjem teo-rije i prakse poreza. S tim u vezi, savremena stvarnost u našoj Republici pokazu-je aktuelnu prisutnost brojnih defektnih zakona podložnih čestim brzim i dovolj-no neargumentovanim obrazloženim promenama, koje izrazito negativno utiču na odvijanje privrednog i društvenog života. Tako primera radi, suviše je mno-

Dr Zoran Isailović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini.

go rešenja koja imaju hipertrofiranu ulogu da pribave izdašne prihode, pri tom ne vodeći računa da se zbog primene tih propisa uveliko zagorčava život privrednim subjektima, pojavljujući se kao primarni uzrok za obustavljanja privredne aktivnosti, u današnji uslovima toliko neophodnih sa stvaranje društvenog proizvoda čiji je rast neophodna pretpostavka za novo zapošljavanje radnika.

Nažalost, previše je dilema i smušenosti u praksi, vezano za opredeljenje države o poreskom konceptu koji nam je neophodan kod opterećenja dohotka u sadašnjim privrednim i društvenim uslovima. Preciznije govoreći, još uvek nema jasnih opredeljenja relevantnih faktora u kom pravcu treba koncipirati propise o oporezivanju dohotka građana. Po mom mišljenju, još uvek postoji dilema, da li i dalje primenjivati cedularni sistem kao okosnicu sistema ili napraviti radikalni zaokret akceptiranjem globalnog (sintetičkog) sistema oporezivanja dohotka građana. Rešavanje ovog pitanja je od izuzetnog značaja za ostvarivanje ustavnog načela plaćanja poreza pod jednakim uslovima i ekonomskoj snazi. Dosledno ostvarivanje pomenutog načela uveliko utiče na poreski moral poreskih obveznika izraženog kroz dobrovoljno plaćanje poreske obaveze. Ovom prilikom treba istaći, da korektivan godišnji porez na dohodak građana koji je trebao da opteretiti ukupnu ekonomsku snagu obveznika i utiče na pravednost oporezivanja nije u praksi dao zadovoljavajuće rezultate. Očito, da brojni subjekti sa velikom ekonomskom snagom nisu procesuirani od strane Poreske uprave i ne plaćaju ovaj porez.

U svim savremenim državama je organizovan poreski sistem primenom poreskog pluralizma. Drugim rečima, poreski sistem sadrži mnoštvo poreskih oblika. To je neizbežno u složenim uslovima odvijanja privrednog i društvenog života. Dakle, iako bi u praksi primena jednog poreza – poreski monizam bio jednostavniji, pregledniji za primenu i efikasniji za sprečavanje izbegavanja plaćanja, to ostvarenje danas nije realno. Ipak, prihvatajući nužnost egzistiranja poreskog pluralizma savremene države pokušavaju da smanje broj poreskih vrsta u poreskom sistemu i na taj način u najvećoj mogućoj meri pojednostave njegovu poresku strukturu. U tom cilju promenama Zakona o budžetskom sistemu (čl. 15)¹ utvrđeno je da se porezi mogu uvoditi samo zakonom i definiše se šta može biti predmet oporezivanja. Konkretno, propisuje se da se porez može uvesti na potrošnju, dohodak, dobit, imovinu i prenos imovine fizičkih i pravnih lica. Pored toga, precizirano je da se poreskim propisima moraju utvrditi predmeti oporezivanja, osnovica, obveznik, poreska stopa ili iznos, sva izuzimanja i olakšice od oporezivanja, način i rokovi plaćanja poreza. Najzad, pomenutim novim propi-

¹ Videti: Predlog Zakona o izmenama i dopunama Zakona o budžetskom sistemu, Beograd, 2012. godine.

som utvrđeno je da se obaveze i prava poreskih obveznika ne mogu proširivati ili smanjivati podzakonskim aktima. Ovim putem, jasno je propisana isključiva nadležnost parlamenta da putem zakona suštinski opterećuje obveznike.

Nemoguće je optimalno funkcionisanje fiskalnog sistema bez postojanja precizne i jasne pravne regulative. Međutim, kod nas su se praksi pored brojnih zakona i drugih podzakonskih propisa koji regulišu poreze, pojavljuju i brojni propisi koji regulišu druge javne prihode i one koji nemaju taj status – tzv., neporeski i para fiskalni prihodi pod različitim nazivima (naknade, takse, i dr. koje donose brojni javni subjekti. Pomenuti prihodi često imaju suštinski ista dejstva kao i pravi porezi te predstavljaju ozbiljnu smetnju i osetno opterećenje za normalno funkcionisanje privrede. Zbog toga je neophodno sveobuhvatno uređenje fiskalnih propisa od strane parlamenta, Vlade i Ministarstva finansija. Pored neophodnosti donošenja novih jednostavnih, jasnih i podsticajnih fiskalnih propisa za odvijanje privrednog života, izuzetno važnu ulogu mora da odigra Poreska uprava. Po mom mišljenju, važan razlog ovome je, što je glavni problem u poreskoj praksi taj, što veliki broj poreskih obveznika iako ispunjava zakonske uslove ne plaća porez te se poresko opterećenje u potpunosti oslanja na one poreske subjekte koji su lojalni državi i one koje Poreska uprava uspeva da procesuirati i naplati porez. Prirodno, za uspešan rad Poreske uprave će biti neophodno koncipirati fiskalni sistem sa manjim brojem fiskalnih oblika koji bi davali dovoljno prihoda. Takav sistem treba da omogućiti otklanjanje opasnosti za građane i privrednike da upadnu u “zasedu” nekog skrivenog nameta.²

POJAM I VRSTE FISKALNIH PRIHODA

Sa povećanjem funkcija moderne države izdvajaju se sve veća sredstva iz društvenog proizvoda za zadovoljavanje javnih potreba. Ta sredstva država nalazi tako što ima svoje prihode koji se nazivaju javnim ili državnim prihodima.”Bez tih sredstava državni organizam bi jednostavno “prestao da živi”: finansijski (javni) prihodi predstavljaju “krv” koja ga napaja.”³ Kriza javni finansija brojnih savremenih država pojačava aktuelnost istraživanja načina prikupljanja javnih prihoda od strane države i njihovih efekata na privredni i društveni život.

Može se reći, da su dva glavna načina pribavljanja sredstava od strane države. Jedan način jeste da država dolazi do sredstava bez korišćenja tzv. *ius impe-*

² “NIN”, od 30. avgusta 2012. godine.

³ Dejan Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, Colpi, Budapest i “Savremena administracija”, Beograd, 1997, str. 2.

rium-a. Naime, neposrednim uključivanjem u brojne pore privrednog i društvenog života, savremena država otvara mogućnost ostvarivanja istina manjeg dela javnih prihoda sopstvenom poslovnom aktivnošću. Tako ostvareni prihodi su po svojoj prirodi originarni i privatno pravni odnosno nefiskalni prihodi i do njih država dolazi neposredno odnosno izvorno. U kontekstu izloženog definišući ove prihode kao prihode do kojih država dolazi po pravilu na isti način kao i druga fizička lica i pravna lica u društvu, u ove prihode spadaju: javni zajmovi, prihodi od imovine (domenski prihodi), prihodi od državnih privrednih preduzeća, prihodi od rada ustanova, prihodi od rada državnih organa i ostali manje važni prihodi. Izuzimajući javne zajmove, u ukupnoj strukturi prihoda savremenih država izvorni prihodi, kada se prebiju sa odgovarajućim rashodima imaju skromnu ulogu. Javni zajmovi nisu definitivni prihodi, jer ih država mora vratiti i to sa kamatom u određenim rokovima. Međutim, njihova učestalost, finansijska izdašnost, i po pravilu namenska usmerenost potencira njihov značaj kao instrumenta pokrića rashoda u savremenim državama.

Drugi način dolaženja države do prihoda jeste "prinudno prisvajanje kupovne snage fizičkih i pravnih lica potčinjenih njenom fiskalnom suverenitetu u visini koju autonomno utvrđuje na bazi političkih kriterija".⁴U kontekstu izloženog, imajući u vidu kriterije nekorišćenja ili korišćenja fiskalnog suvereniteta prilikom pribavljanja prihoda, prvu grupu prihoda nazivamo nefiskalnim ili originarnim (izvornim) приходima. Drugu grupu, koja proizilazi iz prihoda fizičkih i pravnih lica, nazivamo fiskalnim ili derivativnim (izvedenim) приходima. Za ove prihode se upotrebljava i termin dažbine. Pored izloženih prihoda, kao specifična vrsta prihoda javljaju se novčane kazne. Ovi prihodi se ne ustanovljavaju da bi država putem njih dobila sredstva već su vrsta sankcija za povredu određenih propisa. Ipak, i ova sredstva ulaze u budžet države i koriste se za podmirenje njenih potreba. Isto tako, država može doći do sredstava i emitovanjem papirnog novca bez odgovarajućeg pokrića. Međutim, pošto ti prihodi nisu definitivni, država te prihode mora pokriti uvođenjem fiskalnih prihoda ili drugim bespovratnim приходima.

Dakle, teorijski uopštavajući, bez preterivanja se može reći da su fiskalni prihodi u savremenim državama glavni oblici prihoda. Finansijska teorija poznaje kao fiskalne prihode: poreze, carine, takse, doprinose i naknade. Podlogu za ovu podelu teorija nalazi iz specifičnih obeležja koje navedene vrste fiskalnih prihoda izražavaju. Ovo je najčešće i klasično shvatanje u teoriji finansija koje prihvata i najveći broj savremenih autora. Međutim, navedenu podelu moguće je ar-

⁴ Jovan Lovčević, Institucije javnih finansija, Peto izdanje, "Službeni list SRJ", 1993, Beograd, str. 62.

gumentovano relativno shvatiti. U tom kontekstu, u teoriji carine se podvode u jednu specifičnu vrstu posrednih poreza koji se plaćaju u vezi s prolaskom robe preko državne granice. Demarkaciona linija između poreza, s jedne strane i doprinosa, taksa i naknada s druge strane, se nalazi u nepostojanju (kod poreza) i postojanju (kod doprinosa, taksa i naknada) neposredne (individualne) protiv činidbe za njihovo plaćanje. Ovakvo, na prvi pogled jasno i jednostavno razgraničenje u teoriji i praksi ponekad nailazi na nedoumice i daje osnova pojedinim autorima da navedenu podelu fiskalnih prihoda “uslovno” čak i napuste. Pored toga, događaji u praksi su doveli i do pojave brojnih prihoda koje je gotovo nemoguće uklopiti u pomenute podele javnih prihoda. U kontekstu izloženog, Zakonom o budžetskom sistemu⁵ porezi se razlikuju od drugih fiskalnih prihoda po tome što se neporeski prihodi odlikuju time što ih država prikuplja od pravnih ili fizičkih lica, uz obavezu izvršenja specijalne usluge pomenutim subjektima. Međutim, u praksi došlo je do drugačijeg profilisanja fiskalnog sistema. Naime, u njemu se sada pojavljuju pored poreza koje uvodi država i brojni nameti, bez obzira ko ih uvodi centralna država, lokalna samouprava, nezavisne agencije, regulatorna tela, direkcije, uprave, fondovi i slično. Korpus navedenih tzv., neporeskih prihoda obuhvata brojne prihode (namete) koji opterećuju privredu i građana kao što su: naknade, takse, dozvole, licence i dr.⁶ Prema tome, uprošćavajući razmatranje o fiskalnom sistemu Srbije, jasno se vidi njegova duboka deformisanost i nekoherentnost, imajući u svojoj strukturi fiskalne oblike koje je teško teorijski opravdati.

Imajući izloženo u vidu, neophodno je preispitati naše fiskalno zakonodavstvo i u cilju ostvarivanja optimalnih privrednih i socijalnih ciljeva ostvariti suštinske promene u skladu sa dostignućima moderne teorije i prakse. Delujući u tom smeru, neophodna je i precizna klasifikacija svih fiskalnih formi koji postoje u sistemu. S tim u vezi, porezima se mora nazvati sve ono što ima karakter poreza, a ne karakter naknade i takse za određena dobra, usluge ili prava. Veliki je broj

⁵ “Službeni glasnik RS”, br. 54/09, 73/10, 101/10, 101/11.

⁶ “Verovatno bi bilo celishodno da se najveći broj, ako ne i svi javni entiteti “vrate” pod okrilje budžeta i da se njihovo finansiranje direktno veže za budžet. Postojanje sopstvenih prihoda u sistemu stvara podsticaje za nastanak onoga što danas imamo u Srbiji, a to je nepoznat broj naknada, taksa, nameta i konstantna težnja da se izađe iz sistema trezora i budžeta kako bi se tako prikupljena sredstva koristila sa što manje kontrole od strane bilo koga van tih entiteta. Znači, svi dosadašnji sopstveni prihodi državnih organa, organa uprave i lokalne samouprave, agencija, direkcija i slično, mogli bi da postanu prihodi budžeta čime bi se ti entiteti uveli u sistem konsolidovanog računa trezora. O posebnim računima tih entiteta u poslovnim bankama da i ne govorimo, jer to smatramo ekstremnim slučajem urušavanja sistema.” Izvodi iz studije, “Mostovi i ćuprije”, Sistem neporeskih i parafiskalnih formi u Republici Srbiji, USAID, Srbija, NALED, Beograd, april, 2012, str. 11.

primera u našoj praksi da određeni nameti po svojoj prirodi prerdstavljaju klasične poreze za koje nema nikakve protivusluge, ili bar nema protivusluge za obveznika koji ih plaća. Znači, generalne preporuke su da se mora izvršiti jasna sistematizacija poreza, naknada, taksi, i svih drgih nameta, i da se mora prestati sa praksom uvođenja različitih formi (i porez, i naknada ili taksa) za isto dobro, isti uslugu ili pravo.⁷ Prirodno, da bi se navedeni posao mogao dobro uraditi, neophodno je poći od teorijski jasno definisanih pojmova za svaki oblik fiskalnog prihoda. U nastavku ovog rada pokušaću da prezentiram karakteristike najvažnijih fiskalnih prihoda.

Porezi

Često se savremena država naziva poreskom državom. Zbog toga teško je zamisliti državu bez zakona o porezima, to je nužnost koja prati pravne sisteme savremenih zemalja. U kontekstu izloženog, sigurno se može tvrditi da poreski zakoni svojom prirodom najosetljivije zadiru u interese i potrebe ljudi, te su pravom pod budnom pažnjom stručnjaka, naučnika i široke javnosti.

Na pitanje šta su porezi, veliki broj autora daje svoju definiciju. Iz mnoštva definicija, datih u različitim vremenskim periodima, nailazimo na različito poimanje institucije poreza, što je i razumljivo pošto su se porezi kao istorijska kategorija menjali tokom vremena u zavisnosti od ekonomskih, socijalnih, političkih i drugih činilaca u određenoj društveno-ekonomskoj formaciji.⁸ Svodno govoreći, porez je jednostrano, prinudno i bespovratno davanje državi bez neposredne (individualne) protivnaknade, po pravilu u novcu, koje izdvajaju iz svojih ekonomskih izvora fizička i pravna lica radi zadovoljenja društvenih potreba, i ostvarenja određenih ekonomskih, socijalnih i drugih ciljeva. Na osnovu izloženog moguće je izvesti opšte karakteristike ovog instrumenta.

– Porezi se mogu uvoditi samo zakonom⁹ i prinudna su davanja. Kod nekih savremenih država, posebno prilikom prikupljanja javnih prihoda putem uvođenja novih radikalnih poreskih zakona, prethodno se oportunistički uvođenja novih rešenja proverava na referendumu.

⁷ Videti: Izvodi iz studije, “Mostovi i ćuprije”, Sistem neporeskih i parafiskalnih formi u Republici Srbiji, op. cit., str., 11.

⁸ Aleksandar Perić, *Finansijska teorija i politika*, “Savremena administracija “ i Institut za ekonomska istraživanja, Beograd, 1974. god., četvrto izdanje, str., 269.

⁹ “Porezi se prikupljaju na osnovu zakona (a ne na osnovu naredbi). Poreze treba platiti tek kad postoji činjenica za koju zakon vezuje obavezu plaćanja poreza. Stoga je zakonski dopušteno izmicati obavezi plaćanja poreza, izbegavanjem porezne činjenice.” Dieter Brummerhoff, *Javne finansije*, sedmo izdanje, R. Oldenbourg Verlag, Munchen Wien, prevod, MATE, 2000., Zagreb, str., 222.

Kod poreza nema dobrovoljnosti, niti dogovora među subjektima hoće ili neće da se plati porez. Ako obveznik ne plati porez dobrovoljno, država pristupa prinudnom naplatom poreza. Naivno bi bilo verovati da bi se poreska obaveza izvršavala samo pozivanjem na građansku dužnost obveznika države, bez zaprećenosti primenom prinude za neizvršavanje obaveza. Prinudnost opterećenja obveznika u savremenim uslovima ne nastaje prilikom uvođenja poreza. Ona nastaje onda kada država naplaćuje porez. Preciznije, kada određeni subjekt stekne imovinu, ostvari dohodak itd., dužan je da plati porez.

Prinudne mere za naplatu prihoda ne temelje se, samo na poreznim zakonima. Država može pribavljati prihode raznim drugim oblicima prinude, npr., u slučajevima kada se u određenim područjima koristi svojim monopolskim položajem. Tako su npr., monopolni dobiti od finansijskog monopola zapravo poseban oblik oporezivanja (potrošnje), čak i ako se to tako ne iskazuje.¹⁰

– Ne postoji neposredna (individualna) protivnagrada za plaćeni porez. Ako je neko platio porez, nema zbog toga pravo da traži od države da mu ova da određenu vidljivu individualnu nadoknadu u bilo kom obliku. Ilustracije radi, ako u jednom mesecu platite npr., 50.000 dinara poreza, to Vam ne daje pravo da u tom mesecu koristite usluge policije, škole, fakulteta, zdravstvene ustanove i dr., do pomenutog iznosa i da Vam se nakon toga u tom mesecu te usluge uskraćuju.

Međutim, ne znači da država ne daje obveznicima ništa za plaćeni porez. Naime, sredstva od poreza se upotrebljavaju za finansiranje vojske, policije i drugih državnih i društvenih službi od čijeg rada imaju koristi svi građani. Dakle, zadovoljava se opšti, odnosno javni interes. Tako možemo reći da država daje tzv., opštu nadoknadu građanima za plaćeni porez.

– Činjenica je da smo u savremenim uslovima opkoljeni porezima. Porezna vlast je svuda oko nas i konkretno se to manifestuje kada plaćamo neku od brojnih vrsta poreza. U tom smislu porezi se ne plaćaju samo direktno iz plata, prihoda, dobiti ili imovine, već i onda kada kupujemo brojna dobra i usluge (benzin, pivo, sok, mleko, hleb itd.) nužne za naš život. Tada su porezi uključeni u cenama proizvoda ili usluga i mi ih kao potrošači plaćamo. Prema tome, opravdano je mišljenje Benjamina Franklina koji kaže, “na ovom svetu ništa nije izvesno osim poreza i smrti”.

Dakle, u savremenim državama važi načelo opštosti plaćanja poreske obaveze. Ne pravi se diferencijacija obveznika zavisno od pripadnosti bilo kakvoj grupaciji u društvu, kao što je to bilo u robovlasništvu i feudalizmu. Svi su dužni pod jednakim uslovima da plaćaju porez. Samo u zakonski utvrđenim slučaje-

¹⁰ Dieter Brummerhoff, *Javne financije*, op. cit., str., str. 223.

vima postoji mogućnost da se određeni obveznici oslobode plaćanja poreza ili da im se daju olakšice radi ostvarivanja socijalnih, ekonomskih i drugih ciljeva.

– Porez je derivativni prihod, odnosno proizilazi iz prihoda koje ostvaruju fizička i pravna lica obavljanjem svoje delatnosti. Koristeći svoj fiskalni suverenitet, država vrši preraspodelu dohotka, oduzimajući deo dohotka (prihoda) navedenim subjektima ili, što je ređi slučaj oduzimanjem dela ranije ostvarenog dohotka oporezivanjem imovine.

– Porez je po pravilu nenamenski (nedestimirani) prihod i služi za podmirivanje svih društvenih potreba. Ovo pravilo u savremenim uslovima trpi neka odstupanja, jer ima poreza koji služe za zadovoljavanje tačno određenih potreba. Postoji više razloga što se još uvažava princip da porezi služe za zadovoljenje svih rashoda – tzv., principi nedestimiranosti (neafektacije). Najznačajniji su: Nedestimirani porezi ulaze u budžet kao jedinstven fond sredstava, pa se olakšava kontrola trošenja. Finansiranje putem nedestimiranih poreza je ravnomernije, jer je moguće voditi računa o zadovoljenju svih potreba. Kod destimiranih prihoda (koji se slivaju u fondove) je to otežano, te je moguće da za određene potrebe postoji dovoljno sredstava a za druge ne. Troškovi upravljanja sredstvima su manji kod nedestimiranih poreza nego kod destimiranih. Razlog tome je formiranje posebnih instrumenata raspodele za destimirane prihode (fondova), za šta su potrebni posebni organi upravljanja itd. Po mom mišljenju, u izrazitoj oskudici javnih prihoda potrebno je izbegavati uvođenje destimiranih poreza.

– U uslovima vladavine robno-novčane privrede prirodno je da se poreska obaveza po pravilu izvršava u novcu. Izvršavanje obaveze u naturi imalo bi tehničkih problema i ne bi bilo oportuno.

Doprinosi

U fiskalnoj teoriji postoje više definicija pojma doprinosa. Tako, tradicionalna fiskalna teorija polazi od toga da država naplaćuje ovaj prihod zato što pruža određenu individualnu korist obvezniku. Ali ta korist istovremeno je i šira, jer se rasprostire i obuhvata i druge članove društva. Dobar primer je izgradnja infrastrukturnih objekata.¹¹ Isprepletenost koristi od doprinosa pojedinca i društva, je u praksi složena te ju je često nemoguće jasno razlučiti. Pored toga, plaćanje doprinosa nastaje nametanjem od strane države (bez izražene volje korisnika za određenim uslugama).¹²

¹¹ Videti: Milan Todorović, *Nauka o finansijama, Nauka o porezima*, Beograd, izdanje "Gece Kona", 1930, str. 61.

¹² U jugoslovenskoj zakonodavnoj delatnosti i literaturi od oslobođenja do raspada SFRJ, postojala su različita gledišta o pojmu doprinosa. Tako je naš prvi Zakon o porezima ("Sl. list"

Međutim, značenje doprinosa nije samo onako kako ga je definisala tradicionalna fiskalna teorija. U praktičnom životu, šta više ovaj prihod češće se poistovećuje sa prihodima namenjenim za finansiranje socijalnog osiguranja. Pomenuti prihod se u savremenoj teoriji svrstava u parafiskalne prihode. Parafiskalni prihodi su sporedni fiskalni prihodi i pojavljuju se uz fiskalne prihode države. Osnovne karakteristike ovih prihoda su sledeće: Plaćanje parafiskalnih prihoda vrše samo članovi društvenih grupa povezanih ekonomskim i socijalnim interesom; Sredstva pribavljena primenom parafiskalnih prihoda ne ulaze u budžet; Parafiskaliteti su destiniрани prihodi, jer služe za ostvarenje ekonomskih i socijalnih ciljeva članova društvenih grupa koji ih plaćaju; Navedene prihode, po pravilu, direktno ne regulišu državni organi.

Iz navedenih karakteristika parafiskalnih prihoda, proizilazi da se oni razlikuju od tradicionalnih fiskalnih prihoda. U teoriji se ističe da zbog širenja funkcija savremene države budžet dobija isuviše uske okvire i postaje nedovoljan za finansiranje naraslih javnih potreba. Zbog toga se čitav niz aktivnosti postepeno prenosi sa državnih organa na odgovarajuće institucije i finansira se van budžetskih okvira.¹³

Dakle, u teoriji postoji mišljenje o specifičnim i posebnim obeležjima doprinosa za obavezno socijalno osiguranje koji se razlikuje od poreza kao tzv., parafiskalni prihod.¹⁴ Međutim, rašireno je shvatanje i o bliskoj vezi parafiskalitea i poreza. Ističe se da je parafiskalni prihod destiniрана dažbina, nametnuta kao obaveza licima koja se nađu u određenoj, opštim propisom predviđenoj situaciji; često se u samom zakonu postavljaju osnovi sistema određenog parafiskalitea, čime se u značajnoj meri limitiraju ovlašćenja parastatalnih organizacija; postupak utvrđivanja, naplate i kontrole parafiskalitea i poreza je, po pravilu, identičan

FNRJ, br. 105/46) izjednačavao poreze i doprinose. Kasnije se, donošenjem novog Zakona o društvenom doprinosu i porezima ("Sl. list" FNRJ, br. 105/52), pravi razlika između doprinosa i poreza. Kriterij za razlikovanje je bio u tome što su obveznici doprinosa privredne organizacije, a obveznici poreza građani. Ovakvo razlikovanje između poreza i doprinosa traje do 1965. godine i donošenja Osnovnog zakona o doprinosima i porezima građana. ("Sl. list" SFRJ, br. 32/64). Ovim Zakonom su se doprinosima nazivali prihodi države koji su se plaćali iz ličnih dohodaka građana, a porezi su se plaćali iz prihoda od imovine i na imovinu i prihode koje su građani ostvarivali upotrebom dopunskog rada drugih lica. Donošenjem Ustavnih amandmana 1971. godine i Ustava 1974. godine pravila se suštinska razlika finansiranja opšte potrošnje, s jedne strane, i zajedničke potrošnje, s druge strane. Ovim propisima regulisano je da su instrumenti za finansiranje opšte potrošnje porezi i druge dažbine, a za finansiranje zajedničke potrošnje ustanovljeni su doprinosi. Iz tog sistema se vidi da je kriterij razlikovanja poreza i drugih dažbina od doprinosa određen zavisno od namene trošenja sredstava. Najzad, u reformisanom fiskalnom sistemu Srbije, pojam doprinosa reduciran je samo na vrstu prihoda za pribavljanje sredstava neophodnih socijalnom osiguranju.

¹³ Dražena Tomljanović, Parafiskalna davanja, Institut za javne finansije, Zagreb, 1972, str. 10.

¹⁴ Videti: Gilbert Tixier – Guy Gest, Droit fiscal, I.G..D J, Paris, 1981, str. 30.

i poveren nadležnim državnim organima. S tim u vezi, najizdašniji parafiskaliteti – doprinosi za obavezno socijalno osiguranje – u OECD klasifikaciji poreza smatraju se posebnom vrstom poreza, svrstanom u grupu 2000. Istina autori te klasifikacije ističu da se doprinosi mogu razlikovati od poreza utoliko što naknada iz socijalnog osiguranja zavisi od okolnosti da li je propisani iznos doprinosa uplaćen, ali razmere te naknade, u načelu ne zavise od veličine nečijeg plaćenog doprinosa.¹⁵

Takse

U teoriji postoji jasno razgraničenje i razlikovanje između poreza i taksa. Glavna razlika između ova dva prihoda jeste da su takse takav prihod države za čije plaćanje se dobija individualna protivnaknada u obliku usluga, po pravilu neprivrednog karaktera, koje država pruža. Usluge države po pravilu obveznici takse traže dobrovoljno. S druge strane, porezi su prinudna davanja koje država nameće obveznicima ne dajući nikakvu individualnu protivnaknadu. Kod poreza postoji samo opšta protivnaknada (opšti ekvivalent).

Jedno od značajnih pitanja jeste određivanje visine takse. U načelu visina takse bi trebalo da se kreće u srazmeri s visinom troškova koje ima država za pružanje usluga. U praksi, u najvećem broju slučajeva, obveznik ne plaća naknadu u celini za usluge države. Stoga se takse obično definišu “kao delimično plaćanje troškova javne usluge od strane korisnika koju je dobrovoljno zatražio ili u svoje ime ili čije mu je korišćenje nametnuto”.¹⁶ Visina takse ne sme preći troškove javne usluge. Ako se to dogodi onda nije više taksa već porez.¹⁷ Brojnost taksi koje su se u našim uslovima pojavile zahteva preciznije pravno regulisanje ove materije. Tako novim propisima¹⁸ bliže se uređuju takse kao vrsta neporeskih prihoda i definišu principi koji se moraju poštovati prilikom utvrđivanja visina takse. Naime, visina takse mora biti primerena troškovima pružanja javne usluge, odnosno sprovođenja postupka ili radnje i mora biti utvrđena u apsolutnom iznosu, odnosno ne može biti utvrđena kao procenat od promenljive osnovice. Pored toga, za jednu uslugu može se naplaćivati samo jedna taksa.

¹⁵ P.M. Gaudemet, *Finances publiques, Emprunt et impot*, Editions Montchrestien, Paris, 1975, str. 105–107. (Cit. prema radu, Dejana Popovića, *Teorijske osnove razgraničenja između pojedinih oblika javnih prihoda*, *Pravni život*, Beograd, br. 10, 2000, str. 257).

¹⁶ Miodrag Matejić i Miodrag Jovanović, *Finansije*, “Informator”, Zagreb, 1982, str. 58.

¹⁷ G. Jeze, *Cours elementare de science des Finances et de legislation financiere francaise*, Paris, 1931, str. 34.

¹⁸ Videti čl. 11, Predloga Zakona o izmenama i dopunama Zakona o budžetskom sistemu, Beograd, 2012, godine

Pošto se takse plaćaju za neprivredne (intelektualne, administrativne) usluge u najvećem broju slučajeva je teško utvrditi vrednost usluge koje pruža država. To je razlog opravdanja prakse da se usluge za koje se naplaćuju takse grupiraju po nekoj sličnosti u taksenoj tarifi (tarifni brojevi) i da se visina takse utvrđuje paušalno na osnovu nekih pretpostavljenih troškova.¹⁹

Pored izloženog država mora prilikom odmeravanja visine taksa da vodi računa i o stepenu zastupljenosti interesa taksenih obveznika, kao i o zastupljenosti javnog interesa. Ako je prevashodno zastupljen javni interes obveznik može platiti malu taksu, a u određenim slučajevima se može i osloboditi od plaćanja. Međutim, ako je prevashodno zastupljen interes tražioca usluge on bi najvećim delom snosio troškove usluge države kroz plaćanja takse.

Nekada država utvrđuje visinu takse u zavisnosti od koristi koje će takseni obveznik imati od pružene usluge. Na primer, ako otvara neki ugostiteljski lokal taksa može biti visoka. Međutim u savremenim uslovima ovo pravilo je izuzetno opasno i štetno i ne treba ga primenjivati.

Utvrđujući u određenim slučajevima izuzetno visoku taksu cilj države nije da pribavi izdašnije prihode već da preventivno deluje na nepotrebno traženje usluge od države. Recimo, nepotrebno vođenje dugotrajnih i čestih sudskih rasprava zbog neznatnog interesa parničara.

U praksi se često dešava da se pod taksom označava prihod koji po svojim karakteristikama to nije. Tako su se u predratnoj Jugoslaviji kao takse označavali i neki porezi - na nasleđe i na promet nekretnina. U Francuskoj taksom se naziva porez na dodatnu vrednost. Međutim, od navedene prakse nije imun ni naš fiskalni sistem. Tako, primera radi, lokalna komunalna taksa za držanje i korišćenje plovnih postrojenja i drugih objekata na vodi je po svojim obeležjima porez na upotrebu dobara i na dozvolu da se upotrebljavaju dobra ili obavljaju delatnosti.

Teorijski bi morali biti jasni. Naime, taksa je uvek vezana za uslugu državnog organa, organa uprave ili suda ili takve organizacije kojoj je država dala ovlašćenje da za nju naplaćuje takse, a usluga je po pravilu neprivrednog karaktera (administrativna usluga). Ako se za uslugu neke druge organizacije (a ne državne organizacije ili organizacije koju je država ovlastila) plaća neka naknada, onda ona ne bi mogla biti taksa.

Ipak, i pored jasnog razgraničenja poimanja poreza i taksa, moramo biti realni da za pojedine dažbine nije slučajno da se jasno ne razlučuje o čemu je reč: o porezima ili taksama. Navedeni primeri iz naše predratne prakse to najbolje ilustruju. Ako bi se dažbina na nasleđenu imovinu plaćala za rad suda u ostavin-

¹⁹ Božidar Jelčić, *Nauka o financijama i finansijsko pravo*, "Informator", Zagreb, 1988, str. 262.

skom postupku, onda bi to bila zaista taksa. Međutim, radilo bi se o porezu ako bi zakonodavac imao nameru da optereti nasledenu imovinu kao manifestaciju povećane ekonomske snage. Takođe, i kod poreza na promet (prenos) nekretnina uz naknadu pojavljuju se slične situacije. Interesantno je, da u nekim poreskim sistemima ovakve dažbine zaista imaju hibridni karakter (delom zahvataju uvećanu ekonomsku snagu, a delom predstavljaju pokriće troškova usluga koju vrši državni organ), pa je za kvalifikaciju od značaja koji element preteže.²⁰

Kao i u mnogim drugim savremenim državama, i u našoj zemlji plaća se više vrsta taksa. Ako bismo izvršili podelu taksa prema predmetu koji podleže taksi i ovlašćenju za regulisanje taksi, kod nas se pojavljuju sledeće takse: Administrativne i sudske (prema predmetu) i republičke, pokrajinske i komunalne (prema ovlašćenju za regulisanje). U okviru navedene podele moguće je izvršiti i druge podele. Administrativne takse se mogu podeliti na upravne takse, carinske takse, konzularne takse itd. Sudske takse se mogu podeliti na takse koje se plaćaju u parničnom, vanparničnom, izvršnom i drugom postupku.

U teoriji fiskalnog prava se zahteva da takse bilo koje vrste budu propisane zakonom i utvrđene taksenom tarifom.²¹ U tarifi bi morala biti određena i visina takse. To znači da se ne može naplaćivati taksa, kao u ostalom i svaka druga dažbina, koja nije legalizovana. Otuda je načelo koje vredi u oblasti taksa - načelo njihovog legaliteta. Ono istovremeno znači da se taksa ne može naplaćivati u većem iznosu od utvrđenog u taksenoj tarifi.²²

Sa pravnog aspekta interesantna je priroda lokalnih komunalnih taksa. Ove takse se pojavljuju kao izvorni prihodi jedinica lokalne samouprave. Predmeti ovih taksa mogu biti prava, predmeti i usluge koje jedinice lokalne samouprave utvrde svojom tarifom. To međutim, nisu sva prava, predmeti i usluge, već samo ona taksativno utvrđena Zakon o finansiranju lokalne samouprave,²³ U prethodnom periodu, počev od 2007. godine, kada je ovaj Zakon počeo sa primenom, obveznici plaćanja su ukazivali da jedinice lokalne samouprave nema-

²⁰ Dejan Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, op. cit., str. 21.

²¹ Predlogom Zakona o izmenama i dopunama Zakona o budžetskom sistemu (čl. 17) propisano je da se takse mogu uvoditi samo zakonom kojim se može propisati njihova visina ili se tim zakonom može dati pravo određenom subjektu da utvrdi njihovu visinu. Takođe, taksa se naplaćuje za neposredno pruženu javnu uslugu, odnosno sproveden postupak ili radnju, koju je pružio, odnosno sproveo nadležan subjekt. Najzad, pomenutim propisom je utvrđeno da se taksa ne može naplaćivati za izdavanje dokaza i bilo kojih podataka koje lice pribavlja od jednog državnog organa a po nalogu drugog državnog organa.

²² Miodrag Matejić, *Javne finansije*, Zavod za obrazovanje administrativnih kadrova SR Srbije, Beograd, 1975, str. 305.

²³ "Službeni glasnik RS", br. 62/06, 47/11.

ju uspostavljene kriterijume i merila za utvrđivanje lokalnih komunalnih taksa, posebno firmarine, čime se stvara pravna nesigurnost za obveznike i mogućnost da iznosi taksi, posebno firmarine svake godine, budu uvećani, bez arumenata i realnih kriterijuma. Najveći iznosi firmarine propisani su za delatnost šumarstva i vodoprivrede, proizvodnje, prenosa i distribucije elrtrične energije, proizvodnje cementa i šećera, zatim za finansijske usluge, osiguranje imovine i lica, za oblast trgovine naftom i derivatima nafte, poštanskih, mobilnih i telefonskih usluga i dr.²⁴

Dakle, preciznije govoreći jedinice lokalne samouprave su nekontrolisano, hipertrofirano povećale najvažnije lokalne komunalne takse: za isticanje firme na poslovnom prostoru; isticanje i ispisivanje firme van poslovnog prostora na objektima i prostorima koji pripadaju jedinici lokalne samouprave (kolovozi, trotoari, zelene površine, bandere i sl.); i držanje motornih, drumskih i priključnih vozila, osim poljoprivrednih vozila i mašina. Navedenu ekspanziju pomenutih prihoda koji po mom mišljenju i nisu prave takse već porezi, trebalo je da spreči Vlada koristeći ovlašćenja iz Zakona o finansiranju lokalne samouprave. Naime, čl. 15, st. 2, pomenutog Zakona propisano je da će Vlada utvrditi najviši iznos za navedene lokalne komunalne takse na predlog Ministarstva finansija, koje će prethodno o tome pribaviti mišljenje Komisije za finansiranje lokalne samouprave. Međutim, od 2007. godine (početka primene Zakona) do danas, Vlada nije donela uredbu o utvrđivanju najvišeg iznosa i tako omogućila lokalnoj samoupravi da preterano optereti privredu pomenutim lokalnim komunalnim taksama. Pored toga, Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o finansiranju lokalne samouprave²⁵, nije prihvaćen Vladin predlog da najviši iznos pomenutih lokalnih taksi bude utvrđen u iznosu dve prosečne zarade u toj jedinici lokalne samouprave, prema poslednjem objavljenom podatku republičkog organa nadležnog za poslove statistike.

U kontekst izloženog, u cilju rasterećenja privrede i građana u uslovima ekonomske krize, utvrđen je novi Predlog Zakona o izmenama i dopunama Zakona o finansiranju lokalne samouprave kojim se ukida određeni broj lokalnih komunalnih taksi, a preduzetnici i mala pravna lica (osim za određene delatnosti), oslobađaju se plaćanja firmarine i lokalne komunalne takse za korišćenje reklamnih panoa, uključujući isticanje i ispisivanje firme van poslovnog prostora. Pored toga, pomenutim Zakonom propisani su najviši iznosi do kojih skupštine jedinica lokalne samouprave mogu da propišu navedene lokalne komunalne tak-

²⁴ Obrazloženje Predloga Zakona o izmenama i dopunama Zakona o finansiranju lokalne samouprave, Beograd, 2012. god.

²⁵ "Službeni glasnik RS", br. 47/11

se. Ovim putem očekuje se da će se obezbediti naplata realnijih iznosa ovih taksi, a istovremeno sprečiti njihovo enormno povećanje iz godine u godinu.

Naknade

U teoriji je zastupljeno mišljenje da su naknade u našem sistemu skup fiskalnih instrumenata, najmanje transparentne i najteže za administriranje. Osnovni razlog za to je što se kroz sistem naknada, obično definisanih neporeskim zakonima, istovremeno nastoji naplatiti upotreba nekog konkretnog javnog dobra i obezbediti namenski prihod za održavanje ili proizvodnju tog ili nekog drugog povezanog javnog dobra.²⁶

Praktični život pokazuje da se u našem sistemu razlikuju raznorodni prihodi koji su svrstani u zajednički korpus javnih prihoda nazvan – naknadama. Svodno govoreći, u našem pravnom sistemu naknade su bile svrstane u tri grupe. Prvu grupu predstavljaju naknade za korišćenje dobara od opšteg interesa i u nju spadaju: naknade za korišćenje vode, naknade za korišćenje šuma, naknade za korišćenje puteva, naknade za korišćenje zemljišta, naknade za korišćenje prirodnog lekovitog faktora i naknade za korišćenje rudnog blaga. U drugu grupu svrstavane su dve vrste naknada pojavljujući se kao lokalni javni prihodi. To su naknada za korišćenje i uređivanje građevinskog zemljišta i naknada za zaštitu i unapređenje životne sredine. I najzad imamo i koncesione naknade koji su uvršćivani u ostale javne prihode.

U skladu s njihovom prirodom, regulacija ovih grupa naknada u nekoliko se razlikovala. Naknade za korišćenje dobara od opšteg interesa su po pravilu uvedeni zakonom, dok su se samo glavni elementi naknada tzv., lokalnog karaktera regulisali zakonom. Postojale su mogućnosti njihove razrade odlukama opštine odnosno gradova koji su ih uvodili.

Naknade su, po pravilu, destinirani prihod i pripadaju, delom ili u celini, određenim fondovima, Direkciji za puteve, javnim preduzećima, budžetu lokalnih samouprava i budžetu Republike. S tim u vezi, to je razlog što su često naknade za korišćenje dobara od opšteg ineresa regulisane propisima kojima se normira korišćenje utvrđenih dobara od opšteg ineresa.

U teoriji javnih finansija se javlja dilema, kakva je priroda naknada? Po jednom mišljenju, za kvalifikaciju je, kao i kod taksa, potrebno proveriti postojanje jasne veze između visine dažbine koju obveznik plaća i koristi koju ostvaruje ko-

²⁶ Videti grupa autora: Reforma poreskog sistema, Centar za liberalno demokratske – studije, Beograd, 2003, str. 34.

rišćenjem određenog dobra od opšteg interesa. (Dok se za plaćenu taksa dobija neka usluga od strane državnog organa, naknada je zakonom utvrđena „cena” korišćenja nekog dobra od opšteg interesa). Ako je veza slaba ili nepostojeća, naknada je u suštini porez, bez obzira na zakonski naziv.²⁷ Po mom mišljenju, osobine poreza ima naknada za korišćenje građevinskog zemljišta, koja se jednostavno može uključiti u jedinstveni sistem oporezivanja imovine. Druga, brojnija grupa naknada po svojim karakteristikama najbliža je pojmu doprinosa definisanim u duhu tradicionalne fiskalne teorije.

