

KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici

UNIFIKACIJA PRAVA I PРАВNA SIGURNOST

Zbornik radova 33. Susreta
Kopaoničke škole prirodnog prava
Slobodan Perović



MEĐUNARODNA NAUČNA
KONFERENCIJA

Beograd, 2020. | Tom II

33
godina



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.)

KOPAONIČKA ŠKOLA PRIRODNOG PRAVA – SLOBODAN PEROVIĆ
KOPAONIK SCHOOL OF NATURAL LAW – SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris Naturalis Copaonici
Trideset treći susret
33rd Meeting

**UNIFIKACIJA PRAVA
I PRAVNA SIGURNOST
UNIFICATION OF LAW
AND LEGAL CERTAINTY**

Zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava
– Slobodan Perović
Proceedings of the 33rd Meeting of Kopaonik School of Natural Law
– Slobodan Perović

MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA
INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE

Beograd, 23. decembar 2020
Belgrade, 23 December 2020

Tom II/Volume II



Beograd, 2020

UNIFIKACIJA PRAVA I PRAVNA SIGURNOST
UNIFICATION OF LAW AND LEGAL CERTAINTY

Zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović
Proceedings of the 33rd Meeting of Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović

Međunarodna naučna konferencija, 23. decembar 2020.

International Scientific Conference, 23 December 2020

Izdavač/Publisher

Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović

Krunska 74, Beograd

E-Mail: office@kopaonickaskola.rs

www.kopaonikschool.org

Glavni i odgovorni urednik/Editor-in-Chief

JELENA S. PEROVIĆ VUJAČIĆ

Predsednik Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović

President of the Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović

Sekretar/Secretary

Andrea Nikolić

Uređivački odbor/Editorial Board

prof. dr Miroslav Đorđević, prof. dr Đorđe Đorđević, dr Hajrija Mujović, mr Gordana Petković, prof. dr Edita Kastratović, dr Božidar Otašević, prof. dr Milan Škulić, prof. dr Olga Cvejić-Jančić, prof. dr Dragoljub Kavran, prof. dr Dobrosav Milovanović, prof. dr Zoran Lončar, dr Christa Jessel-Holst, prof. dr Dragor Hiber, akademik prof. dr Zoran Rašović, prof. dr Nikola Mojović, Ljubica Milutinović, prof. dr Gordana Ilić-Popov, akademik prof. dr Mirko Vasiljević, dr Dragiša Slijepčević, Miroslav Nikolić, Jasminka Obućina, prof. dr Jelena S. Perović Vujačić, dr Thomas Meyer, dr Nataša Hadžimanović, akademik prof. dr Vitomir Popović, prof. dr Stojan Dabić, Predrag Trifunović, Dimitrije Milić, prof. dr Sanja Danković Stepanović, prof. dr Gordana Stanković, prof. dr Nebojša Šarkić, prof. dr Rodoljub Etinski, akademik prof. dr Radovan Vukadinović, prof. dr Gordana Vukadinović, prof. dr Saša Bovan, prof. dr Vladan Petrov.

Međunarodni naučni odbor/International Scientific Committee

Xavier Blanc-Jouvan (profesor emeritus, *Université Paris I Panthéon-Sorbonne*, Francuska), akademik prof. dr Rajko Kuzmanović (predsednik Akademije nauka i umjetnosti Republike Srpske, Bosna i Hercegovina), dr Christa Jessel-Holst (Max Planck Institut za uporedno i međunarodno privatno pravo, Hamburg, Nemačka), prof. dr Francesca Fiorentini (Univerzitet u Trstu, Italija), akademik prof. dr Zoran Rašović (Crnogorska akademija nauka i umjetnosti, Crna Gora), akademik prof. dr Vlado Kambovski (Makedonska akademija nauka i umjetnosti, Severna Makedonija), dr Aleksandra Maganić (Pravni fakultet Univerziteta u Zagrebu, Hrvatska), dr Mateja Đurović (*King's College London*, Velika Britanija).

Kompjuterska obrada/Pre-print

Javorina Beker

Dizajn korica/Cover design

Uroš Živković

Tiraž/Number of Copies:300

Štampa/Print

FUTURA, Novi Sad

ISBN-978-86-903009-7-6 (serija) / ISBN-978-86-903009-9-0

Radovi u ovom Zborniku podležu anonimnoj recenziji od strane dva recenzenta. Recenzije i spisak recenzenata dostupni su u arhivi Kopaoničke škole prirodnog prava. Ocene iznesene u člancima objavljenim u ovom Zborniku lični su stavovi njihovih autora i ne izražavaju stavove uredništva ni institucija u kojima su autori zaposleni.

DRUGA KATEDRA

**PRAVO
NA SLOBODU**

**Krivično-pravna i procesna zaštita ličnosti – Sloboda ličnosti
– Upravno-pravna zaštita slobode**

Krivično-pravna i procesna zaštita ličnosti

IVANA MILJUŠ

IZAZOVI I RIZICI UVOĐENJA VIDEO LINKA U KRIVIČNI POSTUPAK

Tehnička sredstva za prenos slike i zvuka koriste se u određenim slučajevima u krivičnom postupku, na osnovu Zakonika o krivičnom postupku. Pažnju naučne i stručne javnosti u pogledu opravdanog razloga, uslova i domašaja upotrebe tehničkih sredstava, pobudila je primena "Skype" suđenja, poseban način učestvovanja optuženog na glavnom pretresu. U radu se objašnjavaju slučajevi i razlozi u prilog korišćenja video linka sa aspekta suda, okrivljenog, svedoka, javne politike. Istovremeno, upućuje se na osnovne rizike upotrebe video linka, uticaj pre svega na pravo okrivljenog na pravično suđenje i pravilno i potpuno utvrđeno činjenično stanje, te moguće zloupotrebe video linka. Razmatraju se rešenja u uporednom zakonodavstvu, osnovni rezultati istraživanja upotrebe video linka, praktične primedbe korišćenja video linka, stavovi i principi formulisani u sudskoj praksi. Autorka izdvaja primere iz sudske prakse SAD iz kojih proizlazi osnovni značaj i vrednost konfrontacione klauzule, te fizičkog prisustva okrivljenog u krivičnom postupku, centralna svrha konfrontacione klauzule, dozvoljena ograničenja prava iz konfrontacione klauzule, te uopšte moguća ograničenja prava na pravičan postupak radi upućivanja na prepreke uvođenja video linka u krivični postupak.

Ključne reči: video link, okrivljeni, svedok, konfrontaciona klauzula, pravično suđenje

U V O D

Primena tzv. "Skype" suđenja u krivičnom postupku za vreme vanrednog stanja odgovor je države na opasnost od širenja zarazne bolesti promenama u na-

Ivana Miljuš, M.A., asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: ivana.miljus@ius.bg.ac.rs. Rad je rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu: "Identitetski preobražaj Srbije" za 2020. godinu.

činu sprovođenja suđenja bez izmena Zakonika o krivičnom postupku.¹ Uzburkala je naučnu, stručnu javnost i učesnike u krivičnim postupcima, pre svega optužene i branioce u pogledu ostvarivanja pojedinih prava na odbranu.² Generisala je brojne primedbe o osnovu uvođenja “Skype” suđenja (početku primene, va-ljanosti pravnog osnova), o opravdanom razlogu za učešće okrivljenog u krivičnom postupku putem “Skype”-a i fazi postupka u kojoj je dozvoljena i opravdana primena tehničkih sredstava za učešće okrivljenog. Važenje je bilo privremeno, a obim primene ograničen u pritvorskim predmetima – primena po oceni suda i u vezi krivičnih dela nedozvoljena trgovina iz člana 235 KZ, te nepostupanje po zdravstvenim propisima za vreme epidemije iz člana 248 KZ i prenošenje zarazne bolesti iz člana 249 KZ³ (“postupci protiv lica koja su prekršila meru samoizolacije” kojima se ostaruju ova krivična dela).

Forma učešća optuženog putem “tehničkih sredstava za prenos zvuka i slike” imala je sledeće karakteristike: 1. *privremeni karakter* – trajanje tokom vanrednog stanja; 2. primena u *prvostepenom krivičnom postupku*; 3. *neuslovljavanje pristankom optuženog*; 4. *fakultativni karakter* (mogućnost upotrebe tehničkih sredstava za prenos zvuka i slike) – o upotrebi odlučuje po sopstvenoj oceni predsednik veća/sudija pojedinac imajući u vidu ispunjenost određenog razloga i faktičku mogućnost upotrebe (“postojanje tehničkih mogućnosti”); 5. poseban *cilj uvođenja* – “obezbeđenje prisustva *optuženog* koji se nalazi u pritvoru”; 6. poseban *razlog za primenu* – otežano obezbeđenje prisustva optuženog u pritvoru na glavnom pretresu “zbog opasnosti od širenja zarazne bolesti”. Namera uvođenja ove forme učešća bila je zdravstvena zaštita zaposlenih u sudovima i javnim tužilaštvima, lica protiv kojih se vodi krivični postupak i njihovih branilaca. Istovremeno, potrebno je bilo da se obezbedi naročito hitno suđenje u pritvorskim predmetima. Minimum kriterijuma za ispunjavanje uslova tehničkih mogućnosti, koji su se faktički primenivali, bili su posedovanje računara koji ima mikrofoni i kame-

¹ Uredba o načinu učešća optuženog na glavnom pretresu u krivičnom postupku koji se održava za vreme vanrednog stanja proglašenog 15. marta 2020. godine, objavljena je u *Službenom glasniku RS*, br. 49/2020 od 1.4.2020. godine, kada je i stupila na snagu. Prestala je da važi 6. marta 2020. godine.

² Tokom vanrednog stanja objavljeni su brojni internet tekstovi u kojima su analizirana pitanja pravednosti i pravičnosti “Skype” suđenja, povrede načela krivičnog postupka (pre svega neposrednosti, javnosti i pravičnosti), tema suđenja u prisustvu i prava na odbranu koja proističu iz ovog temeljnog pravila. Goran P. Ilić izdvaja brojne uočene pravne probleme, teorijskopravne kritike i gledišta stručne javnosti povodom “Skype” suđenja. V. Goran P. Ilić, Virus neznanja nikad ne spava, <https://www.cepris.org/licni-stavovi/ilic-virus-neznanja-nikad-ne-spava/>, 11.08.2020.

³ Predmet Uredbe od 1. aprila 2020. godine ograničen je mišljenjem Visokog saveta sudstva, a na osnovu zaključka Visokog saveta sudstva od 18. marta 2020. godine. V. Zaključak Visokog saveta sudstva od 9. aprila 2020. godine.

ru, te instaliran “Skype” program, a tehničke uslove su obezbeđivala stručna lica (“informatičko osoblje”).⁴

U svetu je sprečavanje širenja zarazne bolesti dovelo do odlaganja suđenja (porotna suđenja, suđenja za koja ne postoji naročito hitna potreba), ali i generisalo izazov postizanja svojevrsnog vida “brze pravde” radi zaštite suđenja u razumnom roku (sprečavanje “zakasnele pravde”/“uskraćene pravde”), kao i zaštite zdravlja građana (“kolektivnog zdravlja”). Uzrokovalo je znatan porast broja suđenja koja su se odvijala putem video linka (pre svega pritvorski predmeti, suđenja za nasilje u porodici). Međutim, globalna zdravstvena pretnja dovela je i do još restriktivnije primene pritvora, brižljivijeg i sveobuhvatnijeg razmatranja potrebe primene drugih mera za obezbeđenje prisustva okrivljenog i nesmetano odvijanje krivičnog postupka, koje su se u postojećim uslovima načelno mogle efikasnije primenjivati, u cilju dodatnih potreba izazvanih širenjem zarazne bolesti (potreba svestranije ocene zdravstvenog stanja okrivljenog, smanjivanje broja pritvorenika radi rasterećivanja zavoda i pritvorskih jedinica, primena mera sprečavanja širenja pandemije u zavodima i pritvorskim jedinicama).

Osnovna pretnja učesća okrivljenog u krivičnom postupku putem tehničkih sredstava je da brzina postupka postane osnovni njegov zahtev i na taj način bude protivna efikasnom i pravičnom postupku. U nauci krivičnog procesnog prava opominje se na opasnost da se brzina “pretvori u brzopletost”, naročito ako bi to bilo i rezultat “selektivnog izvođenja dokaza, neopravdanog ograničavanja vremena za pripremanje i realizaciju odbrane, neostavljanja dovoljno vremena za prikupljanje svih relevantnih činjenica i sl., jer bi se to pretvorilo u suprotnost poštenom i pravičnom postupku.”⁵ Za ostvarivanje načela pravičnosti naročito je važno da praktična uputstva o primeni tehničkih mera pažljivo uzimaju u obzir prava okrivljenog, odnosno da primena mera može da ima posledice po ostvarivanja prava okrivljenog.

Radi opisivanja ishoda postupka u kojem procesni subjekti učestvuju sa udaljene lokacije putem tehničkih sredstava koristi se izraz “virtuelna pravda” nasuprot “pravdi licem o lice”. U zemljama u kojima su ispunjeni visoki tehnički standardi iznose se zvanične izjave npr. “Pravda se nije promenila, već samo način davanja pravde.”⁶ Ova i slične izjave, uz argumente koji joj idu u prilog, opi-

⁴ V. Ministarstvo pravde Republike Srbije – Vesti – Saslušanja za lica koja su prekršila meru samoizolacije putem video linka, www.mpravde.gov.rs/sr/vest/29671/saslusanja-za-lica-koja-su-preksila-meru-samoizolacije-putem-video-linka.php, 11.8.2020.

⁵ Milan Škulić, “Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka i načelo istine u krivičnom postupku”, *Pravni život*, Tom I, br. 9, Beograd, 2010, 589.

⁶ Komentar predsednika prvostepenog suda u Melburnu, u australijskoj državi Viktorija. Citat iz internet članka: ‘Justice hasn’t changed, just the mode of delivery’: How Victorian courts

suju da se tehnička sredstva za prenos slike i zvuka kojima se iskazi prenose u isto vreme, uvedena radi omogućavanja suđenja u razumnom roku i zaštite učesnika u postupku, upotrebljavaju prema tehničkim standardima i načinu upotrebe (pozicija uređaja, učesnika u postupku) projektovanim nizom praktičnih uputstava u cilju osiguranja verodostojnih iskaza i fer suđenja za okrivljenog.

PRIMENA TEHNIČKIH SREDSTAVA ZA PRENOS SLIKE I ZVUKA

Tehnološki napredak, razvoj digitalne tehnologije, potreba da se smanje troškovi transporta⁷ i drugi troškovi (npr. troškovi izgubljene zarade – odsustvovanje iz laboratorija, kancelarija), postizanje uštede vremena za učesnike u postupku, bezbednosni rizici transporta (okrivljenog, svedoka koji je u zatvoru), smanjivanje “zastrašujućeg efekta” postupka na svedoke, obezbeđenje zaštite fizičkog i psihičkog integriteta učesnika u postupku, ali i pružanje mera uravnoteženja prava okrivljenog u okviru prava na pravično suđenje, doveli su do uvođenja i širenja upotrebe tehničkih sredstava (audio – video sredstava) u krivičnom postupku.

Iz sprovedenih studija u američkim sudovima izdvajaju se razlozi za primenu video linka, koji idu u prilog sudu (bezbednost u sudu/bezbednost suda, smanjenje sudskih troškova, ubrzanje procedure hapšenja, davanje “tačnog i momentalnog zapisa”) i okrivljenom (manje fizičkog i emotivnog stresa za okrivljenog).⁸ Psihološke prednosti veće upotrebe video linka u krivičnom postupku ističu se naročito za okrivljenog koji je u pritvoru. Okrivljeni u pritvoru koji učestvuje u postupku preko video linka trpi manje stresa, a u odnosu na njega se primenjuju humaniji postupci (izbegavanje transporta, višestrukog pretresanja, boravka u ćeliji dok čeka suđenje).⁹ U prilog korišćenju video linka je potreba zaštite pretpostavke nevinosti, u situaciji bezbednosnih rizika da okrivljeni (“opasan okrivljeni”) bude fizički prisutan u sudnici, kada treba da se u sudnici u odnosu na njega primene stroge bezbednosne mere.

are adapting to coronavirus, www.abc.net.au/news/2020-05-20/coronavirus-pandemic-for-victorian-courts-judges-justice-system/12258858, 11.8.2020.

⁷ Potreba da se smanje visoki troškovi transporta okrivljenog, te opravdanje za upotrebu videokonferencije zasniva se na poređenju i vaganju ovih troškova.

⁸ Patricia Raburn-Remfry, “Due Process Concerns in Video Production of Defendants”, *Stetson Law Review*, Tom XXIII, 1994, 811–812.

⁹ David Tait, *et al.*, *Towards a Distributed Courtroom*, Wester Sindney University, Sidney, 2017, 11.

Učešće okrivljenog i drugih učesnika u krivičnom postupku (svedoci, policijski doušnici, sudije) putem savremenih tehničkih sredstava prihvaćeno je kako u nacionalnim zakonodavstvima tako i u međunarodnom pravosuđu. Neretko se u literaturi zapažaju jednostavnije fraze “udaljeno učešće” odnosno “učešće sa udaljene lokacije” i “suđenje bez ličnog prisustva” koje u potpunosti ne opisuju suštinu ovog oblika učestvovanja u krivičnom postupku. U našoj pravnoj nauci koristi se izraz “poseban virtuelni vid neposrednosti” i “indirektna ili tehnička procesna neposrednost”.¹⁰ Uvodi se i smatra opravdanim pre svega u situaciji kada je potrebno da se zaštiti fizički i psihički integritet lica koje se ispituje, ako stranke ne mogu fizički da prisustvuju suđenju zbog invaliditeta, trajnije i teške bolesti, mogućnosti pogoršanja njihovog zdravstvenog stanja, u slučaju ispitivanja posebno osetljivih svedoka (naročito ako su u pitanju krivična dela protiv polnih sloboda, ako se ispituju deca i maloletnici) i zaštićenih svedoka (naročito ako su u pitanju krivična dela organizovanog kriminala i terorizma) zbog zaštite sigurnosti i eliminacije straha svedoka.

Ako su u pitanju posebno osetljivi svedoci, načelno je moguće da se svedok nalazi na udaljenoj lokaciji ili okrivljeni (svedok daje iskaz pred sudom, a okrivljeni prati davanje iskaza preko video linka), što zbog osnovnog pravila suđenja u prisustvu treba da ima izuzetno restriktivan karakter i da bude praćeno dopunskim garancijama.

Koristi se i u vezi primene mere procesne discipline (udaljenje optuženog iz sudnice), prilikom preduzimanja dokaznih radnji na ročištu u istrazi čijem izvođenju odbrana ima pravo da prisustvuje kada je okrivljeni u pritvoru, pod zakonom predviđenim uslovima.¹¹ Ustavni sud Republike Hrvatske opominje na po-

¹⁰ Milan Škulić, *Međunarodno krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Biblioteka Udžbenici, Beograd, 2020, 49, 237.

¹¹ Tako, na primer, prema Zakonu o kaznenom postupku Hrvatske, na ročištu u istrazi na kojem se sprovodi dokazna radnja po predlogu okrivljenog, okrivljeni ima pravo da bude prisutan sprovođenju dokazne radnje. Ako je okrivljeni u pritvoru (a u pitanju je psiho – fizički zdrav okrivljeni koji je u mogućnosti da učestvuje na raspravi), nije nužno njegovo fizičko prisustvo ukoliko pristane da sudeluje na ročištu putem “zatvorenog tehničkog uređaja za vezu na daljinu (audio – video uređaj)”, pod uslovom da za to postoje tehnički uslovi. Osim toga, na dokaznom ročištu, u slučaju kada je okrivljeni u pritvoru, sud može da naloži da se dokazno ročište sprovede uz pomoć “zatvorenog tehničkog uređaja za vezu na daljinu (audio – video konferencija)”. Zahteva se da je okrivljenom na *prikladan način omogućeno da prati audio – video konferencije*, kao i da je audio – video konferenciji *prisutna stručna osoba za rukovanje*. Zapisnički se konstatuje vrsta i stanje tehničkog uređaja za vezu na daljinu, te stručna osoba koja je rukovala uređajem. V. čl. 234 st. 3, čl. 192, 193, 194 Zakona o kaznenom postupku Hrvatske, *Narodne novine*, br. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19, 126/19.

trebu detaljnog zakonskog uređenja dužnosti suda da se okrivljenom u pritvoru, na dokaznom ročištu na kojem se koristi audio – video konferencija, omogućiti “na prikladan način”: 1. praćenje audio – video konferencije; 2. postavljanje pitanja preko suda i iznošenje primedaba. Nalazi da je “taj način sudelovanja okrivljenika na raspravi odnosno postavljanja pitanja iznimno moguć i dopušten, ali se ne može smatrati ekvivalentnom zamjenom za osobnu nazočnost okrivljenika na raspravi te izravno i neposredno iznošenje njegovih primjedaba tijekom rasprave”.¹² Video link često se koristi za pritvorenike, saslušanja u bilo kojoj fazi postupka osim suđenja, na ročištima za preispitivanje pritvora, uz uspostavljanje veze između zatvora i sudova, kao i redovno za konsultacije pritvorenika sa braniocima.¹³

Primenjuje se u postupku po pravnim lekovima i posebnim postupcima nakon pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka (npr. postupak za ublažavanje (redukciju) kazne pred stalnim Međunarodnim krivičnim sudom).

Upotreba audio – video konferencije motivisana realnim potrebama, smanjivanja teškoća u vođenju postupka, izražena je u postupku pružanja unutrašnje pravne pomoći i naročito međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima. Prema Drugom dodatnom protokolu Evropske konvencije o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima¹⁴ od 8. novembra 2001. godine, koji je naša država potpisala i ratifikovala (čl. 9), važno je da se ima u vidu da je korišćenje uslovljeno: 1) *izuzetnim preduzimanjem* pravne pomoći na ovaj način uz obavezno navođenje *razloga* za neprimenu načela neposrednosti u punom efektu – izuzetno ograničenje načela neposrednosti (“nije poželjno niti moguće” da se lice lično pojavi na državnom području države moljilje); 3) podnošenjem *posebnog zahteva* za saslušanje putem audio – video konferencijske veze; 4) pristankom zamoljene stranke pod uslovom *da korišćenje nije protivno osnovnim načelima* njenog prava; 5) *prisutnost pravosudnih organa zamoljene države* koji obezbeđuje da se saslušanje sprovede u skladu sa osnovnim načelima prava zamoljene države; 6) raspolaganjem *tehničkim sredstvima* ili omogućavanjem sredstva od strane država molilja na osnovu međusobnog sporazuma; 7) *posebnim zahtevima za saslušanja u kojima učestvuju okrivljeni/osumnjčeni* – a) pravo diskrecije u pogledu primene ovog vida saslušanja/ako je potrebno uz pristanak i uz pristanak nadležnih

¹² Odluka USH, br. U – I 448/09 i dr. od 19. srpnja 2012. Preuzeto iz: Šime Pavlović, *Zakon o kaznenom postupku*, 2. izdanje, Libertin naklada Biblioteka pravo i zakoni, Rijeka, 2014, 794.

¹³ Equality and Human Rights Commission, Inclusive justice: a system designed for all, 7, <https://www.equalityhumanrights.com/en/publication>, 25.05.2020.

¹⁴ Zakon o ratifikaciji Drugog dodatnog protokola uz Evropsku konvenciju o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, broj 2/2006.

sudskih organa stranaka; b) odluka o održavanju video konferencije i način odvijanja je stvar dogovora stranaka u skladu sa njihovim domaćim pravima i relevantnim međunarodnim instrumentima; c) pristanak okrivljenog/osumnjičenog; d) mogućnost rezervi država ugovornica u bilo koje vreme.

U Zakoniku o krivičnom postupku mogućnost upotrebe video linka predviđena je pre svega u posebnim izuzetnim situacijama ispitivanja svedoka i veštaka, pod uslovima vezanim za ove posebne situacije: 1) u slučaju postupanja sa *posebno osetljivim svedocima* iz čl. 104 ZKP¹⁵, ispitivanje putem tehničkih sredstava za prenos slike i zvuka bez prisustva stranaka i drugih učesnika u postupku u prostoriji u kojoj se svedok nalazi i u kojoj daje iskaz koji se prenosi (svedok za vreme ispitivanja u drugoj prostoriji na istom mestu, svedok za vreme ispitivanja u stanu ili drugoj prostoriji, odnosno ovlašćenoj instituciji); 2) u slučaju ispitivanja *zaštićenih svedoka* iz čl. 109 st. 5 ZKP (mera zaštite svedoka uz promenu zvuka i slike), koje se shodno primenjuje i pri ispitivanju prikrivenog islednika, veštaka, stručnog savetnika i stručnog lica (čl. 112 ZKP); 3) *uzimanje iskaza van glavnog pretresa* – ispitivanje svedoka ili veštaka van glavnog pretresa iz čl. 357 ZKP (nemogućnost dolaska na glavni pretres zbog bolesti ili drugih opravdanih razloga) i izvođenje dokaza van glavnog pretresa iz čl. 404 st. 1 ZKP (nemogućnost ili znatno otežan dolazak pred sud ispitivanog lica čiji je iskaz važan), fizički odvojeno od lica koja imaju prava prisustva¹⁶. Zakonik, za razliku od primera u uporednom zakonodavstvu¹⁷, ne reguliše zasebno na istom mestu potrebu snimanja “udaljenog” načina ispitivanja svedoka i veštaka – paralelan tranfer iskaza i snimanje ovog načina ispitivanja, već se moraju primeniti uopštene odredbe o opciji tonskog ili optičkog snimanja iz člana 236 ZKP.

¹⁵ Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 i 35/2019.

¹⁶ Osnovna zamerka ovom načinu ispitivanja, koji je opravdan sa više aspekata, je izostavljanje zahteva da se ispitivanje sprovede uz obezbeđivanje propisanih tehničkih standarda prilikom preduzimanja dokaznih radnji i ušesće stručnih lica s ciljem “obezbeđivanja kredibiliteta pribavljenih dokaza” i “radi sprečavanja mogućih zloupotreba ukoliko bi se ispitivanje sprovodilo putem video linka”. Emir Ćorović, Aladin Šemović, “Upotreba video – linka u krivičnom postupku”, *Suđenje u razumnom roku i drugi krivičnopravni instrumenti adekvatnosti državne reakcije na kriminalitet*, LV redovno godišnje savetovanje Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2015, 364–365.

¹⁷ Tako, na primer, Zakon o krivičnom postupku Nemačke u paragrafu u kojem reguliše “nalog audiovizuelnog saslušanja svedoka”, utvrđuje potrebu da se prenos iskaza snimi: 1) “ako postoji bojazan da svedok neće moći da se sasluša na nekom narednom glavnom pretresu” i 2) ako je snimak “neophodan radi utvrđivanja istine”. V. § 247a *Strafprozeßordnung* – StPO, vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 11. Juli 2019 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist.

U skladu sa Zakonom o maloletnim učiniocima i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica¹⁸, upotreba tehničkih sredstava za prenos slike i zvuka kada se sa slušava oštećeno maloletno lice, tretira se kao "izuzetak od opštih odredaba, koji je ustanovljen u korist oštećenog maloletnog lica", a kriterijumi za njegovu primenu koje ceni nadležni sudija su karakteristike krivičnog dela i svojstva ličnosti maloletnog lica.¹⁹

Virtuelno prisustvo okrivljenog u sudnici moguće je: 1) pod garancijom obavezne odbrane, kada je naređeno udaljenje optuženog iz sudnice u posebnu prostoriju radi obezbeđivanja procesne discipline, pod uslovom da postoje tehnička sredstva za praćenje toka postupka (čl. 371 st. 1 ZKP); 2) ako se obezbeđuje učešće optuženog pred drugostepenim sudom na osnovu čl. 447 st. 4 i čl. 449 st. 4 ZKP (na sednici veća i pretresu) pod zakonom predviđenim uslovima (optuženi u pritvoru ili na izdržavanju kazne koja se sastoji u lišenju slobode, postojanje legitimnog interesa otežano obezbeđenje prisustva optuženog zbog bezbednosnih i drugih razloga²⁰, tehničke mogućnosti). Bezbednosni i drugi razlozi, koje bi cenio drugostepeni sud, praktično bi mogli da budu rizik od napada opasnog optuženog ili bekstva optuženog, potreba uvođenja posebnih složenih bezbednosnih mera, mogućnost remećenja reda u sudnici. U slučaju održavanja sednice veća, za koju su zahtevi suđenja u prisustvu okrivljenog fleksibilniji i primenjuju se u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja koje se odnose pre svega na predmet žalbe, složenost postupka, složenost slučaja, te okolnosti koje se odnose na optuženog (adekvatno zastupanje, značaj pitanja koje se razmatra za optuženog), obaveštavanje optuženog, te njegovo prisustvo na sednici veća (fizičko prisustvo ili izuzetno putem tehničkih sredstava za prenos zvuka i slike) obezbeđuje se samo ako je odbrana tražila ili ako je po oceni veća "neophodno za razjašnjenje stvari".²¹

¹⁸ Službeni glasnik RS, broj 85/2005.

¹⁹ Obrad Perić, *Komentar zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, Službeni glasnik, Beograd, 2005, 320.

²⁰ Ovaj način učešća, s obzirom na osnovno pravilo suđenja u fizičkom prisustvu i potrebu prisustva optuženog, ne samo sa aspekta načela pravičnosti, već i da bi se tačno i potpuno utvrdilo činjenično stanje traži preciznost primene izuzetka, te u formulisanju legitimnog cilja, a odredba je u delu vid "kaučuk norme". O legitimnom cilju i poštovanju prava na odbranu npr. videti *Marcello Viola v. Italy*, ECtHR, App. no. 45106/04, 5 October 2006, final on 5/1/2007, para 72–75.

²¹ U literaturi se upućuje na poseban problem održavanja sednice u ovom slučaju u odsustvu optuženog ako optuženi nema branioca, postoje bezbednosni rizici da se obezbedi prisustvo optuženog, a nisu ispunjeni tehnički uslovi za upotrebu video linka. S tim u vezi, postavlja se pitanje primene slučajeva obavezne odbrane. V. G. P. Ilić, *et al.*, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 1096.

Primena video konferencije moguća je u postupku pružanja međunarodne krivičnopravne pomoći. Zakon o međunarodno pravnoj pomoći u krivičnim stvarima²², primenjiv supsidijerno, u slučaju da ne postoji potvrđen multilateralni ili bilateralni međunarodni ugovor ili neko pitanje njime nije u potpunosti rešeno, u čl. 83, predviđa mogućnost korišćenja audio i video – konferencijske veze prilikom saslušanja okrivljenog, svedoka i veštaka. Po zahtevu države molilje, primenjivaće se pravila postupka te države osim ukoliko to nije u suprotnosti sa načelima pravnog poretka naše države (čl. 90 ZMPKS).

RIZICI UPOTREBE VIDEO LINKA

Suđenje u prisustvu okrivljenog je osnovno pravilo u krivičnom postupku. Glavni pretres se po pravilu ne može održavati u odsusvu optuženog, jer je optuženi stranka u krivičnom postupku tj. “subjekt krivičnog postupka koji je izvorno u funkciji odbrane”.²³ Prisustvo podrazumeva fizičko prisustvo okrivljenog pred sudom koje je garancija potpunih i delotvornih pouka suda upućenih okrivljenom, prava na odbranu okrivljenog²⁴, te prava na iznošenje činjenica i izjašnjenja o činjenicama²⁵. Izjašnjenje okrivljenog o krivičnom delu mora da bude dato u uslovima koji ne utiču na slobodnu volju okrivljenog u pogledu sadržine iskaza okrivljenog, koji se “može sastojati iz priznanja ili poricanja”²⁶ dela koje mu se stavlja na teret.

Primena video linka u krivičnom postupku, dovodi do rizika po ostvarivanje načela pravičnosti, zakonitog izvođenja dokaza i rizika po pravilnu ocenu dokaza, odnosno pravilno i potpuno činjenično stanje. Uvođenje videokonferencijske veze bez insistiranja na uslovu izuzetnog i nužnog normativnog prihvatanja i primene, motivisano isključivo praktičnim opštim podrebama olakšavanja suđenja i uštedom troškova, bez pažljivog razmatranja i uvođenja dodatnih garanci-

²² *Službeni glasnik RS*, br. 20/2009.

²³ Milan Škulić, *Krivično procesno pravo*, Sedmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, 357.

²⁴ U nauci krivičnog procesnog prava se definiše da “okrivljenom pripadaju i tzv. minimalna prava odbrane, koja kao međunarodni pravni standardi predstavljaju konstitutivne elemente načela pravičnog postupka (čl. 6 st. 3 EK)”. Vojislav Đurđić, *Krivično procesno pravo – Opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2014, 197.

²⁵ Ovo pravo okrivljenog “ostvaruje se kroz iskaz optuženog u okviru dokaza odbrane, u obliku *slobodnog izlaganja i izjašnjavanja o delu* koje mu se stavlja na teret”. Hajrija Sijerčić-Čolić, *Krivično procesno pravo – Knjiga I, Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje*, Četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2017, 360.

²⁶ Saša S. Knežević, *Krivično procesno pravo – Opšti deo*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2015, 287.

ja i standarda koji će održati suštinu osnovnih načela krivičnog postupka, preti da podrije ciljeve krivičnog postupka.

Analizirani problemi proizlaze iz nedostataka tehničke prirode i svode se na mogućnost postizanja tehničkih standarda projektovanih prema osnovnim ciljevima krivičnog postupka. Opšti potencijalni nedostaci videokonferencijske veze su pouzdanost internet konekcije, funkcionalnost kamere i dostizanje vernog i punog zvuka. Važan je kvalitet mreže, da li internet signali zakoče ili prekinu, brzina internet konekcije, da li su nejasne slike ili “iskrivljeni” zvukovi (kvalitet slike i zvuka). Potpun i veran prenos audio i video informacije bitan je za delotvorno učešće okrivljenog u postupku i ocenu iskaza od strane suda. Zbog jednakog položaja stranaka u postupku i jednake pravilne ocene dokaza u prilog okrivljenog i protiv okrivljenog, istraživanja su pokazala da treba da se insistira na kvalitetu zvučnika povezanih sa video linkom, odgovarajućim dimenzijama ekrana, formi slika i položaju ekrana u sudnici, uspostavljanju standarda u sudovima (ekrani veličine kućnih televizora, položaj ekrana takav da učesnici u postupku jasno i u potpunosti vide jedni druge, da u porotnim sistemima porota jednako vidi ekrane i sudiju), odgovarajućem razmaku između ekrana i učesnika, adekvatnom osvetljenju. U cilju očuvanja jednakosti “oružja” bilo bi da i tužilaštvo i odbrambeni timovi budu u udaljenim objektima, a da su sudije, porota, svedoci i javna galerija u glavnoj sudnici, ako bezbednost zahteva da je optuženi pod posebnim bezbednosnim merama.²⁷ U tom smislu, treba da se obezbedi tehnička simetrija, da odbrana bude na ekranu sa jedne strane katedre, a tužilaštvo sa druge strane, da su oba ekrana na jednakom rastojanju i pod jednakim uglom, da se obezbedi da stranke vide jedna drugu, da obe stranke vide sud, kao i jasna vidljivost stranaka za sud i ostale učesnike u postupku.

Da bi se osigurali neophodni tehnički uslovi, potrebno je da se vrše redovne kontrole ispravnosti tehničkih sredstava, prisustvo u sudnici kvalifikovanih stručnih lica koja će u slučaju nastupanja problema prilikom upotrebe video linka hitno da reaguju ili obezbeđivanje tehničke pomoći na drugi način. Takođe, u udaljenim objektima/prostorijama za udaljeno učešće (u okviru suda, u blizini suda, zatvorima, pritvorskim jedinicama, centrima za pružanje pravne pomoći, prostorijama u kojima se nalazi tužilaštvo, zgradama državnih organa, ovlašćenim institucijama,) treba da se obezbedi tehnička podrška. Ako je okrivljeni virtuelni učesnik, treba imati u vidu “digitalnu pismenost” okrivljenog.

Za ocenu dokaznog kredibiliteta važan je psihološki aspekt. Posmatranje ponašanja, mimika, glasa i tona glasa lica koje daje izjavu od uticaja je na pravilnu ocenu dokaza, te pravilno i u potpunosti utvrđeno činjenično stanje, naročito

²⁷ D. Tait *et al.*, op. cit., 80.

u sistemima porotnih suđenja²⁸. Iskazi uživo ostvaruju pozitivan efekat na pamćenje, pažnju i ocenu kredibiliteta iskaza.²⁹ Osim toga, ukazuje se na generalni izostanak tzv. "psihološke atmosfere suđenja" i na potrebu održavanja autoriteta suda, vizuelno izraženog u ambijentu tradicionalne sudnice (uzdignuta sudijska katedra, položaj porote) koja ima simboličan značaj i kulturni značaj.

Upotreba video linka za učešće okrivljenog pod okolnostima da je okrivljeni sam u udaljenoj prostoriji, ne može da vidi celokupan ambijent suđenja i ko je sve prisutan u sudnici, ostvaruje negativni efekat na njegovo psihološko stanje. Istraživanja pokazuju da su pojedini okrivljeni izvestili da su se u slučaju virtuelnog pojavljivanja pred sudom osećali dezorijetnisano, da nisu mogli da čuju ili razumeju postupak, da nisu imali dovoljno poverenja u poštenu raspravu pred sudom, čemu je jedan od razloga to što su se sami pojavili na ekranu dok su sudija, tužilac, često i branilac i javnost bili u stvarnoj sudnici ("inherentno neuravnoteženje" dizajna krivične rasprave na daljinu), u kom ambijentu može biti teško da okrivljeni osete da su deo postupka, ili da oni u sudnici osete prisustvo okrivljenog.³⁰

Brojna istraživanja posvećena su pojavljivanju okrivljenog putem video linka pred sudom iz policijskog pritvora ili zatvora i pitanjima da li ovaj način saslušanja okrivljenog utiče na ponašanje okrivljenog tako da ima štetne posledice za okrivljenog u pogledu ishoda postupka i zastupanja, u poređenju sa klasičnim saslušanjem okrivljenog koji se fizički pojavljuje pred sudom. Osim toga, deli se zabrinutost da okrivljeni "mogu da vide policiju kao deo tužilačkog elementa postupka", odnosno da policijska stanica "nije dovoljno neutralno mesto za održavanje saslušanja".³¹

U literaturi se naglašavaju principi koji treba da se zaštite prilikom suđenja na daljinu: 1) pravo okrivljenog na suočenje sa svedocima protiv okrivljenog; 2) pravo okrivljenog na delotvorno zastupanje, uključujući mogućnosti da okrivljeni i branilac budu na zajedničkoj lokaciji i da okrivljeni ima stalne konsultacije

²⁸ O uticaju ponašanja svedoka na porotnike: Blake M. McKimmie, Barbara M. Masser, Renata Bongiorno, "Looking Shifty but Telling the Truth: The Effect of Witness Demeanour on Mock Jurors' Perceptions", *Psychiatry, Psychology and Law*, Tom 21, br. 2, 2014.

²⁹ O efektima iskaza uživo: Sara Landström, Karl Ask, Charlotte Sommar, "Credibility judgments in context: effects of emotional expression, presentation mode, and statement consistency", *Psychology, Crime & Law*, 2018, 3–5.

³⁰ Courts are moving to video during coronavirus, but research shows it's hard to get a fair trial remotely, <https://theconversation.com/courts-are-moving-to-video-during-coronavirus-but-research-shows-its-hard-to-get-a-fair-trial-remotely-134386>, 18.08.2020.

³¹ Matthew Terry, Steve Johnson, Peter Thompson, *Virtual Court pilot Outcome evaluation*, Ministry of Justice Research Series 21/10, London, 2010, 21.

sa braniocem; 3) pravo odbrane da preispituje dokaze protiv okrivljenog; 4) očuvanje pretpostavke nevinosti uključujući da okrivljeni izgleda “slobodno” i “nesputano” tokom rasprave; 5). viđenje da se pravda javno sprovodi.³² Od naročitog je značaja da, ako je okrivljeni sam na udaljenoj lokaciji, ima privatni kanal komunikacije sa svojim braniocem koji će da zameni sastanke licem o lice (npr. razgovori putem telefona ili video linka) i da mu je obezbeđen blagovremen pristup advokatu radi pružanja blagovremene pomoći u odbrani i delotvorne odbrane. Konsultacije između branioca i okrivljenog podrazumevaju poverljiv razgovor i konsultacije tokom rasprave pred sudom. Poseban video link se obezbeđuje pred sudom za obavljanje poverljivog razgovora okrivljenog i branioca, ali njihova poverljiva komunikacija, te pružanje pravne pomoći otežano je tokom rasprave pred sudom (pravno savetovanje), što bi sud mogao da reši.³³

Na strani davalaca izjave važna je digitalna pismenost, da li razumeju upotrebu digitalnih i novih tehnologija, naročito kada su u pitanju lica sa invaliditetom. Posebno je značajna ocena postojanja fizičkih ili psihičkih smetnji kod okrivljenog, čiji se pojedini oblici teško uočavaju preko video linka, a mogu da otežaju obavljanje delotvornog poverljivog razgovora preko video linka koji ima nedostatke. Problemi nastupaju kada treba oceniti sposobnost okrivljenog da se uspešno brani, da li mu je neophodan branilac, tumač, prevodilac. Komisija za jednakost i ljudska prava u Velikoj Britaniji (*Equality and Human Rights Commission*)³⁴ ukazala je da “virtuelni postupci” imaju potencijalno negativne posledice po pristup pravdi i prava na pravično suđenje. Efektivno učestvovanje u krivičnom postupku podrazumeva da okrivljeni razume šta mu se stavlja na teret, dokaze optužbe, da može da ostvari delotvornu odbranu. Sporno je ako okrivljeni imaju izvesne psihološke i psihijatrijske poremećaje za koje je neophodan visok standard kvaliteta zvuka i slike da bi se uočili.³⁵ Neke od predloženih mera za smanjenje rizika pogrešne osude i neodgovarajuće kazne za lica sa invaliditetom su: audio i video snimanje takvih suđenja radi pravilne ocene, omogućavanje okrivljenima da im se objasni pravo da mogu da pokrenu pitanja koja mogu da imaju vezu sa njihovim učešćem u postupku i dostupne mehanizme koje im to

³² David Tait, *et al.*, op. cit., 12.

³³ M. Terry, S. Johnson, P. Thompson, op. cit., 21.

³⁴ Zakonom ustanovljeno nevladino javno telo, osnovano Zakonom o ravnopravnosti od 2006. godine, koje deluje nezavisno.

³⁵ Ovde spadaju kognitivni poremećaji (poremećaji pažnje, rasuđivanja, donošenja odluka, memorije, jezika – nerado govori), oštećenja mentalnog zdravlja (ekstremna anksioznost), neurološki poremećaji (nesposobnost da se kontrolišu impulsi ili misli). V. *Equality and Human Rights Commission*, op. cit., 4–5.

omogućavaju, povećana pažnja u pogledu identifikovanja lica za koja ovaj način suđenja nije odgovarajući, učešće registrovanih posrednika.³⁶

KONFRONTACIONA KLAUZULA U USTAVU SAD

Osnovna prepreka uvođenju video linka u krivični postupak u SAD je konfrontaciona klauzula iz Šestog amandmana na Ustav SAD – pravo okrivljenog da se suoči sa “svedokom protiv sebe” (svedokom optužbe). Međutim, upotreba video linka (“udaljena saslušanja”) je i praktičan način da se obezbedi poštovanje konfrontacione klauzule u uslovima kada je potrebno da se obezbedi važna javna politika (zaštita fizičkog i psihičkog integriteta dece žrtava krivičnog dela protiv polne slobode) i istovremeno davanje verodostojnog iskaza. Razmatrana je i u vezi potrebe da se smanje troškovi zbog zahteva obezbeđivanja iskaza veštaka na suđenju radi osiguranja konfrontacione klauzule (uvođenje “udaljenog dvosmernog svedočenja”), te u vezi nedostupnih svedoka (svedoci za koje postoji opasnost da će biti nedostupni) ako je moguće da se uzmu izjave ovih svedoka pre suđenja u posebnim procedurama.

Konfrontaciona klauzula garantuje pravo okrivljenog da se suoči sa svedocima optužbe. Obezbeđuje i štiti suočenje okrivljenog sa svedocima licem o lice (*face-to-face/physical confrontation*), što je opšte pravilo poizašlo iz precedenta. Vrhovni sud u slučaju *Coy v. Iowa*³⁷ našao je povredu prava okrivljenog na suočenje sa svedocima u slučaju kada je sudeći sud odlučio po zahtevu države, prema zakonu države koji uvodi izuzetak, da radi zaštite svedoka postavi ekran između okrivljenog i dva deteta svedoka, žrtava krivičnih dela protiv polne slobode. Želelo se izbeći da svedoci gledaju okrivljenog dok daju iskaz. Okrivljeni je nejasno video svedoke, a mogao je da ih čuje. Iako se nije sporilo da prava u okviru konfrontacione klauzule nisu apsolutna, te da se mogu ograničiti (nadjačati) zarad važnog interesa, kao što je zaštita žrtava od seksualnog zlostavljanja, neosnovano je da se konfrontaciona klauzula može ugroziti samo na osnovu zakonske pretpostavke “traume žrtve”, od kojeg tumačenja je polazila država.

Ipak, proizašao je izuzetak od opšteg pravila da se okrivljeni i svedok suoče licem u lice (da se međusobno vide i čuju). U sudskoj praksi Vrhovnog suda SAD, postavilo se pitanje da li je u saglasnosti sa konfrontacionom klauzulom, tačnije da li održava suštinu prava na konfrontaciju, u državi Merilend posebna zakonska

³⁶ *Ibidem*, 13.

³⁷ *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/1012/>, 27.08. 2020.

procedura svedočenja putem video konferencijske veze (van sudnice) deteta, žrtve seksualnog zlostavljanja, bez fizičkog prisustva okrivljenog.³⁸ Svedočenje preko video konferencijske veze (jednosmerna televizijska procedura), ako se primeni, organizovano je na način da svedoka i njegovo ponašanje u momentu davanja iskaza vide sudija, porotnici i okrivljeni, a da svedok ne vidi okrivljenog. Tužilac i branilac se povlače u drugu prostoriju u kojoj se dete ispituje i unakrsno ispituje. Okrivljena je imala elektronsku komunikaciju sa svojim braniocem. Sudeći sud je pre primene ove posebne procedure utvrdio zakonske uslove, da bi svedočenje deteta u sudnici imalo za posledicu “*ozbiljnu emocionalnu uznemirenost deteta tako da ne može razumno da komunicira*”, što se temeljilo na mišljenju veštaka koje je podnela država. Takođe je bilo bitno da se prethodno utvrdi sposobnost svedoka da svedoči i da svedok svedoči pod zakletvom.

Iz slučaja se naročito izdvajaju važni principi: 1. suočenje okrivljenog sa svedokom licem o lice je centralna vrednost konfrontacione klauzule, ali nije nezamenjiv element prava na suočenje; 2. važno je da se obezbedi glavna svrha klauzule – verodostojnost dokaza protiv okrivljenog, što se postiže time da iskaz bude podložan rigoroznom testiranju na *raspravi* pred sudom (obezbeđivanje adverzionalne procedure); 3. klauzula se tumači na način “*osetljiv*” na svrhu klauzule i prema potrebama suđenja i adverzionalnog postupka; 4. odstupanje od suočenja licem o lice: a) mora da bude *nužno* da bi se unapredila važna javna politika (interes države u dovoljnoj meri značajan da se nametne ograničenje), c) država mora pre suđenja da pokaže tu nuždu na adekvatan način u *konkretnom slučaju* što zahteva izvođenje dokaza pred sudom o nužnosti primene procedure i zatim odlučivanje sudećeg sudije u konkretnom slučaju prema dokazima; b) *može se primeniti samo ako je verodostojnost iskaza na drugi način osigurana* (uspоставljanje “funkcionalne ekvivalentnosti” svedočenju uživo/ličnom svedočenju).

Funkcionalna ekvivalentnost podrazumeva najpre da se obezbedi u potpunosti unakrsno ispitivanje odbrane, da se iznose prigovori odbrane, što traži da se ispoštuju zahtevi poverljive komunikacije³⁹ između branioca i okrivljenog tokom svedočenja, da i sud i okrivljeni posmatraju svedoka dok svedoči što zahteva maksimalnu uskladenost prenosa audio i video informacije, te da se presuđuje kao da je dete fizički prisutno u sudnici.

³⁸ *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/836/>, 27.08.2020.

³⁹ Privatni kanal komunikacije branioca i okrivljenog, npr. preko mobilnog telefona, prekidi tokom ispitivanja svedoka radi konsultacija, obezbeđivanje dva branioca tako što se postavi branilac koji je sa okrivljenim u sudnici.

Predloženi amandman na Pravilo 26 Federalnih pravila krivičnog postupka⁴⁰ koji se odnosio na dozvoljena “udaljena svedočenja”, odnosno videokonferencijsku vezu (dvosmerna video prezentacija) radi predstavljanja svedočenja uživo tokom suđenja (“*transfer svedočenja sa udaljenih lokacija*”) nedostupnih svedoka odbio je da odobri Vrhovni sud SAD. Nalazi Suda se smatraju “značajnim upozorenjem o ustavnosti udaljenog svedočenja” izvan slučaja *Maryland v. Craig*.⁴¹ S tim u vezi, u slučaju iz sudske prakse (u kojem je bilo i izdvojenih mišljenja), izdvaja se zapažanje sudije *Scalia*: “Virtuelna konfrontacija može biti dovoljna za zaštitu virtuelnih prava na konfrontaciju. Sumnjam da je to dovoljno za zaštitu stvarnih prava”.⁴² Međutim, uprkos ovom stavu, videokonferencijska veza dozvoljavana je u praksi sudova na federalnom nivou i na nivou država, nepozivajući se na precedent *Craig* pri tom ceneći da li se adekvatno zadovoljavaju osnovni elementi konfrontacije uz utvrđivanje postojanja “izuzetnih okolnosti” ili polazeći upravo od kriterijuma postavljenih u ovom slučaju (interes javne politike u koji su, osim zaštite dece žrtava krivičnih dela protiv polnih sloboda u širem smislu, te uopšte dece svedoka kod kojih suočenje sa okrivljenim dovodi do traume deteta, svrstavani u “nacionalna bezbednost u slučajevima terorizma”, “borba protiv međunarodnog krijumčarenja droge”, “zaštita zdravlja teško bolesnih svedoka”, “zaštita zastrašenih svedoka”).⁴³

Pravo okrivljenog na suđenje u prisustvu

Pravo okrivljenog na suđenje u prisustvu sastavni je deo Šestog amandmana. Podrazumeva nemogućnost da okrivljeni učestvuje u postupku “na daljinu”. Ipak, ovo pravilo nije apsolutno i može da se izgubi pod određenim uslovima, kada se okrivljeni lišava prava na konfrontaciju. Gubitak prava na fizičko prisustvo vezuje se za remećenje procesne discipline od strane okrivljenog i diskreciono ovlašćenje sudije da udalji okrivljenog iz sudnice. Sudija odlučuje na osnovu okolnosti slučaja, a osnovni zahtevi koji treba da se zadovolje su: 1. ponašanje okrivljenog kojim se *remeti red u sudnici*; 2. *upozorenje sudije* upućeno okrivljenom da će biti udaljen iz sudnice ako nastavi sa takvim ponašanjem; 3. uprkos upozorenju *okrivljeni nastavlja tako da se ponaša*; 4. *suđenje ne može da se nastavi* usled ponašanja okrivljenog ako okrivljeni ostane u sudnici; 5. *okrivljeni može da*

⁴⁰ *Federal Rules of Criminal Procedure*.

⁴¹ Jessica Smith, “Remote Testimony and Related Procedures Impacting a Criminal Defendant’s Confrontation Rights”, *Administration of Justice Bulletin* No. 2013/02, 6, dostupno na www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/reports/aojb1302.pdf, 30.8.2020.

⁴² *Ibidem*, 7.

⁴³ *Ibidem*, 10–11.

povrati svoje pravo da bude fizički prisutan u sudnici čim pokaže volju da se ponaša pravilno (pristojno i sa poštovanjem).⁴⁴ Federalna pravila procedure predviđaju izuzetak suđenja u prisustvu okrivljenog u slučaju remećenja procesne discipline pod uslovom prethodnog upozorenja, nastavljanja okrivljenog sa “remetilačkim ponašanjem” u meri da opravdava njegovo udaljene iz sudnice (Pravilo 43).

Pravo okrivljenog na suđenje u prisustvu (pravo na fizičko prisustvo) je ustavno pravo, elemenat prava na pravično suđenje koji omogućava konfrontaciju i vrhunska garancija pravičnog suđenja. Fizičko prisustvo podrazumeva prisustvo okrivljenog u prostoriji u kojoj je prisutan sudija (prisustvo u isto vreme i na istom mestu). Nezavisno je pravo. Ne može se “premostiti” ispravnošću i postignutim tehničkim standardima upotrebljene opreme za udaljenu komunikaciju (audio i video veze).

Federalna pravila krivičnog postupka, osim u slučaju određenih dozvoljenih odricanja okrivljenog od prava na prisustvo, određuju obavezno prisustvo okrivljenog prilikom prvog pojavljivanja pred sudom, prethodnog postupka i izjašnjenja o krivici, te tokom bilo koje faze suđenja i izricanja kazne (Pravilo 43a). Obaveznost prisustva okrivljenog na pojedinim sudskim ročištima (npr. ročište o sposobnosti svedoka da svedoči), zavisi pre svega ne od ispitivanja da li je ročište sastavni deo faze suđenja, već od ispitivanja da li je odsustvo okrivljenog sa ročišta nedozvoljeno mešanje u pravo okrivljenog da mu se obezbedi prilika za unakrsno ispitivanje svedoka, odnosno “da li bi njegovo prisustvo doprinelo pravičnosti postupka”, što zavisi od prirode ročišta, odnosno pitanja koje je predmet raspravljanja na ročištu i njegove veze sa predmetom suđenja, mogućnosti da okrivljeni koji je prisutan na suđenju ostvari pravo na unakrsno ispitivanje.⁴⁵

Ustavna neophodnost prisustva okrivljenog zasnovana je potrebi kontinuiranog posmatranja okrivljenog koje utiče na percepciju okrivljenog i doprinosi ishodu postupka, te je praktično posmatrano, suština ustavnog zahteva zadovoljena ako se sudu omogućí efektivno i kontinuirano posmatranje okrivljenog.

Prisustvo okrivljenog putem video – tele konferencije

Izmenama Federalnih pravila postupka (Pravilo 5 i Pravilo 10) od 1. decembra 2002. godine uvedeno je da tokom prvog pojavljivanja okrivljenog pred su-

⁴⁴ *Illinois v. Allen*, 397 U.S. 337 (1970), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/337/>, 27.08.2020.

⁴⁵ *Kentucky v. Stincer*, 482 U.S. 730 (1987), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/482/730/>, 3.9.2020.

dom i prethodnog postupka (koji obuhvata obaveštavanje okrivljenog o optužbi, ali i izjašnjenje o optužbi), po saglasnosti okrivljenog može da se koristi video – tele konferencija. Ipak, Pravilo 11 koje se odnosi na izjašnjenje o krivici nije izmenjeno u pravcu omogućavanja okrivljenom da pristane da se izjasni o krivici putem videokonferencije.

Izjašnjavanje o krivici okrivljenog koji je lišen slobode putem videokonferencije je pravno sporno i praktično problematično zbog naročito osetljivog položaja okrivljenog u zatvoru (potencijalna izloženost prinudi), značaja koji izjašnjavanje o krivici ima za okrivljenog, mogućnosti izricanja kazne bez suđenja, potrebe prethodnih savetovanja sa braniocem i dužnosti suda da obezbedi informisanost o optužbi, potencijalnoj kazni, te da proveri svest i volju okrivljenog u odnosu na priznanje i posledice priznanja. Okrivljeni mora da razume da se odriče prava na suđenje i ustavnih prava koja iz ovog prava proističu. Uprkos tome, u sudskoj praksi saveznih država i u pogledu krivičnih dela u većini slučajeva su prihvatane ove izjave date putem videokonferencije uz uslov da okrivljene zastupaju branioci, osim u slučaju odricanja prava na branioca.⁴⁶

O izjašnjavanju o krivici i ročištu za odlučivanje o krivičnoj sankciji tumačenje je dao Vrhovni sud SAD. Kada su u pitanju postupci za krivična dela, u sudskoj praksi se zahteva fizičko prisustvo okrivljenog, odnosno ne dozvoljava se učešće putem video konferencije nalazeći da je kršenje zahteva fizičkog prisustva samo po sebi sudska greška (štetna greška), bez obzira na argumente “neškodljive greške”, čak i kada okrivljeni traži da se pojavi putem videokonferencije (pokušaj odricanja prava na prisustvo), što je bilo podložno kritici i praćeno podsticajima zakonskih izmena naročito ako su u pitanju okrivljeni teško oboleli i kojima je kretanje otežano (“značajni zdravstveni problemi”).⁴⁷ Usko tumačenje zahteva suđenja u prisustvu (koje je između ostalog argumentovano i značenjem reči “prisustvo” – fizičko prisustvo u sudnici) i njegovih izuzetaka polazilo je od amandmana Pravila 43 iz 2011. godine (Pravilo 43 (b) (2)) koji dozvoljava upotrebu videokonferencije veze ako se okrivljeni saglasi sa upotrebom videokonferencije u ovim procedurama, ali ako su u pitanju prekršaji. Ova interpretacija je u cilju zaštite prava okrivljenog iz Šestog amandmana Ustava. Osim toga, važna je procedura koja se sprovodi pre izjašnjavanja okrivljenog o krivici, razgovori između okrivljenog i sudije. Lični kontakt pruža značajne garancije potpune provere su-

⁴⁶ Anne Bowen Poulin, “Criminal Justice and Videoconferencing Technology: The Remote Defendant”, *Tulane Law Review*, Tom 78, br. 4, 2004, 1150.

⁴⁷ O slučaju *United States v. Bethea* iz 2018. godine v. Meaghan Annet, “To Be Physically Present or Not to Be Physically Present: The Use of Videoconferences During Felony Proceedings”, *Boston College Law Review*, Tom 60, br. 9, 2019.

dije da li je priznanje okrivljenog dato svesno i dobrovoljno, odnosno da li postoji svest i dobrovoljni pristanak na posledice priznanja (odricanje prava priznanjem), da li okrivljeni razume optužbe i koje su mu kazne zaprećene.

U sudskoj praksi se podvlači da je "virtuelna stvarnost retko zamena za stvarno prisustvo".⁴⁸ Uprkos napretku tehnologije, ne postoji "potpuna stvarna jednakost" između gledanja događaja na ekranu i stvarnog prisustva događaju. Osnovni zaključak je da fizičko prisustvo ne može da se izjednači sa "prisustvom" putem korišćenja video – tele konferencije, jer nema vrednosti lične interakcije između sudije i okrivljenog, koju videokonferencija ne može da podražava u potpunosti.⁴⁹ Ovom formom učešća izostaju jedinstvene pogodnosti: 1. sprečavanje štetnih zaključaka zbog nepojavljivanja okrivljenog; 2. pažnja usmerena na neverbalne znake; 3. mogućnost okrivljenog da lično komunicira sa braniocem.⁵⁰

U saveznim državama upotreba videokonferencije primenjivala se u postupcima koji su prethodili suđenju za većinu krivičnih dela (osim najtežih krivičnih dela) - saslušanja okrivljenog sa udaljene lokacije radi odlučivanja o kauciji.⁵¹ Odobravanje kaucije i visina kaucije ima višestruku vezu sa pravičnim postupkom, pravima okrivljenog da se brani sa slobode, pravom na kauciju, garancijama protiv arbitrarnih lišenja slobode pre suđenja i arbitrarnih odluka suda, restriktivnosti lišenja slobode pre suđenja, zahtevom obezbeđivanja delotvorne odbrane dopuštanjem odbrane sa slobode, zaštitom pretpostavke nevinosti.⁵²

Upotreba posebne televizijske procedure (CCTP) bila je rezultat restriktivne politike u pogledu odobravanja kaucije, visoke stope kriminala, ali i potrebe da se centralizuje odlučivanje o kauciji, ubrza odlučivanje i smanje troškovi bez štete po okrivljenog. Međutim, istraživanja su otkrila značajan porast prosečne visine

⁴⁸ *United States v. Lawrence*, 248 F.3d 300, 304 (4th Cir.2001), <https://casetext.com/case/us-v-lawrence-64>, 5.9.2020.

⁴⁹ *United States v. Bethea*, United States Court of Appeals, Seventh Circuit. Apr 26, 2018. 888 F.3d 864 (7th Cir. 2018), <https://casetext.com/case/united-states-v-bethea-34>, 3.9.2020.

⁵⁰ M. Annet, op. cit., 168.

⁵¹ U državi Illinois prvi put su se upotrebila video – telefonska saslušanja za kauciju 1972. godine, proširivši se i na druge savezne države u određenim prethodnim postupcima i na prvo pojavljivanje pred sudom. Upotreba posebne televizijske procedure za odlučivanje o kauciji počela je 1999. godine u okrugu Kuk (*Cook County*), koji obuhvata Čikago i veće područje metropola, a završila se 2008. godine, vraćanjem "saslušanja uživo". Na saveznom nivou, najpre tehnička sredstva upotrebljavaju se u parnicama zatvorenika. Na osnovu zahteva Zakona o reformi zatvorske parnice (*Prison Litigation Reform Act*) iz 1995. godine, učešće okrivljenih preko tehničkih sredstava bilo je, u meri u kojoj je izvodljivo, u postupcima koji prethode suđenju u kojima se zahtevalo ili dozvoljavalo prisustvo okrivljenih, u slučajevima u kojima su okrivljeni bili lišeni slobode.

⁵² *V. Stack v. Boyle*, 342 U.S. 1 (1951), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/1/>, 5.09.2020.

kaucije određene u slučajevima u kojima se koristila CCTP procedura i odsustvo promena kada su u pitanju saslušanja uživo.⁵³ Ukazala su na faktore rizika upotrebe tehničkih sredstava. Brojne primedbe su usledile zbog značaja odobravanja kaucije za delotvornu odbranu. Najviše se pažnje posvećivalo uticaju moderne tehnologije na prosečne (“tipične”) okrivljene, njihovo ponašanje pred sudom i doživljaj suda (jer su udaljeni od suda, u zatvorskim uslovima, pod kontrolom straže), na potrebu fizičkog prisustva okrivljenog radi sveobuhvatnog ocenjivanja karaktera i ponašanja okrivljenog, te pravilnog odlučivanja o poverenju u okrivljenog i njegovoj podobnosti da se brani sa slobode, kao i na komunikaciju okrivljenog i branioca pre prvog pojavljivanja okrivljenog pred sudom (što je preduslov delotvorne odbrane).⁵⁴

Iz sudske prakse sledi da se videokonferencija koristi i u posebnim postupcima koji nisu direktno vezani za odlučivanje o krivičnopravnoj stvari (odlučivanje o zahtevu za davanje saglasnosti za prinudno lečenje okrivljenog radi vraćanja procesne sposobnosti) u slučaju prethodnih provera da li se rasprava može održati putem videokonferencije na način da zadovoljava ustavne zahteve.⁵⁵

Sumarni opšti problem upotrebe videokonferencijske veze za učešće okrivljenog u postupku istican u sudskoj praksi je da prisutnost okrivljenog u formi video slike na monitoru stvara opasnost da se umanjí sposobnost suda da ceni verodostojnost iskaza okrivljenog, procesnu sposobnost okrivljenog, uopšte fizičko i psihičko zdravlje, sposobnost da razume postupak, kao i da ceni dobrovoljnost bilo kakvih njegovih odricanja od prava, na koje se može pozvati.⁵⁶ Načelno, ostaje zabrinutost koja proizlazi iz mogućih upoređivanja komunikacija u krivičnom postupku sa rezultatima istraživanja komunikacije između partnera u oblasti poslovanja i donošenja poslovnih odluka – da li sudija doživljava okrivljenog koji učestvuje preko videokonferencije “negativnijim” u odnosu na okrivlje-

⁵³ Shari Seidman Diamond, *et al.*, “Efficiency and Cost: The Impact of Videoconferenced Hearings on Bail Decisions”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Tom 100, br. 3, 2010, 870. U literaturi se upućuje da su značajna istraživanja o uticaju korišćenja tehničkih sredstava na stopu zaključenih sporazuma o priznavanju krivičnih dela. V. Molly Treadway Johnson, Elizabeth C. Wiggins, “Videoconferencing in Criminal Proceedings: Legal and Empirical Issues and Directions for Research”, *Law & Policy*, Tom 28, br. 2, 2006, 220.

⁵⁴ Branilac može da bude na udaljenoj lokaciji zajedno sa okrivljenim, što je značajno za odnos poverenja između branioca i klijenta, ali otežava komunikaciju između branioca, tužioca i suda. V. M. Treadway Johnson, E. C. Wiggins, *op. cit.*, 216–217.

⁵⁵ *United States v. Algere*, 457 F. Supp. 2d 695 (E.D. La. 2005), www.courtlistener.com/opinion/2388275/united-states-v-algere/, 3.09.2020. U konkretnom slučaju svi učesnici u ovom posebnom postupku osim sudije bili su na istoj lokaciji kao i Algere.

⁵⁶ S. Seidman Diamond, *et al.*, *op. cit.*, 879.

nog koji je fizički pred sudijom, kao što se poslovni partner uživo karakteriše kao “dopadljiviji, društveniji, dinamičniji, uverljiviji” od onog koji se pojavljuje preko kompjutera.⁵⁷

ZAKLJUČAK

Izražene savremene tendencije u krivičnom postupku su da se smanje troškovi postupka, postignu vremenske uštede, ubrzaju pojedine procedure, eliminišu bezbednosni rizici, te smanje štetni efekti krivičnog postupka na učesnike u krivičnom postupku. Nezanemarujući značaj ovih izazova u savremenom društvu za uvođenje pojednostavljenih formi postupanja u krivičnom postupku i jačanje zaštite učesnika u postupku, učešće pojedinih procesnih subjekata putem tehničkih sredstava za prenos slike i zvuka treba da bude izuzetno restriktivno, u vezi sa unapred zakonom predviđenim slučajevima u kojima će se zahtevati jasni i precizni uslovi. Preduslovi primene video linka su prethodna ocena da li je primena nužna, procena sposobnosti i osobina učesnika koji daju izjavu, te da li će stranke moći u dovoljnoj meri da raspravljaju o datoj izjavi i predmetu optužbe. Odlučivanje o podobnosti video linka u pojedinačnom slučaju zahteva proceduru prethodnog utvrđivanja činjenica. Od zakonodavca i suda traži se da omoguće okrivljenom da delotvorno učestvuje u krivičnom postupku na način da nije u lošijem položaju u odnosu na položaj okrivljenog koji je fizički prisutan, licem u lice sa sudijom, niti u podređenom položaju u odnosu na javnog tužioca, dakle da zadovolje suštinu načela neposrednosti, delotvorno ostvarivanje načela jednakosti “oružja” i prava na odbranu.

Fizičko prisustvo okrivljenog pred sudom nasuprot virtuelnom učešću okrivljenog u krivičnom postupku ima višestruki značaj: 1. omogućava da okrivljeni bolje i potpunije razume pouke koje su mu upućene i celokupan krivični postupak, ozbiljnost postupka i njegove moguće posledice, potencijalna odricanja od prava (pre svega prava na branioca i prava na suđenje), sprovođenje postupka; 2. obezbeđuje da sud detaljnije proveri razumevanje okrivljenog, nivo njegovog obrazovanja i sposobnost da se uspešno brani, te da sud oceni da li je ovaj način učešća okrivljenog adekvatan u konkretnom slučaju; 3. štiti puno i nesmetano pravo okrivljenog na komunikaciju sa braniocem, zastupanje, raspravu o činjenicama i dokazima (preispitivanje dokaza optužbe), neposrednost u izvođenju dokaza, te potpunu i sveobuhvatnu ocenu kredibiliteta dokaza.

Primer SAD ukazuje na štetne posledice koje korišćenje video linka za učešće okrivljenog u krivičnom postupku u pojedinim procedurama (prvo pojav-

⁵⁷ M. Treadway Johnson, E. C. Wiggins, op. cit., 222.

ljivanje pred sudom okrivljenog koji je lišen slobode, odlučivanje o odbrani sa slobode, izjašnjavanje o krivici) može da ima na zakonit i pravičan postupak, te ishod postupka, kao i na mere obezbeđenja verodostojnosti iskaza. Prilikom odlučivanja o dodatnom uvođenju fakultativne upotrebe video linka u krivični postupak i njegovoj intenzivnijoj primeni, mora se uzeti u obzir ocena prirode i značaja procedure, njen efekat na pravičnost krivičnog postupka u celini i rezultat krivičnog postupka. Okrivljeni koji je lišen slobode je u posebno osetljivom položaju, koji zahteva naročitu brižljivost prilikom procene slobodne volje okrivljenog da se izjasni o svojim pravima, optužbi i relevantnim činjenicama, obazrivu ocenu potencijalnog budućeg ponašanja okrivljenog, kao i posebne uslove za pripremanje odbrane. Ostaje bojazan u pogledu ostvarenog domašaja "Skype" suđenja, odricanja od suđenja putem "Skupe"-a zaključenjem sporazuma o priznanju krivičnih dela, što otvara put novim istraživanjima.

Osnovni rizici video linka proizlaze iz ograničene moći tehničke opreme da u potpunosti prenese relevantne informacije u krivičnom postupku i njenog uticaja na psihu i ponašanje učesnika u postupku, što sledi iz istraživanja u pravnoj nauci, ali i saznanja iz oblasti psihologije, komunikacije, obrazovanja i drugih disciplina. Takođe, video link osim troškova pribavljanja opreme koja će da zadovolji isprobane visoke tehničke standarde, iziskuje izdatke za zasebne prostorije za virtuelno učešće, uređivanje sudnice za virtuelno učešće više učesnika u postupku (okrivljenog, branioca, tužioca i svedoka) sa potpunom opremom, troškove angažovanja kvalifikovanih stručnih lica, troškove opreme za snimanje ovog načina učešća.