Dakle, svodno govoreći, po mom mišljenju naknade se kao javni prihod približavaju ceni, jer u više slučajeva izražavaju njenu sadržinu. Međutim, u celini gledano, kod naknada prevladava nemogućnost individualnog utvrđivanja protiv naknade koju dobija obveznik ovog prihoda. To je glavni razlog što je ovaj prihod u praksi često kritikovan od brojnih privrednih subjekata. S tim u vezi, pojedine naknade su uvođene, utvrđivane i naplaćivane nedosledno, netransparentno i na nepredvidiv način. Utvrđivanje njihove visine često nije bilo u skladu sa njihovom svrhom i namenom. To je bio razlog pristupanju promeni propisa u ovoj materiji.²⁸ Pomenutim promenama zahteva se da ova vrsta prihoda mora plaćati za neposredno korišćenje određenog dobra. Takođe, najbolje uporedne prakse pokazuju da način uvođenja i utvrđivanja njihove visine, kao i upotreba naplaćenih sredstava, trebaju biti utvrđeni jednim zakonom čime se obezbeđuju, s jedne strane, predvidivost poslovanja privredi, a s druge strane optimalno korišćenje javnih dobara. Navedenim posebnim zakonom koji predlaže i sprovodi ministarstvo finansija uređivaće se obveznik plaćanja naknade, osnovica naknade, visina naknade, način utvrđivanja i plaćanja naknade, kao i pripadnost naknade.

ZAKLJUČAK

Pravno uređenje fiskalnih prihoda u uslovima ekonomske krize je sigurno jedno od najosetljivijih pitanja u Srbiji. U ovom radu pokušao sam da ispitam pravna obeležja najvažnijih fiskalnih oblika koji se primenjuju u praksi. S tim u vezi, uvažavajući značaj poreza kao najvažnijih fiskalnih prihoda, posebnu pažnju sam posvetio pravnim obeležjima tzv., neporeskim приходima – doprinosima, taksama i naknadama u cilju ostvarenja načela pravednog, umerenog i podnošljivog opterećenja privrednih subjekata i drugih fiskalnih obveznika.

²⁷ Dejan Popović, *Poresko pravo* Pravni fakultet, Beograd, 2008, str. 9.

²⁸ Videti: Predlog Zakona o izmenama i dopunama Zakona o budžetskom sistemu, Beograd, 2012. god.

U kontekstu izloženog, mišljenja sam da je neophodno u fiskalnim zakonima precizno definisati vrste i osnovne elemente fiskalnih prihoda na osnovu prihvaćenih savremenih naučnih i stručnih dostignuća teorije i prakse. Pored toga, zalažem se za eliminiranje hipertrofirane mogućnosti uvođenja fiskalnih prihoda od brojnih subjekata – centralne države, lokalnih samouprava, nezavisnih agencija, regulatornih tela, direkcija, uprava, fondova i drugih. Umesto toga, potrebno je obezbediti da najvažnije fiskalne prihode uvodi Zakonima Narodna skupština uz pomoć praktične operacionalizacije primene propisa od strane Ministarstva finansija i privrede. Najzad, u cilju transparentnosti i efikasne kontrole trošenja javnih sredstava neophodno je ta sredstva evidentirati i bilansirati u okviru budžeta.

ZORAN ISAILOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Priština

PAYMENT OF FISCAL REVENUES IN CONTEMPORARY CONDITIONS

Summary

Legal structure of fiscal revenues in conditions of economic crisis is surely one of the most sensitive questions in Serbia. In this paper the author attempts to examine markings of the most important fiscal forms that are applied in practice. In this respect, appreciating the importance of taxes as the most important fiscal revenues, the author pays a particular attention to legal markings, so-called non-tax revenues - contributions, fees and user charges for the purpose of realizing the principles of equitable, moderate, and bearable burden of economic entities and other fiscal payers.

Within the context of the above stated, the author emphasises that it is indispensable that fiscal laws precisely define the types of fiscal revenues on the basis of accepted contemporary scientific and professional achievements in theory and practice. Besides, the author advocates the elimination of hypertrophied possibility of introducing of fiscal revenues from numerous entities – national government, local self governments, independent agencies, regulatory authorities, directorates, administration, funds and alike. Instead of that, it is necessary to ensure that fiscal revenues are introduced through Laws enacted by the National Assembly and assisted by through practical operationalization of regulations application by the Ministry of Finance and Economy . Finally, for the purpose of transparency and efficient control of public assets spending it is necessary that the assets are registered, and balanced within the budget.

PREDRAG STOJANOVIĆ,
MILIVOJE LAPČEVIĆ

SOCIO-EKONOMSKE FUNKCIJE AKCIZA U REPUBLICI SRBIJI I NORMATIVNI NEDOSTACI NJIHOVE PRIMENE

U V O D

Iako bi se iz savremenog prizvuka samog termina, na prvi pogled, moglo zaključiti da su akcize proizvod novijeg poreskog zakonodavstva, takav zaključak bio bi daleko od istine. Naime, ovi porezi su odavno čvrsto pozicionirani na poreskoppravnoj istorijskoj vertikali, i to preko svog, sada već arhaičnog, terminološkog pandana – *trošarina*. Po mišljenju većine pravnih istoričara, reč je o najstarijem obliku poreza na potrošnju. Od perioda nastanka u rudimentarnim formama, pa sve do savremenih vremena, akcize su zadržale svojstvo veoma primamljivog fiskalnopravnog instrumenta iz perspektive političkog establišmenta, ali su, ipak, sa stanovišta onih koje indirektno ekonomski pogađaju, stekle epitet “omraženog poreza”.¹ Ova negativna etiketa, proizvod je činjenice da glavne slabosti ovog poreza nisu mogle ostati trajno neprimećene, kao što se prvobitno pretpostavljalo.

Akcize predstavljaju poreski oblik čijom primenom se, *de jure*, selektivno oporezuje *promet* određenih proizvoda, dok se, *de facto*, oporezuje njihova *potrošnja*. Uporednopravno posmatrano, to mogu biti sledeći proizvodi: duvan i duvan-ske prerađevine, alkoholna pića, nafta i naftni derivati (tzv. monopolski proizvo-

Dr Predrag Stojanović, profesor, dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.
Milivoje Lapčević, saradnik u nastavi na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kragujevcu.

¹ Upored.: D. Popović, *Poresko pravo*, Beograd 2010, str. 423.

di); luksuzni proizvodi; kafa i so; deficitarni proizvodi i proizvodi od posebnog značaja za privredu države.² Dakle, akcize predstavljaju indirektan (prevaljiv) porez, osmišljen s ciljem da se njegovom primenom pogode manifestacije ekonomske snage samih potrošača, a ne subjekata koji su zakonom označeni kao poreski obveznici akciza. Kada je reč o drugim bitnim karakteristikama akciza u kontekstu domaće poreskoppravne regulative, može se istaći njihov nenamenski karakter³, kao i činjenica, da se oporezivanje i raspolaganje prihodima ostvarenim na platom akciza ne prepušta nižim nivoima vlasti.⁴

Postojanje težnje da se selektivnim oporezivanjem proizvoda masovne potrošnje ostvare značajni fiskalni efekti koji osiguravaju stabilnost sistema javnih finansija, suočeno je sa problemom odsustva legitimiteta među onima koji su indirektno oporezovani. Pri tom, regresivni učinci kod oporezivanja potrošnje, samo su jedan od oslonaca kritike akciznog oporezivanja. U uslovima postojanja opšteg poreza na potrošnju, kumulativno selektivno oporezivanje potrošnje moralo bi se pravdati i drugim razlozima osim onih fiskalne prirode. S obzirom na karakter proizvoda čija je potrošnja oporezovana akcizama, poreske vlasti nastoje da, u odbrani selektivnog oporezivanja, istaknu i čitav niz socijalnih ciljeva čijem ostvarenju se teži kroz primenu akciza. Ipak, pomenuti "socijalni" ciljevi, često služe samo kao "moralni paravan" pri uvođenju akciza i utvrđivanju visine akciznog terećenja potrošača, čime se pokušava, na empirijski nedovoljno potvrđenim osnovama, izgraditi legitimitet ovog poreza.

U situacijama kada su nosioci poreske politike objektivno součeni sa potrebom reagovanja na pojedine normativne nedostatke u primeni akciza, problem nastaje u pogledu načina na koji se to čini. Naime, pravni akti se neretko tumače *contra legem*, čime se, zarad održanja fiskalne stabilnosti, ostavljaju po strani ključni pravni principi – ustavnosti i zakonitosti.

SOCIJALNI EFEKTI PRIMENE AKCIZA

Očigledni nedostatak legitimiteta selektivnog oporezivanja potrošnje, često se pokušava pravdati nastojanjem da se, primenom akciza, ostvare određeni ci-

² Reč je o dobrima koja karakteriše izrazito niska elastičnost tražnje, budući da se njihova potrošnja teško može supstituisati potrošnjom nekih drugih (neoporezovanih) dobara.

³ Sa izuzetkom posebne naknade za cigarete (specifična akciza) koja predstavlja destinirani prihod.

⁴ Za razliku od domaćeg poreskog sistema koji (opravdano) afirmiše akcize kao centralni porez, u SR Nemačkoj mogućnost akciznog oporezivanja dopuštena je i nižim političko-teritorijalnim jedinicama, što predstavlja poseban oblik "finansijske solidarnosti" u federalnim državama. Vid.: P. Stojanović, *Finansije velikih gradova*, Kraljevo 1989, str. 69.

ljevi socijalnog karaktera. Takvo težnje su potpuno opravdane, ako se ima u vidu da javne finansije ne smeju biti neutralne u odnosu na privredni i socijalni razvoj, već se moraju aktivno postaviti u realizaciji brojnih funkcija.⁵ Drugim rečima, savremena poreska politika, trebalo bi da bude shvaćena kao svesno usmeravanje ekonomskih procesa zarad ostvarenja društvenih ciljeva.⁶

Raznolikost i brojnost afirmisanih nefiskalnih efekata akciznog oporezivanja, mogla bi, varljivo, uputiti na zaključak da je socijalna komponenta ovog poreza daleko značajnija od fiskalne. Kao osnovni socijalni razlozi uvođenja akciza, u literaturi se, uglavnom, navode: 1) uticaj na smanjenje potrošnje pojedinih (štetnih) proizvoda; 2) težnja za društveno pravičnom preraspodelom dohotka (uz relativno afirmisanje "robinhudovskog" principa redistribucije) i 3) nastojanje da se pokriće javnih troškova izazvanih upotrebom akciznih proizvoda, u većoj meri obezbedi na račun samih potrošača.⁷

Kada je reč o uticaju akciza na smanjenje potrošnje određenih proizvoda, misli se, pre svega, na one kategorije proizvoda čija upotreba, odnosno konzumacija, direktno ili indirektno šteti ljudskom zdravlju (duvanske prerađevine, alkoholna pića, nafta i naftni derivati). Stepennastojanja da se ovaj cilj zaista i postigne, u dobroj meri zavisi i od vrste akciznog proizvoda. Usled globalne i nacionalne nepripremljenosti za korišćenje alternativnih vidova energije, potrošnja nafte i naftnih derivata još uvek ne predstavlja plod autonomnog izbora potrošača, već nužnu pretpostavku svakodnevnog života pojedinaca i privrede. Bez pripremljene strategije u pogledu alternativnih rešenja, insistiranje na smanjenju potrošnje naftnih derivata primenom mera poreske politike, vodilo bi negativnim efektima u funkcionisanju nacionalne privrede. Ipak, s obzirom na dramatičan uticaj potrošnje naftnih derivata na kvalitet čovekove životne sredine, primenom akciza moglo bi se delovati u pravcu ostvarenja principa – "zagađivač treba da plati", kao neretko najefikasnijeg odgovora na problem tzv. negativnih eksternalija.

S druge strane, realna održivost namere da se akciznim oporezivanjem utiče na smanjenje potrošnje duvanskih proizvoda i alkoholnih pića, takođe je upitna. Razloge za to, ne bi trebalo tražiti u odsustvu iskrenosti prilikom proklamovanja socijalnih ciljeva, već u nepovoljnim socio-ekonomskim pretpostavkama njihovog ostvarenja. Pored toga, teorijski stavovi u pogledu mogućnosti da se povećanjem akciznih stopa smanji potrošnja ove dve kategorije proizvoda, u dobroj meri su divergentni. S jedne strane, ističu se mišljenja da, zbog nesporne niske elastičnosti tražnje pomenutih dobara, poreskopravni pokušaji uticanja na smanjenje

⁵ R. Musgrave, *Teorija javnih finansija*, Beograd 1973, str. 4–5.

⁶ Upored.: P. Jurković, *Fiskalna politika u ekonomskoj teoriji i praksi*, Zagreb 1977, str. 7.

⁷ Upored.: B. Raičević, *Javne finansije*, Beograd 2005, str. 231.

njihove potrošnje, mogu rezultirati samo minimalnim i kratkoročnim efektima. Osim toga, želja potrošača da konzumiraju neka od navedenih “dobara”, često je refleksija postojanja bolesti zavisnosti, koje se javljaju kao posledica njihove učestale upotrebe (nikotinska zavisnost i alkoholizam). U takvim slučajevima, povećanjem prodajne cene alkoholnih pića i duvanskih prerađevina (usled povećanja akciza), neće se u značajnoj meri smanjiti potrošnja, jer za pomenute grupe potrošača, cena proizvoda nije odlučujući činilac pri donošenju odluke o kupovini.

U svojim analitičkim razmatranjima, pojedini autori odlaze i korak dalje, tvrdeći da se povećanjem selektivnih potrošnih poreza mogu postići i kontra-produktivni učinci, naročito u vidu negativnih zdravstvenih efekata na potrošače. Naime, usled nemogućnosti da se odreknu potrošnje, a u želji da umanje teret indirektnog oporezivanja, potrošači se mogu opredeliti za potrošnju duvanskih prerađevina sa većim procentom štetnih materija (nikotina, katrana) ili alkoholnih pića sa većim procentom alkohola. Na taj način, umanjuje se broj pojedinačnih činova prometa akciznih proizvoda, što rezultira nižim indirektnim poreskim opterećenjem, ali se ostvaruje i negativan uticaj po pitanju težnje za očuvanjem zdravlja potrošača.⁸

Ne sporeći činjenicu niske elastičnosti tražnje, kao osnovnog argumenta za objašnjenje “nemoći” akciza u pogledu smanjenja potrošnje duvana i alkohola, u delu stručne javnosti prisutna su i napori da se, na empirijskoj ravni, dokaže korelacija između povećanja akciznih stopa i smanjenja stope mortaliteta, kao posledice smanjenja tražnje.⁹ Osnovni problem ovakvih istraživanja, predstavlja potreba uočavanja i uvažavanja velikog broja varijabli koje utiču na pomenute odnose, pri čemu svaki pokušaj apstrahovanja uticaja nekih od njih, može izazvati sumnju u pouzdanost krajnjih zaključaka. Primera radi, ukoliko se u fokusu istraživanja nađu isključivo poreskopравни, odnosno cenovni uticaji na tražnju akciznih proizvoda, a zanemare efekti necenovnih uticaja, ostaće nejasno u kojoj meri se smanjenje tražnje “duguje” svakom od pojedinačnih vidova uticaja na njeno kretanje.

Mogućnost da se akcize iskoriste kao poreskopravno sredstvo za preraspodelu dohotka, uočljiva je u domenu oporezivanja potrošnje luksuznih proizvoda. Radi se o nameri, da se novčana sredstva, putem poreza, apsorbuju od onih koji su u prilici da više i “neekonomičnije” troše, kako bi se kanalom javnih rashoda, prikupljena sredstva utrošila na socijalno degradirane slojeve društva. U tom slu-

⁸ Vid.: R. McGee, “Some Ethical, Legal and Economic Problems with the Use and Abuse of Exise Taxes as a Tool of Social Engineering”, *Journal of Accounting, Ethics and Public Policy*, Vol. 1, No. 4/1998, pp. 734–735.

⁹ Upored.: M. Moore, “Death and Tobacco Taxes”, Working Paper No. 5153, NBER, Cambridge, 1995. i I. Zelenka, “Utjecaj porezne politike na potrošnju duhanskih proizvoda u Republici Hrvatskoj”, *Financijska teorija i praksa*, br. 33/2009, str. 479–493.

čaju, akcize se pojavljuju kao svojevrsni filter-porez, čime se značajno doprinosi opštem legitimitetu ovog poreskog oblika. Međutim, težnja za ostvarenjem ovog cilja (koji je umnogome kompatibilan rezonima socijalističke ekonomske doktrine), načešće je povezana za zahtevom za namenskim usmeravanjem prikupljenih sredstava za realizaciju određenih socijalnih potreba. Taj zahtev u savremenim poreskim sistemima uglavnom nije ispunjen, budući da akcize, po pravilu, predstavljaju nenamenske poreze. U obliku tzv. "poreza na luksuz", akcize ne postoje u poreskom sistemu Republike Srbije, budući da u važećem Zakonu o akcizama, nije propisano oporezivanje luksuznih proizvoda.

Masovna potrošnja akciznih proizvoda koji negativno utiču na zdravlje potrošača, nužno podrazumeva i uvećanje javnih troškova koji se odnose na obezbeđenje zdravstvene zaštite. Kada je reč o troškovima lečenja bolesti povezanih sa upotrebom akciznih proizvoda, često se ističe pitanje opravdanosti promovisanja akciza kao mere poreskopravne "odmazde" prema potrošačima, ako se ima u vidu da se pomenuti troškovi primarno finansiraju putem doprinosa za obavezno zdravstveno osiguranje. Međutim, pri donošenju odluke o potrošnji akciznih dobara koja štete ljudskom zdravlju, potrošači se opredeljuju za svesno doprinosenje nastanku socijalnih rizika, koji predstavljaju pretpostavku ostvarivanja prava iz socijalnog osiguranja. Gledano sa te strane, mogao bi se izvesti zaključak o opravdanosti akciznog "penaliziranja" potrošačkih odluka koje za posledicu imaju uvećanje društvenih troškova. Bitno je naglasiti, da se time se ne zadire u sferu ograničavanja autonomije volje potrošača, kao bazičnog postulata savremenih tržišnih ekonomija.¹⁰

REGRESIVNI EFEKTI AKCIZNOG OPOREZIVANJA

Jedan od razloga nepravilnog funkcionisanja poreskog sistema, predstavlja činjenica postojanja brojnih primera načelnog afirmisanja, a praktičnog devalviranja fundamentalnih principa oporezivanja. Umesto čvrstog proklamovanja integralnog pristupa, često se kategorički razdvajaju poreski obveznici i država, kao subjekti čijim interesima "služe" pojedini poreski principi, pa se, kao posledica takvog artificijelnog poimanja, neminovno pojavljuje problem konfrontacije poreskih načela, odnosno subjekata koji u njihovoj primeni vide oslonac svoje zaštite. Ovakve anomalije najvidljivije su na polju praktičnog oživotvorenja principa efikasnosti i principa poreske pravičnosti kod posrednih poreza. Ideja o kreaciji izdašnog poreskog oblika, čiji bi administrativni troškovi naplate bili izuzetno

¹⁰ Upored.: S. Taboroši, *Pravo privrednog sistema*, Beograd 1996, str. 221.

niski, a prostor za evazionu aktivnost ekstremno sužen, iako kompatibilna principu poreske efikasnosti, redovno uzrokuje deformacije u primeni principa poreske pravičnosti, često shvaćenog u širem, neretko - metateorijskom kontekstu.

Nedvojbeno prisustvo regresivnih efekata prilikom oporezivanja potrošnje, kako akcizama, tako i porezom na dodatu vrednost, pruža činjenični oslonac teorijskim shvatanjima koja govore o marginalizaciji principa poreske pravičnosti u domenu oporezivanja potrošnje. Iako su teorijski stavovi u pogledu oporezivanja potrošnje jasno usmereni ka principu jednoobraznosti, to ne znači da analize pitanja poreske pravičnosti postaju bespredmetne u ovoj oblasti. Ukoliko se poreska pravičnost shvati kao zahtev za direktnom korelacijom između visine poreskog tereta i obveznikove sposobnosti plaćanja, onda se postavlja i pitanje određenja ekonomske kategorije, u odnosu na koju bi se ta sposobnost mogla procenjivati (raspoloživi dohodak, bruto-dohodak ili potrošnja).

U tehnicističkom pristupu problemu, odsustvo regresivnih efekata kod akciza (i drugih potrošnih poreza), moglo bi biti potvrđeno u slučaju kada bi se sposobnost plaćanja procenjivala prema kriterijumu potrošnje. Naime, još od vremena profilisanja kejnzijanske škole ekonomske misli, uočene su jasne zakonitosti koje se ispoljavaju u sferi odnosa između potrošnje i dohotka koji potrošač ostvaruje. Pri rastu dohotka, uprkos nominalnom rastu potrošnje, uvećava se udeo ušteđenog dela dohotka u odnosu na potrošeni, budući da dinamika rasta dohotka nije praćena ravnomernom, već usporenom dinamikom rasta potrošnje. Afirmacijom kriterijuma potrošnje u ovoj analizi ovog fenomena, ublažile bi se kritike na račun odsustva principa pravičnosti i postojanja regresivnih efekata, jer bi se, kao konačan rezultat njegove primene, mogao izvesti zaključak i o relativnoj *proporcionalnosti* akciza i drugih potrošnih poreza.¹¹ Ipak, činjenica da se sagledavanjem isključivo potrošnje, ne može potpuno definisati obim ekonomske moći potrošača, upućuje na primenu raspoloživog dohotka, kao kategorije u odnosu na koju bi se utvrdilo postojanje regresivnih efekata oporezivanja potrošnim porezima. Primenom ovog kriterijuma, uz uvažavanje ekonomske zakonitosti po kojoj, sa rastom dohotka, raste sklonost ka štednji, nedvosmisleno bi bilo potvrđeno prisustvo regresivnih efekata akciznog oporezivanja, budući da potrošači najniže kupovne moći podnose veći poreski teret u odnosu na platežno sposobnije potrošače.

Umesto ovakvog zaključivanja, mogli bi se, primenom analitičkog tehnicizma, braniti i drugačiji stavovi. Naime, ustavna afirmacija principa poreske pravičnosti, sastoji se u zahtevu za utvrđivanjem *poreske obaveze* prema kriterijumu

¹¹ Upored.: M. Škarica, "Realni okviri regresivnosti hrvatskoga poreza na dodanu vrijednost", *Ekonomika misao i praksa*, br. 2/2009, str. 263.

ekonomske snage *obveznika*.¹² Dakle, Ustav ne brani princip poreske pravičnosti u odnosu na poreske destinatare (krajnje potrošače), već u odnosu na poreske obveznike *de jure*, što bi podrazumevalo i potrebu apstahovanja poreske incidence prilikom istraživanja fenomena regresivnosti akciza i ostalih poreza na potrošnju. U širem sociološkom kontekstu, prihvatanjem ovako uskog pristupa, ne bi se dao doprinos realnom sagledavanju socio-ekonomskih uticaja poreske politike u oblasti oporezivanja potrošnje.

AKCIZE I "LUKSUZ"

Uspostavljanje legitimiteta direktnog ili indirektnog nametanja poreske obaveze, ponekad se može pretvoriti u mukotrpan poduhvat poreskih vlasti. To se naročito odnosi na one poreske oblike koji su, shodno svojim teološkim i sadržinskim komponentama, predodređeni za odsustvo legitimiteta. Ovaj problem naročito je prisutan pri selektivnom oporezivanju potrošnje primenom akciza.

Ukoliko se u korpusu subjekata koji se nalaze pod fiskalnim suverenitetom države, izdvoje oni koji su potrošači akciznih proizvoda, i oni koji to nisu, uočiće se divergentne tendencije po pitanju legitimiteta ovog poreza. S jedne strane, subjekti koji su distancirani od potrošnje konkretnog akciznog proizvoda, smatraće apsolutno primerenom činjenicu poreskopavnog penaliziranja njihove potrošnje, dok će, na strani potrošača akciznih proizvoda, nelegitimnost biti potvrđena u apsolutnim razmerama. Dakle, ukoliko se ostavi po strani činjenica postojanja (gotovo apsolutne) nelegitimnosti akciza na strani *de facto* poreskih obveznika, pitanje legitimiteta, u generalnom smislu, pretvara se u pitanje kvantuma – brojčanog odnosa potrošača akciznih proizvoda i onih koji se uzdržani od njihove potrošnje. Što su ovi odnosi približniji, to je na pitanje postojanja legitimiteta u generalnom smislu, teže iskristalisati jednoznačan odgovor. Razloge (ne)prihvatanja opravdanosti oporezivanja akcizama, trebalo bi tražiti u brojnim, sadržinski različitim činjenicama koje se ispoljavaju u interesnim sferama potrošača.

Analiza fenomena "luksuza", primarno prisutna u ekonomskim i sociološkim teorijskim osvrtima, ne bi se smela zanemariti ni kada su u pitanju razmatranja poreskopravne prirode. U okolnostima kada je svetska privreda oslabljena višestrukim recesivnim udarima, sve češće bivaju aktuelizovana i pitanja koja se tiču iznalaženja novih načina za "oporezivanje luksuza". Ipak, jezički i logički posmatrano, tzv. "porez na luksuz", predstavlja pojam koji bi se mogao afirmisati samo u okviru kvazi-naučne i žurnalističke terminologije, budući da primarno

¹² Vid.: Ustav Republike Srbije ("Sl. glasnik RS", br. 98/06), čl. 91.

pravilo racionalnog i efikasnog oporezivanja, podrazumeva precizno normativno određenje poreskog objekta. Ukoliko bi, teorijski gledano, postojalo opredeljenje za oporezivanje luksuza, kao sintetičke kategorije, onda bi predlagači takvog zakonskog rešenja bili suočeni sa teškim poduhvatom definisanja ove rastegljive socio-ekonomske kategorije i još težom realizacijom postupka oporezivanja. Iz tog razloga, države koje su odlučne da sprovedu poreskopравни zahvat u ovoj oblasti, čine to putem oporezivanja *individualnih činova* potrošnje luksuznih proizvoda. Međutim, pojedinačni čin potrošnje luksuznog proizvoda, ne bi se mogao izjednačiti sa luksuzom (kao sintetičkom sumom individualnih činova potrošnje). S druge strane, ekonomski iracionalan *kvantitet* potrošnje dobara, koja, prema važećim kriterijumima etikacije, ne spadaju u luksuzna, takođe bi mogao predstavljati manifestaciju luksuza. Međutim, za razliku od prethodnog slučaja, ovakav vid ispoljavanja luksuza nije praćen poreskim implikacijama po osnovu primene akciza.

Do usvajanja Zakona o akcizama, luksuzni proizvodi predstavljali su jednu od kategorija koje su u, do tada važećem zakonskom rešenju, bile eksplicitno nabrojane kao poreski objekti akciza.¹³ Ovim poreskim oblikom bila je pogođena potrošnja svih proizvoda koji su sadržali određeni procenat zlata, srebra i drugih plemenitih metala¹⁴¹⁵, zatim, potrošnja prirodnog dragog kamenja, bise-
ra, kože reptilija, prirodnog krzna kao i svih proizvoda u kojima bi nabrojana dobra bila inkorporisana kao predmeti rada. Pri tom, nabrojani proizvodi u Zakonu su (uzgredno) okvalifikovani kao “proizvodi višeg standarda”, što dodatno upućuje na zaključak o postojanju intencije oporezivanja luksuza primenom indicijarne metodologije.¹⁶

Kako je Zakon o akcizama i porezu na promet odavno postao deo poreskopравne istorije, a važeći Zakon o akcizama ne predviđa oporezivanje luksuznih proizvoda, postavlja se pitanje aktuelnosti kategorije “luksuza” u pozitivnopравnoj ravni. Iako bi se, iz činjenice odsustva eksplicitog oporezivanja luksuznih proizvoda, mogao izvesti zaključak o bespredmetnosti ove teme, ipak, njena složenost i višestruki pristupi u analizi ove fenomenologije, udaljavaju nas od takvog zaključka. Sa sigurnošću bi se moglo ustvrditi samo to, da etiketa “luksuznog” do-

¹³ Vid.: Zakon o akcizama i porezu na promet (“Sl. glasnik RS”, br. 43/94, 53/95, 24/96, 52/96, 55/96, 1/97, 60/97, 42/98, 18/99, 21/99, 27/99, 33/99, 48/99, 54/99, 25/2000, 23/01), čl. 7.

¹⁴ *Lege sensu*, bilo je dovoljno da proizvod sadrži minimalnu količinu zlata (više od 2%), pa da se kupac datog dobra dodatno optereti uvećanjem prodajne cene za 20% (stopa *ad valorem* akcize).

¹⁵ Vid.: Zakon o akcizama i porezu na promet (“Sl. glasnik RS”, br. 43/94, 53/95, 24/96, 52/96, 55/96, 1/97, 60/97, 42/98, 18/99, 21/99, 27/99, 33/99, 48/99, 54/99, 25/2000, 23/01), čl. 15.

¹⁶ Vid.: M. Anđelković i M. Dimitrijević, *Poreski sistem Srbije*, Niš 2009, str. 131.

bra, sa aspekta domaćeg prava, više nije relevantna kao uzročna činjenica akciznog oporezivanja. Međutim, time se ne odgovara na pitanje: da li se predznak "luksuzne potrošnje" *posledično* duguje primeni akciza? Naime, za potrošača, kao *de facto* akciznog obveznika, bitna je individualna percepcija luksuza u potrošnji, koju profiliše kao svaki, platežno neutemeljen, iskorak izvan tzv. uobičajene potrošnje. Pod pretpostavkom neizmenjene platežne sposobnosti potrošača, svaki rast akciznog poreskog opterećenja, posledično praćen povećanjem maloprodajnih cena akciznih proizvoda, za potrošača bi podrazumevao dodatno udaljavanje od zone uobičajene, i približavanje zoni luksuzne potrošnje. Ipak, usled slabo izražene mogućnosti supstitucije, odnosno niskog elasticiteta tražnje, potrošač bi, i u tom slučaju, bio "primoran" na potrošnju dobara, koja, kroz svoju ekonomsku percepciju, doživljava kao luksuzna. U vezi sa tim, trebalo bi naglasiti i teorijske stavove u kojima se potrošnja svakog akciznog proizvoda posmatra kao manifestacija "značajne ekonomske snage" potrošača.¹⁷ Iz tih razloga, u slučaju propisivanja izuzetno visokih akciznih stopa, činjenica produkcije "nužnog luksuza", kao paradoksalnog fenomena, mogla bi se dodati širokom spisku kontroverzi, koje, od njihovog istorijskog nastanka, prate primenu akciza.

FISKALNI EFEKTI PRIMENE AKCIZA

Postojanje stabilnih izvora javnih prihoda jedna je od osnovnih pretpostavki efikasnosti poreskog sistema svake države. To podrazumeva odsustvo ozbiljnijih fluktuacija u prilivu poreza i drugih dažbina, kako bi se budžet, kao akt planiranja, mogao realizovati u okvirima koji su predviđeni za datu budžetsku godinu. Porezi sa značajnim procentualnim učešćem u ukupnim poreskim prihodima (tzv. izdašni porezi), predstavljaju, zapravo, ključni oslonac normalnog funkcionisanja sistema javnih finansija. U tom pogledu, akcize su nezamenljiv porez, budući da se njihovo eventualno odsustvo iz poreskog sistema, ne bi moglo kompenzovati nijednim podjednako izdašnim i efikasnim poreskim oblikom. Dakle, primarni razlog uvođenja akciza u pravni život, isključivo je fiskalne prirode.

Koliki je realni domet fiskalne funkcije ovog poreza, jasno se može sagledati kroz učešće akciza u ukupnoj sumi poreskih prihoda i putem poređenja sa prihodima ostvarenim naplatom "konkurentskih" poreskih oblika.

Podaci o kvantitativnim odnosima po pitanju participiranja akciznih prihoda u celokupnim poreskim prihodima Republike Srbije za period od 2003. do juna 2010. godine, nedvosmisleno potvrđuju da su u svakoj godini posmatranog

¹⁷ Izvor: *Bilten javnih finansija za jun 2010*, Ministarstvo finansija Republike Srbije.

perioda, ovi prihodi "oscilirali" na granici od 20% ukupne sume poreskih prihoda.¹⁸ Ovaj podatak dovoljno govori o razmerama fiskalnog značaja prihoda ostvarenih naplatom akciza, ali i o motivacionom osloncu kreatora poreske politike pri donošenju odluke o selektivnom oporezivanju potrošnje. Posmatrano sa aspekta fiskalnog značaja, ispred akciza se izdvaja jedino porez na dodatu vrednost, što je i razumljivo, imajući u vidu da porez na dodatu vrednost nosi epitet opšteg poreza, za razliku od selektivnih akciza. Zbirno učešće akciza i poreza na dodatu vrednost u sumi ukupnih poreskih prihoda, daleko premašuje visinu od 50%, čime se definitivno potvrđuje regresivnost celine poreskog sistema.

U državama sa relativno stabilnim privredno-ekonomskim ambijentom, koje su opredeljene za dosledno uvažavanje principa poreske pravičnosti putem umanjenja uticaja regresivnog oporezivanja, uglavnom se beleži niže procentualno učešće akciza u sumi poreskih prihoda. Na taj način, pokušava se afirmisati legitimnost celokupnog poreskog sistema, što umnogome doprinosi njegovom boljem funkcionisanju. Među državama članicama Evropske unije, Grčka predstavlja očigledan primer odstupanja od pomenutih trendova poreske politike, budući da u ovoj državi, procentualna zastupljenost akciza premašuje čak četvrtinu ukupnih poreskih prihoda.¹⁹

NORMATIVNE NEDOSLEDNOSTI PRIMENE AKCIZA U R. SRBIJI

Jedan od ključnih normativnih nedostataka u primeni akciza, tiče se načina na koji je rešeno pitanje utvrđivanja akciznih stopa, kao elementa zakonskog opisa poreskog činjeničnog stanja. Problem nastaje iz razloga permanentnog suočavanja domaće ekonomije sa značajnom stopom inflacije, pri čemu su u Zakonu o akcizama propisane mahom specifične poreske stope (apsolutni novčani iznosi koji se naplaćuju po jedinici mere akciznog proizvoda).

Oporezivanje po specifičnim akciznim stopama ne bi se moglo preporučiti kao razumno rešenje u onim državama koje nisu ostvarile adekvatan nivo makroekonomske stabilizacije, izražen u niskim i stabilnim inflacionim stopama. U uslovima relativno nepovoljnih makroekonomskih prilika, željeni kurs efikasnog fiskalnog sistema, može se održati ukoliko se obezbedi stabilnost sistema javnih prihoda. Međutim, akcizni prihodi ne mogu biti stabilni ukoliko se poreski dug utvrđuje u apsolutnom novčanom iznosu po jedinici mere (kakav je slučaj kod

¹⁸ Izvor: *Government Finance Statistics Yearbook*, IMF, Washington 2009.

¹⁹ Vid.: Zakon o akcizama ("Službeni glasnik RS" br. 22/01, 73/01, 80/02, 43/03, 72/03, 43/04, 54/04, 135/04, 46/05, 101/05, 61/07, 5/09, 31/09) čl. 17.

specifičnih akciza), budući da se pri rapidnom povećanju cena akciznih proizvoda, drastično smanjuje procentualno učešće poreza u novoformiranim cenama. Ako ne postoji adekvatno i efikasno normativno rešenje za prilagođavanje takvoj situaciji, inflacijom obezvređeni iznosi naplaćenog poreza negativno će uticati na stabilnost fiskalnog sistema.

Teorijski posmatrano, problem bi se mogao rešavati na tri načina: 1) angažovanjem zakonodavnog postupka radi povećanja specifičnih stopa; 2) angažovanjem egzekutivnog postupka indeksacije ili 3) prelaskom na oporezivanje *ad valorem* poreskim stopama.

Prva opcija podrazumeva izmene poreskog zakona u parlamentarnoj proceduri, i to svaki put, kada, usled inflacije, treba propisati više specifične stope. U realizaciji tog rešenja, koje je sa stanovišta legaliteta i legitimiteta najprihvatljivije, nastaju značajni problemi "operativno-tehničke" prirode, a koji se, pre svega, odnose na sporost i neefikasnost parlamentarnog postupka.

Najčešće korišćeni način za prevazilaženje pomenutog problema je tzv. indeksacija, odnosno periodično usklađivanje specifičnih akciznih stopa sa indeksom rasta cena na malo, a koju sprovode organi izvršne vlasti. Takav modalitet primenjen je i u domaćem poreskom sistemu, budući da je Zakonom o akcizama preneto ovlašćenje na Vladu Republike Srbije da vrši godišnje usklađivanje akciznih stopa i da objavljuje usklađene iznose akciza.²⁰ Drugim rečima, Vladi je delegirano ovlašćenje da sprovede derogaciju *zakonskih* normi u kojima su propisane akcizne stope, odnosno da putem sopstvene odluke (uredbe), promeni visinu akciznih stopa prvobitno utvrđenu Zakonom o akcizama. Time se neminovno otvara još jedan problem, ovoga puta, ustavnopravne prirode. Nije sporno, da se putem zakona mogu delegirati različita ovlašćenja na organe izvršne vlasti, međutim, najpre se moraju primeniti konstitutivna ograničenja, odnosno sam Ustav, kao *lex superior*. Naime, kako je u Ustavu Republike Srbije proklamovan princip, po kojem se, porezi i druge prihodi neophodni za finansiranje javno-pravnih kolektiviteta uređuju *zakonom*²¹, onda se postavlja pitanje ustavnosti, kako Vladinih odluka kojima se vrši usklađivanje, tako i odredbe Zakona o akcizama, putem koje je takvo ovlašćenje preneto na Vladu. Svrha pomenute ustavne regulative, leži u nameri da se razgraniče prerogativi zakonodavne i izvršne vlasti u domenu poreske politike i da se obezbedi posredni legitimitet poreza i drugih dažbina, putem jasnog opredeljenja za zakonsku formu njihovog uvođenja u pravni život.

U prilog zaključku o neustavnosti postupka indeksacije specifičnih akciznih stopa, govori i odluka Ustavnog suda Srbije, koji je, braneći princip zakoni-

²⁰ Vid.: Ustav Republike Srbije ("Sl. glasnik RS", br. 98/2006) čl. 91.

²¹ Vid.: D. Popović, *nav. delo*, str. 427.

tosti, proglasio neustavnom Uredbu o valorizaciji administrativnih taksa. Ukoliko bi Ustavni sud, rešavajući o ovom problemu, doneo odluku rukovodeći se pravnim principima koji su primenjeni u slučaju administrativnih taksa, izvršna vlast bi morala imati adekvatan odgovor u pogledu iznalaženja surogat-rešenja koje bi se primenjivalo umesto indeksacije dinarskih iznosa akciza.

ZAKLJUČAK

U zemljama koje su permanentno suočene sa značajnom redukcijom baze za ubiranje direktnih poreza, stabilnost fiskalnog sistema održava se uz oslonac na opšte i selektivne poreze na potrošnju. Na taj način, regresivni efekti, svojstveni akcizama i drugim porezima na potrošnju, izmeštaju se iz parcijalne analize učinaka pojedinačnih poreskih oblika, dajući pečat regresivnosti čitavom poreskom sistemu. Ta činjenica nije kompatibilna zahtevima za poštovanjem principa poreske pravičnosti, koji je, u normativnoj sferi, uzdignut na nivo ustavne regulative. Nesporno prisustvo regresivnih efekata pri selektivnom oporezivanju potrošnje, podređeno je značaju fiskalnih efekata ostvarenih primenom akciza, odnosno činjenici, da u zbiru poreskih prihoda Republike Srbije akcize participiraju sa približno 20%.

Jedan od problema koji se odnose na selektivno oporezivanje potrošnje primenom akciza, predstavlja slabo izražen legitimitet poreza iz perspektive poreskih destinatarata, odnosno krajnjih potrošača. Prihvatanje akciza kao legitimnog poreza od strane onih koji su *de facto* oporezovani, u dobroj meri zavisi od prijemčivosti ciljeva koje nosioci poreske politike proklamuju prilikom njihovog uvođenja. Ukoliko su ti ciljevi isključivo fiskalne prirode, to neće mnogo doprineti legitimitetu poreza. S druge strane, u opredeljenju za ostvarivanje zdravstvenih i ekoloških poduhvata pomoću akciza, poreske vlasti morale bi biti svesne empirijskih ograničenja u realizaciji tih ciljeva i pokazati viši nivo doslednosti na putu njihovog ostvarenja.

Akcizno terećenje proizvoda koji su, u zdravstvenom smislu, najštetniji, daleko je ispod nivoa prihvaćenog u poreskoj regulativi članica Evropske unije, čime se ne daje doprinos naporima za smanjenjem njihove potrošnje. Po pitanju doslednosti u ostvarenju socijalnih ciljeva, trebalo bi razmotriti i mogućnost proširenja zakonske liste akciznih proizvoda, kako bi se, na taj način, oporezovala potrošnja i drugih proizvoda koji su, u ekološkom i zdravstvenom smislu, u sličnoj meri štetni kao i aktuelno oporezovana dobra. Na taj način, potrošači konkretnih akciznih proizvoda, u manjoj meri će se osećati kao usamljena "poreska žrtva" u doprinošenju fiskalnim i nefiskalnim društvenim ciljevima.

U normativno-tehničkom smislu, ozbiljna zamerka primeni akciza u Republici Srbiji predstavlja činjenica devalviranja principa ustavnosti i zakonosti pri suočavanju sa rešavanjem problema specifičnih akciznih stopa. Umesto razmatranja objektivnih mogućnosti prelaska sa specifičnog, na *ad valorem* akcizno oporezivanje, težnja za lakšim načinom održanja fiskalne stabilnosti, promoviše se kao dovoljan razlog zaobilaznja temeljnih principa pravnog poretka.

PREDRAG STOJANOVIĆ, Ph.D.,
Full-time Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac
MILIVOJE LAPČEVIĆ,
An Associate, Faculty of Law, University of Kragujevac

SOCIO-ECONOMIC FUNCTIONS OF EXCISE IN THE REPUBLIC OF SERBIA AND NORMATIVE DISADVANTAGES OF THEIR APPLICATION

Summary

This paper analyzes different aspects of importance of selective taxation of consumption through the use of excise taxes, in the light of their dual functions: fiscal and social. In addition, special attention is given to often controversial social consequences of the excise tax and the different approaches in their perception. The paper points to the presence of clearly regressive effects in the application of excise taxes, which, at the expense of the principle of tax fairness, contributes to the regressive nature of the entire tax system. The paper also discussed the assumptions that have a negative effect in terms of ability to achieve certain excise policy of social goals (first of all – reducing the consumption of excise goods that are harmful to consumers' health).

In the end, the authors emphasize the normative nature of the problems with the introduction and application of excise tax, whose manifestation brings into question the respect of the principle of constitutionality and legality in the realization of the desired model of tax policy.

SNEŽANA STOJANOVIĆ

ULOGA PORESKE KONTROLE U OTKRIVANJU I SPREČAVANJU PORESKIH KRIVIČNIH DELA I PREKRŠAJA

U V O D

U svim državama pravno regulisanje poreskih krivičnih dela i prekršaja, važan je deo, sastavni je deo pravnih akata kojima se uređuje pitanja poreskog postupka i/ili poreske administracije. Uglavnom, regulativa je takva da se zakonom o poreskom postupku i/ili poreskoj administraciji uređuje oblast poreskih prekršaja, dok je pitanje poreskih krivičnih dela sastavni deo zakona koji uređuju oblast krivičnih dela (krivični zakoni/zakonici). U uskoj vezi sa ovim problemima stoji uloga poreske kontrole i njen značaj u otkrivanju, kao i suzbijanju nezakonitog ponašanja poreskih obveznika i drugih poreskih dužnika.

U Srbiji, kao i u državama iz neposrednog okruženja, pravno uređenje ovih pitanja izvršeno je na manje-više sličan način, ali ipak prisutne su i određene razlike, koje su uglavnom posledica različitih poreskih kultura i drugačijeg poimanja poreske obaveze u svesti poreskih dužnika. Upravo ovim pitanjima, razlikama i sličnostima u pravnom regulisanju navedenih fenomena, bavićemo se na stranicama koje slede.

Dr Snežana Stojanović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

ZNAČAJ ZAKONA O PORESKOM POSTUPKU
I PORESKOJ ADMINISTRACIJI

Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji (ZPPPA), po prvi put u Republici Srbiji, usvojen je 2002. godine¹. Radi se o osnovnom zakonu kojim se uređuju poreski postupak, kao i prava i obaveze učesnika, poreske uprave i poreskih dužnika. 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 zakonom utvrđenog prava u toku poreskog postupka ili poreske kontrole; pravo poreskih obveznika na sudsku zaštitu, itd. Poseban deo zakona bavi se poreskom kontrolom, poreskim prekršajima i poreskim krivičnim delima.

ZPPPA predstavlja jedan 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"². 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 načela poreskog postupka:³ načela zakonitosti; načela vremenskog važenja poreskog postupka; načela omogućavanja uvida u činjenice; načela čuvanja službene tajne u poreskom postupku; načela postupanja u dobroj veri i načela fakticiteta.

Ovim zakonom, po prvi put, u Republici Srbiji počinje da funkcioniše poreska uprava, kao državni organ nadležan za prikupljanje javnih prihoda, njihovu kontrolu i otkrivanje nepravilnosti u naplati i prijavljivanju prihoda. Karakteristično je da je uloga dodeljena poreskoj upravi, značajnija od one koju je imala dotadašnja Republička uprava za javne prihode (RUJP).

PORESKA KONTROLA U REPUBLICI SRBIJI

Neophodnost daljeg jačanja uloge poreske kontrole

Među brojnim ovlašćenjima dodeljenim poreskoj upravi, ističe se uloga poreske kontrole, koja se sastoji od provere i utvrđivanja zakonitosti i pravilnosti is-

¹ Vid.: Službeni glasnik RS, br. 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005, 62/2006, 63/2006, 61/2007, 20/2009, 72/2009, 53/2010, 101/2011 i 2/2012.

² Vid.: D. Popović, *Komentar Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji*, Cekosin, Beograd, 2003, str. II.

³ Vid.: čl. 4–9 ZPPPA.

punjavanja poreske obaveze. Vršenje kontrole posebno je značajno za otkrivanje slučajeva izbegavanja plaćanja poreza (poreske evazije), koja u Srbiji najviše dolazi do izražaja kod plaćanja: poreza na dobit pravnih lica; poreza na dodatu vrednost (PDV); godišnjeg poreza na dohodak građana; poreza na imovinu (naročito od strane pravnih lica, koja ovaj porez obračunavaju i plaćaju na bazi knjigovodstvene, a ne tržišne vrednosti imovine koju poseduju), itd. Zbog toga se, smatraju stručnjaci, veliki deo proizvodnje odvija u takozvanoj "sivoj" zoni, tako da se smatra da udeo tako ostvarene proizvodnje iznosi oko 40% ukupnog BDP-a. Upravo ovo ukazuje na značaj poreske kontrole i neophodnost njenog daljeg jačanja.

Na značaj poreske kontrole ukazuje i Evropska unija, pre svega Evropska komisija, čije su mišljenje i preporuke naročito važni na putu ka pridruživanju ovoj zajednici evropskih država. Tako, u skladu sa Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju (SSP, eng. *Stabilization and Association Agreement /SAA/*)⁴ od 29. aprila 2008. godine, Evropska komisija (EK) je, u okviru pitanja koja dalje treba reformisati i poboljšati, identifikovala i poresku sferu. Tako u članu 100 Sporazuma, EK preporučuje saradnju u oblasti oporezivanja, u smislu preduzimanja mera za dalje reformisanje poreskog sistema i restrukturiranje poreske administracije, sa ciljem postizanja efikasnije naplate javnih prihoda i jačanja borbe protiv poreske evazije i utaje. Pored SSP, i Odluka Evropskog saveta doneta iste, 2008. god.⁵, ukazuje na neophodnost dalje reforme i unapređenja rada poreske uprave, posebno poreske kontrole, što je jedan od ključnih faktora u borbi protiv sive ekonomije, smanjivanja poreske evazije i utaje, i u približavanju srpskog poreskog zakonodavstva *acquis communautaire*. Sličan stav iznet je i u Izveštaju EK od 2010. godine o napretku Srbije⁶, u kome su date preporuke za dalju reformu poreskog postupka, naročito u delu koji se odnosi na poresku policiju i naplatu javnih prihoda, kao i rešavanje problema sive ekonomije.

⁴ Vid.: Stabilisation and Association Agreement between the European Communities and their Member States of the one part, and the Republic of Serbia, of the other part, <http://www.europa.rs/srbijaIEu.html>

⁵ 2008/213/EC: Council Decision of 18 February 2008 on the principles, priorities and conditions contained in the Europe. an Partnership with Serbia including Kosovo as defined by United Nations Security Council Resolution 1244 of 10 June 1999 and repealing Decision 2006/56/EC, *Official Journal L 080*, 19/03/2008 P. 0046–0070.

⁶ SEC(2010) 1330, SERBIA 2010 PROGRESS REPORT *accompanying the COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL Enlargement Strategy and Main Challenges 2010–2011*, {COM(2010) 660}, Brussels, 9 November 2010.

Pojam poreske kontrole

Poreska kontrola se obavlja na tri načina: (1) kao kancelarijska kontrola, (2) terenska kontrola i (3) preduzimanje određenih radnji u cilju otkrivanja poreskih krivičnih dela, što je ovlašćenje poreske policije.⁷

Kancelarijska kontrola obavlja se u prostorijama poreske uprave, a sastoji se od radnji kojima poreska uprava proverava tačnost, potpunost i usklađenost sa zakonom (ili drugim propisom) podataka koji su iskazani u poreskoj prijavi, poreskom bilansu, računovodstvenim izveštajima i drugim evidencijama poreskog obveznika. Provera se obavlja tako što se navedeni podaci upoređuju sa podacima koje poreska uprava već ima (podaci iz poreskog računovodstva i drugih službenih evidencija koje se vode u poreskoj upravi).⁸

Terenska kontrola obavlja se u poslovnim prostorijama poreskog obveznika, ili na drugom mestu, zavisno od predmeta kontrole. Tako se može obavljati i na zemljištu poreskog obveznika i u stanu (kada je poreski obveznik fizičko lice), ali isključivo uz sudsko odobrenje⁹. Kao i kancelarijska kontrola, i terenska kontrola obuhvata skup radnji kojima poreska uprava proverava zakonitost u radu i pravilnost ispunjavanja poreskih obaveza od strane poreskih obveznika i drugih poreskih dužnika¹⁰.

U slučajevima kada se u toku poreske kontrole utvrdi postojanje nepravilnosti u primeni propisa ili povrede zakona, poreski inspektor je ovlašćen na preduzimanje odgovarajućih, propisanih mera, kao što su: oduzimanje robe¹¹ i privremena zabrana obavljanja delatnosti u toku trajanja poreske kontrole. Nakon obavljene kontrole, ukoliko poreski obveznik u određenom roku ne otkloni utvrđene povrede zakona ili nepravilnosti u primeni propisa, mere se preduzimaju od strane konkretne filijale (centrale) poreske uprave, i traju dokle god poreski obve-

⁷ Vid.: čl. 116–117 ZPPPA.

⁸ Vid.: čl. 119 Zakona.

⁹ Više vid.: čl. 125 ZPPPA.

¹⁰ Vid.: čl. 123 ZPPPA.

¹¹ Prema čl. 130 ZPPPA, poreski inspektor ovlašćen je da izvrši oduzimanje robe kada: (1) postoji sumnja da su roba ili sirovine (ili reprodukcioni materijal) upotrebljeni, nabavljeni bez obračunatog poreza ili na neki drugi protivpravni način, a poreski obveznik ne poseduje dokaze da ih je nabavio u skladu sa propisima i uz plaćanje propisanog poreza; (2) kada robu stavlja u promet lice koje nije registrovano ili ovlašćeno za obavljanje te delatnosti; (3) kada se vrši proizvodnja robe radi stavljanja u promet ili kada se vrši promet robe, a roba nije propisno evidentirana u poslovnim knjigama i drugim propisanim evidencijama; (4) kada se vrši transport robe bez propisane dokumentacije; (5) kada se roba prodaje van registrovanih poslovnih prostorija ili drugog mesta određenog za prodaju od strane nadležnog organa.

znik ne otkloni utvrđene povrede, odnosno nepravilnosti. Tako, poreska uprava može preduzeti sledeće mere: zabrana raspolaganja sredstvima na računu, osim radi izmirenja obaveza po osnovu poreza; privremena zabrana obavljanja delatnosti; privremena zabrana obavljanja pojedinih poslova; privremena zabrana otuđenja stvari u slučaju osnovane sumnje da će poreski obveznik osujetiti ili onemogućiti plaćanje poreza.¹²

Navedeno ukazuje da se u postupcima terenske i kancelarijske kontrole, otkrivaju nezakonite radnje poreskih dužnika (ili sa njima povezanih lica) koje predstavljaju manje povrede pravnih propisa, zbog čega se svrstavaju u red poreskih prekršaja. Međutim, utvrđivanje postojanja poreskih krivičnih dela, u nadležnosti je poreske policije. Ovaj kontrolni organ ovlašćen je da, radi otkrivanja poreskih krivičnih dela i njihovih izvršilaca, u pretkrivičnom postupku postupa kao organ unutrašnjih poslova i da, u skladu sa zakonom, preduzima sve istražne radnje, osim ograničenja kretanja. Tako poreska policija može pozivati i saslušavati osumnjičenog, čak primeniti i prinudno dovođenje (prema odredbama krivičnog postupka); pre pokretanja krivičnog postupka, može izvršiti pretres stana, poslovnih ili drugih prostorija, prevoznih sredstava i lica, kada postoje osnovi sumnje da je izvršeno poresko krivično delo; može izvršiti prinudno oduzimanje predmeta koji mogu poslužiti kao dokaz u krivičnom postupku za poreska krivična dela, itd. Karakteristično je da navedena ovlašćenja poreska policija preduzima samostalno, osim u slučajevima kada se osnovano očekuje da će kontrolisana lica pružiti otpor, zbog čega se upućuje zahtev Ministarstvu unutrašnjih poslova o pružanju pomoći.¹³ U slučaju da se, nakon sprovedene kontrole od strane poreske policije, utvrdi da je određeno poresko krivično delo izvršeno, sastavlja se krivična prijava u koju poreska policija unosi dokaze koje je saznala prilikom prikupljanja obaveštenja, a koju zatim zajedno sa ostalom dokumentacijom važnom za uspešno vođenje krivičnog postupka, podnosi državnom tužiocu.¹⁴

PORESKI PREKRŠAJI I PORESKA KRIVIČNA DELA
U SKLADU SA ZAKONOM O PORESKOM POSTUPKU
I PORESKOJ ADMINISTRACIJI

Poreska krivična dela su krivična dela utvrđena ZPPPA i Krivičnim zakonom, koja kao moguću posledicu imaju potpuno ili delimično izbegavanje pla-

¹² Vid.: Čl. 132 ZPPPA.

¹³ Upored.: čl. 135 ZPPPA.

¹⁴ Vid.: čl. 137 ZPPPA.

ćanja poreza, sačinjavanje ili podnošenje falsifikovanog dokumenta od značaja za oporezivanje, ugrožavanje naplate poreza i poreske kontrole, nedozvoljen promet akciznih proizvoda i druge nezakonite radnje koje su u vezi sa izbegavanjem i pomaganjem u izbegavanju plaćanja poreza¹⁵.

ZPPPA propisano je nekoliko poreskih krivičnih dela: “neosnovano iskazivanje iznosa za povraćaj poreza i poreski kredit”¹⁶; “ugrožavanje naplate poreza i poreske kontrole”¹⁷; “nedozvoljen promet akciznih proizvoda”¹⁸ i “nedozvoljeno skladištenje robe”¹⁹. U svakom od slučajeva izvršenja navedenih poreskih krivičnih dela, propisana je i odgovarajuća kazna, koja po pravilu obuhvata kaznu zatvora i novačnu kaznu. Evidentno je da su članovi Zakona kojima su regulisana krivična dela “izbegavanje plaćanja poreza”²⁰, “neuplaćivanja poreza po odbitku”²¹ i “sastavljanje ili podnošenje falsifikovanog dokumenta od značaja za oporezivanje”²², ukinuti. Međutim, sada su ova poreska krivična dela propisana Krivičnim zakonikom²³, što je verovatno posledica želje da se ovim oblicima nezakonitog ponašanja prida veći značaj, a time i teža inkriminacija. U delu Zakonika koji reguliše krivična dela protiv privrede, u članu 229, propisano je krivično delo “poreska utaja”, u okviru koga se mogu naći karakteristike ne samo izbegavanja plaćanja poreza, nego i druga dva navedena poreska krivična dela. Poreska utaja definisana je kao: namerno izbegavanje plaćanja poreza, doprinosa ili drugih dažbina (u celini ili delimično); davanje lažnih podataka o zakonito stečenim prihodima, predmetima ili drugim činjenicama značajnim za utvrđivanje navedenih obaveza. Takođe, ovo krivično delo smatra se izvršenim i u slučajevima kada su navedene radnje preduzete, iako je postojala obaveza prijavljivanja prihoda, predmeta, drugih činjenica ili podataka, odnosno kada je neko lice u nameri izbegavanja plaćanja javnih dažbina namerno prikrio podatke značajne za utvrđivanje visine određene obaveze. U zavisnosti od visine obaveze čije je plaćanje izbegnuto, propisane su i odgovarajuća kazna zatvora i novčana kazna.

¹⁵ Vid.: čl. 135, st. 2 ZPPPA.

¹⁶ Vid.: čl. 173a ZPPPA.

¹⁷ Vid.: čl. 175 ZPPPA.

¹⁸ Vid.: čl. 176 ZPPPA.

¹⁹ Vid.: čl. 176a ZPPPA.

²⁰ Raniji član 172 ZPPPA, koji je ukinut Zakonom o izmenama i dopunama ZPPPA, *Sl. glasnik RS, br. 85/2005*.

²¹ Raniji član 173 ZPPPA, koji je ukinut Zakonom o izmenama i dopunama ZPPPA, *Sl. glasnik RS, br. 72/2009*.

²² Raniji član 174 ZPPPA, koji je ukinut Zakonom o izmenama i dopunama ZPPPA, *Sl. glasnik RS, br. 85/2005*.

²³ Krivični zakonik, *Sl. glasnik RS, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009*.

Za razliku od poreskih krivičnih dela, poreski prekršaji predstavljaju “blaže” oblike nezakonitog ponašanja, tako da je za njihovo izvršenje uvek propisana novčana kazna. U ZPPPA poreski prekršaji grupisani su na sledeći način:

1) Poreski prekršaji poreskih obveznika – pravnih lica i preduzetnika: nepodnošenje poreske prijave, neobračunavanje i neplaćanje poreza²⁴; prijavljivanje manjih iznosa poreza²⁵; davanje netačnih podataka u poreskoj prijavi²⁶; ostali poreski prekršaji pravnih lica i preduzetnika²⁷.

2) Poreski prekršaji poreskih obveznika – fizičkih lica²⁸;

3) Poreski prekršaji posrednika i drugih poreskih dužnika²⁹.

Pored navedenih, prekršaje mogu učiniti i odgovorna lica u poreskoj upravi³⁰, ali se ovde ne radi o poreskim prekršajima, već o nepoštovanju prava poreskih obveznika i uskraćivanju neophodnih informacija ili podataka.

Pravno regulisanje poreskih krivičnih dela i prekršaja u susednim državama

U Republici Hrvatskoj *Opći porezni zakon*³¹ predstavlja osnovni zakon kojim se regulišu poreski postupak i poreska administracija, a sa aspekta nezakonitih radnji poreskih obveznika i drugih poreskih dužnika, ovim zakonom regulisani su samo poreski prekršaji³², dok su poreska krivična dela propisana *Kaznenim zakonom*³³. Poreski prekršaji su, uglavnom, definisani kao u Srbiji: data je lista od ukupno 34 nezakonitih radnji koje se mogu smatrati prekršajima: neobračunavanje, netačno obračunavanje, neuplaćivanje ili neuplaćivanje u roku, ili ne podnošenje prijave za porez po odbitku; nepotpuno, netačno, neažurno ili neuredno vođenje poslovnih knjiga; neprijavljivanje u zakonskom roku činjenica bitnih za utvrđivanje poreske obveze; nepodnošenje poreske prijave na vreme ili na zahtev poreske uprave; nedopuštanje vršenja poreske kontrole, itd.

²⁴ Čl. 177 ZPPPA.

²⁵ Čl. 178 ZPPPA.

²⁶ Čl. 178a ZPPPA.

²⁷ Čl. 179 ZPPPA.

²⁸ Čl. 180 ZPPPA.

²⁹ Čl. 181 ZPPPA.

³⁰ Vid.: čl. 182 ZPPPA.

³¹ *Narodne novine, br. 147/2008 i 18/2011.*

³² Čl. 206-210 Općeg poreškog zakona Hrvatske.

³³ *Narodne novine, br. 101/1997, 27/1998, 129/2000, 51/2001, 111/2003, 105/2004, 84/2005, 71/2006.*

Što se tiče poreskih krivičnih dela, Kaznenim zakonom Republike Hrvatske, u poglavlju koji se odnosi na krivična dela protiv sigurnosti platnog prometa i poslovanja, propisano je krivično delo “utaja poreza i drugih davanja” . Međutim, novim Kaznenim zakonom koji stupa na snagu 1. januara 2013. godine, u poglavlju koje se odnosi na krivična dela protiv privrede, između ostalog, propisano je krivično delo “utaja poreza ili carine”³⁴. Smatra se da je ovo krivično delo učinjeno u istim slučajevima kako je to definisano ZPPPA, s tim što je u hrvatsku definiciju uključeno i izbegavanje carinskih obaveza, kao i umanjivanje sredstava Evropske unije.

U *Republici Crnoj Gori* osnovni zakon kojim se regulišu pitanja vezana za poreski postupak i poresku administraciju je Zakon o poreskoj administraciji³⁵. Kao i u Republici Hrvatskoj, ovim zakonom regulisane su samo manje povrede poreskih obaveza i zakona, tj. poreski prekršaji³⁶, dok su poreska krivična dela propisana Krivičnim zakonikom³⁷. Smatra se da je poreski prekršaj učinjen u slučaju: nepodnošenja prijave za registraciju ili njenog nepodnošenja u propisanom roku; neobaveštavanja u propisanom roku o promenama podataka upisanih u poreski registar, kao i kada isplatilac prihoda ili posrednik ne podnese prijavu za porez po odbitku u propisanom roku. Naravno, kao što je predviđeno u Srbiji i Hrvatskoj, i u Crnoj Gori se počiniooci poreskih prekršaja kažnjavaju novčanim kaznama.

Kada su u pitanju poreska krivična dela, Krivičnim zakonikom Republike Crne Gore propisana je samo jedna vrsta ovih krivičnih dela – “utaja poreza i doprinosa”³⁸. Kriminalni akt počinjen je u slučajevima koji su definisani na način kao u Srbiji i Hrvatskoj (sa namerom izbegavanja plaćanja poreza, doprinosa ili drugih propisanih dažbina, daju se lažni podaci o zakonito stečenim prihodima, predmetima i drugim činjenicama relevantnim za utvrđivanje navedenih obaveza ili se ovi podaci ne prijavljuju, odnosno prikrivaju³⁹), s tim što se ovde smatra da utaja postoji i kada su oštećeni finansijski interesi Evropske unije⁴⁰. Navedena odredba je, kao i u Hrvatskoj, uneta u zakon iz razloga skorog prijema u članstvo EU. Kao i u drugim državama, i u Crnoj Gori su za izbegavanje plaćanja javnih prihoda propisane kazna zatvora i novčana kazna kumulativno, s tim što se njihovo

³⁴ Čl. 256 novog Kaznenog zakonika Hrvatske usvojenog 21. oktobra 2011. godine.

³⁵ *Službeni glasnik Republike Crne Gore*, br. 65/2001, 80/2004, 29/2005 i 20/2011.

³⁶ Čl. 105 i 105a Zakona o poreskoj administraciji Crne Gore.

³⁷ *Službeni glasnik Republike Crne Gore*, br. 70/2003, 13/2004, 47/2006, 40/2008 i 25/2010.

³⁸ Čl. 264 Krivičnog zakonika Crne Gore.

³⁹ Čl. 264, st. 1 Krivičnog zakonika Crne Gore.

⁴⁰ Čl. 264, st. 2 Krivičnog zakonika Crne Gore.

vo trajanje, odnosno iznos određuju u zavisnosti od visine obaveze čije je plaćanje izbegnuto.

I u *Republici Makedoniji* poreski prekršaji propisani su Zakonom o poreskom postupku⁴¹, a poreska krivična dela Krivičnim zakonikom⁴². Kao i u drugim bivšim jugoslovenskim republikama, i u Makedoniji su poreski prekršaji određeni kao “blaži” oblici kršenja poreskih obaveza, pri čemu su i sami načini kršenja slično definisani. Jedina razlika je u propisanoj kazni, koja je u Makedoniji određena kao novčana kazna, s tim što je visina kazne izražena u evrima (plaćanje je u makedonskom denaru, po srednjem kursu Narodne banke Makedonije na dan uplate). Poreska krivična dela propisana makedonskim Krivičnim zakonikom su “poreska evazija”⁴³ i “falsifikovanje ili uništavanje poslovnih knjiga”⁴⁴, koja su sadržana u poglavlju o krivičnim delima protiv javnih finansija, platnog prometa i privrede. Dok je poreska evazija definisana kao i u drugim državama uz zaprećenu zatvorsku kaznu, dotle je krivično delo određeno više kao delo čijim se izvršenjem ugrožava privreda, a na posredan način ugrožavaju se i javne finansije. Po svoj prilici, razlog za određivanje ovog krivičnog dela kao “posrednog” poreskog krivičnog dela leži u činjenici da davanje netačnih podataka o poslovnoj aktivnosti doprinosi stvaranju lažne slike o ostvarenom profitu, što vodi obračunavanju i plaćanju nižeg poreza na profit kompanija (i preduzetnika) i drugih poreza i dažbina povezanih sa obavljanjem poslovne aktivnosti. Sve ovo za krajnju posledicu ima manji priliv prihoda u državni budžet, nego što bi se ostvarilo da su u poslovnoj dokumentaciji prikazani stvarni podaci.

Zakonodavstvo o poreskom postupku *Republike Slovenije*, kao jedine članice EU iz skupine bivših jugoslovenskih republika⁴⁵, veoma je slično zakonodavstvu prethodno analiziranih država. Dok su poreski prekršaji propisani Zakonom o poreskom postupku⁴⁶, dotle su poreska krivična dela propisana Krivičnim zakonikom⁴⁷. U poglavlju sa kaznenim odredbama Zakona o poreskom postup-

⁴¹ Закон за даночна постапка, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 13/2006, 88/2008, 159/2008, 105/2009, 133/2009, 145/2010, 171/2010, 53/2011.

⁴² Кривичниот законик, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 37/1996, 80/1999, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 87/2007, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011.

⁴³ Čl. 279 Krivičnog zakonika Makedonije.

⁴⁴ Čl. 280 Krivičnog zakonika Makedonije.

⁴⁵ Za sada je Republika Slovenija jedina od bivših jugoslovenskih republika koja je primljena u članstvo EU. Sledeća će biti Republika Hrvatska, koja će postati članica sledeće, 2013. godine.

⁴⁶ *Uradni list Republike Slovenije*, št. 13/2011 (poslednja konsolidovana verzija) i poslednji amandmani usvojeni 2012.

⁴⁷ *Uradni list Republike Slovenije*, št. 55/2008.

ku predviđeno je nekoliko vrsta poreskih prekršaja⁴⁸: oni koji su izvršeni od strane fizičkih lica; ozbiljni prekršaji fizičkih lica; prekršaji povezani sa obavljanjem preduzetničke aktivnosti; naročito ozbiljni poreski prekršaji; prekršaji učinjeni od strane posrednika u platnom prometu; poreski prekršaji učinjeni od strane lica iz penzionog fonda; prekršaji učinjeni od strane ovlašćenih učesnika na tržištu hartija od vrednosti i agenata za nekretnine. Za svaki od navedenih prekršaja zaprećene su novčane kazne, pri čemu njihov raspon zavisi od ozbiljnosti prekršaja i počinioca.

Kao što je pomenuto, poreska krivična dela propisana su Krivičnim zakonikom, i to u okviru poglavlja o krivičnim delima protiv privrede. Predviđeno je samo jedno poresko krivično delo – “poreska evazija”⁴⁹, definisano na način vrlo sličan onom koji primenjen u drugim državama, s tim što je u slovenačku definiciju uključeno i ugrožavanje finansijskih interesa EU, što je svakako posledica članstva Slovenije u ovoj zajednici evropskih država.

ZAKLJUČAK

Imajući u vidu sve do sada rečeno o poreskim krivičnim delima i prekršajima i njihovom pravnom regulisanju u Srbiji i susednim državama (drugim bivšim jugoslovenskim republikama), nameće se zaključak da je regulativa manje-više slična, odnosno ista. U svim državama se poreski prekršaji propisuju zakonom kojim se regulišu poreski postupak i/ili poreska administracija, dok se poreska krivična dela propisuju krivičnim zakonom/zakonikom (po pravilu, se propisuju jedno poresko krivično delo – poreska evazija). Jedini izuzetak je Srbija, u kojoj se poreska krivična dela, pored Krivičnog zakonika, propisuju i Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji. Po svoj prilici, ovakva regulativa posledica je niže svesti građana i drugih učesnika u poreskom postupku o obavezama izmirivanja javnih dažbina. Ovo za posledicu ima veliki obim sive ekonomije i veliki deficit državnog budžeta, budući da se Srbija konstantno suočava sa problemom neplaćanja poreza i doprinosa za obavezno socijalno osiguranje. Zato se u zakonu kojim se uređuju pitanja poreskog postupka i dalje nalaze i odredbe o poreskim krivičnim delima – u pitanju su nezakonite radnje čija težina nije toliko velika, kao težina radnji koje su određene kao krivična dela definisana Krivičnim zakonikom. S druge strane, radi se o ozbiljnijem kršenju poreskih normi, u poređenju sa poreskim prekršajima. Upravo je to i razlog zašto se aktivnosti kao

⁴⁸ Čl. 394-402 Zakona o poreskom postupku Slovenije.

⁴⁹ Čl. 249 Krivičnog zakonika Slovenije.

što su: neosnovano iskazivanje iznosa za povraćaj poreza i poreski kredit; ugrožavanje naplate poreza i poreske kontrole; nedozvoljen promet akciznih proizvoda i nedozvoljeno skladištenje robe, kvalifikuju kao poreska krivična dela za koje su zaprećene kazna zatvora i novčana kazna, kumulativno. Navedeno ukazuje na potrebu jačanja uloge poreske kontrole, i to u svim njenim oblicima – kako terenske i kancelarijske, tako i poreske policije. Samo jačanjem uloge ovih organa, utiće se na svest poreskih obveznika i povećanje naplate javnih prihoda, što će dovesti ne samo do smanjivanja budžetskog deficit, nego i do povećanja privredne aktivnosti. Jačanje poreske kontrole, vremenom, će dovesti i do nestanka inkriminacije pojedinih radnji i određivanja samo poreske evazije kao poreskog krivičnog dela. Na potrebu dalje reforme poreske uprave i, posebno, ojačavanje i unapređivanje sistema poreske kontrole, kao jednog od mehanizma u borbi protiv korupcije, za efikasno smanjenje sive ekonomije i povećanje naplate javnih prihoda, ukazuje i EU u svojim godišnjim izveštajima o napretku Srbije na putu u članstvo EU, ali i u drugim dokumentima donetim u vezi sa pridruživanjem Srbije EU. Ovo govori o značaju poreske kontrole, ali i o obavezi Srbije, kao kandidata za članstvo u EU. Zbog toga je neophodno da se u daljoj reformi poreskog sistema Srbije, kao jedan od važnih koraka uvrsti unapređivanje poreske kontrole, čime će se zakonodavstvo Srbije još više približiti zakonodavstvu EU i susednih država, koje su takođe kandidati za članstvo u EU ili su već postale države-članice.

SNEŽANA STOJANOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law University of Kragujevac

THE TAX CONTROL ROLE IN DISCOVERING AND PREVENTING TAX CRIMES AND MISDEMEANORS

Summary

Tax control is one of the most important components within tax administration, with a role that contributes bigger revenue collection, as well as preventing and discovering tax crimes and misdemeanors. Legal establishment of tax control and tax misdemeanors is, mostly, an integral part of the law on tax procedure and tax administration, but tax crimes are, as a rule, prescribed in the criminal law. Similar situation exists in Serbia, but there are certain differences comparing with neighbouring countries. The paper deals with analysis and comparison of tax control, tax crimes and misdemeanors legal establishment in Serbia, Croatia, Macedonia, Montenegro and Slovenia, giving recommendations on improvements that Serbian model needs.

MILEVA ANĐELKOVIĆ

UTICAJ PORESKOG MORALA NA POŠTOVANJE PORESKIH PROPISA

U V O D

Danas je teško zamisliti funkcionisanje država bez kontinuiranog priticanja javnih prihoda. U suprotnom, države se zadužuju i mogu dospeti u stanje dužničke krize. Regularnost poreskih tokova najčešće remete, osim povremenih izuzetnih društveno-političkih poremećaja i ekonomskih kriza, izraženije pojave izbegavanja plaćanja poreza. Neposredna posledica takvih ponašanja jeste kršenje poreskih propisa i onemogućavanje ostvarivanja planiranih ciljeva poreske politike.

Reakcije poreskih obveznika odražaju čitav spektar ponašanja koja se kreću u rasponu od potpuno prihvatljivih do svesnog i namernog kršenja poreske regulative. Procena prihvatanja poreskih obaveza odvija se najpre na unutrašnjoj, psihičkoj ravni što će se u stvarnosti ispoljiti u vidu poreske saglasnosti ili nesaglasnosti poreskih obveznika. Pre tridesetak godina, ekonomski teoretičari su se bavili proučavanjem samo spoljašnjih reakcija obveznika, zanemarujući pritom njihovu unutrašnju motivacionu strukturu. Znatno broj autora, danas, smatra da bez uvažavanja psiholoških reakcija poreskih obveznika nije moguće razrešiti za-

Dr Mileva Anđelković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja na projektu "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" (broj projekta 179046).

gonetku zašto ljudi većinom plaćaju poreze, imajući u vidu relativno mali broj poreskih kontrola i nedovoljnu strogost poreskih sankcija. Odgovor se sve više traži u proučavanju poreskog morala kao ključne varijable koja objašnjava ovakva društvena ponašanja.¹

U interesu je svake države da što veći broj lica korektno izmiruje svoje poreske obaveze. Jedan od pravaca reformi savremenih poreskih administracija obuhvata mere ka stvaranju pozitivnih podsticaja za plaćanje poreza. Orijehtacija ka potrebama poreskih obveznika i uvažavanje njihovih psiholoških reakcija i stavova vodi ka postepenom menjanju od tradicionalnog ka kooperativnom pristupu u radu poreskih organa. Imajući u vidu veliki potencijal negativnih poreskih reakcija i nezadovoljstva poreskih obveznika za prihvatanje i poštovanje poreskih propisa, posebna pažnja poreske politike se usmerava na razvoj i održavanje poreske etike, kroz primenu sveobuhvatnih programa podsticanja dobrovoljnog plaćanja poreza. Poreski moral je, bez sumnje, složen društveni fenomen i njegovo razumevanje zahteva multidisciplinarna istraživanja, ne samo u teorijskom smislu već i široka empirijska proučavanja, što može da pruži dragocene informacije o psihološkim reaganjima obveznika i pokretačima njihovih ponašanja ka prihvatanju ili izbegavanju plaćanja poreza.

Važnost psiholoških reakcija za ponašanja poreskih obveznika

Platiti ili ne platiti porez verovatno je jedna od najstarijih dilema sa kojom se suočava ljudsko društvo. U osnovi ovog izbora, kako smatraju ekonomisti, leži procena koristi i troškova od savesnog ili nesavesnog poreskog postupanja. Savremena istraživanja poreskih ponašanja više se ne oslanjaju isključivo na ekonomski racionalan izbor obveznika da li da plati ili da ne plati porez. Danas se sve veća pažnja posvećuje sagledavanju psiholoških reakcija poreskih obveznika koje mogu imati pozitivnu ili negativnu dimenziju. Razumevanje reakcija, motiva, želja, interesa poreskih obveznika može biti od pomoći poreskim organima kako bi ublažili negativne stavove prema izmirivanju poreskih obaveza. Kreiranje pozitivne atmosfere u poreskim odnosima treba da učini plaćanje poreza manje neugodnim. Reakcije poreskih obveznika mogu se sagledavati i analizirati kako na mikro tako i na makro nivou. Individualne reakcije i postupci poreskih obveznika efektom ugledanja, ali i na druge načine, prenose se na širi krug lica formirajući poreski mentalitet jednog društva.

¹ Benno Torgler, *To evade taxes or not to evade: that is the question*, The Journal of Socio-Economics 32 (2003), p.297.

Prihvatanje ili neprihvatanje poreskih obaveza jeste spoljašnja manifestacija poreskog morala. Primarna reakcija obveznika u osnovi je psihološka što se u praksi realizuje kroz određene vidove ponašanja. Zauzimanje pozitivnog ili negativnog stava prema poreskoj vlasti zavisi, u krajnjoj liniji, od moralnih shvatanja obveznika. Zato se u poslednje vreme pojavljuje veći broj teorijskih radova u kojima se naglašava važnost proučavanja psiholoških reakcija obveznika i ukazuje na potrebu izgrađivanja kooperativnih poreskih odnosa. Sve više autora smatra da poreski organi moraju imati veću mogućnost podsticajnog delovanja na ponašanje obveznika. Složena priroda reakcija poreskih obveznika iziskuje i dinamičan pristup u radu poreskih organa. U mnogim zemljama uočava se trend naglašavanja kooperativne saglasnosti poreskih obveznika kroz olakšavanje primene poreskih propisa i smanjenje troškova oporezivanja.² Neke od ekonomski najrazvijenih zemalja već primenjuju programe poboljšanja dobrovoljnog plaćanja poreza, koji sadrže čitav spektar mera sa ciljem lakšeg prihvatanja poreskih obaveza.

Orijentacija ka potrebama obveznika i njihovo tretiranje kao korisnika poreskih usluga ključni su elementi novog pristupa upravljanja poreskim poslovima u razvijenim poreskim sistemima. Koncept "novog javnog upravljanja" podrazumeva upravljanje rizicima u radu poreskih organa i naglasak na rezultatima poslovanja u smislu veće naplate javnih prihoda, uz što niže troškove oporezivanja. Strategija promena u obavljanju svakodnevnih poreskih aktivnosti ima kao primarni cilj stvaranje poreske atmosfere koja bi bila u interesu obe strane u procesu oporezivanja. Takav "kooperativni poreski režim" odgovara samo visoko razvijenim poreskim sistemima sa snažnim poreskim administracijama, stabilnim poreskim zakonodavstvom i tradicijom u urednom izvršavanju poreskih obaveza. Navedeni uslovi su za sada zastupljeni samo u malom broju zemalja. Jasno je da idealnih poreskih sistema nema i da su oni uvek rezultat kompromisa postignutih u datim istorijskim, političkim, ekonomskim i socijalnim uslovima.

U međunarodnim okvirima, u tom smislu, uočljiv je trend orijentacije u radu od tradicionalnog, birokratskog postupanja poreskih organa ka nekoj vrsti partnerskog odnosa, gde se obveznici počinju smatrati njihovim saradnicima. Ovaj novi kooperativni pristup naročito je usmeren ka velikim poreskim obveznicima i onim privrednim subjektima koji su angažovani u međunarodnom poslovanju. Želeći da prvenstveno zaštiti fiskalni interes države (što se u savremenim kriznim uslovima sve više pokazuje kao težak zadatak), od reforme poreskih organa se očekuje da sa poreskim obveznicima uspostavljaju različite vidove saradnje. Moglo bi se smatrati da se poreska (ne)lojalnost ispoljava kao relativno pouz-

² John Hasseldine, *The Administration of Tax Systems*, International Studies Program, Working Paper 10–21, Andrew Young School of Policy Studies, May 2010, p. 10.

dan pokazatelj (ne)prihvatanja poreskog režima. U novijim teorijskim radovima sve više se govori o uspostavljanju i jačanju poverenja u poresku vlast i poresku administraciju, kako bi se ublažile negativne reakcije poreskih obveznika. Takav pristup podrazumeva poreske mere usmerene na povećanje transparentnosti poreskog sistema što pomaže građenju kulture poreske saglasnosti i uvećavanju javnih prihoda na taj način, uz smanjenje poreskih sukoba.³

Determinante poreskog morala

Poreski moral može se razumeti samo u okviru vremenskih i prostornih granica određene sredine i to kao rezultanta delovanja subjektivnih i objektivnih faktora. U subjektivne uzroke najčešće se ubrajaju poreska svest obveznika, osećaj pripadnosti određenoj društvenoj zajednici, potreba izvršenja građanskih obaveza, pravična raspodela poreskog tereta, obrazovna struktura poreskih obveznika. Objektivni uzroci vezani su za visinu poreskog tereta, poreski oblik, tehniku oporezivanja, stručnost i efikasnost poreskih organa, namenu ubranih javnih prihoda, dosledno primenjivanje poreskih kazni i dr.⁴

Istraživanja sprovedena u praksi zemalja OECD ukazala su na određene faktore koji deluju kao pokretači pozitivnog ili negativnog ponašanja poreskih obveznika. Na prvom mestu se nalazi *sprečavanje*, odnosno rizik otkrivanja i kažnjavanje nesaglasnosti poreskih obveznika. Zatim slede *lične i društvene norme* o potrebi urednog ispunjavanja poreskih obaveza. Postojanje *prilika* za nepoštovanje poreskih propisa (primenjena tehnika oporezivanja) mogu predstavljati izazov za obveznike sklone riziku. Shvatanje *pravičnosti* oporezivanja i osećaj *poverenja* prema poreskim organima u velikoj meri opredeljuju aktivnosti obveznika u smislu poreske saglasnosti ili nesaglasnosti. *Ekonomski faktori* utiču na izbor obveznika preko visine poreske stope, ekonomskih prilika, sklonosti riziku, korupcije, ekonomskog rasta.⁵

Složena priroda psiholoških reakcija poreskih obveznika i uočavanje njihovog značaja za pravilno funkcionisanje poreskog sistema podstakla je veliki broj

³ Navedeno prema: Itan Grinberg, *Beyond FATCA: An Evolutionary Moment for the International Tax System*, Working Draft, January 27, 2012, p. 43. http://scholarship.law.georgetown.edu/fvps_papers/160.

⁴ Mileva Anđelković, *Modeliranje ponašanja poreskih obveznika u savremenoj teoriji*, "Pravni sistem i društvena kriza", Međunarodna naučna konferencija, 22.6.2011, Zbornik radova, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, prva sveska, str. 481.