IVANA MILJUŠ, M.A.
Assistant, Faculty of Law
University of Belgrade

CHALLENGES AND RISKS OF INTRODUCING A VIDEO LINK IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

In this paper, the author analyzes the use of video links for the transmission of images and sound in criminal proceedings, cases and reasons in favor of the use of video links, as well as general challenges for the video link application from the aspect of the court, the defendant and the witness (cost reduction, timesaving, acceleration of certain procedures, elimination of security risks, reduction of the harmful effect of criminal proceedings for participants in the proceedings, more humane treatment of the accused). At the same time, it points to the basic risks of using a video

link, influence primarily on the right of the accused to a fair trial and a correct and complete finding of fact. The central question is how to ensure credible testimony and a fair trial in the presence of a justified reason to introduce a video link. Technical means should ensure the most complete and reliable transmission of audio and video information and exercising the right to defence. From the example of US case law arises the essential value of the confrontation clause, the advantage of the physical presence of the defendant over the virtual participation of the defendant in the criminal proceedings, the prohibited use of videoconferencing, harmful consequences of its use for the defendant's participation in criminal proceedings in certain proceedings, and the basic conditions for deciding on the suitability of a video link in an individual case.

Key words: video link, defendant, witness, confrontation clause, fair trial

Literatura

- Annet M., "To Be Physically Present or Not to Be Physically Present: The Use of Videoconferences During Felony Proceedings", *Boston College Law Review*, Tom 60, br. 9, 2019.
- Bowen Poulin A., "Criminal Justice and Videoconferencing Technology: The Remote Defendant", *Tulane Law Review*, Tom 78, br. 4, 2004.
- Ćorović E., Šemović A., "Upotreba video – linka u krivičnom postupku", *Suđenje u razumnom roku i drugi krivičnopravni instrumenti adekvatnosti državne reakcije na kriminalitet*, LV redovno godišnje savetovanje Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2015.
- Durđić V., *Krivično procesno pravo – Opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2014.
- Ilić G. P., *et al.*, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.
- Knežević S. S., *Krivično procesno pravo – Opšti deo*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2015.
- Landström S., Ask K., Sommar C., "Credibility judgments in context: effects of emotional expression, presentation mode, and statement consistency", *Psychology, Crime & Law*, 2018.
- McKimmie M. B., Masser M. B., Bongiorno R., "Looking Shifty but Telling the Truth: The Effect of Witness Demeanour on Mock Jurors' Perceptions", *Psychiatry, Psychology and Law*, Tom 21, br. 2, 2014.
- Pavlović Š., *Zakon o kaznenom postupku*, 2. izdanje, Libertin naklada Biblioteka pravo i zakoni, Rijeka, 2014.
- Perić O., *Komentar zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, Službeni glasnik, Beograd, 2005.
- Raburn-Remfry P., "Due Process Concerns in Video Production of Defendants", *Stetson Law Review*, Tom XXIII, 1994.

- Seidman Diamond S. *et al.*, "Efficiency and Cost: The Impact of Videoconferenced Hearings on Bail Decisions", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Tom 100, br. 3, 2010.
- Sijerčić-Čolić H., *Krivično procesno pravo - Knjiga I, Krivičnoprocesni subjekti i krivično-procesne radnje*, Četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2017.
- Tait D. *et al.*, *Towards a Distributed Courtroom*, Wester Sindney University, Sidney, 2017.
- Terry M., Johnson S., Thompson P., *Virtual Court pilot Outcome evaluation*, Ministry of Justice Research Series 21/10, London, 2010.
- Treadway Johnson M., Wiggins C. E., "Videoconferencing in Criminal Proceedings: Legal and Empirical Issues and Directions for Research", *Law & Policy*, Tom 28, br. 2, 2006.
- Škulić M., "Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka i načelo istine u krivičnom postupku", *Pravni život*, Tom I, br. 9, Beograd, 2010.
- Škulić M., *Krivično procesno pravo*, Sedmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014.
- Škulić M., *Međunarodno krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Biblioteka Udžbenici, Beograd, 2020.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 22.09.2020.

Prihvaćen: 03.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

ZORAN ĐURĐEVIĆ
ALEKSANDRA SPASOJEVIĆ

MALOLETNIČKI KRIMINALITET I MERE POJAČANOG NADZORA NAD MALOLETNIM UČINIOCIMA KRIVIČNIH DELA

Maloletnički kriminalitet je jedan od najvažnijih indikatora za ocenu politike suzbijanja kriminaliteta u jednoj državi. Kvalitet sprovedenih krivičnih sankcija prema maloletnim učiniocima može pozitivno ali i negativno uticati na trendove kriminaliteta punoletnih lica. Upravo, predmet ovog rada je ukazivanje na značaj i faktore koji mogu uticati na sprovođenje mera pojačanog nadzora nad maloletnim učiniocima. Rad čine četiri logički povezane celine. U uvodnom delu izneti su osnovni podaci o maloletničkom kriminalitetu u Srbiji u periodu od 2017–2019. godine. Drugi deo rada je posvećen vaspitnim merama pojačanog nadzora od strane organa starateljstva i pojačanog nadzora od strane roditelja, usvojioca ili staraoca, a treći postupku izvršenja koji je poveren organu starateljstva. Posebna pažnja je posvećena analizi delotvornosti ovih vaspitnih mera na ponašanje maloletnika i njegovu porodicu kroz prizmu faktora koji mogu uticati na kvalitet njene primene. Zastupljenost kriminaliteta maloletnika je približno ista poslednjih godina, što može implicirati da sistem učesnika u izvršenju nije dovoljno dobro organizovan i na pravi način posvećen njegovom smanjenju. U zaključku su predložene preporuke koje bi mogle unaprediti postupak i kvalitet izvršenja ovih vaspitnih mera.

Ključne reči: maloletnički kriminalitet, maloletni učinioci krivičnih dela, vaspitne mere, pojačan nadzor od strane organa starateljstva, pojačan nadzor od strane roditelja

Prof. dr Zoran Đurđević, redovni profesor Kriminalističko-policijskog univerziteta,
e-mail: zoran.djurdjevic@kpa.edu.rs.

Aleksandra Spasojević, dipl. psiholog master, Centar za socijalni rad Valjevo, e-mail:
novisad.aleksandra@gmail.com.

U V O D

Maloletnički kriminalitet generiše potencijal za kriminalitet punoletnih lica, pa možemo reći da adekvatan pristup u njegovom suprotstavljanju može da utiče i na trendove kriminaliteta punoletnih lica.¹ Naravno, to je samo jedan od faktora koji utiče na kriminalitet punoletnih lica. Preduzimanje preventivnih mera i rad sa maloletnim izvršiocima krivičnih dela je indikator spremnosti društva da utiče na faktore koji doprinose maloletničkoj delinkvenciji. Upoređujući period od 2017–2019. godine broj krivičnih prijava protiv maloletnih izvršilaca je u 2019. godini za 6% bio manji u odnosu na broj u 2017. godini, ali je za 6% bio veći u odnosu na 2018. godinu. Kada isti vremenski period posmatramo kroz prizmu krivičnih sankcija, broj izrečenih krivičnih sankcija je u 2019. godini bio je za 8% veći nego u 2018. godini, ali i za 3% veći nego u 2017. godini. Interesantan podatak za rad pravosudnih organa su i činjenice, da je u 2018. godini u odnosu na 2017. godinu podneto 21% manje krivičnih prijava a izrečeno 5% manje krivičnih sankcija.²

Specifičnosti maloletničkog kriminaliteta su godine učinilaca, njihov profil, krivičnopravni postupak i vrste sankcija. Najčešća krivična dela izvršena od strane maloletnika možemo svrstati u krivična dela čiji su objekt radnje druga lica i čiji su objekt radnje materijalna dobra.³

Podaci pokazuju da maloletnici muškog pola češće vrše krivična dela, da su ona teža i češće uključuju nasilje, kao i da najčešće vrše imovinske delikte.⁴ U

¹ Još tokom osamdesetih godina rezultati sprovedenih longitudinalnih istraživanja Kembridž studije o razvoju delinkvencije (*Cambridge Study in Delinquent Development*) su ukazali na faktore i okolnosti koje dovode do povrata i izvršenja krivičnih dela kod punoletnih lica. Neka od istraživanja: David Farrington, "Early precursors of frequent offending", *Families, schools and delinquency prevention*, (ur. James Wilson, Glenn Loury), Springer, New York, 1987, 27–50; David Farrington, Bernard Gallagher, Lynda Morley, Raymond ST Ledger, Donald West, "Are there any successful men from criminogenic backgrounds?", *Psychiatry – A Journal of the Washington school of Psychiatry*, Tom. 51, br. 2, Washington, 1988, 116–130.

² *Maloletni učinioci krivičnih dela*, Saopštenje broj 194 od 15.07.2020, Republički zavod za statistiku, (u daljem tekstu skraćeno RZZS), Beograd, 1, <https://www.stat.gov.rs/vesti/20200715-maloletni-ucinioci-krivicnih-dela-2019/?s=1401>, 20.07.2020.

³ Podaci za potrebe ovog rada dostavljeni 26.08.2020. od Centra za socijalni rad Kolubara Valjevo za period od 2017–2019. godine za lica osuđena na vaspitne mere pojačanog nadzora (ukupno 49) ukazuju da su najviše vršili krivična dela protiv života i tela (19) i imovinske delikte (16).

⁴ Na osnovu ankete o samooptuživanju u istraživanju u periodu od 2013–2014. godine ispitano je 1344 učenika srednjih i osnovnih škola u Novom Sadu i Beogradu, prema: Vesna Nikolić Ristanović, *Delinkvencija i viktimizacija maloletnih lica u Srbiji – Rezultati Međunarodne ankete samoprijavljanjem delinkvencije*, Prometej Beograd, 2017, 4–5.

vremenskom periodu od 2017–2019. godine, maloletnici su izvršili najveći broj krivičnih dela protiv imovine (prosek 47.2%).⁵ Doživljaj nesklada između ličnih interesa, želja i realnih mogućnosti je faktor koji utiče na maloletnike da izvrše krivično delo. Kod pojedinih maloletnika niskog socioekonomskog statusa faktor uticaja je siromaštvo (nezaposlenost roditelja i opterećenost egzistencijalnim problemima). Međutim, kriminalitet nije isključen ni kod maloletnika koja potiču iz višeg socioekonomskog staleža (kod kojih može biti prisutna bahatost u ponašanju, želja za uzbuđenjem, zloupotreba supstanci, nasilničko ponašanje u saobraćaju i prema osobama slabijim od sebe).

Zakonodavac je predvideo više mogućnosti za sankcionisanje maloletnika, upravo uzimajući u obzir pomenute specifičnosti. Svrha krivičnih sankcija prema maloletnicima je da se nadzorom, pružanjem zaštite i pomoći nalozima utiče na njihov razvoj i jačanje lične odgovornosti i na vaspitavanje (čl. 10).⁶ Raspon sankcionisanja se kreće od primene vaspitnih naloga (čl. 7 ZOMUKD), pa do primene sankcija kao što su vaspitne mere i kazna maloletničkog zatvora. Propisane vaspitne mere su: mere upozorenja i usmeravanja, mere pojačanog nadzora i zavodske mere (čl. 11 ZOMUKD). U odnosu na ukupan presuđeni maloletnički kriminalitet u Srbiji u periodu od 2017–2019. godine najviše je bilo izrečeno mera upozorenja i usmeravanja (ukupno 2352), zatim vaspitnih mera pojačanog nadzora (ukupno 2244) i najmanje maloletničkog zatvora (ukupno 19). Međutim, ako pogledamo procentualne odnose na godišnjem nivou, mere pojačanog nadzora su najviše izricane krivične sankcije samo u 2018. godini (49%).⁷ Međutim, to nije trend karakterističan za sve sudove. Na primer, Viši sud u Valjevu je od ukupno izrečenih 37 vaspitnih mera pojačanog nadzora najviše izrekao u 2019. godini (19).⁸

Kada je u pitanju *uzrast maloletnika* uočava se tendencija da najveći broj krivičnih prijava ima protiv mlađih maloletnika koji su u vreme izvršenja krivič-

⁵ Posle njih su prisutna krivična dela protiv života i tela (15.5%), zatim krivična dela protiv javnog reda i mira i javnog saobraćaja (13%), krivična dela protiv zdravlja ljudi (7.6%) i krivična dela protiv sloboda i prava čoveka i građana (4.9%). *Maloletni učinioci krivičnih dela*, Saopštenje br. 194, op. cit., 2.

⁶ Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005. (u daljem tekstu: Zakon o maloletnicima ili ZOMUKD).

⁷ *Maloletni učinioci krivičnih dela*, Saopštenje broj 194, op. cit., 3.

⁸ Podaci Višeg suda u Valjevu od 13.08.2020. za period od 2017–2019. g. Pojačan nadzor od strane roditelja je izrečen 14 puta, pojačan nadzor od strane organa starteljstva 23 puta. Ostale vaspitne mere pojačanog nadzora nisu izricane.

nog dela imali 14 ili 15 godina.⁹ U 2017. i 2019. godini je najviše osuđeno maloletnika starosti od 17 godina, a u 2018. godini od 16 godina.¹⁰ Nešto drugačiji su podaci Centra za socijalni rad u Valjevu, gde je izvršeno najviše vaspitnih mera pojačanog nadzora prema licima koja su u vreme izvršenja krivičnog dela imala 17 godina.¹¹ Međutim, jedan deo maloletnika odnosno dece prema kojima se ne mogu primeniti krivično-procesne radnje je uzrasta do 14 godina i zbog toga im treba posvetiti posebnu pažnju. U krivičnopravnom smislu ova granica je bitna ali je mala razlika u biološkom i psihičkom razvoju ličnosti deteta u odnosu na ovako postavljenu granicu. Dakle, većina te dece “u vreme izvršenja tog dela nije navršila određeni minimlni uzrast, te za takvo delo objektivno ne može snositi krivicu pa stoga ni njegovo delo neće biti krivično delo”.¹² Oko polovina osuđenih maloletnika na vaspitne mere na području Valjeva je već imalo izvršenja krivičnih ili prekršajnih dela bez obzira na krajnji ishod postupka.¹³

POJAČAN NADZOR OD STRANE ORGANA STARATELJSTVA ILI OD STRANE RODITELJA, USVOJIOCA ILI STARAOCA

Na republičkom nivou u periodu od 2017–2019. godine ukupno je izrečeno 2244 mera pojačanog nadzora. Prema mlađim maloletnicima u 2017. godini je izrečeno 270, u 2018. godini 292, a u 2019. godini 296 mera pojačanog nadzora. Kada su u pitanju stariji maloletnici u 2017. godini ih je bilo 431, u 2018. godini 464 i u 2019. godini 491.¹⁴ U ovim slučajevima sud je procenio da su ove mere neophodne jer je za vaspitanje i razvoj maloletnika bilo potrebno preduzeti trajnije mere uz odgovarajući stručni nadzor i pomoć, a nije potrebno maloletnikovo potpuno odvajanje iz dotadašnje sredine (čl. 11. st. 3 ZOMUKD). Maloletniku se

⁹ Maloletni učinioi krivičnih dela u Republici Srbiji, 2018, Republički zavod za statistiku, Beograd, 2018, 21, <https://www.stat.gov.rs>, 20.07.2020. Maloletni učinioi krivičnih dela u Republici Srbiji, 2017, Republički zavod za statistiku, Beograd, 2017, 21, <https://www.stat.gov.rs>, 20.07.2020.

¹⁰ Maloletni učinioi krivičnih dela, Saopštenje broj 194, op. cit., 3.

¹¹ Podaci Centra za socijalni rad Kolubara Valjevo, op. cit., (17 od 49 lica je delo izvršilo na uzrastu od 17 godina).

¹² Milan Škulić, *Maloletničko krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, 252.

¹³ Podaci Centra za socijalni rad Kolubara Valjevo, op.cit. Podaci o ranijoj osuđivanosti ukazuju da je većina dece koja su osuđena na vaspitnu meru pojačanog nadzora ranije neosuđivana (37) ali je od toga njih 10 imalo neku vrstu kriminalnog ponašanja na uzrastu do 14. godine.

¹⁴ Maloletni učinioi krivičnih dela u Republici Srbiji, Saopštenje broj 194, op. cit., 3.

tako pružila šansa da ostane u svom okruženju ali uz nametanje određenih ograničenja i pravila ponašanja.

Od vaspitnih mera pojačanog nadzora najčešće su izricane dve mere: pojačan nadzor od strane organa starateljstva (čl. 17 ZOMUKD) i pojačan nadzor od strane roditelja, usvojioca ili staraoca (čl. 15 ZOMUKD). Od ukupnog broja izrečenih krivičnih sankcija (1548) je izrečeno 269 vaspitnih mera pojačanog nadzora od strane roditelja, usvojioca ili staraoca, 130 za krivična dela protiv imovine (krađa, teška krađa ili razbojništvo), zatim 51 za krivična dela protiv zdravlja ljudi i 36 za krivična dela protiv života i tela. Vaspitnih mera pojačanog nadzora od strane organa starateljstva je izrečeno 395, a najviše 216 za krivična dela protiv imovine (krađa, teška krađa ili razbojništvo), zatim 57 za krivična dela protiv zdravlja ljudi i 48 protiv života i tela.¹⁵ Dakle, u 47% više slučajeva, sud je procenio da su roditelji propustili da vrše adekvatnu brigu i nadzor nad maloletnikom, da nisu u mogućnosti da vrše pojačan nadzor, te da se maloletnik mora staviti pod nadzor organa starateljstva koje će vršiti službeno lice tog organa. Međutim, "ovakvo rešenje u praksi postavlja pitanje da li teškoće sa kojima se suočava porodica maloletnika nisu takve prirode da dovode u pitanje i sve napore organa starateljstva."¹⁶ Odnosno, govorimo o potrebi dobre procene funkcionalnosti i saradničkih potencijala porodice.

Prilikom donošenja odluke sud ceni sve okolnosti slučaja, a posebno uzima u obzir faktore koje mogu doprineti delinkventnom ponašanju, kao i protektivne faktore. Dakle, presuda treba da bude doneta srazmerno krivici za izvršeno krivično delo, a sa ciljem poboljšanja ponašanja maloletnika i sprečavanja recidivizma. Osnovni cilj sankcionisanja maloletnih prestupnika je njihova resocijalizacija, prevaspitanje, učenje društvenim normama i vrednostima kako bi se razvili u pozitivne i socijalno i društveno prihvatljive ličnosti. Na ostvarenje navedenog cilja može uticati vreme potrebno za izricanje krivične sankcije kao i adekvatan izbor sankcije.

"Kako je socijani ambijent načelno od velikog značaja kada se radi o maloletničkoj delinkvenciji, i njenim (materijalnim i procesnim) krivičnopravnim aspektima, to po pravilu nameće potrebu brzog rešavanja određenog pitanja"¹⁷ što u praksi nije uvek slučaj. Od momenta prijave izvršenog krivičnog dela do pravnosnažnosti presude i na kraju do momenta početka izvršenja izrečene vaspitne

¹⁵ Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2018, op. cit., 46–53.

¹⁶ Dragan Jovašević, *Maloletničko krivično pravo*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2011, 111.

¹⁷ M. Škulić, op. cit., 326.

mere u centru za socijalni rad najčešće prođe više meseci.¹⁸ U 2018. godini krivični postupak je za 1070 krivičnih prijava završen u periodu do 2 meseca (39%), a većina krivičnih postupaka se okončala u roku do šest meseci (ukupno 75%). U periodu od šest meseci do godinu dana završeno je 17.5%, a 7.5% krivičnih postupaka je trajalo duže od godinu dana.¹⁹ Međutim, u Valjevu ovaj vremenski period je prosečno oko godinu dana.²⁰ S obzirom da se radi o posebno osetljivoj kategoriji lica zahteva se hitnost postupanja u svakom segmentu, jer za nekog maloletnika to može biti pogodno vreme da nastavi da vrši krivična dela, a za nekog drugog olakšavajuća okolnost za izricanje sankcije jer za to vreme nije izvršio recidiv. U ovom međuprostoru značajnu ulogu ima postupanje organa starateljstva. On "ima pravo da se upozna sa tokom postupka, da daje predloge, ukazuje na dokaze i činjenice koje su relevantne za donošenje pravilne odluke, a posebno je značajan prilikom ispitivanja ličnosti maloletnika."²¹ Izveštaj i postupanje organa starateljstva svakako mora biti objektivno i zasnovano na činjenicama, dokazima i standardima stručne procene. "Organ starateljstva je pomoćni organ suda, a sa druge strane je sporedan krivičnopravni subjekt, koji ima posebna prava i dužnosti u krivičnom postupku."²² Međutim, i pored toga treba napomenuti da organ starateljstva ne daje predlog za izricanje određene vaspitne mere ili posebne obaveze.

Izvršenje vaspitne mere pojačanog nadzora u centru za socijalni rad

Izvršenje ovih vaspitnih mera je povereno organu starateljstva (čl. 98. st. 2 ZOMUKD), međutim ono faktički počinje danom prijema izvršne sudske odluke, a ne danom početka tretmana u centru za socijalni rad. Sistem socijalne zaštite polazi od stanovišta da je kriminalitet maloletnika manifestacija smetnji u socijalnom razvoju i zadovoljavanju socijalnih potreba. Organ starateljstva se u rad sa

¹⁸ Iskustvo iz prakse pokazuje da ovaj period može varirati u mesecima uzimajući u obzir vremenski period za dostavljanje pismena organu starateljstva od strane suda, procedure pozivanja stranaka za početak izvršenja i dr.

¹⁹ Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2018, op. cit., 25.

²⁰ Podaci Centra za socijalni rad u Valjevu za period od 2017–2019. godine ukazuju da je za 29 od ukupno 49 lica, proteklo oko godinu dana od momenta izvršenja krivičnog dela do momenta početka tretmana za vaspitnu meru.

²¹ Borislav Bojić, *Maloletnici i krivično pravo*, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe u Novom Sadu, Novi Sad, 2017, 143.

²² Saša Knežević, *Maloletničko krivično pravo-materijalno, procesno i izvršno*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2010, 130.

maloletnicima i njihovom porodicom uključuje nakon izvršenja krivičnog dela, pa se njegova uloga može videti samo u specijalnoj prevenciji. Takođe, zbog načina organizacije rada i poslova iz nadležnosti,²³ organ starateljstva nema dovoljno resursa da sprovedi savetodavne programe ni grupni psihoterapijski rad²⁴ koji bi imao kontinuitet. Ovi poslovi se mogu poveriti pružaocima usluga²⁵ koji su za to osposobljeni i licencirani a koji su posebno oformljeni nezavisno od nadležnosti organa starateljstva.

Kako su maloletnici specifična kategorija potrebno je voditi računa o zaštiti najboljeg interesa deteta. "Najbolji interes deteta predstavlja jedan od osnovnih principa u ostvarivanju, poštovanju i zaštiti prava deteta."²⁶ On se zasniva na proceni i načinu zadovoljenja potreba za adekvatnim fizičkim i psihičkim razvojem, za obrazovanjem, zdravljem, emotivnim razvojem, bezbednošću, ekonomskom stabilnošću, mišljenjem i željama, razvojem identiteta i dr. Jedan od načina obezbeđenja najboljeg interesa deteta je i njegova participacija,²⁷ dakle njegovo mišljenje, želje, stavovi o nekom pitanju. U postupku izvršenja neophodno je da se maloletniku pruže informacije, objasni postupak u skladu sa njegovim uzrastom i zrelošću, da mu se objasni šta se od njega očekuje, koje su posledice neadekvatnog ponašanja i kršenja obaveza. Nužno je da se sa maloletnikom izgradi odnos poverenja, poštovanja, autoriteta i razumevanja.

Bez obzira koja od ove dve vaspitne mere je u pitanju, organ starateljstva tehnički mora sprovesti iste postupke i to: procena potreba i snaga porodice i maloletnika, organizovanje mreže usluga sa drugim institucijama i koordinacija pro-

²³ Za razliku od sistema organizacije izvršenja ovih presuda u Italiji, gde u centru za socijalni rad postoji služba koja se bavi ovim licima i stara se da maloletniku obezbedi sve što je potrebno za pravilan razvoj njegove ličnosti i u materijalnom i u edukativnom smislu, a druga služba je deo odseka Ministarstva pravde koja prati izvršenje ovakvim mera. Prema: Ana Batričević, "Vaspitne mere pojačanog nadzora maloletnika u krivičnom pravu Finske i Italije", *Strani pravni život*, br. 1, Beograd, 2010, 331.

²⁴ Ovi poslovi su poslovi savetodavno-terapijskih i socijalno-edukativnih usluga, porodične terapije kao i ostalih usluga koje su predviđene članom 40. st. 4 Zakona o socijalnoj zaštiti, *Službeni glasnik RS*, br. 24/11.

²⁵ U pojedinim gradovima, kao što jer Kragujevac se vaspitne mere izvršavaju u okviru Dnevnog boravka za decu i mlade sa problemom u ponašanju, Centra za razvoj usluga socijalne zaštite "Kneginja Ljubica".

²⁶ Ivana Stevanović, "Posebne mere zaštite deteta u krivičnom postupku", *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, Br. 3, Beograd, 2017, 83.

²⁷ Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima deteta, Generalna skupština Ujedinjenih nacija, 20.11.1959. – ratifikovana Zakonom o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 15/90, br. 4/96 i 2/97. Čl. 12. Konvencije obezbeđuje detetu pravo na izražavanje svog mišljenja.

cesa izvršenja planiranih aktivnosti, pružanje podrške porodici, podsticanje i aktiviranje potencijala maloletnika, ali i pospešivanje roditeljskih kapaciteta, i na kraju, monitoring i evaluacija predviđenih mera i aktivnosti.

Faktori koji doprinose razvoju maloletničkog kriminaliteta ujedno jesu i faktori koji otežavaju rad službenom licu u kvalitetnom izvršenju vaspitne mere odnosno u uspešnoj promeni ponašanja maloletnika (socioekonomski faktori, porodica, vaspitanje, lične karakteristike maloletnika, obrazovanje).

Porodični odnosi. – Istovremeno je neophodan rad i sa maloletnikom i sa njegovim roditeljima, pa ukoliko postoji i evidentan problem u ponašanju i stavovima roditelja rad je još teži. Rad sa roditeljima dece u sukobu sa zakonom je specifičan iz više razloga: roditelji su izgubili autoritet, ne prepoznaju ili negiraju postojanje problematičnog ponašanja deteta, ne razumeju svoje obaveze prema detetu, očekuju da će ga sistem “popraviti”, otpisuju svoju odgovornost za ponašanje deteta, ne uviđaju svoje greške, ne žele da promene vaspitni stil, svoje ponašanje i komunikaciju prema detetu, neretko i odbacuju svoje dete. “Loši međusobni odnosi roditelja i dece, ravnodušnost, odbacivanje, preterana strogost, nedostatak poverenja, saradnje i privrženosti, kao i nedoslednost u vaspitanju deluju kao kriminogeni faktori,”²⁸ koji mogu nastaviti da stvaraju probleme u detetovom ponašanju. Iako žive u potpunoj porodici (sa oba roditelja), određen broj “problematicnih” maloletnika potiče iz sredine u kojoj su porodični odnosi narušeni (disfunkcionalni). To potvrđuje i podatak da je većina osuđenih maloletnika u 2018. godini (844) živela u potpunoj porodici,²⁹ kao i podatak Centra za socijalni rad u Valjevu gde je od 49 maloletnika, u potpunoj porodici živelo njih 30.³⁰ Dakle, disfunkcionalne porodice, bilo one potpune ili nepotpune, ukoliko u njima postoje kriminogeni faktori, mogu biti izvor kriminalnog ponašanja maloletnika.

Vaspitanje. – Kako je porodica primarni izvor vaspitanja i postavljanja normi, vrednosti, standarda i socijalizacije, ona je zato i osnovni izvor devijantnog ponašanja. Vaspitna zapuštenost je početna tačka ulaska u socijalno neprihvatljivo ponašanje deteta. Ona označava da se roditelji ne brinu dovoljno o detetu, da su nemarni i da ga vaspitno zanemaruju, što za posledicu može imati ponaša-

²⁸ Slobodanka Konstantinović-Vilić, Vesna Nikolić-Ristanović, Miomira Kostić, *Kriminologija*, Pelikan print Niš, Niš, 2009, 373.

²⁹ Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2018, op. cit., 57.

³⁰ U većini slučajeva procenjeno je da su porodice funkcionalne i da nisu opterećene konfliktnim odnosima. Međutim, potrebno je analizirati način stvaranja takvog zaključka od strane službenika organa starateljstva: da li se on zasniva samo na prihvatanju izjave roditelja o kvalitetu međusobnih odnosa bez dublje analize, koji se kriterijumi – indikatori koriste za takvu vrstu procene odnosno zaključka, da li roditelji daju istinite podatke i dr.

nje kojim se krše opšte društvene norme i zakoni. Roditelji nose odgovornost za ponašanje svoje dece, kojoj ne treba samo da obezbede ekonomske uslove za život, već i da budu upućeni u njihove potrebe, želje, da im budu izvor poverenja i podrške, ljubavi, emotivne ravnoteže, psihološke stabilnosti, pravilnog vaspitanja kako bi usmeravali i strukturirali pozitivnu ličnost deteta. Kontrola od strane roditelja u pogledu kretanja i načina provođenja vremena svog deteta je nužna u prepoznavanju prvih znakova neprihvatljivog ponašanja. Dete se identifikuje sa modelom ponašanja u svojoj porodici i usvaja modele rešavanja konflikata i to ponašanje prenosi u socijalne odnose izvan kuće u vidu kriminalnog, agresivnog ponašanja (naročito kad je prisutno porodično nasilje).

U savremenom svetu gubi se tradicionalni autoritet porodice, dolazi do promena u porodičnim ulogama, a zbog višestrukih uloga porodica se nalazi pred različitim zahtevima na koje ne može da odgovori, pa dolazi do poremećaja u strukturi porodičnog funkcionisanja, zloupotrebe droga ili alkohola, agresivnog ponašanja, nasilja i sl. Dakle, uspešnost u resocijalizaciji maloletnika tokom izvršenja vaspitne mere je dvosmeran proces jer je potrebno uticati na promenu ponašanja i kod maloletnika i kod roditelja.

Lične karakteristike maloletnika. – Zakonodavac je predvideo da se krivičnopravna zaštita i sankcionisanje po osnovu Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica može koristiti i na mlađa punoletna lica (čl. 1), kod kojih se pored ostalih uslova dokaže postupkom psihijatrijskog veštačenja da su u momentu izvršenja imali mentalnu zrelost uzrasta maloletnog lica.³¹ Međutim, niska inteligencija (ispod prosečne) nije nužno glavni faktor za razvoj delinkventnog ponašanja, ali svakako može biti pogodno tlo za nju. Uzrast indukuje nedovoljnu razvijenost kognitivnog aparata ovih lica te su podložniji manipulaciji, povodljiviji, smanjene mogućnosti za realan uvid u životne okolnosti, smanjene mogućnosti za logičkim rezonovanjem, nedovoljno razvijene odgovornosti, smanjene mogućnosti za razumevanje socijalnih zahteva, obrazovanje ne vide kao prioritet razvoja. Pored toga, njih najčešće karakteriše i emotivna nezrelost: emotivna hladnoća i nizak nivo empatije, nizak nivo samo-

³¹ Mogućnost primene zakona na mlađa punoletna lica je propisna čl. 3. st. 4, čl. 41 i čl. 64 ZOMUKD. Takođe, treba istaći i da Pravilo 11 Preporuke Saveta Evrope predviđa da se može primeniti krivično pravo prema punoletnom licu kao prema maloletnom, ukoliko se proceni da lice mlađe od 21 godinu nije dostiglo nivo zrelosti po kom bi bilo odgovorno za svoje postupke na isti način kao punoletno lice. Recommendation Rec 2003/20 of the Committee of the Ministers to member states concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice, (adopted 24.09.2003); <https://pjp-eu.coe.int/documents/41781569/42171329/CMRec+%282003%29+20+concerning+new+ways+of+dealing+with+juvenile+delinquency+and+the+role+of+juvenile+justice.pdf/e96f09bf-325d-4ed5-a07f-f4c3f663be54>, 19.07.2020.

kontrole, izražena impulsivnost i hiperaktivnost, niske su frustracione tolerancije i teže trenutnom zadovoljenju svojih želja, smanjena im je mogućnoćnost osećanja krivice i kajanja, imaju specifične neuobičajene reakcije na kažnjavanje,³² skloni su buntu protiv autoriteta, podložniji su uticaju vršnjačke grupe nego roditeljskim savetima. Sve to ukazuje da je "prisustvo psihopatskih crta ličnosti kod adolescentnih delinkvenata značajan prediktor kriminalnih karijera."³³

Zbog toga je potrebno istaći postojanje mentalnih oboljenja, jer je "učestalost psihijatrijskih poremećaja kod delinkvenata veća u odnosu na nedelinkventnu i nekliničku populaciju mladih."³⁴ U ovom uzrastu se postojanje poremećaja ličnosti najčešće opisuje kao asocijalno ponašanje, neprilagođeno ponašanje, emocionalna nezrelost (dijagnostički poremećaji ponašanja i emocija). Ovi faktori u kasnijem razvoju mogu dati antisocijalne strukture ličnosti i druge vrste poremećaja ličnosti, naročito ukoliko nisu farmakološki i psihoterapijski tretirani. Ako uz neke od ovih poremećaja dodamo i zloupotrebu alkohola ili opojnih droga, dobijamo mnogo težu kliničku sliku maloletnika a samim tim i mnogo teži zadatak za resocijalizaciju.

Obrazovanje. – U procesu socijalizacije i resocijalizacije obrazovni proces ima bitnu ulogu i na njemu se insistira i u toku izvršenja vaspitnih mera³⁵ pa je tako najveći broj osuđenih maloletnika u 2018. godini bio uključen u redovan obrazovni proces (930)³⁶ Međutim, za maloletnika školski zahtevi i autoriteti mogu predstavljati opterećenje i zamorne obaveze koje će sve češće izbegavati. Zato možemo reći da su problemi u školi jedan od prvih pokazatelja promena u ponašanju maloletnika koji mogu voditi u delinkvenciju (školski izostanci, pad školskog postignuća, nezainteresovanost za školovanje, neispunjavanje školskih obaveza, nedisciplinacija). Jedan od osnovnih razvojnih zadataka u periodu puberteta i adolescencije je i prihvatanje od strane vršnjaka. Težnja za pripadanjem grupi je visok motivacioni faktor za promenu ponašanja, te se devijantno ponašanje ispoljava kroz identifikaciju sa grupom. Krivično delo se tada može učiniti i kao

³² Ove karakteristike, takođe, mogu ukazati i na moguću vrstu krivičnog dela za koje postoji veća verovatnoća da će određeno lice da izvrši.

³³ Valentina Šobot, Svetlana Ivanović-Kovačević i saradnici, "Maloletnička delinkvencija", *Institut za psihijatriju, Engrami*, Klinički centar Vojvodine Novi Sad, Tom 32, Novi Sad, 2010, 56.

³⁴ V. Šobot, S. Ivanović-Kovačević, op. cit, 54. i dalje. Autori dalje u svom tekstu ističu učestalost pojedinih poremećaja u populaciji delinkvenata pozivajući se na dostupna istraživanja.

³⁵ Od ukupno 49 maloletnika koji su u Centru za socijalni rad Valjevo bili pod vaspitnom merom pojačanog nadzora njih 36 je redovno pohađalo nastavu, a za 16 lica je redovno pohađanje nastave izrečeno kao dodatna posebna obaveza uz vaspitnu meru pojačanog nadzora.

³⁶ Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2018, op. cit., 57.

potreba za dokazivanjem u grupi, a strah od odbacivanja uvodi u rizično ponašanje i kršenje zakona iako to nije lična želja maloletnika. Kriminalno vršnjačko okruženje pospešuje delinkventno ponašanje pojedinca u okviru te grupe i tu posebno dolazi do izražaja nepromišljenost u postupcima i sugestivnost u mišljenju, a neretko i pojačana agresivnost.

Trajanje, nadzor i evaluacija vaspitnih mera

Kako bi pratili sve ove aspekte ponašanja maloletnih prestupnika zakonodavac je dao dodatnu obavezu (nadzornu i koordinativnu) organu starateljstva jer je propisao da vaspitne mere pojačanog nadzora mogu da traju najmanje šest meseci a najviše dve godine i da o njihovom prestanku odlučuje nadležni sud (čl. 85 ZOMUKD). Dakle, nadzor se vrši nad ponašanjem i obavezama maloletnika u socijalnoj sredini, dok se koordinacija vrši sa roditeljima, obrazovnim sistemom, zdravstvenim organizacijama. U skladu sa dobijenim podacima na svakih šest meseci se vrši evaluacija aktivnosti predviđenih planom tretmana (program rada, čl. 110 ZOMUKD) i dostavlja izveštaj nadležnom sudu (čl. 84. st. 2 ZOMUKD), uz procenu da li je potrebno nastaviti sa izvršenjem, obustaviti vaspitnu meru ili je zameniti nekom drugom.³⁷ Faktori na osnovu kojih se procenjuje uspešnost izvršenja vaspitne mere pojačanog nadzora se odnose na ponašanje maloletnika i to: proverama u evidencijama da li je u toku izvršenja bilo novih krivičnih ili prekršajnih prijava ili osuda, da li je maloletnik redovno pohađao obrazovni proces ili predviđene tretmane, da li se redovno odazivao na pozive organa starateljstva i poštovao planirane aktivnosti.³⁸ Bitnu ulogu imaju roditelji koji su u obavezi da izveštavaju organ starateljstva o pozitivnim ili negativnim promenama u ponašanju maloletnika.

U ovim situacijama posebna pažnja se poklanja recidivizmu jer je ličnost mladih nedovoljno izgrađena i osetljiva na uticaje koje ga mogu voditi u devijantno ponašanje. Recidivizam je čest kod imovinskih krivičnih dela jer maloletnici vrlo lako mogu da dođu u iskušenje, da ponove delo i pribave neku imovinsku korist, naročito ukoliko su prethodni put prošli nekažnjeno. Neretko se počinje potkradanjem u sopstvenoj kući od članova porodice, u školi i od vršnjaka i tako počinje da se stvara kriminalna ličnost i kriminalna karijera. Uzimajući u obzir

³⁷ Centar za socijalni rad u Valjevu je u periodu od 2017–2019. g. predlog za obustavu vaspitne mere uputio nakon 6 meseci u 13 od 49 slučajeva, a nakon godinu dana u 11 slučajeva, dok je još uvek u toku 19 vaspitnih mera.

³⁸ Pored ovih razloga za predlog organa starateljstva u Valjevu da se mera obustavi, dešavale su se i sledeće okolnosti: "lice se odselilo na drugu teritoriju zbog školovanja ili zasnivanja radnog odnosa, zasnovalo je bračnu zajednicu, postao je roditelj, otišao je na rad u drugu državu."

međusobnu interakciju specifičnosti ličnosti maloletnika, vršnjačkog, socijalnog i porodičnog okruženja nije teško razumeti zašto je recidivizam među maloletnicima prisutan (u 2019. godini je ranije bilo osuđivano 286 što je oko 17% od ukupno 1676 osuđenih maloletnika, u 2018. je taj procenat bio 16% (254) i u 2017. godini 18% (296)).³⁹

Vaspitna mera pojačanog nadzora od strane organa starateljstva se može primeniti i kao teža mera prema istom maloletniku ukoliko mera pojačanog nadzora od strane roditelja nema uspeha. Međutim, mišljenja smo da je u praktičnom smislu u pitanju samo formalno različit nivo odgovornosti za ponašanje maloletnika tokom trajanja mere, a aktivnosti organa starateljstva ostaju iste. Najveći nivo odgovornosti je na roditelju kod izvršenja mere pojačanog nadzora od strane roditelja, jer bi tada organ starateljstva trebao da ima samo kontrolnu ulogu, a sud⁴⁰ je prethodno morao da utvrdi spremnost i sposobnost roditelja za to. Prema čl. 103 ZOMUKD roditelj je dužan da izvršava naloge i uputstva sudije za maloletnike i da nadležnom organu starateljstva omogući proveru izvršenja vaspitne mere i prihvati ukazanu pomoć u cilju njenog izvršenja. Takođe, ističe se i to da sud daje roditelju potrebna uputstva i nalaže određene dužnosti koje treba da preduzme za vaspitanje maloletnika, njegovo lečenje i otklanjanje štetnih uticaja na maloletnika (član 15. st. 3 ZOMUKD). Dakle, "uloga suda, u postupku prevaspitanja maloletnog učinioca krivičnog dela, se ne završava izricanjem vaspitne mere."⁴¹ Međutim, u praktičnom iskustvu, kontakt roditelja sa sudijom se najčešće svodi na učešće roditelja u toku krivičnog postupka i nakon izvršenja u slučaju obustave ili zamene izrečene vaspitne mere. S jedne strane, to je i dobro, jer se može postaviti pitanje koliko je lice pravne struke kvalifikovano da daje roditelju uputstva o vaspitanju i lečenju deteta, jer roditelj uvek dolazi sa konkretnim problemom i traži rešenje, a ne uopštene vaspitne smernice. Dakle, u svemu tome roditelj je ili prepušten sam sebi ili može da traži pomoć od organa starateljstva i drugih stručnih ustanova (što inače može radi u situaciji primene obe vaspitne mere).

Uz sve to, kada istaknemo da je najčešći način kontakta sa maloletnikom u službenim prostorijama jednom mesečno,⁴² jasno je da je mogućnost uticaja na promenu ponašanja maloletnika minimalna kada su u pitanju obe vaspitne mere.

³⁹ Maloletni učinioci krivičnih dela, Saopštenja za 2017, 2018, 2019. godinu, op. cit.

⁴⁰ Sud za te potrebe se može koristiti "socijalnom anketom". Detaljnije: Zoran Stojanović, Obrad Perić, *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije i Krivičnog zakona Crne Gore sa objašnjenjima*, Beograd, 1996, 31–32.

⁴¹ S. Knežević, op. cit., 72.

⁴² U zavisnosti od stručne procene službenog lica to može biti i češće.

Dakle, u ovim uslovima ne možemo očekivati da će postojeći način izvršenja ovih vaspitnih mera (najčešće bez posebnih obaveza), od strane organa starateljstva imati velikog efekta na resocijalizaciju maloletnika. Osobe na koje izricanje ovakvih sankcija može imati efekat su maloletnici koji su primarni izvršioci i koji su se kroz celokupan krivičnopravni postupak uplašili, postideli i pokajali za ono što su učinili.⁴³

ZAKLJUČAK

Maloletnički kriminalitet je kompleksna pojava sa mnogobrojnim faktorima uticaja. Uzimajući sve njih u obzir, zajedno sa zakonom propisanim uslovima, sud bi trebao posebno da vodi računa prilikom donošenja odluke koju od ove dve vaspitne mere treba da izrekne. Samo represivan pristup izvršenjem krivičnih sankcija odnosno vaspitnih mera pojačanog nadzora neće dovesti do smanjenja kriminalnog ponašanja, jer je ono posledica sadejstva više faktora. Kako "prednost ovih vaspitnih mera čini mogućnost njihove primene na slobodi, uz nametanje posebnih obaveza kojima se vrši reintegracija maloletnika u društvo,"⁴⁴ tako smo mišljenja da su posebne obaveze u vidu savetodavnih i edukativnih tretmana izuzetno korisne i neophodne. Međutim, istovremeno izricanje posebnih obaveza (čl. 1 ZOMUKD) uz pojačan nadzor nije tako često (oko 12%).⁴⁵ Posebnim obavezama se može ostvariti dodatani uticaj na maloletnika nametanjem određenih obaveza u vezi sa njegovim školovanjem, osposobljavanjem, posećivanjem određenih institucija i tretmana za odvikavanje od bolesti zavisnosti, učešćem u radu humanitarnih organizacija, uključivanjem u odgovarajući tretman u savetovalištu i sl. Edukativne radionice i savetodavni programi daju pozitivne efekte. Deca koja su bila u sukobu sa zakonom mogu da daju i pozitivne povratne informacije o takvim programima.⁴⁶

⁴³ U Centru za socijalni rad u Valjevu je u periodu od 2017–2019.g. recidivizam evidentiran kod 11 od 49 lica u toku trajanja vaspitne mere pojačanog nadzora (22%), što je više od republičkog proseka, a uz to moramo uzeti u obzir da je još uvek u toku 19 vaspitnih mera.

⁴⁴ Ivan Joksić, Goran Milojević, Milorad Matić, "Vaninstitucionalne vaspitne mere". *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, Tom 90, br. 1–2, Novi Sad, 2018, 36, <http://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0017-09033/2018/0017-03331802027j.pdf>, 30.07.2020.

⁴⁵ Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2018, op. cit., 54. U 2018. godini je na republičkom nivou izrečeno 89 posebnih obaveza, dok je u Centru za socijalni rad Valjevo za period od 2017–2019. izvršavano 25.

⁴⁶ Jedan maloletnik je naveo da programi "nisu samo za problematičnu decu, nego da sva deca treba da dolaze na nešto slično ovome jer će im dosta pomoći. U celom svetu je normalno da deca od malih nogu idu kod psihologa i da pričaju sa njim, a u Srbiji ko radi to, za njega se misli da je lud." Prema: Tamara Džamonja-Ignjatović, Jasna Hrnčić, "Praćenje ishoda sprovođenja vaspitnih nalo-

Dakle, ukoliko se adekvatno organizuje način pružanja pomoći maloletnicima u sukobu sa zakonom, postoji veća šansa za promenu njihovog ponašanja. Normativni sistem krivičnopravnog zakonodavstva mora biti primenljiv a konkretni krivičnopravni propisi da bi bili u funkciji politike suzbijanja kriminaliteta i prevencije nedozvoljenog ponašanja moraju da odgovaraju savremenim zahtevima borbe protiv kriminaliteta.⁴⁷ Maloletnici kroz tretmane treba da se nauče da razviju mehanizme adekvatnog suočavanja sa problemima i konfliktima, veština samokontrole, socijalno prihvatljivom ponašanju, posledicama neprihvatljivog ponašanja. Takođe, potrebno im je strukturirati vreme, a kao pozitivan primer se pokazalo uključivanje maloletnika u pomoć odraslima u okviru zajednice, nevladinog sektora, volontiranjem u organizovanim grupnim aktivnostima.⁴⁸ Na taj način, svoje slobodno vreme konstruktivno provode i razvija im se osećaj za socijalno adekvatno ponašanje.

Kao uspešne programe možemo navesti porodičnu terapiju sa predadolescentima, kontinuirani trening socijalnih veština, trening perceptivnih i kognitivnih veština za visoko rizične maloletnike, tretmani protiv zavisnosti u instituciji, rehabilitacijski-tretmanski institucionalni programi koji prepoznaju specifične rizične faktore, upućivanje u savetovalište ili školu za roditelje, program intervencije u kriznim situacijama.⁴⁹ Takođe, pozitivno dejstvo je dao i *Wagga Wagga* model policijskog savetovanja kojim se može prestupnicima pomoći da preuzmu odgovornost za svoja dela. U njihovo sprovođenje su uključeni socijalni radnici, policija i institucije za mentalno zdravlje i fokusirani su na rešavanje problema u vezi sa incidentom ukoliko se pre toga žrtva i učinilac nisu poznavali. Ovaj program uključuje i žrtvu pa je on i reparativnog karaktera.⁵⁰

ga za mlade u sukobu sa zakonom”, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, br. 1, Beograd, 2017, 70.

⁴⁷ Stanko Bejatović, “Krivično zakonodavstvo kao instrument prevencije nedozvoljenog ponašanja”, *Prevencija i tretman pomećaja ponašanja*, (ur. Vesna Žunić-Pavlović, Marina Kovačević-Lepojević), Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju Univerzitet u Beogradu, Beograd, 2010, 40.

⁴⁸ Joan McCord, Cathy Spatz Widom, Nancy Crowell, “Juvenile crime, juvenile justice”, *National Research Council and Institut of Medicine*, National Academy Press, Washington DC, 2001, 201–202, <https://www.nap.edu/juvenilecrime/juvenilejustice>, 10.08.2020.

⁴⁹ Antonija Žižak, Marija Koren-Mrazović, “Maloljetnička delinkvencija i primijenjeni programi podrške”, *Kriminologija i socijalna integracija*, Tom 9, br. 1–2, Zagreb, 2001, 51–60. Detaljnije, 52–56, gde su autorke su detaljnije predstavile tretmane koji su analizom *Meryland Scale of Scientific Methods* procenjeni kao uspešni, neuspešni i očekujući.

⁵⁰ Više o modelu u: Darrel Fox, “Restorativno pravo: upotreba obiteljskih grupnih savjetovanja u britanskom pravosudnom sustavu za maloletnike”, *Kriminologija i socijalna integracija*, Tom 12, br. 2, Zagreb, 2004, 117–126.

Potrebno je istaći da je neophodno da postoje i *programi za roditelje* o svim aspektima vaspitanja i odrastanja dece, pubertetu, adolescenciji i izazovima i rizicima koji uz njih idu. Potrebno im je osnaživanje roditeljskih kapaciteta, unapređenje roditeljskih veština, vaspitnih stilova, učenje asertivne komunikacije i postavljanja granica, kao i unapređenja kvaliteta međusobnog odnosa. Među ovim programima se mogu naći i oni programi koji se mogu koristiti kao mere prevencije, jer "savremeni pristup problemu maloletničke delinkvencije pažnju usmerava ka preventivnom delovanju na svim društvenim nivoima, mikro i makro socijalnom nivou, kao i identifikaciji faktora rizika za devijantno i delinkventno ponašanje mladih."⁵¹

Međutim, u sadašnjim uslovima prevencija je nedovoljno razvijena i ne posvećuje joj se dovoljno pažnje. Svi faktori koji utiču na delinkventno ponašanje moraju biti oblast preventivnog delovanja, pa ih tako i *Rijadske smernice* prepoznaju kao značajne faktore celokupnog društva koji treba da obezbede harmoničan razvoj adolescenata, sa poštovanjem i unapređenjem njihovih ličnosti još od ranog detinjstva.⁵² Preventivni programi su najaplikativniji preko obrazovnog sistema i to od što ranijeg uzrasta. U našim uslovima primenjivani preventivni sadržaj mora biti učestaliji i kompleksniji i mora obuhvatati više tema prilagođenih uzrastu dece (prepoznavanje vršnjačkog i porodičnog nasilja, zloupotreba interneta, zloupotreba alkohola i opojnih droga). Savetodavni i edukativni programi za roditelje i maloletnike koji su u sukobu sa zakonom su minimalni ili ih nema u okviru lokalnih zajednica što je svojevrsni nedostatak, pa je najveća odgovornost na porodici. Sistem organa formalne socijalne kontrole svoj uticaj može da ima u sekundarnoj prevenciji odnosno u sprečavanju maloletnika da ponovo izvrši krivično delo dok se ne izvrši vaspitna mera, ali njihova uloga u sprečavanju recidivizma u daljem periodu života maloletnika je minimalna pa i uspeh u resocijalizaciji ostaje neizvestan.

⁵¹ Jasmina Igrački, Ljeposava Ilijić, "Kriminalitet maloletnika – stanje u svetu i u Srbiji", *Strani pravni život*, br. 1, Beograd, 2016, 198.

⁵² United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency-the Riyadh Guidelines, General Assembly Resolution 45/112 of 14.12.1990, <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/pages/preventionofjuviledelinquency.aspx>, 05.08.2020. IV deo se odnosi na preventivne obaveze države kroz procese socijalizacije i to kroz sledeće oblasti: porodica, obrazovanje, zajednica, mediji.

Prof. Dr. ZORAN ĐURĐEVIĆ
Full Professor, University of Criminal Investigation and Police Studies
ALEKSANDRA SPASOJEVIĆ, MA.
Psychologist, Center for social work Valjevo

JUVENILE CRIME AND MEASURES OF INTENSE SUPERVISION OVER JUVENILE OFFENDERS

Summary

Juvenile crime is one of the most important indicators for assessment crime repression policy in one country. The quality of implemented criminal sanctions toward juvenile offenders can positively and negatively affect the trends of adult crime. Precisely, the subject of this paper is to point out the importance and the factors that may affect the implementation of the measures of intense supervision over juvenile offenders. The paper consists of four logically connected parts. In the introductory part, we presented basic data on juvenile crime in Serbia in the period from 2017–2019. years. The second part of the paper is dedicated to the corrective measures of intense supervision by the custody authority and intense supervision by parents, adoptive parents or guardians, and the third, to the execution procedure entrusted to the custody authority. Special attention is paid to the analysis of the effectiveness of these corrective measures on the behavior of the minor and his family through the prism of factors that affect its quality. The prevalence of juvenile crime has been approximately the same in recent years, which may imply that the system of participants in execution is not well organized and properly dedicated to its reduction. In conclusion, we gave proposals for recommendations that could improve the procedure and quality of execution of these corrective measures.

Key words: juvenile crime, juvenile offenders, corrective measures, intense supervision by custody authorities, intense supervision by parents.

Literatura

- Batričević A., “Vaspitne mere pojačanog nadzora maloletnika u krivičnom pravu Finske i Italije”, *Strani pravni život*, br. 1, Beograd, 2010.
- Bejatović S., “Krivično zakonodavstvo kao instrument prevencije nedozvoljenog ponašanja”, *Prevenција i tretman pormećaja ponašanja*, (ur. Vesna Žunić-Pavlović, Marina Kovačević-Lepojević), Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju Univerzitet u Beogradu, Beograd, 2010.
- Bojić B., *Maloletnici i krivično pravo*, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe u Novom Sadu, Novi Sad, 2017.
- Džamonja-Ignjatović T., Hrnčić J., “Praćenje ishoda sprovođenja vaspitnih naloga za mlade u sukobu sa zakonom”, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, br. 1, Beograd, 2017.

- Farrington D., "Early precursors of frequent offending", *Families, schools and delinquency prevention*, (ur. James Wilson, Glenn Loury), Springer, New York, 1987.
- Farrington D., Gallagher B., Morley L., ST Ledger R., West D., "Are there any successful men from criminogenic backgrounds?", *Psychiatry – A Journal of the Washington school of Psychiatry*, Tom 51, br. 2, Washington, 1988.
- Fox D., "Restorativno pravo: upotreba obiteljskih grupnih savjetovanja u britanskom pravosudnom sustavu za maloletnike", *Kriminologija i socijalna integracija*, Tom 12, br. 2, Zagreb, 2004.
- Igrački J., Ilijić Lj., "Kriminalitet maloletnika – stanje u svetu i u Srbiji", *Strani pravni život*, Beograd, br. 1, 2016.
- Joksić I., Milojević G., Matić M., "Vanisnstitucionalne vaspitne mere". *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, Tom 90, br. 1–2, Novi Sad, 2018.
- Jovašević D., *Maloletničko krivično pravo*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2011.
- Knežević S., *Maloletničko krivično pravo-materijalno, procesno i izvršno*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2010.
- Konstantinović-Vilić S., Nikolić-Ristanović V., Kostić M., *Kriminologija*, Pelikan print Niš, Niš, 2009.
- McCord J., Spatz Widom C., Crowell N., "Juvenile crime, juvenile justice", *National Research Council and Institut of Medicine*, National Academy Press, Washington DC, 2001.
- Nikolić-Ristanović V., *Delinkvencija i viktimizacija maloletnih lica u Srbiji – Rezultati Međunarodne ankete samoprijavlivanjem delinkvencije*, Prometej Beograd, 2017.
- Škulić M., *Maloletničko krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011.
- Šobot V., Ivanović-Kovačević S., i saradnici, "Maloletnička delinkvencija", *Institut za psihijatriju, Engrami*, Klinički centar Vojvodine Novi Sad, Tom 32, Novi Sad, 2010.
- Stevanović I., "Posebne mere zaštite deteta u krivičnom postupku", *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, br. 3, Beograd, 2017.
- Stojanović Z., Perić O., *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije i Krivičnog zakona Crne Gore sa objašnjenjima*, Beograd, 1996.
- Žižak A., Koren-Mrazović M., "Maloljetnička delinkvencija i primijenjeni programi podrške", *Kriminologija i socijalna intergracija*, Tom 9, br. 1–2, Zagreb, 2001.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 16.09.2020.

Prihvaćen: 25.09.2020.

PREGLEDNI RAD

SOFIJA S. VUKIĆEVIĆ-VUJIČIĆ
GORAN MILOJEVIĆ

NELSON MANDELA PRAVILA (MANDELINA PRAVILA) – DALJI KORAK U UNIFIKACIJI SISTEMA ZAŠTITE LICA LIŠENIH SLOBODE

Potreba za revizijom Standardnih minimalnih pravila za postupanje prema zatvorenicima uslovila je donošenje novog dokumenta u okvirima organizacije Ujedinjenih nacija pod nazivom Nelson Mandela pravila. Ova pravila uvode nove standarde i principe u tretmanu lica lišenih slobode, prateći već dostignuti nivo zaštite ljudskih prava i sloboda na međunarodnom planu. Značajan doprinos ovog dokumenta ogleda se ne samo u unapređenju postojećeg korpusa prava lica lišenih slobode, već i u predviđanju efikasnih mehanizama kontrole nad njihovim poštovanjem. Uzimajući u obzir cilj koji se želi postići, a koji se prevashodno odnosi na humanizaciju tretmana lica lišenih slobode, posebno u sferi disciplinskih mera, ali i zaštite ovih lica od akata torture i drugih surovih i nečovečnih postupanja, Mandelina pravila trebalo bi da predstavljaju standard zaštite ljudskih prava i u nacionalnim pravnim sistemima.

Ključne reči: ljudska prava lica lišenih slobode, Mandelina pravila, mehanizmi zaštite ljudskih prava

U V O D

U okvirima međunarodnopravne zaštite ljudskih prava, rano je uočena potreba da se posebno normiraju i zaštite prava lica lišenih slobode. Zbog toga su na

Dr Sofija S. Vukićević-Vujičić, docent Beogradske akademije poslovnih i umetničkih strukovnih studija, e-mail: sofija.vujicic@bpa.edu.rs.

Goran Milojević, asistent Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad, e-mail: milojevic@pfbbeograd.edu.rs.

prvom kongresu Ujedinjenih nacija za prevenciju kriminala i postupanju prema prestupnicima, održanom 1955. godine usvojena Standardna minimalna pravila za postupanje prema zatvorenicima. Od trenutka njihovog donošenja ova pravila postala su najznačajniji dokument u sferi postupanja prema zatvorenicima i pravni okvir za delovanje međunarodnih tela zaduženih za praćenje stvarnog stanja u ovoj oblasti u nacionalnim okvirima. Iako deo “mekog prava” i suštinski pravno neobavezujuća, ova pravila izvršila su veliki uticaj na nacionalna krivična zakonodavstva mnogih država jer su poslužila kao bazičan dokument na osnovu koga je vršeno dalje normiranje u oblasti krivičnog prava u delu koji se odnosi na tretman zatvorenika i zaštitu njihovih prava.¹

Od trenutka donošenja ovih pravila, usledila je intenzivna normativna delatnost Ujedinjenih nacija, u okviru koje su doneti brojni akti kojima su postavljeni novi standardi u pogledu postupanja prema zatvorenicima, a koji su bili posledica, pre svega, razvoja ideje o ljudskim pravima i potrebi zaštite ove kategorije lica.² U tom smislu, u okvirima ove organizacije doneta je Konvencija o zabrani mučenja i drugih surovih, nehumanih i ponižavajućih kazni ili postupaka³, kao i Opcioni protokol uz Konvenciju⁴, zatim Osnovni principi za postupanje prema zatvorenicima⁵ kao i Standardna minimalna pravila za mere alternativne institucionalnom tretmanu⁶ i drugi akt.

Zbog ove činjenice, ali i daljeg razvoja nauke o kaznenom pravu, kao i novih shvatanja u pogledu postupanja prema zatvorenicima, nametnula se potreba za revizijom i osavremenjivanjem postojećih pravila. Nakon četiri godine dugog postupka revizije, Generalna skupština Ujedinjenih nacija jednoglasno je usvojila Revidirana standardna minimalna pravila o postupanju prema zatvorenicima. Ova Pravila dobila su naziv Mandelina pravila u čast bivšeg predsednika Južnoafričke Republike, Nelsona Mandele i njegove borbe za ljudska prava, ali i demokratiju i pravdu, uopšte. Mandelina pravila objedinjuju međunarodne standarde u oblasti ljudskih prava lica lišenih slobode kojima se obezbeđuje zaštita ljudskog

¹ Ova pravila potvrđena su Rezolucijom br. 663 C(XXIV) od 31. jula 1957. godine i Rezolucijom br. 2076 (LXII) od 13. maja 1977. godine od strane Ekonomsko-socijalnog saveta.

² Susan Easton, *Prisoners' Rights: Principles and Practice*, Routledge, London, 2011, 49.

³ Konvencija je usvojena Rezolucijom Generalne skupštine UN, br. 39/46 od 10. decembra 1984. godine.

⁴ Protokol je usvojen Rezolucijom Generalne skupštine UN, br. 57/199 od 18. decembra 2002. godine.

⁵ Ovi principi usvojeni su Rezolucijom Generalne skupštine UN, br. 45/111 od 14. decembra 1990. godine.

⁶ Tzv. Tokio pravila, usvojena Rezolucijom Generalne skupštine UN, br. 45/110 od 14. decembra 1990. godine.

dostojanstva ovih lica i istovremeno reflektuju promene koje su se dogodila u sferi zaštite ljudskih prava lica lišenih slobode od trenutka donošenja primarnih pravila sredinom pedesetih godina XX veka.

MANDELINA PRAVILA
– REVIZIJA STANDARDNIH MINIMALNIH PRAVILA
ZA POSTUPANJE PREMA ZATVORENICIMA

Tokom 2011. godine u okviru Ujedinjenih nacija, odnosno posebne međuvladine ekspertske grupe, koja je oformljena od strane Generalne skupštine UN, započeo je postupak revidiranja Standardnih minimalnih pravila za postupanje sa zatvorenicima. Naime, postojeća pravila nisu pratila dinamičan proces razvoja zaštite ljudskih prava i sloboda koji se dešavao u periodu od skoro 60 godina od njihovog donošenja sredinom pedesetih godina XX veka, zbog čega je bilo potrebno postojeća pravila upodobiti kako sa novinama u međunarodnopravnoj zaštiti ljudskih prava i sloboda, tako i sa izazovima koji postoje u savremenim nacionalnim kaznenopravnim sistemima.⁷ U maju 2015. godine Komisija za prevenciju kriminala i krivično pravosuđe UN usvojila je revidirana Standardna minimalna pravila za postupanje sa zatvorenicima – Mandelina pravila, koje je u decembru 2015. godine Generalna skupština UN potvrdila donoseći posebnu Rezoluciju.⁸

Cilj donošenja novih pravila bio je da se, pre svega, unapredi zaštita lica lišenih slobode, odnosno da pravila o tretmanu ovih lica prate dostignuti nivo zaštite ljudskih prava i sloboda uopšte, ali i da se inoviraju standardi u oblasti rukovođenja ustanovama u kojima se ova lica nalaze.

Iako se i nova pravila baziraju na okviru zaštite koji je postavljen donošenjem Standardnih minimalnih pravila za postupanje sa zatvorenicima, Mandelina pravila se osim po većem broju članova (122 člana u odnosu na 95 članova koliko su imala prvobitna pravila), razlikuju i po tome što u sebi inkorporišu promene u shvatanju ljudskih prava i sl175, oboda koje se ogledaju u tekstovima brojnih akata koji su doneti nakon usvajanja Standardnih minimalnih pravila za postupanje sa zatvorenicima sredinom pedesetih godina XX veka.

⁷ O tome koliki je značaj ovih pravila govori i podatak da je trenutno u svetu više od 10 miliona ljudi koji se nalaze u zatvorima, dok jedna trećina čeka suđenje, v. bliže: The revised UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela Rules) – Short guide, 3, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-E-ebook.pdf, 3.8.2020.

⁸ Rezolucija Generalne skupštine UN – Standardna minimalna pravila za postupanje prema zatvorenicima (Nelson Mandela pravila), A/RES/70/175, <https://undocs.org/A/RES/70/175>, 15.7.2020.

U cilju osavremenjivanja pravila koja se odnose na postupanje prema zatvorenima, izvršene su promene u odnosu na prvobitan tekst pravila i najvidljivije su u sledećim oblastima: zaštita dostojanstva lica lišenih sloboda, pružanje medicinskih i zdravstvenih usluga, disciplinske mere i sankcije, istraživanje smrti lica lišenih slobode, odnosno navodnih optužbi za zlostavljanje, zaštita osetljivih grupacija, pristup pravnoj pomoći, ulaganje žalbi, odnosno kontrolisanje uslova u kojima se nalaze lica lišena slobode od strane nezavisnih institucija. Takođe, kako bi ova pravila bila što efikasnije primenjena u nacionalnim pravnim sistemima, deo promena odnosi se i na zamenu zastarele terminologije savremenim terminima, odnosno adekvatnoj obuci osoblja koje je u neposrednom kontaktu sa licima lišenim slobode.⁹

NOVI STANDARDI U OBLASTI ZAŠTITE LICA LIŠENIH SLOBODE

Mandelina pravila zasnovana su na pet osnovnih principa koji su komplementarni savremenim standardima zaštite ljudskih prava i sloboda, utvrđenim u najvažnijim međunarodnim dokumentima. U tom smislu, ovim pravilima štiti se, pre svega, dostojanstvo svakog pojedinca, te se utvrđuje da se lica lišena slobode moraju tretirati na način da se poštuje njihova ličnost. Posebno se naglašava zabrana mučenja i drugih okrutnih, neljudskih i ponižavajućih postupaka ili kazni. Takođe, zabranjena je diskriminacija po bilo kom osnovu, a kako bi princip nediskriminacije bio u potpunosti ispoštovan, mora se sprovoditi i tzv. pozitivna diskriminacija, odnosno moraju se uzimati u obzir potrebe posebno osetljivih kategorija lica u okviru ove populacije (npr. lica sa invaliditetom). Istovremeno, navodi se da svrha lišavanja slobode nije represija i odmazda prema licu koje je izvršilo krivično delo, već zaštita društva u celini, odnosno sprečavanje recidivizma, a kao krajnji rezultat, reintegracija pojedinca u društvo, koji bi nakon odsluženja kazne trebao da bude motivisan da poštuje zakone, odnosno nastavi život u zajednici. U tom smislu, u okviru institucija u kojima su smeštena lica lišena slobode, trebalo bi obezbediti mogućnost obrazovanja, odnosno osposobljavanja ovih lica za različite aktivnosti, odnosno, trebalo bi im pružiti odgovarajuću pomoć, kako medicinsku, tako i psihološku i moralnu, koja bi im omogućila lakšu

⁹ 122 pravila, koliko ih ukupno ima nakon revidiranja osnovnog teksta, pokrivaju sve aspekte upravljanja zatvorskim ustanovama i utvrđuju minimum standarda koji mora biti ispoštovan u ophođenju prema licima lišenim slobode, bez obzira da li lica čekaju suđenje ili su već osuđena, v. bliže: The revised UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela Rules) – Short guide, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-E-ebook.pdf, 3.8.2020.

reintegraciju u društvo, nakon odsluženja kazne. Takođe, Mandelinim pravilima, posebno je naglašeno da se, pre svega, moraju ispoštovati sve mere kako bi bila postignuta puna bezbednost svih lica u okvirima zatvorskih ustanova, kako lica lišenih slobode, tako i zatvorske administracije, odnosno posetilaca.¹⁰

Novine koje su uvedene u revidiranom tekstu, vidljive su u svim fazama postupanja prema licima lišenim slobode, od prijema ovih lica u zatvorske ustanove, tokom njihovog boravka u njima i prilikom njihovog napuštanja.

Uzimajući u obzir definisane principe i naročito mere koje treba preduzeti da bi se licima lišenim slobode olakšao povratak na slobodu, Mandelina pravila naglašavaju potrebu da se prilikom određivanja ustanove za izdržavanje kazne posebno uzme u obzir njena lokacija, odnosno da zatvorenici budu smešteni, u ustanove koje su, ukoliko je to moguće u konkretnoj situaciji, najbliže mestu u kome inače žive, kako bi se omogućio što lakši kontakt sa članovima porodice.¹¹ Na ovaj način, pored praktičnog aspekta, jer se porodicama olakšava održavanje kontakata sa licem lišenim slobode, istovremeno se olakšava i resocijalizacija ovih lica.

Jedan od najvažnijih aspekata zaštite lica lišenih slobode jeste obezbeđivanje adekvatne medicinske zaštite. Odredbe Mandelinih pravila uvode novi standard u ovoj oblasti, utvrđujući kao obavezu države obezbeđivanje medicinske zaštite zatvorenicima. Ova kategorija lica, shodno odredbama pravila, ne bi trebalo da bude u nepovoljnijem položaju u pogledu medicinske nege i zaštite u odnosu na ostala lica u društvu, odnosno ne bi smela da postoji diskriminacija u pogledu uživanja ovog prava po osnovu statusa lica koje ga koristi.¹²

Prevashodni cilj Mandelinih pravila jeste da se zaštiti dostojanstvo lica lišenih slobode, odnosno da se zatvorenici zaštite od svakog oblika torture, mučenja, ali i nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja. Tako je, već po samom prijemu ovih lica u ustanovu za izdržavanje kazne, uvedena obaveza medicinskog osoblja da pri lekarskom pregledu, posebnu pažnju obrate na eventualne povrede ili druge znake koji mogu ukazivati na to da je lice neposredno pre prijema u zatvorsku ustanovu bilo podvrgnuto torturi ili sličnim postupcima. Ukoliko utvrde postojanje takvih povreda, njihova obaveza je da takav slučaj dokumentuju i bez odlaganja obaveste nadležne upravne ili sudske organe.¹³ Medicinska nega i tretman, i u

¹⁰ Čl. 1–5 Mandelinih pravila.