⁵ Detaljnije o tome: *Understanding and Influencing Taxpayers' Compliance Behaviour*, Information Note, November 2010, Forum on Tax Administration: Small/Medium Enterprise (SME) Compliance Subgroup, Centre for Tax Policy and Administration, p. 14–38.

autora da svoja istraživanja usmere na objašnjavanje faktora oblikovanja poželjnog nivoa poreskog morala, od čega neposredno zavisi poreska saglasnost, odnosno pristajanje na izvršavanje poreskih obaveza. U savremenim demokratskim sistemima stoga nije oportuno da poreski organi *a priori* sumnjaju u sve obveznike i tretiraju ih kao potencijalne utajivače. Većina obveznika prihvata legitimnost poreskog sistema kao gotovu činjenicu. Oni veruju u ostvarenje ciljeva vlade i plaćaju svoj deo prihoda, ne razmišljajući o izbegavanju plaćanja poreza.

Standardni ekonomski model nije dovoljan za potpuno objašnjenje ponašanja poreskih obveznika. Verovatnoća otkrivanja poreske evazije često zavisi od subjektivne procene obveznika imajući u vidu objektivnu nemogućnost (bar za sada) poreskih organa da provere sve poreske obveznike. Sklonost ka rizičnom ponašanju može biti uslovljena, ne samo niskim poreskim moralom, već i sagledavanjem povoljnih prilika zbog slabe poreske kontrole. Visina sankcija i njihova dosledna primena mogu imati i preventivnu i represivnu ulogu na poresku saglasnost. Empirijske studije nisu potvrdile jasnu sliku koju pružaju teorijske analize o ovom uticaju, naime, da strožije kazne odvrćaju nesavesne obveznike od kažnjivog ponašanja. Prema nekim shvatanjima, kazne su povezane sa poverenjem prema poreskim organima i njihovim ovlašćenjima. Kazne koje su suviše niske mogu se smatrati indikatorom slabosti ove institucije i nespremnošću da se kontrolišu poreski prekršioc, podrivajući na taj način poverenje kod savesnih poreskih obveznika. U ekonomskom modelu racionalnog izbora, pretpostavlja se da bi povećanje poreskih stopa vodilo višem stepenu povinovanja poreskoj regulativi. Naprotiv, većina empirijskih istraživanja otkriva da više poreske stope smanjuju nivo poreske saglasnosti ili pokazuju nejasne rezultate. U kontekstu novijih istraživanja, uticaj poreskih stopa bi zavisio od stepena poverenja između obveznika i poreskih organa. Kada je poverenje nisko, visoka stopa bi se mogla shvatiti kao nepravičan tretman obveznika. Kada je poverenje visoko, isti nivo poreskih stopa bi se protumačio kao doprinos zajednici, od čega svi imaju koristi.⁶

Sve veći broj savremenih teoretičara proširuje ekonomski model ponašanja uključivanjem još nekih derminanti koje opredeljuju reakcije obveznika. Dobro poznavanje poreskih propisa, pozitivni stavovi o oporezivanju, poštovanje društvene norme urednog plaćanja poreza, kao i shvatanje o pravičnosti poreskog sistema, čine osnove motivacione tendencije za saradnjom i, dosledno tome, za dobrovoljnim plaćanjem poreza.⁷

⁶ Erich Kirchler, Erik Hoelzl, Ingrid Wahl, *Enforced versus voluntary tax compliance: The "slippery slope" framework*, Journal of Economic Psychology 29 (2008), p. 214–216.

⁷ Eva Hofmann, Erik Hoelzl, and Erich Kirchler, *Preconditions of Voluntary Tax Compliance – Knowledge and Evaluation of Taxation, Norms, Fairness, and Motivation to Cooperate*, Journal of Psychology, Vol. 216, 2008, p. 209.

Poznavanje poreskih propisa smanjuje podsticaje za poreskom evazijom a njihovo pojednostavljenje olakšava obveznicima prihvatanje poreskih obaveza. Istraživanja pokazuju da je niži nivo poreske evazije u neposrednoj (primer Švajcarske) u odnosu na predstavničku demokratiju. Ove determinante pozitivno utiču na stvaranje poverenja obveznika. Poštovanje poreskih propisa zavisi i od stava obveznika prema ispunjavanju poreskih obaveza. Pozitivan stav prema kršenju poreskih zakona sigurno neće imati za posledicu poresku saglasnost. Generalno posmatrano, poreski stavovi zavise i od shvatanja kako se koriste budžetska sredstva. Nefikasna upotreba javnih prihoda može stvoriti nepoverenje prema vladi i povećati nespremnost za plaćanje poreza. Stavovi građana prema državi se poboljšavaju ako se procenjuje da vlada pravilno sledi interese poreskih obveznika.⁸

Osim stavova, norme su značajna determinanta poreske saglasnosti. Lične norme, kao što su poštenje, religiozna uverenja, osećanje stida, imaju pozitivan uticaj na prihvatanje poreske obaveze. Društvene norme vezane su za ponašanje grupa što ponekad može snažno uticati na stavove obveznika prema prihvatanju ili neprihvatanju poreskog tereta. Mnogi autori naglašavaju važnost poštovanja društvene norme urednog plaćanja poreza i njeno prihvatanje od strane što većeg broja poreskih obveznika.

Kada pitaju građane šta misle o poreskom sistemu, oni najčešće ističu pitanje pravičnosti. Ako poreski sužbenici postupaju prema obveznicima jednako, na odgovoran način i uz poštovanje njihove ličnosti, pretpostavlja se da će to dovesti do poverenja u vladu i povećati dobrovoljno plaćanje poreza. Pravičnost u poreskim odnosima, koju autori danas sagledavaju u vidu distributivne, proceduralne i retributivne, povezana je sa poverenjem u poresku vlast.⁹

Uloga poreskog morala kao ključne komponente u prihvatanju i poštovanju poreske regulative poseban značaj ima za slabije ekonomski razvijene zemlje. Ubiranje javnih prihoda u savremenim globalizacionim i kriznim uslovima i ostvarivanje planiranih ciljeva poreske politike veliki je izazov ne samo za visoko razvijene ekonomije, nego i za države koje menjaju društveno-ekonomsku i političku strukturu. Studija, koja je rađena za potrebe nemačkog Saveznog ministarstva za ekonomsku saradnju i razvoj, pokazala je da na nizak nivo spremnosti obveznika za plaćanje poreza, u ovim zemljama, utiču sledeći faktori: nedovoljan kvalitet javnih usluga, struktura poreskog sistema i visina poreskih stopa, nedostatak transparentnosti u radu društvenih institucija i slaba odgovornost za korišćenje društvenih sredstava, visok nivo korupcije i nepoštovanje vladavine zakona, što sve stvara nepoverenje kod građana i nespremnost da finansiraju ta-

⁸ Roberto Dell'Anno, *Tax evasion, tax morale and policy maker's effectiveness*, The Journal of Socio-Economics 38 (2009), p. 995.

⁹ Erich Kirchler et al., op. cit., p. 219.

kvu državu.¹⁰ Nalazi jednog empirijskog istraživanja su potvrdili pretpostavku da povećanje poverenja pojedinaca u vladu, pravosudni sistem i kvalitet društvenog upravljanja ima značajan pozitivan uticaj na poreski moral u ovim zemljama.¹¹

Neki autori ukazuju da postoji pozitivna korelacija između patriotizma i poreske saglasnosti, kako na individualnom nivou tako i na kolektivnom nivou. Poštene poreske obveznici verovatno osećaju zadovoljstvo plaćajući poreze svojoj državi, što smanjuje verovatnoću kontrolne politike i obezbeđuje viši nivo poreske saglasnosti. Ovi rezultati su važni, naročito zbog toga, što je patriotizam osećanje unutrašnje prirode i može se na njega uticati vladinom politikom, npr. odgovarajućim obrazovanjem koje bi usadilo kod obveznika poželjan nivo patriotizma.¹²

Najveći broj istraživanja poreskog morala obuhvata ponašanja fizička lica a ređe se vrše analize poreske saglasnosti pravnih lica odnosno multinacionalnih kompanija.¹³ Istraživanje o troškovima ispunjavanja poreskih obaveza koje je obavljeno u belgijskim firmama za 2000, 2002, 2004. i 2006. godinu, pokazalo je da je poreska administracija, koja nije usmerena ka potrebama obveznika, povećala za 25% troškove plaćanja poreza. Takav rezultat upućuje na značaj pružanja usluga poreskim obveznicima u pogledu olakšavanja postupanja u skladu sa poreskim propisima. Drugi zaključak iz ovog istraživanja je da poreska administracija ima mogućnost da "kazni" nekooperativne privredne subjekte povećanjem troškova oporezivanja.¹⁴

Značaj primene kooperativnog pristupa u radu savremenih poreskih administracija za podsticanje poreskog morala

U tradicionalnom poreskom odnosu poreski organi nastupaju sa pozicija vlasti što često stvara konfliktne situacije sa poreskim obveznicima. Isključivo autoritativan pristup i pre naglašavanje kontrolnih ovlašćenja stvara atmosferu nepoverenja slabeći podsticaje obveznika za poštovanje poreskim propisima. Iz

¹⁰ *Addressing tax evasion and tax avoidance in developing countries*, GIZ, December 2010, p. 14–15.

¹¹ Benno Torgler, *Tax Morale, Eastern Europe and European Enlargement*, The World Bank, Policy research Working Paper 5911, December 2011, p. 33.

¹² Kai A. Konrad, Salmi Qari, *The Last Refuge of a Scoundrel? Patriotism and Tax Compliance*, Discussion paper SPII 2009-04, Wissenschaftszentrum Berlin, 2009, p. 26.

¹³ Uočava se trend proučavanja ovih pitanja u okviru korporativne odgovornosti.

¹⁴ Sebastian Eichelder, Chantal Kegels, *Compliance costs caused by agency action? Empirical evidence and implications for tax compliance*, Schumpeter Discussion papers 2012–005, Schumpeter School of Business and Economics, University of Wuppertal, Germany.

ovih razloga, poreske administracije većine ekonomski razvijenih zemalja u velikoj meri napuštaju ovaj tradicionalni način rada i okreću se ka kooperativnom pristupu i jačanju dijaloga sa poreskim obveznicima. Ovaj novi pristup podrazumeva određeni stepen svesne komunikacije poreskih organa i obveznika u svakoj fazi procesa oporezivanja u pokušaju da se postigne dogovor, u okviru zakonskih odredbi. Ključna pitanja u novoj strategiji poboljšanja plaćanja poreza leže u nastojanjima da se uspostavi poverenje između obveznika i poreske vlasti, odgovarajuća ravnoteža između prava i obaveza, pravna sigurnost, transparentnost i efikasnost.¹⁵

Po samoj prirodi stvari, poreski organi teže za maksimizacijom poreskih prihoda. Međutim, plaćanje poreza nameće obveznicima ne samo novčane i vremenske troškove, nego i psihičke troškove koji su povezani sa poreskim moralom. Neodgovarajući tretman i preveliki troškovi oporezivanja mogu dovesti do podrivanja poreskog morala i narušiti uzajamno poverenje subjekata poreskog odnosa. Uvažavajući tretman obveznika podrazumeva ne samo transparentnu i jednostavnu poresku proceduru nego i poštovanje ličnosti i dostojanstva obveznika. Pojedini autori čak govore o nekoj vrsti "psihološkog poreskog ugovora" koji počiva upravo na pravičnosti postupanja i uzajamnom poverenju, što snažno podstiče obveznike da pošteno plaćaju poreze.¹⁶

Primena kooperativne saglasnosti predstavlja složen koncept rada poreskih organa koji nosi sobom velike rizike po naplatu prihoda, ukoliko se neadekvatno upotrebi u obavljanju svih bitnih poreskih procesa. Potrebno je ostvariti pozitivne rezultate u pogledu smanjivanja ukupnih troškova oporezivanja i poboljšanja dobrog voljnog plaćanja poreza, uz istovremeno povećanje ukupne pravičnosti i efikasnosti poreskog sistema i smanjivanja rizika od poreske evazije i korupcije. U teoriji se nailazi na shvatanje da su barem šest faktora ključna za uspešan prelazak na model kooperativne saglasnosti: upravljanje rizicima po strukturama poreskih obveznika, prihvatanje obveznika kao potrošača poreskih usluga, kvalitet poreskih zakona, odgovarajuća mreža poreskih ugovora, čitav niz konsultacija sa različitim državnim i nedržavnim institucijama i opšta upotreba internet tehnologije.¹⁷

¹⁵ Frank van Driessche, *Creating Taxpayer Awareness: Corporate Social Responsibility and the Forums for Taxpayer – Tax Administration Dialogue*, 45th CIAT General Assembly "Tax Morale as Determining Factor in Improving the Effectiveness of the Tax Administration", Quito, Ecuador, April 4 to 7, 2011, p. 293.

¹⁶ Bruno S. Frey, *Deterrence and tax morale in the European Union*, European Review, Vol. 11, 2003, p. 392.

¹⁷ Jaime Vazquez-Caro, Richard M. Bird, *Benchmarking Tax Administrations in Developing Countries: A Systemic Approach*, Working Paper 11-04, March 2011, Andrew Young School of Policy Studies, p. 17–23.

Društvena politika podsticanja poreske saglasnosti

Poreski moral se javlja kao psihološka komponenta poreskog odlučivanja. Raspon ponašanja poreskih obveznika od dobrovoljnog plaćanja pa do izbegavanja plaćanja poreza i poreske utaje ukazuje na višestepeno ispoljavanje poreskog morala. Za poresku vlast su posebno važne reakcije poreskih obveznika koje imaju za posledicu direktno kršenje poreskih propisa. Slab poreski moral, odnosno nizak poreski mentalitet ljudi u jednom društvu predstavlja veliki rizik za planiranu realizaciju poreskog sistema. Saglasnost za prihvatanje, odnosno pristajanje na poresku obavezu (*tax compliance*) izvesno je da označava relativno visok nivo poreskog morala.

Ključni izazov za poresku vlast jeste kako pomiriti suprotnosti između fiskalnih interesa države sa ličnim (materijalnim) interesima poreskih obveznika. Latentni poreski sukob koji evidentno postoji između fiskusa i fizičkih i pravnih lica kao poreskih dužnika, po samoj prirodi stvari, ne može se uvek razrešiti na zadovoljavajući način. To je, u suštini, nepomirljivi sukob strana sa suprotstavljenim interesima.

Međutim, na državi leži odgovornost da, u najvećoj mogućoj meri, ublaži nepovoljne psihološke i ekonomske reakcije poreskih obveznika. Kreiranje odgovarajućeg ambijenta za podsticanje dobrovoljne saglasnosti obveznika u domenu je zakonodavne vlasti. Jasno, precizno i stabilno poresko zakonodavstvo, primere konkretnim okolnostima, kao i stvaranje uslova za poštovanje društvene norme o poreskoj saglasnosti, mogu biti važni podsticaji za prihvatanje poreskih obaveza sa većom spremnošću obveznika. Uverenje obveznika da i druga lica poštuju poreske propise pojačava unutrašnji osećaj solidaranja sa politikom vlade i javnom potrošnjom koja treba da se poklapa sa njihovim preferencijama. Zato neki autori govore o "istiskivanju" pozitivnih reakcija obveznika ukoliko oni sumnjaju u kvalitet društvenih institucija i veruju da se "isplati" ne biti pošten.¹⁸

Stvaranje pozitivnog stava poreske populacije prema izvršavanju poreskih obaveza postaje jedan od najvažnijih zadataka savremenih poreskih administracija. Obim ovlašćenja poreskih organa i načini komunikacije sa poreskim obveznicima mogu delovati na atmosferu poverenja ili nepoverenja sa daljim posledicama kroz postupanje ili nepostupanje u skladu sa poreskim odredbama. Prepoznavanje spektra ponašanja poreskih obveznika kroz njihove stavove prema

¹⁸ Benno Torgler, *Tax Morale and Compliance-Review of Evidence and Case Studies for Europe*, The World Bank, Policy Research Working Paper 5922, December 2011, p. 16.

dobrovoljnom plaćanju poreza može olakšati formulisanje antievazivne strategije i podsticanje prihvatanja poreskih obaveza sa što manje otpora.¹⁹

Na vrhu piramide (kao uobičajenog modela ponašanja) nalaze se obveznici koji su odlučili da ne plaćaju poreze i prema njima treba primeniti sva zakonom dozvoljena sredstva, kako bi se povinovali poreskoj vlasti. Druga kategorija obveznika ne želi da izvršava poreske obaveze, ali bi to činili, ukoliko bi bili otkriveni. Sa njima bi trebalo postupati na takav način da se ubede da njihovi razlozi za poreski otpor nisu opravdani. Treća kategorija obveznika, u osnovi, ima pozitivan stav prema izvršavanju poreskih obaveza, ali u tome ne uspevaju uvek, jer se suočavaju sa teškoćama nerazumevanja poreskih propisa i poreske procedure. Najveća kategorija obveznika, koja čini bazu piramide ponašanja, svesno izražava spremnost da podrži sistem oporezivanja i sve zahteve koji iz toga proizlaze. Jasno je da tokom vremena reakcije poreskih obveznika nisu konstantne i da se svako od njih može naći u nekoj od nabrojanih kategorija u različitim periodima. Prepoznavanje takvih modaliteta u ponašanju obveznika može pomoći poreskim administracijama da formulišu odgovarajuću strategiju poboljšanja dobrovoljnog plaćanja poreza.²⁰

Austrijske poreske vlasti su 2010. godine započele *Fair Play* inicijativu donošenjem nekoliko zakona sa ciljem povećanja poreskog morala (poreske saglasnosti), osiguranja finansijskih interesa države i garantovanja fer konkurencije za poštenu ekonomiju.²¹ Prihvatanjem Povelje, austrijska poreska administracija se obavezala na kooperativan pristup u radu sa poreskim obveznicima. Pored opisa dužnosti i odgovornosti poreskih organa, u Povelji su navedene usluge za građane, njihova prava i obaveze kao i standardi kvaliteta pružanja poreskih usluga. Edukacija i treninzi se smatraju određujućim faktorima u postizanju poreske saglasnosti. Tokom poslednjih nekoliko godina preduzimane su određene aktivnosti sa Komorom poreskih savetnika. Drugi način saradnje ogleda se u organizovanju tzv. "Dana poreza" čiji je cilj upoznavanje sa promenama u poreskom zakonodavstvu. Od početka 2011. godine omogućeno je *advance rulings* za velike poreske obveznike. Postoji i saradnja sa državnim institucijama u borbi protiv poreske utaje. Tokom tzv. "Actions Days" određene rizične grane po celoj Austriji se posećuju i kontrolišu sa policijom, kompanijama socijalnog osiguranja i drugim

¹⁹ *Compliance Risk Management: Managing and Improving Tax Compliance*, Guidance Note, oct. 2004, OECD, p. 41.

²⁰ Mileva Anđelković, *Domesti i ograničenja primene koncepta "novog javnog upravljanja" u poreskim administracijama*, *Pravni život*, 11/2008, str. 795.

²¹ Eduard Müller, Eva Maria Schuttwieser, *Good Governance and Tax Compliance*, IOTA, Tax Tribune, Issue 28, p. 9.

državnim organima. U mere podrške spada i saradnja sa univerzitetima i školama radi podizanja društvene svesti o potrebi dobrovoljnog plaćanja poreza.²²

Švedska poreska administracija poslednju deceniju se fokusirala u svom radu na razumevanje podsticaja ponašanja poreskih obveznika. Kooperativni pristup u većoj meri pomaže poreskim službenicima da reše poreske situacije u ranim fazama što povećava mogućnost "uređivanja stvari od početka". Većina obveznika u Švedskoj smatra da su poreske prevare pogrešne a samo 5% da je takvo ponašanje ispravno. Stvaranje uzajamnog poverenja, razumljiva komunikacija, proceduralna pravičnost, profesionalno i učtivo ponašanje, sigurno su doprineli povoljnom odnosu švedskih obveznika prema poreskoj administraciji.

I francuska poreska administracija preduzima određene mere kako bi olakšala obveznicima ispunjavanje poreskih obaveza. Otvaranje šaltera, gde na jednom mestu obveznici mogu dobiti sve potrebne informacije i ispuniti svoje poreske obaveze, predstavlja suštinu reforme sprovedene stvaranjem Opšteg Direktorata za javne finansije 2008. godine. Između ostalih mera, poreski odseci imaju poreske posrednike širom francuske teritorije. Cilj stvaranja ove institucije jeste pronalaženje rešenja zasnovanih na kompromisu kako bi se umanjili sporovi. Poreski obveznici mogu se obratiti ovim službenicima za sve vrste sporova vezanih za administriranje porezima, kako bi se postiglo povoljno rešenje.²³

U SAD dobrovoljno plaćanje poreza je kamen temeljac poreske administracije i velika većina američkih poreskih obveznika izvršava svoje poreske obaveze na vreme. Tome cilju je prilagođena organizaciona struktura prema vrstama obveznika i pojačano je izveštavanje od strane trećih lica. Služba unutrašnjih prihoda je formirala posebne grupe za komunikaciju sa veoma bogatim poreskim obveznicima. 2008. godine usvojen je *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)* čija primena počinje 1.1.2013. godine. Ovaj dokument donosi novine u pogledu plaćanja poreza u prekograničnim transakcijama i s obzirom na strane račune. *FATCA* će zahtevati od stranih finansijskih institucija da izveštavaju o američkim licima koja poseduju račune u ovim institucijama ili koja imaju veliki udeo u stranim antitetima koja drže ove račune. Ukoliko strana finansijska institucija ne prihvati ovakav sporazum da pruži tražene podatke američkoj poreskoj administra-

²² Eduard Müller, *Fair Play-Thinking Tax Administration in a New Way*, Tax Tribune, Issue 27, IOTA, p. 26.

²³ Jean Noël Briday, *Methodologies for measuring the tax morale of taxpayers and the results achieved*, 45th CIAT General Assembly "Tax morale as determining factor in improving the effectiveness of the tax administration", Quito, Ecuador, April 4 to 7, 2011, p. 140.

ciji, predviđeno je ovim aktom uvođenje poreza po odbitku na prihode stečene na teritoriji SAD.²⁴

Imajući u vidu kompleksnu prirodu psiholoških reakcija poreskih obveznika možemo zaključiti da uticaj društvene politike na povećanje poreskog morala, kratkoročno posmatrano, ne može biti efektivan. Poreski moral se teško menja, u velikoj meri se prenosi iz generacije na generaciju poreskih obveznika i zahteva vreme za željene promene.²⁵

ZAKLJUČAK

Pravilna primena poreskih propisa i efikasno funkcionisanje poreskog sistema u značajnoj meri zavise od stepena poreskog morala u jednom društvu. Poreski otpor neizbežno prati sve sisteme oporezivanja. Zadatak je poreskih vlasti da ublaže poresko nezadovoljstvo obveznika i podstaknu ih da u što većoj meri dobrovoljno izvršavaju svoje poreske obaveze. Stvaranje pozitivnog stava obveznika je naročito neophodno u današnje vreme kada su države suočene sa rastućim problemima uravnoteženja svojih budžeta i teškoćama u finansiranju javne potrošnje, na određenom željenom nivou.

Poreski moral, kao subjektivno doživljavanje poreza, nalazi se pod uticajem više faktora, koji se javljaju kako u samoj ličnosti obveznika tako i u objektivnoj sredini. U tom smislu, u radu razvijenih poreskih administracija uočava se razvijanje kooperativnog pristupa i stvaranje uslova za jačanje saradnje sa poreskim obveznicima, što bi bilo na obostranu korist.

Rezultati savremenih teorijskih i empirijskih istraživanja poreskog morala pokazuju da se radi o vrlo složenom društvenom fenomenu i da bez njegovog detaljnijeg proučavanja, poreski organi ne mogu u potpunosti razumeti sve reakcije poreskih obveznika. Jer, kada se pokidaju moralne veze u društvu i izgubi poverenje u državnu (poresku) vlast, jasno je da čak i idelan poreski sistem ne može dobro funkcionisati.

²⁴ Steve Miller, *Taxpayer Attitudes vis-a-vis the tax Administration: differentiate and classify taxpayer behaviors*, 45th CIAT General Assembly "Tax morale as determining factor in improving the effectiveness of the tax administration", Quito, Ecuador, April 4 to 7, 2011, p. 239.

²⁵ Martin Halla, *Tax Morale and Compliance Behaviour: First Evidence on a Casual Link*, Working Paper No. 1005, April 2010, The Austrian Center for Labor Economics and the Analysis of the Welfare State, p. 10.

MILEVA ANĐELKOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Niš

THE IMPACT OF TAX ETHICS ON TAXPAYERS'
COMPLIANCE WITH TAX LEGISLATION

Summary

In this article, the author gives a short overview of the contemporary theoretical and empirical studies on the significant impact of tax ethics on the tax payers' behavior. Tax compliance or tax evasion is a matter of tax payers' choice, which is fundamentally driven by psychological rather than merely rational factors, as elaborated in the standard economic model. The determinants of tax ethics are still subject to research but it has been proven beyond any doubt that tax ethics is affected by both internal and external factors. Tax payers have always been facing the dilemma whether to abide by tax regulations or not. Tax authorities have a huge responsibility to create favourable conditions for relaxing the tax payers' resistance to pay tax. The author endeavours to point out to the significance of tax payers' voluntary acceptance of tax liabilities, which is particularly important in the circumstances of economic and political hardship such as the current one.

HASIBA HRUŠTIĆ

PORESKI TRETMAN STATUSNIH PROMENA PRIVREDNOG DRUŠTVA

U V O D

Sprovođenje statusnih promena za privredna društva je složen postupak, uključujući i promene oko utvrđivanja pojedinih poreskih obaveza. Cilj ovog rada je da utvrdi koje se poreske obaveze menjaju u situaciji statusnih promena privrednih društava. Statusne promene imaju svoje specifičnosti koje utiču na drugačiji poreski tretman. Pogotovo, postoje posebne odredbe koje se tiču drugačijeg određivanja poreskog perioda, poreskog tretmana odbitaka, kapitalnih gubitaka i poreskih podsticaja kod poreza na dobit pravnih lica. Generalno, poresku obavezu pravnog lica koje prestaje da postoji u statusnoj promeni ispunjava pravni sledbenik, bez obzira da li je pre okončanja postupka statusne promene znao da pravni prethodnik nije ispunio svoju poresku obavezu.

Statusne promene privrednog društva i vrste statusnih promena

Zakon o privrednim društvima statusne promene i promene pravne forme privrednih društava definiše kao oblike reorganizacije privrednih društava.¹

Prof. dr Hasiba Hrustić, direktor Centra za pravna i finansijska istraživanja, Beograd.

¹ Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 36/11.

Prema odredbi člana 483 Zakona o privrednim društvima statusnom promenom se društvo (u daljem tekstu: *prenosilac*) reorganizuje tako što na *drugo društvo* (u daljem tekstu: *sticalac*) prenosi imovinu i obaveze, dok njegovi članovi u tom društvu stiču udele, odnosno akcije. Svi članovi društva prenosioca stiču udele, odnosno akcije u društvu sticaocu srazmerno svojim udelima, odnosno akcijama u društvu prenosiocu, osim ako se svaki član društva prenosioca saglasi da se statusnom promenom izvrši zamena udela odnosno akcija u drugačijoj srazmeri ili ako koristi svoje pravo na isplatu umesto sticanja udela, odnosno akcija u društvu sticaocu u skladu sa članom 508. ovog zakona. U statusnoj promeni mogu učestvovati jedno ili više društava iste ili različite pravne forme.² U statusnoj promeni ne može učestvovati društvo koje je u likvidaciji ili u stečaju, osim ako se statusna promena sprovodi kao mera reorganizacije u skladu sa zakonom kojim se uređuje stečaj.

Članu društva prenosioca se po osnovu statusne promene može izvršiti i novčano plaćanje, ali ukupan iznos tih plaćanja svim članovima društva prenosioca ne može preći 10% ukupne nominalne vrednosti udela, odnosno akcija koje stiču članovi društva prenosioca, a ako te akcije nemaju nominalnu vrednost 10% ukupne računovodstvene vrednosti tih akcija.

Ako se statusnom promenom osniva novo društvo, na osnivanje tog društva primenjuju se odredbe Zakona o privrednim društvima koje se odnose na osnivanje društva u odgovarajućoj pravnoj formi. Vrste statusnih promena su:

1) *pripajanje*, kada se jedno ili više društava pripoje drugom društvu prenošenjem na to društvo celokupne imovine i obaveza;

2) *spajanje*, kada se dva ili više društava spoje osnivanjem novog društva i prenošenjem na to društvo celokupne imovine i obaveza;

3) *podela*, kada se društvo podeli tako što će istovremeno preneti celokupnu imovinu i obaveze na: dva ili više novoosnovanih društava (podela uz osnivanje), ili dva ili više postojećih društava (podela uz pripajanje), ili jedno ili više novoosnovanih društava i jedno ili više postojećih društava (mešovita podela);

4) *izdvajanje*, kada se društvo podeli tako što će preneti deo svoje imovine i obaveza na: jedno ili više novoosnovanih društava (izdvajanje uz osnivanje), ili jedno ili više postojećih društava (izdvajanje uz pripajanje), ili jedno ili više novoosnovanih društava i jedno ili više postojećih društava (mešovito izdvajanje). Društvo po sprovedenoj statusnoj promeni nastavlja da postoji.

Društvo prestaje da postoji brisanjem iz registra privrednih subjekata, po osnovu statusne promene koja ima za posledicu prestanak društva u skladu sa odredbom člana 238 tač. 3 Zakona o privrednim društvima.

² Član 484 Zakona o privrednim društvima.

Redovni postupak sprovođenja statusne promene. – Redovni postupak sprovođenja statusne promene obuhvata pripremu akata i dokumenata u vezi sa statusnom promenom, *ugovor o statusnoj promeni i plan podele.* U skladu sa odredbom člana 490 Zakona o privrednim društvima, radi sprovođenja statusne promene odbor direktora, odnosno nadzorni odbor, priprema sledeće akte i dokumente: nacrt ugovora o statusnoj promeni, odnosno nacrt plana podele ako samo jedno društvo učestvuje u statusnoj promeni, kao i ugovor o statusnoj promeni ako u statusnoj promeni učestvuju dva ili više društava; *finansijske izveštaje*, sa mišljenjem revizora, sa stanjem na dan koji prethodi danu donošenja odluke skupštine o statusnoj promeni najviše šest meseci; *izveštaj revizora* o izvršenoj reviziji statusne promene; *izveštaj odbora direktora*, odnosno izvršnog odbora, o statusnoj promeni; predlog odluke skupštine o statusnoj promeni.

Izuzetno, finansijski izveštaji nisu potrebni ako su se svi članovi društva koje učestvuje u statusnoj promeni saglasili da se ti izveštaji ne pripremaju. Takođe, u društvu koje nije javno akcionarsko društvo, izveštaj revizora nije potreban ako se svi članovi svakog društva koje učestvuje u statusnoj promeni saglase da se taj izveštaj ne sačinjava.

Ako društvo po sprovedenoj statusnoj promeni nastavlja da postoji ili nastaje novo društvo, odbor direktora, odnosno nadzorni odbor priprema predlog odluke skupštine o izmeni osnivačkog akta, a ako je to društvo akcionarsko društvo i predlog statuta tog društva.

Ugovor o statusnoj promeni zaključuje se ako u statusnoj promeni učestvuju dva ili više društava (član 491), a sadrži naročito: poslovna imena i sedišta društava koja učestvuju u statusnoj promeni; cilj i uslove pod kojima se vrši statusna promena; označenje vrednosti imovine i visine obaveza koje se statusnom promenom prenose na društvo sticaoca i njihov opis, kao i način na koji se taj prenos vrši društvu sticaocu; podatke o zameni udela, odnosno akcija; datum od koga prestaju poslovne aktivnosti društva prenosioca, ako ono prestaje po sprovedenoj statusnoj promeni; datum od koga se transakcije društva prenosioca smatraju, u računovodstvene svrhe, transakcijama obavljenim u ime društva sticaoca; sve posebne pogodnosti u društvu sticaocu koje se odobravaju članovima odbora direktora, odnosno izvršnog i nadzornog odbora, društava koja učestvuju u statusnoj promeni; uslove pod kojima će se nastaviti radni odnos zaposlenih u društvu sticaocu; ostala pitanja od značaja za sprovođenje statusne promene. Sastavni deo ugovora su i *predlog odluke o izmenama i dopunama osnivačkog akta*, odnosno *statuta društva sticaoca*, a ako statusnom promenom nastaje novo društvo predlog osnivačkog akta, kao i predlog statuta tog društva ako je ono akcionarsko društvo; deobni bilans društva prenosioca, u slučaju statusne promene podele ili izdvajanja; spisak članova društva prenosioca, sa navođenjem nominalne vredno-

sti njihovih udela, odnosno akcija u društvu sticaocu, kao i udela, odnosno akcija koje stiču u društvu sticaocu; spisak zaposlenih u društvu prenosiocu čiji se radni odnos nastavlja u društvu sticaocu.

Ako samo jedno društvo učestvuje u statusnoj promeni, odbor direktora, odnosno nadzorni odbor, usvaja *plan podele*.³ Plan podele sadrži pripremu akata i dokumenata u vezi sa statusnom promenom.

Nadležni sud u vanparničnom postupku na zahtev društva koje učestvuje u statusnoj promeni imenuje revizora radi revizije ugovora o statusnoj promeni, odnosno plana podele, koji sačinjava *izveštaj o statusnoj promeni*.⁴

Odbor direktora, odnosno izvršni odbor društva koje sprovodi statusnu promenu sačinjava *detaljan pisani izveštaj* koji sadrži ciljeve koji se žele postići statusnom promenom, objašnjenje pravnih posledica zaključenja ugovora o statusnoj promeni, odnosno usvajanja plana podele; obrazloženje srazmere zamene akcija ili udela; podatke o izmenama ugovora o statusnoj promeni, odnosno plana podele, ako su takve izmene izvršene na osnovu izveštaja revizora o reviziji statusne promene; podatke o značajnijim promenama imovine i obaveza društava koja učestvuju u statusnoj promeni do kojih je došlo nakon datuma sa kojim su izrađeni finansijski izveštaji.

*Obaveza objavljivanja statusne promene
i obezbeđivanja uvida u akte i dokumente*

Nacrt ugovora o statusnoj promeni, odnosno nacrt plana podele društvo objavljuje na svojoj internet stranici, ako je ima, i dostavlja registru privrednih subjekata radi objavljivanja na internet stranici tog registra najkasnije mesec dana pre dana održavanja sednice skupštine na kojoj se donosi *odluka o statusnoj promeni*.⁵ Objavljivanjem nacrta ugovora o statusnoj promeni, odnosno nacrta plana podele smatra se da su i poverioci društva obavješteni o statusnoj promeni.

Društvo koje sprovodi statusnu promenu dužno je da svojim članovima u sedištu društva omogući uvid u akta i dokumente, kao i u godišnje finansijske izveštaje za poslednje tri godine za svako od društava koje učestvuje u statusnoj promeni, sa mišljenjem revizora ako su bili predmet revizije, najmanje tokom perioda od mesec dana koji prethodi danu održavanja sednice skupštine na kojoj se donosi odluka o statusnoj promeni.

³ Član 492 Zakona o privrednim društvima.

⁴ Član 493 Zakona o privrednim društvima.

⁵ Član 495 Zakona o privrednim društvima.

Društvo je dužno da poveriocu koji je poznat društvu, a čija potraživanja iznose najmanje 2.000.000 dinara u protivvrednosti bilo koje valute po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan objave uputi i pisano obaveštenje o sprovođenju statusne promene najkasnije 30 dana pre dana održavanja sednice skupštine na kojoj se donosi odluka o statusnoj promeni.⁶

Odluka o statusnoj promeni i njeno pravno dejstvo

Odluka o statusnoj promeni društva donosi se jednoglasno od strane ortak, komplementara, članova društva s ograničenom odgovornošću, odnosno akcionara, ako osnivačkim aktom nije drugačije određeno. Izuzetno u slučaju javnog akcionarskog društva odluka o statusnoj promeni društva donosi se troćetvrtinskom većinom glasova prisutnih akcionara, ako statutom nije određena veća većina.

Ugovor o statusnoj promeni stupa na snagu kada ga odlukom odobre skupštine svih društava koja učestvuju u statusnoj promeni, odnosno danom zaključenja tog ugovora ako je taj datum kasniji, ako ugovorom nije predviđeno da stupa na snagu nekog kasnijeg datuma.⁷ Plan podele stupa na snagu kada ga odlukom odobri skupština društva koje sprovodi statusnu promenu, osim ako je tim planom predviđeno da stupa na snagu nekog kasnijeg datuma. Osnivački akt društva koje nastaje statusnom promenom, kao i njegov statut ako je ono akcionarsko društvo, stupa na snagu istovremeno sa stupanjem na snagu ugovora o statusnoj promeni.

Registracija statusne promene i pravne posledice registracije

Registracija statusne promene vrši se u skladu sa zakonom o registraciji u odnosu na društvo sticaoca i u odnosu na društvo prenosioca. Registracija statusne promene ne može se vršiti pre isteka roka od 30 dana od dana stupanja na snagu ugovora o statusnoj promeni, odnosno plana podele (član 504 Zakona o privrednim društvima). Povećanje, odnosno smanjenje osnovnog kapitala nastalo kao rezultat statusne promene registruje se u skladu sa zakonom o registraciji. Ako društvo prestaje da postoji kao rezultat statusne promene, ono se briše iz registra privrednih subjekata u skladu sa zakonom o registraciji.

⁶ Član 497 Zakona o privrednim društvima.

⁷ Član 499 Zakona o privrednim društvima.

Pravne posledice statusne promene nastupaju danom registracije statusne promene u skladu sa zakonom o registraciji (član 505 Zakona o privrednim društvima). i to:

Ako se statusnom promenom društvo prenosilac gasi, nastupaju i sledeće pravne posledice društvo prenosilac prestaje da postoji bez sprovođenja postupka likvidacije, uzajamna potraživanja između društva prenosioca i društva sticaoca gase se, obaveze društva prenosioca prelaze na društvo sticaoca u skladu sa ugovorom o statusnoj promeni, odnosno planom podele, i društvo sticalac postaje novi dužnik u pogledu tih obaveza, a ako postoji više društava sticalaca, svako od njih supsidijarno odgovara za obaveze koje su u skladu sa ugovorom o statusnoj promeni, odnosno planom podele prešle na ostala društva sticaoce do iznosa razlike vrednosti imovine društva prenosioca koja mu je preneti i obaveza društva prenosioca koje je preuzeo, osim ako je sa određenim poveriocem drugačije ugovoreno;

Neraspoređena imovina i obaveze društva prestalog podelom prenosioca, koja ugovorom o statusnoj promeni, odnosno planom podele nije preneti nijednom društvu sticaocu, prenosi se svakom od društava sticalaca srazmerno učešću imovine koja je na njih preneti, umanjenoj za preuzete obaveze, u ukupnoj neto imovini društva prestalog podelom (član 506 Zakona o privrednim društvima). Isto pravilo važi i za obaveze društva prenosioca prestalog podelom koje ugovorom o statusnoj promeni, odnosno planom podele nisu raspoređene nijednom društvu sticaocu, za njih solidarno odgovara svako društvo sticalac do iznosa razlike između vrednosti imovine koja je na to društvo preneti i obaveza koje je to društvo preuzelo.

Finansijski izveštaji privrednog društava koja učestvuju u statusnoj promeni.

– Obaveza sastavljanja finansijskih izveštaja u slučaju statusnih promena propisana je odredbom člana 24. stav 3. Zakona o računovodstvu i reviziji.⁸ Pravno lice, odnosno preduzetnik, kod koga nastanu statusne promene (spajanje, podele i odvajanje) ili prodaja, sastavlja finansijske izveštaje na dan utvrđen u odluci o promeni, odnosno na dan utvrđen u ugovoru o prodaji. Ti finansijski izveštaji smatraju se vanrednim **finansijskim izveštajima. Pod danom utvrđenim u odluci o promeni** podrazumeva se dan obračuna spajanja, odnosno dan kada su poslovi društva prenosioca preuzeti za račun društva sticaoca. Na taj dan sprovodi se popis imovine i obaveza i vrši usaglašavanje potraživanja i obaveza, u skladu sa odredbama čl. 19. i 20. Zakona o računovodstvu i reviziji.

⁸ Zakon o računovodstvu i reviziji, *Sužbeni glasnik*, br. 46/06, 111/09.

Prema tome, obavezu sastavljanja finansijskih izveštaja u vezi sa statusnom promenom imaju, *pored pravnih lica prenosilaca*, koja prestaju sa poslovanjem i *pravna lica sticaoci*.

U slučaju ako je u odluci o statusnoj promeni navedeno da će se obračun spajanja izvršiti na dan 31. decembra, pravna lica koja učestvuju u statusnoj promeni neće biti obavezna da dostavljaju vanredne finansijske izveštaje zato što se na taj dan sastavljaju redovni godišnji finansijski izveštaji.

Odredbom člana 24. stav 4. Zakona o računovodstvu i reviziji propisano je da se poslovne promene nastale između dana bilansa i dana upisa u registar privrednih subjekata obuhvataju u poslovnim knjigama prethodnog pravnog lica ili novog pravnog lica, što se *utvrđuje u odluci o promeni*.

U skladu sa odredbom člana 30. stav 4. Zakona o računovodstvu i reviziji, finansijski izveštaji koji se sastavljaju u postupku statusnih promena, dostavljaju se Agenciji za privredne registre u roku od 60 dana od dana kada su finansijski izveštaji sastavljeni.

PORESKE OBAVEZE DRUŠTAVA KOJA UČESTVUJU U STATUSNOJ PROMENI

Obaveze prema Zakonu o porezu na dodatu vrednost. – Odredbom člana 6. stav 1. tačka 1) Zakona o porezu na dodatu vrednost, propisano je da se prometom dobara i usluga, u smislu tog zakona, ne smatra prenos celokupne ili dela imovine, sa ili bez naknade, ili kao ulog, ako je sticalac poreski obveznik ili tim prenosom postane poreski obveznik i ako produži da obavlja istu delatnost.⁹ Prema tome, u postupku spajanja uz pripajanje poreskog obveznika drugom pravnom licu koje je obveznik poreza na dodatu vrednost (u daljem tekstu: PDV), prenos celokupne imovine ne smatra se prometom u smislu Zakona o PDV.

Međutim, u slučaju ako se pravno lice obveznik PDV u tom postupku pripaja pravnom licu koje nije obveznik PDV, obavezno je da obračuna PDV na vrednost dobara koja podležu plaćanju PDV kod pravnog lica koje se pripaja.

Pravno lice obveznik PDV koje prestaje da posluje obavezno je da u skladu sa odredbom člana 40. Zakona o PDV, najkasnije 15 dana pre brisanja iz registra privrednih subjekata, nadležnom poreskom organu podnese zahtev za brisanje iz evidencije obveznika za PDV. Nadležni poreski organ sprovodi postupak i izdaje potvrdu o brisanju iz evidencije za PDV. Organ nadležan za vođenje regi-

⁹ Zakon o porezu na dodatu vrednost, *Službeni glasnik RS*, br.84/04, 86/04, 61/05, 61/07.

stra ne može izvršiti brisanje obveznika iz registra bez potvrde o brisanju iz evidencije PDV.

Za obveznike PDV koji su na taj način prestali da postoje, u roku od deset dana po isteku poreskih perioda podnose se poreske prijave za utvrđeni PDV u tom poreskom periodu.

Poresku obavezu će, po pravilu, u skladu sa članom 21. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, izvršiti privredno društvo nastalo statusnom promenom, kao pravni sledbenik poreskih obveznika brisanih iz evidencije za PDV.

Odredbom člana 32. stav 1. Zakona o PDV propisana je obaveza za obveznika koji je ostvario pravo na odbitak prethodnog poreza za opremu i objekte za vršenje delatnosti, da izvrši ispravku odbitka prethodnog poreza ako prestane da ispunjava uslove za ostvarivanje ovog prava, i to u roku kraćem od pet godina od momenta prve upotrebe za opremu, odnosno deset godina od momenta prve upotrebe za objekte. Ispravka odbitka prethodnog poreza vrši se za period koji je jednak razlici između navedenih rokova i perioda u kojem je obveznik ispunjavao uslove za ostvarivanje prava na odbitak prethodnog poreza. Odredbom iz stava 3 tog člana propisano je da obveznik ne vrši ispravku odbitka prethodnog poreza u slučaju prometa opreme za vršenje delatnosti, kao i u slučaju prenosa imovine ili dela imovine iz člana 6. stav 1. tačka 1) Zakona o PDV. U slučaju prenosa iz člana 6. stav 1. tačka 1) Zakona o PDV ne prekidaju se navedeni rokovi od pet godina za opremu, odnosno deset godina za objekte za vršenje delatnosti.

Prenosilac imovine po osnovu statusne promene dužan je da dostavi sticacocu neophodne podatke za sprovođenje ispravke ako se za to steknu uslovi. Sticacilac imovine u postupku statusne promene vrši ispravku odbitka prethodnog poreza koji je za objekte i opremu za vršenje delatnosti ostvario prenosilac imovine ako prestane da ispunjava uslove za ostvarivanje prava na odbitak prethodnog poreza.

Obaveze prema Zakonu o porezu na dobit pravnih lica. – Odredbom člana 38. Zakona o porezu na dobit pravnih lica propisano je da je poreski period za koji se obračunava porez na dobit poslovna godina, osim u slučaju prestanka ili otpočinjanja delatnosti u toku godine, uključujući i statusne promene.¹⁰ U skladu sa navedenom odredbom, za pravno lice koje učestvuje u statusnoj promeni poreski period se završava statusnom promenom, tako da to pravno lice, u skladu sa odredbom člana 63. istog zakona, poreskoj upravi mora podneti poresku prijavu, u kojoj je obračunat porez, i poreski bilans za period za koji se utvrđuje porez, u roku od 10 dana od isteka roka od 60 dana propisanog za podnošenje finansijskih izveštaja Agenciji za privredne registre.

¹⁰ Zakon o porezu na dobit pravnih lica, *Službeni glasnik RS*, br.25/01, 80/02, 80/02 – dr. zakon, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11.

Uz poresku prijavu i poreski bilans, poreski obveznik je dužan da nadležnom poreskom organu dostavi i one finansijske izveštaje koje je dužan da podnese nadležnom organu u skladu sa propisima kojima se uređuje računovodstvo i revizija (bilans stanja, bilans uspeha, izveštaj o tokovima gotovine, izveštaj o promenama na kapitalu i dr.), kao i dokumentaciju koju nadležni organ zatraži u skladu sa propisima kojima se uređuje poreski postupak i poreska administracija.

Pravno lice koje nastaje u postupku statusne promene obavezno je da podnese poresku prijavu u roku od 15 dana od dana upisa u registar kod nadležnog organa, u skladu sa odredbama člana 64. Zakona o porezu na dobit pravnih lica, radi utvrđivanja akontacije poreza. U toj poreskoj prijavi daje se procena prihoda, rashoda i dobiti za period do kraja godine.

Pravno lice kome je izvršeno pripajanje drugog pravnog lica ne prestaje u postupku statusne promene i nije obavezno da zbog učešća u statusnoj promeni podnosi poresku prijavu i poreski bilans za period od početka poslovne godine do dana statusne promene. Međutim, ovo pravno lice može podneti poresku prijavu, u skladu sa odredbom člana 68. Zakona o porezu na dobit pravnih lica, radi utvrđivanja nove akontacije poreza ako je pripajanjem drugog pravnog lica došlo do značajnih promena u poslovanju koje bitno utiču na visinu mesečne akontacije poreza na dobit pravnih lica. Ako u tekućoj godini dođe do značajnih promena u poslovanju obveznika, promene poreskih instrumenata ili drugih okolnosti koje bitno utiču na visinu mesečne akontacije poreza, poreski obveznik može, po podnošenju poreske prijave iz člana 63. stav 1. ovog zakona, podneti poresku prijavu sa poreskim bilansom, u kojoj će iskazati podatke od značaja za izmenu mesečne akontacije i obračunati njenu visinu, najkasnije u roku od 30 dana po isteku perioda za koji se sastavlja poreski bilans. Poreski obveznik može započeti plaćanje akontacije podnošenjem poreske prijave, i to počev od prvog dana narednog meseca.

Ako je u poreskoj prijavi utvrđen iznos za plaćanje obaveze, najkasnije na dan podnošenja poreske prijave, poreski obveznik, odnosno privredno društvo sticalac, kao pravni sledbenik poreskog obveznika koje je po osnovu statusne promene spajanja uz pripajanje prestao da postoji, dužno je da u skladu sa članom 66. Zakona o porezu na dobit pravnih lica uplati navedenu obavezu. Poreski obveznik je dužan da u poreskoj prijavi obračuna porez na dobit za poreski period za koji se prijava podnosi. Ako je obveznik poreza u vidu akontacije platio manje poreza nego što je bio dužan da plati po obavezi obračunatoj u poreskoj prijavi, dužan je da razliku uplati najkasnije do podnošenja poreske prijave. Uz poresku prijavu poreski obveznik je dužan da podnese dokaz o uplati razlike poreza. Ako je obveznik poreza u vidu akontacije platio više poreza nego što je bio dužan

da plati po obavezi obračunatoj u poreskoj prijavi, više plaćeni porez uračunava se kao akontacija za naredni period ili se obvezniku vraća na njegov zahtev.

Tretman kapitalnih dobitaka

Odredbom člana 31. Zakona o porezu na dobit pravnih lica propisano je da statusna promena rezidentnih obveznika izvršena u skladu sa zakonom kojim se uređuju privredna društva, odlaže nastanak poreske obaveze po osnovu kapitalnih dobitaka. Poreska obaveza po osnovu kapitalnih dobitaka nastaje u trenutku kad pravno lice koje je imovinu steklo statusnom promenom izvrši prodaju te imovine. Kapitalni dobitak obračunava se kao razlika između prodajne cene imovine i njene nabavne cene koju je platilo pravno lice koje je tu imovinu statusnom promenom prenelo na drugo pravno lice.

Pravo na odlaganje plaćanja poreza na dobit pravnih lica za kapitalne dobitke stiče se ako je vlasnik pravnog lica koje je izvršilo prenos imovine prilikom statusne promene dobio naknadu u obliku akcija ili udela u pravnom licu na koje je prenos imovine izvršen, kao i eventualnu gotovinsku naknadu, čiji iznos ne prelazi 10% nominalne vrednosti dobijenih akcija, odnosno udela. Ako gotovinska naknada prelazi 10% nominalne vrednosti dobijenih akcija, odnosno udela, poreska obaveza po osnovu kapitalnog dobitka nastaje u momentu statusne promene, a kapitalni dobitak se obračunava kao razlika između cene po kojoj bi se imovina mogla prodati na tržištu i nabavne cene (nabavna cena po kojoj je poreski obveznik stekao imovinu umanjena po osnovu amortizacije).

Poreski tretman poslovnih gubitaka

Odredbom člana 32. Zakona o porezu na dobit pravnih lica, propisano je da gubici ostvareni iz poslovnih, finansijskih i neposlovnih transakcija, utvrđeni u poreskom bilansu, izuzev onih iz kojih proizlaze kapitalni dobitci i gubici utvrđeni u skladu sa ovim zakonom, mogu se preneti na račun dobiti utvrđene u godišnjem poreskom bilansu iz budućih obračunskih perioda, ali ne duže od pet godina. U skladu sa odredbom člana 33 istog zakona, korišćenje poreske pogodnosti ne prestaje u slučaju statusnih promena ili promena pravne forme privrednih društava. U slučaju podele ili odvajanja, pogodnost iz člana 32. ovog zakona srazmerno se deli i o tome se obaveštava nadležni poreski organ.

Poreski kredit

Obvezniku koji izvrši ulaganja u osnovna sredstva u sopstvenom vlasništvu za obavljanje pretežne delatnosti i delatnosti upisanih u osnivački akt obveznika, odnosno navedenih u drugom aktu obveznika, kojim se određuju delatnosti koje obveznik obavlja, priznaje se pravo na poreski kredit u propisanoj visini od izvršenog ulaganja u skladu sa odredbom člana 48 Zakona o porezu na dobit pravnih lica. Međutim, prema stavu 6 istog člana, u slučaju otuđenja osnovnih sredstava pre isteka roka od tri godine od dana nabavke, *osim usled statusnih promena*, poreski obveznik gubi pravo na poreski kredit i dužan je da danom podnošenja poreske prijave za naredni poreski period, u toj poreskoj prijavi obračuna, kao i da plati porez koji bi platio da nije koristio poreski kredit.

Pravo na poreski kredit i poreske podsticaje ne može se preneti na drugo pravno lice, koje nije steklo pravo na njihovo korišćenje u smislu Zakona o porezu na dobit pravnih lica, ni u slučaju kada drugo pravno lice učestvuje u statusnoj promeni sa obveznikom koji koristi navedene poreske podsticaje.

Pravo na podsticaje kod ulaganja u osnovna sredstva ne ostvaruje se za osnovna sredstva koja se ne smatraju osnovnim sredstvima, i to: vazduhoplovi i plovni objekti koji se ne koriste za obavljanje delatnosti, putnički automobili, osim automobila za taksi prevoz, *rent-a-car*, obuku vozača i specijalnih putničkih automobila sa ugrađenim uređajima za bolesnike; nameštaj, osim nameštaja za opremanje hotela, motela, restorana, omladinskih, dečijih i radničkih odmarališta; tepisi; umetnička dela likovne i primenjene umetnosti i ukrasni predmeti za uređenje prostora, kao ni alat i inventar sa kalkulativnim otpisom..

U slučaju prenosa osnovnih sredstava putem statusne promene u roku kraćem od tri godine od dana nabavke to se ne smatra otuđenjem osnovnih sredstava i ne iziskuje povraćaj poreskog kredita indeksiranog stopom rasta cena na malo. Međutim, pravno lice sticalac koji je na osnovu statusne promene preuzeo i nastavio da koristi osnovna sredstva nema pravo na dalje korišćenje neiskorišćenog poreskog kredita iz ranijih godina po osnovu ulaganja u osnovna sredstva. Naime, prema članu 50(i) stav 2 Zakona o porezu na dobit pravnih lica poreski podsticaji ne mogu se preneti na drugo pravno lice, koje nije steklo pravo na njihovo korišćenje u smislu ovog zakona, ni u slučaju kada drugo pravno lice učestvuje u statusnoj promeni sa obveznikom koji koristi navedene poreske podsticaje.

Podsticaji kod ulaganja

Poreski obveznik dužan je da plati porez na ostvarenu dobit, srazmerno stečenoj imovini, ukoliko je koristio pravo na oslobođenje od plaćanja poreza na do-

bit pravnih lica a prekinuo je sa poslovanjem pre isteka perioda poreskog oslobođenja, jer gubi pravo na poresko oslobođenje. Danom podnošenja poreske prijave za naredni poreski period, u toj poreskoj prijavi dužan je da obračuna i da plati porez koji bi platio da nije koristio ovaj podsticaj, valorizovan od dana podnošenja poreske prijave za poreski period u kome je ostvario pravo na poresko oslobođenje, do dana podnošenja poreske prijave za naredni poreski period, indeksom potrošačkih cena prema podacima republičkog organa nadležnog za poslove statistike, a u skladu sa odredbom člana 50đ Zakona o porezu na dobit pravnih lica.¹¹

Statusne promene i grupe povezanih pravnih lica

Jednom odobreno poresko konsolidovanje primenjuje se najmanje pet godina, odnosno poreskih perioda. Ako se pre isteka roka od najmanje pet godina izmene uslovi, tj. ako se jedno pravno lice, više povezanih pravnih lica, ili sva povezana pravna lica u grupi naknadno opredele za pojedinačno oporezivanje pre isteka roka, sva povezana pravna lica su dužna da srazmerno plate razliku na ime poreske privilegije koju su iskoristili.¹²

Pošto se prenos gubitaka vrši na račun dobiti iz budućih obračunskih perioda, u slučaju ako je društvo koje je prestalo pripajanjem iskazalo gubitak u poreskom bilansu podnetom za period do dana prestanka postojanja, taj gubitak se ne može prebiti sa dobitkom koji iskaže u poreskom bilansu društvo sticalac. Zato, ugovorom o podeli treba urediti i pitanje podele iznosa gubitaka iz ranijih godina koji se prenose na društva kojima se pripajaju delovi podeljenog pravnog lica.

Obaveze prema Zakonu o poreskom postupku i poreskoj administraciji. – U skladu sa članom 21. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, propisano je da poresku obavezu pravnog lica koje prestaje da postoji u statusnoj

¹¹ Oslobođenje od plaćanja poreza propisano je članom 50a: "Poreski obveznik koji uloži u svoja osnovna sredstva, odnosno u čija osnovna sredstva drugo lice uloži više od 800 miliona dinara, koji ta sredstva koristi za obavljanje pretežne delatnosti i delatnosti upisanih u osnivačkom aktu obveznika, odnosno navedenih u drugom aktu obveznika, kojim se određuju delatnosti koje obveznik obavlja i u periodu ulaganja dodatno zaposli na neodređeno vreme najmanje 100 lica, oslobađa se plaćanja poreza na dobit pravnih lica u periodu od deset godina srazmerno tom ulaganju." Propisano oslobođenje od plaćanja poreza iz člana 50b odnosi se na poreskog obveznika koji obavlja delatnost u nedovoljno razvijenom području.

¹² Član 57 Zakona o porezu na dobit. Matično pravno lice i zavisna pravna lica, čine grupu povezanih pravnih lica ako među njima postoji neposredna ili posredna kontrola nad najmanje 75% akcija ili udela i poresko konsolidovanje važi samo pod uslovom da su sva povezana pravna lica rezidenti Republike.

promeni ispunjava pravni sledbenik, bez obzira da li je pre okončanja postupka statusne promene **znao da pravni prethodnik nije ispunio, delimično ili u potpunosti**, svoju poresku obavezu. Sporedna poreska davanja u vezi sa neispunjenom poreskom obavezom **pravnog lica koje prestaje da postoji u statusnoj promeni padaju** na teret pravnog sledbenika. Rok za ispunjenje poreske obaveze pravnog lica koje **prestaje da postoji u statusnoj promeni ne menja se ako je ispunjenje te obaveze** prešlo na pravnog sledbenika.

Pravni sledbenik na kojeg je prešla poreska obaveza jednog ili više pravnih lica koja prestaju da postoje u statusnoj promeni je:

- 1) u slučaju spajanja – **pravno lice koje je nastalo spajanjem dva ili više pravnih lica, poreskih obveznika;**
- 2) u slučaju pripajanja – **pravno lice kome se jedno ili više pravnih lica, poreskih obveznika pripojilo;**
- 3) u slučaju podele – **pravna lica nastala deobom poreskog obveznika.**

Ako postoji više pravnih sledbenika, svi su oni neograničeno solidarno odgovorni za poresku obavezu pravnog prethodnika. Promena organizacionog ili svojinskog oblika pravnog lica ne utiče na ispunjenje poreske obaveze.¹³

Kada se radi o statusnoj promeni, Agencija za privredne registre je obavezna da dostavlja obaveštenje Poreskoj upravi o izvršenom upisu u Registar privrednih subjekata (osnivanje, povezivanje i prestanak privrednog subjekta, statusne promene i promene oblika organizovanja tog subjekta, podaci o privrednom subjektu od značaja za pravni promet, podaci u vezi sa stečajnim postupkom i drugi podaci određeni zakonom), kao i o svakom drugom rešenju kojim se vrše promene osnivača, oblika organizovanja, naziva, delatnosti, visine osnovnog uloga i mesta sedišta, ili kojim se vrši bilo koja druga promena od značaja za utvrđivanje poreza (član 29 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji).

Obaveze prema Zakonu o porezima na imovinu. – Porez na prenos apsolutnih prava u skladu sa odredbom člana 23 Zakona o porezima na imovinu se plaća ako se taj prenos vrši uz naknadu.¹⁴ Ako se u postupku statusnih promena prenos imovine ne vrši uz naknadu, ne postoji obaveza plaćanja poreza na prenos apsolutnih prava na imovinu koja podleže tom oporezivanju. Međutim, pošto je u po-

¹³ 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, 62/2006 – dr. zakon, 63/2006 – ispr. dr. zakona, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – dr. zakon, 53/2010, 101/2011 i 2/2012 – ispr.).

¹⁴ Zakon o porezima na imovinu, *Službeni glasnik RS*, br. 26/01, *Službeni list SRJ*, br. 42/02 Odluka SUS i, *Službeni glasnik RS*, br. 80/02, 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12 –odluka US.

stupku statusnih promena moguće da akcionari, odnosno članovi pravnog lica, pored akcija ili udela u pravnom sledbeniku, za ustupljenu imovinu dobiju i novčanu naknadu, na taj način postoji mogućnost da se na prenos apsolutnih prava plati porez i primeni odredba člana 23 Zakona o porezima na imovinu.

Odredbom člana 24 tačkom 3a) propisano je da se prenosom uz naknadu, u smislu člana 23 Zakona o porezima na imovinu, smatra i: “prenos celokupne imovine pravnog lica u slučaju statusne promene, ako su akcionari ili članovi pravnog lica koje prenosi celokupnu imovinu (pravni prethodnik), uz naknadu u obliku akcija ili udela u pravnom sledbeniku, dobili i novčanu naknadu koja prelazi 10% nominalne vrednosti akcija, odnosno udela ili njihove računovodstvene vrednosti ako su bez nominalne vrednosti”.

Prema tome, u slučaju prenosa celokupne imovine u postupku statusne promene akcionari ili članovi lica koje prenosi tu imovinu u obliku akcija ili udela u pravnom sledbeniku, dobili novčanu naknadu koja prelazi 10% nominalne vrednosti akcija, odnosno udela, jesu obveznici plaćanja poreza na prenos apsolutnih prava.

Professor HASIBA HRUSTIĆ, LL.D.,
The Center for Law and Financial Research,
Belgrade

THE TAX TREATMENT OF COMPANY STATUTORY CHANGES

Summary

Conducting status change for economic subjects is complex action, including changes about assesment of tax obligation. The aim of this article is to give an brief research of tax responsibility at situation of economic subject status change. There are some specific regulation of economic subject status transform and different tax treatment. Particularly, there are special clauses in respect of tax period for the tax on income payment, treatment of capital gain, tax deduction, loss and tax incentive. Generally, tax obligation of legal person which leave off business because of status transformation fulfil legal follower, irrespective whether is before status transformation ending knows yes or no legal precursor did fill up tax obligation.

OPOREZIVANJE PRIHODA FIZIČKIH LICA OD KAPITALNOG DOBITKA

U V O D

Zakon o porezu na dohodak građana ("Sl. glasnik RS", br. 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06, 31/09, 44/09, 3/10, 18/10 i 50/11) – u daljem tekstu: ZPDG, uređuje oporezivanje dohotka koji ostvaruju fizička lica. Oporezivanje dohotka građana/fizičkih lica, kao i poreska oslobođenja i olakšice u vezi sa tim oporezivanjem mogu se uređivati i uvoditi samo ZPDG.

U ZPDG je propisano da porezu na dohodak građana podleže sledećih osam vrsta/grupa prihoda, i to: 1) zarade; 2) prihodi od poljoprivrede i šumarstva; 3) prihodi od samostalne delatnosti; 4) prihodi od autorskih prava, prava srodnih autorskom pravu i prava industrijske svojine; 5) prihodi od kapitala; 6) prihodi od nepokretnosti; 7) kapitalni dobitci, i 8) ostali prihodi.

U ovom referatu, kao što iz njegovog naziva i proističe, želim da ukažem na normativnopravnu/zakonsku uređenost oporezivanja prihoda fizičkih lica od kapitalnog dobitka (pojam, određivanje kapitalnog dobitka, poreska osnovica, poreska stopa, prebijanje kapitalnih dobitaka i gubitaka, poreska oslobođenja i poreski kredit), kao i na komplikovanu administrativnu proceduru postupka utvrđivanja i ostvarivanja prava na poresko oslobođenje i poreski kredit i na minorni fiskalni značaj ove vrste prihoda za budžet RS. Pored navedenog prikazaću i uporedna

poreskoppravna rešenja za ovu vrstu prihoda za grupu od devet zemalja, koju čine sada samostalne države-nekadašnje republike bivše Jugoslavije i tri zemlje iz neposrednog okruženja (Mađarska, Rumunija i Albanija).

Oporezivanje kapitalnih dobitaka fizičkih lica

Utvrđivanje i oporezivanje kapitalnih dobitaka fizičkih lica normativno-pravno je uređeno u sledećim propisima: Zakon o porezu na dohodak građana; Pravilnik o kriterijumima za ostvarivanje prava na oslobođenje od plaćanja poreza na kapitalni dobitak ("Službeni glasnik RS", br. 38/01); Pravilnik o obrascima poreskih prijava za utvrđivanje poreza na prihode građana ("Službeni glasnik RS", br. 7/04, 19/07, 20/10 i 8/11).

Pojam kapitalnog dobitka i poreski obveznik. – Kapitalni dobitak je, prema članu 72. ZPDG, prihod koji obveznik ostvari prodajom, odnosno drugim prenosom uz naknadu: 1) stvarnih prava na nepokretnostima; 2) trajnog prava korišćenja i prava gradnje na gradskom građevinskom zemljištu; 3) autorskih prava, prava srodnih autorskom pravu i prava industrijske svojine; 4) udela u imovini pravnih lica, akcija i ostalih hartija od vrednosti osim dužničkih hartija od vrednosti; 5) investicione jedinice otkupljene od strane otvorenog investicionog fonda, saglasno zakonu koji uređuje investicione fondove; 6) investicione jedinice dobrovoljnog penzijskog fonda; 7) akumuliranih sredstava po osnovu programirane isplate sa računa člana dobrovoljnog penzijskog fonda.

U istom članu ZPDG se prihod ostvaren prodajom, odnosno drugim prenosom uz naknadu, u daljem tekstu ZPDG poistovećuje se sa prodajom.

Izuzetno od stava 1. tačka 4) ovog člana (prodaja uz naknadu udela u imovini pravnih lica, akcija i ostalih hartija od vrednosti), kapitalnim dobitkom po osnovu kuponske dužničke hartije od vrednosti smatra se onaj deo razlike u ceni koji ne predstavlja kamatu.

Naime, prema članu 61. stav 2. ZPDG (kojim se uređuje oporezivanje prihoda od kapitala), kamatom, smatra se i deo prihoda ostvaren kod otuđenja ili otkupa diskontne dužničke hartije od vrednosti koji predstavlja razliku između nabavne i prodajne cene, odnosno između nabavne i otkupne cene diskontne dužničke hartije od vrednosti. Kamatom po kuponskoj dužničkoj hartiji od vrednosti ne smatra se onaj deo razlike u ceni koji predstavlja kapitalni dobitak, a što je definisano članom 61. stav 4. ZPDG.

Ministar finansija, na osnovu ovlašćenja iz člana 61. stav 5. ZPDG, je bio dužan da donese akt kojim bliže uređuje način utvrđivanja kamate i kapitalnog dobitka, iz prethodnog stava, ali što do danas nije učinjeno. Mišljenja sam da za-

konodavac treba precizno da uredi koji deo razlike u ceni predstavlja kapitalni dobitak, a koji deo predstavlja kamatu prilikom prodaje kuponske obveznice, što bi omogućilo i nadležnim poreskim organima da naprave razliku između ove dve vrste prihoda i pravilno utvrde poresku obavezu.

Kapitalnim dobitkom smatra se onaj prihod koji obveznik, kao član otvorenog, zatvorenog, odnosno privatnog investicionog fonda, ostvari kao razliku između kupovne i otkupne cene investicione jedinice, akcija, odnosno udela, saglasno zakonu koji uređuje investicione fondove.

Kapitalnim dobitkom smatra se onaj deo razlike između akumuliranih sredstava povučenih jednokratnom isplatom, programiranom isplatom ili kupovinom anuiteta iz dobrovoljnog penzijskog fonda i visine uplaćenog penzijskog doprinosa.

Kapitalni dobitak predstavlja razliku između prodajne cene prava, udela, odnosno hartija od vrednosti i njihove nabavne cene usklađene prema odredbama ZPDG. Kad je navedena razlika negativna, u pitanju je kapitalni gubitak.

Obveznik koji je pravo, udeo ili hartiju od vrednosti pre prodaje držao u svom portfelju pre 24. januara 1994. godine ne ostvaruje kapitalni dobitak njihovom prodajom. Obveznik poreza na dohodak građana je rezident Republike Srbije za dohodak ostvaren na teritoriji Republike Srbije i u drugoj državi, a nerezident Republike za dohodak ostvaren samo na teritoriji Republike. Prema tome, fizičko lice koje ostvari kapitalni dobitak, a koje ispunjava uslove za utvrđivanje rezidentstva iz člana 7. i 8. ZPDG, obveznik je poreza na kapitalne dobitke.

U slučaju kada je zaključen međunarodni ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja sa zemljom čiji je državljanin, odnosno rezident fizičko lice koje je ostvarilo kapitalni dobitak, svojstvo poreskog rezidenta utvrđuje se u svakom pojedinačnom slučaju, saglasno odredbama konkretnog ugovora.

Prema odredbama člana 7. stav 2. ZPDG, rezident Republike, jeste fizičko lice koje: 1) na teritoriji Republike ima prebivalište ili centar poslovnih i životnih interesa; 2) na teritoriji Republike, neprekidno ili sa prekidima, boravi 183 ili više dana u periodu od 12 meseci koji počinje ili se završava u odnosnoj poreskoj godini.

Rezident Republike je, takođe, i fizičko lice koje je upućeno u drugu državu radi obavljanja poslova za fizičko ili pravno lice – rezidenta Republike ili za međunarodnu organizaciju.

Određivanje kapitalnog dobitka. – Za svrhu određivanja kapitalnog dobitka, u smislu ZPDG, *prodajnom cenom* se smatra ugovorena cena, odnosno tržišna cena koju utvrđuje nadležni poreski organ ako oceni da je ugovorena cena niža od tržišne. Kao ugovorena, odnosno tržišna cena uzima se cena bez poreza na prenos apsolutnih prava.

Kod prenosa prava putem razmene za drugo pravo, prodajnom cenom se smatra tržišna cena prava koje se daje u razmenu. Za svrhu određivanja kapitalnog dobitka, u smislu ZPDG, *nabavnom cenom* se smatra cena po kojoj je obveznik stekao pravo, udeo, ili hartiju od vrednosti, odnosno cena koju je utvrdio poreski organ u skladu sa ZPDG, shodno članu 74. stav 1. ZPDG.

Poresku osnovicu, tj. oporezivi prihod na koji se plaća porez na kapitalni dobitak, čini kapitalni dobitak utvrđen na način iz čl. 72 do 75. ZPDG, što ću detaljnije objasniti u nastavku.

Poreska osnovica kod prodaje stvarnih prava na nepokretnostima. – Da bi se utvrdila osnovica poreza na kapitalne dobitke kod *prodaje nepokretnosti*, neophodno je odrediti *prodajnu i nabavnu cenu nepokretnosti*.

Prodajnom cenom se, saglasno članu 73. ZPDG, smatra ugovorena cena, odnosno tržišna cena koju utvrđuje nadležni poreski organ, ako oceni da je ugovorena cena niža od tržišne. Kao ugovorena, odnosno tržišna cena, uzima se cena bez poreza na prenos apsolutnih prava. Kod prenosa prava putem razmene za drugo pravo, prodajnom cenom se smatra tržišna cena prava koje se daje u razmenu.

Nabavna cena, odnosno cena po kojoj je obveznik stekao nepokretnost, *uvećava se godišnjim indeksom potrošačkih cena* (do 16.07.2011. godine, uvećanje se vršilo indeksom rasta cena na malo) od dana sticanja do dana prodaje nepokretnosti i umanjuje po osnovu amortizacije, obračunate primenom proporcionalne metode po stopi iz nomenklature sredstava za amortizaciju.

Prema odredbama člana 74. stav 4. ZPDG, kod prodaje *nepokretnosti koju je obveznik sam izgradio*, nabavnu cenu čini iznos troškova izgradnje koje je obveznik imao do dana prodaje, a ako obveznik ne dokaže iznos troškova izgradnje, nabavnom cenom se smatra tržišna cena nepokretnosti koja je uzeta ili je mogla biti uzeta kao osnovica poreza na imovinu u godini nastanka obaveze po osnovu poreza na imovinu. Obaveza po osnovu poreza na imovinu u ovom slučaju nastaje danom početka korišćenja nepokretnosti, danom njenog osposobljavanja, odnosno danom izdavanja upotrebne dozvole¹. To znači da bi nabavnom cenom nepokretnosti koju je obveznik sam izgradio smatrala osnovica poreza na imovinu u godini kada je obveznik počeo da koristi predmetnu nepokretnost, odnosno kada je ista osposobljena za korišćenje ili u godini kada je izdata upotrebna dozvola.

Pri utvrđivanju kapitalnog dobitka kod prodaje nepokretnosti koju je fizičko lice samo izgradilo, u praksi često nastaju određeni problemi (usled nemogućnosti evidentiranja svih troškova u vezi izgradnje, procene troškova ukoliko je ob-

¹ Član 10. Zakona o porezima na imovinu ("Službeni glasnik RS", br. 26/01, 45/02, 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11 i 78/11).

veznik sa članovima porodice izvodio samostalno određene građevinske radove i sl.), a koji se ne susreću pri utvrđivanju kapitalnog dobitka kod pravnih lica, odnosno preduzetnika. Navedeni problemi se kod pravnih lica i preduzetnika uglavnom ne javljaju, jer se vrednost takve nepokretnosti evidentira i vodi u poslovnim knjigama.

Zakonom o izmenama i dopunama ZPDG, koji je u primeni od 27.03.2010. godine, u članu 74. ZPDG dodat je novi stav 9. kojim je propisano sledeće.

Izuzetno od stava 8. člana 74. ZPDG, kojim je propisano da se nabavna cena uvećava godišnjim indeksom potrošačkih cena, kod prodaje nepokretnosti koju je obveznik sam izgradio i kod prodaje investicione jedinice revalorizacija nabavne cene se vrši za ulaganje, odnosno izvršeno plaćanje za svaku godinu, prema priloženoj dokumentaciji, počev od 1. januara naredne godine za izvršena ulaganja, odnosno plaćanja u prethodnoj godini, do dana prodaje. Za hartije od vrednosti koje su kotirane na berzi, čija je nabavna cena utvrđena kao najniža zabeležena cena po kojoj se trgovalo u periodu od godinu dana koji prethodi prodaji hartije od vrednosti, revalorizacija nabavne cene vrši se od narednog dana od dana kad je zabeležena najniža cena po kojoj se trgovalo, do dana prodaje.

Prema članu 75. ZPDG, ako je pravo na nepokretnosti obveznik stekao poklonom ili nasleđem posle 24. januara 1994. godine, nabavnom cenom smatra se cena po kojoj je poklonodavac, odnosno ostavilac stekao to pravo, udeo ili hartiju od vrednosti, ako se ne može utvrditi ta cena onda njihova tržišna vrednost u momentu sticanja tog prava, udela ili hartije od vrednosti od strane poklonodavca, odnosno ostavioca.

Ako je obveznik pravo stekao od poklonodavca, odnosno ostavioca koji je to pravo, udeo ili hartiju od vrednosti stekao pre 24. januara 1994. godine, nabavna cena utvrdiće se prema tržišnoj vrednosti tog prava, udela ili hartije od vrednosti na dan 24. januara 1994. godine.

Ako je pravo, udeo ili hartiju od vrednosti obveznik stekao ugovorom o doživotnom izdržavanju, nabavnom cenom iz člana 74. stav 1. ZPDG, smatra se tržišna cena prava, koja je uzeta ili mogla biti uzeta kao osnovica poreza na prenos apsolutnih prava u momentu njihovog sticanja od strane obveznika.

Poreska osnovica kod prodaje udela u imovini pravnih lica, akcija i ostalih hartija od vrednosti. – Utvrđivanje poreske osnovice je različito kod hartija od vrednosti koje se kotiraju na berzi, odnosno hartija od vrednosti koje se ne kotiraju na berzi. Kod hartija od vrednosti koje su kotirane na berzi, nabavna cena je cena koju obveznik dokumentuje kao stvarno plaćenu, a ako to ne učini - najniža zabeležena kotacija u vremenu od godinu dana koje prethodi prodaji hartije od vrednosti.

Kod hartija od vrednosti koje se ne kotiraju na berzi, nabavna cena je cena koju obveznik dokumentuje kao stvarno plaćenu, a ako to ne učini – njena nominalna vrednost. Kada su u pitanju udeli u imovini pravnih lica, kao hartije od vrednosti koje se ne kotiraju na berzi, u praksi se kao najčešći problem, sa kojim i u poreskom organu teško izlaze na kraj, javlja situacija u vezi sa dokumentovanjem stvarno plaćene nabavne vrednosti udela, kao i tretman povećanja vrednosti udela, kroz postupak “dokapitalizacije” društva. Ovi problemi doprinose tome, da postupci utvrđivanja poreza na kapitalni dobitak po osnovu prodaje udela u imovini pravnih lica traju dugo i da se u najvećem broju slučajeva, a na osnovu mojih iskustava kao poreskog konsultanta, ne završavaju u zakonom propisanom roku od 30, odnosno 60 dana, kako je propisano članom 208. Zakona o opštem upravnom postupku.

Određivanje osnovice poreza na kapitalne dobitke koje ostvaruje fizičko lice prodajom hartija od vrednosti vrši se na način, da se nabavna cena uvećava godišnjim indeksom potrošačkih cena od dana sticanja do dana prodaje, prema podacima republičkog organa nadležnog za poslove statistike. Razlika između prodajne cene hartije od vrednosti i nabavne cene uvećane na napred navedeni način, predstavlja osnovicu za utvrđivanje poreza na kapitalni dobitak.

Ako je udeo ili hartiju od vrednosti obveznik stekao poklonom ili nasleđem posle 24. januara 1994. godine, kao i ako je udeo ili hartiju od vrednosti obveznik stekao ugovorom o doživotnom izdržavanju, nabavna cena određuje se kao i kod sticanja prava na nepokretnosti, prema članu 75. st. 1. i 2. ZPDG, a što sam detaljnije objasnio u prethodnoj tački ovog teksta.

Poreska osnovica kod prodaje investicionih jedinica investicionog fonda i dobrovoljnih penzijskih fondova. – Kod određivanja kapitalnog dobitka ostvarenog prodajom investicionih jedinica, shodno članu 73. ZPDG, prodajnom cenom investicione jedinice smatra se otkupna cena investicione jedinice koja se sastoji od neto vrednosti imovine otvorenog društva po investicionoj jedinici na dan podnošenja zahteva člana fonda za otkup investicionih jedinica, uvećane za naknadu za kupovinu, ukoliko je društvo za upravljanje naplaćuje saglasno zakonu koji uređuje investicione fondove, dok se kod povlačenja akumuliranih sredstava iz dobrovoljnog penzijskog fonda, prodajnom cenom smatra iznos isplaćenih akumuliranih sredstava članu penzijskog fonda na ime njegovog udela u neto imovini penzijskog fonda.

Prema članu 74. st. 2. ZPDG, nabavna cena investicione jedinice sastoji se od neto vrednosti imovine otvorenog fonda po investicionoj jedinici na dan uplate, uvećane za naknadu za kupovinu, ukoliko je društvo za upravljanje naplaćuje saglasno zakonu koji uređuje investicione fondove.

Kod povlačenja akumuliranih sredstava iz dobrovoljnog penzijskog fonda, nabavnom cenom se smatra iznos novčanih sredstava po osnovu penzijskih doprinosa uplaćenih u dobrovoljni penzijski fond, odnosno iznos novčanih sredsta-

va uplaćenih u dobrovoljni penzijski fond koji odgovara procentu sredstava povučених programiranom isplatom.² Nabavna cena uvećava se godišnjim indeksom potrošačkih cena od dana sticanja do dana prodaje, prema podacima republičkog organa nadležnog za poslove statistike.

Poreska stopa

Stopa poreza na kapitalni dobitak fizičkih lica, propisana je članom 77. ZPDG i iznosi 10%. Navedena stopa je u primeni od 27.03.2010. godine, a do ovog datuma je iznosila 20%.

Prebijanje kapitalnih dobitaka i kapitalnih gubitaka

Prema odredbama člana 78. ZPDG, kapitalni gubitak ostvaren prodajom jednog prava, udela ili hartije od vrednosti, može se prebiti sa kapitalnim dobitkom ostvarenim prodajom drugog prava, udela ili hartije od vrednosti u istoj godini. Ako se i posle prebijanja iskaže kapitalni gubitak, dopušteno je njegovo prebijanje u narednih pet godina na račun budućih kapitalnih dobitaka.

Imajući u vidu da u Srbiji, još uvek, nije u primeni sintetički porez na dohodak građana, to su kapitalni dobitci pojedinačno oporezovani, na osnovu rešenja nadležnog poreskog organa o utvrđivanju poreza.

U poreskoj prijavi za utvrđivanje poreza na kapitalni dobitak (Obrazac PPDG-3) u polju 3.5. (Kapitalni gubici ranijih godina) moguće je uneti podatke o kapitalnim gubicima iz ranijih godina, čime se stiču uslovi da poreski obveznik iskoristi zakonsko pravo na prebijanje kapitalnih gubitaka sa kapitalnim dobitcima.

U ovom kontekstu želim da naglasim, da prihod po osnovu kapitalnog dobitka nije predmet oporezivanja godišnjim porezom na dohodak građana.

Poreska izuzimanja i oslobođenja i poreski kredit

Kapitalni dobitak se, prema članu 72a ZPDG, ne utvrđuje i ne oporezuje kod prenosa prava, udela ili hartija od vrednosti u sledećim slučajevima: 1. ako se prenos vrši između bračnih drugova i krvnih srodnika u pravoj liniji; 2. ako se prenos vrši između razvedenih bračnih drugova, a u neposrednoj je vezi sa razvodom braka.

² Vid.: čl. 73. i 74. ZPDG, kao i Zakon o investicionim fondovima ("Službeni glasnik RS", br. 46/06) i Zakon o dobrovoljnim penzijskim fondovima i penzijskim planovima ("Službeni glasnik RS", br. 85/05).

Takođe, kapitalni dobitak se ne utvrđuje i ne oporezuje na prihod ostvaren po osnovu prenosa dužničkih hartija od vrednosti, u smislu propisa kojima je uređeno tržište hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata, čiji je izdavalac Republika, autonomna pokrajina, jedinica lokalne samouprave ili Narodna banka Srbije.

Prema odredbama člana 72b ZPDG, prenos računa iz postojećeg u drugi dobrovoljni penzijski fond, koji izvrši fond po nalogu i za račun člana dobrovoljnog penzijskog fonda, u skladu sa zakonom koji uređuje dobrovoljne penzijske fondove i penzijske planove, ne smatra se kapitalnim dobitkom.

U teoriji javnih finansija, napred navedeni slučajevi se nazivaju poreska izuzimanja.

Odredbama čl. 79. i 79a ZPDG propisana su poreska oslobođenja i povraćaj plaćenog poreza u sledećim slučajevima, i to: (1) obveznik, koji sredstva ostvarena prodajom nepokretnosti u roku od 90 dana od dana prodaje uloži u rešavanje svog stambenog pitanja i stambenog pitanja članova svoje porodice, odnosno domaćinstva, oslobađa se poreza na ostvareni kapitalni dobitak; (2) obvezniku koji u roku od 12 meseci od dana prodaje nepokretnosti, sredstva ostvarena prodajom nepokretnosti uloži za namene iz prethodne tačke, izvršiće se povraćaj plaćenog poreza na kapitalni dobitak; (3) povlačenje akumuliranih sredstava po osnovu udela člana u neto imovini dobrovoljnog penzijskog fonda koja se, po nalogu i za račun člana fonda ulaže u kupovinu anuiteta u društvu za osiguranje saglasno zakonu koji uređuje dobrovoljne penzijske fondove i penzijske planove.