¹¹ Čl. 59 Mandelinih pravila.

¹² Čl. 24 Mandelinih pravila.

¹³ Čl. 30 Mandelinih pravila.

okviru toga redovni medicinski pregledi jesu jedan od osnovnih mehanizama u borbi protiv nedozvoljenog ophođenja prema zatvorenicima.¹⁴

Na osnovu Mandelinih pravila, medicinsko osoblje dobilo je značajniju ulogu i mehanizme delovanja u odnosu na prethodna pravila, upravo zbog činjenice da su ova lica najčešće u prilici da otkriju znake koji upućuju na loš tretman zatvorenika, na koji način je pružena adekvatnija zaštita licima lišenim slobode, odnosno obezbeđen još jedan mehanizam u cilju otkrivanja akata torture.¹⁵

Ukoliko lice, prilikom prijema ima vidljive povrede, obavezno je i da se navede o kakvim povredama je reč, odnosno, uoilklo ima pritužbe na raniji loš tretman informacije o tome se moraju uneti u registar odmah prilikom prijema.¹⁶

Poseban doprinos Mandelinih pravila ogleda se u regulisanju upotrebe sankcija prema licima lišenim slobode. Promovišući principe koji su utvrđeni u Konvenciji UN o zabrani mučenja i drugih surovih, nehumanih i ponižavajućih kazni ili postupaka, naglašeno je da ni pod kojim uslovima sankcije ili disciplinske mere koje se sprovode nad ovim licima ne mogu imati karakter torture ili bilo kog drugog oblika nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja. Poseban doprinos ovog akta ogleda se u činjenici da je po prvi put u okviru jednog međunarodnog dokumenta eksplicitno regulisano trajanje samice, odnosno definisana njena restriktivna upotreba. Tako je samica kao mera disciplinovanja definisana kao izolacija zatvorenika bez kontakta sa ljudima u trajanju od 22 časa ili više u toku dana, dok je produžena samica definisana kao samica u trajanju od 15 dana uzastopno. Istovremeno, predviđa se vrlo restriktivno korišćenje samice kao disciplinske mere, pri tom naglašavajući da bi ova mera trebalo da se koristi u izuzetnim okolnostima i to u najkraćem mogućem periodu.¹⁷ Takođe, ovakve mere može izreći samo nadležni organ, uz obezbeđenu nezavisnu kontrolu.

Prateći postavljene standarde zaštite ljudskih prava i sloboda posebno osetljivih kategorija pojedinaca, proklamovanih u Pravilima o postupanju prema zatvorenicama i alternativnim merama institucionalnom tretmanu¹⁸, kao i Pra-

¹⁴ Juan Mendez., Right to a Healthy Prison Environment: Health Care in Custody Under Prism of Torture, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Tom 9, br. 9, 2019, 42.

¹⁵ Sharon Critoph, Andrea Huber, *Guidance Document on the Nelson Mandela Rules*, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR) and Penal Reform International (PRI), 2018, 157.

¹⁶ Čl. 7 i 8. Mandelinih pravila.

¹⁷ Čl. 43. Mandelinih pravila.

¹⁸ Tzv. Bangkok pravila, usvojena Rezolucijom Generalne skupštine UN, br. 65/229 od 21. decembra 2010. godine.

vilima o zaštiti maloletnih lica lišenih slobode¹⁹, Mandelina pravila potvrđuju zabranu korišćenja samice kao disciplinske mere prema određenim kategorijama ovih lica. Dodatno, Mandelina pravila u kategoriji onih koji bi trebalo da budu izuzeti od primene samice dodaju i lica sa mentalnim poremećajima, odnosno fizičkim nedostacima čije stanje bi se pogoršalo boravkom u tim uslovima²⁰.

Takođe, štiteći osnovna prava članova porodice lica lišenog slobode, naglašeno je da mere disciplinovanja lica lišenog slobode ne bi smele da uključuju zabranu kontakta sa članovima porodice.²¹

Mandelinim pravilima unapređen je i mehanizam zaštite prava lica lišenih slobode, posebno kroz unapređen sistem kontrole tretmana zatvorenika. Novina koja je uvedena u odnosu na Standardna minimalna pravila o postupanju prema zatvorenicima, koja su poznavala samo internu kontrolu, jeste eksterna kontrola koju obavlja telo nezavisno od zatvorske administracije, a koje mogu činiti i predstavnici relevantnih regionalnih ili međunarodnih institucija. Dakle, dupli sistem kontrole predviđen ovim pravilima,²² ima za cilj da se u najvećoj mogućoj meri obavi nepristrasna kontrola i objektivno utvrdi stvarno stanje stvari, pre svega u oblasti zaštite ljudskih prava lica lišenih slobode, ali i u pogledu rukovođenja ustanovama u kojima se ova lica nalaze i usklađenosti zatvorskih procedura sa postojećim zakonima i zakonom definisanim principima i standardima.

Potrebno je naglasiti i da kontrola zatvorskih uslova i procedura od strane nezavisnih institucija nije novina u međunarodnom pravu. Naime, ovakav oblik kontrole uveden je Dodatnim protokolom uz Konvenciju UN o sprečavanju mučenja i drugih surovih, nečovечnih i ponižavajućih kazni ili postupaka. Odredbama ovog dokumenta, države potpisnice su prihvatile obavezu da u nacionalnim okvirima predvide poseban nezavisan mehanizam za zaštitu prava lica lišenih slobode. Reč je o nacionalnim preventivnim mehanizmima, čija nadležnost je široko

¹⁹ Pravila su usvojena Rezolucijom Generalne skupštine UN, br. 45/113 od 14. decembra 1990. godine.

²⁰ Čl. 39. Mandelinih pravila. Prema studiji sprovedenoj od strane Departmana za pravdu SAD procena je da oko 32% zatvorenika, odnosno 40% lica lišenih slobode prijavi određeni fizički nedostatak, odnosno kognitivni poremećaj, v. bliže: Jamelia Morgan "Caged in: The Devastating Harms of Solitary Confinement on Prisoners with Physical Disabilities", *Faculty Articles and Papers*, University of Connecticut, School of Law, 2018, 87.

²¹ Dokazi upućuju na zaključak da češće posete zatvorenicima od strane članova porodice i prijatelja smanjuju recidivizam. U tom smislu, pregled Ministarstva pravde Velike Britanije pokazuje da su zatvorenici kod kojih su realizovne posete imali 39% manji stepen recidivizma. V. bliže: Olivia Rope, Frances Sheahan., *Global Prison Trends 2018*, *Penal Reform International*, Thailand Institute of Justice, 2018, 27.

²² Čl. 83–85. Mandelinih pravila.

postavljena i obuhvata, između ostalog, i pravo vršenja nenajavljenih poseta ustanovama za izdržavanje sankcija, direktan kontakt sa zatvorenicima i obavljanje poverljivih razgovora sa ovim licima, bez prisustva zatvorskog osoblja.

Slično je predviđeno i u okviru Mandelinih pravila, jer inspektori koji vrše eksternu kontrolu mogu imati pristup informacijama o broju zatvorenika kao i lokacijama svih ustanova u kojima se ta lica nalaze, kao i svim relevantnim informacijama koje se odnose na postupanje prema njima i uslovima u kojima se nalaze. Takođe, predviđena je i mogućnost obavljanja nenajavljenih poseta ovim ustanovama, obavljanje poverljivih razgovora sa licima lišenim slobode, kao i upućivanje preporuka upravi ovih ustanova u cilju otklanjanja uočenih nedostataka i unapređenju zaštite prava lica lišenih slobode. Takođe, u nadležnosti ovih lica je i sastavljanje izveštaja o zatečenom stanju koji se upućuju nadležnim državnim organima. Dakle, revizijom prvobitnog teksta, u Mandelina pravila inkorporisani su kako novi standardi u oblasti ljudskih prava i sloboda, tako i dobra iskustva u smislu implementacije postojećih mehanizama zaštite prava ovih lica koja su dala zadovoljavajuće rezultate u praksi.

Istovremeno, određene izmene izvršene su i u pogledu prava na podnošenje žalbe u pogledu uslova i tretmana u ustanovi u kojoj se izdržava izrečena kazna. U odnosu na Minimalne standarde u pogledu postupanja prema zatvorenicima, ovo pravo je prošireno i to tako što je mogućnost podnošenja žalbe dozvoljena ne samo radnim danima, kako je to bilo prvobitno predviđeno, već je proširena i na vikend i ostale neradne dane u toku godine, na koji način je ovo važno sredstvo pravne zaštite učinjeno efikasnijim. Pored žalbe koja se može uputiti interno, upravniku zatvora ili drugom članu zatvorske administracije u čijoj je nadležnosti postupanje po žalbama lica lišenih slobode, postoji mogućnost upućivanja žalbe i članovima eksterne kontrole, koju vrše nezavisne institucije tokom svojih poseta ustanovama za izvršenje sankcija.²³ Takođe, kako bi se obezbedilo adekvatno postupanje po podnetoj žalbi, Mandelina pravila utvrđuju obavezu nadležnih organa da u ovom postupku odlučuju u kratkim rokovima i bez nepotrebnog odlaganja, jer se u suprotnom žalba može podneti direktno nadležnim sudskim i drugim državnim instancama. Istovremeno, utvrđeno je da podnosilac žalbe ne sme snositi negativne posledice zbog korišćenja prava na žalbu, zbog čega, žalba, na zahtev podnosioca može biti podneta u postupku koji je poverljiv. Dakle, obaveza je zatvorskog osoblja da obezbedi tajnost postupka i da pruži adekvatnu zaštitu podnosiocu žalbe kako ne bi trpeo negativne posledice zbog korišćenja prava na žalbu i ukazivanja na povredu konkretnog ljudskog prava.

²³ Čl. 56. Mandelinih pravila.

Mandelina pravila posebno regulišu situaciju kada navodi žalbe ukazuju da je izvršen akt torture, ali i drugog okrutnog, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja. Proširen je krug lica koja mogu podneti žalbu, tako da ovo pravo, prema Mandelinim pravilima, pored lica lišenog slobode imaju i članovi njegove porodice, ali i bilo koje drugo lice koje ima saznanja o vršenju akata torture.²⁴ Kako bi se obezbedila maksimalna zaštita ugroženog lica i efikasnost vođenja istrage, naglašava se obaveza da se spreči uticaj potencijalno osumnjičenih lica na tok istrage, kao i na žrtvu i članove njene porodica.

Potvrđujući i ovim odredbama principe i standarde utvrđene Konvencijom UN o sprečavanju mučenja i drugih surovih, nečovečnih i ponižavajućih kazni ili postupaka, Mandelina pravila nalažu da se u tom slučaju u najkraćim rokovima obaveste nadležne državne institucije koje dalje preuzimaju postupanje po žalbi. Međutim, i sama sumnja da je izvršen bilo koji akt torture ili sličnog postupanja, čak i ukoliko u konkretnom slučaju nije formalno podneta žalba od strane žrtve, dovoljan je osnov da uprava ustanove za izdržavanje sankcija o tome obavesti nadležne organe u državi. Na ovaj način jasno je izražena namera da se postupak odlučivanja u slučaju vršenja akata torture izmesti sa internog nivoa na viši, državni nivo, pre svega imajući u vidu težinu posledica ovih akata, kao i potrebu da se obezbedi nepristrasnost i objektivnost prilikom postupanja. Takođe, obaveza obaveštavanja navedenih instanci postoji ne samo u ovom slučaju, već i u slučajevima kada se dogodi smrtni slučaj, kao i nestanak lica i nanošenja teških povreda u zatvorskim uslovima.²⁵ I u navedenim slučajevima, istragu preuzima nadležna sudska ili druga instanca, a pored obaveze obaveštavanja o svim okolnostima slučaja, zatvorska uprava i osoblje imaju obavezu pune saradnje, kako bi se obezbedili dokazi u konkretnom postupku.

ZAKLJUČAK

Potvrđujući standarde zaštite ljudskih prava i sloboda proklamovane u najvažnijim međunarodnim dokumentima, Mandelina pravila uvode značajne novine u sferi zaštite prava lica lišenih slobode. Polazeći od ideje o potrebi zaštite ljudskog dostojanstva kao osnovne vrednosti svakog pojedinca, ova pravila proklamuju određene principe zaštite zatvorenika u skoro svim aspektima njihovog života. Inovirajući osnovni tekst Standardnih minimalnih pravila za postupanje prema zatvorenicima, Mandelina pravila ne samo da potvrđuju globalno dosti-

²⁴ Čl. 54. Mandelinih pravila.

²⁵ Čl. 71. Mandelinih pravila.

gnuti nivo zaštite ljudskih prava i sloboda, već i reflektuju i promene koje su se dogodile u svesti ljudi kada je reč o svrsi zatvorskih ustanova, ali tretmanu lica koja u njima borave.

Potreba humanizacije kako uslova u kojima se nalaze lica lišena slobode, tako i odnosa zatvorskog osoblja prema njima, kao i veću dostupnost određenih prava, bili su samo neki od ciljeva donošenja ovakvog dokumenta. U tom smislu, ukazano je na osnovne potrebe ovih lica koje moraju biti zadovoljene kako bi, nakon izdržane kazne, postupak njihove resocijalizacije lakše protekao. Takođe, ovako formulisanim odredbama, ukazano je ne samo na potrebu zaštite lica koja su lišena slobode, već i na zaštitu određenih prava članova njihovih porodica.

Ono što je posebno naglašeno jeste zaštita lica lišenih slobode od akata torture i drugih oblika surovog, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja. Uvažavajući odredbe Konvencije UN o sprečavanju mučenja i drugih surovih, nečovečnih i ponižavajućih kazni ili postupaka, kao i Dodatnog protokola, kao bazičnih međunarodnih dokumenta u ovoj oblasti, Mandelina pravila potvrđuju proklamovane principe i predviđaju mehanizme zaštite zasnovane na odredbama ovih akata i istovremeno, utvrđuje i efikasan sistem kontrole nad tretmanom lica lišenih slobode, koji se sa internog nivoa prebacuju na nivo nadležnih državnih instanci nezavisnih od uprave kaznenih ustanova. Važan mehanizam zaštite predviđen Mandelinim pravilima jeste i kontrola koju sprovode nezavisne institucije, a koja podrazumeva sistem direktnih, nenajavljenih poseta svim ustanovama u kojima se nalaze lica lišena slobode, kao i direktan kontakt sa njima, koji po potrebi može biti i poverljiv, bez prisustva trećih lica. Na ovaj način, obezbeđuje se uvid u stvarno stanje u kojoj meri se zaista poštuju i štite prava lica lišenih slobode, i to od strane institucija koje su nezavisne kako u odnosu na upravu ovog tipa ustanova, tako i u odnosu na državne organe.

Poseban doprinos Mandelinih pravila ogleda se u potrebi da se u najvećoj mogućoj meri humanizuju mere koje se u cilju disciplinovanja sprovode prema zatvorenicima. U tom smislu, važan doprinos ovog dokumenta ogleda se u definisanju trajanja samice, i ograničavanju njene dužine, ali i zabrani sprovođenja pojedinih, posebno nehumanih oblika ove mere. Na taj način, sprečava se samovolja pojedinaca koji odlučuju o trajanju ovih mera i utvrđuju se standardi koji se moraju poštovati kako ne bi došlo do ugrožavanja osnovnih prava lica lišenih slobode.

Mandelina pravila su dokument koji će nesumnjivo izvršiti veliki uticaj na nacionalna zakonodavstva, pre svega kroz uspostavljanje standarda zaštite ljudskih prava lica lišenih slobode, a samim tim i na unapređenje položaja ove kategorije lica i posebno mehanizama zaštite njihovih prava.

Dr. SOFIJA S. VUKIĆEVIĆ-VUJIČIĆ

Assistant Professor, Belgrade Business and Arts Academy
of Applied Studies

Mr. GORAN MILOJEVIĆ

Teaching Assistant, Faculty of Law for Commerce and Judiciary,
University Business Academy, Novi Sad

THE NELSON MANDELA RULES (THE MANDELA RULES)
– A STEP FORWARD IN THE UNIFICATION OF THE HUMAN RIGHTS
SYSTEM OF THE PERSONS DEPRIVED OF LIBERTY

Summary

The need to revise the UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners has led to the adoption of a new document called the Mandela Rules. These rules introduce new standards and principles in the treatment of persons deprived of their liberty, following the already achieved level of protection of the human rights and freedoms at the international level. The significant contribution of this document is reflected not only in the improvement of the existing corpus of rights of persons deprived of their liberty, but also in the provision of the effective mechanisms of their control. Taking into account the main goal, which primarily refers to the humanization of treatment of persons deprived of their liberty, especially in the field of disciplinary measures, but also protection of these persons from acts of torture and other cruel and inhuman treatment, the Mandela rules should be a standard of protection of human rights in national legal systems.

Key words: the human rights of prisoners, the Nelson Mandela Rules, the human rights mechanisms

Literatura

Critoph S., Huber A., *Guidance Document on the Nelson Mandela Rules*, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR) and Penal Reform International (PRI), 2018.

Easton S., *Prisoners' Rights: Principles and Practice*, Routledge, London, 2011.

Godišnji izveštaj Evropskog komiteta za prevenciju torture za 2020. godinu, <https://rm.coe.int/16809e80e1>.

Ignjatović Đ., *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014.

Mendez J., "Right to a Healthy Prison Environment: Health Care in Custody Under Prism of Torture", *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Tom 9, br. 9, 2019.

Morgan J., "Caged in: The Devastating Harms of Solitary Confinement on Prisoners with Physical Disabilities", *Faculty Articles and Papers*, University of Connecticut, School of Law, 2018.

Rope O., Sheahan F., "Global Prison Trends 2018", *Penal Reform International*, Thailand Institute of Justice, 2018.

Škulić M., *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet, Beograd, 2015.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 22.08.2020.

Prihvaćen: 25.09.2020.

PREGLEDNI RAD

SADMIR KAROVIĆ
FILIP MIRIĆ
JASMINA KRŠTENIĆ

PRAVNA PRIRODA I OSNOVNE KARAKTERISTIKE KONCEPTA ISTRAGE U KRIVIČNOM POSTUPKU BOSNE I HERCEGOVINE SA KOMPARATIVNIM OSVRTOM NA KONCEPT ISTRAGE U SRBIJI

U ovom radu autori su pažnju usmjerili na pravnu prirodu i osnovne karakteristike koncepta istrage u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine sa komparativnim osvrtom na koncept istrage u Srbiji, uvažavajući veoma intenzivne i dinamične reformske procese u zadnje dvije decenije. Najznačajnije izmjene u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine odnose se upravo na napuštanje ranijeg sudskog koncepta istrage i prihvatanje odnosno usvajanje tužilačkog koncepta istrage sa radikalno izmjenjenim ulogama subjekata krivičnog postupka. U ovom konceptu istrage, tužilac preuzima proaktivnu (menadžersku) ulogu u istrazi kao izvorni nosilac ovlaštenja u vezi pokretanja i sprovođenja istrage sa širokim ovlaštenjima policije odnosno ovlaštenih službenih lica kao izvršnog servisa u smislu realizacije dokaznih i posebnih istražnih radnji na planu prikupljanja potrebnih dokaza. Takođe, ostvaren je komparativni osvrt u odnosu na koncept istrage u Srbiji u cilju boljeg razumijevanja pravne prirode navedenog koncepta i identifikacije određenih sličnosti i razlika.

Ključne riječi: istraga, krivični postupak, tužilac, krivično djelo

Dr Sadmir Karović, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Travniku, zaposlen u Državnoj agenciji za istrage i zaštitu, Sarajevo, e-mail: karovic@hotmail.com.

Dr Filip Mirić, naučni saradnik Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, e-mail: filip.miric@gmail.com.

Jasmina Krštenić, zamenik javnog tužioca Osnovnog javnog tužilaštva u Lazarevcu, e-mail: jasmina.krstenic@la.os.jt.rs.

REFORMSKI PROCESI I PRAVNA PRIRODA KRIVIČNOG POSTUPKA U BOSNI I HERCEGOVINI

Reformski procesi krivičnog procesnog zakonodavstva na području država nastalih raspadom bivše Jugoslavije (Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija), izrazito se odnosi na koncept istrage odnosno odgovarajuće izmjene u fazi istrage sa znatno ili radikalno izmijenjenom ulogom krivičnoprocesnih subjekata. Savremeno krivično procesno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine je u zadnje dvije decenije bilo izloženo veoma dinamičnim i izraženim reformskim procesima koji se neposredno ispoljavaju u izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku, te usvajanjem i prihvatanjem novih zakonskih rješenja krivičnoprocesne prirode sa naglašenom akuzatornošću. Navedene zakonska rješenja kao odgovori na ekspanziju postojećih i pojavu novih specifičnih oblika kriminaliteta usmjerena su prije svega na efikasnost krivičnog postupka ali, s druge strane, i na aspekt humanizacije koja se manifestuje u zaštiti osnovnih ljudskih prava i sloboda svakog pojedinca. U tom kontekstu, kroz istoriju kriminalitet se postepeno mijenjao, dopunjavao, usavršavao, modernizovao i prilagođavao specifičnim društvenim uslovima i okolnostima.¹

Praktično, osumnjičeno lice i nema mogućnosti da sazna da se protiv njega vodi krivična istraga s obzirom da tužilac nema propisanu zakonsku obavezu da ga o tome obavijesti ili mu dostavi naredbu o provođenju istrage, ali od prvog saznanja da se protiv njega vodi krivična istraga osumnjičeni ima pravo na branioca, preciznije prilikom prvog ispitivanja od strane postupajućeg tužioca ili ovlaštenih službenih lica. U tom smislu, katalog prava osumnjičenog odnosno optuženog lica upravo je potrebno promatrati kroz prizmu humanizacije kojom se ograničava represivno djelovanje subjekata odnosno agencija za provođenje zakona i svodi na najmanju moguću mjeru kojom je moguće postići legitiman cilj koji se odnosi na efikasnu i energičnu borbu protiv kriminaliteta. Posebnu zabrinutost i izazov današnjice predstavljaju krivična djela čije je izvršenje karakteristično za aktivnosti organizovanog kriminaliteta.² S obzirom da se diferencijacija vrši na osnovu pripadnosti jednom od dva velika krivičnopravna sistema, Bosna i Hercegovina je u krugu država koje pripadaju evropsko-kontinentalnoj pravnoj

¹ Sadmir Karović, "Krivičnopravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta u Bosni i Hercegovini – mogućnosti, izazovi i perspektive", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Tom 55, br. 4, 2018, 836.

² Detaljnije v. Đorđe Ignjatović, Milan Škulić, *Organizovani kriminalitet*, treće imjenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019, 203–289.

tradiciji, iako pojedina zakonska rješenja odnosno pravni instituti kao što je slučaj sa tužilačkim konceptom istrage, sve više dobijaju svoju univerzalnost u primjeni.

Represivna djelatnost organa krivičnog progona uključujući sve subjekte ili agencije za provođenje zakona je ograničena i determinirana restriktivnim zakonskim uslovima koji onemogućavaju ili sprečavaju kršenje prava osumnjičenog odnosno optuženog od strane pojedinaca kojima su povjerena javna ovlaštenja na planu provođenja propisa odnosno zakona u praktičnom ili izvršnom smislu. Ograničavanje slobode čovjeka kroz zabrane određenih ponašanja opravdano je samo kada ta ponašanja nesumnjivo predstavljaju društveno štetna ponašanja.³ Na taj način se praktično onemogućava ili sprečava samovolja u postupanju odnosno različiti oblici zloupotrebe u cilju obezbjeđenja pravne sigurnosti kao ključnog obilježja vladavine prava i demokratije. Otkrivačke, istražne i dokazne aktivnosti poduzete od strane subjekata ili agencija za provođenje zakona su neposredno uslovljene i propisane isključivo zakonom. Ukupan razvoj savremenog krivičnog procesnog prava kao rezultat na današnjem stepenu razvoja rezultirao je intencijom zakonodavca da "pomiri" dvije suprotne tendencije koje su po svojoj prirodi sukobljene i inkompatibilne: tendencija efikasnosti krivičnog postupka i tendencija humanizacije koja se odnosi na zaštitu ljudskih prava i sloboda, odnosno katalog prava osumnjičenog odnosno optuženog lica u krivičnom postupku. Zaista, savremeni kriminalitet, osim uobičajenih materijalnih i privrednih konsekvenci, podrazumijeva i ozbiljne globalne reperkusije o kojima direktno zavisi budućnost međunarodnih odnosa i ljudskog društva uopšte.⁴

Krivični postupci civilne pravne tradicije kojoj pripada i Bosna i Hercegovina strukturirani su u više sukcesivnih stadija i to: 1. istraga; 2. optužni postupak; 3. glavna rasprava, i 4. postupak po pravnim lijekovima.⁵ Glavni predmet krivičnog postupka je rasvjetljenje i rješenje određene krivične stvari, te je shodno tome potrebno promatrati i usvojena i prihvaćena zakonska rješenja ali pri tome ne smijemo poistovjećivati efikasnost i brzinu s obzirom da se radi o dvije različite komponente. Takođe, pored krivične stvari kao glavnog predmeta krivičnog postupka, u krivičnom postupku se razmatraju i odlučuju i druga pravna pita-

³ Zoran Stojanović, *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 38.

⁴ Željko Horvatić, Davor Derenčinović, Leo Cvitanović, *Kazneno pravo, Opći dio 1, Kazneno pravo i kazneno pravo zakon*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2016, 39.

⁵ Haris Halilović, *Krivično procesno pravo, Knjiga prva: Uvod i temeljni pojmovi*, Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije, Univerzitet u Sarajevu, Sarajevo, 2019, 30.

nja koja se nazivaju sporednim predmetom krivičnog postupka a to su: imovinskopravni zahtjev, troškovi postupka i prejudicijalna ili prethodna pitanja. Međutim, sa aspekta pokretanja i sprovođenja određene istrage od strane tužioca kao jedinog zakonom ovlaštenog autoriteta, značajno je naglasiti postojanje standarda osnovi sumnje koji proizlazi iz početnih ili inicijalnih saznanja koja ukazuju na postojanje određenog krivičnog djela i izvršioca. U ovoj fazi, krivična stvar u nepravom smislu predmet je preispitivanja i istraživanja s obzirom da se radi o najnižem stepenu sumnje da je izvršeno određeno krivično djelo.

OSNOVNE KARAKTERISTIKE KONCEPTA ISTRAGE U BOSNI I HERCEGOVINI

Usvajanjem i stupanjem na snagu zakona o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini 2003. godine na sva četiri nivoa vlasti (državni nivo⁶, entitetski nivo – Federacija Bosne i Hercegovine⁷ i Republika Srpska⁸, Distrikt Brčko⁹), uvažavajući kompleksnu ustavnopravnu strukturu države, koncept istrage je pretrpio značajne ili radikalne promjene napuštanjem sudskog koncepta istrage i usvajanjem i prihvatanjem tužilačkog koncepta istrage koji se u naučno-stručnoj javnosti naziva još i tužilačko-policijski koncept istrage. Svrha prethodnog postupka je prikupljanje dokaza o vjerovatnom krivičnom djelu i njegovom učiniocu kako bi se u odnosu na učinioca moglo odlučiti hoće li biti podvrgnut suđenju ili će se postupak protiv njega obustaviti.¹⁰ Takođe, navedeni koncept istrage je talasom reformskih procesa prihvaćen i usvojen i u krivičnim procesnim zakonodavstvima susjednih država sa određenim modifikacijama (Srbija, Crna Gora, Hrvatska, Sjeverna Makedonija). Sudski koncept istrage se još uvijek zadržao u krivičnom procesnom zakonodavstvu Slovenije koji sadrži i određene elemente tužilačkog

⁶ Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine – *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/5, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13 i 65/18).

⁷ Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine – *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 09/09, 12/10, 08/13 i 59/14).

⁸ Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske – *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 53/12, 91/17 i 66/18).

⁹ Zakon o krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine – *Službeni glasnik* br. 10/03, 48/04, 06/05, 12/07, 14/07, 21/07, 27/14 i 3/19).

¹⁰ Miodrag N. Simović, Vladimir M. Simović, *Krivično procesno pravo*, četvrto izdanje (izmijenjeno i dopunjeno), Pravni fakultet PIM Univerziteta u Lukavici, Banja Luka, 2011, 318.

koncepta istrage. U skladu sa članom 20. tačka j) Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, istraga obuhvata aktivnosti preduzete od strane tužioca ili ovlašćenog službenog lica u skladu sa ovim zakonom, uključujući prikupljanje i čuvanje izjava i dokaza. Uvažavajući pravnu prirodu prihvaćenog i usvojenog tužilačkog koncepta istrage u krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini kao i provedbeni aspekt u smislu značajno izmijenjene uloge krivičnoprocesnih subjekata, (pre)poznaju se osnovne karakteristike ovog koncepta i to kako slijedi:

- o pokretanju i sprovođenju istrage na osnovu prikupljenih inicijalnih ili početnih saznanja o postojanju određenog krivičnog djela, autonomno i samostalno odlučuje postupajući tužilac koji nema propisanu zakonsku obavezu pribavljanja bilo kakvog odobrenja ili saglasnosti od strane suda;

- za pokretanje i sprovođenje istrage zahtijeva se postojanje standarda osnovi sumnje kao (naj)nižeg stepena sumnje da je izvršeno određeno krivično djelo za razliku od ranijeg sudskog koncepta istrage gdje se za pokretanje i sprovođenje istrage zahtijevalo postojanje višeg stepena sumnje odnosno postojanje dokaznog standarda osnovana sumnja¹¹;

- standard osnovi sumnje je potrebno zadovoljiti kada je u pitanju izdavanje naredbe za izvođenje odnosno provođenje dokaznih radnji (pretres stana, prostorija, osoba i stvari, privremeno oduzimanje predmeta i imovine, ispitivanja osumnjičenog, saslušanje svjedoka, vještačenje, uviđaj i rekonstrukcija događaja¹²) i posebnih istražnih radnji;

- sublimiranje ili spajanje ranijeg pretkrivičnog postupka i istrage u jedinstvenu istragu¹³;

- značajno ili radikalno izmijenjena uloga subjekata u istrazi s obzirom da tužilac preuzima proaktivnu ulogu u vezi sa pokretanjem i sprovođenjem istrage ali i snosi teret dokazivanja, dok je uloga suda u fazi istrage pasivna;

- tužilac ima rukovodnu ulogu u istrazi ali i nadzornu ulogu u odnosu na ovlaštene službene osobe u vezi realizacije zahtjeva i naredbi tužioca koje se odnose na poduzimanje određenih dokaznih radnji i posebnih istražnih radnji, te poduzimanja drugih aktivnosti u istrazi na planu prikupljanja potrebnih obavje-

¹¹ Član 216. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine.

¹² Detaljnije v. čl. 51–115. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine – *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/5, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09,16/09,93/09,72/13 i 65/18).

¹³ Miodrag N. Simović, “*Koncepcija tužilačke istrage u Zakonu u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine: stanje i problemi*”, Tužilačka istraga – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2014, 44.

štenja koja se odnose na postojanje obilježja bića konkretnog krivičnog djela i izvršioca;

– afirmacija i praktična implementacija osnovnih ljudskih prava i sloboda koja se neposredno odnose na katalog prava osumnjičenog lica (pravo na branioca od prvog saznanja da je pokrenuta istraga – prilikom prvog ispitivanja u svojstvu osumnjičenog lica);

– sudska kontrola u istrazi se odnosi na kontrolni aspekt u odnosu na poduzimanje određenih krivičnoprocesnih radnji kojima se ograničavaju prava i slobode osumnjičenom licu (izdavanje naredbi za provođenje dokaznih radnji i posebnih istražnih radnji);

– realizacija značajnih istražno-dokaznih aktivnosti u istrazi, uključujući i ispitivanje osumnjičenog, povjerena su na izvršenje policiji odnosno ovlaštenim službenim licima zbog čega se ovaj koncept istrage često naziva i tužilačko-policijski koncept. Ovlaštene službene osobe zadužene su za sprovođenje odnosno realizaciju svih zahtjeva i naredbi tužilaštva ali i suda u istrazi;

– istraga se može okončati na dva načina i to: obustavom istrage ili podizanjem optužnice od strane postupajućeg tužioca, ukoliko je na osnovu prikupljenih dokaza i provedenih ukupnih istražno-dokaznih aktivnosti zadovoljen standard osnovana sumnja.

ULOGA I POLOŽAJ TUŽIOCA U ISTRAZI

Iz samog naziva odnosno pojmovnog tužilačkog koncepta evidentno je da je tužilac glavni i odgovorni menadžer istrage koji ima propisanu rukovodnu ali i nadzornu ulogu u odnosu na policiju odnosno ovlaštena službena lica kojima su povjerene na izvršenje značajne istražno-dokazne aktivnosti. Osnovno pravo i osnovna dužnost tužioca je otkrivanje i gonjenje počinitelaca krivičnih djela koja su u nadležnosti Suda.¹⁴

Tužilac ima pravo i dužan je da: a) odmah po saznanju da postoje osnovi sumnje da je počinjeno krivično djelo preduzme potrebne mjere u cilju njegovog otkrivanja i sprovođenja istrage, pronalaženja osumnjičenog, rukovođenja i nadzora nad istragom, kao i radi upravljanja aktivnostima ovlašćenih službenih lica vezanim za pronalaženje osumnjičenog i prikupljanje izvjava i dokaza; b) sprovede istragu u skladu s ovim zakonom; c) daje imunitet u skladu s članom 84. Zakona o krivičnom postupku; d) zahtijeva dostavljanje informacija od strane državnih organa, preduzeća, pravnih i fizičkih lica u Bosni i Hercegovini; e) izdaje pozive i

¹⁴ Čl. 35, st. 1 Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine.

naredbe i predlaže izdavanje poziva i naredbi u skladu s ovim zakonom; f) naredi ovlaštenom službenom licu da izvrši naredbu izdatu od strane Suda u skladu s ovim zakonom; g) utvrđuje činjenice potrebne za odlučivanje o imovinskopravnom zahtjevu u skladu s članom 197. ovog zakona i o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u skladu s članom 392. ovog zakona; h) predlaže izdavanje kaznenog naloga u skladu s članom 334. ovog zakona; i) podiže i zastupa optužnicu pred Sudom; j) podnosi pravne lijekove; k) obavlja i druge poslove određene zakonom.¹⁵ Svi organi koji učestvuju u istrazi dužni su da o svakoj preduzetoj radnji obavijeste tužioca i da postupe po svakom njegovom zahtjevu.¹⁶

Od saznanja za postojanje određenog krivičnog djela, preciznije od postojanja standarda osnovi sumnje kao stepena vjerovatnoće da je izvršeno određeno krivično djelo nastupa proaktivna uloga tužioca koji je zakonom jedini ovlašten autoritet za pokretanje i sprovođenje istrage odnosno izdavanja inicijalnog akta tj. naredbe za provođenje istrage u svakom konkretnom slučaju. O pokretanju i sprovođenju istrage postupajući tužilac odlučuje autonomno i samostalno na osnovu vlastite procjene inicijalnih ili početnih saznanja koja se odnose ili ukazuju na postojanje određenog krivičnog djela, bez prethodnog pribavljanja bilo kakvog odobrenja od strane suda. Praktična iskustva ukazuju da postupajući tužilac najčešće, ukoliko je to potrebno, na osnovu početnih ili inicijalnih saznanja, neposredno prije izdavanja naredbe za provođenje krivične istrage prethodno izdaje zahtjev za dodatno prikupljanje obavještenja i provjere osnovanosti inicijalnih navoda. Na ovaj način se “sirova” obavještenja ili neprovjereni obavještajni podaci o postojanju određenog krivičnog djela preliminarno provjeravaju u smislu osnovanosti a u vezi svrsishodnosti izdavanja naredbe za provođenje istrage.

Nakon izdavanja naredbe o sprovođenju istrage, postupajući tužilac u svakom konkretnom krivičnom predmetu na osnovu autonomne procjene odlučuje o izboru i primjeni adekvatnih ili srazmjerno potrebnih krivičnoprocesnih radnji (dokaznih radnji, posebnih istražnih radnji) u zavisnosti od pravne kvalifikacije, obilježja bića i prirode krivičnog djela, načina izvršenja i drugih krivičnopravnih specifičnosti. Takođe, kada je u pitanju provedbeni aspekt odnosno praktična realizacija određenih istražno-dokaznih aktivnosti, postupajući tužilac odlučuje koje će krivičnoprocesne radnje on lično realizovati a koje će na izvršenje povjeriti policiji odnosno ovlaštenim službenim licima pod njegovim nadzorom. Iz navedenog proizlazi izuzetno proaktivna uloga postupajućeg tužioca u svakom krivič-

¹⁵ Čl. 35, st. 2 Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine.

¹⁶ Čl. 35, st. 3 Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine.

nom predmetu što je i svrsishodno i opravdano imajući u vidu da njegov položaj i na glavnom pretresu zavisi od kvaliteta prikupljenih dokaza u odnosu na konkretno krivično djelo u smislu postojanja obilježja bića, te da upravo tužilac po prirodi njegove funkcije uvažavajući nadležnost, snosi teret dokazivanja.

POLICIJA – OVLAŠĆENA SLUŽBENA LICA KAO IZVRŠNI SERVIS TUŽILAŠTVA

Tužilački koncept istrage se zbog veoma izražene i značajne uloge ovlaštenih službenih lica odnosno policije u provedbenom aspektu naziva još i tužilačko-policijski koncept, s obzirom da postupajući tužilac značajne istražno-dokazne aktivnosti povjerava na izvršenje upravo policiji. Međutim, prilikom obavljanja redovnih poslova i zadataka na planu sprečavanja i otkrivanja kriminaliteta, ovlaštena službena lica djeluju samostalno i nezavisno od tužilaštva, sve do prikupljanja inicijalnih ili početnih saznanja iz kojih proizlazi osnov sumnje da je izvršeno određeno krivično djelo. Primarna ili osnovna djelatnost policije odnosno ovlaštenih službenih lica je otkrivanje postojanja krivičnih djela – otkrivačka djelatnost ali je zakonodavac propisao i njihovu veoma proaktivnu ulogu u istrazi u vezi sa poduzimanjem istražno-dokaznih aktivnosti na planu prikupljanja potrebnih dokaza u odnosu na konkretno krivično djelo. Dakle, sve do momenta saznanja za postojanje određenog krivičnog djela, operativni rad policije koji se odnosi na poslove i zadatke iz nadležnosti (prevencija kriminaliteta, kontrola saobraćaja i dr.) i nije uslovljen ili determiniran nadzornom ili rukovodnom ulogom tužioca.¹⁷

Zakonski osnov za neposredno postupanje ovlaštenih službenih lica predstavlja odredba člana 219. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine kojom je propisano postupanje ovlaštenih službenih lica na planu otkrivanja krivičnih djela i njihovih izvršilaca, te propisuje odgovarajuće mjere i radnje koji se mogu poduzeti u cilju realizacije zadataka propisanih u članu 218 ovog zakona. Radi izvršenja zadataka iz člana 218. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, a u cilju pronalaska izvršioca krivičnog djela, pronalaska tragova i predmeta koji mogu poslužiti kao dokazi, prikupljanja potrebnih obavještenja, ovlašteno službeno lice može preduzeti sljedeće radnje: (1) prikupljati potrebne izjave od lica; (2) izvršiti potreban pregled prevoznih sredstava, putnika i prtljaga; (3)

¹⁷ Sadmir Karović, "Krivičnoprocesna uloga i položaj tužioca u istrazi u Bosni i Hercegovini (II dio)", *Izbor sudske prakse*, broj 3, IP Glosarijum, Beograd, 2019, 65–66.

ograničiti kretanje na određenom prostoru za vrijeme potrebno da se obavi određena radnja; (4) preduzeti potrebne mjere u vezi s utvrđivanjem identiteta lica i predmeta; (5) raspisati potragu za licem i stvarima za kojima se traga; (6) u prisustvu odgovornog lica pretražiti određene objekte i prostorije državnih organa, javnih preduzeća i ustanova, obaviti uvid u određenu njihovu dokumentaciju; (7) kao i preduzeti druge potrebne mjere i radnje. Takođe, ovlašteno službeno lice ima zakonsku mogućnost poduzimanja i drugih radnji kao što je zadržavanje, te druge radnje kada su ispunjeni određeni zakonski uslovi kao što su uviđaj i vještačenje.

U skladu sa članom 220. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine ovlašteno službeno lice ima pravo da lica zatečena na mjestu izvršenja krivičnog djela zadrži radi prikupljanja izjava ako ta lica mogu dati obavještenja važna za krivični postupak i o tome je dužno obavijestiti tužioca (najduže do šest sati), fotografisati i uzimati otiske prstiju lica za koje postoje osnovi sumnje da je učinilo krivično djelo i uzimati otiske prstiju od lica za koja postoji vjerovatnoća da su mogla doći u dodir s tim predmetima. U skladu s članom 221. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, ovlašteno službeno lice, nakon obavještavanja tužioca, dužno je izvršiti uviđaj i odrediti potrebna vještačenja, osim pregleda, obdukcije i ekshumacije leša. Shodno naprijed navedenom, ovlašteno službeno lice može poduzimati skoro sve radnje dokazivanja pod uslovom prethodnog obavještavanja tužioca u cilju zadovoljenja objektivnog formalnog uslova za ocjenu njihove zakonitosti. Takođe, ovlašteno službeno lice u vezi primjene dokaznih radnji (pretresanje stanja, prostorija i lica¹⁸ i privremenog oduzimanja predmeta i imovine¹⁹) ali i posebnih istražnih radnji, ima mogućnost sačinjavanja i dostavljanja inicijalnog prijedloga za primjenu navedenih radnji postupajućem tužiocu koji u svakom konkretnom slučaju (krivičnom predmetu) autonomno vrši tužilačku ocjenu da li su zadovoljeni zakonski uslovi za primjenu predloženih radnji.

Policijski organ može lice lišiti slobode ako postoje osnovi sumnje da je to lice počinilo krivično djelo i ako postoji ma koji razlog predviđen u članu 132. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine²⁰, ali je policijski organ du-

¹⁸ Čl. 51 Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine.

¹⁹ Čl. 65 Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine.

²⁰ Razlozi za pritvor: (1) Ako postoji osnovana sumnja da je određeno lice učinilo krivično djelo, pritvor mu se može odrediti: a) ako se krije ili ako postoje druge okolnosti koje ukazuju na opasnost od bjekstva; b) ako postoji osnovana bojazan da će uništiti, sakriti, izmijeniti ili krivotvoriti dokaze ili tragove važne za krivični postupak ili ako naročite okolnosti ukazuju da će ometati krivični postupak uticajem na svjedoke, saučesnike ili prikrivače; c) ako naročite okolnosti opravda-

žan da takvo lice bez odgađanja, a najkasnije u roku od 24 sata sprovede tužiocu. Prilikom dovođenja, policijski organ će obavijestiti tužioca o razlozima i vremenu lišenja slobode. Upotreba sile prilikom dovođenja dopuštena je u skladu sa zakonom.²¹ Međutim, izuzetno, kada se radi o krivičnim djelima terorizma, lice se mora sprovesti tužiocu najkasnije u roku od 72 sata.²²

Pored dužnosti i ovlaštenja propisanih Zakonom o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, (*lex generalis*), policijskim službenicima se, u cilju sprečavanja krivičnih djela i održavanja javnog reda i mira, Zakonom o policijskim službenicima Bosne i Hercegovine, kao *lex specialis*, propisuju sljedeća policijska ovlaštenja: 1. provjera i utvrđivanje identiteta osoba i stvari; 2. obavljanje razgovora; 3. privođenje; 4. potraga za osobama i stvarima; 5. privremeno ograničavanje slobode kretanja; 6. izdavanje upozorenja i naredbi; 7. privremeno oduzimanje predmeta; 8. korištenje tuđih vozila i komunikacijskih sredstava; 9. pregled osoba, stvari i prijevoznih sredstava; 10. snimanje na javnim mjestima; 11. upotreba sile; 12. obrada ličnih podataka i vođenje evidencija; 13. zaprimanje prijava.²³

ULOGA SUDA U ISTRAZI

Kao što je već naprijed navedeno, uloga suda je u istrazi pasivna i uglavnom se odnosi na kontrolnu funkciju u vezi sa izvođenjem odnosno primjenom određenih krivičnoprocesnih radnji (radnje dokazivanja, posebne istražne radnje) u smislu zakonske opravdanosti i svrsishodnosti ograničavanja određenih prava i sloboda osumnjičenom licu. Kontrolna uloga suda u istrazi neposredno znači da se stara o poštivanju ljudskih prava i sloboda od strane postupajućeg tužioca i ovlaštenih službenih lica u vezi preduzimanja mjera i radnji kojima se ta prava i slobode ograničavaju prilikom prikupljanja potrebnih dokaza. U istrazi sudija za prethodni postupak donosi naredbe i rješenja na prijedlog postupajućeg tužioca ili ovlaštenih službenih lica (naredbe za primjenu dokaznih radnji, izvođenje odnosno primjenu posebnih istražnih radnji). Pored naprijed navedenog, jedna od

vaju bojazan da će ponoviti krivično djelo ili da će dovršiti pokušano krivično djelo ili da će učiniti krivično djelo kojim prijeti, a za ta krivična djela može se izreći kazna zatvora tri godine ili teža kazna, d) u vanrednim okolnostima, ako se radi o krivičnom djelu za koje se može izreći kazna zatvora deset godina ili teža kazna, a koje je posebno teško, s obzirom na način izvršenja ili posljedice krivičnog djela, ako bi puštanje na slobodu rezultiralo stvarnom prijetnjom narušavanja javnog reda. (2) U slučaju iz stava 1. tač. b) ovog člana, pritvor će se ukinuti čim se osiguraju dokazi zbog kojih je pritvor određen.

²¹ Čl. 139, st. 1 Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine.

²² Čl. 139, st. 2 Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine.

²³ Član 10 Zakona o policijskim službenicima Bosne i Hercegovine.

uloga suda u istrazi predstavlja i sudsko obezbjeđenje dokaza. Dakle, iz navedenog proizlazi da sud ima savim pasivnu ulogu u istrazi kada je u pitanju poduzimanje istražno-dokaznih aktivnosti.

KOMPARATIVNI OSVRT NA KONCEPT ISTRAGE U KRIVIČNOM POSTUPKU SRBIJE

Kao što je već naprijed navedeno, jedna od osnovnih karakteristika koncepta istrage u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine jeste sublimiranje ili spajanje ranijeg pretkrivičnog postupka i istrage u jedinstvenu istragu. Međutim, kada je u pitanju krivični postupak Srbije evidentno je da postoji predistražni postupak koji prethodi pokretanju i sprovođenju istrage u slučaju kada je zadovoljen standard osnovi sumnje. Osnov sumnje je skup činjenica koje posredno ukazuju da je učinjeno krivično delo ili da je određeno lice učinilac krivičnog dela.²⁴ Predistražni postupak kao skup aktivnosti nadležnih subjekata se odnosi na provjeravanje inicijalnih saznanja i rasvjetljenja krivičnog događaja u vezi postojanja osnova sumnje koji je neophodan za pokretanje i sprovođenje istrage. Zadatak predistražnog postupka jeste da rasvijetli krivični događaj do stepena sumnje koji omogućava donošenje adekvatne odluke o pokretanju ili nepokretanju krivičnog postupka.²⁵ U praktičnom smislu, predistražni postupak može prethoditi prijavljivanju krivičnog djela ili nakon prijavljivanja određenog krivičnog djela kada se poduzimaju određene aktivnosti na planu provjere navoda u smislu postojanja osnova sumnje.

U tom smislu, inicijalna ili početna saznanja se provjeravaju u cilju preispitivanja osnovanosti navoda koji se odnose na određeni krivični događaj odnosno moguće postojanje određenog krivičnog djela i lica koje se dovodi u vezu sa izvršenjem. U ovoj fazi postupanja, javni tužilac ima proaktivnu ulogu s obzirom da ima rukovodeću (naredbodavnu) ulogu, te da određene aktivnosti na izvršenje povjerava policiji odnosno ovlaštenim službenim licima (obavezujući nalozi). Osnovno pravo i osnovna dužnost javnog tužioca je gonjenje učinilaca krivičnih dela.²⁶ Za krivična dela za koja se goni po službenoj dužnosti, javni tužilac je nadležan da: 1) rukovodi predistražnim postupkom; 2) odlučuje o nepreduzi-

²⁴ Čl. 2, st. 17 Zakonika o krivičnom postupku Srbije.

²⁵ Stanko Bejatović, *Krivično procesno pravo*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2019, 374.

²⁶ Čl. 43, st. 1 Zakonika o krivičnom postupku Srbije.

manju ili odlaganju krivičnog gonjenja; 3) sprovodi istragu; 4) zaključi sporazum o priznanju krivičnog dela i sporazum o svedočenju; 5) podiže i zastupa optužbu pred nadležnim sudom; 6) odustane od optužbe; 7) izjavljuje žalbe protiv nepravosnažnih sudskih odluka i da podnosi vanredne pravne lekove protiv pravosnažnih sudskih odluka; 8) preduzima druge radnje kada je to određeno ovim zakonom.²⁷

Kada je u pitanju pokretanje i sprovođenje istrage neophodno je zadovoljiti materijalni i formalni uslov kao što je to propisano i u Zakonu o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine. U materijalnom smislu neophodno je zadovoljiti stepen sumnje – osnovi sumnje kao najniži stepen vjerovatnoće da je izvršeno određeno krivično djelo, dok s druge strane, formalni uslov za sprovođenje istrage odnosi se na izdavanje naredbe od strane javnog tužioca. Istraga je faza krivičnog postupka koja prethodi suđenju i čija je osnovna svrha prikupljanje dokaza potrebnih za optuženje, ili obrnuto, konstatovanje da nema uslova za podizanje optužnice, te ulazak u narednu procesnu fazu.²⁸ Iz naprijed navedenog je evidentno da se u toku istrage poduzimaju različite krivičnoprocesne radnje odnosno dokazne radnje pod rukovodnom ulogom javnog tužioca, usmjerene na prikupljanje potrebnih dokaza u vezi sa postojanjem obilježja bića konkretnog krivičnog djela neophodnih za optuženje i ulazak u narednu fazu krivičnog postupka – optuženje ili da nisu zadovoljeni zakonski uslovi za podizanje optužnice. S tim u vezi, potrebno je naglasiti i drugu zakonsku mogućnost da se optužnica može podići i neposredno, tj. bez sprovođenja istrage u slučaju kada prikupljeni podaci o krivičnom djelu i izvršiocu zadovoljavaju zakonski osnov za optuženje. Dakle, to neposredno znači da se ne mora u svakom pojedinačnom krivičnom predmetu provoditi istraga prije optuženja.

Uvažavajući naprijed navedeno, analizom odredbi Zakonika o krivičnom postupku Srbije koje se odnose na predistražni postupak i istragu, uočava se na određen način “dupliranje” ili ponavljanje poduzimanja određenih aktivnosti od strane javnog tužioca i policije iz čega proizlazi realna i svrsishodna potreba sublimiranja ili spajanja predistražnog postupka i istrage u jednu jedinstvenu istragu kao što je to slučaj sa konceptom istrage u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine.

²⁷ Čl. 43, st. 2, tač. 1 Zakonika o krivičnom postupku Srbije.

²⁸ Zoran Stojanović, Milan Škulić, Veljko Delibašić, *Osnovi krivičnog prava, Knjiga II, Krivično procesno pravo – Krivični postupak kroz praktičnu primjenu*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 247.

ZAKLJUČAK

Reformski procesi krivičnog procesnog zakonodavstva u posljednje dvije decenije u Bosni i Hercegovini ali i u susjednim državama i regiji, uticali su na prihvatanje i usvajanje određenih zakonskih rješenja svojstvenih za anglosaksonski pravni sistem. Reforma krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini je posebno izražena u dijelu koji se odnosi na koncept istrage, napuštanjem ranijeg sudskog koncepta istrage i prihvatanjem i usvajanjem tužilačkog koncepta istrage. Suštinska ali i radikalna izmjena koncepta istrage posebno se ispoljava u izmjeni uloge krivičnoprocesnih subjekata gdje tužilac preuzima proaktivnu ulogu u istrazi sa propisanom rukovodnom ali i nadzornom ulogom u odnosu na policiju odnosno ovlaštena službena lica. Takođe, ovaj koncept istrage prepoznaje i određuje policiju odnosno ovlaštena službena lica kao svojevrzni operativni servis u vezi realizacije zahtjeva i naredbi tužilaštva ali i suda na planu prikupljanja potrebnih dokaza. Naime, policija odnosno ovlaštena službena lica poduzimaju odnosno realizuju dokazne i posebne istražne radnje, te poduzimaju druge aktivnosti istražno-dokazne prirode po nalogu postupajućeg tužioca, uključujući i ispitivanje osumnjičenog lica. S druge strane, uloga suda je pasivna i odnosi se na kontrolni aspekt zaštite ljudskih prava i sloboda odnosno zakonsku opravdanost i svrsishodnost ograničenja navedenih prava u odnosu na osumnjičeno lice po zahtjevu tužioca ili ovlaštenih službenih lica u vezi izdavanja naredbi za poduzimanje određenih krivičnoprocesnih radnji. Takođe, uloga suda se odnosi i na sudsko obezbjeđenje dokaza. Međutim, sud nije involviran u izvođenje odnosno primjenu istražno-dokaznih aktivnosti.

Humanizacija savremenog krivičnog procesnog prava koja se ispoljava u dosljednoj primjeni kataloga prava osumnjičenog odnosno optuženog lica u krivičnom postupku, neposredno ograničava represivnu djelatnost subjekata odnosno agencija za provođenje zakona. Osumnjičeno lice već prilikom prvog ispitivanja ima pravo na branioca a represivna djelatnost je svedena na najmanju moguću mjeru neophodnu kako bi se postigao legitiman zakonski cilj. U ovom radu izvršen je komparativni osvrt na koncept istrage u Srbiji gdje je, takođe, prisutan odnosno usvojen tužilački koncept istrage. Međutim, u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije postoji i predistražni postupak koji prethodi istrazi. U kontekstu efikasnosti krivičnog postupka smatramo opravdanim i svrsishodnim da se predistražni postupak i istraga sublimiraju ili spoje u jednu jedinstvenu istragu, kako je to već zakonski riješeno u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine. U prilog tome, možemo navesti da se radi i o istom stepenu sumnje (osnovi sumnje) u pre-

distražnom postupku i istrazi, tako da bi eventualno sublimiranje ili spajanje ove dvije faze postupanja bilo zakonski opravdano u smislu efikasne i energične borbe protiv kriminaliteta.

Dr. SADMIR KAROVIĆ

Associate Professor, Faculty of Law of Travnik
employed in the State Agency for investigations
and protection, Sarajevo

Dr. FILIP MIRIĆ

Research Associate, Faculty of Law, University of Niš

JASMINA KRŠTENIĆ

Deputy Public Prosecutor, Basic Public Prosecutor's
Office in Lazarevac, County of Belgrade

LEGAL NATURE AND BASIC CHARACTERISTICS OF THE INVESTIGATION CONCEPT IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

– With a comparative review of the concept of investigation in Serbia –

Summary

In this paper, the authors have focused on the legal nature and basic features of the concept of investigation in criminal proceedings in Bosnia and Herzegovina, with a comparative focus on the concept of investigation in Serbia, respecting the very intense and dynamic reform processes in the last two decades. The most significant changes in the criminal procedure of Bosnia and Herzegovina relate precisely to abandoning the earlier judicial concept of investigation and to accepting or adopting the prosecutorial concept of investigation with radically altered roles of subjects of criminal proceedings. In this concept of investigation, the prosecutor assumes a proactive (managerial) role in the investigation as the original holder of authority to initiate and conduct investigations with broad police powers or authorized officials as an executive service in terms of conducting evidentiary and special investigative actions in order to gather the necessary evidence. Also, a comparative review was made regarding the concept of investigation in Serbia in order to better understand the legal nature of the said concept and to identify certain similarities and differences.

Key words: investigation, criminal proceedings, prosecutor, criminal offense

Literatura

Bejatović S., *Krivično procesno pravo*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2019.

Halilović H., *Krivično procesno pravo, Knjiga prva: Uvod i temeljni pojmovi*, Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije, Univerzitet u Sarajevu, Sarajevo, 2019.

Horvatić Ž., Derenčinović D., Cvitanović L., *Kazneno pravo, Opći dio 1, Kazneno pravo i kazneno pravo zakon*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2016.

- Ignjatović Đ., Škulić M., *Organizovani kriminalitet, treće imjenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, Beograd, 2019.
- Karović S., “Krivičnopravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta u Bosni i Hercegovni – mogućnosti, izazovi i perspektive”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Tom 55, br. 4, Split, 2018.
- Karović S., “Krivičnoprocesna uloga i položaj tužioca u istrazi u Bosni i Hercegovini (II dio)”, *Izbor sudske prakse*, broj 3, IP Glosarijum, Beograd, 2019.
- Simović N. M., “Koncepcija tužilačke istrage u Zakonu u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine: stanje i problemi”, *Tužilačka istraga – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni*, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2014.
- Simović N. M., Simović M. V., “Krivično procesno pravo, četvrto izdanje (izmijenjeno i dopunjeno)”, *Pravni fakultet PIM Univerziteta u Lukavici*, Banja Luka, 2011.
- Stojanović Z., *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, Beograd, 2016.
- Stojanović Z., Škulić M., Delibašić D., “Osnovi krivičnog prava, Knjiga II, Krivično procesno pravo – Krivični postupak kroz praktičnu primjenu”, *Službeni glasnik*, Beograd, 2018.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 01.05.2020.

Prihvaćen: 25.09.2020.

PREGLEDNI RAD

Sloboda ličnosti

OLGA CVEJIĆ JANČIĆ
MELANIJA JANČIĆ

JEDNAKO PRIZNANJE PRED ZAKONOM LICA SA MENTALNIM I INTELEKTUALNIM OŠTEĆENJIMA

U radu će biti analizirano pitanje primene člana 12 Konvencije UN o pravima osoba sa invaliditetom (2006). Odredbe Porodičnog zakona Republike Srbije o lišenju poslovne sposobnosti više nisu u skladu, ne samo sa pomenutom Konvencijom, nego ni sa principom jednakosti pred zakonom i principom zabrane diskriminacije, tako da bi izmene trebalo da pretrpe odredbe o pravu na sklapanje braka, roditeljstvu, starateljstvu, produženju kao i lišenju roditeljskog prava radi usklađivanja sa odredbama Konvencije. Princip zamenskog odlučivanja (substitute decision-making) koji je zastupljen u domaćem pozitivnom pravu trebalo bi zameniti principom odlučivanja uz podršku (supported decision-making). Pored toga, i paradigma najboljeg interesa lica sa mentalnim oštećenjima treba da ustupi mesto paradigmatičnih želja i preferencija tog lica. Konvencija, naime, insistira na tome da je ravnopravnost pred zakonom osnovni princip zaštite ljudskih prava i da ona mora biti garantovana svim licima bez razlike, kako bi se obezbedilo ostvarivanje drugih ljudskih prava i poštovanje dostojanstva svojstvenog svakom ljudskom biću.

Ključne reči: osoba sa invaliditetom, Konvencija UN o pravima osoba sa invaliditetom, jednakost pred zakonom, zamensko odlučivanje, potpomognuto odlučivanje

U V O D

Konvencija UN o pravima osoba sa invaliditetom (u daljem tekstu Konvencija ili KPOI) usvojena je pod okriljem Ujedinjenih nacija 2006. godine, a Sr-

Prof. dr Olga Cvejić Jančić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu (u penziji), e-mail: olgacvejic@gmail.com.

Dr Melanija Jančić, docent Fakulteta za evropske pravno-političke studije, Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu, docentkinja, e-mail: lanajancic@gmail.com.

bija ju je ratifikovala 2009. godine.¹ U Srbiji su do sada pojedine konvencijske odredbe delimično sprovedene u život, posebno one koje se tiču uklanjanja fizičkih prepreka koje onemogućavaju ili otežavaju slobodno kretanje osoba sa fizičkim invaliditetom i pristup raznim sadržajima koje ih interesuju, odnosno koje onemogućavaju njihovo ravnopravno učešće u društvenom životu. Postavlja se pitanje i samog značenja izraza osoba sa invaliditetom. Potrebno je, pre svega, razjasniti koja su sve lica obuhvaćena ovom terminologijom i definisati šta se podrazumeva pod invaliditetom. U Konvenciji UN je naglašeno da se pod osobama sa invaliditetom podrazumevaju i lica sa *mentalnim i intelektualnim oštećenjima* (čl. 1 st. 2 Konvencije, naglasili autori)², što znači da i njima treba obezbediti ravnopravnost pred zakonom jednako kao i svim ostalim licima. Međutim, upravo ovaj deo Konvencije teško nalazi primenu, jer je nerazumevanje njegovog značenja vrlo rasprostranjeno i stoga se sporo i nedovoljno radi na njenoj implementaciji. U Republici Srbiji je i pre ratifikacije Konvencije, još 2006. godine, donet Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom, čijim odredbama je data definicija izraza, tako da se pod osobama sa invaliditetom smatraju osobe sa urođenom ili stečenom fizičkom, senzornom, intelektualnom ili emocionalnom onesposobljenošću koje usled društvenih ili drugih prepreka nemaju mogućnosti ili imaju ograničene mogućnosti da se uključe u aktivnosti društva na istom nivou sa drugima, bez obzira na to da li mogu da ostvaruju pomenute aktivnosti uz upotrebu tehničkih pomagala ili službi podrške.³ Ovaj Zakon se zasniva na načelima zabrane diskriminacije ovih osoba, poštovanja ljudskih prava i dostojanstva, uključenosti osoba sa invaliditetom u sve sfere društvenog života na ravnopravnoj osnovi, uključenosti u sve procese u kojima se odlučuje o njihovim pravima i oba-

¹ Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom je usvojena 13. decembra 2006. godine na 61. zasedanju Generalne skupštine Ujedinjenih nacija, a stupila je na snagu 3. maja 2008. godine. Do aprila 2020. godine, Konvenciju je ratifikovala 181 zemlja, među kojima je i Srbija. Konvenciju su ratifikovale i sve države bivše Jugoslavije: Hrvatska 2007. godine, Slovenija 2008. godine, Crna Gora 2009. godine, Bosna i Hercegovina 2010. godine, Severna Makedonija 2011. godine. Naša država je ratifikovala Konvenciju 31. jula 2009. godine, a do kraja 2018. godine Konvenciju su ratifikovale i sve države članice Evropske unije, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en, 10.07.2020.

² Čl. 1 st. 2 glasi: "Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others" (Osobe sa invaliditetom uključuju one koji imaju dugotrajna fizička, *mentalna*, *intelektualna* ili senzorna oštećenja koja u interakciji sa raznim barijerama mogu ometati njihovo potpuno i efikasno učešće u društvu na ravnopravnoj osnovi sa drugima).

³ Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom, *Službeni glasnik RS*, br. 33/2006, 13/2016, čl. 3 st. 1. tač. 1.

vezama i načelu jednakih prava i obaveza (čl. 2). Međutim, pitanje primene odredaba ovog zakona može biti upitno.

Imajući u vidu odredbe Porodičnog zakona (u daljem tekstu PZ) koje se tiču lišenja poslovne sposobnosti, koje može biti potpuno ili delimično, možemo primetiti da su one u koliziji sa odredbama Zakona o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom. Naime, prema Porodičnom zakonu potpuno se lišava poslovne sposobnosti punoletno lice koje zbog bolesti ili smetnji u psiho-fizičkom razvoju nije sposobno za normalno rasuđivanje te zbog toga nije u stanju da se samo stara o sebi i o zaštiti svojih prava i interesa, dok se delimično može lišiti punoletno lice koje zbog bolesti ili smetnji u psiho-fizičkom razvoju svojim postupcima neposredno ugrožava sopstvena prava i interese ili prava i interese drugih lica.⁴ S jedne strane, nesposobnost za rasuđivanje predstavlja smetnju za sklapanje braka (čl. 18 PZ), a s druge strane, odredbama Zakona o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom propisuje se zabrana svake diskriminacije u ostvarivanju prava iz bračnih i porodičnih odnosa zbog invalidnosti (čl. 30 st. 1). Pod diskriminacijom u vezi sa bračnim i porodičnim odnosima se smatra uskraćivanje prava na brak osobama sa invaliditetom, postavljanje posebnih uslova za sklapanje braka osoba sa invaliditetom i postavljanje posebnih uslova osobama sa invaliditetom za vršenje roditeljskog prava (čl. 30 st. 2). Iako pomenuta odredba daje prostora za novi konvencijski koncept prava osoba sa invaliditetom, istim ovim Zakonom propisano je da se diskriminacijom u vezi sa bračnim i porodičnim odnosima zbog invalidnosti ne smatra uskraćivanje ili ograničavanje prava koje je u skladu sa zakonom kojim se uređuju bračni i porodični odnosi (čl. 30 st. 3), što je kontradiktorno, te odredba o zabrani uskraćivanja prava na brak u svetlu pomaka u oblasti ljudskih prava osoba sa invaliditetom za njih ne znači apsolutno ništa ohrabrujuće.

Imajući u vidu konvencijske odredbe, više je nego jasno da je neophodno da se odredbe Porodičnog zakona u ovom delu revidiraju i usklade, a što je propušteno da se uradi izmenama i dopunama od 2011. i 2015. godine.

Jednako priznanje pred zakonom

Jednako priznanje pred zakonom lica sa mentalnim i intelektualnim oštećenjima podrazumeva i ravnopravno učešće u društvenom životu kroz autonomno odlučivanje o pitanjima koje se tiču njihovih prava i interesa. Donošenje odluka odnosno mogućnost odlučivanja je od ključne važnosti za autonomiju jedne oso-

⁴ Porodični zakon Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015, čl. 146 i 147.

be i predstavlja suštinu čovekove ličnosti i njegove poslovne sposobnosti.⁵ Ono, takođe, predstavlja ključnu komponentu u omogućavanju pojedinca da ima kontrolu nad svojim životom i da bude uključen u društveni život ravnopravno sa drugima.⁶ Konvencija UN o pravima osoba sa invaliditetom je i nastala kao reakcija na činjenicu da pravnim okvirom kojim se uređuje oblast ljudskih prava nije uspešno obezbeđena zaštita ljudskih prava osoba sa invaliditetom u jednoj meri kao drugima.⁷ Ovde se ne radi o pokušaju da se kreiraju nova specijalna i posebna prava za osobe sa invaliditetom, već je naglasak na njihovom uključivanju u postojeći koncept ljudskih prava i prilagođavanje postojećih prava u skladu sa njihovim potrebama.⁸ Načini na koji osobe sa invaliditetom mogu da izraze svoje preferencije, izbor i odluke jesu netradicionalni i s obzirom na to svaki pravni sistem ili postupak kojim se pojedinac lišava prava da bude prilagođen i da mu se pruži podrška u pravljenju izbora i donošenju odluka i kojim mu uspostavlja zamenskog donosioca odluka na osnovu testa sposobnosti čini tu osobu ranjivom i lišava je prava na samoopredeljenje i drugih građanskih sloboda.⁹

U članu 12 Konvencije ističe se da države članice potvrđuju da osobe sa invaliditetom imaju pravo da svuda budu priznate kao lica pred zakonom i da uživaju poslovnu sposobnost (*legal capacity*)¹⁰ na jednakoj osnovi sa drugima u svim aspektima života. Isto tako, države potpisnice treba da preuzmu odgovarajuće mere da licima sa invaliditetom obezbede podršku koja im može biti potrebna u vršenju svoje poslovne sposobnosti.

⁵ Soumitra Pathare, Laura S. Shields, "Supported Decision-Making for Persons with Mental Illness: A Review", *Public Health Reviews*, Tom 34, br. 2, 2012, 2.

⁶ Commissioner for Human Rights, "Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities", <https://rm.coe.int/16806da5c0>, 10.09.2020.

⁷ *Ibidem*, 12.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Matt J. Jameson, Tim Riesen, Shamy Polychronis, Barbara Trader, Susan Mizner, Jonathan Martinis, Dohn Hoyle, "Guardianship and the Potential of Supported Decision Making with Individuals with Disabilities, Research and Practice for Persons with Severe Disabilities", *Sage Publication*, 2015, 14.

¹⁰ O problemu neadekvatnog prevoda izraza *legal capacity*, v. Marija Draškić, "Novi standardi za postupak lišenja poslovne sposobnosti: Aktuelna praksa Evropskog suda za ljudska prava", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Beograd, 2010, 366–367 (355–370); zatim Borjana Miković, "Podrška u ostvarivanju poslovne sposobnosti umjesto zamjenskog odlučivanja", *Zbornik radova sa četvrtog međunarodnog naučnog skupa "Dani Porodičnog prava – Pravna zaštita odraslih osoba"* (ur. Suzana Bubić), Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić, Mostar, 2016, 175–178 (167–188). Na problem značenja izraza *legal capacity* iz st. 2 čl. 12 Konvencije ukazuje se i u *General Comment No. 1 (2014) of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, tačka 12–15, 3 i 4.

Međutim, problem je što mnoge države članice Konvencije, među kojima i naša, nisu shvatile suštinu i smisao ove odredbe i stoga nisu preduzele mere da se ta odredba adekvatno implementira u nacionalnim zakonodavstvima. Po pravilu, u zakonodavstvima znatnog broja zemalja članica Konvencije ostale su odredbe o stavljanju lica sa mentalnim i intelektualnim oštećenjima (koje se u nacionalnim zakonodavstvima različito formulišu, najčešće kao lica koja su zbog raznih zdravstvenih razloga nesposobna za rasuđivanje ili nesposobna da se staraju o sebi i svojim pravima i interesima, ili koja ugrožavaju svoja ili tuđa prava i interese) pod starateljstvo i postavlja im se staralac koji odlučuje umesto njih o svim ili pojedinih pitanjima njihovog ličnog života, zdravlja, imovinskim, finansijskim i drugim pitanjima.¹¹

U mnogim zemljama je, dakle, i dalje zadržan model *substitute decision-making* odnosno model odlučivanja staraoca umesto i za račun šticećenika (zamensko odlučivanje). U ne tako retkim slučajevima to dovodi do toga da je šticećenik potpuno isključen iz mogućnosti odlučivanja o bitnim pitanjima koja ga se tiču, najčešće nije ni informisan o tome šta staralac namerava da preduzme u njegovo ime i za njegov račun, odnosno šta je već preduzeo. Takav model nije u skladu sa Konvencijom, jer se takvim rešenjem grubo krše prava lica sa mentalnim i intelektualnim oštećenjima i vredi njihovo urođeno dostojanstvo. Zbog toga je Komitet za prava lica sa invaliditetom, koji predstavlja nadzorno telo za sprovođenje Konvencije u državama članicama¹² usvojio Opšti komentar (u daljem tekstu: OK ili Komentar) br. 1 (2014)¹³ o jednakom priznanju pred zakonom iz čl. 12 Konvencije, u kome se naglašava da je *jednakost pred zakonom* (naglasili autori) osnovni opšti princip zaštite ljudskih prava i da je neophodan i za ostvarivanje drugih ljudskih prava.