Ako obveznik u rešavanje stambenog pitanja uloži samo deo sredstava ostvarenih prodajom nepokretnosti, poreska obaveza mu se srazmerno umanjuje, odnosno ima pravo na poreski kredit po tom osnovu, shodno članu 80. ZPDG.

Kriterijumi za ostvarivanje prava na poresko oslobođenje za obveznika koji sredstva ostvarena prodajom nepokretnosti uloži u rešavanje svog stambenog pitanja i stambenog pitanja članova svoje porodice, odnosno domaćinstva bliže su uređeni Pravilnikom o kriterijumima za ostvarivanje prava na oslobođenje od plaćanja poreza na kapitalni dobitak ("Službeni glasnik RS", br. 24/01)-u daljem tekstu: Pravilnik.

Pod rešavanjem stambenog pitanja, saglasno članu 2. Pravilnika, smatra se: 1) kupovina ili izgradnja stana, odnosno porodične stambene zgrade (dalje: stan) za obveznika ili člana njegove porodice, odnosno domaćinstva koji nema rešeno stambeno pitanje (podstanar, stanuje kod svojih roditelja ili bračnog druga, ima neodgovarajući stan po površini ili po strukturi i dr.); 2) kupovina ili izgradnja stana za obveznika ili člana njegove porodice, odnosno domaćinstva, kojom se poboljšavaju uslovi stanovanja (promena lokacije, bolji kvalitet stana ili stambene zgrade u kojoj se nalazi stan i sl.); 3) kupovina ili izgradnja dve ili više stam-

benih jedinica u funkciji razdvajanja, odnosno cepanja domaćinstva (odvajanje dece od roditelja, razvod braka, rešavanje suvlasničkih odnosa i dr.); 4) kupovina ili izgradnja jedne stambene jedinice, umesto dve ili više jedinica, radi spajanja domaćinstva (roditelji i deca, lica koja su sklopila brak i dr.); 5) razmena stanova; 6) pretvaranje zajedničkih prostorija zgrade u stambenu jedinicu, nadzidivanje, dogradnja, rekonstrukcija, adaptacija i sl.; 7) drugi odgovarajući način rešavanja stambenog pitanja.

Pravo na poresko oslobođenje u smislu člana 79. ZPDG, ostvaruje se ulaganjem sredstava od prodaje nepokretnosti u odgovarajuću stambenu površinu, prema sledećim kriterijumima: za samca – do 45 m²; za svakog narednog člana porodičnog domaćinstva – još po 20 m² (član 3. Pravilnika).

Na osnovu člana 4. Pravilnika, u postupku utvrđivanja prava na poresko oslobođenje od poreza na kapitalni dobitak po osnovu rešavanja stambenog pitanja, obveznik podnosi nadležnom poreskom organu dokaze o rešavanju svojeg stambenog pitanja ili stambenog pitanja člana svoje porodice, odnosno domaćinstva. Dokazima o rešavanju stambenog pitanja obveznika ili člana njegove porodice, odnosno domaćinstva podrazumevaju se zaključeni i od strane suda overeni ugovori o kupovini drugog stana, ugovori o gradnji (sa građevinskom dozvolom i drugom dokumentacijom), fakture, odnosno računi o nabavci materijala, overene pismene izjave obveznika, odnosno člana njegove porodice ili domaćinstva, kao i druga dokazna sredstva, kojima se utvrđuje da su sredstva ostvarena prodajom nepokretnosti uložena u rešavanje stambenog pitanja.

Ako obveznik rešava stambeno pitanje člana svoje porodice ili domaćinstva, pored navedenih dokaza nadležnom poreskom organu podnosi i dokaze iz kojih se nesporno može utvrditi da sredstvima koja je on ostvario prodajom nepokretnosti rešava stambeno pitanje člana porodice, odnosno domaćinstva (ugovor o poklonu, overena pismena izjava i sl.), kao i dokaz da član porodice, odnosno domaćinstva po tom osnovu stiče pravo svojine ili drugo stvarno pravo na nepokretnosti na svoje ime.

Obveznik koji u rešavanje stambenog pitanja uloži sredstva ostvarena prodajom nepokretnosti koja su veća od tržišne vrednosti odgovarajuće stambene površine iz člana 3. Pravilnika, oslobođenje od plaćanja poreza na kapitalni dobitak ostvaruje srazmerno odnosu između sredstava ostvarenih prodajom nepokretnosti i tržišne vrednosti odgovarajuće stambene površine iz člana 3. Pravilnika. Tržišnu vrednost odgovarajuće stambene površine utvrđuje nadležni poreski organ prema mestu gde se nalazi nepokretnost kojom se rešava stambeno pitanje.

Kao što se iz navedenog vidi, da bi poreski obveznik mogao da ostvari pravo na oslobađanje od plaćanja poreza na kapitalni dobitak po osnovu rešavanja svog stambenog pitanja ili stambenog pitanja člana porodice, neophodno je da

prikupi bezbroj dokumenata i dokaza koje treba da prezentira poreskom organu, koji potom u postupku kancelarijske kontrole ceni validnost navedenih dokumenata i odlučuje o ostvarivanju prava na poresko oslobođenje. Ovaj postupak i procedura je, kako sa aspekta poreskog obveznika, tako i sa aspekta poreskog organa vrlo komplikovan i zahtevan, jer se u tom postupku angažuju značajni materijalni i ljudski resursi i obveznika i poreskog organa.

*Podnošenje poreske prijave, utvrđivanje
i plaćanje poreza na kapitalne dobitke*

Obveznik koji u toku godine ostvari ili započne ostvarivanje prihoda na kapitalne dobitke i ostale prihode na koje se porez ne plaća po odbitku, dužan je da podnese poresku prijavu najkasnije u roku od 15 dana od početka ostvarivanja prihoda član 95. ZPDG.

Obveznik poreza na kapitalne dobitke podnosi poresku prijavu na *Obrascu PPDG-3 - Poreska prijava za utvrđivanje poreza na kapitalne dobitke za _____* godinu, koja je propisana Pravilnikom o obrascima poreskih prijava za utvrđivanje poreza na prihode građana ("Službeni glasnik RS", br. 7/04, 19/07, 20/10, 23/10-isppravka i 8/11). Navedena poreska prijava podnosi se organizacionoj jedinici Poreske uprave (ekspozitura/filijala) prema mestu prebivališta poreskog obveznika.

Obrazac PPDG – 3 je tako koncipiran, da sadrži tri grupe podataka: 1) o poreskom obvezniku; 2) o radnji (za paušalno oporezovanog preduzetnika); 3) za utvrđivanje poreza.

Ukoliko obveznik poreza na kapitalni dobitak ne podnese poresku prijavu u propisanom roku, ili je ne podnese nadležnom poreskom organu ili u prijavi ne navede tačne podatke od kojih zavisi visina poreza, kazniće se novčanom kaznom od 5.000 do 50.000 dinara, nakon sprovedenog poreskoprekršajnog postupka.

Porez na na kapitalne dobitke utvrđuje rešenjem nadležni poreski organ na osnovu podataka iz poreske prijave, shodno članu 115. ZPDG. Porez se utvrđuje primenom stope od 10% na utvrđenu poresku osnovicu. Ako obveznik ne podnese poresku prijavu, poreska obaveza se utvrđuje na osnovu podataka o ostvarenom kapitalnom dobitku kojim raspolaže nadležni poreski organ.

Pravo na poresko oslobođenje iz člana 79. stav 1. i člana 80. ZPDG utvrđuje se rešenjem nadležnog poreskog organa na osnovu dokumentacije o rešavanju stambenog pitanja, priložene uz poresku prijavu, a u postupku kancelarijske kontrole koji sprovodi poreski organ.

Povraćaj plaćenog poreza na kapitalne dobitke iz člana 79. stav 2. ovog zakona ostvaruje se isključivo na zahtev obveznika (poreski organ u ovim slučajevima ne postupa po službenoj dužnosti), uz koji je priložena dokumentacija o rešavanju stambenog pitanja.

Porez na kapitalne dobitke plaća se u roku od 15 dana od dana dostavljanja rešenja o utvrđivanju poreza. Ukoliko se porez ne plati u napred navedenom roku, poreski organ pokreće postupak redovne i prinudne naplate u skladu sa odredbama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji.

Porez na kapitalni dobitak kao prihod budžeta Republike Srbije

Porez na kapitalne dobitke je u celosti prihod budžeta Republike Srbije i služi za finansiranje rashoda utvrđenih Zakonom o budžetu RS za određenu kalendarsku godinu. Kako se kretala naplata poreza na kapitalne dobitke i njegovo učešće u poreskim prihodima budžeta RS u periodu od 2006. godine do 31.05.2012. godine, prikazano je u nastavku teksta.

U 2006. godini naplaćeno je 1.670.267.000 dinara poreza na kapitalne dobitke, sa učešćem u poreskim prihodima budžeta RS od 0,37%. U 2007. godini naplaćeno je 2.061.115.000 dinara poreza na kapitalne dobitke, sa učešćem u poreskim prihodima budžeta RS od 0,41%. U 2008. godini naplaćeno je 1.674.956.000 dinara poreza na kapitalne dobitke, sa učešćem u poreskim prihodima budžeta RS od 0,28%. U 2009. godini naplaćeno je 855.886.000 dinara poreza na kapitalne dobitke, sa učešćem u poreskim prihodima budžeta RS od 0,15%. U 2010. godini naplaćeno je 880.057.000 dinara poreza na kapitalne dobitke, sa učešćem u poreskim prihodima budžeta RS od 0,13%. U 2011. godini naplaćeno je 788.159.000 dinara poreza na kapitalne dobitke, sa učešćem u poreskim prihodima budžeta RS od 0,12%, dok je u prvih pet meseci 2012. godine naplaćeno 320.477.000 dinara poreza na kapitalne dobitke, sa učešćem u poreskim prihodima budžeta RS od 0,05%. Izvor podataka o naplati poreza na kapitalni dobitak je MF Uprava za trezor – Obrazac T, a podatak o relativnom učešću ovog poreza u poreskim prihodima budžeta RS je izračunao sam autor na osnovu podataka iz Zakona o budžetu RS za odnosne godine.

Iz prethodnog teksta je uočljivo da su najveći prihodi po osnovu poreza na kapitalni dobitak, posmatrano u apsolutnom iznosu, ostvareni u 2007. godini (nešto malo iznad 2 milijarde dinara), kao i sa najvećim učešćem u poreskim prihodima budžeta RS, od 0,41%.

Ono što je indikativno u trendu ovih prihoda, jeste činjenica da u 2008, 2009, 2010 i 2011. godini ovi prihodi su u apsolutnom iznosu manji od prihoda iz

2007. godine, uz tendenciju da su iz godine u godinu sve manji, a da u posljednje tri godine ti prihodi iznose oko 0,8 milijardi dinara.. Neznatni rast ovog prihoda u 2010. godini u odnosu na 2009. godinu, od svega 2,8%, ne može bitnije da utiče na napred iznetu ocenu i trend.

Relativno učešće ovih prihoda u poreskim приходима budžeta RS najveće je bilo u 2007. godini (0,41%), ali od 2008. do 2011. godine, to učešće ima izražen stalni pad, tako da je u 2011. godini iznosilo svega 0,12%, što je za 3,4 puta manje od učešća u 2007. godini. Ovaj trend smanjenja učešća ovih prihoda u poreskim приходима budžeta RS nastavio se i u 2012. godini, obzirom da je u periodu 01.01.–31.05.2012. godine to učešće iznosilo svega 0,05%.

Imajući u vidu iznete podatke, a pre svega trendove u kretanju ovih prihoda, nesporno je da je njihov značaj za приходnu stranu budžeta RS minoran.

Pored navedenog ukazujem i na činjenicu da angažovani značajni materijalni i ljudski resursi poreskog organa u postupku utvrđivanja i naplate ovog poreza, u vrlo zahtevnoj poreskoj proceduri, nisu u srazmeri sa ostvarenim приходима. Ova nesrazmera narušava princip ekonomičnosti poreske forme, koji podrazumeva da se uz što manje angažovanje materijalnih i ljudskih resursa poreskog organa ostvare što veći poreski prihodi.

Porez na kapitalni dobitak u zemljama okruženja

Za potrebe ovog referata ukazaću u najkaraćim crtama i na uporedna poreskoppravna rešenja za ovu vrstu prihoda za grupu od devet zemalja, koju čine sada samostalne države – nekadašnje republike bivše Jugoslavije i tri zemlje iz neposrednog okruženja (Mađarska, Rumunija i Albanija). Podsećam, da su od posmatranih zemalja, tri zemlje punopravne članice EU (Mađarska, Rumunija i Slovenija), a da će Hrvatska formalno postati član EU u 2013. godini. Makedonija ima od 2005. godine status kandidata za ulazak u EU, ali još nisu započeti pristupni pregovori za ulazak u EU. Albanija je u 2011. godini podnela zahtev za članstvo u EU, ali Evropska komisija nije dala preporuke za dobijanje statusa kandidata.

Naglašavam, da se porez na kapitalni dobitak fizičkih lica, kao vrsta poreza, ne primenjuje u Hrvatskoj, Federaciji BiH i Republici Srpskoj.

Najviša stopa poreza na kapitalni dobitak je u Mađarskoj (u primeni je trojna stopa, od 25%, 10% i 0%), Sloveniji (20%) i Rumuniji (16%). U Makedoniji i Albaniji stopa je 10%, kao i u Srbiji, dok je najniža stopa u Crnoj Gori i iznosi 9%. Izvor podataka za prezentirane stope poreza na kapitalni dobitak je European Tax Handbook 2011, Amsterdam, IBFD, 2011.

ZAKLJUČAK

Na osnovu prezentiranog u prethodnim tačkama ovog referata kao najznačajniji problemi i nesporne činjenice u pogledu njegovog administriranja od strane poreskog organa, mogu se navesti sledeći:

- minoran značaj za prihodnu stranu budžeta RS, nesrazmera u angažovanju materijalnih i ljudskih resursa poreskog organa i ostvarenih prihoda od ovog poreza i narušavanje principa ekonomičnosti poreske forme (detaljnije razrađeno u tački 2. ovog refetata);

- pri utvrđivanju nabavne vrednosti nepokretnosti koju je fizičko lice samo izgradilo, javljaju se problemi usled nemogućnosti evidentiranja svih troškova u vezi izgradnje, kao i procene troškova ukoliko je obveznik sa članovima porodice izvodio samostalno određene građevinske radove (detaljnije razrađeno u tački 1.2.1. ovog refetata);

- teško dokumentovanje stvarno plaćene nabavne vrednosti udela u imovini pravnih lica, kao i tretman povećanja vrednosti udela, kroz postupak “dokapitalizacije” društva, doprinose da postupci utvrđivanja poreza na kapitalni dobitak po osnovu prodaje udela u imovini pravnih lica traju dugo i da se u najvećem broju slučajeva, a na osnovu mojih iskustava kao poreskog konsultanta ne završavaju u zakonom propisanom roku (detaljnije razrađeno u tački 1.2.2. ovog refetata);

- vrlo komplikovana i zahtevna procedura za ostvarivanje prava na oslobođanje od plaćanja poreza na kapitalni dobitak po osnovu rešavanja svog stambenog pitanja ili stambenog pitanja člana porodice (detaljnije razrađeno u tački 1.5. ovog refetata);

- u nekim zemljama u okruženju (Hrvatska, Federacija BiH i Republika Srpska) porez na kapitalni dobitak ne egzistira kao vrsta poreza (detaljnije razrađeno u tački 3. ovog refetata).

Imajući u vidu navedeno, a u kontekstu tekućih poslova na izmenama i dopunama poreskih zakona (ja bih to nazvao “mala poreska reforma”), koje u vreme pisanja ovog referata sprovodilo aktuelno Ministarstvo finansija i privrede, moj predlog je da se iz Zakona o porezu na dohodak građana briše porez na kapitalni dobitak, kao vrsta poreza.

Argument koji je najjača potpora ovog predloga je naveden u prvoj alineji ovog zaključka, a to je minoran značaj za prihodnu stranu budžeta RS, nesrazmera u angažovanju materijalnih i ljudskih resursa poreskog organa i ostvarenih prihoda od ovog poreza i narušavanje principa ekonomičnosti poreske forme. Ne manje značajni su i argumenti navedeni u ostalim alinejama.

Posledica ukidanja poreza na kapitalni dobitak, odnosno gubitak minornih prihoda u budžetu RS, bi se nadomestio preusmeravanjem materijalnih i ljudskih

resursa/kapaciteta poreskog organa koji su bili angažovani na servisiranju ovog poreza, na servisiranje drugih vrsta poreza (npr. porez na prihode od samostalnih delatnosti za obveznike koji vode poslovne knjige), čime bi se ostavili veći poreski prihodi od tih drugih poreza, i kako bi se nadomestio gubitak prihoda od poreza na kapitalni dobitak.

Kada je u pitanju dinamika realizacije ovog predloga, mišljenja sam da on i ne mora da se prihvati u ovoj fazi “male poreske reforme” imajući u vidu značajno izražen deficit u budžetu RS. Međutim, kada se deficit u budžetu RS eliminiše, tada se stiču svi uslovi da se “bezbolno” po prihodnu stranu budžeta RS ovaj predlog prihvati.

MOMO KIJANOVIĆ, LL.M.,
Vice President, Tax Consultants
ALTIS CAPITAL d.o.o. Belgrade

TAXATION OF PERSONAL INCOME TAX ON CAPITAL GAINS

Summary

Tax on income from capital gains is a type of tax which is collected from eight groups/types of income from individuals (taxed under the Law on Personal Income Tax). Administering of the Tax on Capital Gains is very complicated for the taxation authorities, as well as for taxpayers. Gaining the right to be relived of the Capital Gains Tax is very complicated. Income from the Capital Gains Tax is minor in respect to the revenues of the budget of the Republic of Serbia. Mentioned income, from year to year – since 2008 – constantly decreases in absolute figures and the share in the budget of the Republic of Serbia is constantly shrinking. The Capital Gains Tax rate stands at 10% and is within the lowest in the region. Capital gains tax is not being determined in Croatia, Federation of Bosnia and Herzegovina and Serb Republic. The proposal is to eliminate/remove the Tax on Capital Gains (as a taxation type) from the Law on Personal Income Tax, based on presented arguments and facts.

MARINA DIMITRIJEVIĆ

OPŠTI OSVRT NA FENOMEN PORESKE SAGLASNOSTI OBVEZNIKA

O PROMENAMA U SAVREMENOM ODNOSU
PORESKIH ORGANA I PORESKIH OBVEZNIKA

Poreski organi i poreski obveznici nisu ravnopravne strane u poreskoppravnom odnosu već u ovom odnosu imaju različitu “moć”. Činjenica da je država poreski poverilac i da ona određuje “pravila igre” u poreskoj sferi neposredno se odražava i na položaj poreskih organa u poreskoppravnom odnosu. U ovom odnosu položaj poreskih organa je superiorniji u odnosu na položaj poreskih obveznika.¹ Poreskoppravna literatura, najčešće, poreskim organima dodeljuje epitet aktivne strane poreskoppravnog odnosa, s obzirom da predstavljaju državnu (poresku) vlast i da poseduju poreskoppravna ovlašćenja kojima se omogućava ostvarivanje javnog interesa u oblasti oporezivanja i oživotvorenje poreskog potraživanja države. Poreskim obveznicima se, u poreskoppravnom odnosu, dodeljuje epitet pasivne strane ovog odnosa, imajući u vidu činjenicu da oni moraju da se povinuju zahtevima poreskih organa i ispune određene obaveze (materijalne i procesne prirode)

Dr Marina Dimitrijević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja na projektu “Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru” (br. 179046), koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

¹ Zoran Isailović, *Poreski subjekti i savremeno pravo*, Pravni život, br. 10/2011, str. 874.

kako bi se obezbedilo blagovremeno i tačno plaćanje poreza. Radi se, zapravo, o poreskopravnoj dužnosti obveznika u poreskopravnom odnosu.²

U savremenim uslovima, kada se država nalazi u ozbiljnoj finansijskog krizi i kada je potrebno izgraditi korektan odnos sa poreskim obveznicima, poreski obveznik se ne može posmatrati isključivo kao pasivna strana poreskopravnog odnosa. Precizno uređen pravni položaj poreskih obveznika, kako u domenu njihovih obaveza,³ tako i u domenu njihovih prava,⁴ omogućava poreskim obveznicima da se nađu u aktivnijem položaju prema poreskim organima, što poreskom odnosu donosi novi kvalitet.⁵ Saradnja obveznika u procesu oporezivanja je nešto na šta poreski organi u današnje vreme sve više računaju, a ona je neophodna ne samo da bi poreski obveznik adekvatno zaštitio svoja prava i interese, već i da bi pomogao poreskom organu da što brže i potpunije utvrdi objektivnu istinu u poreskom postupku, u kome se poreskopravni odnos uređuje.

U principu, poreski organi se, u današnjim uslovima, sreću sa mnogo pokretača promena u svom radu. Stalne promene u poreskoj politici, koje poreski organi treba uspešno da prate i sprovedu, zahtevi vlada da naplata poreskih prihoda bude uspešna, redukcija resursa koji se mogu upotrebiti za obavljanje nadležnosti poreskih organa, uticaji koje globalizacija i napredak u tehnologiji donose, raznovrsni zahtevi i očekivanja poreskih obveznika, pojačana kontrola rada poreskih organa, neki su od njih. Shodno tome, kao imperativ se postavlja generalni zahtev da postupci rada poreskih organa budu koncipirani tako da na bolji način povezuju dinamičnu stvarnost i zahteve globalne tržišne ekonomije sa ciljevima demokratskih sistema. Od poreskih organa se očekuje da "imaju sluha" za

² Poreskopravna dužnost je ustanovljena u ustavu i korespondira subjektivnom poreskom pravu države. Ona se odnosi na sva lica, koja se nalaze pod poreskom jurisdikcijom države, i na sve poreze u jednoj državi. Poreska dužnost ima materijalnu i formalnu stranu. Materijalna strana poreske dužnosti ogleda se u smanjenju dohotka (ređe imovine) poreskog obveznika za zakonom utvrđeni novčani iznos na ime poreza. Formalna strana poreske dužnosti ogleda se u zakonskoj obavezi poreskih obveznika (dužnika) da saraduju sa poreskim organima u cilju izvršavanja materijalne strane poreske dužnosti.

³ Opšteprihvaćene obaveze poreskih obveznika u savremenim poreskim sistemima su: obaveza poštenog postupanja; obaveza kooperativnog ponašanja; obaveza podnošenja poreske prijave i obaveštavanja o promeni činjenica i okolnosti značajnih za oporezivanje; obaveza vođenja poslovnih knjiga i izrade poreskog bilansa; obaveza blagovremenog plaćanja poreza.

⁴ U savremenim poreskim sistemima, opšteprihvaćena prava poreskih obveznika su: pravo na informisanje, pomoć i isticanje argumenata; pravo na žalbu; pravo na doslednu primenu zakonskih odredbi; pravo na sigurnost (izvesnost); pravo na privatnost; pravo na poverljivost i tajnost; pravo na oporezivanje prema ekonomskoj snazi; pravo na objektivni i nepristrasni tretman.

⁵ Mileva Anđelković, *Poresko pravo – Teorijski aspekti i poreske reforme*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, 1999, str. 90.

odlike i potrebe okruženja u kome primenjuju poreze. Poreski organi su dužni da osavremenjuju modalitete svog postupanja, kako bi mogli da ostvare željene ciljeve u aktuelnim okolnostima.

Novi pogled na odnos poreskih organa i poreskih obveznika u suštini podrazumeva prestanak tretiranja poreskih obveznika kao "manje značajnih" subjekata u poreskoppravnom odnosu. To podrazumeva, u celini posmatrano, veći profesionalizam i sposobnost primene postupaka administriranja porezima koji su pogodni za zaštitu interesa fiskusa u poreskoj oblasti i koji omogućavaju poreskim obveznicima brzo, jednostavno i efikasno ispunjavanje obaveza, ali i ostvarivanje prava i interesa. Uz profesionalnu etiku, koja treba da prožima rad poreskih organa, neophodno je da ovaj rad odlikuju i sledeće karakteristike: legitimitet delovanja,⁶ odgovornost za rezultate rada, otvorenost u radu, sposobnost za donošenje kvalitetnih poreskih odluka, poštovanje i zaštita prava poreskih obveznika. Sve to ima potencijal da jača vladavinu prava,⁷ politiku oporezivanja čini transparentnijom, a poreske obveznike aktivnijim i važnijim subjektima u jednom društvu.⁸

Pažnju zaslužuje i krucijalna promena u postupanju poreskih organa u poreskom postupku nastala masovnijom primenom informacione tehnologije u radu. Zahvaljujući tome je uveden uslužno-orijentisani koncept rada poreskih organa, u čijem fokusu su poreski obveznici, kao korisnici poreskih usluga, i njihove potrebe.⁹ Ovaj koncept, nastao kao rezultat ideje e-uprave (*e-administration*),¹⁰ pruža

⁶ Posmatrano u odnosu na poreske organe to znači da njihovo postupanje ne postaje legitimno (opravdano) samim tim što poreski organi svoju nadležnost vrše na legalan način. Sve se više zastupa stav da koncept legaliteta treba da ustupi mesto konceptu legitimiteta (opravdanosti) postupanja poreskih organa. Videti: Stevan Lilić (u saradnji sa Katarinom Golubović), *Evropsko upravno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2011, str. 118.

⁷ Pravna sigurnost, predvidivost delovanja poreskih organa, dobro poresko zakonodavstvo, načelo zakonitosti u svim aspektima rada poreskih organa, nepristrasan rad i odsustvo diskriminacije poreskih obveznika, od presudne su važnosti za ostvarivanje vladavine prava.

⁸ Goran Loje, *Dobro upravljanje*, Pravo i porezi, br. 3/2009, str. 47.

⁹ O ispravnosti termina poreski obveznik – korisnik poreskih usluga videti: Marina Dimitrijević, *Neki aspekti razvoja odnosa poreske vlasti i poreskih obveznika na početku 21. veka*, Pravni život, br. 10/2005, str. 773–774.

¹⁰ U tipičnom ambijentu elektronske uprave (e-uprave) postoji "šalter" koji može biti postavljen kao "šalter sve na jednom mestu" (*one-stop shop*) ili kao "informativni centar" (*call center*) koji je dostupan preko telefona ili elektronske pošte. Uz to e-uprava se može koristiti direktnom komunikacijom pomoću personalnog računara između građana i uprave. Građanima su na raspolaganju brojni i raznovrsni oblici komunikacije za koje se sami opredeljuju, što znači da e-uprava, ukoliko sve funkcioniše kako treba, stvara pozitivan efekat na kvalitet života građana. Videti: Stevan Lilić (u saradnji sa Katarinom Golubović), *Evropsko upravno pravo*, str. 81–82.

mnoge mogućnosti: pravovremeno raspolaganje potrebnim informacijama, mrežno povezivanje, elektronsku poštu (*e-mail*), podnošenje e-podnesaka poreskim organima, kontinuirani radni proces, *on-line* pitanja i odgovore i sl. Uvođenjem elektronske komunikacije, stvara se prostor za smanjenje broja neposrednih kontakata poreskih obveznika i poreskih službenika.¹¹ Imajući u vidu takvu depersonalizaciju odnosa oporezivanja, a radi uspješne primene poreza, neophodno je stvoriti dobre pretpostavke za povinovanje poreskih obveznika poreskim obavezama (poresku saglasnost) i minimiziranje sporova koji pritom mogu da nastanu.

PORESKA SAGLASNOST I NEKE NJENE DETERMINANTE

Pošteno postupanje poreskih obveznika u pogledu prihvatanja poreskih obaveza je fundamentalno za funkcionisanje poreske strukture. Ako se poreski obveznik ne povinuje poreskim obavezama pojaviće se teškoće u realizaciji poreskog sistema i država neće biti u mogućnosti da kvalitetno finansira budžetske rashode. Izuzetno je važno za poresku vlast da poseduje znanja o ponašanju poreskih obveznika u vezi povinovanja poreskim obavezama kako bi nizom mera adekvatno uticala na poboljšanje poreske saglasnosti. To je važna pretpostavka dizajniranja i implementacije efektivnih strategija uticaja na ponašanje obveznika poreza.

Poreska saglasnost (*tax compliance*) se može pojmovno odrediti kao stepen u kome se poreski obveznici povinuju poreskim zakonima. Stepem nepovinovanja porezima se označava terminom *tax gap*. On predstavlja razliku između stvarno naplaćenih prihoda i onih koji su trebalo da budu naplaćeni da je postojalo sto-percentno povinovanje obveznika porezima.¹² U principu, reakcije poreskih obveznika na same poreske obaveze mogu biti različite. One se kreću od pristajanja na poresku obavezu (poreska saglasnost), preko njenog neprihvatanja u vidu izbegavanja plaćanja poreza (*tax avoidance*) i poreskog ublažavanja (*tax mitigation*), do poreske utaje (*tax evasion*).

Brojne determinante utiču na poresku saglasnost obveznika. U velikoj meri, spremnost poreskog obveznika da se povinuje poreskim obavezama zavisi od doživljavanja oporezivanja kao pravičnog, odnosno od nivoa poreskog optereće-

¹¹ Uslužno-orijentisani koncept rada i e-uprava su nešto što se, u današnje vreme, podrazumeva u razvijenim zemljama, dok su u zemljama u tranziciji oni u procesu uhadavanja, koji odlikuje mnogo nepoznanica i teškoća. To, najčešće, rezultira nezadovoljstvom građana (poreskih obveznika).

¹² Simon James, Christopher Nobes, *The Economics of Taxation – Principles, Policy and Practice*, Prentice Hall Europe, Pearson Education Limited, 2000, str. 137.

nja.¹³ To je okolnost koja najneposrednije ostvaruje dejstvo na ponašanje poreskog obveznika u poreskom postupku i njegovu kooperativnost, tj. spremnost da tačno i u potpunosti iznosi činjenice koje je potrebno uzeti u obzir prilikom utvrđivanja poreske obaveze.

Činjenica da li se oporezivanje obveznika vrši pod jednakim uslovima i srazmerno ekonomskoj snazi obveznika ima utemeljenje u ustavima mnogih država kao ustavni princip koji u sebi objedinjava osnovne socijalno-političke principe oporezivanja (opštost i ravnomernost). Obaveza je zakonodavca da uvaži ovaj ustavni princip pri koncipiranju poreskopравnih normi dok je obaveza poreskih organa da pravilnom primenom tih poreskopравnih normi omoguće njegovu faktičku realizaciju.

Nije dozvoljeno povlašćivanje jednih kategorija obveznika na štetu drugih, u smislu netačnog utvrđivanja poreske obaveze, nevršenja poreske kontrole ili neprimenjivanja poreskih sankcija u istim ili prilično sličnim situacijama. Pored toga, poreski obveznici treba da očekuju da ih poreski organi neće nepotrebno uznemiravati, nerazumno ispitivati, isticati suviše zahteve ili tražiti od njih informacije koje nisu neophodne za potrebe oporezivanja. U celini, poreski obveznici bi trebalo da budu tretirani na kurtoazan i efikasan način, bez diskriminacije. Prvenstvena je odgovornost poreskih organa da odnos sa poreskim obveznicima bude kvalitetan. Stavovi poreskih obveznika o tome da li se poreski zakoni primenjuju na korektan i profesionalan način, da li su blagovremeno informisani o poreskim promenama i da li su podvrgnuti adekvatnom poreskom tretmanu, važan su pokazatelj tog kvaliteta. Uz to, ovi stavovi direktno utiču na poresku saglasnost.

Redukovanje složenosti oporezivanja, takođe, ide u prilog poreske saglasnosti. Nejasni poreski propisi i poreski postupak, koji nije jednostavan i koji poreskim obveznicima ne pruža dovoljno garancija da se mogu zaštititi od eventualnih grešaka poreskih organa, ne nailaze na potrebno poštovanje od strane poreskih obveznika. Poželjno je da se promene poreskih propisa vrše na bazi prethodne analize finansijskih, socijalnih i poresko-tehničkih efekata tih promena. Time bi se, u predlozima poreskih promena, isključila površnost i paušalnost. Česte izme-

¹³ U literaturi se može naići na razlikovanje tri tipa pravičnosti: distributivna, proceduralna i retributivna. Distributivna pravičnost podrazumeva percepciju obveznika da se vlada ponaša kao čuvar dobara i da mudro troši poreske prihode. Proceduralna pravičnost je percepcija obveznika da poreski organi poštuju poreske procedure i da je njihov odnos sa obveznicima korektan. Retributivna pravičnost znači da su poreski organi pravični u primeni sankcija prema obveznicima koji su prekršili poreske norme. Videti: *Understanding and Influencing Taxpayers' Compliance Behaviour*, Information Note, Forum on Tax Administration: Small/Medium Enterprise (SME), Centre for Tax Policy and Administration, November 2010, str. 6.

ne poreskih propisa nisu pogodne ni za rad poreskih organa, ni za same poreske obveznike. Drugim rečima, kompleksno i nestabilno poresko zakonodavstvo negativno se odražava na uslove života, privređivanja i ulaganja kapitala poreskih obveznika. Zato je i poželjno da poreski sistem bude podsticajan za razvoj ekonomije i da je socijalno prihvatljiv, tj. u celini koncipiran tako da doprinosi porastu a ne smanjenju blagostanja u društvu. To je uslov da obveznici oporezivanje stvarno prihvate.

Iskustvo potvrđuje da je dostizanje zavidnog nivoa dobrovoljnog povinovnja obveznika poreskim zakonima uslovljeno i obezbeđenjem niza pristupačnih i razumljivih poreskih usluga od strane poreske vlasti. Primera radi, to su: usluge informisanja poreskih obveznika u vezi poreskih obaveza (usmeno, pisanim ili elektronskim putem);¹⁴ usluge pružanja raznovrsne pomoći u poreskom postupku; usluge elektronskog podnošenja poreskih prijava, poreske dokumentacije i plaćanja poreza; usluge registracije obveznika za potrebe oporezivanja; usluge edukacije poreskih obveznika i sl.¹⁵ Takođe je prisutno “modeliranje” poreskih usluga prema različitim kategorijama poreskih obveznika i njihovim potrebama. Kategorizacija poreskih obveznika može biti izvršena prema vrsti poreza koji plaćaju ili prema njihovom prihodnom potencijalu (tzv. veliki, srednji i mali poreski obveznici). Kvalitet poreskih usluga određuje nivo zadovoljstva poreskih obveznika a opšti zahtevi poreskih obveznika, kao korisnika usluga, tiču se fleksibilnosti, dostupnosti, kvaliteta i sigurnosti i opredeljuju poreske organe u pogledu toga koje će načine (“kanale”) koristiti za pružanje različitih usluga.¹⁶

Na povinovanje obveznika porezima sigurno je da utiče i tzv. “zastrašivanje” poreskih obveznika, koje nastaje kao rezultat poreskih kontrola, rizika od otkrivanja nepovinovnja porezima i vrste i jačine sankcija za nepovinovanje porezima. Naime, poreski obveznici odlučuju da ispune svoje poreske obaveze zbog straha da će biti otkriveni i kažnjeni ukoliko to ne urade.¹⁷

¹⁴ Poreski obveznici se mogu informisati i preko *web* stranica koje sadrže poreske propise, tematskih poreskih publikacija (poreskih vodiča i brošura), korišćenjem sredstava javnog informisanja (npr. posebne televizijske i radijske emisije o poreskoj problematici, dnevne i periodične štampane novine) i sl.

¹⁵ U tom smislu videti: *Improving Taxpayer Service Delivery: Channel Strategy Development*, Prepared by Forum on Tax Administration Taxpayer Services Sub-group, Approved by Committee on Fiscal Affairs, OECD, May 2007, str. 5.

¹⁶ *Ibid*, str. 23.

¹⁷ Ukazujemo da je međusobni odnos zastrašivanja i poreske saglasnosti kompleksan. U tom smislu videti: *Understanding and Influencing Taxpayers' Compliance Behaviour*, str. 14–16.

PORESKI MORAL I PORESKA SAGLASNOST

Determinante koje utiču na konkretnog poreskog obveznika i njegovu odluku da li da ispuni poreske obaveze ili ne, iste su kao i determinante koje utiču na razvoj poreskog morala u jednom društvu. Poreski moral predstavlja društvenu svest i ekonomsku spremnost poreskih obveznika da poštuju poreze i da, u skladu sa poreskim zakonima, redovno i u celini izmiruju poreske obaveze. Poreski moral se može razumeti u okviru vremenskih i prostornih granica i to kao rezultat subjektivnih (poreski mentalitet i svest pripadanja jednoj zajednici, prihvatanje poreske obaveze kao građanske dužnosti) i objektivnih determinanti (nivo poreskog opterećenja, poreski oblici, kvalitet rada poreskih organa, dosledna primena poreskih zakona). Oslonac razvoja poreskog morala u društvu predstavlja kontrola javnih rashoda zajedno sa održavanjem oporezivanja u "razumnim" granicama. Sigurno je da će poreski moral jačati ukoliko prevladava mišljenje da nastali javni rashodi odgovaraju obezbeđenim javnim dobrima. S druge strane, pak, nepravične poreske privilegije, koje se pružaju nekim poreskim obveznicima (poreska diskriminacija), slabe poreski moral.

Razvijeni poreski moral, u savremenom društvenom kontekstu, obično podrazumeva i razvijeni segment prava poreskih obveznika i stalno negovanje kulture poštovanja ovih prava.¹⁸ To znači da su propisana adekvatna prava poreskih obveznika u poreskom sistemu, da su ova prava primenjiva i primenjena, tj. da se kroz njihovo ostvarivanje adekvatno štite interesi obveznika u postupku oporezivanja.¹⁹ Društveni, politički i kulturni ambijent u kome se poreska prava ostvaruju direktno utiču na sama poreska prava. Ukoliko je poštovanje prava poreskih obveznika postalo obavezno i po pisanim i po nepisanim pravilima, može se reći da su ova prava ušla u zrelu fazu svog razvoja. Treba očekivati da je poreski moral tada na zavidnom nivou.

¹⁸ Koliko će prava poreskih obveznika biti poštovana, koliko će biti uvažena i zaštićena, koliko će biti prihvaćena, kao jedan od civilizacijskih načina života, još uvek, u mnogim zemljama sveta, zavisi prvenstveno od toga koliko su ih sami poreski obveznici svesni i koliko će poštovanje tih prava biti njihov permanentni zahtev prema poreskoj vlasti.

¹⁹ Drugim rečima, obezbeđuje se visok stepen kulture prava u izvoru, u legitimitetu, kao i visok stepen kulture u ostvarenju, jednakom postupanju u jednakim stvarima, u legalitetu. Proces približavanja legitimiteta i legaliteta treba biti konstantan proces. Determinante koje utiču na ostvarivanje legaliteta prava su brojne: stepen opšte i profesionalne kulture; stanje opšte svesti i savesti u jednom društvu; javno mnjenje; medijska, naučna i stručna opservacija; politička zrelost i posvećenost; moralna emancipacija; ekonomska inspiracija i radna etika; socijalni kapital i socijalne kohezije; ustaljena pravila ponašanja; poverenje u zajedničke norme; tehnička obrazovanost. Sve nabrojane determinante čine neki svoj standard kojim se izražava kulturni integritet i identitet jednog društva. Od visine tog standarda zavisi nivo ostvarenja prava. Videti: Slobodan Perović, *Pravo i dostojanstvo čoveka*, Pravni život, br. 4/2006, cit. str. 29–30.

U novije vreme, preduzeta su brojna istraživanja koja obuhvataju i oblast poreskog morala. Rezultati istraživanja ukazuju da se moral u pogledu poštovanja poreskih pravila nije razvio preko noći, već predstavlja rezultat dugotrajnog procesa socijalizacije. Takođe, dostignuti nivo poreskog morala nije jednom zauvek dat, već je podložan promenama.²⁰ Interesantno je da neke zemlje organizuju edukativne programe u vezi poreza kroz obrazovni (školski) sistem. Time blagovremeno upoznaju mlade naraštaje sa potrebom plaćanja poreza, što će sigurno pozitivno uticati na razvoj poreskog morala u tim zemljama.²¹

UPRAVLJANJE RIZICIMA U DOMENU PORESKE SAGLASNOSTI

Poslednjih godina smo svedoci značajnih reformi u oblasti javne administracije u mnogim državama. One obuhvataju i poresku administraciju a sa ciljem da se poveća njena efikasnost i efektivnost u radu. Shodno tome, poreske administracije otpočinju sa primenom koncepta upravljanja rizicima u svom radu kako bi što bolje rasporedile postojeće resurse. Cilj je dostizanje optimalnog nivoa poreske saglasnosti u poreskom sistemu.

Šta se podrazumeva pod upravljanjem rizicima u domenu poreske saglasnosti? Prvenstveno je reč o strukturiranom procesu identifikacije, utvrđivanja i određivanja prioritetnih rizika u domenu povinovanja obveznika poreskim obavezama i, kasnije, njihovom tretmanu. Radi se o procesu koji se stalno ponavlja tako da sadrži dobro definisane korake koji pomažu donošenju boljih odluka poreske vlasti.²² Izuzetno je važno usmeriti pažnju na činioce koji uobličavaju ponašanje poreskih obveznika i u tom smislu: promeniti uslove koji omogućavaju pojavu rizika; preneti rizik u naredni period; zadržati pojedine vrste rizika (u slučaju da se ne mogu izbeći ili ako su troškovi odlaganja tih rizika kod pojedinih kategorija poreskih obveznika veći od potencijalnih poreskih prihoda).