Pored toga, ističe se u Komentaru (tač. 3 OK), model invaliditeta zasnovan na ljudskim pravima podrazumeva promenu paradigme zamenskog odlučivanja

¹¹ Više o tome u Olga Cvejić Jančić, "Pomaci u zaštiti lica sa intelektualnim i psihosocijalnim teškoćama", *Pravni život*, Tom II, br. 10, Beograd, 2016, 5–22.

¹² Države članice Konvencije su dužne da periodično podnose svoje izveštaje Komitetu za prava lica sa invaliditetom. Izveštaji se dostavljaju, preko Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija i treba da predstavljaju sveobuhvatni izveštaj o merama koje su preduzete u cilju izvršavanja obaveza iz Konvencije, kao i o napretku koji je u tom pogledu ostvaren. Prvi izveštaj se podnosi u roku od dve godine nakon stupanja na snagu Konvencije u toj državi, a posle tog inicijalnog izveštaja države ugovornice podnose naredne izveštaje najmanje jednom svake četiri godine i kad god to Komitet zatraži (čl. 35 st. 1 i 2 Konvencije).

¹³ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No. 1 (2014), Article 12: Equal recognition before the law, <https://digitallibrary.un.org/record/1483330>, aprila 2020.

(*substitute decision-making*) paradigmom koja se bazira na odlučivanju uz podršku (*supported decision-making*).

U tački 7 OK se podvlači da države članice moraju celovito razmotriti sve oblasti prava kako bi se osiguralo da pravo na poslovnu sposobnost lica sa invaliditetom ne bude ograničeno na neravnopravnoj osnovi u odnosu na ostala lica. Istorijski gledano, licima sa invaliditetom je bilo uskraćeno pravo na poslovnu sposobnost u mnogim oblastima na diskriminatorni način, zbog zamenskog režima donošenja odluka, prema zakonima o starateljstvu i mentalnom zdravlju koji dozvoljavaju prinudno lečenje. Zbog toga, ističe se u Komentaru, ove prakse moraju biti ukinute kako bi se osiguralo da licima sa invaliditetom bude ponovo uspostavljena puna poslovna sposobnost na jednakoj osnovi sa drugim licima.

Član 12 Konvencije potvrđuje, ističe se dalje u OK, da sva lica sa invaliditetom imaju punu poslovnu sposobnost i da je uskraćivanje poslovne sposobnosti ovim licima u mnogim slučajevima, dovelo do uskraćivanja mnogih osnovnih prava, uključujući i pravo glasa, pravo na sklapanje braka i zasnivanje porodice, reproduktivna prava, roditeljsko pravo, pravo da daju saglasnost za intimne odnose i medicinski tretman, kao i pravo na slobodu (tač. 8 OK). Imajući u vidu da su poslovna sposobnost i mentalna sposobnost dva različita koncepta, potrebno ih je dodatno razjasniti i razgraničiti. Poslovna sposobnost je sposobnost da se bude nosilac prava i obaveza (*legal standing*) i sposobnost da se ta prava i obaveze vrše i ostvaruju (*legal agency*), dok se mentalna sposobnost odnosi na sposobnost odlučivanja, koja varira od jednog lica do drugog, a može se razlikovati i u odnosu na konkretno lice u zavisnosti od mnogih faktora, uključujući i ekološke i socijalne faktore (tač. 13 OK).

U većini izveštaja država članica koje je Komitet razmatrao, koncept mentalne i poslovne sposobnosti bio je izmešan tako da ako je smatrano da određeno lice ima oštećenu sposobnost donošenja odluka, često zbog kognitivne ili psihosocijalne nesposobnosti, njegova ili njena poslovna sposobnost da donosi određene odluke je oduzimana. O tome je odlučivano jednostavno na osnovu dijagnoze oštećenja (*status approach* – statusni pristup), ili kada to lice donosi odluke za koje se smatra da imaju negativne posledice (*outcome approach* – pristup rezultata odnosno ishoda) ili kada se smatra da su sposobnosti donošenja odluka konkretnog lica manjkave (*functional approach* – funkcionalni pristup). Funkcionalni pristup nastoji da proceni mentalnu sposobnost i da shodno tome ospori poslovnu sposobnost. To se često bazira na tome da li konkretno lice može da razume prirodu i posledice odluke i da li može da upotrebi i odmeri relevantne informacije. Ovaj pristup je pogrešan iz dva ključna razloga: a) on je diskriminatorno primenjen na lica sa invaliditetom i b) on pretpostavlja da se unutrašnje funkcionisanje ljudskog uma može precizno proceniti i kada lice ne prođe procenu, os-

porava joj se osnovno ljudsko pravo, pravo na jednako priznavanje pred zakonom. U svim ovim pristupima invaliditet i/ili veština donošenja odluka su uzeti kao legitimni osnovi za lišenje poslovne sposobnosti i smanjenje njegovog ili njenog statusa kao lica pred zakonom. Članom 12 Konvencije se ne dozvoljava takvo diskriminatorno lišenje poslovne sposobnosti, već se nalaže obezbeđenje podrške u ostvarivanju poslovne sposobnosti (tač. 15 OK).

U OK se dalje naglašava da države članice imaju obavezu da licima sa invaliditetom obezbede pristup podršci za ostvarivanje njihove poslovne sposobnosti kao i da podrška u ostvarivanju poslovne sposobnosti mora poštovati pravo, volju i prioritete lica sa invaliditetom i ne sme nikada da uključi zamensko odlučivanje. Kako se ističe u OK, članom 12 st. 3 Konvencije se ne precizira o kojim oblicima podrške se radi. Podrška je širok pojam koji obuhvata i formalne i neformalne aranžmane podrške, različitih vrsta i intenziteta. Na primer, osobe sa invaliditetom mogu izabrati jedno ili više lica za podršku u koje imaju poverenje, da mu pomognu u ostvarivanju poslovne sposobnosti za određenu vrstu odluka, ili mogu tražiti druge oblike podrške, kao što je *peer support*¹⁴, zastupanje uključujući podršku za samozastupanje, ili pomoć u komunikaciji. Isto tako, za mnoge osobe sa invaliditetom sposobnost planiranja unapred je važan oblik podrške, pri čemu one mogu izraziti svoju volju i prioritete koje treba slediti u vreme kada oni više neće biti u poziciji da izraze svoje želje drugim licima (tač. 17 OK).¹⁵

U OK se ukazuje i na to da se, prema čl. 12 st. 4 Konvencije, od država članica zahteva da kreiraju odgovarajuću i efektivnu zaštitu za ostvarivanje poslovne sposobnosti. Primarna svrha te zaštite mora biti obezbeđenje poštovanja prava, volje i preferencija konkretnog lica (tač. 20 OK). Kada i posle značajnih napora nije izvodljivo da se utvrde volja i preferencije konkretnog lica, "najbolje tumačenje volje i preferencija" mora zameniti određivanje "najboljeg interesa". Princip "najboljeg interesa" nije zaštita koja je u skladu sa čl. 12 u odnosu na odrasle. Paradigma "volje i preferencije" mora zameniti paradigmatu "najboljeg interesa" kako

¹⁴ *Peer* podrška znači da ljudi daju znanje, iskustvo, emocionalnu, socijalnu ili praktičnu pomoć jedni drugima i može da obuhvati razne načine pružanja te podrške i pomoći kao što je *peer* mentorstvo, slušanje, savetovanje, lično ili online i slično.

¹⁵ Ovo pitanje je regulisano Preporukom Komiteta ministara Saveta Evrope o principima produženog ovlašćenja zastupnika i unapred datih direktiva za slučaj nesposobnosti (Principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, Recommendation CM/Rec, Council of Europe, 2009, detaljnije u Olga Cvejić Jančić, "Pravna zaštita starih lica", *Zbornik radova sa naučnog skupa "Aktuelnost i značaj ljudskih prava i sloboda"*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, 2011, 146–162, kao i u: Olga Cvejić Jančić, "Instrumenti Saveta Evrope o zaštiti odraslih (nesposobnih) lica", *Zbornik radova sa četvrtog međunarodnog naučnog skupa "Dani Porodičnog prava – Pravna zaštita odraslih osoba"* (ur. Suzana Bubić), Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić, Mostar, 2016, 49–69.

bi se obezbedilo da osoba sa invaliditetom uživa pravo na poslovnu sposobnost na jednakoj osnovi sa drugima (tač. 21 OK).

Obaveza država članica da zamene režim zamenskog odlučivanja režimom odlučivanja uz podršku zahteva i ukidanje zamenskog odlučivanja i razvijanje alternativa odlučivanja uz podršku. Razvijanje sistema odlučivanja uz podršku paralelno sa zadržavanjem režima zamenskog odlučivanja nije dovoljno da bi bilo u skladu sa Konvencijom (tač. 28 OK). Napomenućemo još neke važnije stavove iz Opšteg Komentara, kao što je npr., da odlučivanje uz podršku mora biti dostupno svima i da nivo potrebe za podrškom, posebno ako je on visok, ne sme biti prepreka za dobijanje podrške u odlučivanju. Svi oblici podrške u ostvarivanju poslovne sposobnosti, uključujući i one intenzivnije, moraju se zasnivati na volji i preferencijama konkretnog lica, a ne na onome što se smatra kao njegov ili njen objektivno najbolji interes (tač. 29 a i b OK).¹⁶

Potpomognuto odlučivanje (supported decision-making)

Kako bi uskladili svoje nacionalno zakonodavstvo sa odredbom Konvencije o pravima lica sa invaliditetom o jednakom priznanju pred zakonom, od država članica se očekuje da izmene svoje zakone tako da režim zamenskog odlučivanja ukinu i uvedu režim potpomognutog odlučivanja. Međutim, upravo to predstavlja veliki problem jer se postavlja pitanje kako to treba učiniti i na koji način obezbediti jednako priznanje pred zakonom i zaštitu lica sa mentalnim i intelektualnim oštećenjem od manipulacija i zloupotreba, sa jedne strane, i stvarnu pomoć i podršku i u najtežim slučajevima intelektualnog i mentalnog invaliditeta, kada takvo lice ne može da razume o čemu treba da odluči i kako treba da odluči. Manipulacije i zloupotrebe bi naročito mogle da se sastoje u nametanju volje lica koje pruža podršku licu kome je podrška potrebna, u vršenju prinude nad njom/njim da prihvati određenu odluku ili u neprimerenom uticaju na njegovu/njenu volju¹⁷ tako da u suštini ne bi bilo razlike između zamenskog i potpomognutog odlučivanja. To bi zapravo dovelo do neformalnog zamenskog odlučivanja jer bi lice koje pruža podršku, kao i staralac, u krajnjem slučaju donosilo odluke nametanjem svoje volje umesto volje i želje lica sa mentalnim i intelektualnim invaliditetom, što je suprotno ciljevima Konvencije i ne obezbeđuje zaštitu lica sa invaliditetom od manipulacija. Međutim, iako i u sistemu potpomognutog odlučivanja postoji pro-

¹⁶ Preuzeto iz O. Cvejić Jančić, "Pomaci u zaštiti lica sa intelektualnim i psihosocijalnim teškoćama", op. cit., 13–15.

¹⁷ Nina A. Kohn, Jeremy A. Blumenthal, Amy T. Campbell, "Supported Decision-Making: A Viable Alternative to Guardianship?", *Penn State Law Review*, br. 4, Tom 117, 2013, 1137–1138,.

stor za zloupotrebe, potpomognuto umesto zamenskog odlučivanja ipak ima nekoliko prednosti u odnosu na zamensko odlučivanje tj. u odnosu na starateljstvo. Prednost se pre svega sastoji u činjenici da prema modelu *supported decision-making* lice sa intelektualnim i mentalnim invaliditetom ne gubi poslovnu sposobnost ni kontrolu nad svojim životom tj. nad zdravstvenim, imovinskim, finansijskim ni bilo kojim drugim odlukama i izazovima, niti neko drugi može o tim pitanjima odlučivati umesto nje/njega. Pošto se radi o licima sa oštećenim intelektualnim i mentalnim sposobnostima potrebna im je pomoć i podrška da shvate prirodu odluka koje treba da donesu, da razumeju opcije koje su pred njima, potrebne su im detaljne informacije o posledicama ovakve ili onakve odluke, ali odluka je uvek na njima, a ne na nekom drugom licu. Pored toga, lice sa intelektualnim i mentalnim invaliditetom treba da ima pravo da samo bira od koga će tražiti pomoć i podršku (to može biti jedno ili više lica) i u svako vreme može da ga/ih opozove i izabere neko drugo lice ili način pružanja podrške.

S druge strane, vrlo su retke države koje su do sada našle rešenje za najteže slučajeve intelektualnih i mentalnih oštećenja tako da su i pored uvođenja odlučivanja uz podršku zadržale i potpuno ili delimično lišenje poslovne sposobnosti i starateljstvo. To je slučaj npr. sa Republikom Češkom, u kojoj je Građanskim zakonikom iz 2012. godine¹⁸ uvedeno potpomognuto odlučivanje, ali je zadržano i delimično lišenje poslovne sposobnosti u slučajevima kada postoji opasnost od nastanka ozbiljne štete za određeno lice ili kada blaže i manje restriktivne mere nisu dovoljne da se zaštite njegovi interesi (sekcija 55 st. 2 ČGZ).¹⁹

Potpomognuto odlučivanje prema ČGZ može da se realizuje na dva načina. Prvi se sastoji u pomoći u donošenju odluka (*Assistance in decision-making*, sekcija 45–54 ČGZ) putem ugovora o pomoći, a drugi način je zastupanje od strane člana domaćinstva.

Prvi način potpomognutog odlučivanja se realizuje kroz ugovor o pomoći (*Contract for assistance*). Naime, ako je pojedincu potrebna pomoć u odlučivanju zbog komplikacija nastalih usled mentalnog poremećaja, čak i u slučaju da

¹⁸ Građanski zakonik Republike Češke (2012) stupio je na snagu 1. januara 2014. godine. Prevod na engleski jezik, <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Civil-Code.pdf>, 10.07.2020.

¹⁹ O ograničenju poslovne sposobnosti, kao i o postavljanju staraoca odlučuje sud (sekcija 56 st. 1 i 61 ČGZ). Sud, pri tome, mora pribaviti mišljenje lica čija se poslovna sposobnost ograničava, a ograničenje može trajati najduže tri godine (sekc. 59). Ukoliko ograničenje poslovne sposobnosti treba produžiti i po isteku perioda od tri godine, potrebno je pokrenuti novi sudski postupak, u kojem slučaju se pravna dejstva provoditne odluke produžavaju za najduže još jednu godinu. Odlukom o ograničenju poslovne sposobnosti sud mora odrediti u kojoj meri se pojedinac lišava sposobnosti da samostalno vrši pravne akte, ali se time ne lišava prava da odlučuje o običnim stvarima svakodnevnog života (sekc. 64).

mu poslovna sposobnost nije ograničena, on može sa licem koje će mu pružati pomoć sklopiti ugovor o pomoći (sekc. 45 i 46 ČGZ). Ovim ugovorom se lice koje pruža pomoć obavezuje da, uz saglasnost lica koje prima pomoć, bude prisutno u pravnom postupku tog lica, da mu pruži potrebne informacije i da mu pomoćne davanjem saveta. Ugovor stupa na snagu danom kada ga odobri sud. Ukoliko ugovor nije sačinjen u pisanom obliku, obe strane treba pred sudom da izraze volju da izvrše ugovor. Ako su interesi lica koje pruža pomoć suprotni interesima lica koje prima pomoć, sud neće odobriti ugovor. U sekciji 47 ČGZ je, zatim, predviđeno da lice koje pruža pomoć ne sme ugroziti interese lica koja prima pomoć neprimerenim uticajem niti se nepravedno obogatiti na štetu lica koje prima pomoć. U obavljanju svojih poslova, lice koje pruža pomoć postupa u skladu sa odlukama lica koje prima pomoć. Sud može doneti odluku o prestanku važnosti ugovora, bilo na zahtev lica koje prima ili koje pruža pomoć, kao i po službenoj dužnosti, ako lice koje pruža pomoć počinu bitnu povredu svojih dužnosti.

Drugi način na koji se realizuje potpomognuto odlučivanje jeste kroz zastupanje od strane člana domaćinstva. Ukoliko mentalni poremećaj sprečava odraslu osobu koja nema drugog predstavnika da preduzima pravne akte, može je zastupati njegov potomak, predak, brat ili sestra, supružnik, partner ili osoba koja je živela sa osobom koju zastupa u zajedničkom domaćinstvu pre zasnivanja zastupništva najmanje tri godine.

Zastupnik je dužan da obavesti lice koje zastupa, da će ga zastupati i jasno mu objasniti prirodu i posledice zastupanja. Ako lice koje treba zastupati to odbije, do zastupanja neće doći. Sposobnost jednog lica da izrazi svoju želju je dovoljna da se izrazi odbijanje prihvatanja zastupanja (sekc. 49 ČGZ). Ovaj vid zastupništva mora da odobri sud. Pre donošenja bilo koje odluke, sud će uložiti potrebne napore da pribavi mišljenje zastupanog lica, koristeći i način komunikacije koji je izabrala osoba koja je zastupana (sekc. 50 ČGZ).

Zastupanje obuhvata uobičajena pitanja kao i raspolaganje dohotkom lica koje zastupnik zastupa u meri koja je neophodna da se uredi obične stvari, u skladu sa životnim okolnostima lica koje se zastupa. Zastupnik može raspolagati sredstvima deponovanim na računu zastupanog lica samo u onoj meri koja ne premašuje iznos mesečnog nivoa za pojedinca predviđenog drugim zakonskim propisom (sekc. 52 ČGZ). Zastupano lice može imati više zastupnika u kojem slučaju je dovoljan čin jednog od njih. Međutim, ukoliko su postupci zastupnika kontradiktorni, njihovo zastupanje se neće uzeti u obzir (sekc. 53 ČGZ). Zastupanje prestaje ako zastupnik ne želi više da zastupa drugo lice, zatim ako zastupa-

no lice odbije da bude dodatno zastupano kao i u slučaju da sud imenuje staratelja licu koje je bilo zastupano (sekc. 54 ČGZ).²⁰

Međutim, Komitet za prava lica sa invaliditetom je u svojim završnim primedbama izrazio zabrinutost zbog toga što je Češka zadržala delimično lišenje poslovne sposobnosti i stavljanje pod starateljstvo i pozvao Češku da svoje zakonodavstvo uskladi sa odredbama čl. 12 Konvencije o jednakom priznanju pred zakonom.²¹

Irska je 2015. godine donela Zakon o potpomognutom odlučivanju²² prema kojem se ne pominju ni lišenje ni ograničenje poslovne sposobnosti, niti stavljanje lica pod starateljstvo. Irska je u značajnoj meri svoje zakonodavstvo uskladi-la sa Konvencijom o pravima osoba sa invaliditetom predviđajući nekoliko vidova pomoći koju može koristiti lice kojem je pomoć potrebna. To je, pre svega, potpomognuto odlučivanje (*assisted decision-making*) putem imenovanja asistenta za donošenje odluka (*appointment of Decision-Making Assistant*), zatim saodlučiva-nje ili zajedničko odlučivanje (*Co-Decision-Making*), odlučivanje od strane suda ili zastupnika za donošenje odluka imenovanog od strane suda (*Decisions by the court or by a Decision-Making Representative appointed by the court*), trajna puno-moć (*Enduring Powers of Attorney*) i unapred data zdravstvena uputstva (*Advance Healthcare Directive*).²³ U irskom Zakonu se ne pominje najbolji interes lica ko-jem je potrebna pomoć i podrška već, u skladu sa Konvencijom, naglasak se stav-lja na volju i sklonosti pojedinca.²⁴ Iako ovaj Zakon nije u potpunosti u skladu sa zahtevima člana 12 Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom zbog oslanjanja na procenu mentalnih sposobnosti²⁵, ipak predstavlja pozitivan pomak jer pruža razne mogućnosti izbora u ostvarivanju poslovne sposobnosti, koju lice sa men-talnim i intelektualnim invaliditetom zadržava.

U uporednom pravu se sreću i drugi načini obezbeđenja jednakosti pred zakonom lica sa mentalnim i intelektualnim invaliditetom, npr. putem pružanje

²⁰ Ima mišljenja da zastupanje od strane člana domaćinstva, kao i zastupanje od strane sta-raoca ne sadrži dovoljno zaštitnih mera kojima bi se osiguralo da se sve odluke donose u skladu sa voljom i preferencijama pojedinca. A Study on the Equal Recognition before the Law, Contribution Towards the Council of Europe Strategy on the Rights of Persons with Disabilities, <https://rm.coe.int/168070d7f5>, 10.07.2020.

²¹ *Ibidem*, 37–38.

²² Assisted Decision-Making (Capacity) Act (2015), <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/act/64/enacted/en/html>, 15. 07. 2020.

²³ Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015, *The Journal of Developments in Social Ser-vices, Policy and Legislation in Ireland*, Vol. 43, Issue 4, Citizens Information Board, April 2016, 1–7.

²⁴ A Study on the Equal Recognition before the Law, op. cit., 40.

²⁵ *Ibidem*, 41.

podrške od strane personalnog ombudsmana, koji je nastao i razvijen je u Švedskoj. Ovakav model podrške u Švedskoj je nastao usled činjenice da postojeće uređenje poslovne sposobnosti nije zadovoljavalo potrebe mnogih osoba sa psihosocijalnim invaliditetom, koje su bile onemogućene da ostvare svoja prava.²⁶ Prvobitno je počeo kao pilot projekat, međutim pokazao je tako dobre rezultate, od toga da su i sami klijenti bili veoma zahvalni na takvom vidu podrške do toga da se broj pacijenata koji su bili hospitalizovani smanjio, a što je doprinelo i uštedi troškova, tako da je ovaj model postao stalan širom zemlje sa oko 300 ombudsmana koji su podrška za oko 6 do 7 hiljada osoba sa psihosocijalnim invaliditetom.²⁷ Ovaj sistem *supported decision-making* je karakterističan po tome što se lica sa intelektualnim ili mentalnim invaliditetom ne lišavaju, niti im se ograničava poslovna sposobnost, već im se omogućava da na osnovu ličnog odnosa koji su razvili sa personalnim ombudsmanom sami odlučuju o svom životu i pitanjima koja ih se tiču.

Personalni ombudsman (u daljem tekstu PO) je profesionalno, visoko kvalifikovano lice, koja radi samo po nalogu svog klijenta i nije u savezništvu sa psihijatrijom, socijalnim službama ili bilo kojim drugim autoritetom, niti sa rodbinom klijenta ili bilo kojom drugom osobom iz njegove okoline.²⁸ Ponekad je teško utvrditi šta klijent želi, pa personalni ombudsman mora biti vrlo strpljiv i pažljivo i uporno raditi sa klijentom dok se ovaj ne ohrabri da iskaže kakvu vrstu pomoći želi. Posebno je važno da personalni ombudsman razvije način rada koji će biti prilagođen bolesnicima sa najtežim problemima mentalnog zdravlja.²⁹ Za ovu vrstu *supported decision-making* je još posebno važno to što personalni ombudsman nema ni radno vreme ni posebnu prostoriju u kojoj radi, već je na raspolaganju klijentu 24 časa sedam dana u nedelji. Kontakti sa klijentom se uspostavljaju putem telefona ili interneta, a susreću se u kući klijenta ili na nekom neutralnom mestu van klijentove kuće.³⁰ Za uspostavljanje međusobnog odnosa nema nikakve birokratske procedure, jer ako bi klijent trebalo da potpiše neki formular ili popuni prijavu, mnogi psihijatrski bolesnici bi odustali, iako bi njima takva pomoć možda najviše trebala. Odnos između personalnog ombudsma-

²⁶ Commissioner for Human Rights, op. cit., 20.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ PO-Skåne – A Concrete Example of Supported Decision-Making, <https://europe.ohchr.org/EN/Stories/Documents/MathsJesperson.pdf>, 15.07.2020. Kako autor ističe, personalni ombudsman uglavnom ima univerzitetsko obrazovanje, a najčešće su to socijalni radnici, pravnici ili imaju neku drugu specijalnost.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

na i klijenta se uspostavlja kada klijent prihvati da mu određeno lice bude personalni ombudsman, bez posebnih formalnosti.³¹ Rad personalnog ombudsmana se finansira iz sredstava opštine. Klijent ima pravo da ostane anoniman, što znači da personalni ombudsman može odbiti da otkrije identitet klijenta, ako ovaj to ne želi. Personalni ombudsman ne vodi nikakvu evidenciju i svi papiri pripadaju klijentu. Kada veza klijenta i personalnog ombudsmana prestane, PO mora ili dati sve papire klijentu ili ih spaliti zajedno sa klijentom. Nijedan papir ni beleške neće ostati kod PO.³²

Predlog mogućih rešenja za potpomognuto odlučivanje

Obezbeđenje adekvatne podrške i pomoći licima sa mentalnim i intelektualnim invaliditetom (MII) u samostalnom ostvarivanju poslovne sposobnosti može se postići na više načina, kao što je neformalna podrška, uređena bez zakonske podrške i zakonske izvršnosti, ili formalna, putem pravno validnog i izvršnog sporazuma lica sa invaliditetom i drugog lica od poverenja.³³ Neformalna, privatna podrška može obuhvatati samo jedno lice od poverenja ili određeni krug lica, najčešće srodnika i bliske prijatelje ili i druga lica sa kojima će se lice sa invaliditetom konsultovati, dogovarati i eventualno odlučivati o pitanjima za koje je ono zainteresovano (krug podrške – *circle of support*)³⁴ i na taj način obezbediti samoodređenje lica sa invaliditetom i aktivno učešće u životu kao i ostala lica. To je vrlo značajno i sa aspekta poštovanja ljudskih prava ovih lica kao i sa psihološkog aspekta u smislu podizanja njihovog samopoštovanja i dostojanstva. Za podršku obezbeđenu kroz krug podrške karakteristično je da je takav vid podrške dobrovoljan i besplatan.³⁵ On se sastoji u tome što se oko lica sa invaliditetom (fokus osoba) formira krug ljudi kojima je stalo do fokus osobe i koji žele da joj posvete svoje vreme i energiju i na taj način joj pomognu³⁶ u rešavanju pitanja i problema važnih za fokus osobu.³⁷

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

³³ N. A. Kohn, J. A. Blumenthal, A. T. Campbell, op. cit., 1121.

³⁴ *Ibidem*, 1123.

³⁵ Dragana Ćirić Milovanović, Lea Šimoković, "Poslovna sposobnost kao osnovno ljudsko pravo, Vodič kroz domaću praksu i moguće alternative starateljstvu", *Inicijativa za prava osoba sa mentalnim invaliditetom MDRI-S*, Beograd, 2012, 29.

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ Ideja kruga podrške je nastala u Kanadi, ali se brzo proširila i na Severnu Ameriku a potom, sredinom 80-ih godina prošlog veka i na Ujedinjeno Kraljevstvo. Godine 1994. osnovana je

S druge strane, potpomognuto odlučivanje se može obezbediti i kroz formalne oblike podrške koji bi bili uređeni donošenjem posebnog zakona kojim bi se regulisali vidovi ove pomoći i podrške, način njihovog ostvarivanja, način finansiranja, kao i druga relevantna pitanja u ovoj oblasti, kojim bi zamensko odlučivanje bilo zamenjeno odlučivanjem uz podršku. Tim zakonom bi licima sa mentalnim i intelektualnim oštećenjima trebalo omogućiti pristup širokom spektru podrške u ostvarivanju poslovne sposobnosti koja bi bila zasnovana prvenstveno na poštovanju prava, volje i sklonosti lica sa invaliditetom.³⁸ Raznovrsnim načinima podrške trebalo bi obezbediti zaštitu svih prava lica sa invaliditetom, uključujući ona koja se odnose na autonomiju (pravo na poslovnu sposobnost, na jednako priznanje pred zakonom, na izbor mesta gde će živeti, pravo na odlučivanje o ličnim, zdravstvenim, imovinskim, finansijskim i drugim pitanjima), ali time ne bi trebalo preterano regulisati život lica sa invaliditetom.³⁹ Obaveza je države članice da obezbedi dostupnost podrške koja može biti potrebna licu sa invaliditetom⁴⁰, ali se podrška ne sme nametati.⁴¹ Licu sa invaliditetom ostavlja se puna sloboda da odluči da li će podršku zahtevati i koristiti, kao i sloboda da u svakom trenutku podršku odbije, okonča ili promeni odnos podrške.⁴² Sistem potpomognutog odlučivanja mora biti dostupan svima i ne sme biti uskraćen ni onim licima kojima je potreban visok stepen te podrške.

Formalno potpomognuto odlučivanje je moguće organizovati na više načina. Jedan od načina podrške u donošenju odluka može biti organizovan preko ustanova socijalne zaštite (centra za socijalni rad), koje bi obezbedile posebno obučenu ekipu stručnjaka za pružanje ove podrške, i to kako stručnjaka (personalnih asistenata, ličnih asistenata i sl.) za podršku u donošenju odluka vezanih za obavljanje svakodnevnih poslova (pomoć i podrška u izboru odeće, obuće, hrane, održavanja lične higijene, u izboru načina korišćenja slobodnog vremena, praznika, pomoć u savladavanju prostora, kretanju, podrška u učenju, u odlučivanju gde će i sa kim stanovati i drugim pitanjima svakodnevnog života) kao i eki-

britanska nacionalna organizacija *Circles Network* čiji je cilj izgradnja inkluzivnih zajednica kojima svako može pripadati i čijim ciljevima svako može doprineti. *Ibidem*, 28.

³⁸ Tačka 50 st. 1, pod b) Opšteg komentara No. 1 (2014) na čl. 12 Konvencije o pravima lica sa invaliditetom.

³⁹ Tač. 29 st. 1 Opšteg komentara No. 1 (2014).

⁴⁰ Čl. 12 st. 3 Konvencije o pravima lica sa invaliditetom.

⁴¹ U tom smislu i Suzana Bubić, "Novi pristup uređenju statusa odraslih osoba s duševnim smetnjama", *Zbornik radova sa četvrtog međunarodnog naučnog skupa "Dani Porodičnog prava – Pravna zaštita odraslih osoba"* (ur. Suzana Bubić), Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić, Mostar, 2016, 94 (85–102).

⁴² Tač. 29 st. 1 pod g) Opšteg komentara No. 1 (2014).

pu stručnjaka za pružanje pomoći i podrške u donošenju važnijih odluka koje se mogu ticati medicinskih, imovinskih, finansijskih, pravnih pitanja i sl. Dok bi u prvom slučaju podrška bila potrebna skoro tokom celog dana – stalna podrška, drugi vid podrške bi bio potreban samo u određenim situacijama, kada treba preduzimati neke pravne radnje i poslove ili medicinske zahvate, i bila bi dakle povremena i privremena. To bi mogla da bude posebna služba za pružanje podrške u okviru centra za socijalni rad, ali može biti zadužen i pojedinac ili više njih. Ta lica bi morala proći obuku za pružanje podrške u odlučivanju i dobiti licencu za pružanje određene vrste podrške i pomoći. Ona bi trebalo da budu obučena tako da steknu veštine obraćanja i komuniciranja sa licima kojima pružaju podršku kako bi im pomogla da formulišu svoje želje, nade i potrebe, naprave svoj izbor i izraze svoju volju i preferencije o određenim pitanjima. U engleskoj literaturi se navodi jedan pozitivan primer u načinu komunikacije između lica sa invaliditetom i lica koje pruža pomoć i podršku. Naime, kada se pružalac usluge obraća licu sa intelektualnim oštećenjima u vezi sa obavljanjem nekih svakodnevnih aktivnosti direktinim pitanjem kao što je: “Da li ćemo se sada kupati, tuširati” i sl. odgovor bi uglavnom bio: “Ne, ne želim”, “Ne sad, kasnije” i sl. Međutim, ako se postavi pitanje: “Da li ćemo danas koristiti plavi ili zeleni gel za tuširanje”, odgovor bi uvek bio konkretan izbor (npr. zeleni ili plavi). Stoga, ako je potrebno nešto da se uradi ili negde da se ide nikad se ne pita direktno “Da li hoćeš...” jer će odgovor automatski biti “Ne, neću”, već se umesto toga treba obratiti sa “Hajde da danas uradimo to i to” ili “Hajde da odemo tamo i tamo” i sl.⁴³

Lica koja pružaju svakodnevnu podršku, nazovimo ih stalni personalni asistenti, po pravilu, nisu lica koja su osposobljena za davanje podrške i pomoći oko važnijih pravnih, medicinskih, finansijskih i sličnih pitanja, i zbog toga bi lica za pružanje povremene podrške trebalo da budu lica sa određenim širim znanjima iz konkretne oblasti, sa licencom za tu određenu oblast pružanja podrške.

Poslovi pružanja podrške licima sa invaliditetom bi, po pravilu, trebalo da budu finansirani iz budžeta republike, pokrajine ili budžeta lokalnih samouprava jer Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom nalaže *državama ugovornicama* da preduzmu sve odgovarajuće mere kako bi osobama sa invaliditetom omogućile dostupnost pomoći koja im može biti potrebna u ostvarivanju njihove poslovne sposobnosti (čl. 12 st. 3 Konvencije). Budžetsko finansiranje organizovanja potpomognutog odlučivanja ne bi trebalo da ide samo preko ustanova socijalne zaštite, već bi sredstva trebalo direktno dostavljati organizacijama lica sa invalidi-

⁴³ Supported Decision-Making from Theory to Practice: Implementing the Right to Enjoy Legal Capacity, https://www.researchgate.net/publication/324730401_Supported_Decision-Making_from_Theory_to_Practice_Implementing_the_Right_to_Enjoy_Legal_Capacity, 20.06.2020.

tetom, koje bi onda birale vrstu pomoći i način njenog ostvarivanja. Direktno dostavljanje sredstava organizacijama lica sa invaliditetom ima prednost za korisnike ove vrste usluga, jer bi značilo sigurnost i stabilnost u dobijanju potrebne podrške, za razliku od ostalih oblika pružanja ove zaštite, koji se ne bi finansirali iz budžeta, kao što je npr. projektno finansiranje, finansiranje iz donacija i sl.⁴⁴

Zakon o socijalnoj zaštiti Republike Srbije predviđa da se usluge podrške za samostalan život pružaju pojedincu da bi se njegove mogućnosti za zadovoljenje osnovnih potreba izjednačile s mogućnostima ostalih članova društva, da bi mu se poboljšao kvalitet života i da bi mogao da vodi aktivan i samostalan život u društvu, a zatim, da usluge podrške za samostalan život obezbeđuje jedinica lokalne samouprave, osim ako samim zakonom nije predviđeno da ih obezbeđuje Republika Srbija (čl. 45 st. 1 i 2).⁴⁵

Međutim, ni ovaj, niti bilo koji drugi član Zakona o socijalnoj zaštiti ne govori direktno o podršci u donošenju odluka, ali se može tumačiti da ona *implicitite* sadrži i tu vrstu pomoći. Naime, usluge podrške za samostalan život mogu da podrazumevaju pomoć i podršku licima sa invaliditetom u savladavanju svakodnevnih prepreka i donošenju odluka vezanih za svakodnevni život, kao i pomoć u donošenju važnijih i krupnijih odluka u vezi sa zdravljem, finansijska i imovinska pitanja i sl. I jedna i druga vrsta pomoći i podrške mogu biti jednako dragocene kako licima sa mentalnim i intelektualnim invaliditetom, tako i licima sa drugim vrstama oštećenja dugoročnog karaktera, kao što su fizička ili čulna oštećenja koja u interakciji sa raznim preprekama mogu ometati njihovo puno i efikasno učešće u društvu na jednakoj osnovi sa drugima (čl. 1 st. 2 Konvencije). Zakonom o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom propisano je da su jedinice lokalne samouprave dužne da podstiču osnivanje službi podrške za osobe sa invaliditetom, radi povećavanja nivoa samostalnosti osoba sa invaliditetom u svakodnevnom životu i radi ostvarivanja njihovih prava (čl. 32), međutim, nije jasno da li se ovim podrazumeva i finansijski podsticaj.

Ustanove socijalne zaštite mogu biti i samo posrednici u pružanju podrške u smislu da se preko njih regrutuju i finansiraju pružaoci usluga podrške bilo da su stalno zaposleni u tim ustanovama bilo da su druga lica van ustanova socijalne zaštite, u zavisnosti od prirode potrebne podrške.

Međutim, to ne bi trebalo da bude jedini način pružanja podrške u donošenju odluka. Spektar opcija u pružanju podrške treba da bude mnogo širi i ra-

⁴⁴ Novi Sad konačno uvodi budžetsku liniju za usluge personalnih asistenata i ličnih pratilaca, <https://www.021.rs/story/Novi-Sad/Vesti/228303/Novi-Sad-konacno-uvodi-budzetsku-liniju-za-usluge-personalnih-asistenata-i-licnih-pratilaca.html>, 10.07.2020.

⁴⁵ Zakon o socijalnoj zaštiti Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2011.

znovrsniji, kako bi svako lice sa invaliditetom moglo da odabere onaj način podrške koji mu se čini najprihvatljivijim i najpovoljnijim i da odabere ono lice za podršku u koje ima najviše poverenja ina koje možeda se osloni kad god mu je to potrebno. Usluge pružanja podrške licima sa mentalnim i intelektualnum invaliditetom mogu biti organizovane i preko unapred datih direktiva za slučaj da vlastodavac kasnije postane nesposoban da sam donosi određene vrste odluke, ili putem produženog ovlašćenja punomoćnika, koje vlastodavac izdaje dok su mu intelektualne i mentalne sposobnosti još očuvane, zatim je mogu organizovati i posebna udruženja koja bi bila osposobljena za ovu vrstu usluga, a mogu biti organizovane i tzv. *peer* podrške, perosonalni ombudsman, podrška bi mogla biti obezbeđena i preko mreže za uzajamnu podršku, samozastupanje i slične načine.

Podršku i pomoć licima sa mentalnim i intelektualnim invaliditetom mogu obezbediti i nevladine organizacije koje bi bile osposobljene za pružanje takvih usluga, a licima sa invaliditetom bi bili na raspolaganju prema njihovom ličnom afinitetu i izboru, odnosno prema tome u koji vid podrške imaju najviše poverenja, shodno iskustvu koje imaju i prema kvalitetu usluga koje oni pružaju.

Kao što je pomenuto, jedan od načina pružanja podrške i zaštite lica sa mentalnim i intelektualnim oštećenjima je i putem imenovanja zastupnika koji će se starati o ličnim i/ili imovinskim poslovima, pravima i interesima vlastodavca, sa unapred datim uputstvima za slučaj da vlastodavac postane nesposoban za odlučivanje, u skladu sa Preporukom Komiteta ministara Saveta Evrope o principima produženog ovlašćenja zastupnika i unapred datih direktiva za slučaj nesposobnosti (2009),⁴⁶ a koje se tiču i naše zemlje kao članice Saveta Evrope. Zakonom bi trebalo regulisati formu u kojoj bi ta ovlašćenja bila data, kao i ostala pitanja predviđena Preporukom.⁴⁷ Forma bi mogla da bude u vidu javnobeležničke (solemnizovane) isprave kojom bi vlastodavac izjavio svoju volju u pogledu pitanja o kojima će u budućnosti biti potrebno da se odluči, kada vlastodavac više ne bude u mogućnosti da o tome sam daje izjave odnosno donosi odluke.

Pojedini autori naglašavaju da su i države koje su postigle značajni napredak u ovoj oblasti ipak većinu izmena u pravnom okviru fokusirale isključivo samo na kompleksnija pravna pitanja o kojima se donose odluke kao što su bračno stanje ili mesto stanovanja i stoga postoji jasna praznina između mera zaštite za ovakvu vrstu odluka i onih koje se odnose na svakodnevnu rutinu koje u ve-

⁴⁶ Principles Concerning Continuing Powers of Attorney and Advance Directives for Incapacity, Recommendation CM/Rec, Council of Europe, 2009, usvojeni od strane Komiteta ministara Saveta Evrope 9. decembra 2009. godine, <https://rm.coe.int/168070965f>, 15.07.2020.

⁴⁷ Više o tome u: O. Cvejić Jančić, "Pravna zaštita starih lica", op. cit., 146–162.

likoj meri utiču na život pojedinca i na rad službi za podršku.⁴⁸ S obzirom na to, pet osnovnih aspekata bi morala ozbiljno da se uzmu u obzir prilikom usklađivanja pravnog okvira, sa posebnim osvrtom na svakodnevnu realnost koju proživljavaju osobe kojima je pomoć i podrška potrebna kao i na službe koje takvu vrstu pomoći pružaju.⁴⁹ Tih pet činjenica koje svaki zakonodavac treba da ima u vidu jesu da je potpomognuto odlučivanje ključno za kvalitet života pojedinca, pravo da se donese i pogrešna odluka, pravo pojedinca da ne bude medicinski lečen ili hospitalizovan, da se nastavi sa pružanjem podrške i nakon što je odluka donesena i da uloga službi i onih koji pružaju podršku bude koproduktivna.⁵⁰

ZAKLJUČAK

Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom jasno nalaže obavezu ukidanja bilo kog oblika ograničenja poslovne sposobnosti lica sa intelektualnim i mentalnim invaliditetom i stavljanje tih lica pod starateljstvo odnosno ukidanje zamenskog odlučivanja, jer im se time onemogućava jednakost pred zakonom i uskraćuju ljudska prava garantovana svim ostalim licima. Umesto zamenskog odlučivanja, Konvencija predviđa potpomognuto odlučivanje koje bi moglo da bude organizovano na više načina, pri čemu licu kome je potrebna pomoć mora biti ostavljena sloboda izbora načina pružanje podrške i lica (jednog ili više) koje će mu pružati pomoć, kao i sloboda da menja i način podrške i lice koje mu tu podršku pruža. Lična autonomija lica sa intelektualnim i mentalnim invaliditetom mora biti osigurana i kroz način finansiranja potpomognutog odlučivanja, koji mora biti redovan i stalan, kako ovaj vid podrške ne bi zavisio od materijalnog stanja lica kome je podrška potrebna, jer mnogi ne bi mogli da obezbede lična sredstva za to.

Iz prikazanih primera u uporednom pravu može se videti da bi podrška mogla da se obezbeđuje na razne načine, preko personalnih ombudsmena, putem sklapanja ugovora o zastupanju sa odabranim licem, putem obučениh lica sa licencom za pružanje određene vrste podrške kao i putem raznih neformalnih oblika pomoći kao što su krugovi podrške, podrška od strane člana domaćinstva i slično. Važna pretpostavka realizacije potpomognutog odlučivanja je obez-

⁴⁸ Carmen Arroyo De Sande, Blanco Ros Ferrán, Josep Maria Solé i Chavero, Lluís Marrojo, Paolo Leotti, Sophia Karagouni, Katri Hänninen, James Churchill, "From "Guardians" To "Supporters": Supported Decision-Making In Service, Provision For Persons With Disabilities", *A report on the global situation of supported decision making and the role of support services*, Brussels, October 2018, 36–37.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

beđenje redovnog budžetskog finansiranja ovog vida pomoći licima sa mentalnim i intelektualnim invaliditetom, pre svega iz budžeta republike, pokrajine ili budžeta lokalnih samouprava, jer bez obezbeđenja redovnih finansijskih sredstava implementiranje Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom teško da se može očekivati.

Prof. Dr. OLGA CVEJIĆ JANČIĆ

Full Professor, retired, Faculty of Law, University of Novi Sad

Dr. MELANIJA JANČIĆ

Assistant Professor, Faculty of European Legal

and Political Studies, University Bussines Academy, Novi Sad

EQUAL RECOGNITION OF PERSONS WITH MENTAL AND INTELLECTUAL DISABILITIES BEFORE THE LAW

Summary

In this paper the authors deal with the analysis of the implementation of Article 12 of the UN Convention of the rights of persons with disabilities (2006). Having in mind this Article, the provisions of the Family Act of Republic of Serbia regarding deprivation of legal capacity are not in accordance not only with the above-mentioned Convention, but also with the principle of equality before the law and prohibition of discrimination. Therefore, the family-law provisions regarding the right to marry, paternity, guardianship, prolongation and deprivation of parental rights should be modified in order to harmonize with the provisions of the Convention. The principle of substitute decision-making, which is represented in domestic positive law, should be replaced with the principle of supported decision-making. Besides, the paradigm of the best interests of person with mental disability should give place the paradigm of personal wishes and preferences of this person. Namely, the Convention insists on the stance that the equality before the law is the main principle of the protection of human rights and it shall be guaranteed to all people without any discrimination, in order to provide enjoyment of other human rights and respect of dignity inherent to every human being.

Key words: person with disabilities, UN Convention of the rights of persons with disabilities, equality before the law, supported decision-making, substitute decision-making

Literatura

A Study on the Equal Recognition before the Law, Contribution Towards the Council of Europe Strategy on the Rights of Persons with Disabilities, <https://rm.coe.int/168070d7f5>, 10.07.2020.

- Arroyo De Sande C., Ferrán Blanco R., Solé i Chavero J. M., Marroyo L., Leotti P., Karagouni S., Hänninen K., Churchill J., “From “Guardians” To “Supporters”: Supported Decision-Making In Service, Provision For Persons With Disabilities”, *A report on the global situation of supported decision making and the role of support services*, Brussels, October 2018.
- Bubić S., “Novi pristup uređenju statusa odraslih osoba s duševnim smetnjama”, *Zbornik radova sa četvrtog međunarodnog naučnog skupa Dani Porodičnog prava – Pravna zaštita odraslih osoba* (ur. Suzana Bubić), Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić, Mostar, 2016.
- Ćirić Milovanović D., Šimoković L., “Poslovna sposobnost kao osnovno ljudsko pravo, Vodič kroz domaću praksu i moguće alternative starateljstvu”, *Inicijativa za prava osoba sa mentalnim invaliditetom MDRI-S*, Beograd, 2012.
- Commissioner for Human Rights, “Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities”, <https://rm.coe.int/16806da5c0>, 10.09.2020.
- Cvejić Jančić O., “Instrumenti Saveta Evrope o zaštiti odraslih (nesposobnih) lica”, *Zbornik radova sa četvrtog međunarodnog naučnog skupa “Dani Porodičnog prava – Pravna zaštita odraslih osoba”* (ur. Suzana Bubić), Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić, Mostar, 2016.
- Cvejić Jančić O., “Pomaci u zaštiti lica sa intelektualnim i psihosocijalnim teškoćama”, *Pravni život*, br. 10, Tom II, Beograd, 2016.
- Cvejić Jančić O., “Pravna zaštita starih lica”, *Zbornik radova sa naučnog skupa “Aktuelnost i značaj ljudskih prava i sloboda”*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, 2011.
- Draškić M., “Novi standardi za postupak lišenja poslovne sposobnosti: Aktuelna praksa Evropskog suda za ljudska prava”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Beograd, 2010.
- Harding R., Taşcıoğlu E., “Supported Decision-Making from Theory to Practice: Implementing the Right to Enjoy Legal Capacity”, *Societies* 8(2), 2018, https://www.researchgate.net/publication/324730401_Supported_Decision-Making_from_Theory_to_Practice_Implementing_the_Right_to_Enjoy_Legal_Capacity.
- Jameson J. M., Riesen T., Trader B., Mizner S., Martinis J., Hoyle D., “Guardianship and the Potential of Supported Decision Making with Individuals with Disabilities, Research and Practice for Persons with Severe Disabilities”, *Sage Publication*, 2015.
- PO-Skåne – A concrete example of supported decision-making, <https://europe.ohchr.org/EN/Stories/Documents/MathsJesperson.pdf>.
- Kohn A. N., A. Blumenthal A. J., T. Campbell A., “Supported Decision-Making: A Viable Alternative to Guardianship?”, *Penn State Law Review*, br. 4, Tom 117, 2013.

Miković B., "Podrška u ostvarivanju poslovne sposobnosti umjesto zamjenskog odlučivanja", *Zbornik radova sa četvrtog međunarodnog naučnog skupa "Dani Porodičnog prava – Pravna zaštita odraslih osoba"* (ur. Suzana Bubić), Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić, Mostar 2016.

Novi Sad konačno uvodi budžetsku liniju za usluge personalnih asistenata i ličnih pratilaca, <https://www.021.rs/story/Novi-Sad/Vesti/228303/Novi-Sad-konacno-uvodi-budzet-sku-liniju-za-usluge-personalnih-asistenata-i-licnih-pratilaca.html>, 10.07.2020.

Pathare S., Shields S. L., "Supported Decision-Making for Persons with Mental Illness: A Review", *Public Health Reviews*, br. 2, Tom 34, 2012.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 20.09.2020.

Prihvaćen: 03.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

ZORAN PONJAVIĆ

PRAVO NA BIOMEDICINSKI POTPOMOGNUTU OPLODNJU KAO ALTERNATIVNI NAČIN RAĐANJA

U radu se razmatra pitanje biomedicinske potpomognute oplodnje samih žena, bez medicinski potvrđene neplodnosti. Konstatuje se da ovo postaje jedno pravo, alternativni način rađanja, a ne kao ranije, medicinski odgovor za prevazilaženje prirodne ograničenosti, što otvara mnoga druga pitanja, pre svega ono u vezi zaštite najboljeg interesa deteta. U Republici Srbiji ova oplodnja je uređena Zakonom o biomedicinskoj potpomognutoj oplodnji, prema kome za biomedicinsku oplodnju samih žena nije nužna medicinski potvrđena neplodnost. Prihvatanju ovakvog rešenja doprineli su faktori iz pravnog okruženja, pre svega zakonodavna praksa zemalja Evrope, ali i praksa Suda u Strazburu svojim tumačenjem odredbi iz EKLP. Otvaranje mogućnosti oplodnje samih žena i iz netarapijskih razloga, pogoduje stvaranju jednog novog "prava na dete". Istovremeno, u radu se konstatuje da prihvatanje ovakve biomedicinske potpomognute oplodnje iziskuje potrebu izmene zakonodavstva Republike Srbije, u pogledu pravila koja se tiču anonimnosti davaoca oplodnih ćelija, kao i onih za uspostavljanje roditeljsko-pravnog odnosa.

Ključne reči: biomedicinska pomoć, rađanje, uporedno pravo, pravo Srbije

U V O D

Želja za rađanjem potomstva je pre svega odraz individualne volje, iako njeno ostvarenje ne spada isključivo u domen privatnog života. Ono je takođe kamen temeljac ljudskog postojanja i preko pojmova porodice i srodstva čini osno-

Prof. dr Zoran Ponjavić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu (u penziji), e-mail: zponjava@gmail.com.

vu društvenih i političkih institucija. U najvećem broju slučajeva ova želja je manifestacija seksualne slobode, jedna intimna i u većini slučajeva prirodna potreba. Onda kada se priroda suprotstavlja rađanju, želja za potomstvom se može ostvariti preko adopcije ili biomedicinski potpomognute oplodnje. Biomedicinski potpomognuta oplodnja (BMPO) je skup kliničkih i bioloških postupaka u kojima medicina interveniše kako bi se omogućilo muškarcu i ženi da postanu roditelji, kada to ne mogu “prirodnim” putem. Postoji nekoliko postupaka ove oplodnje.¹ Sa stanovišta porekla reproduktivnih ćelija dva su osnovna. Oplodnja sa reproduktivnim ćelijama para (bračnog ili vanbračnog) bilo da se to radi *in vivo* ili *in vitro*. U ovom slučaju, homologne oplodnje, dete je biološki vezano za njih. Medicinska intervencija “samo malo” pomaže prirodi. Drugi vid ove oplodnje podrazumeva korišćenje reproduktivnih ćelija jednog dobrovoljnog, anonimnog, davaoca (heterologna oplodnja). I ovde spajanje muških i ženskih oplodnih ćelija može biti *in vivo* ili *in vitro*. Ako je oplodnja izvršena uz prethodni pristanak partnera uspostavlja se njihova pravna veza sa detetom iako ono nije genetski vezano za jedno od njih. Odnosno, dete je vezano za davaoca i za jedno od njih dvoje. Dajući saglasnost na ovu oplodnju pristaju da budu pravni roditelji deteta.

Naučni i medicinski napredak u oblasti BMPO omogućava bukvalno “proizvodnju” ljudskih bića i u isto vreme redefiniše pojmove steriliteta i srodstva.² Debata o etičkim i pravnim pitanjima ove oplodnje sve više je zaokupljena otvaranjem mogućnosti njene primene u korist samih žena i homoseksualnih parova. U zauzimanju stava o ovim pitanjima ne smeju se ignorisati velike društvene promene, kao i evolucija običaja, praćena povećanjem godina žena koje prvi put rađaju, povećanjem broja neplodnih parova, povećanjem broja žena koje žive same. Takođe, nisu bez značaja različiti stavovi nacionalnih zakonodavstava, kao i evolucija prakse Suda u Strazburu koja postepeno ide ka priznanju novog ljudskog prava na dete.

Dominantni model biomedicinske oplodnje u uporednom pravu i zakonodavstvu Srbije, izgrađen je po uzoru na prirodu, na potpunoj simetriji između budući dva roditelja, titulara prava na planiranje porodice.³ I dalje je osnovna ideja da je majka ona žena koja je dete rodila, bez obzira što nije njena jajna ćelija oplo-

¹ Prema čl. 13. st. 2, Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2017 i 113/2017 – dr. zakon, postupci se dele na unutar telesno i vantelesno oplodjenje.

² Ilana Löwy, “La fabrication du naturel: l’assistance médicale à la procréation dans une perspective comparée”, *Tumultes*, Tom 26, br. 1, 2006, 35–55, www.cairn-int.info/revue-tumultes-2006-1-page-35.htm, 14.03.2020.

³ *Ibidem*.

đena u ovom postupku. Takođe, ni činjenica da je oplodnja izvršena oplodnim ćelijama davaoca, a ne partnera majke, nema uticaja na njegovo očinstvo, pod uslovom da je pristao na ovakvu oplodnju. Uobičajeno je da se pravo prilagođava realnosti ili stvarnosti što ponekad, kako se ističe u pravnoj teoriji, dovodi do promene shvatanja realnosti.⁴ Osnovna ideja, prema tome, jeste da dete ima oba roditelja, oca i majku, bez obzira što se pri tome fingira prirodna prokreacija. Prema tome, biomedicinska oplodnja od početka nije zamišljena kao alternativa prirodnom rađanju budući da je imala dva cilja: da pruži pomoć parovima čija je neplodnost bila medicinski potvrđena i drugo, da spreči prenošenje na dete ili drugog člana para ozbiljne bolesti.

Međutim, ovaj porodični model je sve više u opadanju. Druga ideja koja se sve manje dovodi u pitanje već naprotiv čini se da jača, jeste mogućnost formiranja *ex ante* jednoroditeljske porodice korišćenjem tehnika biomedicinske oplodnje samih žena, bez partnera i bez medicinski potvrđene neplodnosti.⁵ Ova oplodnja samih žena ili para žena, se ponegde označava kao oplodnja usled socijalne neplodnosti. Smatra se da u ovim slučajevima žena sama ili u paru sa ženom pati od "socijalne neplodnosti", budući da nije želela da sklopi brak ili nije pristala na heteroseksualnu vezu,⁶ što očigledno, pored ostalog, treba da opravdava nadoknadu iz državne kase. Međutim, pošto nisu medicinski neplodne, ispravnije bi bilo u ovim slučajevima govoriti o postojanju "socijalnih indikacija".⁷ Izraz "socijalna neplodnost" je novogovor, koji se sastoji od povezivanja jedne reči sa drugim kako bi se zaboravilo šta ova druga označava. Dete tako od samog rođenja ima samo jednog roditelja. Ovakav novi model jednoroditeljske porodice se ne gradi po ugledu na prirodnu oplodnju. Ovakvo rešenje je nastalo kao posledica više faktora: prihvatanja potpune jednakosti bračne i vanbračne dece, kao i mogućnosti usvojenja deteta od strane samo jednog lica, muškarca ili žene. Kada je u pitanju Republika Srbija posebno treba istaći da se ova ideja afirmiše u okolnostima sve manjeg nataliteta, kao posledica, između ostalog, i činjenice da je sve više

⁴ Marina Janjić-Komar, "Porodično pravo i stvarnost", *Pravni život*, br. 9, fn. 15, Beograd, 1997, 702.

⁵ Neplodnost je "bolest reproduktivnog sistema definisana kao odsustvo kliničke trudnoće nakon 12 ili više meseci redovnih nezaštićenih odnosa" (WHO, Svetska zdravstvena organizacija).

⁶ Marija Draškić, Biomedicinski potpomognuto oplođenje, <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/dramar/bmpo.medicinsko%20pravo.pdf>, 12. 02.2020.

⁷ Izraz koji koristi Nacionalni konsultativni etički komitet u Francuskoj (CCNE). Nav. prema: Claire Neirinck, Réformede l'Assistance Médicale à laProcréation: Liberté procréatique, égalité arithmétique, parenté homosexuelle, https://www.cecos.org/wp-content/uploads/2019/08/reforme_amp_claire_neirinck_jcp.pdf, 9.02.2020.

žena koje nisu rađale iako su prošle optimalni fertilni period⁸, premda se u svemu ne sme zanemariti ni doprinos politički uticajnih pojedinaca.

Za razliku od drugih monoparentalnih porodica koje su nastale nakon razvoda ili smrti jednog roditelja, ovako stvorene porodice će iz korena izmeniti odnos deteta i njegovog porodičnog okruženja. Različiti postupci biomedicinske oplodnje i njihovo prilično slobodno korišćenje povećali su šansu i onih koji su izgubili svaku nadu da će postati roditelji, bilo da su sami ili u homoseksualnim zajednicama. Neki se s toga pitaju nije li porodica postala inkubator novih osnovnih prava za individue koje je čine.⁹ Sve ovo nameće pitanje na koje će se pokušati odgovoriti u ovom radu: da li je biomedicinska oplodnja samih žena bez medicinski potvrđene neplodnosti postaje jedno pravo, alternativni način rađanja, a ne medicinski odgovor za prevazilaženje prirodne ograničenosti? Pozitivan odgovor otvara mnoga pitanja iz Pandorine kutije, pre svega ono u vezi zaštite najboljeg interesa deteta. Pored ovoga, treba pomenuti i jedno drugo koje se inače retko pominje a tiče se ustavom zagarantovane ravnopravnosti muškarca i žene. Treba podsetiti da je savremeno porodično pravo aseksualno, da se više ne govori o muškarcu i ženi već o roditeljima, i da ni jedno pravo ne pripada samo jednom od njih, što se ovde kroz oplodnju samih žena upravo čini. Ovo je tako očigledno, bez obzira što pravila koja regulišu postupak BMPO kroz upotrebljene jezičke izraze nastoje ostati polno neutralna. Govori se o upotrebi, korišćenju, reproduktivnih, a ne muških i ženskih ćelija, pa se ovakvom semantičkom neutralnošću nastoji dodatno neutralisati seksualnost u ovakvoj reprodukciji.

U kontekstu u kome se vrši ova oplodnja dešava se deinstitalizacija porodice sa slabljenjem autoriteta oca. Njegov položaj slabi kako na pravnom tako i psihološkom planu naročito kao posledica uvođenja davaoca. Paradoksalno je da se ovo dešava u momentu kada je očinstvo, oduvek obavijeno misterijom, postalo potencijalno izvesno.¹⁰ Šalje li se ovim poruka da deci ne trebaju očevi, a ženama ne trebaju muškarci, osim kao distributeri oplodnih ćelija. Na humanom nivou, ovo ima ozbiljne posledice. Po prvi put se dešava da genetski otac nije i ne

⁸ Prema podacima objavljenim u dnevnom listu "Politika" od 16 i 17. februara 2020, pod naslovom "Nikad više žena bez dece", oko 13,5% žena koje se nalaze na kraju fertilitetnog perioda nije se ostvarilo u ulozi majke.

⁹ Anne Leborgne, "Droits fondamentaux de la famille, Droits fondamentaux dans la famille, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, br. 23, 2007, 507. https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2008_num_23_2007_1900, 21.06.2019.

¹⁰ Irène Théry, Anne-Marie Leroyer, "Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle?" *Rapport remis à la ministre déléguée chargée de la famille*, O. Jacob, 2014, 149, http://www.justice.gouv.fr/include_htm/etat_des_savoirs/eds_thery-rapport-filiation-origines-parentalite-2014.pdf, 23.03.2020.

može postati otac, budući da ostaje anonimn. Ovo, između ostalog, što postoji opasnost da se jednog dana on pojavi, a njegova anonimnost je za sada odgovor na ovaj strah. Ali da li zbog ovoga možemo lišiti dete prava da ima oca i sve srodnike po toj liniji. Naravno, ovim se ne prenebregava činjenica da je heteroseksualni par asimetričan u oblasti prokreacije budući da je žena privilegovana time što nosi i rađa dete. Samo ona u procesu reprodukcije donosi odluke o tome kada će roditi dete, koga će partnera izabrati i koliko će dece imati.

Prihvatanje prava na biomedicinsku oplodnju kao alternativnog načina rađanja doprinose i faktori iz pravnog okruženja. Pre svega, zakonodavna praksa zemalja Evrope, ali i onih izvan Evrope, kao i praksa Suda u Strazburu svojim tumačenjem odredbi iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (ESLJP).

UPOREDNO PRAVO

Oko pitanja da li pristup tehnikama medicinski potpomognute oplodnje ima i sama žena, bez partnera, ne postoji jedinstven stav u uporednom pravu. Neke evropske zemlje prihvatanje pravdaju potrebnom uspostavljanja pravne jednakosti svih subjekata prava. Svaka neopravdana nejednakost je sankcionisana kao diskriminacija.¹¹ U velikom broju oblasti, zabrana diskriminacije zahteva od zakonodavca da prilikom normiranja ne uzima u obzir pol nekog subjekta prava, pri čemu on ima značaj kao i njegove druge prirodne osobine, kao što su visina ili težina. Međutim, jasno je da ovakva opravdanja nisu dovoljno argumentovana budući da je različitost polova nezaobilazni uslov rađanja, odnosno, do njega može doći samo kroz susret muških i ženskih oplodnih ćelija.

Shodno tome, zakonske odredbe koje razlikuju polove po pitanjima rađanja ne predstavljaju diskriminaciju između muškaraca i žene, između heteroseksualnih i homoseksualnih parova. U ovom smislu se izjasnio i Sud za ljudska prava u Strazburu (ESLJP) u slučaju *Gas et Dubois c/ France*¹² smatrajući da francuski zakon koji dozvoljava biomedicinsku oplodnju jedino heteroseksualnim parovima kod kojih je konstatovana neplodnost nije diskriminatorski u odnosu na homoseksualne parove¹³ i žene koje žive same. Naglašava se da prilikom regulisanja ovih pitanja treba napraviti ravnotežu svih zaštićenih interesa, posebno u pogledu "složenih društvenih i moralnih pitanja oko kojih ne postoji konsenzus".

¹¹ C. Neirinck, op. cit., 1.

¹² *Gas et Dubois c/ France*, predstavka br. 25951/07, odluka 15. 06.2012.

¹³ I bez obzira što je 17. maja 2013. godine u Francuskoj uvedena mogućnost sklapanja braka lica istog pola (Zakon br. 2013-404).

U ovom smislu se izjasnio i francuski Državni savet koji je bio konsultovan povodom predloga zakona kojim se ova oplodnja proširuje na žene koje žive same i na homoseksualni par žena.¹⁴

Jedan od najčešće korišćenih argumenata za uvođenje BMPO samih žena pronalazi se i u zakonskim rešenjima kojima se dopušta usvojenje od strane samohranog roditelja. Zaboravlja se, međutim, da je u pitanju usvojenje deteta koje je već rođeno pa je sticajem životnih okolnosti ostalo “bez roditeljskog staranja”, dok se u ovom slučaju radi o začecu i rođenju deteta kao rezultat plana. Vredi pomenuti još jedan argument koji se poziva na interes deteta iz Konvencije o pravima deteta. Ovaj “najbolji interes deteta”, ta “magična formula” kako je sa pravom zbog njene neodređenosti i evolutivnosti nazvao Karbonije,¹⁵ ponekad se koristi i kao opravdanje za njeno uvođenje. Zaista, samo jedno vrlo široko tumačenje odredbe Konvencije može dovesti do zaključka da se odnosi i na nerođenu decu. Naime, u Preambuli ove Konvencije se pozivaju države da zaštite decu “pre i posle rođenja”, dok prvi član Konvencije definiše dete kao svako ljudsko biće koje nije još navršilo 18 godina. U ovom pogledu i lišavanje deteta jednog roditelja, unapred, čini se protivno njegovim interesima, premda bi ovakav zaključak podrazumevao i odgovarajuća empirijska istraživanja.¹⁶

Afirmaciji prava na roditeljstvo samih žena doprinela je i praksa ESLJP i to pre svega u kontekstu korišćenja novih tehnika biomedicinski potpomognutog rađanja. U odlukama iz ove oblasti primetna je evolucija stavova. Treba pomenuti jedno od prvih izjašnjenja po ovom pitanju još 1989. godine. Tada je Komitet direktora za ljudska prava Saveta Evrope usvojio izveštaj prema kome članovi 8 i 12 Konvencije za zaštitu ljudskih prava (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života i pravo na sklapanje braka i zasnivanje porodice) ne sadrže osnovno pra-

¹⁴ Prema njemu: “Ne postoji pravni princip koji zahteva proširenje pristupa biomedicinskoj oplodnji. Ni činjenica da je usvajanje dozvoljeno paru žena i samohranim licima, ni princip jednakosti, ni pravo na poštovanje privatnog života, ni sloboda rađanja, ni zabrana diskriminacije, ne zahtevaju ovo proširivanje”. Navedeno prema: Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes/revision-de-la-loi-de-bioethique-quelles-options-pour-demain>, 27.02. 2020.

¹⁵ Jean Carbonnier, *Droit civil. La famille, l'enfant et le couple*, 21e édition, Thémis, Tome 2, PUF, 2002, 85.

¹⁶ Mnoge objavljene studije nisu potvrdile negativne efekte odsustva oca za decu rođenu iz ovih postupaka. Tako: Pennings G. – Evaluating the welfare of the child in same-sex families. *Hum. Reprod.*, 2011, 26, 1609–1615. Navedeno prema: Françoise Shenfield, “Droit comparé en santé de la reproduction: un droit à se reproduire? Une vision européenne”, *Bull. Acad. Natle Méd.*, br. 3, 2013, 197, 623.

vo na prokreaciju primenom novih tehnika reprodukcije.¹⁷ Nakon ovoga se rani-ja Komisija za prava čoveka nekoliko puta izjašnjavala povodom zahteva za pristup tehnikama biomedicinski potpomognute oplodnje, čuvajući se uvek izričitog izjašnjenja o eventualnom postojanju prava na roditeljstvo samih žena.

U ovom smislu treba pomenuti odluku Velikog veća ESLJP u predmetu *Dickson c/Royaume-Uni*,¹⁸ sa jednim ekstenzivnim tumačenjem prava na poštovanje privatnog života iz čl. 8. Konvencije. Iako se ona ne tiče prava na BMPO samih žena, odluka je značajna zbog toga što govori o pravu na roditeljstvo, generalno, bez obzira na status lica. Ovo tumačenje dovelo je do toga da ESLJP prihvati “pravo na samoodređenje priznato na osnovu prava na poštovanje privatnog života podrazumeva poštovanje prava da se postane roditelj, što proizlazi iz analize čl. 8. Konvencije uključujući pravo na dete”.¹⁹ U ovom slučaju su sudije Velikog veća smatrale da odbijanje zahteva podnosioca zahteva koji je bio u zatvoru i njegove supruge da se podvrgne veštačkoj oplodnji sa njegovim oplodnim ćelijama, budući da je njegov izlazak iz zatvora bio predviđen u vreme kada par više verovatno ne bi mogao da ima dete, predstavlja nesrazmernu povredu prava na poštovanje privatnog i porodičnog života. Ovakva odluka je doneta uprkos činjenici da se prema zakonodavstvu Velike Britanije veštačka oplodnja može sprovoditi samo u slučaju kada se neplodnost medicinski potvrdi, što ovde nije bio slučaj. Tim povodom ESLJP iznova podseća da je polje slobodne procene prilikom regulisanja ovog pitanja široko, zbog nepostojanja konsensusa, ali da države imaju obavezu da uspostave ravnotežu između različitih interesa.

U ovom slučaju je smatrao da sistem koji je usvojila Velika Britanija onemogućava bilo kakvu proveru proporcionalnosti i balansiranja zaštićenih interesa *in concreto*, te je tako premašio svaku razumnu slobodu procene (t. 81-83). Ovakav

¹⁷ Commission EDH, 5 juin 1991, req. n° 14223/88, *Lavissee et association les cigognes c/ France*, Cahiers de l'IDEDH, n° 1, 1992, p. 112 ; Commission EDH, 19 mai 1992, req. n° 15666/89, *Catharina Johanna Kerhoven, Anna Maria Hinke et Stijne Hinke contre Pays-Bas*, non publiée ; Commission EDH, 8 février 1993, req. n° 16944/90, Bulletin des droits de l'Homme n° 1, 1993, p.81. Navedeno prema: Patrice Hilt, “Si avoir un enfant n'est pas un droit, la décision de devenir parent, elle, mérite néanmoins du respect ! A propos de l'arrêt *Evans c/ Royaume rendu le 10 avril 2007 par la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme*”, *Revue d'actualités juridiques, l'Europe des Libertés*, N°25, 2-8, http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=424&id_rubrique=82, 01.07.2019.