Upravljanje rizicima u domenu poreske saglasnosti može biti izvršeno na strateškom i/ili operativnom nivou.²³ Rizici identifikovani na strateškom nivou obično zahtevaju opsežne i pažljive upravljačke intervencije, dok rizici koji se

²⁰ *Understanding and Influencing Taxpayers' Compliance Behaviour*, str. 20.

²¹ *Managing and Improving Compliance: Recent Developments in Compliance Risk Treatments (Information Note)*, Forum on Tax Administration: Compliance Sub-group, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, March 2009, str. 21.

²² *Compliance Risk Management: Managing and Improving Tax Compliance (Guidance Note)*, Prepared by Forum on Tax Administration Compliance Sub-group, Approved by Committee on Fiscal Affairs, Centre for Tax Policy and Administration, October 2004, str. 9.

²³ *Ibid*, str. 16–18.

identifikuju na operativnom nivou bivaju tretirani aktivnostima poreskih organa koje su takoreći standardne.

Na strateškom nivou, upravljanje poreskim rizicima je fokusirano na identifikaciju specifičnih ponašanja koja predstavljaju nepovinoavanje porezima. Ona moraju biti predmet značajnijeg tretmana od strane poreskih organa, budući da mogu izazvati velike negativne konsekvence po poreske prihode. Najčešće, razmatranje strategijskih rizika počinje sa analizom važećeg zakonodavstva, tj. toga u kojoj je meri i koliko kvalitetno ono regulisalo potencijalne poreskoppravne situacije koje se mogu javiti u stvarnosti. Izuzetno važne informacije mogu biti obezbeđene i ispitivanjem stavova građana o porezima koje plaćaju, motivima koji ih opredeljuju da pođu putem poreske regularnosti ili neregularnosti.

Na operativnom nivou, identifikuju se pojedinačni slučajevi (poreski obveznici) koji se ne povinuju poreskim obavezama i vrši preduzimanje zakonom propisanih aktivnosti prema njima. U cilju uspešnog upravljanja poreskim rizicima izuzetno je bitno tzv. segmentiranje populacije poreskih obveznika.²⁴ Poreski obveznici se grupišu u pod-grupe obveznika sa sličnim karakteristikama i ponašanjem,²⁵ što olakšava precizniju identifikaciju i kategorizaciju rizika u vezi sa poreskom saglasnošću. Ovo vodi boljem razumevanju istine o poreskim rizicima i može, u krajnjoj liniji, pomoći u osmišljavanju i implementaciji specifičnih tretmana ovih rizika.

Postupanje poreskih organa nije uvek idealno jer mnogi faktori iz okruženja mogu uticati na kvalitet donošenja odluka u vezi upravljanja rizicima. Tako npr. varijacije u finansijskim sredstvima poreskih organa mogu suštinski uticati na njihovu sposobnost da blagovremeno i tačno identifikuju glavne poreske rizike. S druge strane, povećanje ovlašćenja poreskih službenika, na osnovu zakona, može predstavljati pozitivnu pretpostavku za blagovremeno otkrivanje poreskih rizika.

Uticao internih kapaciteta poreske administracije u upravljaju rizicima u povinovanju porezima, takođe, nije zanemarljiv. Reč je o: organizacionoj kulturi i strukturi, informacionoj tehnologiji i poslovnim sistemima, zaposlenima i njihovim stručnim sposobnostima.²⁶

Da bi upravljanje rizicima u povinovanju porezima bilo efektivno, važno je da metodologija upravljanja rizicima poreske saglasnosti bude centralna u organizacionom izveštavanju različitih nivoa u strukturi poreske administracije, upravljanju i procesima donošenja odluka. Navedeno je moguće ostvariti na bazi

²⁴ *Ibid*, str. 19.

²⁵ Podgrupe mogu biti formirane prema prihodnom potencijalu poreskog obveznika, prema privrednoj grani kojoj obveznici pripadaju, poreskom obliku koji obveznici plaćaju i sl.

²⁶ *Compliance Risk Management: Managing and Improving Tax Compliance (Guidance Note)*, str. 13–15.

kompletnih i ažurnih podataka, kojima poreski organi raspolažu, zahvaljujući informacionoj tehnologiji. Konkretnije posmatrano, radi utvrđivanja rizika u domenu poreske saglasnosti prvenstveno se polazi od procene nivoa u ispunjavanju poreskih obaveza od strane obveznika u propisanom roku. Prvo, poreski obveznici treba da budu registrovani i da podnose poreske prijave. S tim povezano, važno je identifikovati lica koja ignorišu ili izbegavaju obavezu registracije. Potom je potrebno pratiti ispunjavanje obaveza poreskih obveznika u pogledu podnošenja zakonom propisane poreske dokumentacije i blagovremenog plaćanja poreza. Ako se sumarno posmatra, upravljanje rizicima u povinovanju poreskim obavezama podrazumeva utvrđivanje vrste i obima rizika, na bazi ukrštanja podataka iz poreskih prijava i poreske dokumentacije iz različitih poreskih perioda, kao i ustanovljavanje strategije poboljšanja pružanja usluga poreskim obveznicima, uz predlaganje sistemskih promena i metoda prinude.²⁷ Sve navedeno podrazumeva kontinuirani razvoj zaposlenih u poreskim organima, njihovo dobro poznavanje poreske regulative i permanentno stručno usavršavanje, ali i unapređenje veština u razumevanju ponašanja poreskih obveznika, uključujući i razumevanje zakonitosti vođenja poslovanja (biznisa) i pitanja i problema sa kojima se sreću poslovni ljudi – poreski obveznici.

Prilikom odabira strategije uticaja na ponašanje poreskih obveznika prilično je važno pravilno osmisliti način delovanja na determinante koje je nauka, a i praksa, prepoznala kao suštinske za poresku saglasnost. Pored pravičnosti u koncipiranju i primeni poreza, nužno je zakonskim i institucionalnim merama smanjiti mogućnosti za izbegavanje plaćanja poreza, ali i pozitivno uticati na društvene stavove o oporezivanju i potrebi njegovog prihvatanja. Neophodno je lečiti uzroke a ne simptome negativnih pojava. Pritom, to treba ostvariti na način kojim se čuva poverenje javnosti u poresku vlast (pravično postupanje poreske vlasti i postupanje sa integritetom). Strategije uticaja na poresku saglasnost treba da budu dobro balansirane preko kombinacije adekvatnih preventivnih (popularizacija poreza, razvoj poreskog morala, edukacija i informisanje poreskih obveznika, dobri poreski propisi) i represivnih mera (pozivanje na odgovornost i sankcionisanje poreskih obveznika koji ne poštuju poreske propise).

ZAKLJUČAK

Savremeni sistem oporezivanja i poreski postupak treba da budu koncipirani na način da, pored javnog interesa, adekvatno uvažavaju i interese poreskih obveznika. Poreska vlast koja očekuje pozitivan stav poreskih obveznika prema

²⁷ Hasiba Hrustić, Javne finansije, FABUS – Fakultet za uslužni biznis, Novi Sad, 2006, *cit.* str. 255.

poreskim obavezama, tj. njihovo prihvatanje, mora imati adekvatan stav prema svojim poreskim obveznicima. Temeljna novina u tom smislu, u savremenim demokratskim državama, tiče se činjenice da se poreski obveznici sve manje tretiraju kao "obični podanici", a sve više kao subjekti koji državu finansiraju. Kako bi se postigao zadovoljavajući nivo poreske saglasnosti obveznika, poreski teret treba biti primeren, poreski organi moraju zakonito postupati i štititi fiskalni interes, ali i uvažavati potrebe poreskih obveznika, kao i njihova poreska prava. Istovremeno, poreski organi treba da ažurno i pravilno identifikuju rizike u sferi povinovanja obveznika porezima, kao i da, zajedno sa drugim državnim organima i subjektima u društvu (npr. naučne ustanove), osmišljavaju i implementiraju kvalitetne strategije uticaja na ove rizike.

Poreski obveznici se danas, više nego ranije, osećaju ovlašćenima da dobi-ju informacije o načinima i svrsishodnosti trošenja ubranih poreskih prihoda što određuje njihovo poverenje u državne institucije. To je i jedan od važnih preduslova njihove poreske saglasnosti, sada i u budućnosti, i preduslov koji bitno utiče na formiranje poreskog morala građana. Poreski moral na zavidnom nivo nije odraz samo dobre politike države u sferi oporezivanja nego i odraz "zdravlja" jednog društva u celini.

MARINA DIMITRIJEVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš

GENERAL REVIEW OF TAX COMPLIANCE PHENOMENON

Summary

A tax system can be successfully applied only if taxpayers accept it. The acceptance of tax obligations by taxpayers, i.e. tax compliance, is defined as *the degree to which taxpayers comply with the tax laws*. *Tax authorities of a modern state are required to, in accordance with all available resources, maximize the results in the domain of tax compliance. The authorities ought to take measures which would maintain an enviable level of public confidence.* The author in this paper analyzes the tax compliance determinants under contemporary conditions, the spectra of taxpayers' behavior, as well as the issue of identifying and determining top priority risks in the tax compliance area, the risks which need to be dealt with an appropriate strategy undertaken by tax authorities. Special attention is dedicated to the influence of the morality of taxation on taxpayers' tax compliance, bearing in mind the fact that the contemporary tax systems are employed within various political, socio-economic and organizational environments.

PRAVIČNOST I MORAL KAO STANDARDI OPOREZIVANJA

PORESKI SISTEM I MORAL

Poreski sistem je često predmet različitih rasprava, preispitivanja i promena usvojenih mera i instrumenata poreske politike. Pokretači reformi poreskih sistema u svetu su nastali procesi i promene relativnog vrednovanja opštih pravila postupka i poštovanja načela pravičnosti, efikasnosti i dr. Veliki uticaj na promene i postavljenost poreskih sistema su imali procesi koji su prouzrokovali međunarodne ekonomske integracije, rast poreske administracije, povećanje fiskalne decentralizacije i dr. Globalne promene u svetskoj ekonomiji su dovele do preispitivanja i revidiranja učinjenih izmena zakonskih rešenja čime su doprineli nesigurnosti i nejednakom tretmanu poreskih obveznika u odnosu na ekonomije koje svoja pravila poslovanja nisu menjale.

Ukoliko prihvatimo definiciju da je moral skup nepisanih pravila i običaja, oblik društvene svesti, sistem navika i normi kojim se uređuju međuljudski odnosi neophodno je sagledati način njihove primene, odnosno kako ove moralne norme i njihova dvostruka obaveznost, društvena i individualna, utiču na ponašanje ljudi i na koji način ih treba primenjivati. Pravna i običajna obaveznost mo-

Dr Radica Šipovac, docent Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad.

rala se ispoljava kao društveni fenomen, koji ćemo pokušati da osvetlimo sa pravnog, odnosno poreskog aspekta.

Običaji predstavljaju jednu od najstarijih formi regulisanja društvenih odnosa i ponašanja nastali iz različitih potreba. Tako su i države tokom svog razvoja težile da regulišu ponašanja ljudi, odnosno uspostave pravna pravila u vidu pravno-političkih normi čiju su neprimenu ili kršenje sankcionisale. Pravne norme se sadržinski razlikuju od moralnih, odnosno moralna dužnost kao sankciju primenjuje osudu koja može biti individualna (griža savesti) ili društvena (prezir ili isključenje iz kolektiva).

Pravna norma, iskazana u tekstu pojedinačnog pravnog akta, na primer Zakona, ima definisane sve činioce od obveznika plaćanja, visinu obaveze, rok plaćanja kao i sankcije u slučaju neizvršenja iste i zavisi od institucije i njene efikasnosti u kojoj meri će biti primenjena i u kom roku izvršena.

Pod pojmom poreskog morala podrazumevaju se one norme ponašanja u vezi sa oporezivanjem koje su korisne i doprinose ubiranju viših iznosa poreza ili štetne sa društvenog stanovišta koje umanjuju ukupne prihode oporezivanja.

Poreski moral predstavlja oblik društvene svesti koja utiče na poštovanje poreskih zakona i izvršavanje poreskih obaveza, blagovremeno i u celosti, u skladu sa ekonomskim mogućnostima obveznika. Moral poreskih obveznika se formira u zavisnosti od osobina poreskog sistema, kvaliteta zakonodavstva, stručnosti i opremljenosti poreske administracije, racionalnog trošenja ili rasipanja prikupljenih prihoda i tako formiran direktno utiče na plaćanje ili neplaćanje, odnosno poreski moral obveznika.

VIŠE OD PRAVIČNOSTI

Kako bi pravilno primenjivali odredbe ustavnih i zakonskih odredbi potrebno je da tako uredimo državu da bude efikasna sa kontinuitetom u svim oblastima. Ukoliko želimo da povećamo zaposlenost i priliv investicija, koje su Srbiji u ovom periodu neophodne, trebalo bi smanjiti troškove državnog aparata, poboljšati stabilnost poreskog okvira, odnosno odustati od čestih izmena i reformi. Stanje u zemlji je podložno promenama (izbori, promena i formiranje vlade, najave treće poreske reforme u periodu od dvadeset godina, najave povećanja opšte stope poreza na dodatu vrednost, sušu kao elementarnu nepogodu i dr.) i državne institucije kao prioritet stavljaju prikupljanje nedostajućih novčanih sredstava kao faktor opstanka dok procese veće ili manje moralnosti ili pravičnosti ostavljaju za neka bolja vremena. Uspeh nakon sprovedenih poreskih reformi je uglavnom izostao. Prikupljena sredstva su i dalje bila nedovoljna. Možda smo se mogli ugleda-

ti, na razvijene zemalje sa dobro uređenim i kompatibilnim poreskim sistemima čija sigurnost i primena doprinosi opštoj stabilnosti i napretku pa i poreskoj pravičnosti koji doprinose ekonomskom i društvenom napretku građana kao fizičkih lica ili privrede u celini.

Ukupna poreska regulativa u zemlji treba da bude tako postavljena da ne doprinosi koliziji zakona¹, da se poštuju projekcije i razvoj u budućnosti zemlje a da istovremeno količina prikupljenih prihoda bude dovoljna za podmirenje rashoda, odnosno budžetskih potreba. Poreski prihodi u Srbiji ne mogu da podmire količinu izdataka, nisu podsticajni u privlačenju investicija a o pravičnosti i ostalim osobinama bi se moglo diskutovati. Veći broj država, što zbog nedostataka ili ekonomske krize, ne ubiraju dovoljan iznos prihoda.

Pravičnost kao standard raspodele poreskog tereta se vezuje za sposobnost plaćanja obveznika. Pitanjima pravičnosti oporezivanja obveznika bavili su se mnogi teoretičari² razmatrajući ekonomsku snagu poreskog obveznika i obavezu izmirivanja poreza u skladu sa principom sposobnosti plaćanja.

U našoj zemlji jednakost građana pred zakonom je uređena odredbama Ustava Republike Srbije³, odnosno obaveza plaćanja poreza i drugih dažbina je opšta i zasniva se na ekonomskoj moći obveznika. Odstupanja od opštosti poreske obaveze predstavljaju poreska oslobođenja uređena odredbama zakona.

Činjenica da su poreski zakoni usvojeni u parlamentu ne pruža garanciju njihovog kvaliteta, odnosno tekst zakona treba da je operativan i funkcionalan kako bi bio vredan poštovanja od strane poreskih obveznika.

PROPORCIONALNO ILI PROGRESIVNO OPOREZIVANJE DOHOTKA

Pitanje oko koga su se sporili mnogi poreski sistemi odnosi se na način, odnosno sistem oporezivanja dohotka. Oporezuje se dohodak onih koji su radom doprinosili povećanju svoje ekonomske snage. Pitanje je da li i kako oporezovati, za izgublenu dobit, one članove zajednice koji su radno sposobni a iz različitih razloga ne privređuju nego su korisnici socijalnih davanja države. Sistem bi sigurno bio mnogo pravedniji ukoliko bi se doneta rešenja revidirala i ponudila mogućnost zapošljavanja invalida i drugih struktura u skladu sa njihovom radnom sposobnošću. Time bi se oslobodila određena finansijska sredstva koja bi mogla

¹ Radica Šipovac, Međunarodno merodavno pravo i sistem kolizionih normi, Pravna riječ, Banja Luka, 2010, str. 181–189.

² Žan Žak Ruso, Žan Baptist Sej (1767–1833) i Džon Stjuart Mil.

³ Član 91. stav 2. Ustava Republike Srbije

da se usmere u fondove iz kojih se finansiraju zdravstvene potrebe invalida, obrazovanje i specifične obuke osposobljavanja za obavljanje određenih poslova i dr.

Dostizanje određenog nivoa pravde i odlučivanje u skladu sa pravnim propisom u vidu teksta zakona uputiće nas u različitim smerovima. Ako se odlučimo za tekst Zakona o porezu na dohodak građana⁴, do pravde i pravičnosti će mo pokušati da dođemo izučavanjem cedularnog i sintetičkog sistema oporezivanja, ili u nekim slučajevima mešovitim oporezivanjem prihoda građana u skladu sa zakonskim normama.

Sistem cedularnih poreza teži da oporezuje svaki prihod fizičkog lica odvojeno i na tako analitički razvrstane dohotke primenjuje proporcionalne stope (%) bez obzira na promenu osnovice. Cedularnim oporezivanjem dohotka građana obuhvataju se prihodi iz različitih izvora, razvrstavaju u grupe (cedule), utvrđuje osnovica pojedinačno za svaki izvor prihoda, primenjujući posebno uređena oslobođenja i olakšice, stope, način obračuna i dr. Odredbama Zakona o porezu na dohodak građana uređeno je za svaki oporeziv dohodak poseban način utvrđivanja, odbijanjem normiranih troškova i primenom posebne stope.

Globalni ili sintetički sistem oporezivanja dohotka građana obuhvata sve prihode, odnosno ukupan zbir različitih vrsta dohotka koje je obveznik ostvario, na koje se primenjuju progresivne stope čija se progresija povećava sa povećanjem visine osnovice.

Razlika između ova dva sistema oporezivanja dohotka građana je u obuhvatu poreske osnovice. Obračun osnovice kod primene sintetičkog sistema obračuna dohotka građana vrši se umanjivanjem osnovice za iznos plaćenog doprinosa za socijalno osiguranje. Cedularni sistem primenjuje kao osnovicu bruto zaradu koja se uglavnom sastoji od osnovice i doprinosa za socijalno osiguranje, i na ovaj način uvećana osnovica utiče na povećanje troškova rada. Povećani troškovi rada pogađaju poslodavce koji usled visokih troškova poslovanja iz legalne prelaze u sivu zonu poslovanja, odnosno ne vrše prijavu radnika i plaćanje doprinosa, ne iskazuju realne dohotke i dr.

Manjkavost cedularnog sistema oporezivanja dohotka građana je da samo u pojedinim segmentima pruža mogućnost za ostvarivanje principa pravičnosti. Sistem obračuna ne obuhvata u potpunosti i ne vrednuje na odgovarajući način lične prilike ostvarenja dohotka obveznika i ne zahvata realno njegovu ekonomsku snagu u odnosu na cedularni kod koga osnovicu predstavlja ukupno ostvaren dohodak ili zbir dohodaka uz prethodno primenjeno umanjeње za iznos standardnih i nestandardnih odbitaka. Kao odbitne stavke za obračun se priznaju egzi-

⁴ Zakona o porezu na dohodak građana "Službeni glasnik RS", br. 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06-ispavka, 31/09, 44/09, 18/10, 50/11 i 91/11 – US.

stencijalni minimum, odbici za izdržavane članove porodice, troškovi školovanja, zdravstveni troškovi, i dr. Do kog nivoa pravde se može doći u velikoj meri zavisi od cilja istraživanja, smera, tematske orijentacije ili sadržaja samog teksta zakona. Sasvim u drugom pravcu će se kretati istraživanje ukoliko se odlučimo da koristimo odredbe jednog od naših najstabilnijih propisa, Zakona o obligacionim odnosima.⁵

Institucije koje odlučuju o pravu (sud, Poreska uprava i dr.), kako bi došle do željenog nivoa pravde, mogu da koriste širok dijapazon i instrumentarijum, uređen Ustavom, zakonima i ostalom regulativom, koji se koristi prilikom odlučivanja. Ako kao primer razmotrimo prvostepeni poreski postupak i obavezu primene načela poreskog postupka u Poreskoj upravi, koja su uređena odredbama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji⁶ i Zakona o upravnom postupku⁷. Zaposleni u ovoj instituciji, bitnoj za održavanje opšteg nivoa pravde, odlučujući po pitanjima poreskog postupka i njegovog pravilnog i zakonitog vođenja, imaju mogućnost primene metodoloških uputstava, instrukcija i ostalih internih akata, kao pomoćnog instrumentarijuma i načela zakonitosti, istine, vremenskog važenja poreskih propisa i drugih, čija je primena uređena tekstem zakona.

Načelo zakonitosti predstavlja opšte pravilo koje se primenjuje u celom pravnom sistemu naše države, predstavlja osnovne postulate vladavine prava i pravne sigurnosti. Poreska uprava u postupku rešavanja upravnih stvari ima mogućnost korišćenja diskrecionog ovlašćenja, kao dodatnog uslova, uz poštovanje pravila postupka, vođenja postupka, pravilnog i potpunog utvrđivanja činjeničnog stanja i drugih odredbi. Poreski organ prilikom odlučivanja dužan je da navede propis (kojim je dato diskreciono ovlašćenje) kao i razloge za primenu u konkretnom slučaju, odnosno da objasni motive takve odluke koja da bi bila u skladu sa zakonom mora biti doneta u javnom interesu kome je podređen i ceo pravni sistem zemlje. Korišćenjem diskrecionog ovlašćenja štiti se javni a ne lični interes i ukoliko se koristi na drugi način čini se zloupotreba ovlašćenja.

Odredbama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji dato je pravo Poreskoj upravi da pojedinim obveznicima primenom diskrecionog ovlašćenja može da odloži plaćanje poreskog duga ukoliko iznos za obveznika predstavlja veliko opterećenje, odnosno nije u skladu sa trenutnom ekonomskom snagom poreskog obveznika i može da mu nanese bitnu ekonomsku štetu. Ukoliko

⁵ Zakon o obligacionim odnosima, "Službeni list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 – US, 57/89.

⁶ Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji, "Službeni glasnik RS", br. 80/02, 84/02 – ispravka, ...,72/09 – dr. zakon,53/10, 101/11 i 2/12.

⁷ Zakon o upravnom postupku, "Službeni glasnik RS", br. "Službeni list SRJ", br. 31/93, 22/99 – dr. propis, 23/99 – ispravka, 35/99 – dr. propis, 44/99 – dr. propis.

se u postupku rešavanja utvrdi da je odlaganje u suprotnosti sa odredbama uredbe koju je donela Vlada, poreska uprava je u obavezi da donese rešenje kojim se zahtev obveznika odbija, pošto se diskreciono ovlašćenje koristi samo kada obveznik ispunjava uslove. U slučaju donošenja pozitivnog rešenja i odlaganja poreškog duga poreska uprava bi izvršila prekoračenje ovlašćenja pošto ona diskreciono ovlašćenje, kao pomoćno sredstvo u očuvanju opšteg interesa, može da koristi samo kada utvrdi da poreski obveznik ispunjava sve propisane uslove pa i odredbe uređene uredbom Vlade.

Institucija koja rešava pravna pitanja često upućuje na primenu savesnosti i častnosti, primenu običajnog prava, najčešće prilikom rešavanja sporova u međunarodnom pravu i dr, odnosno u primeni norme treba poći od nje same ali se osvrnuti u primeniti i odredbe drugih pravnih i društvenih pravila koji bi doprineli pravilnijem rešavanju konkretnog slučaja i dosezanju višeg nivoa pravde uopšte. Razmatranjem slučaja u celini i primenom redovnih i pomoćnih pravnih sredstava, unošenjem određenih elemenata iz društvenih pravila koji imaju vezu sa normom ili pravilom o kome se odlučuje, može se dostići viši nivo pravičnosti nego pridržavajući se samo striktno odredaba zakona. I pored raspoloživog instrumentarijuma, često se razmatrani slučaj reši sa više ili manje pravičnosti, odnosno u rešavanju specifičnih slučajeva ne može se uvek doseći željeni nivo pravičnosti.

Za pravičnost, slobodno možemo reći da je to poseban način primene prava, odnosno ono što se na opštem planu javlja kao pravda na konkretnom slučaju se transformiše u pravičnost.

ISTORIJSKI RAZVOJ PRAVNIH SISTEMA I PRAVDE

Pravičnost, pravda i pravo imaju svoje odrednice u zaštiti prava i uređenju društvenih odnosa. Pravo će mo posmatrati kao normativno-pravno izgrađen sistem u određenom prostoru i vremenu a pravda i pravičnost treba da pokažu efekte te primene, odnosno stepen implementacije pravnih normi i pravila i stepen pozitivnih pokazatelja.

Pravda, kao pokazatelj i vrednosni sistem sopstvene inkorporacije u pravo i težnja da primenjeni društveni odnosi i pravne norme budu, uz pomoć pravde, kvalitetno vrednovani, može predstavljati osnov za pravično rešavanje pravnih situacija i obaveza iz razmatranog pravnog odnosa.

Pravda i pravne norme unete u pravni poredak na nivou prednormativnih društvenih odnosa mogu da predstavljaju osnov za pravično rešavanje pravnih problema i doprinose kvalitetnijem rešenju, odnosno primeni i realizaciji izrečenih normi i obaveza koje prizlaze iz donetog konkretnog pravnog akta.

Prednormativno vrednovanje društvenih odnosa i pravnih normi pretstavlja donetu ali ne i uvek primenjenu normu, odnosno postojeći opšti i apstraktan nivo pravde, za koju se ne može garantovati da će pravda biti kvalitetna prilikom rešavanja svakog konkretnog pravnog odnosa. U prednormativnom delu pravo je uvek imalo za cilj da uredi opšte (tipske) odnose, pa u skladu sa tim, i pravda inkorporirana na opštem nivou nije imala za cilj da uredi sve odnose, nego kao i pravo, standardizovane-prosečne. Međutim, pravda uspostavljena na opštem nivou i u odnosu na pravo preneti na konkretan slučaj može ispoljiti mnoge specifičnosti i različitosti.

Do željenog nivoa pravde može se doći tumačenjem opštih pravnih normi primenjenih na konkretan slučaj i primenom dispozitivnih sankcija koje su predviđene u određenim slučajevima. Prekršajna služba poreske uprave, suda ili drugog ovlašćenog organa (subjekta) primeniće sankcije predviđene redosledom u donetom pravnom aktu.

Primenjujući i strogo se držeći slova zakona pravo gubi svoj smisao i teoretičari se okreću drugoj strani prava, koja predstavlja unošenje pravičnosti kao vrednosne kategorije u polje prava. Pravičnost kao vrednosna kategorija našla je svoje mesto u anglo-saksonskom pravu kao i u kontinentalnom evropskom pravu. Sistem anglo-saksonskog prava sastoji se od tri podsistema, odnosno iz opšteg prava, prava pravičnosti i zakonodavstva.

Velika Britanija je zadržala pravni sistem čiju okosnicu čini common law i lokalno običajno pravo domaćeg anglosaksonskog stanovništva. Normanski narodi su osvajanjem zemlje doneli i svoje pravo koje su implementirali sa lokalnim običajima u sistemu prava koji je postojao. Sistem opšteg prava (common law) pripada porodici zapadnih pravnih sistema i zajedničko je za sve ljude. Osnove opšteg prava datiraju iz 11. i 12. veka transformacijom germanskog i franačkog prava. Tadašnji vladar Engleske i Normandije (Henrik II) spojio je postojeća dva sistema sa crkvenim pravnim sistemom, i sa granom prava koja upućuje na primenu pravnih lekova (The law of torts) i doprineo stvaranju jednog profesionalnog sistema sa racionalnim procedurama.

Dalji razvoj prava je primenjivao dostignuća navedenih pravnih sistema i doprineo uvođenju novih metoda i pravnih pravila. Pravila opšteg prava i striktna primena zakona (Statute law) doprineli su donošenju strogih i suviše formalnih odluka sudova pa je, da bi se poboljšalo sudstvo, uspostavljen Kancelarov sud koji je uveo i primenjivao pravila i postupke prava pravičnosti. Opšti sudovi su primenjivali zakon i izricali imovinske kazne a Kancelarov sud je delovao samo u onim slučajevima gde su pravni lekovi opšteg prava bili neadekvatni.

Značaj anglo-saksonskog prava nije samo u postojanju common law i statute law sistema nego i sistema pravičnosti (Equity) koji se kroz istorijski razvoj

i sopstvenu sudsku praksu usavršavao rešavajući posebno komplikovane slučajeve (presedane) koji su kasnije korišćeni kao primeri i pravni osnovi za donošenje odluka za slične slučajeve u budućnosti.

Equiti je poseban deo objektivnog anglo-saksonskog prava, sa donetim presudama-presedanima, koje kao dobro odrađeni primeri ponekad i sputavaju sud u primeni pravičnosti i samostalnom radu, odnosno doprinose donošenju presude "pod uticajem" pošto u arhivi postoji predmet "primer" i način na koji je on rešen.

Drugi veliki pravni sistem je kontinentalno evropsko pravo koje pravičnost obuhvata u okvirima konkretne zemlje i ne izdvaja ga kao poseban podsistem.

Pravne norme kao instrumenti primene prava sa visokim stepenom opštosti i apstraktnosti nisu dovoljne za pronalaženje pravde, odnosno uglavnom se poseže za primenom posebnih pravila i posebnog pravnog instrumentarijuma i dolazi do situacije u kojoj samo pravo "traži pravdu" od pravičnosti i u takvim situacijama se pravičnost javlja kao poseban način primene prava, odnosno vrednosni princip.

OPOREZIVANJE I PRAVIČNOST

Kako bi se ispoštovao princip jednakosti građana, odnosno stav da su svi ljudi jednaki pred zakonom pokušaćemo da sa poreskog stanovišta ukažemo na ovaj stav ne samo u opštem značenju nego i kao postojanje specifične garancije jednakog tretmana pred poreskim zakonima. Odredbama Ustava Belgije uređeno je da su "Belgijanci jednaki pred zakonom" odnosno da se "ne mogu ustanovljavati bilo kakve privilegije u pogledu oporezivanja". Francuska republika je Ustavnim odredbama "obezbedila jednakost pred zakonom svih građana, bez obzira na poreklo, rasu ili religiju".⁸

Odredbama Ustava Srbije je uređena jednakost svih građana po bilo kom osnovu a sa poreskog stanovišta da je "obaveza plaćanja poreza i drugih dažbina opšta i zasniva se na ekonomskoj moći obveznika". I ovde se srećemo sa opštim pojmom pravde, ali i pravno uređenim načinom plaćanja utvrđene obaveze poreza koja se zasniva na ekonomskoj moći ili snazi poreskog obveznika. Prilikom donošenja poreskih zakona usaglašavanja ili kompromisi prave se iz socijalnopolitičkih, administrativnih ili nekih drugih razloga.

Rešenje ova dva suprostavljena sistema (ustavnog i parlamentarnog) ne može ni biti jednoobrazno. Ustavni sud sagledava svoj legitimitet u pravnom poretku i donosi odluke iz oblasti ustavnog prava, odnosno stara se o vladavini pra-

⁸ Dejan Popović, Poresko pravo, Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd 2010.

va. Za razliku od Ustavnog suda, parlament koji ima epitet “demokratski legitimisanog” nastoji da održi i sprovede demokratski karakter poreskog zakonodavnog postupka ali se istovremeno trudi da usvoji i odgovarajuće odredbe zakona koje će pomoći rešavanju nastale situacije (siva ekonomija) ili doprineti prilivu veće sume finansijskih sredstava u budžet. Iz istih razloga nam se dešava da Ustavni sud pojedine odredbe poreskih zakona proglasi neustavnim.

Sposobnost plaćanja poreskog obveznika može se posmatrati sa više aspekata. Ukoliko je poreski obveznik nelikvidan, njegova sposobnost plaćanja je trenutno ograničena, sve do okončanja stečajnog⁹ postupka i namirenja poverilaca ukoliko se stečaj sprovodi likvidacijom. Postupak likvidacije podrazumeva da će potraživanja dobavljača određene robe biti namirena u postupku likvidacije preduzeća¹⁰. Međutim, ukoliko se stečaj sprovodi bankrotom, namirenje poverilaca će se izvršiti u onoj meri i onim redosledom dokle dosežu raspoloživa finansijska sredstva na ranije utvrđenoj listi poverilaca.

U slučaju bankrota preduzeća, u većini slučajeva su sprovedene sve pravne radnje, međutim pravda nije zadovoljena. Odredbama Zakona o stečaju uređeno je i pravo stečajnih poverilaca, njihovog jednakog tretmana i ravnopravnosti, ekonomičnosti, prekluzivnosti i drugim načelima postupka. Novina koju je propisao zakonodavac u Srbiji je mogućnost drugačije primene i zaključenja postupka stečaja, uređen kao poseban postupak, odnosno automatski stečaj. Zakon je izazvao dileme u primeni posebno u delu u kome je uređen postupak sa imovinom stečajnog dužnika. Utvrđivanje postojanja pravnog interesa poverilaca se potvrđuje uplatom predujma (troškovi oglasa, obaveštavanja poverilaca i obezbeđenja imovine) u visini koju je odredio stečajni sudija. Nakon uplate predujma stečajni sudija zakazuje ročište i sprovodi odredbe zakona o otvaranju i sprovođenju postupka stečaja. Pravosnažno rešenje suda se dostavlja nadležnoj agenciji¹¹ koja vrši brisanje stečajnog dužnika iz registra. Zakonskim odredbama je uređeno da imovina stečajnog dužnika prelazi u svojину Republike Srbije, odnosno njome dalje upravlja i raspolaže Direkcija za imovinu. I upravo imovina koja je ostala bez titulara je sporna a tako doneto rešenje suprotno odredbama Ustava.¹² Odlukom da Republika Srbija ne odgovara za obaveze stečajnog dužnika povređena su prvo prava razlučnih poverilaca kao i druga prava. Odredbe zakona su proglašene neu-

⁹ Zakon o stečaju, “Službeni glasnik RS”, br. 104/2009.

¹⁰ R. Šipovac i V. Šipovac, Finansijsko pravne obaveze privrednih društava u likvidaciji, Zbornik, savremene tendencije razvoja država u regionu, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad 2012, str. 248–260.

¹¹ Agencija za privredne registre.

¹² Odluka Ustavnog suda br. Uz 850/2010 utvrđeno da odredbe čl. 150–154. Zakona o stečaju nisu u saglasnosti sa Ustavom.

stavnim zato što se takvim propisivanjem zakona čini povreda prava na pravično suđenje, na jednaku zaštitu prava i na primenu pravnog sredstva. Neustavne su i odredbe gde je propušteno da se propiše da se rešenje o stečaju strankama dostavlja lično pa stranke nisu upoznate sa sadržajem odluke čime je povređeno pravo na pravično suđenje, pravo na jednaku zaštitu prava i na pravno sredstvo koje garantuju Ustavne odredbe.

U slučaju da finansijski iznos predujma nije uplaćen stečajni sudija smatra se da ne postoji pravni interes za sprovođenje postupka i donosi rešenje kojim 1. otvara stečajni postupak 2. utvrđuje ispunjenost stečajnog razloga 3. utvrđuje da ne postoji interes poverilaca i stečajnog dužnika za sprovođenje postupka 4. zaključuje stečajni postupak. Rešenje o zaključenju stečajnog postupka se objavljuje na oglasnoj tabli i pretstavlja osnov za brisanje iz registra a i dalje ostaje nerešeno pitanje imovine preduzeća.

Sposobnost plaćanja je na različite načine uređena u ustavnim odredbama pojedinih zemalja, odnosno da obveznik (građanin) plaća porez "u srazmeri sa ostvarenim sredstvima, svojom sposobnošću ili prema ekonomskoj snazi-moći". Kako bi se odredili ovi elementi neophodno je definisati ili odrediti merilo ekonomske snage poreskog obveznika sa obuhvatom celokupnog blagostanja: sadašnjom i budućom potrošnjom, vrednosno iskazane imovine i mogućeg uživanja u svom slobodnom vremenu.

Ukoliko želimo da dostignemo pravičnu raspodelu poreskog tereta da li će nam sposobnost plaćanja poreskog obveznika kao kriterijum podele to omogućiti ili je sposobnost plaćanja takav kriterijum koji bi mogao da obezbedi jednak tretman. Kao parametre sposobnosti plaćanja obuhvatićemo merilo ekonomske snage poreskog obveznika (dohodak, potrošnja, štednja i imovina) i princip oporezivanja u skladu sa ekonomskom snagom obveznika (Ability - to - pay).

OPOREZIVANJE DOHOTKA GRAĐANA

Visina oporezivog dohodaka može se definisati na različite načine, odnosno dohodak obuhvaćen iz više izvora iskazan kao zbir svih oporezivih neto prihoda ostvarenih u definisanoj poreskoj godini, počiva na pretpostavci da je osnovica za obračun, po svim osnovima, šira i sveobuhvatnija.

Osnovica poreza na dohodak građana (fizičkih lica) se definiše na više načina u zavisnosti od kriterijuma, odnosno pokazatelja do kojih se želi doći. Građanini mogu da ostvare različite vrste prihoda u godini predviđenoj za oporezivanje. U našem zakonodavstvu ona se poklapa sa kalendarskom godinom. Građanin može da ostvari više vrsta prihoda pod različitim uslovima, odnosno neto dohodak se dobija oduzimanjem iznosa troškova koji su bili neophodni za njegovo os-

tvarenje. Dohodak za oporezivanje je neto veličina, odnosno iznos ukupnih prihoda ne predstavlja dohodak i ne može se koristiti kao izraz ekonomske i poreske snage.

Ekonomska i socijalna prava građana su formalno iskazana u mnogim pravnim dokumentima ali su u odnosu na neka druga prava normativno nerazvijena kao što je pravo na pravičnost uopšte a posebno na pravično oporezivanje. U razvijenim zemljama sveta je prihvaćen stav da porezi treba da budu pravični, odnosno smatra se da je pravedno ravnomerno raspoređivanje poreske obaveze na obveznike u skladu sa iskazanom ekonomskom snagom uz poštovanje principa pravičnosti i izmirivanju poreza u skladu sa ekonomskom snagom poreskog obveznika.

Porez na gohodak građana je uređen tako da su obveznici plaćanja svi građani u skladu sa pojedinačnom ekonomskom snagom i ličnim uslovima. Princip pravičnog oporezivanja se oslanja na postavljenu koncepciju oporezivanja dohotka u skladu sa ekonomskom snagom, odnosno ekonomskim položajem fizičkog lica koja predstavlja materijalnu pretpostavku i osnovu pravičnog oporezivanja. Posmatrajući ekonomsku snagu građanina (fizičkog lica) dolazi se do zaključka da je svaki pojedinac dužan da plaćanjem poreza doprinese ostvarivanju državnih zadataka i funkcija u skladu sa ekonomskim kapacitetom i visinom dohotka bez obzira da li on potiče iz imovine ili potrošnje.

Težnja zakonodavca je bila da se odredbe Zakona o porezu na dohodak građana postave tako kako bi se što efikasnije ostvarivao princip pravičnosti. Jedan od nedostataka je nedovoljna uređenost i nedostatak parametara prilikom utvrđivanja ekonomskog položaja obveznika kao određenje visine poreza u slučaju da su poreski obveznici u različitom ekonomskom položaju. Od načina tumačenja ekonomske snage poreskog obveznika zavisiće i metodi vrednovanja parametara u vidu dohotka, imovine i potrošnje.

HORIZONTALNA I VERTIKALNA PRAVIČNOST

Osnovni princip u oporezivanju dohotka predstavljaju horizontalna i vertikalna pravičnost. Načelo horizontalne pravičnosti sastoji se u shvatanju da isti poreski obveznici po ekonomskoj snazi treba da snose isto poresko opterećenje. Pritom, nije uređeno kako odrediti "iste" poreske obveznike ili kako meriti poresko opterećenje. Za horizontalnu pravičnost se može reći da se oslanja na potrošnju, odnosno ovim pitanjima se bavio i Tomas Hobs¹³ u svojoj teoriji, gde on ističe da

¹³ Tomas Hobs, Hobsova moralna i politička filozofija, engleski filozof 17 vek.

je adekvatnije oporezovati pojedince na osnovu potrošnje nego na osnovu doprinosa društvu, odnosno dohotka.

Pristalice povećanja dohotka, kao realnijeg argumenta pravičnosti, smatraju da je porast poreske sposobnosti, odnosno ekonomske snage porasta bogatstva u određenom vremenskom periodu koji se može usmeravati na potrošnju ili štednju, realniji pokazatelj poreske sposobnosti.

Poreski obveznici koji se nalaze u različitom ekonomskom položaju trebalo bi da budu i različito oporezovani u skladu sa načelom vertikalne pravičnosti. Vertikalna jednakost podrazumeva da lica sa većom ekonomskom snagom plate i veći iznos poreza.

Horizontalna jednakost se manifestuje posredstvom pravednosti poreskog sistema a vertikalna pravednost sprovodi ciljeve socijalne politike pravednom preraspodelom dohotka.

ZAKLJUČAK

U radu se razmatraju opšta pitanja primene pravde, pravičnosti i morala u procesima vođenja sudskih postupaka i oporezivanja ne samo dohotka građana nego i ostalih poreskih oblika.

Pitanja pravičnosti u oporezivanju dohotka građana trebala bi da budu visoko na lestvici prioriteta oporezivanja, razmatrana kroz horizontalnu i vertikalnu pravičnost. Koncept horizontalne pravičnosti odražava pravičnost poreskog sistema a vertikalna pravičnost odražava pravednu preraspodelu i ostvarenje ciljeva socijalne politike.

RADICA ŠIPOVAC, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
Business Academy, Novi Sad

EQUITY AND MORAL AS STANDARDS OF TAXATION

Summary

The paper tackles the issues of the application of justice, equity and morale in court procedures and taxation, that of people's income and of other taxable forms. The questions of equity in taxation of people's income should feature high in terms of tax priority. Moreover, the questions should be dealt with considering both horizontal and vertical equity; horizontal equity relates to the equity of the tax system whereas vertical equity pertains to fair distribution and achievement of goals of social politics.