¹⁸ *Dickson c/Royaume-Uni*, predstavka 44362/04, odluka od 4. decembra 2007. godine.

¹⁹ Veliko veće ESLJP je u svojoj odluci (*Evans c/ Royaume-Uni*, 10.04.2007, predstavka br. 6339/05) izbeglo pominjanje “prava na dete”, već kaže da “pravo na privatni život” obuhvata “pravo poštovanja odluke da se postane ili ne postane roditelj” (tačka 58. Odluke). V. Jean-Pierre Marguenaud, Pauline Remy-Corlay, “Le trist sort des embryon *in vitro* du couple separé”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, 255-260.

stav je kasnije bio dopunjen tumačenjem u jednoj drugoj presudi (*Ternovszky*) da ovo pravo obuhvata i način na koji se postaje roditelj. Podnosioci predstavke su se žalili zbog toga što porođaj nije mogao biti obavljen u svom stanu (domicilu) već isključivo u bolnici. ESLJP je u ovoj odluci konstatovao “pravo na odluku da postane roditelj uključuje pravo na izbor okolnosti u kojima osoba postaje roditelj”.²⁰

Sledeći medicinski napredak i oslanjajući se na Evropsku Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP) Savet Evrope je još 1997. godine usvojio Konvenciju o ljudskim pravima i o biomedicini, poznatiju kao Konvencija iz Ovijeda. To je prvi međunarodnopravni obavezujući instrument. U njenom članu 2 daje se prednost “interesu i dobrobiti ljudskog bića (...) nad interesima društva i nauke”. U preambuli i čl. 1. Konvencije takođe se insistira na dostojanstvu i identitetu, suprotstavljajući se instrumentalizaciji ljudskog bića. Za razliku od pojma lica, ljudsko biće postoji od početka života, odnosno od momenta oplodnje. Međutim, iako je dostojanstvo priznato embrionu, on ne uživa prava priznata EKLJP. Ipak, Konvencija iz Ovijeda ga štiti u oblasti istraživanja, prepuštajući državama slobodu definisanja te zaštite.²¹

Komunitarno pravo EU sadrži vrlo malo odredbi koje se tiču biomedicine budući da se ona zasniva na etičkim principima o kojima jedino države članice mogu imati legislativu, a da Evropska unija deluje po principu supsidijarnosti. Biomedicina i njena integracija u postojeći zakone odgovornost su država članica. Ti zakoni su proizišli iz transponiranja Evropske direktive 2004/23 /CE od 31. marta 2004. koja se odnosi na doniranje i upotrebu ljudskih tkiva i ćelija ili iz postojećeg pravnog okvira. Pored ovoga, član 152 Ugovora iz Matrikta koji se tiče javnog zdravlja daje ovlašćenje Parlamentu i Savetu EU da usvoje harmonizovane mere koje će odrediti norme koje se tiču kvaliteta i bezbednosti produkata ljudskog porekla. U ovom pogledu, pored pomenute direktive, usvojeno je više mera.²²

²⁰ Ternovszky c. Hongrie, odluka od 14. decembra 2010, predstavka br. 67545/09.

²¹ Povrede ove Konvencije ne mogu biti razmatrane od strane ESLJP. Međutim, u nekim slučajevima prilikom donošenja odluka vezanih za biomedicinsku oplodnju u okvirima člana 8. Konvencije o ljudskim pravima Sud nalazi inspiraciju upravo u Konvenciji iz Ovijeda. Tako je u odluci Evans protiv Ujedinjenog Kraljevstva ESLJP smatrao da prvenstveno treba poštovati slobodnu volju lica da postane roditelj, i da njegov embrion ne može biti korišćen za prokreaciju bez saglasnosti lica kojih se to tiče. Odluka Evans c/ Royaume-Uni, od 10.04.2007, predstavka br. 6339/05, t. 71–72.

²² Direktiva 1998/79/CE od 27. oktobra 1998. godine vezana za ovlašćenja medicinskih ustanova u vezi dijagnostike in vitro. Ona se odnosi na bezbednosni aspekt i kvalitet i ne bavi se uslovima korišćenja genetskog testa ni uslovima korišćenja rezultata testa. Direktiva 2001/83/CE od 6. novembra 2001. uspostavlja kodeks Zajednice koji se odnosi na lekove za humanu upotrebu, Direktivom 2002/98/EZ od 27. januara 2003. utvrđuju se standardi kvaliteta i bezbednosti za prikupljanje,

Normiranje postupaka biomedicinski potpomognute oplodnje je po svom sadržaju i polju primene u državama EU veoma raznoliko, pa i u pogledu titulara prava na njihovo korišćenje. Neke zemlje imaju opšti zakonodavni okvir i/ili se pozivaju na pravila dobre prakse koje stvaraju zdravstveni radnici, dok druge zemlje imaju posebne zakone koji mogu biti vrlo detaljni po svom sadržaju.²³ Neke od njih su ovu vrstu oplodnje rezervisale samo za heteroseksualne parove, kao što je to slučaj sa Francuskom, Nemačkom, Švajcarskom, Italijom. Tako je prema francuskom Zakonu o javnom zdravlju,²⁴ ona namenjena samo paru, muškarcu i ženi sa ciljem lečenja neplodnosti čiji je patološki karakter medicinski dijagnostikovano, ili kako bi se izbeglo prenošenje na dete ili na partnera posebno ozbiljne bolesti. Muškarac i žena koji čine par moraju biti u godinama sposobnim za prokreaciju, da su u braku ili da imaju dokaz zajednice života najmanje dve godine. U Švajcarskoj je još 1998. donet zakon slične sadržine o asistiranoj prokreaciji.²⁵ U čl. 3, drugog poglavlja ovog zakona, definiše se njen pojam pa se u njegovom drugom stavu kaže da jedino parovi mogu biti njeni korisnici. I to samo oni "prema kojima se može uspostaviti roditeljski odnos" i "koji će s obzirom na njihove godine i ličnu situaciju, moći da odgajaju dete do punoletstva". U ovoj zemlji, kao i u Francuskoj, godine su uslov za pristup ovim tehnikama prokreacije. U Francuskoj je to 49 godina, dok se to o trošku države radi do 42. godine.²⁶

S druge strane, u Belgiji, Danskoj, Španiji, Holandiji, Velikoj Britaniji, Švedskoj, Portugaliji, žene koje žive same kao i homoseksualni parovi mogu

kontrolu, obradu, očuvanje i distribuciju ljudske krvi i komponenti krvi, Direktiva 2004/23 / CE od 31. marta 2004. odnosi se na davanje i upotrebu ljudskih tkiva i ćelija,

²³ Posebne zakone imaju i Nemačka, Austrija, Mađarska, Belgija, Bugarska, Danska, Španija, Estonija, Finska, Francuska, Grčka, Italija, Holandija, Portugalija, Republika Češka, Rumunija, Velika Britanija, Slovenija, Švedska. Jedan opšti pravni okvir imaju: Kipar, Irska, Letonija, Litvanija, Luksemburg, Malta. Preporuke dobre profesionalne prakse imaju države koje su donele posebne zakone sa izuzetkom Kipra, Estonije, Finske, Mađarske, Litvanije, Poljske i Republike Češke.

²⁴ *Code de la santé publique*, Article L2141-2.

²⁵ Federalni zakon o asistiranoj oplodnji, <https://www.admin.ch/opc/fr/classifiedcompilation/20001938/index.html>.

²⁶ Ipak, promene u ovoj oblasti su brze i gotovo svakodnevne. Tako je Nacionalna skupština Francuske 15. oktobra 2019. godine usvojila jedan širi projekat bioetičkog zakona koji predviđa uvođenje medicinski potpomognute oplodnje za sve žene, bez obzira na njihov status. Senat je 23. januara 2020. godine prihvatio ovakvo rešenje, ali sa nekoliko značajnih amandmana. Naime, zahtevi za biomedicinsku oplodnju kod kojih nije potvrđena patološka neplodnost ili opasnost od prenošenja teške bolesti neće biti odobravani na teret sredstava zdravstvenog osiguranja. Pored ovoga, predviđeno je da može biti poznat identitet donatora. V. [http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/15/projets/pl2658/\(index\)/projets-loi](http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/15/projets/pl2658/(index)/projets-loi).

postati roditelji zahvaljujući biomedicinskoj oplodnji, kao i u Grčkoj, Švedskoj i Norveškoj.^{27,28}

Sedam država svojim zakonima dozvoljavaju biomedicinski potpomognutu oplodnju samih žena ali ne i homoseksualnih, lezbijских parova: Estonija, Letonija, Mađarska, Hrvatska, Bugarska, Grčka, Kipar, a Austrija i Malta, pak, dozvoljavaju oplodnju lezbiskom paru, ali ne i samoj ženi.²⁹

Primeru radi Velika Britanija je još 1990. godine usvojila *Human Fertilisation and Embryology Act* prema kome svaka žena, udata ili sama, heteroseksualne ili homoseksualne orijentacije, može biti korisnik novih tehnika medicinske reprodukcije. Interesantno je da su zadržana tradicionalna pravila o uspostavljanju očinstva, kao i o anonimnosti davaoca. Kako se ističe u pravnoj teoriji ovakvim rešenjem se ne želi uzdrmati tradicionalna nuklearna porodica. Međutim, sukcesivnim zakonodavnim izmenama 2005. i 2009. godine ukida se anonimnost davaoca. Dete ima pravo da po punoletstvu sazna ne samo identitet davaoca već i drugih lica rođenih zahvaljujući istom davaocu. Njihovi podaci se čuvaju u novouvedenom registru (*Sibling Contact Register*).³⁰

Jedna od pionira u ovoj oblasti sa vrlo liberalnim zakonodavstvom jeste Belgija. Biomedicinska pomoć je namenjena svima koji planiraju postati roditelji u želji da se primat dà individualnoj volji pojedinaca i bez favorizovanja bilo kog porodičnog modela. Zakon ne određuje bliže titulare biomedicinske pomoći već ostavlja slobodu centrima u kojima se ona sprovodi da kompletiraju njena pravila. U praksi to mogu biti heteroseksualni i homoseksualni parovi, kao i žene koje žive same, sa svojom ili darovanom jajnom ćelijom. Tako sama žena može roditi dete koje nije u genetskoj vezi sa njom. S druge strane, zadržan je princip anonimnosti donora i to u pogledu darovanja prekobrojnih embriona. Darivanje reproduktivnih ćelija može biti i neanonimno (čl. 57).³¹ S obzirom na poteškoće u

²⁷ Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique; https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/20160915_encadrementinternational_actualisation2016_v4.pdf, 36. 13.03.2020.

²⁸ Takođe se i Sud pravde Evropske unije izjasnio u korist prava na korišćenje lečenja zbog medicinske i socijalne neplodnosti. V. Claire Squires, Un enfant pour soi? assistance à la procréation et mutations familiales, 8. <https://www.cairn.info/revue-enfances-et-psy-2019-1-page-6.htm>, 03.03.2020.

²⁹ Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique, op. cit., 36.

³⁰ Human Fertilisation and Embryology Act 2008, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>, 21. februar 2020.

³¹ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, M.B., 17 juillet 2007.

pronalaženju donatora zbog glomaznog postupka i rizika koje on predstavlja, zakonodavac je dozvolio nameranim roditeljima da zatraže pomoć od lica iz svoga okruženja. Kako se ističe u literaturi, belgijski zakonodavac je uspeo da nađe ravnotežu između, sa jedne strane individualne autonomije i jednakosti svih lica koja žele dete bez obzira na njihov porodični status, i sa druge strane, poštovanja opštih principa postavljanjem određenih granica, kao što je anonimnost donora i besplatnost davanja reproduktivnih ćelija.³²

Prema španskom zakonu 14/2006 od 26. maja 2006. godine kojim se reguliše asistirana prokreacija, prema članu 6.1. svaka žena starija od 18 godina, poslovno sposobna, može biti donatorka ili korisnica postupaka regulisanih zakonom, nezavisno od njenog bračnog statusa ili seksualne orijentacije.³³

Što se tiče biomedicinski potpomognute oplodnje u SAD, u nedostatku zakonskog regulisanja, ona se smatra sastavnim elementom ustavnog *right of privacy*.³⁴ Obavlja se pod istim uslovima kao i svaka druga medicinska intervencija, kao što je npr. estetska hirurgija.³⁵ Zakonodavac je najviše zaokupljen stručnošću onih koji se bave ovom oplodnjom i pravilima o zdravstvenoj bezbednosti. Lečenje neplodnosti postalo je unosna i visoko konkurentna industrija. Korisnici tehnika biomedicinske oplodnje mogu biti žene koje žive same kao i homoseksualni parovi. Žene koje žive same mogu roditi dete koje biološki nije vezano za njih zahvaljujući darivanju jajnih ćelija. Ovo značajno proširuje period tokom koga jedna žena može postati majka, sve do 55 godine, pa i više.

Izrael je svakako najbolje okruženje na svetu za mogućnosti biomedicinski potpomognute oplodnje, naročito u slučaju ograničenih finansijskih mogućnosti.³⁶ Jedan zakon još iz 1995. godine otvorio je pristup asistiranoj oplodnji svim ženama, bez ograničenja u pogledu statusa, seksualne orijentacije ili godina. Žene imaju pravo na neograničen broj tretmana finansiran iz zdravstvenog osiguranja, sve do rađanja dvoje dece.

³² Barbara Ruchard, Les techniques de procréation médicalement assistée: terreau de l'émergence d'un "droit à l'enfant" 42 i dalje. Objavljeno na: https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/en/object/thesis%3A3801/datastream/PDF_01/view. 23.05.2020.

³³ Le "droit à l'enfant" et la filiation en France et dans le monde – rapport final (ur. C. Brunetti-Pons), 147, <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/06/GIP-rapport-final-Le-droit-%C3%A0-l'enfant-juin-2017.pdf>, 2.07.2019.

³⁴ Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique, op. cit., 37.

³⁵ I. Löwy, op. cit., 43.

³⁶ *Ibidem*.

ZAKONODAVSTVO REPUBLIKE SRBIJE

U Republici Srbiji ova oplodnja je uređena Zakonom o biomedicinski potpomognutoj oplodnji (dalje: Zakon)³⁷ i Porodičnim zakonom. Zakon je donet 2017. godine i zamenio je do tada važeći Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinske potpomognute oplodnje.³⁸ Ova, na izgled, sitna jezička promena naziva zakona označava srž promena karaktera biomedicinske oplodnje. Zakon definiše postupak biomedicinski potpomognute oplodnje u čl. 3. st. 1. t. 1: “postupak biomedicinski potpomognutog oplođenja (BMPO) jeste postupak koji se sprovodi u skladu sa savremenim standardima biomedicinske nauke u slučaju neplodnosti, kao i u slučaju postojanja medicinskih indikacija za očuvanje plodnosti, i omogućava spajanje muške i ženske reproduktivne ćelije radi postizanja trudnoće na način drugačiji od snošaja”. Prema Zakonu nije dopušteno duplo darivanje, muških i ženskih oplodnih ćelija, već samo jedne od njih.

Cilj ove oplodnje je, na prvi pogled, striktno terapijski. Kako proizilazi iz člana 25. a u vezi čl. 4. Zakona, biomedicinska pomoć za rađanje je namenjena licima kojima je ona potrebna. Postojanje medicinskih indikacija mora biti utvrđeno od strane odgovarajućeg specijaliste. Reklo bi se da pravo na postupak imaju svi oni koji ne mogu imati decu nakon protoka određenog vremena i bezuspešnih pokušaja rađanja deteta prirodnim putem. Ovakvim rešenjem Zakon Srbije prepoznaje i čini dostupnim svima, pod određenim uslovima, pristup postupcima biomedicinske pomoći, smatrajući da je želja za detetom prirodna i legitimna, dostojna poštovanja i pomoći da se ostvari.

Zakon na prvo mesto stavlja određen broj uslova vezanih za status lica koja mogu imati pravo na postupak BMPO oplodnje. Titulari ovog prava jesu punoletna i poslovno sposobna žena i muškarac kojima je potrebna pomoć postupcima BMPO u lečenju neplodnosti. Proizilazi da je bar jednom od njih potrebna pomoć u lečenju neplodnosti ili je oboleo od teške bolesti koja se može preneti drugom partneru ili detetu. Ovaj uslov se čini nezaobilaznim za korišćenje ovog prava, što je uostalom u skladu sa zacrtanim ciljem, da se njime prevaziđe prirodna neplodnost. Pored ovoga, ova lica moraju biti sposobna da vrše roditeljsku dužnost i da su u takvom psihosocijalnom stanju na osnovu kojeg se opravdano može očekivati da će te dužnosti vršiti u skladu sa zakonom i u interesu deteta. Ovim je zakonodavac valorizovao vezu između prokreacije i seksualnosti, gradeći pravila biomedicinske oplodnje na jedinstvenom porodičnom modelu zasno-

³⁷ Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2017 i 113/2017.

³⁸ Porodični zakon, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009.

vanom na nuklearnoj porodici sastavljenoj od majke, oca i deteta. S druge strane, takođe, ovim se maskira upotreba postupaka veštačke oplodnje i fingira priroda. Ovome u prilog ide i činjenica da se darivanje reproduktivnih ćelija u ovom slučaju tretira kao medicinski akt, kao darivanje bilo kog drugog dela čovečijeg tela, čime je biomedicinski aspekt ove oplodnje u stanju da apsorbuje njegovu prokreativnu prirodu, legitimišući njenu upotrebu.³⁹

Prema bivšem Zakonu o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinske potpomognute oplodnje bila je moguća oplodnja žene koje žive same uz sporazumnu saglasnost ministra nadležnog za poslove zdravlja, ministra nadležnog za porodične odnose, ako za to postoje naročito opravdani razlozi.⁴⁰ I pored neodređenosti ovakve zakonske norme moglo se zaključiti iz njene stilizacije da su i one morale ispunjavati uslove kao i lica koja su živela u braku ili vanbračnoj zajednici. Faktički ovim uslovom žene koje žive same su u potpunosti isključivane iz mogućnosti korišćenja biomedicinske oplodnje. Odnosno, biomedicinska oplodnja je i dalje bila medicinski odgovor na prirodnu neplodnost, zatvarajući put pravu na dete. Želja zakonodavca je bila da ovaj način oplodnje rezerviše samo za one koji nisu mogli "normalno" imati decu, u uslovima prirodne prokreacije, iz određenih medicinskih razloga. Budući da je u nekim evropskim zemljama postojala mogućnost biomedicinske oplodnje samih žena, kao i žena koje žive u homoseksualnoj zajednici, to su neka lica odlaskom u inostranstvo zaobilazila kriterijume postavljene zakonodavstvom Republike Srbije. Ovaj fenomen nazvan "prokreativni turizam" omogućavao je građanima da koriste biomedicinsku oplodnju u društvu državi onda kad takva mogućnost ne postoji u njihovoj.⁴¹ Imajući u vidu da su ovome mogli pribeći samo oni koji su to mogli i da plate to je "prokreativni turizam" postao i vektor pravne nejednakosti.

Istina, može se postaviti pitanje da li je cilj biomedicinske oplodnje zaista terapijski, odnosno, da li čin darivanja oplodnih ćelija jednom paru služi za lečenje neplodnosti? Odmah se može reći da darivanje reproduktivne ćelije nije poklon poput ostalih, jer je to dar roditeljstva koji omogućava jednom paru da do-

³⁹ Camille Grand, *L'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes et aux femmes célibataires*, 20, <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02061603/document>, 23.02.2020.

⁴⁰ Prema čl. 26. st. 3. Izuzetno, pravo na lečenje neplodnosti postupcima BMPO ima i pu-noletna i poslovno sposobna žena koja sama živi i ispunjava uslove iz stava 1. ovog člana, uz sporazumnu saglasnost ministra nadležnog za poslove zdravlja i ministra nadležnog za porodične odnose, ako za to postoje naročito opravdani razlozi.

⁴¹ Ovakva praksa je naročito razvijena u zemljama EU čime se koristi jedna od sloboda "sloboda kretanja". Brunet Laurence, "Assistance médicale à la procréation et libre circulation des personnes. Le droit français au défi", *Ethnologie française*, Tom 167, br. 3, 2017, 399–408.

bije “reproduktivni kapacitet”. Darivanje reproduktivnih ćelija nije, međutim, ni medicinski akt u tradicionalnom smislu reći budući da ne leči neplodnost.⁴² Za razliku od drugih darivanja elemenata ljudskog tela, kao što je krv, bubreg, koštana srža, donacija reproduktivnih ćelija se ne vrši za njihovo lečenje, da se spase, sačuva, tuđi život, već da se život daruje.⁴³ Medicinski potvrđena neplodnost nije bolest, ne može se lečiti, jer da može, BMPO ne bi bila potrebna. Neplodnost je jedno medicinsko stanje koje ne ugrožava zdravlje ali može izazvati psihičke i socijalne probleme. Stoga ovo nije terapijski akt i ne može nikad ni biti. To je medicinski čin koji daje sasvim drugačiji rezultat od izlečenja ili poboljšanja zdravlja, to je čin koji proizvodi dete⁴⁴.

S druge strane, bez obzira što ne postoji pravo na dete,⁴⁵ postoji i uvek je postojala, prirodna želja za rađanjem sopstvenog potomstva, pa se ne mogu zanemariti pozitivni efekti korišćenja BMPO na smanjenje psihičkih patnji koje nemanje dece izaziva. U ovom smislu, čak i ako su uslovi njenog korišćenja veoma strogi, volja budućih roditelja i dalje igra važnu ulogu.⁴⁶ Stoga, ako i u sadašnjim zakonskim okvirima darivanje reproduktivnih ćelija nema terapijski cilj, u pravom smislu reći, to potencijalno otvaranje medicinski potpomognutog oplodjenja za žene koje žive same iz neterapijskih razloga ne predstavlja značajni zaokret, čak i ako se neke zakonske izmene pokažu kao neophodne.⁴⁷

Imajući upravo i ovo u vidu Zakon Srbije normira da samo izuzetno, “pravo na postupke BMPO ima i punoletna i poslovno sposobna žena koja živi sama i koja je sposobna da vrši roditeljsku dužnost i u takvom je psihosocijalnom stanju na osnovu koga se opravdano može očekivati da će biti sposobna da obavlja roditeljske dužnosti, u skladu sa zakonom, u interesu deteta”. (čl. 25. st. 2).⁴⁸ U ovom slučaju se ne zahteva medicinski potvrđena neplodnost, odnosno medicinska di-

⁴² I. Théry, A. M. Leroyer, op. cit., 190.

⁴³ C. Grand, op. cit., 20.

⁴⁴ Sophie Paricard, “L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes: en droit de la bioéthique... la révolution n'aura pas lieu”, *La procréation pour tous?* (dir. M. Astrid), Paris: Dalloz, coll. Thèmes & commentaire, Actes, 1ère édition, 2015, 20.

⁴⁵ Zoran Ponjavić, “Postoji li pravo na dete”, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2019, 85–102.

⁴⁶ C. Grand, op. cit., 28.

⁴⁷ *Ibidem*, 29.

⁴⁸ Koristi se jedan nepravni pojam “sama žena”, a ne izraze “neudate žene” ili “samohrana žena”. Ovaj semantički izbor je bio neophodan da bi se izbegao bilo kakav efekat zakona na bivšeg supružnika ili vanbračnog partnera koji u ovom postupku ne učestvuju. U ovom slučaju žena koja živi sama ima pravo na artificijelnju inseminaciju ili fertilizaciju in vitro koja bi se obavila semenom donora.

jagnoza koja opravdava pristup BMPO. Ovakvo rešenje se čini kao logična posledica činjenice da se neplodnost žene koje žive same ne može utvrđivati na isti način kao kod para, kroz pokušaje začeća deteta prirodnim putem u seksualnom odnosu. To znači da je svaka žena u rodnoj dobi ovlašćena da zahteva davanje sperme da bi imala dete, drugim rečima *ab initio* (od početka), a ne kao posledica konstatovanog životnog hendikepa. U odnosu na rešenje iz prethodnog Zakona o lečenju neplodnosti, pravo žene koje žive same je značajno prošireno, toliko da se može postaviti pitanje da li se uopšte radi o izuzetku, ili o ličnom izboru, čak pravu. Nije jasno ko će i na koji način i u kom postupku procenjivati njeno psihosocijalno stanje, krajnje subjektivan uslov. Sam muškarac ne može biti titular ovog prava budući da je u Srbiji surogat materinstvo zabranjeno.⁴⁹

Prihvatanje zahteva samih žena za biomedicinsku oplodnju i bez utvrđenih medicinskih indikacija za lečenje neplodnosti iz osnova menja i njen cilj. Ova vrsta oplodnje nazvana u stranoj pravnoj literaturi, "oplodnja iz ugodnosti",⁵⁰ nema terapijski karakter i postaje "alternativni način rađanja". Nije odgovor na nemogućnost rađanja već je u službi individualnih aspiracija vezanih za određen način života. Rađanje deteta tako više nije samo rezultat roditeljskog projekta, koji žele zajednički odgajati i obrazovati dete.

Za razliku od prapočetaka planiranja rađanja kada je seksualnost odvojena od prokreacije i postala sama sebi cilj, danas je je prokreacija odvojena (izolovana) od seksualnosti. Otvaranje mogućnosti oplodnje samih žena i iz netarapijskih razloga, ma kako na prvi pogled bilo iz pronatalitetskih razloga opravdano, može se pokazati kao rizičan potez čiji negativni efekti nisu do kraja sagledani, budući da se zasniva na jednostranoj, ničim ograničenoj volji pojedinaca (žena) i bez stvarnog nadzora nad njom. U suštini, otvara se mogućnost korišćenja biomedicinske oplodnje za "sve i svašta", što pogoduje stvaranju jednog novog "prava na dete".⁵¹ Ovakva biomedicinska oplodnja samih žena otvara potrebu dalje izmene zakonodavstva Republike Srbije. Naime, potrebno je, bar za prvo vreme, napraviti bar još dve značajne izmene.

Prva izmena se mora ticati pravila o anonimnosti davaoca oplodnih ćelija, normirana porodičnim zakonodavstvom kojim se reguliše uspostavljanje roditeljskopravnog odnosa deteta začeto uz biomedicinsku pomoć.⁵² Ono je rea-

⁴⁹ V. čl. 49. st. 1. t. 18 Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji.

⁵⁰ Francuski izraz koji se koristi u ovom slučaju "covenantance" preveli smo, u neodstatku boljeg, kao "ugodnost". U ovom slučaju pod njim se podrazumeva takvo ponašanje koje nije nedozvoljeno ali ni nužno i odgovara ličnoj želji. U ovom smislu: S. Paricard, op. cit., 20.

⁵¹ Z. Ponjavić, op. cit., 97.

⁵² Porodični zakon, čl. 58. st. 5.

firmisano i odredbama Zakona, pre svega čl.36.⁵³ Prema njemu davalac, kome je zagarantovana anonimnost, nema prava i obaveze prema detetu koje se rodi na ovaj način. Sve do sada zadržavanje pravila o anonimnosti davaoca služilo je, pored ostalog, da se veštačka oplodnja poistoveti sa prirodnom. A dete koje se tako rodi smatrano je kao rođeno na "prirodan" način. Otvaranje mogućnosti biomedicinske oplodnje samih žena menja ovu sliku. Nije više moguće zadržati fikciju o prirodnom začeću deteta iz jednostavnog razloga što sama žena ne može "prirodno" začeti, bez intervencije nekog muškarca. Njegova intervencija, darivanje, više ne može ostati tajna. Ovo mora dovesti do ukidanja glavnog opravdanja za održavanje principa anonimnosti, a samim tim i do uspostavljanja prava na pristup nečijem poreklu, što se uklapa u stalna nastojanja da se obezbedi pravo deteta da sazna svoje poreklo garantovano čl. 7. Konvencije o pravima deteta. Pravo na saznanje porekla je prema mišljenju Suda u Strazburu obuhvaćeno i čl. 8. Konvencije o ljudskim pravima.⁵⁴ S druge strane, ovim bi se neizostavno otvorila druga pitanja teško pomirljiva sa ovakvim rešenjem. Pre svega, ona koja se tiču prava na ljudsko dostojanstvo i principa zabrane raspolaganja ljudskim telom, koje ne može biti predmet ugovora. Anonimnost davaoca je garantija nemogućnosti raspolaganja ljudskim telom čime se sprečava njegova komercijalizacija.⁵⁵ Ona je zaštićena i konvencijskim pravom na poštovanje privatnog života (čl. 8, EKLJP), čime se obezbeđuje pravo donatora da sačuva svoj identitet, kao i pravo roditelja da ne otkriju način na koji je njihovo dete začeto.

Sledeća izmena bi se morala odnositi na pravila za uspostavljanje roditeljskopopravnog odnosa. Od kako se zna, brak, a kasnije i vanbračna zajednica su bili definisani kao zajednica muškarca i žene, a poreklo deteta rođenog u ovoj zajednici utvrđivano preko materinske i očeve linije. Prema postojećim pravilima u slučaju biomedicinske oplodnje, korišćenjem reproduktivnih ćelija dobrovoljnog davaoca, poreklo deteta se uspostavlja na isti način kao da je rođeno iz odnosa dva lica koja su u braku ili vanbračnoj zajednici. Ovako, očigledno falsifikovanje istine o poreklu deteta, nije do sada izazivalo neki veći problem budući da je

⁵³ Dete začeto BMPO postupkom, reproduktivnim ćelijama davaoca, ima pravo da iz medicinskih razloga traži od Uprave za biomedicinu podatke iz državnog registra, koji se odnose na davaoca reproduktivnih ćelija, kada navrší 15 godina i kada je sposobno za rasuđivanje. Pravo se odnosi na podatke od medicinskog značaja za dete, njegovog budućeg supružnika i njihovo potomstvo. U nekim zakonodavstvima anonimnost davaoca je dodatno zaštićena i krivičnim zakonodavstvom. Tako je čl. 511 (10) Krivičnog zakona Francuske predviđeno kažnjavanje onog ko otkrije informacije o личности ili paru koji je darovao reproduktivne ćelije. Predviđa se kazna od dve godine zatvora i 30 hiljada eura.

⁵⁴ CEDH, Cour (Grande Chambre), Odièvre c. France, 13 février 2003, n° 42326/98.

⁵⁵ C. Grand, op. cit., 51.

služilo svojoj svrsi, odnosno, bilo je koherentno u očima trećih lica i deteta.⁵⁶ Međutim, otvaranjem mogućnosti biomedicinske oplodnje samih žena ova se koherentnost gubi, što nužno vodi ka potrebi uspostavljanja novih pravila za utvrđivanje porekla ovako rođene dece. Osim, naravno, ako se u ovom slučaju ne primene pravila koja važe za usvojenje. Ispravnije se ipak čini stvaranje specifičnih pravila koja bi bila bliža biološkoj istini kod uspostavljanja roditeljskopravnog odnosa. U razrešavanju ovih dilema mogu nam poslužiti iskustva drugih, evropskih zemalja, koja su otvorila vrata oplodnji samih žena, a neka od njih istopolnim parovima.

Prema tome, pored postojeća dva načina uspostavljanja roditeljskopravnog odnosa dece rođene u braku ili vanbračnoj zajednici i usvojenja, dobro bi bilo razmisliti o stvaranju trećeg načina za decu rođenu od samih žena. Alternativa stvaranju novih pravila mogu biti i postojeća koja se primenjuju u slučaju rađanja deteta bez utvrđenog očinstva. U ovom slučaju u aktu o rođenju upisuje se samo majka a rubrika o očinstvu može biti popunjena naknadno priznanjem očinstva od strane muškarca. Sve ovo zahvaljujući činjenici da se biološko očinstvo tom prilikom ne utvrđuje i da lažna priznanja nisu retkost.⁵⁷

Pored ovih izmena porodičnog zakonodavstva bilo bi potrebno napraviti i druge iz domena prava na zdravstvenu zaštitu. Naime, biomedicinska pomoć se tretira kao lećeci akt pa je zato u potpunosti pokrivena plaćanjem iz fonda za zdravstvenu zaštitu i to za neograničeni broj pokušaja. Sve ovo pod uslovom da žena nema više od 43 godine.⁵⁸ Međutim, prihvatanjem mogućnosti oplodnje samih žena biomedicinska pomoć gubi svoj terapijski karakter. Na ovaj način se ostvaruje želja za detetom koja nije mogla biti zadovoljena ne zbog patološkog stanja već zbog seksualne orijentacije ili nedostatka partnera. Ovim se uspostavlja jedan novi vid pravne nejednakosti generisan različitim uslovima pristupa ovog vrsti pomoći. Stoga bi trebalo ustanoviti obavezu učešća u troškovima biomedici-

⁵⁶ *Ibidem*, 13.

⁵⁷ Zoran Ponjavić, "Priznanje očinstva", *Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Savezne Evrope*, Pravni fakultet, Institut za pravne i društvene nauke, (ur. Bejatović Stanko). Kragujevac, 2010, 251–272.

⁵⁸ Prema Uputstvu Republičkog fonda za zdravstvenu zaštitu od 15.06.2020. godine osiguranim licima, parovima i samim ženama, data je mogućnost na neograničeni broj pokušaja BMPO na teret sredstava obaveznog zdravstvenog osiguranja radi dobijanja prvog deteta uz ocenu struke. Takođe, žena može imati najviše 43 godine života u trenutku dobijanja Potvrde o ispunjenosti uslova za postupak BMPO. Parovima će se omogućiti i olakšica oko pribavljanja Potvrde o ispunjenosti uslova za postupak BMPO, tako što će sama procedura oko pribavljanja iste biti na jednoj komisiji. V. <https://www.rfzo.rs/index.php/vesti/1066-15-06-2020>, 20.09.2020. Na biomedicinski potpomognutu oplodnju o trošku države prošle godine (2019) upućeno oko 3.800 parova, ali RFZO ne raspolaže podacima koliko je do sada beba rođeno uz pomoć vantelesne trudnoće, kao ni koja klinika ima najveći procenat ostvarenih trudnoća

cinske pomoći onih koji je koriste iz neterapijskih razloga. Na zakonodavcu je obaveza da nađe najbolje rešenje kako bi se otklonila velika nejednakost između korisnika.

ZAKLJUČAK

Usvajanje Zakona kojim je omogućena biomedicinska oplodnja samih žena prošlo je u Republici Srbiji gotovo neprimetno i bez dovoljno pažnje stručne javnosti, a čini se i svesti, što jedna tako značajna odredba zaslužuje. Ne treba gajiti iluziju da bi to u našim okolnostima osujetilo usvajanje ovakve odredbe ali bi bar razotkrilo motive onih koji stoje iza svega, a oni svakako nisu samo prokreativni kao što bi se na prvi pogled moglo zaključiti. U svakom slučaju mogućnost oplodnje samih žena pored kulturoloških dilema izaziva i ozbiljne porodično-pravne posledice vezane za opstanak pravila o anonimnosti donora i utvrđivanja porekla ovako rođenog deteta.

Prof. Dr. ZORAN PONJAVIĆ
Full Professor, retired, Faculty of Law
University of Kragujevac

THE RIGHT TO BIOMEDICALLY ASSISTED REPRODUCTION AS AN ALTERNATIVE WAY OF GIVING BIRTH

Summary

In this paper, the author analyzes the issue of biomedically assisted reproduction of single women who have no infertility diagnosis. It has been noted that this has become a woman's right, the alternative way of giving birth, and not as it was considered before: a medical response to overcome the restrictions of nature. This has opened a number of other issues, such as the protection of child's best interest. In the Republic of Serbia this issue is regulated by the Law on biomedically assisted reproduction which states that women do not need to have infertility diagnosis in order to resort to this medical procedure. The acceptance of this regulation in the Republic of Serbia legislation was based on several factors, before all the legislative practice of European countries and the practice of Strasbourg Court in its interpretation of the European Convention of Human Rights.

Key words: biomedical assistance, giving birth, comparative law, the law of the Republic of Serbia

Literatura

Carbonnier J., *Droit civil. La famille, l'enfant et le couple*, 21e édition, Thémis, Tome 2, PUF, 2002.

- Draškić M., Biomedicinski potpomognuto oplodjenje, <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/dramar/bmpo.medicinsko%20pravo.pdf>, 12. 02.2020.
- Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique; https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/20160915_encadrementinternational_actualisation2016_v4.pdf, 13.03.2020.
- Grand C., L'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes et aux femmes célibataires. <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02061603/document>, 23.02.2020.
- Hilt P., "Si avoir un enfant n'est pas un droit, la décision de devenir parent, elle, mérite néanmoins du respect! A propos de l'arrêt Evans c/ Royaume rendu le 10 avril 2007 par la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme", *Revue d'actualités juridiques, l'Europe des Libertés*, N° 25, http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=424&id_rubrique=82, 01.07.2019.
- Janjić-Komar M., "Porodično pravo i stvarnost", *Pravni život*, br. 9, Beograd, 1997.
- Laurence B., "Assistance médicale à la procréation et libre circulation des personnes. Le droit français au défi", *Ethnologie française*, Tom 167, br. 3, 2017.
- Le "droit à l'enfant" et la filiation en France et dans le monde – rapport final (ur. C. Brunetti-Pons), <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/06/GIP-rapport-final-Le-droit-%C3%A0-lenfant-juin-2017.pdf>, 2.07.2019.
- Leborgne A., "Droits fondamentaux de la famille, Droits fondamentaux dans la famille", *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXIII-2007, https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2008_num_23_2007_1900, 21.06.2019.
- Löwy I., "La fabrication du naturel : l'assistance médicale à la procréation dans une perspective comparée", *Tumultes*, Tom 26, br. 1, 2006. www.cairn-int.info/revue-tumultes-2006-1-page-35.htm, 14.03.2020
- Marguenaud J-P., Remy-Corlay, P., "Le triste sort des embryon *in vitro* du couple séparé", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006.
- Neirinck C., Réforme de l'Assistance Médicale à la Procréation: Liberté procréatique, égalité arithmétique, parenté homosexuelle, https://www.cecos.org/wp-content/uploads/2019/08/reforme_amp_claire_neirinck_jcp.pdf, 9.02.2020.
- Novine u vezi sa biomedicinski potpomognutim oplodjenjem, <http://www.rzso.gov.rs/index.php/vesti/1066-15-06-2020>, 20.09.2020.
- Paricard, S., L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes: en droit de la bioéthique... la révolution n'aura pas lieu. *La procréation pour tous?*, (M. Astrid, dir.), Paris: Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, Actes, 1ère édition, 2015.
- Ponjavić Z., "Postoji li "pravo na dete", *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2019.
- Ponjavić Z., "Priznanje očinstva", *Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope*, Pravni fakultet, Institut za pravne i društvene nauke, (ur. S. Bejatović). Kragujevac, 2010.

- Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain? <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes/revision-de-la-loi-de-bioet-hique-quelles-options-pour-demain>, 27.02. 2020.
- Ruchard B., Les techniques de procréation médicalement assistée: terreau de l'émergence d'un "droit à l'enfant"?, https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/en/object/thesis%3A3801/datastream/PDF_01/view, 23.05.2020.
- Shenfield F., "Droit comparé en santé de la reproduction: un droit à se reproduire? Une vision européenne", *Bull. Acad. Natle Méd.*, br 3, 2013.
- Squires C., Un enfant pour soi? assistance à la procréation et mutations familiales, <https://www.cairn.info/revue-enfances-et-psy-2019-1-page-6.htm>, 03.03.2020.
- Théry I., Leroyer, A. M., Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelles? http://www.justice.gouv.fr/include_htm/etat_des_savoirs/eds_thery-rapport-filiation-origines-parentalite-2014.pdf, 23.03.2020.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 24.09.2020.

Prihvaćen: 10.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

PRAVO NA PLANIRANJE PORODICE – KONTRACEPTIVNA STERILIZACIJA

Posledice sterilizacije (kao preventivne metode kontrole rađanja) i teorijska razmatranja o pravnom režimu koji je prati, u domenu reproduktivnih i seksualnih prava, fokusirana su na evropsko i međunarodno pravo ljudskih prava, a u nacionalnim okvirima usmerena su, na porodično pravo i medicinsko pravo. Kontraceptivna sterilizacija nema jedinstvenu regulativu: u pojedinim pravnim sistemima sterilizacija se smatra dozvoljenom jer nije zabranjena, u drugim je nedopuštena, dok je u trećim pravni status sterilizacije nejasan. Pravo na planiranje porodice u negativnom pravcu podrazumeva pravo svakog pojedinca da odluči o načinu zaštite od neželjene trudnoće. Dobrovoljna sterilizacija je hirurški postupak sa posledicama na plodnost koje mogu biti privremenog ili trajnog karaktera. U slučaju povrede prava na samoodređenje, prava na informisanost i pristup bezbednim, dostupnim i efikasnim načinima planiranja porodice u praksi Evropskog suda za ljudska prava uspostavlja se mehanizmi zaštite povodom kršenja ljudskih prava pripadnika osetljivih kategorija lica koja su podvrgnuta prinudnoj sterilizaciji.

Ključne reči: pravo na nerađanje, reproduktivno samoodređenje, dobrovoljna sterilizacija

U V O D

Planiranje porodice (pravo na slobodno roditeljstvo) podrazumeva svako činjenje ili propuštanje činjenja koje se tiče reproduktivnog samoodređenja, od-

Prof. dr Olga Jović Prlainović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, e-mail: olga.jovic@pr.ac.rs.

nosno slobode u pogledu reproduktivnog kapaciteta imaoca prava. Pravo na odlučivanje o rađanju deteta ili sprečavanju rađanja odnosi se na kontrolu sopstvenog tela i u korpusu reproduktivnih prava nalaze se u istoj ravni sa pravom na informisanost i pravom na najviši standard zaštite reproduktivnog i seksualnog zdravlja. Strukturu reproduktivnih prava čine tri komponente: pravo na donošenje slobodne reproduktivne odluke, pravo na informisanost o sredstvima za regulisanje fertiliteta i pravo na kontrolu sopstvenog tela.

U međunarodnom pravu ljudskih prava, pravo na reproduktivni izbor, odnosno pravo na stvaranje porodice, podrazumeva slobodnu odluku o broju i razmaku između pojedinih rođenja, pristup informacijama i uslugama planiranja porodice.¹ Ovakav pristup zaživeo je nakon Drugog svetskog rata kada su međunarodne organizacije (OUN, SZO, Međunarodna federacija za planiranje porodice) prepoznale potrebu za ublažavanje zdravstvenih i socijalnih problema u oblasti planiranja porodice (nekontrolisano i neželjeno rađanje, indukovani i nelegalni prekidi trudnoće koji su ozbiljno ugrožavali zdravlje žena, dece i mladih ljudi) i svoje aktivnosti usmerile na usvajanje paradigme planiranje porodice zasnovane na pravima. Svaki pojedinac može da bira da li će, kada, i koliko dece će imati; da prilikom izbora ima na raspolaganju visokokvalitetne zdravstvene usluge seksualnog i reproduktivnog zdravlja, informisanje i obrazovanje u vezi s tim; pristup uslugama bez diskriminacije, prinude i nasilja.²

Početakom 90-ih godina prošlog veka koncept planiranje porodice³ biva uvršten u kategoriju reproduktivnog zdravlja koje implicira da ljudi imaju mogućnost za zadovoljavajući i siguran seksualni život, podrazumevajući pod tim reproduktivnu sposobnost i slobodu u odlučivanju o njenom iskorišćavanju. Pravo je žena i muškaraca da budu informisani i imaju pristup sigurnim, delotvornim i prihvatljivim metodama planiranja porodice i pravo na izbor metoda za kontrolu fertiliteta koje nisu protivne zakonu.⁴ Pojam reproduktivnih prava obuhvata či-

¹ Corinne A. Packer, "The Right to Reproductive Choice: A Study in International Law, Human Rights Quarterly", *A Comparative and International Journal of the Social Sciences, Humanities and Law*, Tom. 19, br. 2, The Johns Hopkins University Press, 1997, 455–457.

² New Web Resource: *Rights Based Family Planning*, March 8, 2017. FP 2020, <http://www.familyplanning2020.org>, 16.09.2020.

³ *International Conference on Population and Development (ICPD)*, Cairo 1994, United Nations Population Fund, <https://www.unfpa.org/icpd>; *Fourth World Conference on Women Beijing*, China 1995, Action for Equality, Development and Peace, United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women, <https://www.un.org/womenwatch>, 16.09.2020.

⁴ Bernard M. Dickens, Rebecca J. Cook, Eszter Kismod, *Reproductive Health Case Studies with Ethical Commentary*, The International Center for Health, UNESCO Chair in Bioethics, Law and Ethics Faculty of Law, University of Haifa, Israel 2011, 5.

tav niz pojedinačnih prava, odnosno pravo odlučivanja da se rodi dete i pravo da se spreči rođenje deteta.⁵

PRAVO NA PLANIRANJE PORODICE U SRPSKOM ZAKONODAVSTVU

Ustav Republike Srbije formuliše pravo na planiranje porodice kao pravo na slobodno odlučivanje o rađanju dece: “Svako ima pravo da slobodno odluči o rađanju dece.”⁶ Iz sadržine ustavne odredbe ne proizilaze nikakva ograničenja prava na slobodno odlučivanje o rađanju dece. Normativna regulativa otvara pitanje da li je namera ustavotvorca da ovakvim rešenjem isključi svaku mogućnost ograničavanja ovog prava, ili je reč o nesagledavanju svih pravnih posledica ustavnog rešenja.⁷ Ono što na jasan i nedvosmislen način proizilazi iz pomenute ustavne odredbe jeste da se svako planiranje porodice državnim merama usmerava i kontroliše jer planiranje porodice, kao ljudsko pravo, podrazumeva ograničenja individualnih ovlašćenja subjekata ovog prava i prava trećih lica. Iako je pravo na slobodno odlučivanje o rađanju dece individualno pravo, ono se nalazi u osnovi društvenog tkiva i prevazilazi granice ličnih sloboda pojedinaca, a to znači da država obezbeđuje uslove za ostvarivanje ovog prava.⁸

Pravu na slobodno odlučivanje o rađanju dece posvećena je jedna odredba Porodičnog zakona koja to pravo garantuje samo ženi,⁹ pa je sa stanovišta ocene ustavnosti i saglasnosti sa međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima ova zakonska norma pod znakom pitanja.¹⁰ Za razliku od važećeg rešenja u Porodičnom zakonu, Prednacrta Građanskog zakonika Srbije, u delu koji se tiče porodičnih odnosa predviđa da su titulari prava na slobodno odlučivanje o rađanju

⁵ Hajrija Mujović-Zornić, “Reproduktivna prava: pravni aspekti sterilizacije”, *Stanovništvo*, br. 1–4, Beograd 2001, 119.

⁶ Čl. 63. st. 1. Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

⁷ Olga Cvejić-Jančić, *Porodično pravo*, Pravni fakultet, Novi Sad 2009, 221–222. Karakter ustavnog prava pravo na planiranje porodice stiče Ustavom SFRJ iz 1974. godine.

⁸ Zoran Ponjavić, *Porodično pravo*, *Službeni glasnik*, Beograd 2017, 62.

⁹ Čl. 5. st. 1. Porodičnog zakona (u daljem tekstu: PZ), *Službeni glasnik RS*, br. 18/05, 11/72 – dr. zakon i 6/2015.

¹⁰ Marija Draškić, *Komentar Porodičnog zakona*, *Službeni glasnik*, Beograd, 2015, 50. Nesaglasnost između ustavnog i zakonskog teksta posledica je usvajanja amandmana u skupštinskoj raspravi o Predlogu Porodičnog zakona. Amandman koji je pravo na slobodno odlučivanje o rađanju rezervisao samo za ženu je protivan čl. 63. st. 1. Ustava, čl. 23. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (1966), čl. 12. Evropske konvencije o ljudskim pravima (1950).

dece žena i muškarac.¹¹ Subjekt prava na slobodno odlučivanje o rađanju dece je pojedinac koji se nalazi u generativnom dobu, kako žena tako i muškarac. Pojedina ovlašćenja titular prava (ne)može ostvarivati samostalno zbog biološke determinisanosti ovog prava. Svaka žena i svaki muškarac imaju pravo na rađanje sopstvenog deteta, međutim, otvoreno je pitanje da li ovo pravo pripada ženama i muškarcima koji nemaju partnera i koji bi ga mogli ostvariti jedino uz pomoć biomedicinski potpomognutog oplodjenja, o čemu u domaćoj doktrini i praksi nema jedinstvenog stava.

Kao garantija slobode u reproduktivnim pravima, pravo na planiranje porodice u nacionalnom zakonodavstvu obuhvaćeno je čitavim nizom propisa u oblasti zdravstva, obrazovanja, socijalne zaštite.¹² Nacionalna Strategija podsticanja rađanja,¹³ propisuje da je obrazovanje u sticanju sposobnosti za očuvanje i unapređenje opšteg i reproduktivnog zdravlja najvažniji pokretač promena individualne i društvene svesti. Za razliku od našeg prava, u pojedinim zakonodavstvima, poput, primera radi, hrvatskog¹⁴ i slovenačkog prava,¹⁵ ova oblast uređena je posebnom regulativom.

SLOBODNO ODLUČIVANJE O NERAĐANJU DETETA

Kako je već napomenuto, slobodno odlučivanje o rađanju dece ili pravo na planiranje porodice može se ostvarivati u pozitivnom pravcu i u negativ-

¹¹ Čl. 2216. Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, knjiga četvrta – Porodični odnosi, <http://www.paragraf.rs>, 17.09.2020.

¹² Zdravstveni sistem u Republici Srbiji zasniva se na mnogobrojnim zakonima, uključujući i Ustav RS (2006), u kojima su i propisi u vezi sa reproduktivnim pravima i slobodama: Zakon o zdravstvenoj zaštiti, *Službeni glasnik RS*, br. 25/2019, Zakon o zdravstvenom osiguranju, *lužbeni glasnik RS*, br. 25/2019, Zakon o medicinskim sredstvima, *Službeni glasnik RS*, br. 105/2017, u čl. 2. st. 1. t. 5. predviđa kontrolu ili podršku začeca, Zakon o javnom zdravlju, *Službeni glasnik RS*, br. 15/2016. Zakon o pravima pacijenata, *Službeni glasnik RS*, br. 45/2013 i 25/2019, Zakon o ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu dece, trudnica i porodilja, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2013, Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik RS*, br. 22/2009, Zakon o ravnopravnosti polova *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, Zakon o postupku prekida trudnoće u zdravstvenoj ustanovi, *Službeni glasnik RS*, b. 16/1995 i 101/2005, Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2017 i 113/2017 – dr. zakon.

¹³ *Službeni glasnik RS*, br. 25/2018.

¹⁴ Zakon o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece, *Narodne novine*, br. 18/78 i 88/09.

¹⁵ Zakon o zdravstvenih ukrepah pri uresničevanju pravice do svobodnega odločanja o rojstvu otrok, *Uradni list SRS*, št. 11/77, 42/86.

nom pravcu.¹⁶ Ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o (ne)rađanju deteta podrazumeva niz ovlašćenja subjekata ovog prava koji aktivno i svesno utiču na sprečavanje rađanja putem preventivnih metoda (pravo na kontracepciju i pravo na sterilizaciju) ili na korektivan način – prekidom trudnoće.¹⁷

Kontraceptivne metode u službi reproduktivnog i seksualnog zdravlja

U uslovima savremenog života biološka reprodukcija je, po pravilu, voljni i namerni akt,¹⁸ pa se u tom smislu može reći da kontraceptivne metode doprinose poboljšanju kvaliteta života, zdravstveno prihvatljivom i civilizacijski primernom planiranju porodice i očuvanju reproduktivnog zdravlja,¹⁹ što je od velike važnosti za dobrobit budućih generacija.²⁰ Očuvanje reproduktivnog zdravlja podrazumeva bezbedno seksualno ponašanje, planiranje trudnoća uz pomoć savremene kontracepcije.

Klasifikacija kontraceptivnih metoda

Kontracepcija obuhvata mnogobrojne tehnike i sredstva koja se primenjuju u cilju sprečavanja trudnoće i koje se razlikuju prema načinu korišćenja, delovanju i stepenu sigurnosti. Osnovni cilj kontracepcije ogleda se u sprečavanju neželjene (neplanirane) trudnoće.²¹ Naučni i tehnološki napredak učinio je do-

¹⁶ Gordana Kovaček-Stanić, *Porodično pravo, partnersko, dečje i starateljsko*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2014, 33; O. Cvejić-Jančić, *Porodično pravo*, op. cit., 223–224; Draškić Marija, *Porodično pravo i prava deteta*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, 52–53.

¹⁷ Pravo na prekid trudnoće ostvaruje se, na osnovu opštih propisa o zdravstvenoj zaštiti, dok su uslovi i postupak prekida trudnoće hirurškom intervencijom uređeni Zakonom o postupku prekida trudnoće u zdravstvenoj ustanovi.

¹⁸ Mirjana Rašević, Katarina Sedlecki, "Ginekolozi i abortusno pitanje u Srbiji", *Stanovništvo*, br. 1, Beograd, 2007, 34.

¹⁹ Katarina Sedlecki, *Savremena kontracepcija i kvalitet života*, Simpozijum sa međunarodnim učešćem u organizaciji Republičkog centra za planiranje porodice pri Institutu za majku i dete, Beograd, 24. mart 2010. godine.

²⁰ Lada Magdić, Kontracepcija – povijest, značenje, vrsta i uporaba, *Kontracepcija i reproduktivno zdravlje*, (ur. Velimir Šimunić i suradnici), Zagreb 2002, 45–51.

²¹ Artur Bjelica, Jelena Bjelanović, Nenad Četković, "O fenomenu neželjene trudnoće i njenim mogućim posledicama", *Timočki medicinski glasnik*, Tom. 41, br. 3, 2016, 208. Neželjena trudnoća je trudnoća u pogrešno vreme, neplanirana je i neželjena u momentu koncepcije, obično nastaje kao posledica nekorišćenja kontracepcije ili njene neadekvatne primene, dok se retko beleži pri redovnoj i pravilnoj upotrebi kontracepcije.

stupnim metode kontracepcije koje sprečavaju začće, zahtevaju manje ili veće angažovanje korisnika, uslovljene su ili nisu uslovljene seksualnom aktivnošću, a kontraceptivan efekat može biti privremen ili trajan.²² Kontracepcija obuhvata nefarmakološke i farmakološke metode sprečavanja začća, dok prema mestu delovanja, kontracepcija može biti lokalna i opšta. U odnosu na korisnika, metode planiranja porodice dele se na one koje primenjuju žene i/ili muškarci. S obzirom na dužinu upotrebe, razlikuju se metode sa kratkim periodom dejstva²³ i metode sa trajnim dejstvom.²⁴ Pored nabrojanih, u tehnike sprečavanja začća ubraja se metod zasnovan na određivanju plodnih dana, zatim *coitus interruptus*, kao i hitna kontracepcija sa hormonskim preparatima koje sadrže estrogen i progesteron i aplikuju se 3–5 dana od nezaštićenog seksualnog odnosa.²⁵ Sa stanovišta medicine, metode koje se koriste u prevenciji implementacije posle seksualnog odnosa predstavljaju metode kontracepcije, a ne abortificijentna sredstva, imajući u vidu da trudnoća počinje od trenutka implantacije, ne od momenta fertilizacije.

STERILIZACIJA KAO METOD ZAŠTITE OD NEŽELJENE TRUDNOĆE

Sterilizacija se ubraja u grupu preventivnih metoda kontracepcije. Pravilo je da ovoj tehnici kontrole rađanja pribegava veći broj žena u odnosu na broj muškaraca. Kod žena se sprovodi postupak okluzije jajnika (laparoskopski ili histeroskopskim insertovanjem savitljivih cevčica u jajovode),²⁶ a kod muškaraca, vazektomija, zahvat kojim se presecaju ili zatvaraju semovodi. Izbor metode zaštite od neželjene trudnoće izraz je autonomije pojedinaca uz pristup informacijama o svim alternativama i mogućnostima za realizaciju odluke. Zdravstveno stanje korisnika nije uslov koji bi ograničio pravo na podvrgavanje postupku sterilizacije, osim u slučaju kada rizik od sterilizacije prevazilazi koristi.

²² Katarina Sedlecky, Snežana Pantić Aksentijević, Aleksandar Živanović, Aleksandra Kapamadžija, Ana Mitrović Jovanović, Dušan Simić, Goran Relić (2015). *Kliničke smernice za kontracepciju*, Ministarstvo zdravlja Republike Srbije i Populacioni fond Ujedinjenih nacija, 7. http://www.imd.org.rs/pdf/republicki-centar/Nacionalne_smernice_za_kontracepciju.pdf, 19.09.2020.

²³ *Ibidem*,

²⁴ *Ibidem*, 7–10.

²⁵ Jasmina Jović Novaković, Hitna kontracepcija – zbog nas i planiranja naših porodica, PharmaMedica, 2017. <http://www.pharmamedica.rs>, 20.09.2020; Katarina Sedlecky, Kliničke smernice za urgentnu hormonsku kontracepciju, *Aktuelne teme o reproduktivnom zdravlju*, (ur. Sedlecky Katarina), Institut za zdravstvenu zaštitu majke i deteta Srbije “dr Vukan Čupić” Republički centar za planiranje porodice, Beograd, 2012, 14.

²⁶ Sedlecky Katarina *et al.*, Kliničke smernice za kontracepciju, op. cit., 10.

Pravni aspekti sterilizacije

Sterilizacija je najkontroverzniji oblik preventivne kontracepcije koji otvara mnogobrojna etička, pravna, kulturna, psihosocijalna pitanja. Ukoliko je odluka o sterilizaciji samostalna i slobodna, na osnovu medicinskih ili socijalno-medicinskih razloga, onda je sa pravnog gledišta opravdana, imajući u vidu da nema jasnih i jedinstvenih smernica u medicinskoj²⁷ pa ni sudskoj praksi čemu će u redovima koji slede biti posvećena posebna pažnja.

Polazeći od toga da je sterilizacija operativni zahvat, lice koje se podvrgava sterilizaciji mora dati informisani pristanak, zbog trajnih posledica na plodnost. Drugim rečima, svaki korisnik mora doneti dobrovoljnu odluku zasnovanu na informacijama. Odluka o podvrgavanju ovom postupku uslovljena je okolnostima svakog konkretnog slučaja, nakon razmatranja rizika i koristi od sterilizacije u odnosu na rizik od trudnoće, te dostupnosti i prihvatljivosti drugih kontraceptivnih metoda. Dozvoljena sterilizacija mora biti opravdana medicinskim, genetskim i/ili socijalnim uzrocima. Iz medicinskih razloga sterilizacija je prihvatljiva ako ima za cilj izbegavanje rizika po zdravlje žene, trudnoću ili rođenje deteta.²⁸ Pored toga, sterilizacija je opravdana i u slučaju kada ženi, zbog zdravstvenog stanja nije moguće prepisati hormonsku terapiju ili druga kontraceptivna sredstva. Ne postoji, međutim, nijedno zdravstveno stanje koje bi apsolutno sprečilo osobu da se podvrgne sterilizaciji, iako određena stanja i oboljenja zahtevaju određene mere predostrožnosti. U situaciji kada je rizik od sterilizacije veći od koristi, preporučuju se druge delotvorne i dugoročne kontraceptivne metode. Sterilizacija iz eugenskih razloga predviđena je kao mera za zaštitu potomstva od degenerativnih naslednih oboljenja. Socijalni razlozi opravdanosti sterilizacije nalaze se u izbegavanju pogoršanja materijalne situacije, ili promene stila života, ili radi očuvanja porodičnog bogatstva.²⁹

Dobrovoljna sterilizacija

U pravnoj teoriji jednodušno je prihvaćen stav da sterilizacija ne može biti prinudna, pa se kao komponente dobrovoljne sterilizacije ističu: lični izbor, terapeutski razlozi, saglasnost supružnika, ograničenja koja se tiču uzrasta, dostupnost, informisani pristanak, period čekanja, saglasnost zakonskih zastupnika za institucionalizovana, maloletna i lica nesposobna za rasuđivanje, prava i obave-

²⁷ *Ibidem.* 10.

²⁸ Hajrija Mujović-Zornić, "Reproduktivna prava: pravni aspekti sterilizacije", op. cit., 121.

²⁹ *Ibidem.*

ze pružalaca usluga. Legitimni hirurški zahvat u čovekovo telo pretpostavlja ispunjenje tri bitna uslova: postojanje medicinske indikacije zahvata, pristanak obaveštenog pacijenta na zahvat; postupanje lekara prema pravilima struke i savesno. Podsećanja radi, odnos između lekara i pacijenta je, primarno, odnos poverenja, dok sekundarno ima pravni karakter, odnosno predstavlja kombinaciju moralnih i pravnih zahteva u kojoj etička načela oblikuju pravne obaveze određujući njihovu sadržinu i obim.³⁰ Režim sterilizacije u nacionalnim okvirima regulisan je skupom obavezujućih etičkih načela za obavljanje profesionalnih dužnosti lekara koje su propisane Kodeksom medicinske etike Lekarske komore Srbije (2016).³¹ S obzirom da su, s jedne strane, lekari pravno obavezni da se pridržavaju pravila medicinske etike, dok se, s druge strane, u našoj medicinskoj praksi sterilizacija retko praktikuje samostalno kao kontraceptivni metod zaštite od trudnoće, već češće prati zahtevniju hiruršku intervenciju, stvara se pogrešan utisak da je ova kva regulativa dovoljna. S tim u vezi, od države se očekuje da prihvati individualni izbor koji se tiče načina kontrole rađanja, ali i da kroz zakonsku regulativu prihvati realnost i pruži relevantne informacije o uslovima i konsekvencama sterilizacije, te da identifikuje grupe koje su u najvećem riziku od ugrožavanja u ovoj sferi reproduktivnog zdravlja, uz preduzimanje preventivnih mera u tom pravcu.

Sterilizacija posebno osetljivih grupa ljudi

Podvrgavanje kontracepciji bez pristanka sterilizanta u pojedinim slučajevima je ne samo društveno neprihvatljivo, nego i protivno međunarodnim standardima u vezi sa reproduktivnim i seksualnim zdravljem. Na evropskom pravnom prostoru, sterilizacija je dozvoljena uz ispunjenje odgovarajućih uslova koji se tiču državljanstva, godina starosti (starosna granica se kreće u rasponu preko osamnaest do trideset pet godina), da osoba koja se podvrgava sterilizaciji ima potomstvo.³²

Primena sterilizacije u kontraceptivne svrhe je legitimna medicinska intervencija u većini savremenih zakonodavstava koja imaju diskreciono pravo da regulišu sprovođenje postupka sterilizacije. Sterilizacija maloletnika, osoba sa mentalnim invaliditetom, transrodnih osoba, pripadnika romske nacionalne manjine,

³⁰ Jakov Radišić, "Laufs/Uhlenbruck: Handbuch des Arztrechts (2. neubearbeitete Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999, XXIII + 1431)", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–2, Beograd, 2003, 270.

³¹ Čl. 62. Kodeksa medicinske etike Lekarske komore Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2016.

³² Blayo Chantal, Esparteiro Leitão Amélia, "The access to contraception and sterilization", *Entres Nous, The European Family Planning Magazine*, (ur. Dr. Beth L. Pedersen), June 22–23 1993, WHO Regional Office for Europe, 4.

i zaštita reproduktivnog zdravlja osetljivih kategorija lica od nezakonitih praksi u pravnim sistemima pojedinih država je pitanje od posebnog značaja.

Pravna reakcija na povredu ovog prava smeštena je u okvire medicinske odgovornosti za štetu zbog povrede prava na samoodređenje. Mehanizmi zaštite prava na dostojanstvo svakog pojedinca u slučaju povrede prava na samoodređenje, uspostavljaju se u praksi Evropskog suda za ljudska prava, koji je u nekoliko predmeta meritorno odlučivao povodom kršenja ljudskih prava pripadnika osetljivih kategorija lica koja su podvrgnuta sterilizaciji, a u kojima je, po mišljenju Suda, došlo do prekoračenja polja slobodne procene od strane države članice Saveta Evrope. U domenu polja slobodne procene države nastoje da uspostave ravnotežu između suprostavljenih javnih i/ili privatnih interesa i konvencijskih prava, shodno uslovu neophodnosti i srazmernosti.

Ubrzo nakon što je Evropski sud za ljudska prava 2015. godine, prvi put, u predmetu *Y.Y. v. Turkey*,³³ doneo odluku da obavezna sterilizacija trans osoba pre započinjanja prilagođavanja pola predstavlja kršenje prava na privatnost (čl. 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima),³⁴ Parlamentarna skupština Saveta Evrope usvojila je Rezoluciju 2048 (2015)³⁵ o pravima trans osoba pozivajući države članice da usvoje antidiskriminacione zakone i mere, i da u pogledu pravnog priznanja roda usvoje pristupačne procedure zasnovane na samoodređenju, za promenu imena i registrovanog pola transrodnih osoba na izvodima iz matične knjige rođenih i drugim ličnim dokumentima, da zabrane sterilizaciju i druge obavezne medicinske postupke (dijagnostifikovanje mentalnog poremećaja) kao neophodnog uslova za priznavanje roda, i dr.³⁶

U narednom periodu, praksa Suda o ovom pitanju obogaćena je presudom u tri spojena predmeta protiv Francuske: *A.P., Garçon and Nicot v. France*,³⁷ kojom je potvrđen stav da sterilizacija kao preduslov za pravno priznanje rodnog identiteta predstavlja kršenje ljudskih prava, odnosno prava na poštovanje privatnog života. Pre nego je u francuskom pravu usvojen Zakon o priznavanju rodnog identiteta (2016) i okončana arbitrarnost odlučivanja i medikalizacije, za pravno priznanje rodnog identiteta bilo je neophodno podvrgavanje sterilizaciji prilikom operacije promene pola. Po mišljenju Suda, zahtevanje dokaza da je izvr-

³³ Application No. 14793/08, 10 March 2015.

³⁴ Par. 88. presude u slučaju *Y.Y. v. Turkey*.

³⁵ Resolution 2048 (2015) Discrimination against transgender people in Europe, <https://assembly.coe.int>, 21.09.2020.

³⁶ Tač. 6. Rezolucije 2048 (2015).

³⁷ *A.P., Garçon and Nicot v. France*, App.79885/12, 52471/13 and 52596/13, 6 April 2017.

šena sterilizacija predstavlja povredu obaveze tužene države da garantuje pravo na poštovanje privatnog života. Stoga, države ne mogu zahtevati od lica koja traže zakonsko priznanje rodnog identiteta da se podvrgnu bilo kojem medicinskom tretmanu koji bi najverovatnije doveo do neplodnosti. Odluke Evropskog suda za ljudska prava nesumnjivo su, svojim autoritetom, doprinele da države u evropskom pravnom prostoru u kojima je sterilizacija i dalje obavezna, ukinu tu praksu.³⁸ Tako, u austrijskom i nemačkom pravu obavezna prethodna sterilizacija je proglašena neustavnom, dok u mađarskom, engleskom, portugalskom i španjskom pravu ne postoji zahtev za prethodnom sterilizacijom.³⁹

Svojim autoritetom Rezolucija 2048 (2015) kao i presude Evropskog suda za ljudska prava doprinele su revidiranju srpskog zakonodavstva u pravcu priznavanja rodnog identiteta transrodnih osoba koje nije uslovljeno obaveznom operacijom promene pola i sterilizacijom.⁴⁰ U tom smislu, novelirani Zakon o matičnim knjigama⁴¹ propisuje da se u matične knjige upisuju podaci sadržani u aktu nadležnog organa ili ustanove (čl. 21. st. 1), odnosno upisuje se podatak o promeni pola na osnovu rešenja nadležnog organa koje se donosi na temelju propisane potvrde nadležne zdravstvene ustanove (čl. 45.b st. 1).

U cilju razumevanja pomenutih odredbi donet je Pravilnik o načinu izdavanja i obrascu potvrde nadležne zdravstvene ustanove o promeni pola⁴² kojim je predviđeno da potvrdu o promeni pola izdaje zdravstvena ustanova nakon sprovedene najmanje jednogodišnje hormonske terapije uz indikaciju i praćenje lekara specijaliste psihijatrije i lekara specijaliste sa užom specijalizacijom endokrinologije ili izvršene hirurške intervencije promene pola (čl. 3. st. 1. t. 1) i 2)). Imajući u vidu tendenciju srpskog zakonodavca da se u ovoj materiji približi međunarodnom standardu o potpunom ukidanju prakse sterilizacije kao uslova za

³⁸ Par. 71. presude u slučaju *A.P., Garçon and Nicot v. France*. Zahtev za podvrgavanje sterilizaciji trans osoba pre promene pola zastupljen je u sledećim državama članicama SE: Azerbejdžan, Belgija, Bosna i Hercegovina, Bugarska, Danska, Estonija, Češka, Holandija, Finska, Francuska, Gruzija, Grčka, Italija, Jermenija, Kipar, Letonija, Litvanija, Luksemburg, Poljska, Crna Gora, Norveška, Rumunija, Rusija, Srbija, Slovačka, Slovenija, Švajcarska, Turska i Ukrajina.

³⁹ Opširnije vid. Zorica Mršević, *Transrodno lice pravde*, Institut društvenih nauka, Beograd 2017, 66–69.

⁴⁰ Melanija Jančić, "Pravo i snaga umnosti – Evolucija prava transseksualnih lica kroz evoluciju umnosti sudija Evropskog suda za ljudska prava", *Pravni život*, br. 10, Tom 2, Beograd 2019, 128–129.

⁴¹ *Sužbeni glasnik RS*, br. 20/2009, 145/2014 i 47/2018.