VESNA PENDOVSKA,
SEJDEFA DŽAFČE

ZAŠTITA PRAVA PRIVATNOSTI PORESKIH OBVEZNIKA

– Sa posebnim osvrtom u postupku pred finansiskom policijom –

U V O D

Savremeni trendovi sve više potvrđuju tezu austriskog finansiskog teotetičara Šumpetera da savremena država predstavlja “poreska država”.¹ Stoga odnosi između države i njenih građana u vezi namirivanja javnih dadžbina je posebno osjetljivo područje delovanja. U uslovima kada namećivanje javnih dadžbina nije u skladu sa voljom njenih građana u demokratskim društvima otpor će se javiti u obliku poreske utaje.² Bilo koja forma negodovanja od strane poreskih obavezni-

Dr Vesna Pendovska, profesor Pravnog fakulteta “Justinijan Prvi”, Skoplje.

Dr Sejdefa Džafče, docent Pravnog fakulteta FON Univerziteta, Skoplje.

¹ Vidi više: Klaus Tipke, Die Steuerrechtsordnung, Band 1, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1993, str. 160.

² Države u svetu imaju različitu kaznene politike u odnosu na poresku evaziju. Primer u Kanadi, po broju žitelja, broj osuđenih zbog poreske utaje je desetostruko veći od broja u odnosu na SAD: samo troje od tri hiljade odlaze u zatvor i to na kratko vreme. Dok u SAD osude za poresku utaju su retki, ali su kazne za pojedince ogromne. Primer iz 1988. godine, u Kanzes Sitiju kada je sudija Dean Whipple kaznio Trulu Walkera na 30 godina zatvora, na njen suprug na 25 godina zatvora zbog utaje milion dolara poreza. Praksa u kazenoj politici Nemačke na ovom planu govori za nešto sasvim suprotno. Naime ministar ekonomije Nemačke Otto von Lamsdorff bio je osuđen za utaju poreza na milion i polovinu maraka, a bio je kažnjen sa 180.000 maraka i ponovo je bio izabran u Saveznom parlamentu.

ka u jednoj državi predstavlja signal da vlada treba nešto na promeni u svojoj poreskoj politici. Američki poreski istoričar Charles W. Adams je na stavu da države treba da donose dobre poreske zakone i da postave pošteni poresku administraciju kako bi savezni poreski kreatori i sudije u obavljanju svog posla za narod bili zaštićeni od prisile ili neopravdanog uticaja poreskih upravi.³ Poreska uprava⁴ ne može otpustiti sudije ali može omogućiti curenje informacija o poreskim obaveznicima i plašiti ih svojim nezadovoljstvom sudskim odlukama, kao što su to učinili engleski kraljevi James I. Charles I.⁵ Poznati su slučajevi iz 1960-ih godina kada su dvoje sudije Vrhovnog suda osetili čizmu Poreske uprave SAD (IRS): jedan je bio prisiljen na ostavku, a drugi je bio gurnut na optužbe i razrešenja. Jesu li sudije primile poruku, posebno predsednik suda, koji se često izjašnjavao protiv IRS? Ako bi sudije bili maknuti sa popisa poreskih obaveznika, dali bi slučajevi koji je IRS dobila na sudu završili drugačije.⁶

Stav građana u odnosu na plaćanje poreza može da bude različit. Praksa na ovom planu pokazuje da pozitivan stav po ovom pitanju zahteva temeljnu reformu postupka utvrđivanja i naplate poreza kao i reformu poreske administracije koja ima ulogu posrednika u procesu utvrđivanja i naplate poreza između države i poreskih obaveznika.

Savremene države ulažu veliki napor kako bi izgradili savremenu poresku administraciju a samim tim poboljšali naplatu poreza. Na ovom planu formiraju se i posebne organizacione jedinice preko koje bi otpor poreskih obaveznika pri podnošenju poreskog tereta namalio. Na ovom planu Republika Makedonija je posvetila izuzetno pažnje. Doneti su Zakon o poreskom postupku, Zakon o Upravi javnih prihoda, Zakon o finansiskoj policiji. Konkretno u borbu protiv poreske evazije Zakonom o finansiskoj policiji formirana je Uprava finansiske policije u sastavu Ministarstva finansija.

U referatu prvi deo je posvećen na pravo zaštite privatne sfere poreskih obaveznika na međunarodnom planu kao i u pravni sistem Republike Makedonije. U tom kontekstu u drugom delu su analizirani ičinci ovlašćenja Uprave finansiske policije Republike Makedonije na pravo zaštite privatne sfere poreskih obaveznika. Da u završnom delu bude analizirana srazmenost mera koja su preuzeta sa ci-

³ Adams Charles, *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*, Institut za javne finansije, Zagreb, 2006, str. 471.

⁴ Terminom "poreska uprava" Charles W. Adams uključuje i Otssek krivičnih istragi koj je u sastavu Upravi javnih prihoda (IRS) SAD.

⁵ *Ibid.*, str. 473.

⁶ *Ibid.*, str. 473..

ljem koji treba da se realizira u postupku pred Uprave finansijske policije Republike Makedonije.

*Pravo zaštite privatne sfere
na međunarodnom planu*

Zaštita privatne sfere individue predstavlja fundamentalno ljudsko pravo koje uživa pravnu zaštitu. Počevši od 1948 godine ovo pravo je bilo proklamirano Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima, zatim u Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima kao i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima. Pravo privatnosti definisano je i aktima Saveta Evrope, primer Rezolucijom Skupštine Saveta Evrope (koja se odnosi na mas- medije i ljudska prava i pravni život pojedinaca) koji kaže:

„Pravo privatnosti se suštinski sastoji iz prava pojedinaca da živi sa minimumom uticaja sa strane. Ovo pravo se tiče privatnog, porodičnog života u domu, fizičkog i moralnog integriteta, časti i ugleda, nedopuštenosti klevetanja, nedopuštenosti iznošenja nerelevantnih i iznenađujućih činjenica, neovlašćenog objavljivanja privatnih fotografija, zaštite od objavljivanja informacija koje su kao tajne saopštene pojedincima.“⁷

Evropska konvencija o ljudskim pravima, pravo poštovanja privatnog i porodičnog života definiše u članu 8 na sledeći način:

Stav 1: Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.

Stav 2: Javne vlasti neće se mešati u vrženju 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 zaštite prava i slobode drugih.

Pravo privatnosti proklamirano Evropskom konvencijom o ljudskim pravima predstavlja osnovu za razvoj i slobodu individue kao i za slobodan razvoj ličnosti. Konvencija, iako ne predviđa naročnu zabranu, nalaže obavezu državi od zadiranja u privatnu sferu pojedinaca, garantujući izrično određena prava i slobode. U skladu odredba Konvencije član 8 uključuje sledeća prava: pravo na privatnost; pravo na porodični život; pravo na poštovanje stana i pravo na poštovanje prepiske.

Nivo garantovanja prava privatnosti je u direktnoj korelaciji sa javnim interesima države. Stoga na ovom planu države treba da usklade sukob interesa

⁷ Council of Europe, Twenty-First Ordinary Session, collected texts, Strasbourg, 1979, str. 908.

koji nastaje između poštovanja prava privatnosti i prava države da zaštiti svoje interese.

Na evropskom prostoru Savet Evrope, OEBS, Evropski sud za ljudska prava su doprineli ujednačavanju pravnih rešenja na ovom planu. Primer Savet Evrope je 1999 godine u svojoj preporuci proklamirao stav da službe bezbednosti moraju poštovati Evropsku konvenciju za ljudska prava.⁸

Evropska konvencija o ljudskim pravama predviđa ograničenja prava na privatnost na račun javnog interesa države samo je to u skladu sa zakonom i ako je to neophodno u demokratskom društvu, u skladu člana 18 Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Člen 8 Konvencije u cilju efikasne zaštite privatne sfere poedinaca implicira i obavezu države članice Konvencije da svojim pozitivnim delovanjem i merama u svom zakonodavstvu, judikaturi i izvršnoj vlasti obezbedi uslove za poštovanje prava iz člana 8 Konvencije.⁹

Zaštita prava poreskih obaveznika u pravnom sistemu Republike Makedonije

Svakom čoveku je potrebna sigurnost koja nudi država, no ne po cenu vlastitog dostoinstva. Slobodni čovek u slobodnom društvu oblikuje vlast, i po svojoj volji kreira svoj život nezavisno od nje. Džejms Medison (James Madison) ja upozorio na opasnost opterećivanjem prevelikim porezima istaknući: "Uzaludno je reći da će prosvećeni vladar moći uskladiti takve suprotstavljene interese ta da će poreze upotrebljavati za javno dobro. Na kormilu neće uvek biti prosvećeni vladar" (The Federalist, br. 10). Ustavna kontrola oporezivanja, kao najvisoko nivo zaštite prava poreznih obaveznika, dugo u istoriji je ostala nezaštićena sve do Pariskog edikta, 614 godina, i Magne karte libertatum.

U SAD se ustavna kontrola oporezivanja na saveznom nivou razvila u XIX veku preko prakse jednakost poreza.¹⁰ Ovo stanje na planu ustavne kontrole u XX vek u SAD dobija drugu formu: porezi treba biti jednakvi ukoliko Kongres odluči za to. Pedesetih godina XX veka pravni su stručnjaci bili prisiljeni da priznaju da savezno poresko zakonodavstvo SAD više ne poštuje ustavne principe.¹¹

⁸ Recommendation 1402(1999).

⁹ ECHR, Johnston and others, presuda iz 18.12.1986, Series A, no. 112, br. 57; ECHR, Hatton, presuda iz 2.10. 2001, br. 95.

¹⁰ Randolph. P., Taxation in the United States, Bostan, 1954, str. 654.

¹¹ Ibid., 654.

Empti šel (Empty shell) ili u praznu školjku prerasta princip jednakvosti poreza uspostavljen na ustavnoj osnovi.¹²

U zakonodavnoj praksi dugo vreme unazad pozicija poreskih obaveznika u poreskom postupku svodila se samo na obaveze. Demokratski poredak sa sobom nosi ideju o smanjivanju represije nad poreskim obaveznicima i njihova potčinatost pred poreskim upravama.

Nullum tributum sine lege predstavlja mehanizam kojim se ograničava moć vlasti u funkciji zaštite prava poreskih obaveznika od zloupotrebe u postupku uvođenja i naplate poreza. U 1215 godine *Magna carta libertatum* je ograničila pravo engleskog kralja samostojno da rukovodi i odlučuje u vezi uvođenja poreza. U smislu zaštite prava poreskih obaveznika je i doktrina *No taxation without representation*, proklamirana u Bill of Rights iz 1689 godina.

U Republici Makedoniji prava poreskih obaveznika su priznati Ustavom i Zakonom o poreskom postupku.¹³

Makedonski Ustav garantira lepezu prava poreznih obaveznika, čime određuje i okvir u kojim se ograničava subjektivno poresko pravo države u kontekstu potkrepe zaštite individualnih prava poreskih obaveznika. Reč je o sledećim prava poreskih obaveznika u kontekstu poreskih ograničenja: Zaštita ljudskog dostoinstva; Zaštita privatne sfere; Zaštita prava na mirno uživanje imovine i nasleđivanja; Pravo na fer odnos poreske administracije sa poreskim obaveznicima.

Zakon o poreskom postupku takođe predviđa lepezu prava poreskih obaveznika u postupku utvrđivanja i naplate poreza među kojim princip službene tajne kao i poštovanje privatnosti poreskih obaveznika od strana Uprave javnih prihoda.

Predmet interesa ovom prilikom jeste pravo zaštite privatne sfere poreskih obaveznika, proklamirano ustavnim i zakonskim normama, kao i nivo zaštite u postupku pred Finansiskom policijom.

Zaštita prava poreskih obaveznika na ustavnom nivou Republike Makedonije

Ustav Republike Makedonije, pravo zaštite privatne sfere poreznih obaveznika predviđa u tri segmenta: preko člana 17 kojim garantuje slobodu i tajnost

¹² Ustavni se sud ukljčio u "poništanju" utvrđenih odredbi. Adams Charles, *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*, Institut za javne finansije, Zagreb, 2006, str. 440.

¹³ Zakon za danočna postapka, Služben vesnik na R.Makedonija, br. 13/2006.

pisama i drugih formi opštenja; članom 18 kojim garantuje slobodu i tajnost ličnih podataka, kao i zaštita povrede ličnog integriteta koji proizlazi registriranjem informacija o poreskim obaveznicima preko obrade podataka; kao i preko prava neprikosновенosti doma, garantovano u članu 26 Ustava.¹⁴

Pravo zaštite ličnih podataka poreskih obaveznika i njihova obrada, su deo korpusa osnovnih ljudskih prava, na kojima se primenjuju odgovarajući nacionalni i međunarodni standardi. Sadržina i suština upotrebljenih poima u Ustavu koji se odnose na zaštitu ličnih podataka i zaštitu od povrede ličnog integriteta građana, su opredeljeni i konkretizirani u Zakonu o zaštiti ličnih podataka, usoglašen Direktivom br.95/46 od 1995. godine Evropske komisije o zaštiti lica (individue) u vezi zaštite ličnih podataka i njihov prenos. Zakon o zaštiti ličnih podataka uređuje zaštitu ličnih podataka kao osnovnu slobodu i pravo građana, a posebno pravo na privatnost u vezi obrade ličnih podataka.

Zadiranje u privatnost poreskih obaveznika nije čvrsto ograničeno ustavnim principima u Republici Makedoniji. Nivo zaštite privatne sfere poreskih obaveznika se posmatra u prizmi između mera sa kojim se narušuje pravo privatnosti i cilj koji treba da se postigne. Kao ilustracija Zakon o Upravi javnih prihoda (član 16) i Zakon o finansiskoj policiji (član 34 stav 2) koji predviđaju obavezu za sve subjekte koje vode službene registre i javne baze podataka, po zahtevu Uprave javnih prihoda i Finansijske policije, da dostave podatke iz službenih registara.

*Zaštita prava privatnosti poreskih obaveznika
u zakonodavstvu Republike Makedonije*

Zakon o poreskom postupku kao bazični poresko procesni zakon predviđa uslove pod kojima može da se zaštititi privatna sfera poreskih obaveznika. Zakon o poreskom postupku predviđa institut poreska tajna kao osnovno načelo postupka. Preko principa poreske tajne limitirano je korišćene i objavljivanje informacija i dokumenata, podataka ili drugih činjenica značajnih za poreske obaveznike, od strane Uprave javnih prihoda kao strana u poreskom, prekršočnom ili sudskom postupku. Tretman ovog vida podataka treba da se svodi u smislu tretmana poslovne tajne.

Zakon o poreskom postupku ne predviđa krivičnu odgovornost službenih lica pri eventualnom nepoštovanju ovog principa, iako Krivični zakonik Repu-

¹⁴ U Nemačkoj, zaštita privatne sfere proizlazi iz neprikosновенosti ljudskog dostoinstva i prava na slobodan razvoj ličnosti. Član 1, stav 1 i član 2, stav 2 Ustava SR Nemačke.

blike Makedonije predviđa krivično delo odavanje i neovlasteno pribavljanje poslovne tajne.¹⁵

Zakon o poreskom postupku ne sadrži odredbe kojim bi se zaštitila privatna sfera poreskih obveznika u postupku koj se vodi pred Finansiskom policijom Republike Makedonije. Nepostojnje garancije da priloženi podatci nama da budu zaštićeni od mogućih zloupotreba rezultiraće neprijavlivanjem ili selektivnim prijavljivanjem bitnih činjenica za sprovođenje postupka. Na ovaj način sigurnost poreskih obveznika biće narušena a samim tim ovo stanje dovodi u pitanje javni interes i javno finansiranje. Institut poreska tajna je pretpostavka za ostvarivanje više javnih prihoda, i ujedno predstavlja pretpostavka za ostavivanja i zaštite opredeljenih interesa poreskih obveznika.¹⁶

Međutim, ostaje paradigma: koliko poresko pravo predviđa rešenja sa kojim se zadire u privatnost i nepovredljivost ličnih podataka. Ustav kao što smo napomenuli opredeljuje slučajeve u kojima se odstapa od načela tajnost podataka u poreskom postupku. U okviru mogućnosti u kojima se odstupa od principa poreske tajne je postupak vođenja međunarodne pravne pomoći u poreskim stvarima. Naime postupak međunarodne pravne pomoći u poreskim starima obuhvata razmenu podataka o poreskim obaveznici čije se poslovne aktivnosti odvijaju van granice nacionalnih država. Procesi međunarodne poreske saradnje na ovom planu su jako osetljivi jer poreski obveznici nisu ugovorne strane međunarodnih poreskih sporazuma i samim tim nisu subjekti tih sporazuma, što se direktno odarazuje na mogućnost zaštite prava na poverljivost podataka, jer samo nekoliko država ima zakonsku dužnost da obavesti svoje poreske obveznike o dostavljanju takvih informacija drugim državama.

Savremena društva su napustili princip bankarske tajne, stanje što direktno dovodi u pitanje pravo zaštite privatne sfere poreznih obveznika. Naime stanje u razvijenim ekonomijama je sledeće: u 50-im godinama prošlog veka banke nisu imale obavezu da izveštavaju poreske uprave za poslovne aktivnosti svojih klijenata, dok sada je praktično svaki fiskalo bitni podatak bez ikakvih poteškoća dostupan poreskoj upravi.¹⁷ Ovo stanje države ne rešavaju eliminisanjem loših rešenja

¹⁵ Član 281 Krivičnog zakonika RM, Služben vesnik na Republika Makedonija, broj: 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 87/2007, 7/2008, 139/2008, 114/2009 i 51/2011.

¹⁶ Olivera Lončarević-Horvat, Porezna tajna, Pravo I porezi, br. 11/2004, str. 3–4.

¹⁷ U kontekstu ovog stava savremenih država interesantan je primer Švajcaeske u odnosu na karakter bankarske tajne. Za Švajcarsku sloboda poedinca je sigurna jedinstveno kada je zaštićena sloboda svakog poedinca. Naime princip bankarske tajne je korišćen podjednako kao za Švajcarce tako i za strance koje koriste njihove bankarske usluge. Princip bankarske tajne u Švajcarskoj može da ukine jedino sud.

fiskalne politike, već kreiraju načine kako naterati građane da plate porez preko formiranja posebnih tela, primer preko formiranja finansiske policije.¹⁸

*Pravo privatnosti poreskih obaveznika u postupcima
pred Finansiskom policijom Republike Makedonije*

Uprava finansiske policije (dalje u tekstu Finansiska policija) je organ posebnih ovlašćenja u skladu Zakona o krivičnom postupku u delu primene propisa iz oblasti finansiskog, poreskog i carinskog poslovanja. Nadležnosti Finansiske policije Republike Makedonije su u pravcu otkrivanja i gonjenja složenih pojava u formi organizovanog finansiskog kriminala u Republici Makedoniji.

Osim ostvarivanja osnovnih zadataka, kao i posebnih ovlašćenja predviđenim u Zakonu o krivičnom postupku, Finansiska policija Republike Makedonije je nositelj u založbi produživanja reformi kaznenog zakonodavstva, posebno u sferi prevencije i represije finansiskog organizovanog kriminala i korupcije.¹⁹

Znači da u nadležnosti finansiske policije ulazi i otkrivanje poresko kaznivih dela i pronalaženje njihovih počinitelja.

Finansiska policija, u predkrivičnom postupku, kao i u istrazi, nastupljuje kao organ unutrašnjih poslova, sprovodi predistražne mere, preuzima dejstva u vezi otkrivanja i dokumentiranja krivičnih dela. U skladu Zakona o krivičnom postupku, radi se o sledećim krivičnim delima: poreska utaja (član 279 Krivičnog zakona (KZ)), pranja novca i drugih prinosa iz krivičnog dela (član 273, KZ), krivčarenja (član 278, KZ), nedozvoljena trgovina (član 277, KZ) kao i druga krivična dela koji uključuju veći i značajni iznos poreza, carina ili drugih prihoda.²⁰

Znači u predkrivičnoj postupci a u cilju obezbeđivanja podataka i dokaza za uspešno vođenje krivičnog postupka za dela za koji je prepisana kazna zatvor najmanje u trajanju od četiri godine Finansiska policija može preuzeti i posebne istražne mere.²¹

Takođe u skladu odredba Krivičnog zakona Republike Makedonije Finansiska policija može vršiti uvid u poslovnim knjigama, dokumentima, kompu-

¹⁸ Princip bankarske tajne u Švajcarskoj se može ukinuti jedinstveno od strane suda na osnovu odgovarajućih dokaza.

¹⁹ Kao i druge države u svetu i Republika Makedonija uči da su se mnogi kriminalci okrenuli finansiskom kriminalu jer je profit ogroman a šanse da ih otkriju i gone su jako male. Brian Tim Wellesley, Koj se plaši od finansiskata policija?

²⁰ Član 145 Zakona o krivičnom postupku.

²¹ Član 146 predviđa osam tipa posebnih istražnih mera.

terskim podacima, uvid i pregled objekata i prostorija državnih organa, pretres domova i poslovnih prostorija, pretres lica, privedivanje lica, privremeno zadržavanja ili lišenje od slobode lica po naredbi nadležnog suda, pregled prevoznih sredstava, stoke, lica i bagaža, oduzimanje vozila, stoke, novac, vrednosnih papira, predmeta i dokumenata, evidentiranje, obrađivanje i zaštite ličnih podatke, primenu posebnih istražnih mera, kontrolu nad maretijalnim-finansiskim poslovanjem i dr.

Ovlašćenja sa kojim raspolaže Finansiska policija Republike Makedonije pri obavljanju poslova iz svoje nadležnosti može da dovede u pitanje pravo zaštite privatne sfere poreskih obveznika. Dakle, radi se o sledećim ovlašćenjima:

– Uvid u delovne knjige, dokumente, zapisnike, memorandume, kompjuterske podatke, podatke dobijene od drugih električnih ili mehaničkih naprava, poreskih prijava i drugih evidencija.

– U postupcima evidentiranja, obrade i zaštite ličnih podataka pribavljenih neposredno od lica na koji se odnose, od lica koji ih poseduju ili iz postojećih evidencija.

– Pri pretresu doma, poslovnih ili drugih prostorija.

Proizlazi da se ovlašćenja tipa uvid u delovne knjige, dokumente, zapisnike, memorandume, kompjuterske podatke, podatke dobijene iz drugih električnih ili mehaničkih naprava, poreskih prijava i drugih evidencija, kao i evidentiranje, obradu i zaštitu ličnih podataka i drugih podataka oko ostvarivanje slobode i tajnost pisama i sve druge oblike opštenja i sigurnost i tajnost ličnih podataka, kao i zaštite od povrede ličnog integriteta što proizlazi registracijom informacije koje se odnose na poreske obveznike kao i preku obradu tih podataka. Dok ovlašćenja tipa pretres doma i drugih prostorija, kao i pretres delovnih prostorija odnosi se na neprikosnovenost doma, garantovano članom 26 Ustava Republike Makedonije.

Pomenuta ovlašćenja za poreske obveznika, pravna i fizička lica, znače obavezu da Finansiskoj policiji omoguće neprečeni pristup poslovnih knjiga i drugih evidencija, dokumenata i zapisnika, memoranduma, kompjuterskih podataka, poreskih prijava kao i da omoguće sve potrebne uslove za neprečen pristup. U korpusu informacija sa kojim raspolaže Finansiska policija su i podaci o izvršivanju poslova u platnom prometu učesnika platnog promet, stime da ove informacije ne predstavljaju poslovnu tajnu nositelja platnog prometa i isti je dužan da ih dostavi Finansiskoj policiji u određenom roku.

Informacije sa kojim raspolaže Finansiska policija u skladu Zakona o finansiskoj policiji,²² a koje se odnose na poreske obveznike, mogu biti obrađivani,

²² Zakon za finansiskata policija, Služben Vesnik na Republika Makedonija br. 55, član 27.

analizirani i korišćeni u cilju sprečavanja krivičnih dela. Direktor Finansiske policije odlučuje o načinu i pristapu ovim podacima kao i načinu o njihovom korišćenje.

Informacija sa kojim raspolaže Finansiska policija, u zavisnost od toga dali imaju karakter ličnih ili klasificiranih informacija zaštićuju se u skladu propisa klasificiranih informacija, ili propisa o zaštite ličnih podataka. Zakon o Finansiskoj policiji ne predviđa bliže odredbe u vezi ove zaštite i upućuje na Zakon o zaštiti ličnih podataka i Zakon o klasificiranim informacijama.²³

Zakon o zaštiti ličnih podataka "lični podatak" definiše kao svaku informaciju koja se odnosi na identifikovano fizičko lice ili fizičko lice koje može da se identifikuje, a lice koje može da se idenifikuje e lice čij identitet može da se utvrdi direktno ili indirektno, posebno na osnovu matičnog broja građana, ili na osnovu jednog ili više obeležja specifičnog za njegov fizički, fiziološki, mentalni, ekonomski, kulturni ili socijalni identitet. U skladu sa odredbama ovog zakona informacije poreznog karaktera koji se odnose na konkretnog poreskog obaveznika imaju karakter "ličnog podatka". Stoga proizlazi da se informacije koje su poreskog karaktera i koje se odnose na konkretnog poreskog obaveznika ne mogu biti zaštićene u skladu Zakona o klasificiranim informacijama.²⁴

Zakon o zaštiti ličnih podataka takođe definiše i "obradu ličnih podataka". Naime obrada ličnih podataka je definisana kao svaka operacija ili zbir operacije izvedenih na osnovu ličnih podataka automatski ili na drugi način, kao što je: sakupljanje, evidentiranje, organizovanje, čuvanje, preispitivanje ili promena, povlačenje, konsultiranje, upotreba, otkrivanje prenošenjem, objavljivanje ili na drugi način dostupnih, izjednačivanje, kombiniranje, blokiranje, brisanje ili uništavanje. Zakon o zaštiti ličnih podataka predviđa da se obrada ličnih podataka vrši samo po prethodno dobijenoj saglasnosti subjekta ličnih podataka. Na ovom planu pomenuti zakon predviđa isključak kad se radi o javnom interesu ili službenom ovlašćenju ovlašćeno lica. U skladu izmena Zakona o zaštiti ličnih podataka (avgusta 2008. i septembra 2010. godine), decidno su dati uslovi pod kojima može da se vrši obrada ličnih podataka. Između ostalog obrada podataka iz oblasti poreza je dozvoljena i to: za izvršivanje poslova iz javnog interesa ili službeno ovlašćivanje kontrolora ili trećeg lica koje raspolaže podacima. U kategoriji "poslova iz javnog interesa" su poreska pitanja. Znači zakon o zaštiti ličnih podata-

²³ Zakon za klasificirani informaciji "Sl. vesnik na R Makedonija", br. 9/04.

²⁴ Informaciiite koi se predmet na klasifikacija se odnesuvaat na: javnata bezbednost; odbranata; nadvorenite raboti; bezbednosni, razuznavački i kontrarazuznavački aktivnosti na organite na državnata uprava na Republika Makedonija; sistemi, uredi, proekti i planovi od važnost za javnata bezbednost, odbranata, nadvorenite raboti; naučni istraživanja i tehnološki, ekonomski i finansiski raboti od značenje za Republika Makedonija.

ka bez ograničenja predviđa obradu informacija ličnog karaktera. U ovom kontekstu treba napomenuti da Ustav Republike Makedonije u članu 17 stavu 2 predviđa ograničenje u odnosu na tajnost pisama: jedinstveno na osnovu sudske odluke, ako je to neophodno za vođenje krivičnog postupka ili u cilju interesa odbrane Republike Makedonija.

ZAKLJUČAK

Pravo zaštite privatne sfere poreskih obveznika u Republici Makedoniji je garantirano Ustavom Republike Makedonije u kontekstu osnovnih ljudskih prava. Makedonski Ustav štiti pravo na privatnost u meri srazmernoj na cilj koji treba da se postigne, što samim tim to ne predstavlja ustavni princip koji jasno može da zaštiti privanost poreskih obveznika, niti u postupku utvrđivanja i naplate poreza, niti u postupku otkrivanja poreskih kaznenih dela koji se vodi pred Finansijskom policijom.

Na normativnom planu Republika Makedonija je donela nekoliko zakona, kao na primer Zakon o poreskom postupku, Zakon o zaštiti ličnih podataka i Zakon o klasificiranim informacijama, kojima štiti pravo na privatnost poreskih obveznika. U skladu sa pomenutim zakonima informacije poreskog karaktera koje se odnose na konkretnog poreskog obveznika imaju karakter "ličnog podatka" a samim tim zaštita se ostvaruje jedinstveno u skladu Zakona o zaštiti ličnih podataka.

Zakona o zaštiti ličnih podataka jasno predviđa uslove pod kojima može da se vrši obrada ličnih podataka iz oblasti poreza. Naime obrada podataka je dozvoljena za izvršavanje poslova iz javnog interesa. U kategoriji "poslova iz javnog interesa" su poreska pitanja. Znači da zakonodavstvo Republike Makedonije bez ograničenja predviđa obradu informacije poreskog karaktera bez predhodne saglasnosti od strane poreskog obveznika, kao i razmenu poreskih informacija sa drugim državama u postupku međunarodne pravne pomoći u poreskim stvarima.

Što se tiče faktičke situacije ne terenu, Finansijska policija, u skladu Zakona o finansijskoj policiji i Zakona o krivičnom postupku, nastupa kao organ unutrašnjih poslova u predkrivičnom postupku i preuzima posebne istražne mere. U skladu za pomenutim Finansijska policija ima ovlašćenja kojima može biti dovedeno u pitanje pravo na privatnost poreskih obveznika. Pravo na privatnost poreskih obveznika u postupkom pred Finansijskom policijom u Republici Makedoniji se dovodi u pitanje na račun javnih interesa države.

VESNA PENDOVSKA, LL.D.,
Professor, Faculty of Law Iustinias Primus, Skopje
SEJDEFA DŽAFČE, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law
FON University, Skopje

PROTECTION OF THE PRIVACY RIGHTS OF TAXPAYERS

Summary

The Constitution of the Republic of Macedonia guarantees the privacy of all its citizens. The constitutional and legal protection applies to inviolability of the dwelling, the secrecy of correspondence and other forms of communication as well as personal data. This protection also applies to taxpayers. In Macedonian legislation the protection of personal data and protection against infringement of the personal integrity of citizens, including taxpayers, is regulated by a specific legal instrument, that is, the Law on Personal Data Protection. Tax law provides certain solutions which interfere with the privacy of taxpayers. Constitutional and legal constraints set in order to protect the privacy of taxpayers are based on determining the proportionality between the measures and the goals which need to be accomplished. This aims to show the level of protection of taxpayers' privacy in proceedings conducted by the Tax Police. Bearing in mind the authority of Tax Police, particularly in pre-investigation proceedings, this paper will illustrate the detrimental effect that the principle of proportionality between measures and goals can have on privacy rights of taxpayers.

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo

Justice and Law

La Justice et le Droit

PRAVO I MORAL – II tom

LAW AND MORALITY – Vol. II

Druga katedra

Secon Department

PRAVO NA SLOBODU

RIGHT TO FREEDOM

2. Sloboda ličnosti

Freedom of Personality

Zoran Ponjavić

Pravičnost u porodičnom pravu

Equity in family law 5

Nikola Tupančeski

Dragana Kiprijanovska

Uporedno pravna analiza zakonodavstva u oblasti borbe protiv seksualnog uznemiravanja

Comparative legal analysis of the legislation in the fight against sexual harassment 21

Dejan Micković

Angel Ristov

- Bračni ugovor u makedonskom i uporednom pravu
Marital agreement in macedonian and comparative law 37

Ranka Vujović

- Uticaj promene položaja deteta u porodici na njegov položaj i prava
u sudskim postupcima u vezi sa porodičnim odnosima
Effect of change in position of a child in the family of his position
and rights in court proceedings in connection with family relations 55

Olga Jović

- Odvajanje deteta od roditelja kao mera porodičnopravne zaštite
Separating child from parent's as a measure of family legal
protection 73

Balša Kaščelan

- Registracija vanbračne zajednice
Registered cohabitation 85

Maja Čolaković

- Položaj djeteta kao pacijenta u pravu BiH
Status of a child as a patient in the law of B&H 105

Anita Duraković

- Kolizionopravna autonomija za razvod braka
Collision law autonomy of the will to divorce 123

Nadežda Ljubojev

- Incest u porodici
Incest in the family and their consequences 141

Uroš Novaković

- Pravo deteta na pristup i razmenu informacija i zaštita deteta
od štetnih informacija
Right of the child to receive and exchange informations and child
protection from harmful informations 155

3. Upravno-pravna zaštita slobode

Administrative-Law Protection of Freedom

Dobrosav Milovanović

Dragan Vasiljević

- Položaj uprave u demokratskoj pravnoj državi
The status of the administration in a democratic legal state 173

Zehra Odyakmaz

Oğuzhan Güzel

- Administration and morality
Uprava i moral 189

Dragan Mitrović

Marko Trajković

Kosta Mitrović

- Moralnost prava, poslovna etika i bioetika
Morality of law, business ethics and bioethics 211

Ljubodrag Pljakić

- Odložno dejstvo tužbe i održavanje usmene rasprave u
upravnom sporu
Remissible effect of the plaint and holding of a hearing in
an administrative dispute 227

Zoran Lončar

- Odlaganje izvršenja upravnog akta u upravnom sporu
Postponement of execution of the administrative act in
administrative dispute 243

Srečko Devjak

Mirjana Drakulić

Milena Kalacun Lapajne

Ratimir Drakulić

- Pravna regulacija uloge medija u demokratizaciji lokalne samouprave
Legal regulation of the role of media in democratization
of local government 261

<i>Borče Davitkovski</i>	
<i>Elena Davitkovska</i>	
<i>Dragan Gocevski</i>	
Položaj administrativnog službenika u novoj legislativi Republike Makedonije Civil servant status according to contemporary legislation in Macedonia	275
<i>Aleksandra Rabrenović</i>	
(De)politizacija državne uprave u zemljama bivše Jugoslavije (De)politicisation of civil service in ex-Yugoslav states	285
<i>Zorica Vukašinović-Radojičić</i>	
Evropski principi zapošljavanja javnih službenika European principles on public servant's recruitment	299
<i>Stojan Mićović</i>	
Borbena demokratija Die streitbare demokratie	315
<i>Jelena Ivanović</i>	
Pravni karakter obaveštenja kod vanrednih pravnih sredstava u upravnom postupku Legal character of notifications with ancillary remedies in the administrative procedure	333
<i>Igor Vukonjanski</i>	
U susret novom Zakonu o službenicima u jedinicama lokalne samouprave Toward a new law the employees in the units of local self-government	345
<i>Bogdan Lekić</i>	
Regulatorna tela u Srbiji Regulatory bodies in Serbia	357
<i>Nataša Deretić</i>	
Rimske “popularne tužbe” u svetlu današnje institucije “ombudsmana” Roman ‘popular lawsuits’ in the light of the contemporary institution of ombudsman	369

Marko Davinić
Igor Todoroski

Registar građana kao temelj razvoja e-uprave u Republici Srbiji The register of citizens as a basis for the e-government development in Serbia	385
--	-----

Zorica Urošević

Decentralizacija i komunalna policija Decentralization and communal police	399
---	-----

Ana Pavlovska-Daneva
Timco Mucunski

The legal consequences of conducting a lustration: the case of Macedonia Pravne posledice lustracije: studija slučaja Republike Makedonije .	415
--	-----

Treća katedra
Third Department

PRAVO NA IMOVINU **RIGHT TO PROPERTY**

A. Opšta pitanja – kodifikacije *General questions – codification*

Miodrag Orlić

Pravna i moralna odgovornost Legal liability and moral responsibility	433
--	-----

Gale Galev

Jadranka Dabović-Anastasovska

Moral u svetlu obligacionog prava Morality in the light of law on obligations	451
--	-----

Nenad Gavrilović
Neda Zdraveva

Običaj kao izvor obligacionog prava Usages as a source of law on obligations	477
---	-----

<i>Mirko Bartulović</i>	
Običaji i naše obligaciono pravo Custom and the law of obligation	489
<i>Marko Perović</i>	
Prestanak obligacija putem kompenzacije Terminating an obligation by offsetting (compensation)	501
<i>Dorđe Nikolić</i>	
Zastarelost zatezne kamate Prescription of default interest	515
<i>Vladimir Bangievski</i>	
Posledice delovanja koje označavaju zloupotrebu prava i pravne posledice izvršene zloupotrebom prava Consequences of actions that indicate abuse of law and the legal consequences of abuse of law	533
B. Svojina	
<i>Ownership</i>	
1.a. Svojina i druga stvarna prava <i>Ownership and other property rights</i>	
<i>Maja Stanivuković</i>	
Stranac kao sticalac prava svojine na nekretninama u Srbiji Acquisition of real estate in Serbia by foreigners	545
<i>Vladimir Todorović</i> <i>Danijela Kožul</i>	
Restitucija i obeštećenje stranih lica Restitution and compensation for foreign citizens and legal entities	563
<i>Durđe Ninković</i>	
Uticaj Zakona o nacionalizaciji na društveni moral Social morals and the laws of nationalisation	579
<i>Marko Radović</i>	
Neppravna i nemoralna selektivnost zakona o vraćanju imovine i obeštećenju Non-legal and immoral selectivity of law on property restitution and compensation	585

<i>Siniša Rajić</i>	
Zemljišne knjige i restitucija oduzete imovine Land registry and restitution of confiscated property	595
<i>Irena Mojović</i>	
Uloga notara kod registracije poslovnih subjekata u Republici Srpskoj The role of notaries in business registration in the Republic of Srpska	609
<i>Nina Planojević</i>	
<i>Siniša Varga</i>	
Konstituisanje ugovornog založnog prava na pravima intelektualne svojine The collateralization of intellectual property rights	627
<i>Srđan Stojilković</i>	
Rezultati pravne transplantacije u reformi našeg založnog prava na pokretnim stvarima Transplantation results in legal reform our security rights on movable assets	645
<i>Mirjana Vulić</i>	
Stvarna službenost ili urbanistički plan Right of usage or the urban planning	663
<i>Ilija Babić</i>	
Realni (stvarni) tereti Praedial (property) encumbrance	671
<i>1.b. Svojina i nasleđe</i> <i>Ownership and inheritance</i>	
<i>Duško Medić</i>	
Državina nasljednika u pravu Republike Srpske Property of successors in the law of Republic of Srpska	685
<i>Nataša Stojanović</i>	
Gde su granice slobode zaveštajnih raspolaganja Where are the limitations on the freedom of testamentary disposition	699
	1015

Tamara Đurđić

Fideikomisarna supstitucija i sloboda zaveštajnog raspolaganja Fideicommissary substitution and freedom of testamentary disposition	719
---	-----

2. Ugovor i odgovornost za štetu

Contract and Liability for Damage

Branko Morait

O moralnosti ugovornog prava On morality of contractual law	733
--	-----

Marko Đurđević

Poklon zasnovan na moralnoj dužnosti Gift based on ethic duty	753
--	-----

Jelena Arsić

Dragan Pavić

Zakonska zatezna kamata na potraživanjima u domaćoj valuti Default interest on monetary claims in domestic currency	773
--	-----

Katarina Dolović

Sporazumni raskid ugovora Discharge by agreement	787
---	-----

Dragan Pantić

Poklon za slučaj smrti u srpskom pravu de lege ferenda Present in case of death in Serbian law de lege ferenda	801
---	-----

Igor Vujović

Odgovornost po osnovu krivice Liability arising from fault	817
---	-----

Mišo Mudrić

Pitanje uzročnosti u azbestnim predmetima The issue of causality in asbestos related cases	835
---	-----

Samir Manić

Novčana naknada za duševne bolove zbog umanjenja životne aktivnosti Money compensation for emotional distress due to reduction of a life activity	845
--	-----

Jelena Borovac

Sporni vid nematerijalne štete prema državi zbog povrede prava ličnosti Contentious form of intangible damages towards the state due to violation of the individual right	863
--	-----

Ivan Stanković

Milica Golubović

Milena Kašiković

Nematerijalna šteta prouzrokovana objavljivanjem informacija u javnim glasilima Intangible damages caused by publishing information in media ..	875
--	-----

3. Porezi

Taxes

Zoran Isailović

Plaćanje fiskalnih prihoda u savremenim uslovima Payment of fiscal revenues in contemporary conditions	889
---	-----

Predrag Stojanović

Milivoje Lapčević

Socio-ekonomske funkcije akciza u Republici Srbiji i normativni nedostaci njihove primene Socio-economic functions of excise in the Republic of Serbia and normative disadvantages of their application	905
--	-----

Snežana Stojanović

Uloga poreske kontrole u otkrivanju i sprečavanju poreskih krivičnih dela i prekršaja The tax control role in discovering and preventing tax and misdemeanors	919
--	-----

Mileva Anđelković

Uticao poreskog morala na poštovanje poreskih propisa The impact of tax ethics on taxpayers' compliance with tax legislation	931
---	-----

Hasiba Hrustić

Poreski tretman statusnih promena privrednog društva The tax treatment of company statutory changes	945
--	-----

Momo Kijanović

Oporezivanje prihoda fizičkih lica od kapitalnog dobitka Taxation of personal income tax on capital gains	959
--	-----

Marina Dimitrijević

Opšti osvrt na fenomen poreske saglasnosti obveznika General review of tax compliance phenomenon	973
---	-----

Radica Šipovac

Pravičnost i moral kao standardi oporezivanja Equity and moral as standards of taxation	985
--	-----

Vesna Pendovska

Sejdefa Džafče

Zaštita prava privatnosti poreskih obveznika Protection of the privacy rights of taxpayers	997
---	-----