⁴² *Sužbeni glasnik RS*, br. 103/2018.

pravno priznanje roda, čini se da je propuštena prilika za eksplicitnom zabranom ove prakse.⁴³

Evropski sud za ljudska prava se izjasnio o sterilizaciji pripadnica romske nacionalne manjine. Naime, u slučaju *V.C. v. Slovakia*⁴⁴ u kojem je pripadnica romske nacionalnosti podvrgnuta sterilizaciji prilikom rađanja drugog deteta bez informisanog pristanka, i odlučio da takav postupak predstavlja kršenje čl. 2. i čl. 8. Konvencije o ljudskim pravima. Tok slučaja se odvijao na sledeći način: podnositeljka predstavke je sterilisana tokom porođaja drugog deteta carskim rezom bila je podvrgnuta nečovečnom i ponižavajućem postupanju, sterilisanjem bez njenog punog i informisanog pristanka. Ona je, takođe, tvrdila da je njena romska etnička pripadnost odigrala odlučujuću ulogu za sterilizaciju koja je imala ozbiljne medicinske i psihološke posledice.⁴⁵ Sud je mišljenja da je sterilizacija narušila reproduktivni zdravstveni status osobe, uključujući višestruke aspekte ličnog integriteta, i ustanovio da je došlo je do kršenja člana 8 Konvencije u vezi sa nedostatkom zaštitnih mera prilikom sterilizacije podnositeljke predstavke, posebno imajući u vidu njeno reproduktivno zdravlje kao pripadnice romske etničke manjine.⁴⁶

Sud je odlučivao u slučaju *N.B. v. Slovakia*⁴⁷ koji se tiče prinudne sterilizacija maloletne pripadnice romskog porekla: podnositeljka predstavke je sterilisana tokom porođaja carskim rezom sa drugim detetom dok je bila maloletna. Zakonski zastupnici nisu bili prisutni tokom porođaja. U bolničkom dosijeu se nalazio zahtev za sterilizaciju koji je potpisala podnositeljka predstavke, koji je Komisija za sterilizaciju odobrila na osnovu procene da je ta mera bila neophodna zbog njenog zdravlja. Podnositeljka predstavke je negirala da je potpisala zahtev za sterilizaciju, navodeći da se seća da je tokom porođaja potpisala neke papire uz pomoć osoblja. Međutim, zbog okolnosti, nije mogla da pročita taj dokument. Smatrala je da njena sterilizacija nije bila neophodna. Ona je istakla segregaciju u bolnici između žena romske nacionalnosti i drugih, kojima su date različite prostorije, tvrdeći da je njena romska etnička pripadnost bila odlučujući razlog za sterilizaciju. Kao rezultat operacije, ona je patila od ozbiljnih fizičkih i mentalnih zdravstvenih problema. Zakonski uslovi za postupak sterilizacije nisu bili ispunjeni, tako da država članica nije uspeła efikasno da zaštiti aplikantkinju. Sud je

⁴³ Suprotno kod M. Jančić, op. cit., 129.

⁴⁴ *V.C. v. Slovakia*, Application No. 18968/07, 8 November 2011.

⁴⁵ Par. 118. presude u slučaju *V.C. v. Slovakia*.

⁴⁶ Par. 146. presude u slučaju *V.C. v. Slovakia*.

⁴⁷ *N.B. v. Slovakia*, Application No. 29518/10, 12 June 2012.

utvrdio kršenje člana 3, budući da je podnositeljka predstavke, zbog prinudne sterilizacije obolela od depresije. Takođe je potvrđena povreda prava iz člana 8, zbog izostanka delotvorne pravne zaštite.⁴⁸

Podvrgavanje sterilizaciji lica sa umerenim i/ili težim mentalnim invaliditetom za koje, po pravilu, roditelji kao zakonski zastupnici daju saglasnost dovodi ih u neravnopravan pravni položaj u oblasti ljudskih prava. Evropski sud za ljudska prava, međutim, u predmetu *Gauer and Others v. France*,⁴⁹ je odbacio predstavku pet žena sa mentalnim invaliditetom koje su podvrgnute sterilizaciji u svrhu kontracepcije, iako nisu bile obavestene o prirodi operacije i njihov pristanak nije tražen, kao neprihvatljivu zbog protoka roka od šest meseci. U predstavi se navodi da je došlo do zadiranja u njihov fizički integritet sterilizacijom koja je izvršena bez pristanka, te da je na taj način prekršeno pravo na poštovanje privatnog života i pravo na zasnivanje porodice.

Prinudna sterilizacija kao oblik socijalne kontrole predstavlja sistematsko uskraćivanje prava žena sa intelektualnim i mentalnim invaliditetom na seksualno i reproduktivno zdravlje, izbora kontraceptivnih metoda i potpuno je neprihvatljivo. Rasprave o prinudnoj sterilizaciji su i dalje prisutne, a pristalice ove ideje opravdavaju svoj stav time da je prinudna sterilizacija u "najboljem interesu" pojedinih žena sa invaliditetom, što je, zapravo, posledica nedostatka adekvatnih mera za zaštitu žena od zlostavljanja i seksualne eksploatacije, te nepostojanja odgovarajućih mera podrške za ovu kategoriju žena koje žele da rode i podižu decu.⁵⁰

ZAKLJUČAK

Promovisanje autonomije pojedinaca i zaštita posebno osetljivih grupa ljudi, dobrobit i umanjenje štete ili rizika od štete u postupku sterilizacije podrazumeva da za dobrovoljni, informisani izbor posebnu pažnju treba posvetiti mladim ljudima, ženama koje nisu rađale, muškarcima koji nemaju potomstvo i korisnicima sa mentalnim problemima, nakon sprovedenog savetovanja o nameravanoj sterilizaciji i dostupnim alternativnim i efikasnim metodama.

Krajem dvadesetog veka, u većini država sveta sterilizacija u kontraceptivne svrhe postepeno biva dozvoljena. Pravni status kontraceptivne sterilizacije je takav da se u pojedinim zemljama sterilizacija smatra dozvoljenom jer nije za-

⁴⁸ Par. 95. i 97. presude u slučaju *N.B. v. Slovakia*.

⁴⁹ *Gauer and others v. France*, *Application No. 61521/08*, 16 August 2011.

⁵⁰ Biljana Janjić, Dragana Ćirić Milovanović, *Ovde i zidovi imaju uši*, Svedočenja žena sa mentalnim invaliditetom o rodno zasnovanom nasilju u rezidencijalnim ustanovama, Inicijativa za prava osoba sa mentalnim invaliditetom MDRI-S, Beograd, 2017, 48–49.

branjena, dok je u drugim zemljama nedopuštena, ili je pravni status sterilizacije nejasan. Zakonske promene u vezi sa dobrovoljnom sterilizacijom odnose se na lični izbor; terapijske razloge; saglasnost supružnika; ograničenja koja se tiču uzrasta; dostupnosti; informisanog pristanka; period čekanja; saglasnosti od strane institucionalizovanih, maloletnih i lica nesposobnih za rasuđivanje; podsticaje i ometanja; i prava i obaveze pružalaca usluga.

Osnovna karakteristika srpskog zdravstvenog sistema ogleda se u obavezi poštovanja ljudskih prava i vrednosti u zdravstvenoj zaštiti i obezbeđivanje najvišeg mogućeg standarda ljudskih prava i vrednosti u pružanju zdravstvene zaštite, pre svega prava na život, nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta i neprikosnovenost ljudskog dostojanstva, obezbeđivanje ravnopravnosti polova i rodne ravnopravnosti, uvažavanje moralnih, kulturnih, religijskih i filozofskih ubeđenja građanina, što pred nacionalnog zakonodavca stavlja ozbiljan zadatak u pravcu urgentnog usvajanja novih zakonskih rešenja u ovoj oblasti, shodno uspostavljenim standardima u međunarodnom pravu ljudskih prava.

Prof. Dr. OLGA JOVIĆ-PRLAINOVIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Priština, headed in Kosovska Mitrovica

RIGHT TO FAMILY PLANNING – CONTRACEPTIVE STERILIZATION

Summary

Autonomy of individuals and the protection of particularly vulnerable groups, the well-being and reduction of risk in the sterilization process implies that for voluntary, informed choice, special attention should be paid to young people, women who have not given birth, men without offspring and conducted counseling on the intended sterilization and available alternative and effective methods. The use of sterilization for contraceptive purposes is a legitimate medical intervention in most modern legislations that have the discretion to regulate the implementation of the sterilization procedure. Mechanisms for protection of the right to dignity of every individual in case of violation of the right to self-determination are established in the practice of the European Court of Human Rights which in several cases decided on the merits of human rights violations of vulnerable persons the field of free assessment was exceeded by a member state of the Council of Europe States seek to strike a balance between conflicting public and private interests and rights, subject to necessity and proportionality. Sterilization of certain categories of persons: minors, persons with mental disabilities, transgender persons, members of Roma national minority, raises issue of protection of reproductive health from illegal practices in legal systems of certain countries.

Key words: the right not to give birth, reproductive self-determination, voluntary sterilization

Literatura

- Bjelica A., Bjelanović J., Četković N., “O fenomenu neželjene trudnoće i njenim mogućim poslasticama”, *Timočki medicinski glasnik*, Tom. 41, br. 3, 2016.
- Chantal B., Amélia L. E., “The access to contraception and sterilization”, *Entres Nous, The European Family Planning Magazine*, (ur. Dr. Beth L. Pedersen), WHO Regional Office for Europe, June 22–23 1993.
- Cvejić-Jančić O., *Porodično pravo*, Pravni fakultet, Novi Sad, 2009.
- Dickens M. B., Cook R.J., Kismod E., *Reproductive Health Case Studies with Ethical Commentary*, The International Center for Health, UNESCO Chair in Bioethics, Law and Ethics Faculty of Law, University of Haifa, Israel, 2011.
- Draškić M., *Porodično pravo i prava deteta*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014.
- Draškić M., *Komentar Porodičnog zakona*, Službeni glasnik, Beograd, 2015.
- Jančić M., “Pravo i snaga umnosti – Evolucija prava transseksualnih lica kroz evoluciju umnosti sudija Evropskog suda za ljudska prava”, *Pravni život*, Tom 2, br. 10, Beograd, 2019.
- Janjić B., Ćirić Milovanović D., *Ovde i zidovi imaju uši*, Svedočenja žena sa mentalnim invaliditetom o rodno zasnovanom nasilju u rezidencijalnim ustanovama, Inicijativa za prava osoba sa mentalnim invaliditetom MDRI-S, Beograd, 2017.
- Jović Novaković J., “Hitna kontracepcija – zbog nas i planiranja naših porodica”, *Pharma-Medica*, 2017, <http://www.pharmamedica.rs>.
- Kovaček-Stanić G., *Porodično pravo, partnersko, dečje i starateljsko*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2014.
- Magdić L., “Kontracepcija – povijest, značenje, vrsta i uporaba”, *Kontracepcija i reprodukcijsko zdravlje*, (ur. Velimir Šimunić i suradnici), Zagreb, 2002.
- Mršević Z., *Transrodno lice pravde*, Institut društvenih nauka, Beograd, 2017.
- Mujović-Zornić H., “Reproduktivna prava: pravni aspekti sterilizacije”, *Stanovništvo*, br. 1–4, Beograd, 2001.
- Packer C. A., “The Right to Reproductive Choice: A Study in International Law, Human Rights Quarterly”, *A Comparative and International Journal of the Social Sciences, Humanities and Law*, Tom. 19, br. 2, The Johns Hopkins University Press, 1997.
- Ponjavić Z., *Porodično pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2017.
- Radišić J., “Laufs/Uhlenbruck: Handbuch des Arztrechts (2. neubearbeitete Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999, XXIII + 1431)”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–2, Beograd, 2003.
- Rašević M., Sedlecki K., “Ginekolozi i abortusno pitanje u Srbiji”, *Stanovništvo*, br. 1, Beograd, 2007.

- Sedlecki K., "Savremena kontracepcija i kvalitet života", *Simpozijum sa međunarodnim učešćem u organizaciji Republičkog centra za planiranje porodice pri Institutu za majku i dete*, Beograd, 2010.
- Sedlecky K., "Kliničke smernice za urgentnu hormonsku kontracepciju", *Aktuelne teme o reproduktivnom zdravlju*, (ur. Katarina Sedlecky), Institut za zdravstvenu zaštitu majke i deteta Srbije "dr Vukan Čupić" Republički centar za planiranje porodice, Beograd, 2012.
- Sedlecky K., Pantić Aksentijević S., Živanović A., Kapamadžija A., Mitrović Jovanović A., Simić D., Relić G., *Kliničke smernice za kontracepciju*, Ministarstvo zdravlja Republike Srbije i Populacioni fond Ujedinjenih nacija, 2015.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 01.10.2020.

Prihvaćen: 15.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

PROMENE U SAVREMENOM KONCEPTU PORODIČNOG ŽIVOTA

Porodični odnosi na evropskom pravnom području do 70-ih godina XX veka u najvećoj meri bili su vezani za brak. Međusobna (emotivna i ekonomska) zavisnost članova porodice, kao suštinski element braka, nestala je u savremenom dobu zasnovanom na finansijskoj nezavisnosti. Nepostojanje stalnih, tradicionalnih i čvrstih porodičnih formi, usled promene koncepta porodičnog života, stavlja u centar bavljenja porodičnopravnih normi suočavanje sa posledicama prestanka porodičnih odnosa (prestanak braka, prestanak zajedničkog života roditelja i deteta, prestanak odvijanja ličnih odnosa deteta i roditelja, nasilje u porodici). Nekadašnji koncept porodice kao ekonomske zajednice zamenjen je porodicom ličnih odnosa. Navodi se da su osnovna dva razloga koja dovode do promene obrazaca porodičnog života: pravna, ekonomska i društvena ravnopravnost žena i muškaraca i priznavanje autonomije dece, te njihovih neotuđivih prava, nezavisnih od roditelja. Globalizacija dovodi do transformacije porodičnog prava. Dolazi do ekstrateritorijalnosti kao obeležja savremenog porodičnog prava. Porodično pravo više nije, kao nekada, isključivo vezano za teritoriju jedne države. Tradicionalno porodično pravo smatrano je privatnim pravom. Zastupnici pretežnog uticaja javnopravnog elementa u porodičnom pravu ističu da porodični autoritet i pravila regulisanja porodičnih odnosa izvire iz ovlašćenja koja je porodica dobila od države.

Ključne reči: porodica, porodični život, lični odnosi, razvod braka, ravnopravnost polova

Dr Uroš Novaković, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: uros.novakovic@ius.bg.ac.rs. Rad je rezultat istraživanja na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu "Identitet-ski preobražaj Srbije", koji finansira Ministarstvo prosvete nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

U V O D

Do 70-ih godina XX veka brak je bio osnov za stvaranje socijalnih i pravnih veza. U skladu sa time, deca su svoj status sticala kroz ustanovu braka svojih roditelja. Porodični odnosi u najvećoj meri bili su vezani za brak.¹ Odnosi izvan braka nisu smatrani porodičnim odnosima i nisu zahtevali porodičnopravnu regulaciju. Deca koja su svoj status sticala izvan braka trpela su diskriminaciju na socijalnom, psihološkom i pravnom terenu. Međusobna (emotivna i ekonomska) zavisnost članova porodice, kao suštinski element braka, nestala je u savremenom dobu zasnovanom na finansijskoj nezavisnosti.²

Brak nije više, kao što je nekad bio, dominantan obrazac porodičnih odnosa, i to ne samo zato što je došlo do promene pravnih normi koje regulišu brak, već stoga što brak, posmatran iz perspektive potencijalnih supružnika, više nije shvaćen kao osnovni izvor zasnivanja porodičnih odnosa.³ Savremena (r)evolucija porodičnih odnosa uticala je da obaveze roditelja prema svojoj deci postoje nezavisno od braka.⁴

PROMENE U SAVREMENOM PORODIČNOM ŽIVOTU

Do kraja XX veka proširena je zaštita porodičnih odnosa koju pruža porodično pravo.⁵ Porodično pravo počelo je da reguliše odnose koji do tada nisu bili

¹ Da brak ne treba da bude centralni institut porodičnog prava, Don Browning, "Legal Parenthood, Natural and Legal Rights, and the Best Interests of the Child", *What is Parenthood?*, (eds. Linda C. McClain, Daniel Cere), New York, 2013, 117. Slično Elizabeth S. Scott, "Domestic Partnership, Implied Contracts, and Law Reform", *Reconceiving the Family*, (ed. Robert F. Wilson), Cambridge, 2006, 338., gde se kaže da je brak prevaziđena ustanova kao izvor ugnjetavanja žena. Suprotno, da je brak institucija koja obezbeđuje emotivnu stabilnost i ekonomsku sigurnost, Carl E. Schneider, "Elite principles: The ALI Proposals and the Politics of Law Reform", *Reconceiving the Family*, (ed. R. F. Wilson), Cambridge, 2006, 502; Federalni ustavni sud Nemačke smatra da brak nosi moralnu vrednost sam po sebi, Wolfgang Voegeli, "Basic Values and Family Law in Recent Judgments of the Federal Constitutional Court of Germany", *Family Law and Family Values*, (ed. Mavis Maclean), Oxford, 2005, 33.

² Višestruke koristi braka potvrđuju istraživanja sa zaključkom da osobe u braku: žive duže, više spavaju, redovnije jedu, manje koriste psihozavisne supstance, Marsha Garrison, Marriage Matters: "What's Wrong with the ALI's Domestic partnership Proposal", *Reconceiving the Family*, (ed. R. F. Wilson), Cambridge, 2006, 323.

³ Craig Lind, "Power and the Taking of Responsibility: Shifting the Legal Family from Marriage to Friendship", *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, (ed. Craig Lind, Heather Keating, Jo Bridgeman), Ashgate 2011, 77.

⁴ Linda C. McClain, "A Diversity Approach to Parenthood in Family Life and Family Law", *What is Parenthood?*, (ed. L. C. McClain, D. Cere), New York, 2013, 42.

⁵ Porodično pravo obuhvata u praksi mnogo širi krug odnosa, pa tako se nalazi i u poreskom pravu, krivičnom pravu, radnom pravu, Jessica Dixon Weaver, "Overstepping Ethical Boun-

regulisani porodičnopravnim normama. Promene su se, najpre, kretale u pravcu priznanja prava deteta nezavisno od bračnog statusa njegovih roditelja. Takođe, nešto kasnije, s kraja XX veka, drugi oblici porodičnih odnosa, poput zajednica života između osoba istog pola, priznavani su pozivanjem na ekonomsku nezastupljenost jedne strane i na odsustvo ravnopravnosti sa bračnim, i tada već priznatim vanbračnim zajednicama.⁶ Dok je nuklearna porodica sastavljena od roditelja i njihove dece, sa postojanjem čvrstih granica, bila društvena realnost od sredine do kraja XX veka, kraj XX i početak XXI veka, pored nuklearne porodice karakterišu porodice jednog roditelja i deteta (jednoroditeljske porodice), vanbračne porodice, porodice nastale od supružnika i njihove dece iz više bračnih i vanbračnih zajednica (proširene porodice), zajednice osoba istog pola.⁷

Utvrđeno je da je u poslednje četiri decenije došlo do suštinskih promena u pravnom definisanju pojmova “porodice” i “supružnika”,⁸ te da je pravo imalo značajan uticaj na porodični život.⁹ Porodično pravo može se smatrati kao društveni instrument kojim se favorizuje jedna forma porodičnog života. Zaštitom porodičnog života kroz porodično pravo jedan oblik porodičnih odnosa dobija primat nad drugim oblikom. Sledstveno, postavlja se i pitanje da li, za razliku od nekadašnjih utvrđenih dogmi, porodično pravo treba da favorizuje jedan tip porodice (bračna, nuklearna, heteroseksualna) na račun drugih (homoseksualne zajednice, zajednice nastale izvan braka),¹⁰ ili jedan tip roditeljstva (biološko) na račun drugog (socijalno).¹¹ Savremene tendencije u porodičnopravnim odnosima

daries? Limitation on State Efforts To Provide Access to Justice in Family Courts”, *Fordham Law Review*, Tom 82, br. 6, May 2014, Nebraska, 2712; C. Lind, op. cit., 69.

⁶ Simone Wong, “Caring and Sharing: Interdependency as a Basis for Property Redistribution?”; *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, (eds. Anne Bottomley, Simon Wong), Oxford 2009, 51.

⁷ Tako i Geraldine Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Hague, 1998, 68; Peter De Cruz, *Family Law, Sex and Society*, London, 2010, 10; Graham Allan, Graham Crow, Shelia Hawker, *Stepfamilies*, London, 2011, 2.

⁸ Tako je u Kanadi, Claire Young, “Taking Spousal Status into Account for Tax Purposes: The Pitfalls and Penalties”, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, (eds. A. Bottomley, S. Wong), Oxford, 2009, 91.

⁹ Carol Smart, “Law and Family Life: Insights from 25 years of Empirical Research”, *Child and Family Law Quarterly*, Tom 26, br. 1, 2014, London, 24.

¹⁰ O favorizovanju određenog tipa porodice i odnosu nuklearne porodice sa drugim porodičnim formama, G. Allan, G. Crow, S. Hawker, op. cit., 167.

¹¹ Carol Smart, “Making Kin: Relationality and Law”, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, (eds. A. Bottomley, S. Wong), Oxford, 2009, 11.

svedoče o primatu pluralizma porodičnih formi u odnosu na tradicionalne porodične forme, tačnije na jednu dominantnu formu.

Nepostojanje stalnih, tradicionalnih i čvrstih porodičnih formi, usled promene koncepta porodičnog života, stavlja u centar bavljenja porodičnopravnih normi suočavanje sa posledicama prestanka porodičnih odnosa (prestanak braka, prestanak zajedničkog života roditelja i deteta, prestanak odvijanja ličnih odnosa deteta i roditelja, nasilje u porodici). Savremeno porodično pravo trudi se da ostvari dva cilja: da nađe nove forme za nastanak porodičnih odnosa i da u novonastalim okolnostima prestanka postojećih porodičnih odnosa nađe načine funkcionisanja tih odnosa u izmenjenim okolnostima. Svaka nova, savremena forma u porodičnom životu zahteva (sopstvenu) pravnu regulaciju. Ako porodičnopravne norme ne favorizuju jednu formu koja će imati jedinstvenu regulaciju, svaka različita porodična forma povlači različitu pravnu regulaciju. Da li se, stoga, može zaključiti - da se u budućnosti nazire postojanje mnoštva pravila za regulaciju, ne braka, i sada već ravnopravne vanbračne zajednice, nego homoseksualnih zajednica, odnosa prijateljstva, zajednica osoba koje žive odvojeno zajednički (*living apart together, LAT*), povremenih seksualnih zajednica, emotivnih zajednica, odnosa prijateljstva i sl. Ovakvim pristupom nameće se primena pluralističke regulacije u porodičnom pravu i odsustva porodičnog prava kao jednoobraznog vrednosnog sistema.¹² Na taj način porodičnopravne norme obuhvataju mnoge odnose koji su se tradicionalno nalazili izvan porodice i nisu smatrani porodičnim odnosima. Porodičnopravni odnosi jesu lični odnosi, ali nisu svi lični odnosi porodičnopravni. Mnogobrojni odnosi ličnog karaktera (prijateljstvo, povremene seksualne zajednice, emotivne zajednice, cimerski odnosi) mogu biti predmet zaštite kroz posebne norme i zakone, ali ne i kroz porodičnopravne norme.

Konstantne promene u savremenim porodičnim odnosima dovode do postavljanja mnogih pitanja, kako za teoriju, tako i za praksu porodičnog prava.¹³ Pitanja o definisanju osnovnih pojmova u porodičnim odnosima. Da li pojedinci u skladu sa svojim subjektivnim shvatanjem definišu porodicu, ili se to čini objektivno, od strane države, zakona, sudova? Koje su pravne posledice ako se neka osoba smatra članom porodice? Ko se smatra roditeljem deteta? Da li država treba da podržava i favorizuje određene forme porodičnog života u odnosu na dru-

¹² Da su sudovi u Engleskoj i Velsu već počeli da pružaju zaštitu novim porodičnim formama, C. Smart, op. cit., 2014, 25.

¹³ Navodi se da su reforme u evropskim porodičnim zakonodavstvima najpre počele u skandinavskim zemljama i zemljama bivšeg SSSR-a, a da su najkasnije sprovedene u državama Južne Evrope, Ljiljana Spirovik-Trpenovska, Dejan Mickovik, Angel Ristov, *Nasledovanjeto vo Evropa*, Skoplje, 2011, 69.

ge ili treba da ima ravnopravan odnos prema svim formama? Ova pitanja, kao i mnoga druga, izazov su za nauku porodičnog prava radi pronalazjenja odgovora i pružanja konkretnih rešenja. Međutim, koliko su izazovna za teoriju, toliku su ova pitanja postojeće nestabilnosti porodičnih odnosa, u vremenu “tranzicije porodičnog prava”, opasna po praksu koja, neretko, traži čvrste kriterijume koji bi uobličili postojeće stanje prevelike apstraktnosti porodičnih odnosa (najbolji interes deteta, zloupotreba roditeljskog prava, očigledna nepravda). S druge strane, usled raznolikosti savremenog porodičnog života i nemogućnosti da se unapred predvidi šta će se desiti u porodičnom životu, pravni standardi, kao što je najbolji interes deteta, nameću se kao jedini odgovor.

Jedna od najvažnijih promena u savremenim porodičnim odnosima odnosi se na prelaz sa relacionog na individualni pristup. Ova promena sastoji se u tome što relacioni pristup koji ima za primat odnos članova porodice i subordinaciju individualnog interesa porodičnom, opštem interesu (npr. stabilnost porodice kao zajednice), biva potisnut individualističkim pristupom koji u centar postavlja članove porodice kao posebne individue. Shvatanje da je porodica zasnovana na individualnoj ljubavi i sreći njenih članova dovodi do isticanja interesa pojedinaca¹⁴ koji dominiraju nad opštim vrednostima porodice kao zajednice.¹⁵

Promene od imovinskih ka ličnim pitanjima

Upoređujući aktuelna pitanja porodičnog prava, pre tektonskih promena 70-ih godina prošlog veka,¹⁶ i ona s kraja XX, te tokom prve dve decenije XXI veka, primetno je da dominantna pitanja prvog perioda čini problematika vezana za ravnopravnost braka i vanbračne zajednice, te usled početne dezintegracije braka, rešavanje pitanja podele imovine i drugih finansijskih aspekata odnosa između supružnika, dok, drugi period karakteriše primat priznavanja različitih životnih zajednica, zatim regulacija ličnih odnosa članova porodice sa fokusom na lične odnose deteta i roditelja i sporazume vezane za ostvarivanje najboljeg interesa deteta u promenjenim okolnostima dezintegracije porodice, te fokusiranje na

¹⁴ Tako, Claire McGlynn, *Families and European Union: Law Politics and Pluralism*, Cambridge, 2006, 11.

¹⁵ Masha Antokolskaia, “Family Values and the Harmonization of Family Law”, *Family Law and Family Values*, (ed. Mavis Maclean), Oxford, 2005, 300.

¹⁶ Promene u porodičnom pravu nastale 70-ih godina XX veka upoređuju se sa promenama koje su evropskoj tradiciji donele francuska i ruska revolucija, Masha Antokolskaia, *Harmonization of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Antwerpen, 2006, 261.

prava deteta, nasilje nad članovima porodice, te sledstveno zaštitu ranjivih, zavisnih članova porodice.¹⁷

Nekadašnji koncept porodice kao ekonomske zajednice zamenjen je porodicom ličnih odnosa. Lični odnosi zamenjuju imovinska pitanja.¹⁸ Ekonomska nezavisnost žena i ravnopravnost polova doprinela je u velikoj meri potiskivanju ekonomskog aspekta porodice kao zajednice. U predlogu Američkog pravnog instituta (ALI) za slučaj raspada porodice – Pravni principi za prestanak porodice (*The ALI Principles of the Law of Family Dissolution*), štite se uspostavljeni lični odnosi deteta i njegova emotivna stabilnost na račun materijalne, finansijske sigurnosti.¹⁹ Osnovni cilj roditeljske funkcije nije (samo) finansijska odgovornost za dete, već odgovornost roditelja za negu, odgajanje i vaspitanje deteta.²⁰ Ovo se posebno odnosi na očinstvo koje se u savremeno doba sve više poistovećuje sa ličnopravnim odnosima sa detetom, u odnosu na nekada dominantnim imovinskoopravnim odnosima.

Paradoks promene od imovinskih ka ličnim pitanjima

Istakli smo u prethodnom delu da su u savremenim porodičnopravnim odnosima naglašena ličnopravna pitanja na račun ekonomskih i materijalnih. U čemu se ogleda paradoks tog fenomena. Upravo u tome što porodičnopravne norme akcentuju značaj ličnih odnosa članova porodice, posebno između roditelja i dece, dok društvena stvarnost proizvodi sliku u kojoj se pretežno glorifikuju materijalna dobra i sticanje istih na račun nege, prijateljstva, odgovornosti između članova porodice. Čini nam se da porodično pravo u ovoj oblasti deluje kao korektiv (promenjenih) društvenih vrednosti sa namerom da pravno reguliše porodični život. Porodičnopravne norme imaju karakter pravnog leka, deluju naknadno, na već nastale posledice u porodičnim odnosima. Porodični život ide u pravcu pomeranja (favorizovanja) od ličnih ka materijalnim odnosima, dok porodično pravo ide suprotni pravcem – pokušava da pomeri polje svoje regulacije od imovinskih ka ličnim odnosima i time koriguje dominaciju materijalnih, imovinskih odnosa u porodičnom životu.

¹⁷ Richard Collier, "Fatherhood, law and the fathers rights: Rethinking the relationship between gender and welfare", *Rights, Gender, and Family Law*, (eds. Julie Wallbank, Shazia Choudhry, Jonathan Herring), New York, 2010, 132.

¹⁸ Zoran Ponjavić, "Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i pravo na poštovanje porodičnog života", *Pravni život*, br. 9, Tom II, Beograd, 2003, 822.

¹⁹ Karen K. Baker, "Asymetric Parenthood", *Reconceiving the Family*, (ed. R. F. Wilson), Cambridge, 2006, 122.

²⁰ Jo Bridgeman, *Parental Responsibility: Young Children and Healthcare Law*, Cambridge, 2007, 201.

DISKONTINUITET (PORODIČNOG) PRAVA
I DRUŠTVENE STVARNOSTI

Nekadašnje shvatanje bilo je da porodično pravo treba da postavi čvrste, jasne granice između pravom priznatih porodičnih zajednica i onih koje to nisu. Donekle, to je (u)činjeno kroz priznanje braka kao dominantne forme i isključivanja drugih formi porodičnih odnosa. U savremeno doba, prisutna je trka prava uopšte, a samim tim i porodičnog prava, sa fluktuirajućim oblicima porodičnog života u cilju stavljanja pod kišobran pravnih normi. Pravo ide za drušvenom realnošću, neretko stavljaajući u svoj sistem mnoge institute kojima menja svoju prvobitnu prirodu. Naglašava se da je početkom 70-ih godina porodično pravo u teoriji bilo u velikom raskoraku sa porodičnim pravom u praksi.²¹ Konkretnije rečeno, raskorak između porodičnog prava i porodičnog života. Taj raskorak još je veći u društvima gde ne postoji jedna dominantna porodična ideologija, već pluralizam kulturnih porodičnih obrazaca. Neizvesnost da li će porodično pravo priznati određeni (porodični) odnos izaziva i nesigurnost pouzdanja u stalnost i stabilnost, ne samo tog, nego i drugih povezanih porodičnih odnosa.²²

Od savremenog porodičnog prava zahteva se da bude neutralno u svom delovanju.²³ Da dodeli roditeljsko pravo, da odluči o pravu na kontakt, da odluči o usvojenju, hraniteljstvu, bez pozivanja na pol, godine, materijalni status, religiju, nacionalnost, državljanstvo, ukratko, bez diskriminacije po bilo kom osnovu.

²¹ Peter De Cruz, *Family Law, Sex and Society*, London, 2010, 21; Često se sedamdesete godine XX veka u teoriji porodičnog prava uzimaju kao početak fundamentalnih promena u porodičnim odnosima. John Dewar navodi četiri pravca u kome se porodično pravo promenilo: 1. smanjenje uticaja braka kao glavnog instituta za povezivanje prava i porodice, kao i povećanje uticaja vanbračnih zajednica i roditeljstva; 2. smanjenje diskrecionog procenjivanja na račun striktnog zakonskog regulisanja; 3. umnožavanje izvora normi porodičnog prava; 4. fragmentacija sistema porodičnog prava. O tome, John Dewar, "Family Law and Its Discontents", *International Journal of Law, Policy and Family*, Tom 14, br. 1, April 2000, 61. Stičemo utisak da druga autorova pretpostavka nije u skladu sa stvarnošću s obzirom na to da je, prema našem mišljenju, došlo do obrnutog procesa - povećanja diskrecije na račun striktnog definisanja u porodičnom pravu. Agrumentujemo to sledećim dokazima. Najpre, izbegavanje (teorijsko i zakonsko) definisanja porodice, kao i osnovnih pojmova roditelja, članova porodice. Formulacije u najvažnijim međunarodnim ugovorima u ovoj oblasti, kao i međunarodnih sudova (Evropski sud za ljudska prava) govori u prilog umanjeњу definicija i striktnih zakonskih odredbi, te širokog ovlašćenja sud(ov)a u tumačenju instituta porodičnog prava. Zatim, insistiranje na pravnim standardima, među kojima dominira najbolji interes deteta kao veoma opšta, samim tim i diskreciona norma koja zahteva sudsku interpretaciju.

²² C. Smart, op. cit., 2009, 12.

²³ U prilog tvrdnji da porodično pravo ne može biti neutralno, Carlos M. de Aguirre, "Is "Living Together, owing Each Other" Enough for Law? Reflections on Some "Brave New Families", *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, br. 3, Buffalo, 2012, 51.

Zahteva se da norme porodičnog prava treba da budu upravo takve - nediskriminatorne, dok se iste te norme donose imajući u vidu određene vrednosne kriterijume koji u sebi sadrže pol, religiju, materijalni status, nacionalnost i druge karakteristike.

PROŠIRENJE POJMA PORODIČNOG ŽIVOTA

Porodično pravo treba da reguliše samo dominantne modele porodičnog života i samo njima treba da bude pružena pravna zaštita.²⁴ U isto vreme, porodični život nikada tokom istorije nije bio tako različit i fluidan kao u savremeno doba.²⁵ Ističe se da značajne promene u porodičnom životu poslednjih decenija za uzroke imaju: velike promene u društvenom i religijskom životu; smanjenje interesa i odbacivanje braka kao jedne od baznih institucija porodičnih odnosa; promene odnosa društva prema zajednicama osoba istog pola; ogroman napredak u medicinskim naukama i metodama asistirane prokreacije, čime začecje deteta biološkim, prirodnim putem više nije jedini način rađanja dece.²⁶ Takođe, navodi se da su osnovna dva razloga koja dovode do promene obrazaca porodičnog života: pravna, ekonomska i društvena ravnopravnost žena i priznavanje autonomije dece i njihovih prava, nezavisnih od roditelja.²⁷

Značajan napredak medicinske nauke u pogledu lečenja steriliteta i mogućnosti dobijanja potomstva medicinskim putem, dovelo je do alternativnih načina ostvarivanja roditeljstva. Napredak u oblasti reproduktivne tehnologije u sadejstvu sa društvenim i političkim pokretima (za prava žena, prava dece, prava homoseksualne i transseksualne populacije) doveo je do promena u porodičnom životu i proširenja njegovog pojma, a zatim i promena u porodičnom pravu, kako u teorijskom aspektu, tako i u stavovima zakonodavaca i sudija. Reproductivne tehnologije dale su, za prethodna vremena, nezamislive rezultate – rađanje dece donacijom spermatozoida, rađanje dece donacijom jajne ćelije, rađanje dece oplodnjom jajne ćelije u vantelesnim uslovima i zatim ubacivanje iste u uterus žene. Tehnološki napredak u medicini prekida vezu između genetike i gestacije. Promene u tehnološkim i medicinskim naukama dovele su do ekspanzije reproduktivnih prava odraslih osoba.²⁸

²⁴ John Dewar, "The normal chaos of family law", *Modern law Review*, Tom 61, br. 4, 2008, 485.

²⁵ J. Dewar, op. cit., 79.

²⁶ Justice Munby, "Families Old and New – the Family and Article 8", *Child and Family Law Quarterly*, 2005, 503.

²⁷ P. De Cruz, op. cit., 16.

²⁸ Daniel Cere, "Toward an Integrative Account of Parenthood", *What is Parenthood?*, (eds. L. C. McClain, D. Cere), New York, 2013, 33.

PORODIČNI ODNOSI I PORODIČNO PRAVO IZMEĐU PRIVATNOG
I JAVNOG PRAVA

Porodično pravo i privatnopravni elementi

Za razliku od drugih delova Građanskog prava, Porodično pravo neretko stoji na granici između privatnog i javnog prava. Tradicionalno porodično pravo smatrano je privatnim pravom.²⁹ Tako, pojedinci se u regulisanju svojih porodičnih odnosa i porodičnog života rukovode prevashodno sopstvenim, intimnim, privatnim pravilima.³⁰ Porodično pravo reguliše odnose između pojedinaca i predstavlja branu od učešća države i normi javnog prava u porodične odnose. Privatnost porodice osnov je razvoja američkog prava i američkog porodičnog života.³¹ Porodični odnosi su odnosi lične prirode u koje javne vlasti ne mogu da se mešaju. Jedna od posledica ovakvog shvatanja porodičnog prava predstavlja izostanak pravnog sankcionisanja nasilja u porodici, kao i mešanja države u odgajanje (vaspitanje) dece od strane roditelja.³² Privatni porodičnopravni odnosi uključuju vrednosti prijateljstva, poverenja, poštovanja, odgovornosti.³³ U savremeno doba prisutna je tendencija povećanja autonomije članova porodice i samoodređenja u porodičnopravnim normama, kao elemenata privatnopravne prirode porodičnog prava.³⁴ S jedne strane, imamo privatizaciju porodičnog prava, kroz povećanje autonomije članova porodice kod razvoda braka, ugovornog sticanja roditeljskog prava, ugovornog imovinskog režima supružnika i vanbračnih partnera.³⁵ Međutim, naspram povećanja individualnosti i proklamovanja niza ljudskih prava kao obeležja privatnih prava pojedinaca, imamo tendenciju povećanja mešanja države i javnih, socijalnih službi u porodične odnose pojedinaca u odnosu na doba kada doktrina ljudskih prava nije bila u fokusu porodičnopravnih normi.

²⁹ Alison Diduck, "Relationship Fairness", *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, (eds. A. Bottomley, S. Wong), Oxford, 2009, 71.

³⁰ Richard Collier, *Masculinity, Law and the Family*, London, 1995, 84.

³¹ Sanford N. Katz, *Family Law in America*, Oxford, 2011, 4.

³² Alison Diduck, "Public norms and private lives: Rights, fairness and family law", *Rights, Gender, and Family Law*, (eds. J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring), New York, 2010, 202.

³³ John Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006.

³⁴ Jonathan Herring, "Relational autonomy and family law", *Rights, Gender, and Family Law* (ed. J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring), New York, 2010, 259.

³⁵ Ipak, postoje suprotna rešenja evropskih zakonodavstava povodom slobode ugovaranja supružnika. Tako, nemačko pravo dozvoljava slobodu ugovaranja supružnika dok italijansko pravo ugovore između supružnika smatra ništavim usled primene doktrine jednakosti, Maria Rosaria Marella, "Critical Family Law", *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, br. 19, 2011, 749.

Porodično pravo i javnopravni elementi

U antičko doba Platon se u svom delu *Država* zalagao da se porodična zaštita deteta zameni sistemom javnih institucija zaduženih za negu i vaspitanje deteta, dakle sistemom javnopravne zaštite.³⁶ Primere težnje za prevagom javnog elementa u porodičnim odnosima imamo u vidu izraelskih “kibuca” (*kibbutz*) kao javnih institucija za odgajanje dece.³⁷

Ni na koji način porodično pravo nije izuzeto od tendencija savremenog prava da se polako gubi granica između javnog i privatnog prava. Uticaj internacionalizacije ljudskih prava doveo je do toga da pojedinac sve više postaje subjekt međunarodnog javnog prava. Globalizacija dovodi do transformacije porodičnog prava. Dolazi do ekstrateritorijalnosti kao obeležja savremenog porodičnog prava.³⁸ Porodično pravo više nije, kao nekada, isključivo vezano za teritoriju jedne države. Javljuju se nova pitanja u porodičnom pravu koja do tada nisu bila dominantna: brakovi između lica različitog državljanstva, međunarodno usvojenje, otmica dece, slučajevi promene prebivališta roditelja i deteta (*relocation*).³⁹

Nasuprot stavova o supremaciji privatnosti porodice, stoje shvatanja da je porodica društvena institucija, te kao takva, nije imuna od uticaja normi javnopravnog karaktera. Država ima interes da se meša u porodične odnose i da određene aspekte porodičnog života sankcioniše. Uticaj države na privatne, porodične odnose je porastao, i nije sporno da je sada i kvalitativno i kvantitativno nemerljiv u odnosu na samo pre četiri decenije.⁴⁰ Zastupnici pretežnog uticaja javnopravnog elementa u porodičnom pravu ističu da porodični autoritet i pravila regulisanja porodičnih odnosa izvire iz ovlašćenja koja je porodica dobila od države.⁴¹ Upliv države u porodične odnose počinje sa smanjenjem uticaja muškarca, kao nekadašnjeg suverena porodice. Umanjenje njegove vlasti dovodi do povećanog učešća države u porodičnim odnosima.⁴² I to pre svega u cilju zaštite zavisnijih i ranjivijih članova porodice – žena, dece i starijih osoba.

³⁶ Platon, *Država*, A. Vilhar, B. Pavlović (prevod), Beograd, 2002, 237.

³⁷ D. Cere, op. cit., 19.

³⁸ Marina Janjić-Komar, *Rasprava o principima Porodičnog prava*, Beograd, 2008, 11, o savremenom porodičnom pravu.

³⁹ Barbara Stark, *International Family Law*, Ashgate, 2005, 3.

⁴⁰ Roger Levesque, *Child Maltreatment and the Law*, New York, 2008, 32.

⁴¹ R. Collier, op. cit., 79.

⁴² Maria Vaz Tome, “Family Law and Family Values in Portugal”, *Family Law and Family Values* (ed. Mavis Maclean), Oxford, 2005, 314.

Država sa svoje strane može uticati na određeni institut porodičnog prava. Tako, ako npr. država želi da podrži zaključenje braka, i to promoviše kao dominantan model porodične zajednice u kojoj se rađaju i odgajaju deca, ona će svojim merama omogućiti da osobe koje zaključuju brak uživaju socijalne i materijalne koristi rezervisane (samo) za one osobe koje se nalaze u braku.⁴³ Isto tako, ako država želi da podrži zajednice osoba homoseksualne orijentacije, ona će to činiti propisivanjem sticanja naslednih, stanarskih i prava iz socijalnog osiguranja ovih osoba.

Država u savremeno doba, prvenstveno ima obavezu da pruži zaštitu detetu, ali bez kršenja prava porodice kao celine – bez ugrožavanja prava na poštovanje porodičnog života ostalih članova porodice. Sud prilikom odlučivanja u privatnim porodičnim odnosima uvek primenjuje izvesne “javne” vrednosti, društvena načela.⁴⁴ Norme porodičnog prava odražavaju norme porodičnog života koji oslikava određene javne, društvene, a ne isključivo privatne vrednosti. Evropski sud za ljudska prava u mnogim presudama poziva na (ne)postojanje konsensusa među državama članicama povodom određene društvene vrednosti (porodičnog odnosa). Te vrednosti predstavljaju društvene, javne vrednosti o određenom pitanju: brakovima između osoba istog pola (*Schalk i Kopf protiv Austrije*),⁴⁵ rođenju deteta pomoću tehnika biomedicinskog oplođenja (*S.H. i drugi protiv Austrije*),⁴⁶ usvojenju deteta od strane homoseksualnih osoba (*E.B. protiv Francuske*,⁴⁷ *Frete protiv Francuske*)⁴⁸, usvojenju deteta od strane jedne osobe (*Schwizgebel protiv Švajcarske*)⁴⁹. Percepcija porodice kao javne ustanove podvlači da međusobne obaveze članova porodice nisu rezultat izbora pojedinaca i njihovih ličnih vrednosti, već da one proističu iz moralne i društvene stvarnosti koju oblikuje društvo sa svojim vrednostima.⁵⁰ Savremena porodica, prema našem mišljenju, stoji

⁴³ C. Lind, op. cit., 79.

⁴⁴ O odnosu vrednosti i porodičnog života u sudskom odlučivanju, J. Eekelaar, op. cit., 7.

⁴⁵ *Schalk and Kopf v Austria*, pred. br. 30141/04, presuda od 24. juna 2010. godine

⁴⁶ *S.H. and others v Austria*, pred. br. 57813/00, presuda od 3. novembra 2011. godine.

⁴⁷ *E.B. v France*, pred. br. 43546/02 presuda od 22. januara 2008. godine

⁴⁸ *Frete v France*, pred. br. 36515/97, presuda od 26. februara 2002. godine.

⁴⁹ *Schwizgebel v Switzerland*, pred. br. 25762/07, presuda od 10. juna 2010. godine.

⁵⁰ A. Diduck, op. cit., 2010, 205. Isti autor ističe da povećanje porodičnih sporova pred Vrhovnim sudom Kanade svedoči o javnopravnosti porodičnog prava. O uticaju javnih elemenata na porodično pravo Južne Afrike i razlozima prevage javnopravnih elemenata u odnosu na privatnopravne, prvenstveno radi zaštite članova porodice, vid. Julia Sloth-Nielsen, Belinda V. Heerden, “The consitutional family: developments in South African family law jurisprudence under the 1996. constitution”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Tom 17, br. 2, August 2003, 125.

između javnog i privatnog. Ima odlike i javne i privatne institucije, uz tendenciju pomeranja ka javnom elementu. Privatnog u odnosu na državu i druge njene institucije, a javne u odnosu na pojedinca kao člana porodice. Ona treba da (po)stoji kao most između pojedinca kao individue i društva kao celine.

Za razliku od nekadašnjih vremena kada su sudovi rešavali uglavnom privatna pitanja koja su se ticala finansijskih posledica prestanka braka - podele imovine supružnika, izdržavanja (van)bračnog partnera, šire posmatrano, primene zakonskih normi na konkretne slučajeve, u savremeno doba sudije imaju zadatak da primene pravne principe, pravna načela i pravne standarde (npr. najbolji interes deteta, blagostanje deteta, pravo na poštovanje porodičnog života) koji u sebi sadrže elemente ne samo privatnih, porodičnih već i opštih, društvenih vrednosti. Sudovi su u određenim slučajevima čak i pitanja privatnopravnih interesa, kao što su porodične finansije, smatrali pitanjima od javnog značaja.⁵¹ U nekim državama sudovi mogu tumačenjem određenih odnosa iste uvrstiti kao porodične i time (pro)širiti pojam porodičnog života, ili, pak, nelegitimisanjem istih odnosa kao porodičnih, suziti postojeći pojam porodice.⁵²

Diskurs javnog interesa u porodičnom pravu se od nekadašnje namere zaštite društvenog (porodičnog) poretka pomerio ka zaštiti slabijih, zavisnijih članova porodice, prvenstveno dece. Nekadašnja shvatanja da je porodica privatna institucija, napuštena su na račun modernog tumačenja da se porodica ne može posmatrati kao zajednica lišena društvenih, javnih uticaja, čiji je sastavni deo.

Tako, Evropski sud za ljudska prava pri odlučivanju o povredi prava na poštovanje privatnog i(li) porodičnog života, ima težak zadatak da izvrši balans između javnog i privatnog, između prava članova porodice, pre svih roditelja, da vaspitavaju svoju decu u skladu sa svojim uverenjima, običajima, i obaveze države da (za)štiti decu od protivpravnih postupaka roditelja. Ukoliko nađe da je opravdano odvajanje dece i roditelja, takva mera domaćih vlasti smatra se kompatibilnom Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima. Upravo u mnogim presudama kada se država oglašava odgovornom ili su, pak, njene mere u skladu sa poljem slobodne procene domaće države, ogleda se problematika posmatranja porodice i porodičnih odnosa kao privatne ili javne institucije.

⁵¹ Slučajevi *White v White* (2001) 1 AC 596; *Miller v Miller* (2006) UKHL 24; *Stack v Dowden* (2007) UKHL 17.

⁵² Tako je sud u Engleskoj u slučaju *Fitzpatrick v Sterling Housing Association* (1999) 2 FLR 1027, proširio pojam porodice, smatrajući da se istopolni partneri u cilju nasleđivanja stanarskog prava imaju uključiti u pojam "porodice".

ZAKLJUČAK

Savremeni porodični život odlikuje neizvesnost, stalna fluktuacija, dominacija autonomije pojedin(a)ca u odnosu na zajednicu porodice, te nepostojanje jedinstvenih porodičnih obrazaca. Mnoštvo različitih porodičnih formi poput nuklearne porodice, jednoroditeljskih porodica, *LAT* zajednica, homoseksualnih zajednica, proširenih porodica nastalih razvodom braka i zasnivanjem novih porodica sa zajedničkom decom iz sadašnje i prethodne zajednice. Ravnopravnost braka i vanbračne zajednice, kao i liberalizacija razvoda braka doveli su do toga da ne postoji jedan dominantan model porodične zajednice, kao što je to bio slučaj sa nuklearnom porodicom. Porodični život, kao nikada pre tokom istorije, nije bio pod tolikim nadzorom države (vaspitanje dece, telesno kažnjavanje dece, nasilje u porodici, medicinska zaštita dece), s jedne strane, a u isto vreme toliko prepušten slobodnoj volji i ugovaranju članova porodice (surogat materinstvo, slobodna jednostrana volja za raskidanje braka, bračni ugovori u oblasti imovinskih odnosa). Savremeno porodično pravo pretežno se bavi posledicama nastalim u porodičnom životu, kao rezultatu sukoba između polova (supružnika), starijih i mlađih članova porodice (roditelja i dece), a ne uzrocima nastanka ovih sukoba.

Dr. UROŠ NOVAKOVIĆ
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

CHANGES IN THE CONTEMPORARY FAMILY LIFE CONCEPT

Summary

Until the 1970s, family relations were mostly related to a marriage. Emotional and economic dependence of family members, as an essential element of marriage, has disappeared in the modern age based on financial independence. The lack of permanent, traditional and strong family forms, due to the change of the concept of family life, puts in the center of family law norms, dealing with the consequences of termination of family relations (termination of marriage, termination of joint life of parents and children, termination of personal relations of children and parents). The former concept of the family as an economic community has been replaced by a family of personal relationships. There are two main reasons that lead to a change in the patterns of family life: the legal, economic and social equality of women and men, and the recognition of the autonomy of children and their rights, independent of their parents. Globalization leads to the transformation of family law. Extraterritoriality is a feature of a contemporary family law. Family law is no longer, as it used to be, exclusively related to the territory of one state. Traditional family law was considered as a private

law. Proponents of the predominant influence of the public law element in family law, point out that family authority and rules for regulating family relations stem from the authority that the family has received from the state.R

Key words: family, family life, personal relations, divorce, gender equality

Literatura

- Antokolskaia M., "Family Values and the Harmonization of Family Law", *Family Law and Family Values*, (ed. Mavis Maclean), Oxford, 2005.
- Antokolskaia M., *Harmonization of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Antwerpen, 2006.
- Baker K. K., "Asymmetric Parenthood", *Reconceiving the Family*, (ed. R. F. Wilson), Cambridge, 2006.
- Bridgeman J., *Parental Responsibility: Young Children and Healthcare Law*, Cambridge, 2007.
- Browning D., "Legal Parenthood, Natural and Legal Rights, and the Best Interests of the Child", *What is Parenthood?*, (eds. Linda C. McClain, Daniel Cere), New York, 2013.
- Cere D., "Toward an Integrative Account of Parenthood", *What is Parenthood?*, (eds. L. C. McClain, D. Cere), New York, 2013.
- Collier R., "Fatherhood, law and the fathers rights: Rethinking the relationship between gender and welfare", *Rights, Gender, and Family Law*, (eds. Julie Wallbank, Shazia Choudhry, Jonathan Herring), New York, 2010.
- Collier R., *Masculinity, Law and the Family*, London, 1995.
- de Aguirre C. M., "Is "Living Together, owing Each Other" Enough for Law? Reflections on Some "Brave New Families", *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, br. 3, Buffalo, 2012.
- De Cruz P., *Family Law, Sex and Society*, London, 2010.
- Dewar J., "Family Law and Its Discontents", *International Journal of Law, Policy and Family*, Tom 14, br. 1, April 2000.
- Dewar J., "The normal chaos of family law", *Modern law Review*, Tom 61, br. 4, 2008.
- Diduck A., "Public norms and private lives: Rights, fairness and family law", *Rights, Gender, and Family Law*, (eds. J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring), New York, 2010.
- Diduck A., "Relationship Fairness", *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, (eds. A. Bottomley, S. Wong), Oxford, 2009.
- Eekelaar J., *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006.
- Garrison M., Marriage Matters: "What's Wrong with the ALI's Domestic partnership Proposal", *Reconceiving the Family*, (ed. R. F. Wilson), Cambridge, 2006.
- Herring J., "Relational autonomy and family law", *Rights, Gender, and Family Law* (ed. J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring), New York, 2010.

- Janjić-Komar M., *Rasprava o principima Porodičnog prava*, Beograd, 2008.
- Justice Munby, "Families Old and New – the Family and Article 8", *Child and Family Law Quarterly*, 2005.
- Katz S. N., *Family Law in America*, Oxford, 2011.
- Levesque R., *Child Maltreatment and the Law*, New York, 2008.
- Lind C., "Power and the Taking of Responsibility: Shifting the Legal Family from Marriage to Friendship", *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, (eds. Craig Lind, Heather Keating, Jo Bridgeman), Ashgate, 2011.
- Marella M. R., "Critical Family Law", *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, br. 19, 2011.
- McClain L. C., "A Diversity Approach to Parenthood in Family Life and Family Law", *What is Parenthood?*, (ed. L. C. McClain, D. Cere), New York, 2013.
- McGlynn C., *Families and European Union: Law Politics and Pluralism*, Cambridge, 2006.
- Platon, *Država*, A. Vilhar, B. Pavlović (prevod), Beograd, 2002.
- Ponjavić Z., "Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i pravo na poštovanje porodičnog života", *Pravni život*, br. 9, Tom II, Beograd, 2003.
- Schneider C. E., "Elite principles: The ALI Proposals and the Politics of Law Reform", *Reconceiving the Family*, (ed. R. F. Wilson), Cambridge, 2006.
- Scott E. S., "Domestic Partnership, Implied Contracts, and Law Reform", *Reconceiving the Family*, (ed. Robert F. Wilson), Cambridge, 2006.
- Sloth-Nielsen J., Heerden B. V., "The consitutional family: developments in South African family law jurisprudence under the 1996. constitution", *International Journal of Law, Policy and the Family*, Tom 17, br. 2, August 2003.
- Smart C., "Law and Family Life: Insights from 25 years of Empirical Research", *Child and Family Law Quarterly*, Tom 26, br. 1, 2014.
- Smart C., "Making Kin: Relationality and Law", *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, (eds. A. Bottomley, S. Wong), Oxford, 2009.
- Spirovik-Trpenovska Lj., Mickovik D., Ristov A., *Nasledovanjeto vo Evropa*, Skoplje 2011.
- Stark B., *International Family Law*, Ashgate, 2005.
- Van Bueren G., *The International Law on the Rights of the Child*, Hague, 1998, 68; Peter De Cruz, *Family Law, Sex and Society*, London, 2010, 10; Graham Allan, Graham Crow, Shelia Hawker, *Stepfamilies*, London, 2011.
- Vaz Tome M., "Family Law and Family Values in Portugal", *Family Law and Family Values* (ed. Mavis Maclean), Oxford, 2005.
- Voegeli W., "Basic Values and Family Law in Recent Judgments of the Federal Constitutional Court of Germany", *Family Law and Family Values*, (ed. Mavis Maclean), Oxford, 2005.

- Weaver J. D., “Overstepping Ethical Boundaries? Limitation on State Efforts To Provide Access to Justice in Family Courts”, *Fordham Law Review*, Tom 82, br. 6, May 2014.
- Wong S., “Caring and Sharing: Interdependency as a Basis for Property Redistribution?”, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, (ed. Anne Bottomley. Simon Wong), Oxford 2009.
- Young C., “Taking Spousal Status into Account for Tax Purposes: The Pitfalls and Penalties”, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, (eds. A. Bottomley, S. Wong), Oxford, 2009.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 30.09.2020.

Prihvaćen: 10.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

DRAGAN D. PANTIĆ

UPRAVLJANJE I RASPOLAGANJE SUPRUŽNIKA ZAJEDNIČKOM IMOVINOM I ODGOVORNOST ZA OBAVEZE

U radu autor daje kritički osvrt na neka rešenja iz bračno-imovinskih odnosa koja su sadržana u pozitivnoj zakonskoj regulativi i Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije. Posebno su analizirana pitanja upravljanja i raspolaganja supružnika zajedničkom imovinom i odgovornost za obaveze. Ova dva pitanja se prezentuju kroz istorijski razvoj u našem pravu i uporednopravni pregled, a poseban akcenat je stavljen na analizu pozitivnopravnih rešenja i predloga de lege ferenda.

Ključne reči: bračno-imovinski odnosi, zajednička imovina, upravljanje i raspolaganje, odgovornost za obaveze, Prednacrt Građanskog zakonika Srbije

U V O D

Bračna zajednica predstavlja ne samo emocionalnu već i ekonomsku zajednicu u kojoj se svakodnevno zadovoljavaju različite životne potrebe. Imovinski odnosi između supružnika predstavljaju jednu od važnijih oblasti porodičnog zakonodavstva. Takvi odnosi se kroz istoriju stalno menjaju i razvijaju uporedo sa razvojem društva. Radi se o delikatnim odnosima koji obuhvataju dve grane prava, jer se na njih istovremeno primenjuju pravila opšteg imovinskog prava i odredbe bračnog prava. Posebno značajna pitanja iz oblasti imovinskih odnosa supružnika predstavljaju upravljanje i raspolaganje supružnika zajedničkom imovinom i odgovornost za obaveze prema trećim licima

Dr Dragan D. Pantić, advokat u Velikom Gradištu, e-mail: dr.pantic68@gmail.com.

U našem ranijem zakonodavstvu pre Drugog svetskog rata određena pravila iz imovinskih odnosa supružnika je propisivao Srpski građanski zakonik iz 1844. godine, dok je u praksi veliki značaj imalo običajno pravo. U posleratnom periodu ova pravna oblast je bila regulisana saveznim Osnovnim zakonom o braku iz 1946. godine, a nakon što je zakonodavna nadležnost prešla na republike, u Srbiji je 1980. godine usvojen Zakon o braku i porodičnim odnosima, koji je regulisao ovu pravnu oblast, kao i Porodični zakon Srbije iz 2005. godine.

U Srbiji je u toku intenzivan rad na kodifikaciji građanskopravne oblasti koji u dogledno vreme treba da rezultira donošenjem Građanskog zakonika Republike Srbije. Nova građanskopravna regulativa bi trebalo da uredi i oblast imovinskih odnosa supružnika. U Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije se u vezi upravljanja i raspolaganja supružnika zajedničkom imovinom i odgovornosti za obaveze prema trećim licima uglavnom sugerije nastavak pravnog kontinuiteta sa Porodičnim zakonom. U radu je prikazan istorijski razvitak imovinskih odnosa supružnika u našem pravu, ukazano je na neka rešenja iz uporednog prava i date su određene sugestije i predlozi kojima bi se moglo doći do poboljšanja sada važećih pozitivnopravnih odredbi.

UPOREDNO PRAVO

U Švajcarskoj su posebnim poglavljem u Građanskom zakoniku regulisani imovinskopravni odnosi između supružnika.¹ Takve odnose supružnici mogu urediti prema zakonskom ili ugovornom režimu.² Supružnici mogu prilikom samog zaključenja braka zaključiti i bračni ugovor kojim regulišu imovinske odnose, a takav ugovor mogu sačiniti i kasnije u toku trajanja braka.³ Ukoliko svoje imovinske odnose nisu uredili ugovorom, supružnici podležu zakonskom načinu uređenja takvih odnosa. U Švajcarskoj građanskoj regulativi se kod zakonskog režima uređenja imovinskopravnih odnosa uočava postojanje posebne i zajedničke imovine supružnika.⁴ Za razliku od našeg zakonodavstva, u Švajcarskoj je detaljnije propisano šta spada u zajedničku, a šta u posebnu imovinu supružnika. Za-

¹ Prvo poglavlje šestog dela Švajcarskog građanskog zakonika sadrži opšte odredbe kojima su regulisani imovinskopravni odnosi u braku, dok je u drugom poglavlju regulisano pitanje režima učešća supružnika u bračnoj tekovini.

² Švajcarski građanski zakonik iz 1907. godine, stupio na snagu 1912. godine (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*), čl. 181. – dalje ŠGZ (dostupno na internet adresi: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/210/index.html>, 20.08.2020.)

³ ŠGZ, čl. 182.

⁴ ŠGZ, čl. 196.

jedničku imovinu kao bračnu tekovinu predstavljaju prihodi od sopstvenog radnog angažovanja, dobijene naknade od socijalne pomoći i socijalnog osiguranja, iznosi naknade štete po osnovu nesposobosti za rad, prihodi od sopstvene imovine i dobra stečena od ponovnog ulaganja zajedničke imovine.⁵ Nasuprot tome, posebnu imovinu supružnika predstavljaju vrednosni papiri isključivo namenjeni za ličnu upotrebu tog supružnika, dobra koja je supružnik posedovao pre stupanja u bračnu zajednicu ili su mu kasnije pripala nasleđivanjem ili besplatno po drugom osnovu, potraživanje naknade nematerijalne štete i dobra stečena ponovnim ulaganjem sopstvene imovine.⁶ Supružnici mogu ugovoriti bračnim ugovorom da dobra stečena obavljanjem profesije ili radom preduzeća mogu predstavljati deo posebne imovine, a mogu ugovoriti i da prihodi ili dobit iz sopstvene imovine neće predstavljati bračnu tekovinu.⁷ Svaki supružnik koji tvrdi da određena imovina pripada jednom ili drugom supružniku to mora dokazati. Ukoliko takav dokaz ne postoji smatra se da je bračna tekovina suvlasništvo oba supružnika.⁸ Svaki supružnik ima pravo na upravljanje, korišćenje i raspolaganje bračnom tekovinom, ali jedan supružnik ne može raspolagati svojim delom bez saglasnosti drugog supružnika.⁹ Švajcarski građanski zakonik se posebno bavio obavezama supružnika prema trećim licima, te je propisano da svaki supružnik odgovara za dugove na svojoj imovini.¹⁰ Posebno je naznačeno da ukoliko je jedan supružnik odgovoran za nastanak dugova, za takve svoje dugove odgovara celom svojom imovinom.¹¹

U italijanskom pravu je predviđeno da je svaki član porodice u obavezi da brine o potrebama porodice u skladu sa svojim mogućnostima. Među supružnicima je propisana jednakost bez obzira na pojedinačnu sposobnost i visinu obezbeđivanja materijalnih sredstava.¹² Italijanski građanski zakonik je normirao grupu članova (186–190) koji se bave uticajem imovinskog režima zajednički stečene imovine u braku prema trećim licima. Režim zajedničke imovine u braku je zakonski režim koji se automatski primenjuje na sve supružnike, osim ako nisu

⁵ ŠGZ, čl. 197 st. 1. i 2.

⁶ ŠGZ, čl. 198.

⁷ ŠGZ, čl. 199. st. 1 i 2.

⁸ ŠGZ, čl. 200.

⁹ ŠGZ, čl. 201.

¹⁰ ŠGZ, čl. 202.

¹¹ ŠGZ, čl. 249.

¹² Italijanski građanski zakonik iz 1942. godine (*Codice Civile*), čl. 144. – dalje IGZ (dostupno na internet adresi: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm, 20.08.2020.)

odabrali neki od alternativnih režima uređenja njihovih imovinskih odnosa (režim odvojene imovine ili ugovorene tekovine).

U italijanskom zakonodavstvu je važeća pretpostavka postojanja zakonskog režima zajedničke svojine i podrazumeva se da imovina stečena u braku pripada supružnicima.¹³ Ukoliko jedan od supružnika smatra da ima isključivo pravo nad određenom zajedničkom imovinom, potrebno je dokazati to pravo validnom dokumentacijom, svaki put kada je za punovažnost pravnog posla potrebna pisana forma.¹⁴ Bez obzira što je jedan od supružnika učestvovao u pravnom poslu kojim je stečena nepokretnost, smatra se da je pravni posao učinjen u ime i za račun bračne tekovine, te time drugi bračni drug stiče čitav niz prava na toj imovini.¹⁵

O odgovornosti prema trećim licima naročito se govori u čl. 189. i 190. Italijanskog građanskog zakonika. Tako je u čl. 189. propisano da svaki supružnik odgovara imovinom koja ulazi u zajedničku tekovinu supsidijarno i to do visine vrednosti koja odgovara udelu bračnog druga koji se obavezao, a sve to zbog obaveze koja je nastala zbog nepoštovanja pravila o vanrednom upravljanju zajedničkom imovinom ili radi ispunjenja obaveza nastalih radi zadovoljavanja potreba različitih od porodičnih interesa. Ovde je zakonodavac želeo da reguliše pitanje odgovornosti supružnika za obaveze koje nisu nastale radi zadovoljenja porodičnih interesa, kao i definisanje pitanja pasivne legitimacije prema poveriocima za namirenje takvih obaveza. Članom 190. Zakonika je propisano da u pravnom odnosu koji je nastao radi zadovoljenja određenog porodičnog interesa, poverioci za polovinu duga mogu da se namire na posebnoj imovini supružnika. Ovde se uočava razlika između namirenja dugova nastalih u cilju porodičnih interesa i dugova nastalih izvan toga. Kroz dugogodišnju sudsku praksu se došlo do stava da ukoliko je obaveza nastala u cilju ostvarivanja određenog interesa porodice, da bi takva obaveza koju je preduzeo jedan bračni drug obavezala drugog, potrebno je da se kod treće osobe – poverioca, stvori čvrsto uverenje da se jedan supružnik obavezao i u ime drugog, a da je drugi supružnik hteo prihvatanje takve obaveze.¹⁶

U francuskom pravu je na snazi režim zajednice imovina koji predstavlja kombinaciju režima posebne imovine i režima zajednice stečene imovine, ukoliko

¹³ IGZ, čl. 219.

¹⁴ IGZ, čl. 2725.

¹⁵ Lucia Ruggeri, Sandra Winkler, "Neka pitanja o imovinskim odnosima bračnih drugova u hrvatskom i talijanskom obiteljskom pravu", *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, br. 1, 2019, 188.

¹⁶ L. Ruggeri, op. cit., 183.

supružnici ne zaključe predbračni ugovor.¹⁷ Imovina koju je jedan supružnik posedovao pre braka ostaje njegova posebna imovina, kao i imovina stečena u braku ličnim poklonom roditelja, rođaka ili drugih lica isključivo jednom supružniku¹⁸ ali i novostečena imovina raspolaganjem iz posebne imovine.¹⁹ Zajedničkom imovinom se smatra ono što su supružnici zajedno ili odvojeno stekli u toku trajanja braka i ono što je proisteklo od njihovih ličnih prihoda.²⁰ Svaka stvar, pokretna ili nepokretna smatra se bračnom tekovinom, ukoliko se ne dokaže da pripada samo jednom od supružnika.²¹

U vezi upravljanja i raspolaganja zajedničkom imovinom propisano je da svaki supružnik može preduzimati poslove redovnog upravljanja i raspolaganja, ali ako učini tom prilikom određene propuste samostalno odgovara za iste.²² Preduzeti pravni posao obavezuje i drugog supružnika koji nije učestvovao u njegovom zaključenju, osim ako se radi o poslovima u vezi zanimanja supružnika. Kada je u pitanju raspolaganje vrednijom zajedničkom imovinom postoje zakonska ograničenja utoliko što jedan supružnik bez saglasnosti drugog ne može prodati ni opteretiti nepokretnost, poslovnu imovinu, neprenosiva prava u privrednom društvu i pokretne stvari za čije otuđenje se zahteva overa notara, niti može dati u zakup poljoprivredno gazdinstvo i nepokretnosti koje se koriste u komercijalne ili industrijske svrhe.²³

Ukoliko jedan od supružnika čini propuste i greške u upravljanju i raspolaganju imovinom u meri u kojoj se ugrožavaju interesi porodice, drugi supružnik je ovlašćen da zatraži deobu zajednice dobara čime bi se ušlo u režim odvojenih imovina.²⁴ Kada jedan supružnik prekorači ovlašćenja u upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom postoje dve sankcije: u slučaju prevare (*fraude*) pravni posao ne proizodi pravne posledice prema drugom supružniku i postoji mogućnost da savesni oštećeni supružnik u tom slučaju podnese zahtev za naknadu

¹⁷ Francuski građanski zakonik iz 1804. godine (*Code Civil*), čl. 1400. – dalje FGZ (dostupno na internet adresi: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>, 20.08.2020.)

¹⁸ FGZ, čl. 1405.

¹⁹ FGZ, čl. 1406. – u posebnu imovinu još spadaju odeća, stvari za ličnu upotrebu, potraživanje naknade neimovinske štete, neprenosiva potraživanja, penzije, stvari koje služe u vršenju zanimanja i uopšte svaka imovina vezana za ličnost (FGZ, čl. 1404).

²⁰ FGZ, čl. 1401.

²¹ FGZ, čl. 1402.

²² FGZ, čl. 1421, st. 1.

²³ FGZ, čl. 1424–1425.

²⁴ FGZ, čl. 1449.

štete. Francusko pravo poznaje pravilo sledeće sadržine: ako jedan bračni drug grubo zanemaruje svoje obaveze i ugrožava interese porodice, sud može da odredi da taj supružnik ne može da zaključi pravne poslove raspolaganja zajedničkom ili čak svojom posebnom imovinom bez saglasnosti drugog supružnika. Ova mera maksimalno traje tri godine.²⁵

U nemačkom pravu je do 1957. godine postojao režim odvojenosti imovina, što je tada bio zakonski imovinski režim.²⁶ Nakon što je usvojen Zakon o ravnopravnosti polova od 18. juna 1957. godine došlo je do izjednačavanja položaja žene i muškarca u braku i tako su izmenjene i odredbe Nemačkog građanskog zakonika (NGZ) koje su se odnosile na imovinski režim supružnika.²⁷ Novi zakonski režim – zajednica priraštaja predstavlja kombinaciju režima odvojenosti imovina koji važi tokom braka i režima odložene zajednice u braku stečene imovine, čija se vrednost utvrđuje u slučaju prestanka braka.²⁸ Prema režimu odvojenosti imovina supružnik je titular kako posebne imovine tako i celokupne imovine koju stekne u braku, bez obzira na trenutak sticanja i pravni osnov. Sa izuzetkom određene imovine potrebne za zajedničko domaćinstvo, ostalom imovinom supružnik samostalno upravlja i raspoláže i snosi odgovornost za eventualne propuste. Međutim, svaki supružnik može obavljati poslove u cilju podmirivanja životnih potreba porodice i takvi poslovi obavezuju i drugog supružnika, ukoliko okolnosti ne diktiraju suprotno.²⁹

NAŠE RANIJE ZAKONODAVSTVO

U periodu pre Drugog svetskog rata, celokupna građanskopravna oblast u Srbiji je bila kodifikovana Građanskim zakonikom iz 1844. godine (SGZ). Odredbe SGZ kojima su uređeni imovinski odnosi supružnika u najvećoj meri su preuzeti iz Austrijskog građanskog zakonika (AGZ). U to vreme su u Srbiji običaji imali veliki uticaj na bračno pravo, a stanovništvo je, posebno na selu, živelo u porodičnim zadrugama. Stoga je bilo teško izmiriti pravne norme stvorene u ra-

²⁵ Irena Majstorović, *Bračni ugovor*, Pravni fakultet, Zagreb, 2005, 102–103.

²⁶ Nemački građanski zakonik iz 1896. godine (*Buergerliches Gesetzbuch*), čl. 1363–1425 (stara redakcija) – dalje NGZ (dostupno na internet adresi: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>, 20.08.2020.)

²⁷ U Nemačkoj supružnici mogu imovinske odnose da urede zaključenjem dva sadržinski različita oblika bračnog ugovora (NGZ, čl. 1414–1415), što ako ne učine primenjivaće se zakonski bračni imovinski režim.

²⁸ NGZ, čl. 1363.

²⁹ NGZ, čl. 1357.

zvijenom društvu sa društvenom organizacijom, shvatanjima i običajima koji su postojali u tadašnjoj Srbiji. U SGZ nije dograđen sistem bračnog imovinskog režima. Imovinske odnose karakteriše neravnopravnost žene koja, iako je imala posebnu imovinu koju bi donosila udajom i koja je ulazila u zadružnu imovinu, nije mogla raspolagati ni svojom posebnom imovinom ni zajedničkom imovinom bez saglasnosti muža.³⁰ SGZ je davao mnogo veća ovlašćenja mužu u upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom, koji je imao položaj starešine domaćinstva. Žena je imala pasivnu ulogu i bila je dužna da se pokorava mužu. U skladu sa takvim položajem muž je snosio sve obaveze u vezi sa podmirivanjem potreba porodične zajednice.³¹

U periodu nakon Drugog svetskog rata prestao je važi Srpski građanski zakonik,³² te je svaka grana građanskog prava bila parcijalno uređena posebnim zakonima. Među prvim zakonima u novoj Jugoslaviji donet je 1946. godine Osnovni zakon o braku,³³ kojim je uređena oblast bračnog prava. U njemu je bilo naglašeno da zaključujući pravne poslove povodom svoje imovine supružnici preuzimaju imovinske obaveze koje mogu biti pojedinačne (lične) ili solidarne (zajedničke). U ovom zakonu je propisano da za obaveze koje je jedan bračni drug imao pre stupanja u brak, kao i za obaveze koje primi posle stupanja u brak, ne odgovara drugi bračni drug. Međutim, za obaveze koje u toku braka preuzme na sebe jedan bračni drug za tekuće potrebe zajednice odgovara poveriocima i drugi bračni drug kao da ih je on sam na sebe preuzeo.³⁴

Slično rešenje je sadržao i Zakon o braku i porodičnim odnosima Srbije iz 1980. godine.³⁵ U njemu je propisano da za obaveze koje je jedan bračni drug imao pre stupanja u brak, kao i obaveze koje je samostalno preduzeo posle stupanja u brak, ne odgovara drugi bračni drug. Za ove obaveze bračni drug odgovara svojom posebnom imovinom i svojim udelom u zajedničkoj imovini, a zahtev za utvrđivanje dela bračnog druga u zajedničkoj imovini može postaviti i poverilac bračnog druga.³⁶ Isti Zakon je predvideo i solidarnu odgovornost supružnika koja je nešto šira nego što je to bilo propisano ranijim OZB, jer je solidarna odgo-

³⁰ Rajko Sudžum, *Imovinski odnosi bračnih drugova*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1982, 42.

³¹ Mehmed Begović, *Porodično pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1961, 79.

³² Zakon o prestanku važnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije (*Službeni list FNRJ*, br. 86/46).

³³ Osnovni zakon o braku (*Službeni list FNRJ*, br. 29/46, 36/48, 44/51, 18/55, 12/65, 28/65).

³⁴ OZB, čl. 9.

³⁵ *Službeni glasnik SRS*, broj 22/80.

³⁶ ZBPO Srbije, čl. 335.

vornost proširena kako za tekuće potrebe, tako i za druge obaveze koje po opštim propisima terete oba bračna druga.³⁷

Kod upravljanja i raspolaganja zajedničkom imovinom istim zakonom je proklamovana ravnopravnost muškarca i žene, koji su zajedničkom imovinom upravljali i raspolagali zajednički i sporazumno. Kako su udeli supružnika u zajedničkoj imovini neopredeljeni, tako jedan supružnik nije mogao samostalno raspolagati zajedničkom imovinom. Supružnici su mogli ugovorom poveriti jedan drugome upravljanje i raspolaganje zajedničkom imovinom i to kako celokupnom zajedničkom imovinom tako i njenim delovima. Ugovorom se mogao jedan supružnik ograničiti samo na upravljanje ili samo na raspolaganje imovinom, ali je takav sporazum mogao biti jednostrano opoziv u svako doba.³⁸

PORODIČNI ZAKON SRBIJE

U porodičnom zakonodavstvu Srbije je pozitivnopravni propis Porodični zakon Republike Srbije iz 2005. godine.³⁹ Njime su sveobuhvatno regulisani porodični odnosi kao i oblast bračnih imovinskih odnosa.

Prema čl. 174. Porodičnog zakona (*Upravljanje i raspolaganje*) zajedničkom imovinom supružnici upravljaju i raspoložu zajednički i sporazumno; smatra se da poslove redovnog upravljanja supružnik uvek preduzima uz saglasnost drugog supružnika; supružnik ne može raspolagati svojim udelom u zajedničkoj imovini, niti ga može opteretiti pravnim poslom među živima.

Supružnici su titulari prava na zajedničku imovinu.⁴⁰ Suštinsko obeležje pravne prirode zajedničke imovine je da su poznati vlasnici-supružnici, ali nije poznat njihov vlasnički udeo. Udeli supružnika su neopredeljeni u stvarnim i obligacionim pravima koja potiču iz njihove zajedničke imovine. Ovakva zajednička imovina supružnika je specifična i razlikuje se od drugih oblika svojine. Za razliku od suvlasništva gde je poznat idealni udeo ili etažne svojine gde je poznat realni udeo titulara prava, kod zajedničke imovine supružnika postoji neodređenost njihovih udela. Sve dok ne dođe do deobe zajedničke imovine supružnici tom imovinom upravljaju i raspoložu zajednički i sporazumno. Ukoliko navede-

³⁷ ZBPO Srbije, čl. 336 st. 2.

³⁸ ZBPO Srbije, čl. 325.

³⁹ *Službeni glasnik RS*, br. 18/05, br. 72/2011, br. 6/2015.

⁴⁰ U pravnoj teoriji se postavilo pitanje tačnosti zakonskog titulusanja ove imovine kao zajedničke imovine, sa primedbom da bi tačniji termin bio bračna susvojina (kao oboriva pravna pretpostavka). V. Slobodan Panov, *Porodično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 329.

ne poslove preuzima samo jedan supružnik, neophodna bi bila pisana saglasnost drugog supružnika u formi zaključenja ugovora, kojim bi se ugovorilo samo upravljanje ili samo raspolaganje. Ukoliko se ugovor odnosi na nepokretnost isti se upisuje u javni registar prava na nepokretnostima, i u cilju veće pravne sigurnosti mora biti overen od strane javnog beležnika.⁴¹

Radi lakšeg pravnog prometa zakonom je ustanovljena pretpostavka da za sve poslove u vezi redovnog upravljanja stvarima i pravima iz zajedničke imovine, jedan supružnik ima prethodnu saglasnost drugog supružnika.

Supružnik ne može raspolagati svojim neopredeljenim udelom u zajedničkoj imovini pravnim poslom među živima, ali može raspolagati svojim udelom pravnim poslom *mortis causa* (npr. testamentom), ali samo ako nije povređen udeo drugog supružnika u zajedničkoj imovini. Ukoliko bi jedan supružnik bez saglasnosti drugog supružnika otuđio stvar iz zajedničke imovine, takav ugovor bi bio ništav, jer je protivan imperativnoj zakonskoj normi. Savesni sticalac bi jedino mogao steći pravo svojine na tim stvarima po osnovu opštih pravila o sticanju svojine održajem, odnosno sticanju svojine od nevlasnika. Pri tom postoji bitna razlika u pravilima o sticanju svojine na pokretnim stvarima i sticanju svojine na nepokretnostima.⁴² U pravnoj teoriji prevladava stav da kod otuđenja pokretnih stvari jedan supružnik to uvek čini uz izričitu ili prećutnu saglasnost drugog supružnika, jer bi u suprotnom došlo do kočenja pravnog prometa i pravne nesigurnosti imajući u vidu da se svakodnevno zaključuje veliki broj pravnih poslova u vezi pokretnih stvari.⁴³

Čl. 186. Porodičnog zakona (*Odgovornost za sopstvene obaveze*) predviđa da: za sopstvene obaveze preuzete pre ili nakon zaključenja braka odgovara supružnik koji ih je preduzeo svojom posebnom imovinom, kao i svojim delom u zajedničkoj imovini.

Prema čl. 187. Porodičnog zakona (*Odgovornost za zajedničke obaveze*): "(1) Za obaveze preuzete radi podmirjenja potreba zajedničkog života u braku, kao i obaveze koje po zakonu terete oba supružnika, odgovaraju supružnici solidarno svojom zajedničkom i posebnom imovinom; (2) Supružnik koji je iz svoje posebne imovine podmirio zajedničku obavezu ima pravo na naknadu od drugog supružnika srazmerno njegovom udelu u zajedničkoj imovini".

Supružnici prava i obaveze mogu preuzimati pre zaključenja braka ili nakon toga. Pojedinačna odgovornost supružnika postoji za obaveze ličnog karaktera (izdržavanje dece iz ranijeg braka, porez po osnovu poklona ili nasleđa, izdaci

⁴¹ Porodični zakon, čl. 189.

⁴² Marija Draškić, *Komentar Porodičnog zakona*, Službeni glasnik, Beograd, 2016, 432.

⁴³ Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, Nomos, Beograd, 1996, 166.

oko upravljanja i raspolaganja posebnom imovinom...). Za takve obaveze odgovara supružnik koji ih je preuzeo svojom posebnom imovinom kao i svojim udelom u zajedničkoj imovini. U slučaju da poverilac naplatu vrši iz zajedničke imovine prethodno bi morao tražiti deobu zajedničke imovine, kako bi se tačno mogao utvrditi udeo supruga – dužnika.⁴⁴

Za zajedničke obaveze koje su preuzete radi podmirjenja potreba zajedničkog života u braku – odgovaraju supružnici solidarno i to kako svojim udelima u zajedničkoj imovini tako i svojom posebnom imovinom. Poverioci po svom izboru mogu zahtevati ispunjenje obaveze od bilo kog supružnika, koja okolnost dodatno pogoduje poveriocima u cilju lakšeg namirenja.⁴⁵ Nakon što je jedan supružnik podmirio zajedničku obavezu iz svoje posebne imovine ima pravo na naknadu od drugog supružnika srazmerno njegovom udelu u zajedničkoj imovini.⁴⁶

PREDNACRT GRAĐANSKOG ZAKONIKA SRBIJE

U našoj državi se prethodnih godina odvijao intenzivan rad na kodifikaciji građanskopravne oblasti koji je trebalo da u dogledno vreme rezultira donošenjem Građanskog zakonika.⁴⁷ U budućoj građanskopravnoj regulativi posvećena je pažnja imovinskim odnosima supružnika, a u okviru toga pravnom regulisanju pitanja upravljanja i raspolaganja zajedničkom imovinom i obavezama supružnika prema trećim licima. Do sada su objavljene dve verzije Prednacrt Građanskog zakonika. U prvoj koja je objavljena 2015. godine bilo je 468 alternativnih predloga pojedinih zakonskih rešenja.⁴⁸ Nakon javne rasprave o Prednacrtu koja je usledila nakon toga i na osnovu dobijenih sugestija i predloga Komisija za izradu Građanskog zakonika je 2019. godine objavila drugu verziju Prednacrt, koja će, takođe, biti predmet javne rasprave u cilju pripreme što boljeg finalnog teksta Prednacrt.⁴⁹

⁴⁴ PZ, čl. 181.

⁴⁵ ZOO, čl. 414.

⁴⁶ ZOO, čl. 423, st. 1.

⁴⁷ Komisija za izradu Građanskog zakonika obrazovana je Odlukom Vlade RS 2006. godine (*Službeni glasnik RS*, br. 104/06), a prestala je sa radom Odlukom Vlade RS, br. 51 od 19. jula 2019. godine koja je stupila na snagu 31. jula 2019. godine. (*Službeni glasnik*, br. 51/19).

⁴⁸ Vlada Republike Srbije. Komisija za izradu Građanskog zakonika. *Građanski zakonik, radni tekst pripremljen za javnu raspravu sa alternativnim predlozima*, Beograd, 29.05.2015. g.

⁴⁹ Vlada Republike Srbije. Komisija za izradu Građanskog zakonika. *Prednacrt Građanski zakonika Republike Srbije (druga verzija – radni tekst)*, Beograd maj–jun 2019. g. Druga verzija Prednacrt je radi potpunijeg informisanja pravničke javnosti sa koncepcijom i predloženim rešenjima objavljena u dva posebna broja “Braniča” i to Opšti deo i poglavlje o Obligacionim odno-

Upravljanje i raspolaganje zajedničkom imovinom

U Prednacrtu Građanskog zakonika u vezi upravljanja i raspolaganja zajedničkom imovinom normirana je odredba člana 2322. koji je komparativan sa sadašnjim rešenjem iz čl. 174. Porodičnog zakonika. Prema ovom pravilu: "zajedničkom imovinom supružnici upravljaju i raspoložu zajednički i sporazumno; smatra se da poslove redovnog upravljanja supružnik uvek preduzima uz saglasnost drugog supružnika; supružnik ne može raspolagati svojim udelom u zajedničkoj imovini, niti ga može opteretiti pravnim poslom među živima".

Ovde se zakonodavac izjasnio u vezi redovnog upravljanja zajedničkom imovinom za koju jednom supružniku ne treba posebna dozvola od strane drugog supružnika, i čija se saglasnost pretpostavlja. Međutim, kod normiranja ovog člana zakonodavac je ostao nedorečen šta spada u domen redovnog upravljanja i raspolaganja zajedničkom imovinom, a šta spada u domen vanrednog upravljanja, i koji su to poslovi koji premašuju obim redovne upotrebe. S tim u vezi smatramo kao neophodno da se u zakonskom tekstu navedu poslovi redovne upotrebe, kod kojih nije potreban pristanak drugog supružnika, i vanredni poslovi, za koje je potreban pristanak drugog supružnika. Ovakvim poimeničnim nabrojanjem poslova kojima supružnici mogu raspolagati samostalno, odnosno za koji im je potreban pristanak drugog supružnika postigla bi se i praktična korist, utoliko što bi se svi supružnici, od kojih najveći deo nisu pravnici, upoznali sa poslovima za čije preduzimanje im je potrebna saglasnost drugog supružnika.

Kao poslovi redovnog upravljanja mogli bi se smatrati poslovi u vezi redovnog održavanja, iskorišćavanja i upotrebe stvari za njenu redovnu svrhu. Za takve poslove ne bi se tražio izričiti pristanak drugog supružnika i smatralo bi se da je drugi supružnik dao svoju saglasnost, ukoliko se ne dokaže suprotno.

Kao poslove vanrednog upravljanja na nekretninama ili pokretnim stvarima veće vrednosti, smatrali bi se: davanje stvari u zakup, najam ili zalog, uspostavljanje hipoteke ili založnog prava, uspostavljanje službenosti, stvarnog tereta ili prava građenja u korist trećih lica, promena namene stvari, veće popravke ili dogradnje kojima se menja celovitost stvari.

U budućoj zakonskoj regulativi treba zadržati pravilo da supružnici zajednički upravljaju i raspoložu imovinom. Ukoliko bi jedan supružnik u vezi raspolaganja i korišćenja zajedničke imovine i pored ovakve obavezne saglasnosti drugog supružnika, ipak, samostalno preduzeo poslove raspolaganja kojima bi otuđio zajedničku imovinu, postavilo bi se pitanje da li bi takav pravni posao proizvodio

sima u broju 3/2018, a poglavlje o Stvarnom pravu, Porodičnim odnoisima i Nasledivanju u broju 4/2018.

pravna dejstva. Pritom treba uočiti da postoji razlika u tome da li je supružnik raspolagao pokretnom stvari ili nepokretnošću.

U nekim zakonodavstvima država bivše Jugoslavije usvojeno je pravilo da se u odnosu na treća lica koja stupaju u pravni odnos sa jednim supružnikom kao odlučujuća okolnost za utvrđivanja punovažnosti tog pravnog posla ceni njihova savesnost. U zakonodavstvu Hrvatske je Obiteljskim zakonom iz 2015. godine usvojeno pravilo da nepostojanje saglasnosti za poslove redovnog i vanrednog upravljanja imovinom ne utiče na prava i obaveze savesne treće osobe.⁵⁰ Prema ovakvoj regulativi jedan supružnik bi mogao bez saglasnosti drugog supružnika raspolagati i otuđiti osim pokretnih stvari i nepokretnosti, te ukoliko bi treće lice bilo savesno, takav nedostatak ne bi mogao uticati na njegova stečena prava i pravni posao bi bio punovažan, s tim što bi supružnik bio u obavezi da drugom supružniku nadoknadi svu štetu koja bi za njega proistekla iz tog pravnog posla.⁵¹

U zakonodavstvu BiH – Republike Srpske je ovo pitanje uređeno stvarno-pravnom regulativom, te se kod raspolaganja pokretnim stvarima osim savesnosti zahteva i ispunjenje drugog kumulativnog uslova koji se odnosi na pravnu prirodu zaključenog posla, pa se uslov smatra ispunjenim samo ako je raspolaganje učinjeno na osnovu teretnog pravnog posla.⁵² Kod raspolaganja nepokretnostima situacija je nešto složenija, naročito ako je supružnik koji raspolaže imovinom upisan u zemljišnim knjigama kao isključivi vlasnik. Tada dolazi do kolizije dva važna načela imovinskog prava: načela da niko ne može na drugog preneti više prava nego što sam ima i načela poverenja u zemljišne knjige. Ovde je zakonodavac dao prednost načelu poverenja u zemljišne knjige i propisao da će treće lice steći svojinu u punom obimu na predmetnoj nepokretnosti ako je postupalo u dobroj veri i kada u zemljišnim knjigama nije bila upisana zajednička svojina supružnika.⁵³ Opravdanje za ovakav postupak pravna teorija nalazi prvenstveno u zaštiti interesa savesnih trećih lica i poštovanju načela pravne sigurnosti. Osim toga, smatra se da ovakvo rešenje pogoduje i interesima samih supružnika jer bi

⁵⁰ Obiteljski zakon Hrvatske (NN 103/15, 98/19), čl. 37. st. 3.

⁵¹ Ovakva odredba nije postojala u ranijim Obiteljskim zakonima Hrvatske iz 1999. godine (NN 162/98) i 2003. godine (NN 116/03), gde je bilo propisano da je jedan supružnik bez saglasnosti drugog supružnika može da preduzima samo poslove redovnog upravljanja zajedničkom imovinom ali ne i vanrednog. U hrvatskoj pravnoj teoriji u vezi takvog novog rešenja postoje argumentovani prigovori. V. Tomislav Aralica, *Bračna stečevina i drugi imovinski odnosi bračnih drugova u sudskoj praksi: imovinski odnosi izvanbračnih drugova i životnih partnera: zakonski tekstovi i bogata sudska praksa*, Novi informator, Zagreb, 2017, 33.

⁵² Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske (*Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 124/08), čl. 47. st. 2. t. a.

⁵³ Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske, čl. 47. st. 2 t. b.

u suprotnom treća lica sa značajnom rezervom ulazila u odnose sa licima koja su u braku, pa bi moglo eventualno doći i do izbegavanja zaključenja pravnih poslova sa njima.⁵⁴

Ovakva rešenja iz uporednog prava su u suprotnosti sa bitnim načelima i pravilima stvarnog i obligacionog prava. Jedno od osnovnih načela građanskog prava je da niko ne može na drugog preneti više prava nego što sam ima.⁵⁵ Pored toga, ovakva raspolaganja bi bila i suprotna pravilima o ništavosti ugovora ukoliko su zaključeni protivno prinudnim propisima. Ukoliko je nesporno da bi naša buduća zakonska regulativa trebalo da sadrži obaveznu pisanu saglasnost drugog supružnika za vanredno upravljanje i raspolaganje zajedničkom imovinom, onda bi davanje punovažnosti zaključenom pravnom poslu bez takve saglasnosti, bilo u suprotnosti sa prinudnim propisima koji takve pravne poslove smatraju ništavim. Raspolaganje stranaka se u određenim slučajevima ograničava prinudnim propisima. Zato zaključenje pravnog posla u kome je predmet obaveze nedopušten ne proizvodi pravno dejstvo i sud mu ne daje pravnu zaštitu. Zabranom putem prinudnih propisa štiti se zakonitost odnosno društveni i pravni poredak. Iako su prema Zakonu o obligacionim odnosima (ZOO) stranke slobodne da obligacioni odnos uredi prema svojoj volji,⁵⁶ ipak, za neke odnose zakon propisuje određene uslove, kojih se stranke moraju pridržavati. Time je ograničena autonomija volje stranaka u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja.⁵⁷ Tako i u ovom slučaju ako je ugovorom ili na drugi način jedan supružnik, bez pisane saglasnosti drugog supružnika, raspolagao određenim delom zajedničke imovine, sud takvom pravnom poslu neće dati pravnu zaštitu jer je protivan prinudnom propisu, i samim tim je takav pravni posao ništav.⁵⁸

Stoga smatramo da bi naš zakonodavac u budućoj zakonskoj regulativi trebalo najpre da u tekstu zakona precizira šta spada u poslove redovnog, a šta u poslove vanrednog upravljanja zajedničkom imovinom. Zatim bi trebalo da usvoji pravilo da poslove raspolaganja ili vanrednog upravljanja nepokretnostima ili pokretnim stvarima veće vrednosti odnosno pokretnim stvarima upisanim u javni registar (motorno vozilo, plovilo...), mogu samo zajednički preduzimati oba supružnika ili ukoliko navedene poslove preduzima samo jedan supružnik, neop-

⁵⁴ Darko Radić, *Imovinski odnosi u braku*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2016, 169.

⁵⁵ Poznata je latinska izreka: "*Nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*" koja izražava osnovno načelo građanskog prava da samo titular prava može to pravo preneti na drugo lice.

⁵⁶ ZOO, čl. 10.

⁵⁷ ZOO, čl. 49.

⁵⁸ ZOO, čl. 103.

hodna bi bila pisana saglasnost drugog supružnika, koja bi morala biti overena od strane javnog beležnika. U suprotnom bi takav pravni posao bio ništav. Usvajanjem ovakvog pravila sprečile bi se situacije u kojima bi moglo da dođe do ugrožavanja materijalne stabilnosti porodice, što bi bilo u skladu sa intencijom našeg zakonodavca. Kod redovnog upravljanja zajedničkom imovinom takva saglasnost drugog supružnika ne bi bila neophodna. Zaključeni pravni posao jednog supružnika bez saglasnosti drugog supružnika ne bi uticao na prava i obaveze saveznog trećeg lica, jer bi se u takvim situacijama saglasnost drugog supružnika podrazumevala.

Jednostrano raspolaganje jednog supružnika van redovnog upravljanja i raspolaganja moglo bi se smatrati i poslovođstvom bez naloga.⁵⁹ Jedino ako preduzeti posao nije trpeo odlaganje, ako je bio nužan da bi se otklonila opasnost od nastupanja štete, ili bi se njima ostvarila korist za titulare imovine, supružnik ne bi trpeo pravne posledice. U suprotnom, oštećeni supružnik bi se štitio obligacionopravnim zahtevom kojim bi zahtevao naknadu vrednosti otuđenog dobra srazmerno njegovom udelu. Takav zahtev bi mogao da ostvari u sudskom postupku za naknadu štete ili u postupku deobe zajedničke imovine, gde bi se prilikom utvrđivanja i obračuna deobne mase ovo potraživanje uračunalo u posebnu imovinu oštećenog supružnika.

Odgovornost za obaveze

U savremenom društvu pojedinac je opterećen različitim obavezama koje su deo svakodnevice, a dugovi predstavljaju sastavni deo realnog života. Kada nastane određena obaveza supružnika prema trećim licima, postavlja se pitanje ko je odgovoran za nastale dugove. Razjašnjenje takve dileme je naročito važno za poverioce, koji pre pokretanja prinudne naplate moraju znati ko je pasivno legitimisan u budućem izvršnom postupku, odnosno da li naplatu mogu zahtevati od oba bračna druga solidarno ili samo od jednog supružnika.

U vezi odgovornosti za obaveze supružnika prema trećim licima naš zakonodavac je u Prednacrta građanskog zakonika u čl. 2335. i 2336. prihvatio preuzimanje odredbi iz dosadašnjeg pozitivnog porodičnog zakonodavstva iz čl. 186. i 187. Porodičnog zakona. Prema čl. 2335, za sopstvene obaveze preuzete pre ili nakon zaključenja braka odgovara supružnik koji ih je preduzeo svojom posebnom imovinom, kao i svojim delom u zajedničkoj imovini. Čl. 2336 predviđa da za obaveze preuzete radi podmirenja potreba zajedničkog života u braku, kao i obaveze koje po zakonu terete oba supružnika oni odgovaraju solidarno svojom

⁵⁹ ZOO, čl. 751. i 752.

zajedničkom i posebnom imovinom. Supružnik koji je iz svoje posebne imovine podmirio zajedničku obavezu ima pravo na naknadu od drugog supružnika srazmerno njegovom udelu u zajedničkoj imovini.

Iz navedenih odredaba se može uočiti da je zakonodavac uočio razliku između odgovornosti jednog supružnika za sopstvene obaveze i odgovornosti oba supružnika za zajedničke obaveze. Što se tiče nastalih obaveza prema trećim licima u vezi sa korišćenjem i upotrebom zajedničke imovine, naš zakonodavac je pravilno razgraničio u kojim slučajevima supružnici za nastale obaveze odgovaraju solidarno, a za koje obaveze odgovara samo jedan od supružnika. Pri tom treba imati u vidu činjenicu da su za nastanak bračne zajedničke imovine potrebna tri uslova: brak, zajednica života i rad supružnika.

Zakonodavac je u vezi utvrđivanja odgovornosti supružnika za zajedničke obaveze dao značaj utvrđivanju činjenice da li je pravni posao iz kojeg je nastala obaveza prema trećem licu, preduzet u cilju zadovoljavanja potreba zajedničkog života ili u neku drugu svrhu. Time je dato do znanja da se pravila o solidarnoj odgovornosti supružnika primenjuju samo na one obaveze koje su rezultat imovinske i životne zajednice supružnika. Međutim, iz zakonskog teksta se ne može detaljnije zaključiti šta spada u potrebe zajedničkog života, što može u praksi stvoriti određene nedoumice. Smatramo da bi u potrebe zajedničkog života u braku spadale sve obaveze jedne porodice i to: egzistencijalne, obrazovne, kulturne ili druge prirode. Takve obaveze mogu biti periodičnog karaktera u smislu redovnog plaćanja režija (struja, voda, komunalije, internet), poreza, najma stana, kao i tekućih potreba ishrane, odevanja, popravke kućnih aparata, lečenja, itd. Osim periodičnih obaveza, takve potrebe bi mogle biti i jednokratne u smislu kupovine stana za potrebe zajednice, automobila itd. Sve ove potrebe su subjektivnog karaktera i zavise od ekonomskih prilika i životnog standarda supružnika. U tom slučaju bi za nastale obaveze radi zadovoljavanja potreba zajedničkog života solidarno odgovarala oba supružnika zajedničkom imovinom ili svojom posebnom imovinom. Ovo sve pod uslovom da je u trenutku preuzimanja obaveze egzistirala zajednica života, jer u suprotnom ne bi postojala solidarna odgovornost već pojedinačna.

Ukoliko bi jedan od supružnika preduzeo samostalno i bez saglasnosti drugog supružnika poslove većeg obima iz kojih bi nastale obaveze prema trećim licima, ili ukoliko bi određena obaveza bila nesrazmerno velika u odnosu na kvalitet njihovog životnog standarda, navika i uobičajenog ponašanja u potrošnji dobara i usluga, onda bi se takva obaveza smatrala pojedinačnom obavezom jednog supružnika. Za takvu obavezu bi on samostalno odgovarao i bio bi jedini pasivno legitimisan kao dužnik prema trećim licima. U takvim slučajevima bi naš zakonodavac mogao da kao osnov odgovornosti za nastale obaveze označi loše uprav-

ljanje jednog od supružnika zajedničkom imovinom. Za razliku od uporednog zakonodavstva, u našem porodičnom zakonodavstvu nije tom problemu dat poseban značaj. Smatramo da bi u slučaju lošeg upravljanja zajedničkom imovinom koje bi prouzrokovalo nepotrebne obaveze za bračnu zajednicu, odgovornost trebalo da snosi isključivo supružnik koji je takve obaveze svojim lošim upravljanjem skrivio. U tom slučaju bi taj supružnik samostalno odgovarao za dospele obaveze prema trećim licima, a bio bi i u obavezi da naknadi štetu drugom supružniku.

Pored toga jedan supružnik bi bio samostalno obavezan prema trećim licima u vezi naknade štete kod ugovorne ili deliktne odgovornosti, kod plaćanja novčane kazne i sudskih troškova u prekršajnom ili redovnom sudskom postupku, obaveze iz ugovora o jemstvu itd. Poverioci bi se u tom slučaju mogli namiriti iz posebne imovine tog supružnika ali i iz zajedničke imovine ali samo do visine vrednosti udela tog supružnika u zajedničkoj imovini. Poverioci bi bili ovlašćeni da iniciraju kod suda postupak deobe zajedničke imovine u cilju tačnog utvrđivanja udela supruga – dužnika u zajedničkoj imovini, i to samo ukoliko prethodno nisu mogli namiriti svoja potraživanja iz njegove posebne imovine.⁶⁰

Ukoliko poverilac, nakon deobe zajedničke imovine, inicira postupak prinudne naplate prema jednom supružniku, drugi supružnik bi imao pravo preče kupovine na stvari koja je predmet javne prodaje u izvršnom postupku, shodno čl. 700. st. 3. i čl. 701. Prenacrta. Pošto bi Građanski zakonik predstavljao jedinstvenu celinu pravila koja regulišu zakonsko pravo preče kupovine primenjivala bi se u takvim slučajevima i na supružnike, jer deobom zajedničke imovine supružnici postaju suvlasnici u smislu čl. 2326. Prednacrta. Mogućnost primene ovakvog pravila za supružnike je važna iz razloga što bi u nekim slučajevima bilo korisno da se u okviru domaćinstva sačuva određena stvar koja je od značaja za njihove svakodnevne potrebe.

ZAKLJUČAK

U oblasti imovinskih odnosa supružnika značajno mesto pripada upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom i odgovornosti supružnika za obaveze prema trećim licima. Navedena pitanja smo analizirali kroz uporednopravni pregled, istorijski osvrt na naše zakonodavstvo i pozitivnopravna rešenja, dajući pri tom sugestije i predloge *de lege ferenda*.

U uporednom pravu je bračno-imovinskim odnosima dat poseban značaj. U radu smo prikazali kako su u zakonodavstvima Švajcarske, Italije, Francuske i

⁶⁰ Takvo rešenje je već predviđeno pozitivnim zakonodavstvom u čl. 181. Porodičnog zakona.

Nemačke rešavana pitanja iz bračnog imovinskog prava u vezi upravljanja i raspolaganja zajedničkom imovinom i odgovornosti supružnika za preuzete obaveze, koja pojedina rešenja bi mogla biti korisna za naše buduće pravo.

U našem ranijem zakonodavstvu Srpski građanski zakonik je davao mnogo veća ovlašćenja mužu koji je upravljao i raspolagao bračnom imovinom i snosio odgovornost za sve obaveze u vezi sa potrebama porodične zajednice. Posle Drugog svetskog rata donošenjem saveznog Osnovnog zakona o braku iz 1946. godine dolazi do zakonskog izjednačavanja supružnika u pravima i obavezama. Već tada je propisano da supružnici zajednički upravljaju i raspolazu imovinom i zaključujući pravne poslove preuzimaju imovinske obaveze koje mogu biti pojedinačne (lične) ili solidarne (zajedničke). Takav režim upravljanja imovinom i sistem odgovornosti, uz izvesne kvalitativne dopune, primenjivao se i u našoj kasnijoj zakonskoj regulativi, uključujući i ZBPO Srbije iz 1980. godine.

Porodični zakon Srbije iz 2005. godine je propisao da supružnici zajedničkom imovinom upravljaju i raspolazu zajednički i sporazumno, pri čemu se smatra da poslove redovnog upravljanja supružnik uvek preduzima uz saglasnost drugog supružnika. Svojim udelom u zajedničkoj imovini supružnik ne može raspolagati niti ga može opteretiti pravnim poslom među živima. Za sopstvene obaveze preuzete pre ili nakon zaključenja braka odgovara supružnik koji ih je preuzeo svojom posebnom imovinom, kao i svojim udelom u zajedničkoj imovini. Supružnici solidarno odgovaraju zajedničkom ili svojom posebnom imovinom za obaveze preuzete radi podmirivanja zajedničkog života u braku, kao i za obaveze koje po zakonu terete oba supružnika.

Naš zakonodavac je u Prednacrtu Zakonika uglavnom preuzeo zakonska rešenja iz pozitivnopravne regulative. Predložena rešenja smo kritički razmotrili, a na odgovarajućim mestima dati su određeni predlozi i sugestije radi njihovog poboljšanja:

U budućoj zakonskoj regulativi potrebno je zadržati pravilo da supružnici zajednički upravljaju i raspolazu imovinom. Jedan supružnik bi mogao bez saglasnosti drugog da obavlja samo poslove redovnog upravljanja imovinom. Za raspolaganje ili vanredno upravljanje nepokretnom imovinom ili pokretnim stvarima veće vrednosti, odnosno pokretnim stvarima koje se upisuju u javni registar, bila bi neophodna pisana saglasnost drugog supružnika overena od strane javnog beležnika. Bez postojanja takve saglasnosti zaključeni pravni posao bio bi ništav. Pritom bi bilo korisno da se u zakonskom tekstu navedu poslovi redovne upotrebe, kod kojih nije potreban pristanak drugog supružnika, i vanredni poslovi,

za koje je takav pristanak potreban. Supružnik bi bez potrebne saglasnosti drugog supružnika izuzetno mogao da vanredno raspoláže zajedničkom imovinom samo u opravdanim slučajevima komparativnim postupanjem nalogoprimca bez naloga (ako postupajući sa pažnjom dobrog domaćina i po proceni svih okolnosti osnovano smatra da to zahtevaju interesi supružnika, ako preduzeti posao nije trepeo odlaganje, ako je bio nužan da bi se otklonila opasnost od nastupanja štete ili bi se njime ostvarila korist za supružnike).

U Prednacrtu Zakonika je pravilno zadržano pravilo prema kome postoji posebna odgovornost za preuzete obaveze jednog supružnika i solidarna odgovornost oba supružnika za zajedničke obaveze. Posebna odgovornost jednog supružnika bi se smatrala ukoliko supružnik loše upravljanja i raspoláže zajedničkom imovinom i time prouzrokuje nepotrebne obaveze za bračnu zajednicu. Pojedinačna obaveza supružnika bi bila i ukoliko supružnik bez saglasnosti drugog supružnika preuzima poslove većeg obima iz kojih bi nastale obaveze prema trećim licima, ili ukoliko je određena obaveza bila nesrazmerno velika u odnosu na njihov životni standard i uobičajeno ponašanje u potrošnji. Osim što bi samostalno odgovarao prema trećim licima, supružnik bi u tim slučajevima bio u obavezi i da naknadi štetu drugom supružniku. Pored toga jedan supružnik bi bio samostalno obavezan prema trećim licima u vezi naknade štete kod ugovorne ili deliktne odgovornosti, kod plaćanja novčane kazne i sudskih troškova u prekršajnom ili redovnom sudskom postupku, obaveze iz ugovora o jemstvu itd. Ukoliko poverilac nakon deobe zajedničke imovine inicira prinudnu naplatu prema jednom supružniku, drugi supružnik može ostvariti zakonsko pravo preče kupovine na stvari koja je predmet javne prodaje, ukoliko bi takva stvar bila od značaja za njihove svakodnevne potrebe, jer deobom zajedničke imovine supružnici postaju suvlasnici.

Dr. DRAGAN D. PANTIĆ
Attorney at Law, Veliko Gradište

MANAGEMENT AND DISPOSAL BY SPOUSES OF JOINT PROPERTY AND LIABILITY FOR OBLIGATIONS

Summary

The author gives a critical review of some solutions from the marital property law that are contained in the positive legislation and Preliminary Draft of the Civil Code of Serbia. In particular, the issues of management and disposal of the spouses' joint property and responsibility for obli-

gations are analyzed. These two legal issues are presented through the historical development in our law and a comparative legal review, and special emphasis is placed on the analysis of positive legal solutions and proposals *de lege ferenda*.

Key words: marital and property relations, joint property, management and disposal, responsibility for obligations, Preliminary Draft of the Civil Code of Serbia

Literatura

- Aralica T., *Bračna stečevina i drugi imovinski odnosi bračnih drugova u sudskoj praksi: imovinski odnosi izvanbračnih drugova i životnih partnera: zakonski tekstovi i bogata sudska praksa*, Novi informator, Zagreb, 2017.
- Begović M., *Porodično pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1961.
- Draškić M., *Komentar Porodičnog zakona*, Službeni glasnik, Beograd, 2016.
- Majstorović I., *Bračni ugovor*, Pravni fakultet, Zagreb, 2005.
- Panov S., *Porodično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012.
- Radić D., *Imovinski odnosi u braku*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2016.
- Ruggeri L., Winkler S., "Neka pitanja o imovinskim odnosima bračnih drugova u hrvatskom i talijanskom obiteljskom pravu", *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, br. 1, Rijeka, 2019.
- Stanković O., Orlić M., *Stvarno pravo*, Nomos, Beograd, 1996.
- Sudžum R., *Imovinski odnosi bračnih drugova*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1982.
- Vlada Republike Srbije. Komisija za izradu Građanskog zakonika. *Građanski zakonik, radni tekst pripremljen za javnu raspravu sa alternativnim predlozima*, Beograd, 2015.
- Vlada Republike Srbije. Komisija za izradu Građanskog zakonika. *Prednacrt Građanski zakonika Republike Srbije (druga verzija-radni tekst)*, Beograd, 2019.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 14.09.2020.

Prihvaćen: 30.09.2020.

PREGLEDNI RAD

VIDA VILIĆ

NASILJE U PORODICI KAO PANDEMIJA IZ SENKE: TAMNA STRANA MERA ZA SUZBIJANJE ŠIRENJA KORONA VIRUSA

Pandemija Korona virusa donela je novu stvarnost ljudima širom sveta. Suočavanje sa neizvesnošću, strahom od bolesti, nagla promena navika i stila života za mnoge ljude predstavlja stresnu situaciju. Fizička distanca, socijalna izolacija, ograničenje slobode kretanja, obavezna samoizolacija i druge zdravstvene mere u vreme epidemije donete za vreme vanrednog stanja, donele su niz negativnih posledica po psihičko zdravlje jer ljudi postaju zabrinuti, razdražljivi, pojavljuje se niz negativnih emocija. Nasilje u porodici i partnerskim odnosima, koje je široko rasprostranjena pojava u svetu, postaje u vreme izolacije još intenzivnije. Zabrana kretanja i nemogućnost napuštanja zajedničkog prostora za život, pruža velike mogućnosti za ispoljavanje svih oblika rodno zasnovanog nasilja prema ženama. Cilj ovog rada je da ukaže na socijalnu izolaciju kao značajan faktor za ispoljavanje rodno zasnovanog porodičnog nasilja i navede osnovne smernice za pružanje pomoći i podrške žrtvama za prevazilaženje teškoća u suzbijanju ove negativne pojave u vreme pandemije.

Ključne reči: Korona virus, socijalna izolacija, nasilje u porodici, rodno zasnovano nasilje prema ženama

U V O D

Jedna od neophodnih zdravstvenih mera za suzbijanje pandemije Korona virusa je smanjenje ili čak potpuna zabrana društvenih kontakata i ostajanje u

Dr Vida Vilić, pomoćnik direktora za pravne poslove, Klinika za stomatologiju Niš, naučni saradnik u oblasti društvenih nauka – pravne nauke i kriminologija, e-mail: vila979@gmail.com.

svojim domovima izolovano od ostalih ljudi. Zdravstvena struka, državni organi i institucije svu pažnju su posvetili nalaženju najdelotvornijih mera za suzbijanje nepoznatog virusa koji odnosi ljudske živote. U takvoj situaciji potpuno su zane-marene ozbiljne posledice do kojih može da dođe u vreme primene mere izolaci-je. Jedna od tih posledica je povećanje obima rodno zasnovanog nasilja u poro-dici. Kao i strukturalne razlike u društvu, tako i socijalna izolacija, čine posebno ranjivim određene grupe žena, kao što su žene sa invaliditetom, bez državljanstva, izbegle i raseljene, migrantkinje ili azilantkinje, starije žene, Romkinje, žene koje žive na selu ili u udaljenim i izolovanim mestima. Nasilje prema ženama u part-nerskom odnosu je poput pandemije, globalna pojava. Prema postojećim stati-stičkim podacima, u vreme pre pojave pandemije, jedna od tri žene tokom svog života doživi nasilje.¹ Svaka treća žena u reproduktivnom dobu pretrpela je fizič-ko ili seksualno nasilje od strane svog partnera, a više od trećine ubistava žena učini intimni partner.² Mnoge od ovih žena koje su i pre pandemije bile žrtve na-silja od strane svog partnera ili supruga i zarobljene u svojim domovima u vre-me vanrednog stanja sa svojim zlostavljačima, nisu u mogućnosti čak ni da prija-ve nasilje.

Različita međunarodna tela se pozivaju na neuključivanje rodne perspekti-ve u sve mere za ublažavanje posledica pandemije. Prema podacima koje su obja-vili *UN Women*, pre pojave pandemije, tokom 2019. godine, 243 miliona žena i devojaka širom sveta iskusile su seksualno i/ili fizičko nasilje od strane svog inti-mnog partnera.³ O tome koliko je psihičko nasilje rasprostranjeno nema zvanič-nih statističkih podataka. Posle pojave pandemije i uvođenja socijalne izolacije u vreme vanrednog stanja, nasilje se intenziviralo. Prema istim podacima, broj izve-štaja o nasilju u porodici i pozivima za pomoć u velikom broju zemalja porastao je za 25% od kada su uvedene mere socijalne distance.⁴

Svetska zdravstvena organizacija je naglasila da je neophodno i hitno da sve zemlje prihvate činjenicu da je “nasilje nad ženama i dalje glavna globalna pretnja

¹ UN Secretary-General's policy brief: The impact of COVID-19 on women | Digital li-brary: Publications. *UN Women*. <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2020/04/policy-brief-the-impact-of-covid-19-on-women>, 16.8.2020.

² Heidi Stöckl, Karen Devries, Alexandra Rotstein, Naeemah Abrahams, Jacquelin Camp-bell, Charlotte Watts, et al. “The global prevalence of intimate partner homicide: a systemat-ic review”, *Lancet* 2013, Tom 382, br. 9895, 859, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(13\)61030-2](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(13)61030-2), 17.8.2020. (Stöckl et al., 2013: 859)

³ How COVID-19 impacts women and girls violence against women, https://interactive.unwomen.org/multimedia/explainer/covid19/en/index.html?gclid=CjwKCAjw1ej5BRBhEiwAfHyh1N5aBZr8SA5vgUfgFhovfHZyfK0pD_ZC8zAOpNb-oydT7wfGLXUkuRoCWZsQAvD_BwE, 16.8.2020.

⁴ *Ibidem*.

za javno zdravlje i za zdravlje žena tokom vanrednih situacija”⁵ Nasilje u porodici, koje je rodno zasnovano, ima širok spektar uznemirujućih posledica, od trenutne povrede do dugotrajne traume, od fizičke do psihičke, koja pogađa preživelu, članove njene porodice, a može imati i međugeneracijske efekte.

U ovom radu iznosimo podatke o povezanosti socijalne izolacije u vreme pandemije sa rodno zasnovanim nasiljem prema ženama u okviru porodičnog konteksta, rasprostranjenosti rodno zasnovanog nasilja u vreme vanrednog stanja u svetu i kod nas i dajemo prikaz osnovnih smernica Saveta Evrope o mogućim aktivnostima i merama koje se mogu preduzeti za vreme pandemije u skladu sa odredbama Istanbulske konvencije. S obzirom na to da vreme pandemije zbog zaraze Korona virusom još uvek traje (prema jednoj studiji sa Harvarda mere socijalnog distanciranja će biti svakako neophodne do 2022. godine) i da se socijalna izolacija i pored prestanka vanrednog stanja u mnogim zemljama, pored nošenja maski, još uvek preporučuje kao najsigurnija mera za zaštitu od Korona virusa, veoma je važno da državni organi i institucije prepoznaju rodno zasnovano nasilje u porodici i partnerskom odnosu kao veliku opasnost i hitno preduzmu sve potrebne mere za pomoć i podršku ženama žrtvama nasilja u porodici i partnerskim odnosima.

SOCIJALNA IZOLACIJA – FAKTOR RIZIKA ZA NASILJE U PORODICI

Specifična forma zdravstveno-epidemioloških mera koje se primenjuju u cilju sprečavanja širenja infektivnih bolesti među ljudima su mere ograničenja kretanja, odnosno socijalna distanca i izolacija. Neophodnost primene ovih mera radi individualne i kolektivne zaštite od virusa je nesumnjiva, ali treba imati u vidu da duže trajanje ovih mera utiče na fizičko i mentalno zdravlje ljudi i njihovo ponašanje. Strah od neizvesnosti kada i kako će se završiti pandemija koja je do sada odnela hiljade života, ostavlja ljude u panici i nastojanju da se prilagode na novu svakodnevicu. Zbog zatvorenih škola, kafića, bioskopa, zabrane okupljanja i kretanja, sve više vremena ljudi provode u zatvorenom prostoru, u svojim domovima. Prostorna skučenost, nedostatak privatnosti, nedostatak prisnosti i finansijski gubici mogu da dovedu do agresije i nasilja.

U psihijatrijskoj i psihološkoj literaturi navodi se da u uslovima socijalne izolacije svaka osoba reaguje drugačije. Na individualnom planu može se javiti

⁵ CARE International – Sector-specific approaches to prioritise, adapt, and maintain programming in Covid-19 response, <https://gbvguidelines.org/en/documents/sector-specific-approaches-to-prioritise-adapt-and-maintain-programming-in-covid-19-response/>, 16.4.2020.

anksioznost, zabrinutost ili strah, imati osećaj beznadežnosti, neizvesnosti ili frustracije, usamljenosti, ljutnje, dosade, ambivalencije, želje za upotrebom alkohola ili psihoaktivnih supstanci, a u nekim slučajevima dolazi i do pogoršanja tegoba osnovne somatske ili psihičke bolesti.⁶ Socijalna izolacija može biti katalizator mnogih psihičkih problema, čak i kod ljudi čije je mentalno i fizičko zdravlje ranije bilo dobro. U posledice socijalne izolacije ubrajaju se akutni stres, iritabilnost, zabrinutost, problemi sa spavanjem, nagle promene raspoloženja, strah, panika, usamljenost.⁷

Nasilje u porodici je fenomen koji poznaju sve države u svetu bez obzira na vremensku distancu i društveno uređenje. Nasilje prema ženama, posebno nasilje u partnerskom odnosu, manifestacija je patrijarhalnih društvenih struktura i neravnoteže moći između muškaraca i žena. U dugom vremenskom periodu ovaj oblik devijantnog ponašanja, čije su žrtve najčešće žene i deca, nije bio društveno sagledan na pravi način. Uglavnom se smatralo da su odnosi u porodici privatna stvar njenih članova, da je to legitiman način rešavanja partnerskih nesuglasica i da država ne treba da reaguje, bez obzira na to što se radi o disfunkcionalnim porodicama. Ova situacija se promenila u velikoj meri zahvaljujući radu i angažovanju ženskih grupa i feminističkog pokreta, tako da se nasilje u porodici u mnogim zemljama, među kojima je i Srbija, danas smatra krivičnim delom.⁸ Ipak, bez

⁶ Milica Pantić, "Socijalna izolacija kao zdravstvena mera u vreme epidemije i psihičko zdravlje", <https://ups-spa.org/socijalna-izolacija-kao-zdravstvena-mera-u-vreme-epidemije-i-psihičko-zdravlje/>, 5.8.2020.

⁷ YaMei Bai 1, Chao-Cheng Lin, Chih-Yuan Lin, Jen-Yeu Chen, Ching-Mo Chue, Pesus Chou, "Survey of stress reaction among health care workers involves with the SARS outbreak", *Psychiatric Services*, br. 55, 2004, 1055. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/15345768/>, 10.8.2020.

⁸ Kao posebno značajni međunarodni dokumenti u kojima se garantuju ženska ljudska prava na život, ličnu sigurnost, jednaku zaštitu pred sudom, jednakost među polovima i jednakost u porodici, pravo na obrazovanje, dostojanstvo, zdravstvenu zaštitu, poštovanje fizičkog i moralnog integriteta, zabranu mučenja i nehumanog postupanja, izdvajaju se: Konvencija UN o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (CEDAW) iz 1979. godine sa Opcionim protokolom; Opšta preporuka br. 19 Komiteta CEDAW iz 1992. godine; Deklaracija o eliminaciji nasilja prema ženama iz 1993. godine; Deklaracija o politici suprotstavljanja nasilju prema ženama u demokratskoj Evropi (DEVAW) iz 1993. godine; Pekinška deklaracija i Platforma za akciju iz 1995. godine; Preporuka Rec (2002)5 Komiteta ministara državama članicama o zaštiti žena od nasilja iz 2002. godine, Preporuka 1582 (2002) nasilje nad ženama u porodici iz 2002. godine, Konvencija o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici iz 2011. godine (u daljem tekstu Istanbulska konvencija) i Opšta preporuka br. 35 Komiteta CEDAW iz 2017. godine kojom se dopunjava Opšta preporuka br. 19. Istanbulska konvencija je važan međunarodni dokument koji posebnu pažnju poklanja definisanju nasilja prema ženama kao rodno zasnovanog nasilja i ukazivanju na neophodnost koordinisanog delovanja institucija sistema koje u svojoj nadležnosti imaju rad sa ženama žrtvama nasilja, posebno nasilja u porodici. U Srbiji sve do 2002. godine nisu postojali adekvatni pravni mehanizmi za sprečavanje i suzbijanje nasilja u porodici, kada je donet Zakon o izmenama i dopunama

obzira na zakonodavnu regulativu i deklarativni društveni konsenzus da je nasilje prema ženama nedopustivo, još uvek nisu promenjena stereotipna shvatanja i predrasude kod većine ljudi, među kojima su i profesionalci u državnim organima i ustanovama, kojima se nasilje u porodici i rodno zasnovano partnersko nasilje ignoriše i relativizuje opravdavanjem nasilnika i/ili prebacivanjem odgovornosti na žrtvu nasilja.

Porodično nasilje ima niz formi ispoljavanja, jedan od oblika je psihološko nasilje, koje je nekad praćeno fizičkim, ali se u velikom broju slučajeva javlja kao samostalan oblik nasilja. Psihičko nasilje se sastoji u vređanju, klevetanju, pretnji upotrebom sile, pretnji da će se oduzeti deca, omalovažavanju, ruganju, zloupotrebi poverenja i sl.⁹ Pored ovih oblika, psihičko nasilje se može ispoljiti u formi izolacije i kontrole žrtve, sprečavanju kontakata, zabrani kretanja i druženja sa porodicom i prijateljima, kontrolisanju prepiske, telefonskih razgovora i mobilnog telefona. To znači da se izolacija kao oblik psihičkog nasilja u disfunkcionalnim porodicama ispoljava u svakodnevnim uslovima života bez postojanja pandemije. U uslovima pandemije i vanrednog stanja, kada je država ta koja zbog sprečavanja zaraze određuje zdravstvene mere izolacije, još je veća mogućnost da nasilnik ima kontrolu nad žrtvom i da prisilnim metodama spreči žrtvu da potraži pomoć. Za žene koje trpe nasilje u porodici izolacija zbog Korona virusa ne znači samo da fizički ne mogu da se sklone od nasilnika, nego i da ostaju bez resursa koji im mogu pomoći da zaštite sebe i decu, koja su često nemi svedoci ispoljavanja nasilja. Restriktivne ekonomske mere dovele su do većeg broja otkaza i neplaćenih odsustava, što je žene učinilo ekonomski ranjivijim. U porodicama u kojima su se pre pandemije ispoljili disfunkcionalni obrasci ponašanja, još su veće mogućnosti da u uslovima socijalne izolacije nasilje dobije opasnije oblike. Mere socijalne izolacije su otežale ili onemogućile ne samo kontakte sa rodbinom i prijateljima, kojima bi se žrtva mogla obratiti i zatražiti pomoć, nego i sa nadležnim državnim organima, službama i institucijama, koje profesionalno treba da pruže pomoć i podršku žrtvi. Zbog toga socijalnu izolaciju u vreme Korona virusa treba posmatrati kao značajan faktor rizika za ispoljavanje i/ili eskalaciju porodičnog nasilja.

Krivičnog zakona Republike Srbije (2002). Stupanjem na snagu ovog zakona, nasilje u porodici inkriminisano je kao posebno krivično delo (čl. 118a), sa različitim oblicima ispoljavanja. Porodičnim zakonom Republike Srbije iz 2005. godine zaokružen je sistem zaštite od nasilja, a radi unapređenja delovanja institucija sistema u sprečavanju i suzbijanju nasilja u porodici i ispunjavanja obaveza koje je država preuzela ratifikacijom Istanbulske konvencije, usvojen je Zakon o sprečavanju nasilja u porodici (2016).

⁹ Slobodanka Konstantinović Vilić, Nevena Petrušić, Kosana Beker, *Društveni i institucionalni odgovor na femicid u Srbiji*, Udruženje građanki "FemplatZ", Pančevo, 2019, 51.

Judith Lewis Herman, poznata stručnjakinja za traume na Medicinskom fakultetu Univerziteta Harvard, otkrila je da nasilne metode koje zlostavljači koriste za kontrolu svojih partnera i dece "imaju veliku sličnost" sa metodama otmičara za kontrolu talaca i sa represivnim režimima koji se koriste za razbijanje volje političkih zatvorenika.¹⁰ Pored fizičkog nasilja, koje nije prisutno u svakom nasilničkom odnosu, uobičajena sredstva zlostavljanja uključuju izolaciju od prijatelja, porodice i zaposlenja, stalni nadzor, stroga, detaljna pravila ponašanja i ograničenja pristupa osnovnim potrebštinama kao što su hrana, odeća i sanitarni čvor. Izolacija u kući, koliko god bila bitna za borbu protiv pandemije, daje još više moći zlostavljaču, rekao je dr Herman. "Ako ljudi odjednom moraju biti kod kuće," rekla je, "to nasilniku daje priliku da kaže šta bi žrtva trebalo da radi ili šta ne bi trebalo".¹¹ Izolacija je takođe razbila mreže podrške, što žrtvama znatno otežava pomoć ili bekstvo.

RASPROSTRANJENOST NASILJA U PORODICI U VREME VANREDNOG STANJA

Jedna od najčešćih zabluda vezanih za nasilje u porodici je da ono nije velikog obima, pa samim tim nije neophodna društvena mobilizacija u njegovoj prevenciji i suzbijanju.¹² Organizacija *UN Women*, entitet Ujedinjenih nacija posvećen rodnoj ravnopravnosti i osnaživanju žena, istakla je da u toku krize zbog pandemije Korona virusa raste nasilje u porodici, što zapravo predstavlja "pandemiju iz senke". Širom sveta aktivistkinje za ženska prava prijavljuju značajno povećanje broja poziva za pomoć zbog nasilja u porodici. Da bi se zaustavio ovaj nagli porast nasilja u porodici, potrebni su kolektivni naponi i akcije na globalnom nivou. Opterećenost zdravstvenih usluga i prihvatilišta za žrtve nasilja u porodici je ogromna, a preopterećene su i linije za pomoć zbog čega je pokrenuta kampanja o javnoj svesti o alarmantnom porastu nasilja u porodici tokom Korona virusa sa porukom da svi ljudi treba da podrže i pomognu ženama žrtvama nasilja ako znaju ili sumnjaju da su izložene nekom obliku nasilja.¹³ Mere za zaustavljanje širenja Korona virusa imale su društveni uticaj koji je ozbiljno pogodio žene, a *UN Women* upozorava da se "u ovom vanrednom kontekstu, rizik od nasilja pre-

¹⁰ Amanda Taub: A New Covid-19 Crisis: Domestic Abuse Rises Worldwide, *The New York Times*, 6.4.2020, <https://www.nytimes.com/2020/04/06/world/coronavirus-domestic-violence.html>, 15.8.2020.

¹¹ *Ibidem*.

¹² N. Petrušić, N. Žunić, V. Vilić, op. cit., 51.

¹³ UN Women – The Shadow Pandemic: Violence against women during COVID-19, 2020. <https://www.unwomen.org/en/news/in-focus/in-focus-gender-equality-in-covid-19-response/violence-against-women-during-covid-19>, 24.6.2020.

ma ženama i devojčicama, posebno porodičnog nasilja, povećava se zbog napetosti (i izolacije žena) kod kuće. One koje su preživele nasilje mogu se suočiti sa dodatnim preprekama da bi pobegele od nasilnih situacija ili znale kako da opstanu u situacijama poput ograničenja kretanja ili karantina¹⁴.

Ujedinjene nacije su saopštile da Korona virus trostruko pogađa žene: zbog zdravlja, zbog porodičnog nasilja i zbog brige o drugima.¹⁵ Restriktivne mere preduzete u svetu za borbu protiv Korona virusa povećavaju rizik od porodičnog nasilja i povećavaju radno opterećenje kod kuće.

Evropski parlament izdao je saopštenje za javnost u kome je rečeno da “žene Evrope neće biti ostavljene same” i zahtevao je od zemalja članica da povećaju podršku žrtvama nasilja u porodici tokom trajanja pandemije.¹⁶

Iako još uvek nema zvaničnih podataka o obimu nasilja u porodici u pojedinim zemljama u svetu i Srbiji, na osnovu izveštaja organizacija koje se bave pružanjem pomoći i podrške ženama žrtvama nasilja u porodici, kako bismo stekli uvid u rasprostranjenost nasilja u porodici, dajemo kratak pregled podataka koji su objavljeni.

U Austriji je 19.05.2020. objavljen podatak da je od početka krize zabeležen porast od 9% u broju prijavljenih nasilja u porodici.¹⁷ U Belgiji je zabeleženo da je u periodu od 12. marta do 7. aprila 2020. godine došlo do porasta prijavljivanja nasilja u porodici od 70% u odnosu na prvu nedelju zabrane kretanja.¹⁸ U Italiji izveštaji o porodičnom nasilju su upozoravali na povećanje porodičnog nasilja, ali i konstatovali da žene žrtve nasilja nisu mogle da napuste stan, pa su sindikati tražili da se tokom trajanja pandemije, učinilac a ne žrtva smesti u sklonište.¹⁹ Francuska policija prijavila je porast nasilja u porodici od oko 30% u vreme

¹⁴ Unwanted Effects Of The COVID-19 On Violence Against Women, <https://theowp.org/reports/unwanted-effects-of-the-covid-19-on-violence-against-women/>, 30.3.2020.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ European Parliament - COVID-19: Stopping the rise in domestic violence during lockdown, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20200406IPR76610/covid-19-stopping-the-rise-in-domestic-violence-during-lockdown>, 19.8.2020.

¹⁷ UNDP – Amidst Coronavirus pandemic, UNDP rings the alarm on domestic violence. <https://www.eurasia.undp.org/content/rbec/en/home/stories/coronavirus-pandemic-albania-domestic-violence.html>, 10.6.2020.

¹⁸ Zeventig procent meer oproepen over geweld bij hulplijn 1712 sinds lockdown. Het Laatste Nieuws, <https://www.hln.be/nieuws/zeventig-procent-meer-oproepen-over-geweld-bij-hulplijn-1712-sinds-lockdown~a669952e/?referer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>, 2.9.2020.

¹⁹ Rakhi Ghoshal, “Twin public health emergencies: Covid-19 and domestic violence”, *Indian Journal of Medical Ethics*, [S.l.], Tom V, br. 3, 195–199, maj 2020, <https://ijme.in/articles/twin-public-health-emergencies-covid-19-and-domestic-violence/>, 29.8.2020.

vanrednog stanja,²⁰ a francuska vlada je predstavila i mogućnost prijave porodičnog nasilja preko šifre koja bi bila saopštena radnicima u apotekama koji bi odmah potom prijavili nasilje policiji.²¹ Ovakav sistem prijavljanja porodičnog nasilja je Francuska preuzela od Španije i Kanarskih ostrva.²² Naime, kada žena zahteva od apotekara "Mask-19" to je šifra da joj je hitno potrebna pomoć od nasilja u porodici, a apotekar odmah poziva policiju.²³ U Španiji, povećan broj poziva SOS linijama jasno je pokazao da kućna izolacija utiče na ispoljavanje nasilja.²⁴

U Ujedinjenom Kraljevstvu, projekat praćenja nasilja u porodici u kome su žrtve žene objavio je rezultat da je u periodu od 23. marta do 12. aprila 2020. u porodičnom nasilju ubijeno 16 žena, što je dvostruko veći broj od prosečnog u prethodnih 10 godina.²⁵ Od ovih 16 žrtava, najmanje sedam je ubijeno od strane sadašnjeg ili bivšeg partnera, a tri su ubijene od strane svojih očeva tokom porodičnog nasilja.²⁶ Australijska vlada je promovisala paket od 150 miliona američkih dolara za podršku žrtvama porodičnog i seksualnog nasilja zbog Korona virusa.²⁷ U SAD od 22 policijske jedinice koje su bile intervjuisane od strane *NBC News* početkom aprila 2020. godine, 18 je potvrdilo da je vidljiv porast broja slučajeva prijavljenog porodičnog nasilja u odnosu na mart 2020. godine.²⁸

²⁰ The Financial Express – Domestic violence during lockdown, <https://thefinancialexpress.com.bd/public/index.php/editorial/domestic-violence-during-lockdown-1589989400>, 18.6.2020.

²¹ Euronews – Domestic violence cases jump 30% during lockdown in France, <https://www.euronews.com/2020/03/28/domestic-violence-cases-jump-30-during-lockdown-in-france>, 18.6.2020.

²² Tamara Abueish, "Coronavirus: A Jordanian woman pleads for help as domestic abuse cases rise globally", <https://english.alarabiya.net/en/features/2020/04/06/Coronavirus-Jordanian-woman-seeks-help-highlight-global-rise-of-domestic-abuse>, 2.9.2020.

²³ Stephen Burgen, "Three women killed in Spain as coronavirus lockdown sees rise in domestic violence", <https://www.newsbreak.com/news/1555774414370/three-women-killed-in-spain-as-coronavirus-lockdown-sees-rise-in-domestic-violence>, 2.9.2020..

²⁴ "Dobijali smo veoma uznemirujuće pozive, što jasno pokazuje koliko intenzivno može doći do psihološkog i fizičkog maltretiranja, kada se ljudi 24 sata dnevno drže zajedno u skućenom prostoru", rekla je Ana Bella, koja je osnovala fondaciju za pomoć drugim ženama nakon što je i sama preživela nasilje u porodici (v. A. Taub, op. cit.).

²⁵ Jamie Grierson, "Domestic abuse killings 'more than double' amid covid-19 lockdown", <https://www.theguardian.com/society/2020/apr/15/domestic-abuse-killings-more-than-double-amid-covid-19-lockdown>, 31.8.2020.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Tyler Kingkade, "Domestic violence calls increase amid coronavirus lockdown, police say", <https://news.yahoo.com/domestic-violence-calls-increase-amid-085219284.html>, 31.8.2020.

²⁸ My fiancé just busted my mouth: Georgia's domestic violence calls during shelter-in-place, <https://www.9news.com/video/news/health/georgias-domestic-violence-calls-during-shelter-in-place/85-b15f3b33-4a54-44a4-b369-8f23b69905ac>, 30.8.2020.

U Kini je policijska evidencija nasilja u porodici izvestila da se broj prijavljenih slučajeva utrostručio tokom epidemije.²⁹ U okrugu Jianli u provinciji Hubei u Kini, policija je prijavila da su se slučajevi nasilja u porodici utrostručili tokom februara 2020. u poređenju sa februarom 2019, procenjujući da je ovo povećanje u najvećoj meri (90%) bilo vezano za epidemiju Korona virusa.³⁰

Situacija u Srbiji se ne razlikuje mnogo od one u svetu. Vanredno stanje u Srbiji uvedeno je 15. marta 2020, a ukinuto 6. maja 2020. i za sve to vreme je bila primenjivana epidemiološka mera socijalne izolacije i fizičkog distanciranja.³¹ U Srbiji je samo tokom maja 2020. godine ubijeno 6 žena, a zabeležena su i 2 pokušaja femicida tokom ovog meseca.³² Tokom skoro tri meseca trajanja vanrednog stanja u Srbiji je ubijeno ukupno 7 žena a u pokušaju je ostalo 8 napada.³³ Nema javno dostupnih podataka o broju krivičnih i prekršajnih predmeta koji se odnose na nasilje u porodici koji su pokrenuti u toku vanrednog stanja. Mesec dana od uvođenja vanrednog stanja Autonomni ženski centar je izdao saopštenje da se za pomoć javilo tri puta više žena nego u uobičajenim okolnostima.³⁴ Najveći broj prijavljenih slučajeva odnosio se na psihičko nasilje, ali je sve izraženije bilo i ekonomsko nasilje, koje se prvenstveno ispoljavalo u nedavanju izdržavanja. Podatke o povećanom broju poziva na SOS linijama i sigurnim kućama imale su i druge nevladine organizacije, kao i mediji, koji su izveštavali o drastičnim slučajevima nasilja (femicid). Specijalizovane ženske organizacije koje pružaju pomoć i podršku ženama žrtvama nasilja uputile su 18. aprila 2020. predlog Vladi Srbije da se Uredba o merama u vreme vanrednog stanja³⁵ u delu koji se odnosi na zabranu

²⁹ Zhang Wanqing, "Domestic Violence Cases Surger During COVID-19 Epidemic", <https://www.sixthtone.com/news/1005253/domestic-violence-cases-surge-during-covid-19epidemic>, 31.8.2020.

³⁰ Bethany Allen-Ebrahimian "China's domestic violence epidemic", <https://www.axios.com/china-domestic-violence-coronavirus-quarantine-7b00c3ba-35bc-4d16-afdd-b76ecfb28882.html>, 31.8.2020.

³¹ Odluka o ukidanju vanrednog stanja, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2020

³² Elektronski bilten "Sprečavanje i iskorenjivanje femicida u Srbiji" (ur. Vida Vilić), br. 4, Pančevo, 2020, 24, http://www.zicni.org.rs/download/bilten/FEMICID_-_Elektronski-bilten_4_FIN.PDF

³³ *Ibidem*.

³⁴ Autonomni ženski centar, Saopštenje za javnost: Zaštita i podrška ženama žrtvama nasilja tokom prvih mesec dana vanrednog stanja, <https://www.womenngo.org.rs/vesti/1576-saopstenje-za-javnost-zastita-i-podrska-zenama-zrtvama-nasilja-tokom-prvih-mesec-dana-vanrednog-stanja>, 30.8.2020.

³⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 31/2020, 36/2020, 38/2020, 39/2020, 43/2020, 47/2020, 49/2020, 53/2020, 56/2020, 57/2020, 58/2020, 60/2020.

kretanja, dopuni odredbom koja bi omogućavala da tokom “policijskog časa” u slučaju akutnog porodičnog nasilja žene i devojke mogu da napuste stan i da zbog toga neće biti kažnjene. Ova, ali ni ostale inicijative sa preporukama i apelima za olakšavanje prijavljivanja nasilja u porodici u vreme vanrednog stanja, nisu usvojene. Nadležni državni organi su putem medija, međutim, obaveštavali da policijski službenici obavljaju redovne aktivnosti, da žrtve imaju mogućnosti da prijave svaki slučaj nasilja, ali da treba ohrabriti žrtve nasilja i čitavo društvo da se nasilje prijavljuje i da država neće tolerisati nijedan vid nasilja prema ženama i deci. Ipak, žene koje su nadležnim institucijama prijavile nasilje u porodici i partnerskom odnosu, ocenjuju da nisu dobile adekvatnu zaštitu jer su nasilnici bili samo usmeno upozoravani, što je bio razlog da se obrate specijalizovanim organizacijama.³⁶ U pogledu načina procesuiranja slučajeva nasilja u porodici i partnerskog nasilja za vreme vanrednog stanja treba pomenuti Preporuku za rad sudova i javnih tužilaštava za vreme vanrednog stanja,³⁷ koju je donelo Ministarstvo pravde i kojom je preporučeno, pored ostalog, da nadležni sudovi i javna tužilaštva za vreme vanrednog stanja postupaju u krivičnim predmetima koji se odnose na nasilje u porodici i u predmetima koji se rešavaju u postupcima koji se po zakonu smatraju hitnim.

Za žrtve nasilja u porodici koje su u vreme vanrednog stanja bile prinuđene da žive u istom domaćinstvu sa nasilnicima, pored nemogućnosti prijavljivanja nasilja, pojavio se i problem smeštaja u sigurne kuće, imajući u vidu prostorna ograničenja sigurnih kuća i teškoće u pogledu sprovođenja samoizolacije za korisnice sigurnih kuća i njihovu decu.

SMERNICE SAVETA EVROPE ZA SPREČAVANJE NASILJA U PORODICI U VREME PANDEMIJE ZBOG KORONA VIRUSA

Iskustva stečena u prethodnim epidemijama jasno su pokazala da zdravstvena kriza uvek dovodi do recesije u rodnoj ravnopravnosti. Najrelevantnija posledica bila je povećanje broja slučajeva nasilja u porodici.³⁸ Od izbijanja pande-

³⁶ Marijana Pajvančić, Nevena Petrušić, Sanja Nikolin, Aleksandra Vladislavljević, Višnja Baćanović, *Rodna analiza odgovora na COVID-19 u Republici Srbiji mart–maj 2020*, OEBS i Ženska platforma za razvoj Srbije 2014–2020, Beograd, 106.

³⁷ Ministarstvo pravde Republike Srbije: Preporuke za rad sudova i javnih tužilaštava za vreme vanrednog stanja, <https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/29154/preporuke-za-rad-sudova-i-javnih-tuzilastava-za-vreme-vanrednog-stanja.php>, 22.3.2020.

³⁸ Irène Tolleret, “The impact of COVID-19 on women’s rights”, <https://www.neweurope.eu/article/the-impact-of-covid-19-on-womens-rights/>, 28.8.2020.

mije zabeležen je dramatičan porast prijavljenih slučajeva nasilja prema ženama i nasilja u porodici, kako širom sveta, tako i u državama članicama Saveta Evrope. Komitet strana ugovornica Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i suzbijanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici (Istanbulska konvencija) usvojio je Deklaraciju Komiteta strana potpisnica Konvencije Saveta Evrope o prevenciji i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (Istanbulska Konvencija) o implementaciji Konvencije za vreme pandemije Korona virusa,³⁹ kojom su države koje su ratifikovale Istanbulsku konvenciju pozvane da koriste standarde i preporuke iz konvencije kao smernice za aktivnosti i mere koje države preduzimaju tokom trajanja pandemije. Konkretni primeri kako treba reagovati na porast slučajeva nasilja prema ženama u velikoj meri su izvedeni iz inicijativa koje države potpisnice Istanbulske konvencije trenutno sprovode u praksi, što je predstavljeno u Aneksu novousvojene Deklaracije.

U Deklaraciji se konstatuje da nasilje prema ženama i devojkicama, kao i nasilje u porodici imaju tendenciju porasta u kriznim vremenima i da novi podaci pokazuju alarmantni porast broja prijavljenih slučajeva određenih vrsta ovog nasilja širom sveta i u brojnim zemljama članicama Saveta Evrope. Mere koje se preduzimaju kao epidemiološki opravdane, posebno zatvaranje i izolacija, povećavaju rizik za ispoljavanje svih oblika rodno zasnovanog nasilja, uključujući seksualno nasilje i nasilje u porodici. Zbog toga je naglašena obaveza država potpisnica Istanbulske konvencije da sa dužnom pažnjom nastave rad na prevenciji, istraživanju, kažnjavanju i obeštećenju za dela nasilja propisana konvencijom, u skladu sa obavezama prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima. U tom smislu, neophodno je da se nastavi razmena iskustava i saradnja između članova i posmatrača Komiteta strana potpisnica Istanbulske konvencije radi rešavanja dugoročnog uticaja i bilo kakvih propusta usled ove krize na žrtve ovakvog nasilja, čime bi se osiguralo potpuno poštovanje načela i odredaba Istanbulske konvencije, radi garantovanja prava žrtava nasilja i njihovih ljudskih prava.

U Aneksu Deklaracije kao aktivnosti i mere koje se mogu preduzeti za vreme pandemije u skladu sa pojedinim odredbama Istanbulske Konvencije navedene su: integrisane politike, prevencija, zaštita, gonjenje i procena rizika.

³⁹ Declaration of the Committee of the Parties to the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) on the implementation of the Convention during the COVID-19 pandemic (usvojena 20. aprila 2020), <https://rm.coe.int/declaration-committee-of-the-parties-to-ic-covid-/16809e33c6n-cases-of-violence-against-women>, 25.6.2020.

Integrirane politike (čl. 6, 7, 8 i 11) obuhvataju obavezu država potpisnica da rade na uključivanju pitanja roda u primeni i proceni uticaja strategija u borbi protiv pandemije Korona virusa. Ovo znači da treba uraditi evaluaciju mogućeg uticaja preduzetih mera na žene i devojčice i njihovu izloženost riziku od različitih oblika rodno zasnovanog nasilja, poput partnerskog nasilja i nasilja u porodici, proganjanja, seksualnog uznemiravanja, prisilnih brakova i seksualnog nasilja, tehnološkog nasilja, kao i na mogući uticaj na decu svedoke ovakvih oblika nasilja. Pored toga, države potpisnice moraju da preuzmu neophodne zakonodavne ili druge mere za usvajanje i primenu delotvornih, sveobuhvatnih i koordinisanih državnih politika, koje obuhvataju sve relevantne mere za sprečavanje i borbu protiv svih vidova nasilja za vreme pandemije. Multisektorski procesi moraju da obezbede učešće svih relevantnih aktera, uključujući i organizacije civilnog društva i organizacije koje se bore za ženska prava, koje će pomoći nacionalnim, regionalnim i lokalnim vlastima da procene potrebe žrtava, kapacitet pružalaca usluga i utvrde da li su potrebna dodatna sredstva. U novonastalim okolnostima države potpisnice moraju da razmotre da li su finansijski i ljudski resursi namenjeni pružanju usluga, uključujući i usluge koje pružaju nevladine organizacije i dalje odgovarajuće ili postoji potreba da se izmene kako bi adekvatno odgovorile na trenutnu situaciju. Značajno je prikupljanje podataka, uključujući administrativne podatke i podatke posebnih službi podrške, poput telefonskih službi pomoći, kao i sprovođenje istraživanja što je način da se prati trend porasta nasilja u porodici i nasilja prema ženama u uslovima pandemije.

Prevenција (čl. 12–17) se odnosi na preduzimanje odgovarajućih mera (saopštenja za medije, društvene mreže, kampanje) sa ciljem podizanja svesti javnosti o povećanom riziku od nasilja prema ženama i devojčicama za vreme trajanja pandemije, kao i na deljenje informativnog materijala (brošure i lifleti) na mestima koja nisu pogođena restriktivnim merama, poput supermarketa i apoteka. Ako se informacije učine dostupnim na različitim jezicima, može se lakše dopreti do posebno ranjivih kategorija žena. Prevenција obuhvata i obuku stručnjaka i profesionalaca u cilju podizanja svesti državnih i javnih službenika koji rade u najvažnijim sektorima (zdravstvo, pravosuđe, policija) o uticaju pojedinih mera, poput fizičke distance, izolacije i policijskog časa, ekonomskih i socijalnih mera na žene koje žive u nasilnim odnosima i/ili nasilnoj sredini. Takođe je potrebno da se na nivou države promovišu i primene programi preventivne intervencije i program za rad sa učiniocima nasilja. Programi bi trebalo da budu dostupni preko interneta i/ili preko specijalnih telefonskih linija, u skladu sa merama distanciranja i izolacije.

Zaštita (čl. 19–24) se odnosi na informisanje i opšte usluge podrške. Žrtva ma nasilja koje se nalaze u samoizolaciji ili izolaciji i žive sa svojim nasilnim partnerima ili članovima porodice, treba obezbediti pristup informacijama o službama koje mogu pružiti pravnu i druge vrste pomoći i saveta. Značajno je uvoditi dodatne mere kako bi se razvile službe podrške i zaštite žrtava nasilja (uvođenje linija pomoći sa chat sistemom i platforme za savetovanje za pružanje socijalne podrške i psihološke pomoći žrtvama korišćenjem sredstava modernih tehnologija). Pažnju treba obratiti i na obezbeđenje finansijske podrške koja je neophodna ženama, nakon smeštaja u skloništa za žrtve nasilja.

Deo koji se odnosi na *Gonjenje* (čl. 49–52) obuhvata *opšte obaveze* (odnose se na prijavljanje nasilja online, korišćenje “sigurnih reči” u apotekama koje bi dalje prijavile partnersko nasilje i/ili nasilje u porodici tokom “policijskog časa”); *neposredni odgovor, prevencija i zaštita* (prioritet za policijske i pravosudne organe je bezbednost žrtve što podrazumeva hitnost sudskih postupaka, adekvatna i hitna zaštita od rizika od nasilja); *procena rizika i upravljanje rizikom* (temeljna procena ozbiljnosti situacije u kojoj se nalazi žrtva i rizika od ponavljanja nasilja; obezbeđivanje zaštitnih mera, pritvor za nasilnika treba da bude opcija u slučajevima visokog rizika); *hitne mere zaštite i zaštitni nalozi* (određivanja zabrane prilaska, izdavanje zaštitnih naloga).

ZAKLJUČAK

Milioni ljudi širom sveta zbog rizika od zaraze Korona virusom za vreme pandemije moraju da ostanu zatvoreni u svojim domovima. Sopstveni dom je najbolje mesto za zaštitu od virusa, ali, kako dosadašnji podaci pokazuju, za mnoge osobe izložene porodičnom nasilju njihov vlastiti dom nije sigurno mesto. U tom smislu, moguće je utvrditi da Korona virus predstavlja veliku opasnost za žrtve rodno zasnovanog nasilja, jer mnoge žene moraju da budu u karantinu sa svojim nasilnikom. U porodicama u kojima su se pre pandemije ispoljili disfunkcionalni obrasci ponašanja, još veće su mogućnosti da u uslovima socijalne izolacije nasilje dobije opasnije oblike. Mere socijalne izolacije su otežale ili onemogućile ne samo kontakte sa rodbinom i prijateljima, kojima bi se žrtva mogla obratiti i zatražiti pomoć, nego i sa nadležnim državnim organima, službama i institucijama, koje profesionalno treba da pruže pomoć i podršku žrtvi. Zbog toga socijalnu izolaciju u vreme pandemije Korona virusom treba posmatrati kao značajan faktor rizika za ispoljavanje i/ili eskalaciju porodičnog nasilja.

S obzirom na rasprostranjenost porodičnog nasilja u doba pandemije u svim zemljama sveta, na međunarodnom planu doneta je Deklaracija Komiteta strana potpisnica Konvencije Saveta Evrope o prevenciji i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (Istanbulska Konvencija) o implementaciji Konvencije za vreme pandemije Korona virusa, kojom su države koje su ratifikovale Istanbulsku konvenciju pozvane da koriste standarde i preporuke iz konvencije kao smernice za aktivnosti i mere koje države preduzimaju tokom trajanja pandemije. U Deklaraciji je posebno naglašena obaveza država potpisnica Istanbulske konvencije da sa dužnom pažnjom nastave rad na prevenciji, istraživanju, kažnjavanju i obeštećenju za dela nasilja propisana konvencijom, u skladu sa obavezama prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima. Takođe, podržan je stav država koje traže i primenjuju inovativne načine prilagođavanja institucionalnih reakcija na nasilje u vreme pandemije primereno novonastalim okolnostima i u skladu sa odredbama Istanbulske konvencije.

Dr. VIDA VILIĆ

Clinic of Dentistry Niš, assistant director for legal matters

Research Associate in Social Science – Law and Criminology

DOMESTIC VIOLENCE AS THE SHADOW PANDEMIC: DARK SIDE OF THE SAFETY MEASURES AGAINST CORONAVIRUS

Summary

People around the world have faced a new reality because of the coronavirus pandemic. Most of the people find uncertainty, fear of illness, sudden change of habits and lifestyle as a stressful and life-changing situation. Measures proposed during the state of emergency, such as physical distance, social isolation, restriction of freedom of movement, obligatory self-isolation and some other imposed health measures during the epidemic, also brought some negative consequences for mental health because people become worried, irritable, and negative emotions appear. Domestic and gender-based violence becomes even more intense in times of isolation worldwide. The restriction on movement and the impossibility of leaving the home provided great opportunities for the manifestation of all forms of gender-based violence against women. The aim of this paper is to point out that some of the safety measures against coronavirus, such as social isolation, has “side effects”, by creating an important factor for the manifestation of gender-based domestic violence. Also, this paper is aiming to provide basic guidelines for practical assistance and support to victims, in order to overcome difficulties in combating the negative phenomenon of domestic violence during the pandemic.

Key words: coronavirus, social isolation, domestic violence, gender-based violence against women

Literatura

- Abueish T., "Coronavirus: A Jordanian woman pleads for help as domestic abuse cases rise globally", <https://english.alarabiya.net/en/features/2020/04/06/Coronavirus-Jordanian-woman-s-pleas-for-help-highlight-global-rise-of-domestic-abuse>, 2.9.2020.
- Allen-Ebrahimian B., "China's domestic violence epidemic", <https://www.axios.com/china-domestic-violence-coronavirus-quarantine-7b00c3ba-35bc-4d16-afdd-b76ecfb28882.html>, 31.8.2020.
- Bai Y. M., Lin C., Lin C.-Y., Chen J.-Y., Chue C.-M., Chou. P., "Survey of stress reaction among health care workers involves with the SARS outbreak", *Psychiatric Services*, br. 55, 2004, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/15345768/>, 10.8.2020.
- Burgen S., "Three women killed in Spain as coronavirus lockdown sees rise in domestic violence", <https://www.newsbreak.com/news/1555774414370/three-women-killed-in-spain-as-coronavirus-lockdown-sees-rise-in-domestic-violence>, 2.9.2020.
- Elektronski bilten "Sprečavanje i iskorenjivanje femicida u Srbiji" (ur. Vida Vilić), br. 4, 2020, Udruženje građanki "Femplatz", Pančevo, http://www.zicni.org.rs/download/bilten/FEMICID_-Elektronski-bilten_4_FIN.PDF
- Ghoshal R., "Twin public health emergencies: Covid-19 and domestic violence", *Indian Journal of Medical Ethics*, [S.l.], Tom V, br. 3, <https://ijme.in/articles/twin-public-health-emergencies-covid-19-and-domestic-violence/>, 29.8.2020.
- Grierson J., "Domestic abuse killings 'more than double' amid covid-19 lockdown", <https://www.theguardian.com/society/2020/apr/15/domestic-abuse-killings-more-than-double-amid-covid-19-lockdown>, 31.8.2020.
- Kingkade T., "Domestic violence calls increase amid coronavirus lockdown, police say", <https://news.yahoo.com/domestic-violence-calls-increase-amid-085219284.html>, 31.8.2020.
- Konstantinović Vilić S., Petrušić N., Beker K., "Društveni i institucionalni odgovor na femicid u Srbiji", Udruženje građanki "Femplatz", Pančevo, 2019.
- Pajvančić M., Petrušić N., Nikolin S., Vladislavljević A., Baćanović V., *Rodna analiza odgovora na COVID-19 u Republici Srbiji mart-maj 2020*, OEBS i Ženska platforma za razvoj Srbije 2014-2020, Beograd, 2020.
- Pantić M. "Socijalna izolacija kao zdravstvena mera u vreme epidemije i psihičko zdravlje", <https://ups-spa.org/socijalna-izolacija-kao-zdravstvena-mera-u-vreme-epidemije-i-psihičko-zdravlje/>, 5.8.2020.
- Petrušić N., Žunić N., Vilić V., "Društveni i institucionalni odgovor na femicid u Srbiji – knjiga II", Udruženje građanki "Femplatz", Pančevo, 2019.
- Stöckl H., Devries K., Rotstein A., Abrahams N., Campbell J., Watts C., et al. "The global prevalence of intimate partner homicide: a systematic review". *Lancet* 2013, Tom 382, br. 9895, 859–65, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(13\)61030-2](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(13)61030-2), 17.8.2020.

- Taub A., "A New Covid-19 Crisis: Domestic Abuse Rises Worldwide", *The New York Times* – 6.4.2020, <https://www.nytimes.com/2020/04/06/world/coronavirus-domestic-violence.html>, 15.8.2020.
- Tolleret I., "The impact of COVID-19 on women's rights", <https://www.neweurope.eu/article/the-impact-of-covid-19-on-womens-rights/>, 28.8.2020.
- Wanqing Z., "Domestic Violence Cases Surger During COVID-19 Epidemic", <https://www.sixthtone.com/news/1005253/domestic-violence-cases-surge-during-covid-19epidemic>, 31.8.2020.

Datumi prijema i prihvatanja rada
Primljen: 17.09.2020.
Prihvaćen: 28.09.2020.

STRUČNI RAD

IVANA BARAĆ

PREKID TRUDNOĆE: NOVE TENDENCIJE I STARI NEDOSTACI

Oblast reproduktivnog zdravlja je u poslednjih nekoliko decenija prošla kroz značajne reforme. Norme uporednog prava i prava nekadašnje SFRJ svedoče da je slobodan prekid trudnoće bio zabranjen ili u velikoj meri ograničavan. Vremenom je započeta borba feminističkih pokreta radi sprovođenja reformi i legalizacije abortusa na način koji dozvoljava namerni prekid trudnoće, u unapred utvrđenim situacijama. U radu se pre svega čini osvrt na delovanje međunarodne zajednice, nakon čega se vrši komparativna analiza pravnih sistema uporednog prava (Severne Irske i saveznih država SAD-a), kao država koje su svoje zakonodavstvo u ovoj oblasti uredile na međusobno potpuno drugačije načine. Ideja je sa jedne strane prikazati kretanje zakonodavstva Severne Irske, koje se od isprva stroge zabrane abortusa sada nalazi na putu njegove potpune liberalizacije, a sa druge strane istaći primere nekih saveznih država SAD-a, koje su započele postupak usvajanja "heartbeat" zakona u cilju ograničavanja primarno liberalno postavljenih normi. Naposljetku, autorka sprovedi analizu normi našeg zakonodavstva i s tim u vezi predlaže potencijalne izmene zakonskog teksta, na način koji bi poboljšao postojeće mehanizme zaštite reproduktivnog zdravlja.

Ključne reči: reproduktivno zdravlje, pravo na slobodno odlučivanje o rađanju, kontracepcija, slobodan i dozvoljen prekid trudnoće, žalba

Ivana Barać, master prava, saradnik u nastavi, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, e-mail: ivana.barac@ius.bg.ac.rs.

U V O D

Sa početkom dozvoljene upotrebe kontraceptivnih pilula,¹ preventivni mehanizmi zaštite postaju dostupan način sprečavanja neželjenog začeća.² Ipak, neretko se dešavalo da je čak i nakon veće dostupnosti preventivnih mehanizama zaštite, nizak procenat pojedinaca zaista koristio kontracepciju u cilju sprečavanja rađanja.³ Posledica ovih društvenih propusta, sa jedne strane, kao i borba za emancipaciju žena, delanjem putem feminističkih pokreta⁴ sa druge strane, ishodovale su potrebu za uvođenjem korektivnih mehanizama zaštite, odnosno legalizacije abortusa.

INSTITUT NAMERNOG PREKIDA TRUDNOĆE U UPOREDNOM PRAVU I PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

Prekid trudnoće pojedini autori definišu kao “izbacivanje ploda iz utrobe majke, spontano ili namerno.”⁵ Pravo na namerni prekid trudnoće (abortus) tretira se kao subjektivno pravo kojim žena ostvaruje svoje pravo na slobodno odlučivanje o rađanju.⁶ Kako su žene isprva bile ograničene ili u potpunosti

¹ Naime, preventivni mehanizmi zaštite nisu oduvek predstavljali dozvoljeni mehanizam u cilju sprečavanja začeća. O tome svedoči i poznati slučaj iz američke sudske prakse (*Griswold v. Connecticut*) na osnovu kojeg je tek 1965. godine stavljen van snage zakon koji je zabranjivao upotrebu kontraceptivnih sredstava, čak i od strane bračnih supružnika. V. David J. Garrow, “Privacy and the American Constitution”, *Social Research*, br. 1, Tom 68, 2001, 55.

² Prema primeni metoda kontracepcije razlikuju se barijerne metode, prirodne metode i permanentne metode, dok se prema upotrebi sredstava kontracepcije razlikuju hormonska, urgentna, hemijska kontracepcija ili intrauterini ulošci.

³ Kontracepciju su pre svega koristile žene koje su odgovornije u pogledu zaštite svog reproduktivnog zdravlja. Detaljnije o tome v. Nevena Petrušić, “Pravo na abortus”, *Abortus, Pravni, medicinski i etički pristup* (ur. Slobodanka Konstantinović Vilić), Niš, 1999, 30–31.

⁴ O feminističkim shvatanjima o abortusu vid. N. Petrušić, 1999, op. cit. 33 – 44.

⁵ V. Slobodanka Konstantinović Vilić, Nevena Petrušić, “Abortus u Srbiji – Sloboda odlučivanja u uslovima socijalne i državne kontrole”, *Žene, zakoni i društvena stvarnost*, Knjiga druga, Niš:SVEN, 2010, 9, fn. 1.

⁶ Autori smatraju da pravo na slobodno odlučivanje o rađanju dece podrazumeva opredeljenje kako u prilog tako i protiv rađanja dece, te da namerni prekid trudnoće predstavlja način korektivnog vršenja prava na nerađanje deteta, koji s obzirom na svoju prirodu može pripasti samo ženi, odnosno da prekid trudnoće predstavlja “jedno od ovlašćenja u negativnom pravcu, sa ciljem da do rađanja ne dođe.” V. Marija Draškić, *Porodično pravo i pravo deteta*, Centar za izdavaštvo i informisanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2019, 51–53. V. i Gordana Kovaček Stanić, “Prekid kasne trudnoće u pravu Srbije i uporednom evropskom pravu”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, Novi Sad, 2015, 484. Ovo pravo autori još klasifikuju i kao “složeno subjektivno pravo koje se sastoji iz niza ovlašćenja usmerenih na omogućivanje titularima ovog prava

onemogućene da se koriste ovim pravom, često su optirale da izvrše abortus u nebezbednim uslovima i tako dodatno ugroze svoje zdravlje. Problem nebezbednog prekida trudnoće je još 1967. godine uočen od strane Svetske zdravstvene organizacije (*World Health Organization*, u daljem tekstu: SZO) koja je pozvala države da svoje zakonodavstvo izmene na način kojim će namerni prekid trudnoće pored slučajeva ugroženosti života ili zdravlja majke, biti dozvoljen i u drugim unapred određenim slučajevima.⁷ SZO i dalje upozorava da “nesumnjivo postoji konsenzus da nebezbedni prekid trudnoće predstavlja jedan od glavnih razloga za smrt trudnica.”⁸ Obaveza država da osiguraju zaštitu reproduktivnog zdravlja postavljena je i u drugim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava.⁹

U tom smislu je i Savet Evrope ukazao da se zabranom abortusa ne postiže odgovarajući cilj, s obzirom na to da pitanje (ne)zakonitosti abortusa nije od značaja za donošenje odluke o sprovođenju abortusa, već samo za pristup bezbednom abortusu.¹⁰ Posebnu ulogu u zaštiti reproduktivnog zdravlja imale su Evropska Komisija za ljudska prava (u daljem tekstu: Komisija), kao i Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: Sud), koji tu ulogu nastavlja da obavlja i danas.¹¹ Komisija i Sud često su, zaštitom prava predviđenih Evropskom konvencijom o

da odlučuju o tome da li će, kada će i koliko će dece imati.” Vid. Olga Cvejić Jančić, *Porodično pravo*, prvo izdanje, Pravni fakultet Univerzitet u Novom Sadu Centar za izdavačku delatnost, 2009, 222.

⁷ V. Brooke Ronald Johnson, Vinod Mishra, Antonella Francheska Lavelanet, Rajat Khosla, Bela Ganatra, “A Global Database of Abortion Laws, Policies, Health Standards and Guidelines”, *Bulletin of the World Health Organization*, Vol. 95. Geneva: World Health Organization, 2017, 453.

⁸ V. Safe abortion: technical and policy guidance for health systems, second edition, https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789241548434_eng.pdf;jsessionid=3CA9D51DE5A41DB12D39F98EA126C449?sequence=1, 16. 06. 2020.

⁹ To se pre svega odnosi na Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima usvojenu 10. decembra 1948. godine rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 217 (III) u Parizu. Pored toga treba pomenuti i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, usvojen Rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 2200 A (XXI). Bolje rečeno, član 6 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima koji normira pravo na život, govori o dužnosti države da omogući bezbedan, zakonit i efikasan pristup abortusu. U tom smislu v. General Comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/CCPR_C_GC_36.pdf, 08. 06. 2020.

¹⁰ Ovakav stav Savet Evrope izrazio je u okviru Rezolucije 1607 – “Access to safe and legal abortion in Europe”. Detaljnije o pitanju (ne)bezbednog prekida trudnoće v. Melanija Jančić, Kontrolerznost prava na prekid trudnoće kao metoda planiranja porodice, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2016, 124, 129.

¹¹ Detaljnije o postupanju Suda u vezi sa zaštitom reproduktivnih prava v. Nevena Petrušić, “Jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava u zaštiti reproduktivnih prava”, *Pravni život*, br. 10, Tom II, Beograd, 2007, 319–337.

ljudskim pravima¹² (u daljem tekstu: EKLJP), osiguravale i zaštitu reproduktivnih prava. To se pre svega odnosi na pravo na život,¹³ zabranu mučenja,¹⁴ pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života,¹⁵ slobodu izražavanja,¹⁶ pravo na delotvorni pravni lek¹⁷ i zabranu diskriminacije.¹⁸ U slučaju *W.P. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁹ pred Komsiju je po prvi put postavljeno pitanje zaštite “prava na život” fetusa, u smislu člana 2 EKLJP. Komisija je stala na stanovište da se “pravo na život” fetusa ne može posmatrati odvojeno u odnosu na pravo na život trudnice i da kao takvo nema prevagu u odnosu na njene interese.²⁰

Suprotno tumačenje podrazumevalo bi da je zabrana abortusa apsolutna i na taj način dovelo do situacija u kojima bi se zabrana pobačaja radi zaštite života fetusa mogla opravdati čak i u slučaju ugroženosti života žene.²¹ U slučaju *R. H. protiv Norveške*²² Komisija je istakla da su države u obavezi ne samo da se suzdrže od oduzimanja nečijeg života (pravo na život fetusa), već i u obavezi preduzimanja odgovarajućih koraka u cilju očuvanja života (pravo na život trudnice).²³ Stav Suda o ovom pitanju nije se u velikoj meri razlikovao. Tako je Sud u slučaju *Bosso protiv Italije* istakao da bi davanje fetusu istih prava koja pripadaju osobama koje su već rođene, dovelo do neopravdanog ograničavanja njihovih tako priznatih prava.²⁴ Osim toga, u slučaju *Vo protiv Francuske*²⁵ Sud je ukazao da pravo na život ne povlači sa sobom nužno i pravo na život fetusa, već da se umesto

¹² V. Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005 – ispr. i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010 i 10/2015.

¹³ V. čl. 2 EKLJP.

¹⁴ V. čl. 3 EKLJP.

¹⁵ V. čl. 8 EKLJP.

¹⁶ V. čl. 10 EKLJP.

¹⁷ V. čl. 13 EKLJP.

¹⁸ V. čl. 14 EKLJP.

¹⁹ V. *W. P. protiv Ujedinjenog Kraljevstva (W.P. v. United Kingdom)*, broj 8416/78, 13. maj 1980. U literaturi se ovaj slučaj citira i kao *X protiv UK (X v. UK)* ili *Paton protiv UK (Paton v. UK)*.

²⁰ *Ibidem*, § 19.

²¹ *Ibidem*. U tom smislu v. i Dragoljub Popović, Violeta Beširević, Slavoljub Carić, Marija Draškić, Vladimir Đerić, Goran P. Ilić, Ivan Janković, Edo Korljan, Ivana Krstić, Tanasije Marinković, Tatjana Papić, *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Službeni glasnik, Beograd, 2017, 164.

²² V. *R. H. protiv Norveške (R. H. v. Norway)*, broj 17004/90, 19. maj 1992.

²³ *Ibidem*, 180.

²⁴ V. *Bosso protiv Italije (Bosso v. Italy)*, broj 50490/99, 5. septembar 1992.

²⁵ V. *Vo protiv Francuske (Vo v. France)*, broj 53924/00, 8. jul 2004.

toga može govoriti o njegovom indirektnom pravu ograničenom pravima i interesima majke.²⁶ Vidljivo je da su Komisija i Sud pri odlučivanju o pitanju postojanja prava na život fetusa postupali poštujući polje slobodne procene država (*margin of appreciation*). Sud je to nedvosmisleno i potvrdio stavom da “nije ni poželjno ni moguće odgovoriti na apstraktno pitanje da li je nerođeno dete osoba u smislu člana 2 EKLJP”²⁷ Imajući u vidu složenost pitanja zaštite prava na život fetusa kao i činjenicu da nebezbedni prekid trudnoće još uvek predstavlja jedan od vodećih razloga za smrt trudnica²⁸ ne čudi da su međunarodne aktivnosti usmerene ka omogućavanju odgovarajućeg pristupa abortusu i kontracepciji, ali i podrške ženama u cilju njihovog osnaživanja da slobodno čine izbore o rađanju.²⁹

Legalizacija instituta namernog prekida trudnoće u uporednom pravu

S obzirom na kriterijum (ne)dozvoljenosti namernog prekida trudnoće, razlikuju se države koje u potpunosti zabranjuju abortus, države koje ga dozvoljavaju samo izuzetno, radi spašavanja života ili teško narušenog zdravlja žena, i države sa liberalno postavljenim normama koje abortus dozvoljavaju u slučajevima unapred propisanim zakonom. Ideja autorke jeste da komparativnom analizom na primerima Severne Irske i saveznih država SAD-a ukaže na razlike koje su među ovim državama postojale prilikom kreiranja i izmena normi koje regulišu pitanje prava na abortus.

Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Severne Irske. - Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Severne Irske predstavlja primer države koja svoje zakono-

²⁶ *Ibidem*, § 80. Sličnog stanovišta Sud je bio i u slučaju *Tišjak protiv Poljske*, smatrajući da regulisanje pitanja abortusa ulazi u sferu privatnog života trudnice, s obzirom na to da je njen privatni život tokom trudnoće blisko povezan sa fetusom. V. *Tišjak protiv Poljske (Tysiac v. Poland)*, broj 5410/03, § 106, 20. mart 2007.

²⁷ *V. Vo protiv Francuske (Vo v. France)*, broj 53924/00, § 85, 8. jul 2004. Navedeno prema Draškić 2017, op. cit., 164.

²⁸ SZO ističe da se između 4,7–13, 2% smrti trudnica na godišnjem nivou može pripisati upravo nebezbednom prekidu trudnoće. V. Lale Say, Doris Chou, Alison Gemmill, Özge Tunçalp, Ann-Beth Moller, Jane Daniels, A Metin Gülmezoglu, Marleen Temmerman, Leontine Alkema, “Global causes of maternal death: a WHO systematic analysis”, *Lancet Glob Health*, 2 (6), 2014, 323–333.

²⁹ Stoga se i u okviru Agende Organizacije Ujedinjenih Nacija o ciljevima održivog razvoja do 2030. godine (2015) kao prioritet postavlja zaštita reproduktivnog zdravlja i prava žena obezbeđivanjem bezbednog i zakonitog abortusa. V. Women’s access to safe abortion in the 2030 Agenda for Sustainable Development: Advancing maternal health, gender equality, and reproductive right. <http://www.redaas.org.ar/archivos-recursos/2030%20agenda%20and%20women%20access%20to%20safe%20abortion%20-%201pas%20%20fact%20sheet%20-%20%202015.pdf>, 16.06.2020.

давство u vezi sa namernim prekidom trudnoće donedavno nije unifikovala. Naprotiv, Engleska, Škotska i Vels stoje na potpuno suprotnom kraju u odnosu na Severnu Irsku kada je reč o legalizaciji abortusa. Velika Britanija je namerni prekid trudnoće legalizovala još 1967. godine,³⁰ dok su na teritoriji Severne Irske važila drugačija pravila. Do nedavno su na snazi bili propisi iz 1861. godine kojima se abortus smatrao nezakonitim,³¹ osim u slučajevima u kojima bi nastavak trudnoće mogao da dovede do ozbiljnog i velikog rizika po fizičko ili psihičko zdravlje žene, uključujući i opasnost od samoubistva.³² Žene su zato najčešće bile primorane da na nezakonit način pribavljaju pilule kojima bi indukovale namerni prekid trudnoće ili da putuju u Englesku kako bi izvršile namerni prekid trudnoće. Jedan od važnijih slučajeva koji se vezuje za pitanje legalizacije abortusa u Severnoj Irskoj jeste slučaj *A, B, C protiv Irske* koji se vodio pred Evropskim sudom za ljudska prava.³³ Aplikantkinje su želele da izvrše abortus pozivajući se na to pravo zbog ugroženosti zdravlja i/ili blagostanja³⁴ (aplikantkinje A i B), odnosno zbog ugroženosti života nastavkom trudnoće (aplikantkinja C).

Ipak, kako usled restriktivnog i nespretno postavljenog zakonskog okvira Severne Irske nisu uspele da ostvare svoja prava na abortus u Severnoj Irskoj, morale su da napuste državu i abortus izvrše u Engleskoj. Nakon postupka prekida trudnoće, njihovo zdravstveno stanje se pogoršalo.³⁵ Obračajući se Evropskom sudu za ljudska prava istakle su da su bile izložene dodatnim zdravstvenim rizicima, finansijskim izdacima kao i mnogo većem stresu zbog celokupne procedure koja je morala biti sprovedena van njihove države. Navele su da je Severna Irska ovim (ne)postupanjem prekršila svoje obaveze i povredila osnovna prava koja su im garantovana Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, a pre svega pravo

³⁰ V. Section 1 (1) of the Abortion Act poslednji put izmenjen i dopunjen 2013. godine. U tom smislu v. i Section 37 (1) of the Human Fertilisation and Embryology Act.

³¹ Pored ovih zakonskih propisa (Offences Against the Person Act) značajan je i osmi ustavni amandman Irske kojim država garantuje pravo na život nerođenom detetu.

³² V. Elizabeth Rough, *Abortion in Northern Ireland: recent changes to the legal framework*, Commons Library Briefing, House of Commons Library, 2020, 4.

³³ Ticao se tri aplikantkinje, starije od 18 godina, koje su živele u Severnoj Irskoj, a koje su nenamerno zatrudnele. V. *A, B i C protiv Irske (A, B, C v. Ireland)*, broj 25579/05, 16. decembar 2010, § 12.

³⁴ Blagostanje predstavlja jednu od kategorija koju Svetska zdravstvena organizacija ubraja u elemente definicije zdravlja. Tako se zdravlje definiše kao "stanje potpunog fizičkog, mentalnog i socijalnog blagostanja, a ne samo odsustvo bolesti i onesposobljenosti". V. World Health Organization. Constitution of the World Health Organization, <https://www.who.int/about/who-we-are/constitution>, 17.07.2020.

³⁵ Detaljnije o činjenicama slučaja v. *A, B i C protiv Irske (A, B, C v. Ireland)*, broj 25579/05, § 11–26, 16. decembar 2010.

na poštovanje privatnog i porodičnog života.³⁶ Sud je osnovanost ovih navoda cenio zasebno za aplikantkinje A i B sa jedne strane i aplikantkinju C sa druge strane. Ovo stoga što su prve dve aplikantkinje istakle da je povreda člana 8 EKLJP u odnosu na njih učinjena usled odsustva normi koje predviđaju pravo na abortus radi zaštite zdravlja i/ili blagostanja trudnice, dok je aplikantkinja C istakla da je u odnosu na nju učinjena povreda ovog prava usled nedostatka zakonskih normi koje bi regulisale kriterijum i postupak ostvarivanja ustavom zagaranovanog prava na izvršenje abortusa u slučaju ugroženosti života žene.³⁷

Radi ocene osnovanosti navoda prve dve aplikantkinje Sud je ispitivao da li je Severna Irska ispunila svoju negativnu obavezu, odnosno da li je mešanje u prava koja su aplikantkinjama A i B garantovana članom 8 EKLJP, bilo u skladu sa zakonom, imalo legitimni cilj i bilo neophodno u demokratskom društvu.³⁸ Zaključio je da je postupanje bilo u skladu sa zakonom kao i da se želeo postići legitimni cilj zaštite moralnih uverenja naroda u Severnoj Irskoj. Odgovarajući na pitanje da li je mešanje bilo neophodno u demokratskom društvu, Sud je najpre istakao da je polje slobodne procene država ograničeno na način koji podrazumeva da se njenim delovanjem mora postići ravnoteža između suprostavljenih interesa, te da se zabrana abortusa radi zaštite prava na život fetusa ne može automatski opravdati pozivanjem na to da se njome želi postići zaštita fetusa ili pozivanjem na to da je zaštita prava na privatni život majke manjeg značaja.³⁹ Ipak, potvrdio je stanovište zastupljeno u Severnoj Irskoj i našao da ne postoji povreda člana 8, te da je zabrana abortusa opravdana. Svoju odluku doneo je uzimajući u obzir izmene irskog zakonodavstva⁴⁰ kao i duboko ukorenjene moralne stavove naroda u Severnoj Irskoj u vezi sa zaštitom prava na život fetusa, smatrajući da se

³⁶ V. A, B i C protiv Irske (A, B, C v. Ireland), broj 25579/05, §3, 16. decembar 2010.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Ovo pitanje postavljeno je s obzirom na to da član 8 obuhvata sferu privatnosti kao i zaštitu fizičkog i psihičkog integriteta. *Ibidem*, § 216. Detaljnije o obimu prava na privatnost v. M. Draškić, op. cit., 161–198.

³⁹ Sud je u slučaju *Open Door protiv Irske* istakao da, bez obzira na to što se državama priznaje široko polje slobodne procene u vezi sa pitanjima koja zalaze u sferu prirode ljudskog života, ono nije neograničeno. Samim tim, zadatak Suda je da oceni da li su ograničenja koja je država, u okviru svog polja slobodne procene, postavila u skladu sa Konvencijom. V. *Open Door i Dublin Well Woman protiv Irske* (*Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*), broj 14234/88; 14235/88, §68, § 238, 22. oktobar 1992.

⁴⁰ Sud je smatrao da je usled izmena zakonodavstva Severna Irska učinila korak napred u priznavanju prava na abortus ženama. Te izmene su podrazumevale usvajanje ustavnih amandmana kojima je predviđeno pravo na putovanje u inostranstvo radi izvršenje abortusa, pravo na pristup informacijama od značaja za izvršenje abortusa kao i pravo na zdravstvenu negu nakon izvršenja abortusa. V. A, B i C protiv Irske (A, B, C v. Ireland), broj 25579/05, § 239, 16. decembar 2010.

zabranom abortusa, onda kada je to potrebno radi zaštite zdravlja i/ili blagostanja trudnica, postiže ravnoteža između prava trudnice i prava fetusa.⁴¹

U slučaju treće aplikantkinje bilo je postavljeno pitanje ispunjenja pozitivne obaveze Severne Irske, koja je podrazumevala implementiranje odgovarajućih propisa koji predviđaju postupak ostvarivanja prava na abortus u slučaju ugroženosti života žene nastavkom trudnoće.⁴² Sud je podvukao da je u više navrata isticano da države imaju obavezu da svojim državljanima osiguraju pravo na poštovanje fizičkog i psihičkog integriteta,⁴³ a da ta obaveza podrazumeva i dužnost usvajanja mera koje garantuju efikasne i pristupačne načine za zaštitu prava na privatni život.⁴⁴ U trenutku odlučivanja o zahtevu aplikantkinje C, pravo na abortus u Severnoj Irskoj bilo je postavljeno u okviru ustavne norme, bez odgovarajućih zakonskih propisa koji bi detaljnije regulisali postupak ostvarivanja ovog prava. Istovremeno, na snazi su bile krivičnopravne norme koje eksplicitno zabranjuju izvršenje prekida trudnoće i predviđaju krivičnopravnu odgovornost kako za lekara, tako i za trudnicu koja želi da izvrši prekid trudnoće.⁴⁵ Stoga je Sud zaključio da je bojazan lekara i aplikantkinje C u vezi sa mogućnošću izvršenja prekida trudnoće u Severnoj Irskoj bila sasvim opravdana, imajući u vidu da ne postoje jasne i precizne odrednice o načinu ocene postojanja ugroženosti života žene kao i načinu izvršenja abortusa. Zaključeno je da postojeće mogućnosti ne predstavljaju efikasne i pristupačne postupke za ostvarivanje prava na abortus, suprotno navodima vlade Ujedinjenog Kraljevstva, kao i da postoji disbalans između prava na abortus koje je formalnopravno priznato i njegovog ostvarivanja.⁴⁶ Dakle, Sud je, bez obzira na veoma slično činjenično stanje, doneo drugačiju odluku u odnosu na aplikantkinje.

Kao što je rečeno, u odnosu na prve dve aplikantkinje, Sud je svoj stav opravdao a) postojanjem prava na putovanje u inostranstvo radi izvršenja abortusa, prava na pristup informacijama i prava na zdravstvenu negu nakon izvršenja abortusa u Severnoj Irskoj i b) postojanjem duboko ukorenjenih moralnih stavova irskog naroda.⁴⁷ Međutim, argumenti kojima se zabrana abortusa u slučaju ugroženosti zdravlja i/ili blagostanja opravdava i pored toga što zaštita fizičkog i

⁴¹ *Ibidem*, §§ 239–241.

⁴² Sud je takođe u obzir uzeo i kriterijume kojima se vodio u odnosu na prve dve aplikantkinje. *Ibidem*, § 247.

⁴³ *Ibidem*, § 245.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*, § 253.

⁴⁶ *Ibidem*, §§ 263–264.

⁴⁷ *Ibidem*, § 241.

psihičkog integriteta predstavlja deo prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, podložni su preispitivanju. Treba pre svega ukazati na jasan stav Suda da "očuvanje života fetusa predstavlja prihvatljiv cilj onda kada je zdravlju i blagostanju trudnice priznata jednaka vrednost".⁴⁸

Autorka smatra da se u konkretnom slučaju ne može govoriti o tome da je zdravlju i blagostanju trudnice priznata jednaka vrednost s obzirom na to da su putovanjem trudnice bile izložene mnogo većim finansijskim, praktičnim i zdravstvenim poteškoćama, nego što bi to bio slučaj da je abortus sproveden u njihovoj državi. Čak i Sud ističe da je "putovanje u inostranstvo radi izvršenja abortusa za aplikantkinje A i B bilo i psihički i fizički iscrpljujuće te da ne umanjuje značaj ozbiljnosti uticaja koji je nametnuta zabrana imala na njih."⁴⁹ Osim toga, treba podsetiti i na raniji stav Suda da se "zakonskim odredbama o dozvoljenom prekidu trudnoće u slučaju rizika po fizičko i mentalno zdravlje majke uspostavlja pravična ravnoteža između, s jedne strane, potrebe da se osigura zaštita fetusa, i s druge strane, interesa žene."⁵⁰ Ukoliko bi se prihvatilo stanovište da je postignuta ravnoteža interesa trudnice i fetusa, svakako se opravdano može postaviti pitanje da li se zabranom abortusa zaista postiže zaštita života fetusa. Korisnost ove zabrane bila je podložna preispitivanju i od strane samog Suda, imajući u vidu da se njenim nametanjem ne osigurava efikasan mehanizam zaštite fetusa, s obzirom na to da se trudnice svakako mahom odlučuju da otputuju u inostranstvo i izvrše prekid trudnoće.⁵¹

Shodno tome, izostaje vidljivost ravnoteže interesa o kojoj je Sud govorio. Sud odluku nadalje opravdava i isticanjem da je Severna Irska, usled duboko ukorenjenih moralnih shvatanja svog naroda, postupala u okvirima svog polja slobodne procene. Ovakvo postupanje je neuobičajeno ukoliko se u obzir uzme ranija praksa Suda prema kojoj je, onda kada među evropskim državama postoji konsenzus o pitanjima koja zadiru u polje ljudskih prava, Sud ograničavao polje slobodne procene države u cilju harmonizovane primene mehanizama njihove zaštite.⁵² Iako je u konkretnom slučaju zaključeno da među većinom evrop-

⁴⁸ *Ibidem*, § 172, 16. decembar 2010. V. takođe i *Tišjak protiv Poljske (Tysiac v. Poland)*, broj 5410/03, § 113, 20. mart 2007; V. takođe i *Vo protiv Francuske (Vo v. France)*, broj 53924/00, § 80, 8. jul 2004.

⁴⁹ *V. A, B i C protiv Irske (A, B, C v. Ireland)*, broj 25579/05, § 239, 16. decembar 2010.

⁵⁰ V. V. Bešarević, op. cit. 39. V. takođe i *Boso protiv Italije (Boso v. Italy)*, broj 53924/00, § 2, 5. septembar 2002.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² V. Izdvojeno delimično suprostavljeno mišljenje sudija Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvela, Malinverni i Poalelungi (Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvela, Malinverni and Poalelungi), § 5. Ovakva praksa postupanja Evropskog suda za ljudska prava u ko-

skih država postoji saglasnost o priznavanju prava na abortus na osnovu razloga postavljenih mnogo šire nego što je to slučaj u Severnoj Irskoj,⁵³ Sud je našao da je Severna Irska postupala u granicama svog polja slobodne procene. Ovakva odluka posebno iznenađuje ukoliko se u obzir uzme činjenica da je Sud kroz svoju praksu “jasno izrazio stav da nema dileme oko opravdanosti abortusa usled ugroženosti života ili zdravlja majke.”⁵⁴

Upitno je, međutim, da li je percepcija Suda zaista bila odgovarajuća imajući u vidu iskaze aplikantkinja A i B, koje tvrde da su moralna shvatanja naroda Severne Irske liberalnija i to potkrepljuju podacima o bezuspešnim pokušajima sprovođenja referenduma koji bi pravo na abortus ograničili u još većoj meri.⁵⁵ Uostalom, uprkos restriktivnom tumačenju naroda u Severnoj Irskoj o pravu na abortus, zanemarivanje evropskog konsenzusa o određenom pitanju zbog “dubokih moralnih uverenja” predstavlja “ozbiljan i opasan novi pristup u praksi Suda.”⁵⁶ Ovakva odluka nesumnjivo pokazuje da Sud nastavlja da postupa vrlo pažljivo prilikom ocene postojanja povrede prava u vezi sa pravom na abortus, bez namere da u velikoj meri zađe u polje slobodne procene konkretne države.

Izdvojeno mišljenje sudija koje drže da postoji povreda člana 8 u odnosu na aplikantkinje A i B to i potvrđuje.⁵⁷ Komitet za uklanjanje svih oblika diskrimina-

jima je jasno vidljivo koliki se značaj pridaje postojanju evropskog ili internacionalnog konsenzusa o određenom pitanju može se videti u slučajevima *T protiv Ujedinjenog Kraljevstva (T v. the United Kingdom)*, broj 24724/94, § 72, 16. decembar 1999; *X, Y i Z protiv Ujedinjenog Kraljevstva (X, Y and Z v. the United Kingdom)*, broj 21830/93, § 44, 22. april 1997; *Ünal Tekeli protiv Turske (Ünal Tekeli v. Turkey)*, broj 29865/96, § 61, 16. februar 2005.

⁵³ Aplikantkinja A je mogla da ostvari svoje pravo na abortus pozivajući se na zaštitu zdravlja i blagostanja u više od 40 država članica Saveta Evrope, dok je Aplikantkinja B takvo pravo mogla da ostvari pozivajući se na zaštitu blagostanja u više od 35 država članica Saveta Evrope. *V. A, B i C protiv Irske (A, B, C v. Ireland)*, broj 25579/05, § 235, 16. decembar 2010.

⁵⁴ Detaljnije o stavu Suda i problemima zakonodavstva Severne Irske u oblasti zaštite reproduktivnog zdravlja v. M. Jančić, op. cit., 128.

⁵⁵ Poslednji u nizu bezuspešnih referenduma, koji je prethodio ovom slučaju sproveden je u Severnoj Irskoj 2002. godine. Za cilj je imao pooštavanje postojećih normi koje su garantovale pravo na abortus u slučaju ugroženosti života žene, kao i u slučaju rizika od izvršenja samoubistva trudnice. Aplikantkinje su takođe istakle i podatke dobijene na osnovu analize sprovedene na nacionalnom nivou radi utvrđivanja i prikupljanja podataka o stavovima, znanju i iskustvima o kontracepciji, problematičnim trudnoćama i centrima za reproduktivno zdravlje u Severnoj Irskoj. Utvrđeno je da čak 87% ispitanika veruje da se ženi treba priznati pravo na abortus u slučaju ugroženosti njenog zdravlja. *Ibidem*, § 54, §§ 84–88, § 170.

⁵⁶ V. Izdvojeno mišljenje, § 9.

⁵⁷ V. Izdvojeno mišljenje, § 11.

cije nad ženama⁵⁸ (u daljem tekstu: Komitet) takođe je ukazao da su zakoni Severne Irske postavljeni tako da grubo krše i povređuju prava žena garantovanih ratifikovanim međunarodnim dokumentima.⁵⁹ Upravo je stav Komiteta predstavljao početak reformi u Severnoj Irskoj koja 2019. godine započinje put legalizacije abortusa usvajanjem odgovarajućih zakonskih propisa koji postavljaju pravila koja se odnose na abortus.⁶⁰ Tako su uklonjene norme zakona od 1861. godine koje su inkriminisale izvršenje abortusa, prekinuti su svi krivični postupci koji se vode u vezi sa do tada nedozvoljenim abortusima, ali je i uspostavljena obaveza za vladu Ujedinjenog Kraljevstva da usvoji nove zakonske propise kojima će proširiti krug indikacija usled kojih se dozvoljava abortus i osigurati mehanizam kojim će se ženama omogućiti pristup bezbednom abortusu.⁶¹ Vlada Ujedinjenog Kraljevstva ovu obavezu ispunila je nedavno usvajanjem propisa koji predviđaju pravo na slobodan i dozvoljen prekid trudnoće.⁶²

Naravno, ovakve izmene zakonskih propisa Severne Irske predstavljaju važan korak u priznavanju i zaštiti reproduktivnih prava žena u Severnoj Irskoj.

⁵⁸ Komitet za uklanjanje svih oblika diskriminacije nad ženama predstavlja organ sačinjen od 23 nezavisna eksperta koji nadgledaju implementaciju i primenu Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije protiv žena. Detaljnije v. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Introduction.aspx>, 18.09.2020.

⁵⁹ Komitet za uklanjanje svih oblika diskriminacije nad ženama je u tom smislu u svom izveštaju o postupanju Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Severne Irske u vezi sa članom 8 Opcionog protokola uz Konvenciju o uklanjanju svih oblika diskriminacije nad ženama (2018) ukazao na postojanje povreda člana 8 koje se moraju sanirati preduzimanje odgovarajućih aktivnosti. Više o tome v. Report of the inquiry concerning the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland under article 8 of the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, para. 85 i 86, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/GBR/INT_CEDAW_ITB_GBR_8637_E.pdf, 08.06.2020.

⁶⁰ Usvojen je Zakon o odlučivanju i sprovođenju mera (Northern Ireland Executive Formation and Exercise of Functions Act 2019), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/22/enacted>, 06.06.2020.

⁶¹ V. E. Rough, op. cit., 8.

⁶² Slobodan prekid trudnoće može se izvršiti do navršene 12. nedelje trudnoće, bez obzira na razlog, dok se dozvoljeni prekid trudnoće dozvoljava do navršene 24. nedelje trudnoće onda kada bi njen nastavak predstavljao veći rizik za fizičko ili psihičko zdravlje trudnice od rizika koji bi postojao prilikom izvršenja abortusa. Predviđeno je takođe i pravo na abortus bez obzira na broj navršenih nedelja trudnoće u slučaju da postoji ozbiljan rizik po život fetusa pre, tokom ili nedugo nakon rođenja ili u slučaju da postoji rizik da će dete biti rođeno sa teškim telesnim ili mentalnim nedostacima. Pravo na abortus bez obzira na broj navršenih nedelja trudnoće ženi se priznaje i radi sprečavanja trajne povrede njenog psihičkog ili fizičkog zdravlja kao i onda kada postoji rizik po život trudnice koji je veći od rizika kojem bi bila izložena u slučaju izvršenja prekida trudnoće. V. The Abortion (Northern Ireland) Regulations 2020, odeljak drugi, stav 3 i 4, <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2020/345/made>, 03.07.2020.

Sjedinjene Američke Države. – Zakonski propisi SAD-a su u ovoj oblasti isprva bili postavljeni restriktivno. Situacija se promenila nakon što je Vrhovni sud SAD-a u čuvenom slučaju *Roe protiv Wade*⁶³ (*Roe v. Wade*) iz 1973. godine proglasio tadašnji zakon Teksasa koji je abortus dozvoljavao samo izuzetno (radi očuvanja života majke), neustavnim.⁶⁴ Sud je ustanovio okvir postupanja u zavisnosti od toga o kom tromesečju trudnoće se radi, zauzevši stav da tokom prvog tromesečja trudnoće, kada postoji mali rizik za zdravlje žene, žena ima pravo da o prekidu trudnoće odlučuje uz konsultaciju sa lekarom, bez ikakvih ograničenja.⁶⁵ Sud je svoju odluku dodatno obrazložio pozivajući se na to da se zabranom abortusa tokom prvog tromesečja vređa ženino ustavom zagarantovano pravo na privatnost.⁶⁶

Iako je ova odluka bila osnov za legalizaciju abortusa na teritoriji SAD-a⁶⁷ treba napomenuti da je bila podložna kritikama. Tako je u slučaju *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania protiv Casey* (*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*)⁶⁸ Vrhovni sud SAD-a istakao da ženi ne treba priznati apsolutno pravo na prekid trudnoće tokom prvog tromesečja na način na koji je to određeno u slučaju *Roe protiv Wade*. Ovakav zaključak bio je argumentovan činjenicom da “iako žena ima pravo da izabere da li želi da prekine ili nastavi trudnoću, to ne znači da je država u potpunosti onemogućena da preduzme odgovarajuće korake kako bi osigurala da je takva odluka trudnice bila promišljena.”⁶⁹ Samim tim, podvučeno je da su savezne države slobodne da usvoje i primenjuju zakone koje za cilj imaju da obezbede odgovarajući pravni okvir putem kojeg

⁶³ *V. Roe protiv Wade (Roe v. Wade)* 410 U.S. 113 (1973).

⁶⁴ V. John Seymour, *Childbirth and the Law*, Oxford University Press, New York, 2000, 149. V. takođe i N. Petrušić, 1999, op. cit., 73.

⁶⁵ Tokom drugog tromesečja, kada postoji veći rizik po zdravlje žene, država bi trebalo da bude slobodna da na odgovarajući način reguliše postupak prekida trudnoće kao i način njenog izvršenja, dok bi u trećem tromesečju, kada je rizik po zdravlje žene najveći, država trebalo da bude slobodna da reguliše pitanje prava na abortus pa čak i da ga u potpunosti zabrani, osim u slučajevima ugroženosti života ili zdravlja žene. V. J. Seymour, op. cit., 150.

⁶⁶ V. N. Petrušić, 1999, op. cit., 73.

⁶⁷ Detaljnije o zakonodavnoj reformi u vezi sa pravom na abortus u SAD-u v. J. Seymour, op. cit., 150–151.

⁶⁸ *V. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania protiv Casey (Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey)* 505 U.S. 833 (1992).

⁶⁹ *V. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania protiv Casey (Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey)*, 505 U.S. 833 (1992), 892–893. Istaknuto je takođe i da bi tako liberalno regulisanje prava na abortus bilo u suprotnosti sa shvatanjem o značaju potencijalnog života fetusa za interes države. V. J. Seymour, op. cit., 151.

bi žena mogla da donese odgovarajuću odluku.⁷⁰ Kritike su takođe bile iznete i u vezi sa delom odluke koji je pravo na abortus, kao deo prava na privatnost, tretirao kao ustavom zagarantovano pravo. Tako je istaknuto da je pogrešno tumačiti pravo na privatnost kao ustavno pravo, da ne postoji bilo kakvo obrazloženje koje bi moglo povezati zaštitu prava na abortus sa ustavnim normama, kao i da je sama odluka *Roe protiv Wade* protivustavna. S druge strane su se nalazili pobornici mišljenja da je pravo na privatnost zagarantovano 14. ustavnim amandmanom, navodeći da su “najintimniji i lični izbori koje osoba donose tokom svog života, a koji predstavljaju izbore od značaja za lično dostojanstvo i autonomiju, ključni i povezani sa slobodom koja je zaštićena 14. ustavnim amandmanom.”⁷¹ Trenutna situacija u pojedinim saveznm državama usmerena je ka izmenama pozitivnopravnih propisa koji priznaju pravo na abortus. Iznose se predlozi usvajanja “*heartbeat*” zakona koji bi podrazumevali da se od trenutka od kojeg se mogu čuti prvi otkucaji srca fetusa, namerni prekid trudnoće ne može dozvoliti.⁷²

Postavljanje pravila da se abortus dozvoljava samo do trenutka do kog se ne čuje prvi otkucaj srca je problematično, ukoliko se uzme u obzir da se to najčešće događa oko navršene šeste nedelje trudnoće. Kako se u toliko kratkom vremenskom periodu može dogoditi da žena nije ni svesna da se nalazi u drugom stanju, zamislivo je da posledično propusti rok za izvršenje namernog prekida trudnoće. Postavljanje ovih zakonskih propisa bi, bez svake sumnje, najmanje pogodovalo ženama koje su pripadnice marginalnih grupa, jer bi one tada bile primorane da izvrše prekid trudnoće na nezakoniti način, u nebezbednim uslovima, na način koji bi podrazumevao minimalnu ili nikakvu negu nakon izvršenja namernog prekida trudnoće.⁷³ Svakako, valja imati na umu da su predlozi “*heartbeat*” zakona učinjeni u saveznm državama koje karakterišu konzervativni stavovi, zasnovani na političkim uverenjima,⁷⁴ te da kao i u slučaju Severne Irske, i savezne države SAD-a odlikuje visok stepen neslaganja i međusobno suprotstavljenih stavova koji se odnose na zaštitu ljudskih prava i sloboda, pa tako i prava na slobodno odlučivanje o rađanju.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ V. David J. Garrow, op. cit., 69 i dalje.

⁷² Pojedine savezne države usvojile su ovakve zakone, ali je njihova primena privremeno onemogućena. Detaljnije o pokušajima primene ovih zakona i problemima koji s tim u vezi postoje v. Dabney P. Evans, Subasri Narisimhan, “A narrative analysis of anti-abortion testimony and legislative debate related to Georgia’s fetal “heartbeat” abortion ban”, *Sexual and Reproductive Health Matters*, Informa UK Limited, London, 2020, 2.

⁷³ V. Joan Zolot, “How Will Recent Abortion Legislation Affect Women’s Health?”, *The American Journal of Nursing*, Tom 119, 2009, 15.

⁷⁴ V. M. Jančić, op. cit., 129.

*Institut namernog prekida trudnoće u pozitivnom pravu
Republike Srbije*

Ustav Republike Srbije od 2006. godine, (u daljem tekstu: Ustav RS)⁷⁵ predviđa da svako ima pravo da slobodno odlučuje o rađanju dece.⁷⁶ Ovo pravo postavljeno je i u okviru normi Porodičnog zakona.⁷⁷ Ipak, norme koje bliže regulišu pitanje prekida trudnoće postavljene su u okviru Zakona o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama⁷⁸ (u daljem tekstu: ZPPTZU), koji još uvek nije na odgovarajući način usklađen sa Ustavom RS. Pored ovog zakona pravno su relevantne i odredbe Zakona o zdravstvenoj zaštiti⁷⁹ (u daljem tekstu: ZZZ), koji se primenjuje na sva pitanja koja nisu regulisana ZPPTZU-om,⁸⁰ Zakona o pravima pacijenata⁸¹ kao i Pravilnika o broju, sastavu i načinu rada etičkog odbora u zdravstvenoj ustanovi⁸² (u daljem tekstu: Pravilnik). Polazne odredbe ZPPTZU-a pre svega predviđaju da se prekid trudnoće može izvršiti samo na zahtev trudne žene.⁸³ Zakon pravi razliku između slobodnog i dozvoljenog prekida trudnoće. Slobodni prekid trudnoće se može izvršiti na zahtev trudnice, bez potrebe navođenja razloga, do navršene desete nedelje trudnoće, odnosno u roku od deset nedelja od začeca deteta.⁸⁴ Izuzetno, slobodni prekid trudnoće se neće izvršiti ukoliko lekar utvrdi da usled toga postoji opasnost narušavanja zdravlja ili ugrožavanja života žene.⁸⁵ Dozvoljeni prekid trudnoće se vezuje za situacije nakon navršene desete nedelje trudnoće kada se prekid trudnoće može dozvoliti ukoliko postoji jedan od zakonom predviđenih razloga.⁸⁶ ZPPTZU dalje predviđa da ocenjivanje

⁷⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

⁷⁶ V. čl. 63 Ustava RS.

⁷⁷ Treba na ovom mestu napomenuti, da Porodični zakon, za razliku od Ustava RS, ovo pravo priznaje samo ženi, čime se, pre svega, krše ustavne norme kao i norme sadržane u ratifikovanim međunarodnim dokumentima. O tome zašto je ovako postavljena norma postala deo Porodičnog zakona v. M. Draškić 2019, op. cit., 18 fn. 41.

⁷⁸ *Službeni glasnik RS*, br. 16/95 i 101/2005 – dr. zakon.

⁷⁹ *Službeni glasnik RS*, br. 2/2019.

⁸⁰ V. čl. 4 ZPPTZU-a.

⁸¹ *Službeni glasnik RS*, br. 45/2013 i 25/2019 – dr. zakon.

⁸² *Službeni glasnik RS*, br. 30/1995 i 30/2016.

⁸³ V. čl. 2, st. 1 ZPPTZU-a. Takav zahtev žena ističe usmeno obraćanjem specijalisti akušerstva i ginekologije odgovarajuće zdravstvene ustanove. V. čl. 5, st. 1 ZPPTZU-a.

⁸⁴ V. čl. 6, st. 1 ZPPTZU-a.

⁸⁵ V. čl. 5, st. 2, tač. 3 u vezi sa čl. 3 ZPPTZU-a.

⁸⁶ Prekid trudnoće se može dozvoliti a) kada se na osnovu medicinskih indikacija utvrdi da se na drugi način ne može spasiti život ili otkloniti teško narušavanje zdravlje žene, b) kada se na

da li se slobodni prekid trudnoće može izvršiti ili ne, ceni lekar specijalista akušerstva i ginekologije u zdravstvenoj ustanovi, dok u periodu od navršene desete do navršene dvadesete nedelje trudnoće, postojanje razloga ceni konzilijum lekara odgovarajuće zdravstvene ustanove, a nakon navršene dvadesete nedelje trudnoće ove razloge ceni etički odbor zdravstvene ustanove.⁸⁷

Norma zakona koja postavlja razloge na osnovu kojih se može izvršiti dozvoljeni prekid trudnoće bila je predmet kritika kako s teorijskog tako i sa praktičnog aspekta. To se pre svega odnosi na stav ove norme kojom se mogućnost izvršenja prekida trudnoće dozvoljava iz pravno-etičkih razloga (namerni prekid trudnoće može se izvršiti onda kada je do začeća došlo izvršenjem krivičnog dela pri čemu se izvršenje krivičnog dela vezuje za postojanje pravnosnažne presude⁸⁸). S obzirom na to da (i uz potpuno poštovanje rokova u krivičnom postupku) može proteći duži vremenski period od započinjanja gonjenja za predmetno krivično delo do pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka, te da je žrtva, polazeći od striktnog tumačenja u praksi, u međuvremenu potencijalno morala da rodi dete zbog postupka koji se još uvek vodi, autorka predlaže dopunu ove odredbe dodavanjem još jednog stava. Kako se postojanje krivičnog dela može dokazati samo pravnosnažnom presudom, jer bi se u suprotnom vređala pretpostavka nevinosti, postojanje krivičnog dela ne može se vezati ni za koji drugi procesnopravni trenutak. Umesto toga, predlaže se dodavanje stava koji bi podrazumevao da se namerni prekid trudnoće može dozvoliti iz pravno-etičkih razloga, onda kada postoje osnovi sumnje da je do začeća došlo na protivpravni način. Iako bi se ovde mogli istaći razlozi da se vređa pretpostavka nevinosti, autorka u ovom slučaju smatra da se zakonskom formulacijom "postojanje osnova sumnje" ne vređa pretpostavka nevinosti, a da se istovremeno štiti pretežniji interes, tako da se suštinski ne utiče na tok i ishod krivičnog postupka.

Takođe, polazeći od evropskih standarda i prakse Evropskog suda za ljudska prava,⁸⁹ dozvoljena su, u izvesnoj meri, ograničenja prava okrivljenog (zakonskom odredbom) u krivičnom postupku, pa i ograničenje pretpostavke nevinosti, kada se štiti legitimni interes i poštuje načelo srazmernosti. Ovakav predlog re-

osnovu naučno-medicinskih saznanja može očekivati da će se dete roditi sa teškim telesnim ili duševnim nedostacima ili c) kada je do začeća došlo izvršenjem krivičnog dela (silovanje, obljava nad nemoćnim licem, obljava nad maloletnim licem, obljava zloupotrebom položaja, zavođenje i rodo-skrnavljenje). V. čl. 6, st. 2 ZPPTZU-a.

⁸⁷ V. čl. 10 ZPPTZU-a.

⁸⁸ V. čl. 6, st. 2, tač.3 ZPPTZU-a.

⁸⁹ U tom smislu v. *Salabiaku protiv Francuske (Salabiaku v. France)*, broj 10519/83, § 28, 7. oktobar 1988.

zultat je razumevanja da se u praksi često dešava da žene radije optiraju da se pozovu na razloge medicinske prirode, umesto na pravno-etičke razloge, te da se tako oni obesmišljavaju i praktično posmatrano, ni ne primenjuju.

Ova odredba izazvala je reakciju javnosti i zbog toga što se njome uklanjanju socijalne indikacije, kao razlog za izvršenje prekida trudnoće. Kovaček Stanić podvlači da su razlozi za ovakvo postupanje zakonodavca dvostruki – sa jedne strane, socijalne indikacije predstavljale su osnov za brojne zloupotrebe prava na prekid trudnoće, dok je sa druge strane, politika države bila pronatalitetna i usmerena na borbu protiv negativnog prirodnog priraštaja.⁹⁰ Protivnici ovog rešenja isticali su da se tako krše ustavne norme (slobodno odlučivanje o rađanju dece), ali i obaveze koje proizilaze iz međunarodnih ugovora.⁹¹ Čini se međutim da izostavljanje socijalnih indikacija nije predstavljalo izmenu sa negativnim posledicama, s obzirom na to da se najveći broj prekida trudnoće sprovodi do navršene desete nedelje trudnoće.⁹²

Pogrešno je prema mišljenju autorke tumačiti da se ovim izmenama krše ustavne norme, jer pravo na slobodno odlučivanje o rađanju dece ne predstavlja apsolutno pravo koje se ne može ograničiti zakonom. Bolje rečeno, Ustav RS izričito predviđa da ljudska prava zajemčena Ustavom mogu biti ograničena zakonom.⁹³ Iako je tačno da Ustav RS propušta da izričito predvidi mogućnost ograničenja ovog prava u skladu sa zakonom, to ne znači da su takva ograničenja opravdano izostavljena. Štaviše, ukoliko se u obzir uzme činjenica da ZPPTZU ovo ustavno pravo ograničava predviđajući *numerus clausus* slučajeve u kojima se prekid trudnoće može sprovesti, jasno je da su takve norme neustavne.⁹⁴ S tim u vezi treba podvući da se Ustavnim zakonom za sprovođenje Ustava Republike Srbije⁹⁵ postavlja rok usklađivanja svih zakona koji nisu u skladu sa Ustavom RS do 31. decembra 2008. godine.⁹⁶ Neophodno je stoga sprovesti pravnu reformu u

⁹⁰ V. G. Kovaček Stanić, op. cit., 485.

⁹¹ V. N. Petrušić, 1999, op. cit. 98.

⁹² Statistički podaci pokazuju da je tokom 2018. godine prijavljeno 14.079 prekida trudnoće od čega je kod 93.9% prekida trudnoće registrovana starost ploda od navršenih 10 ili manje nedelja trudnoće. V. Zdravstveno-statistički godišnjak Republike Srbije 2018, Beograd, Institut za javno zdravlje, <http://www.batut.org.rs/download/publikacije/pub2018.pdf>, 444, 18. 06. 2020.

⁹³ V. čl. 20, st. 1 Ustava RS. Neka od prava čije je ograničenje predviđenom Ustavom RS su i sloboda kretanja, sloboda misli, savesti i veroispovesti, sloboda mišljenja i izražavanja i pravo na imovinu. V. čl. 39, st. 2, čl. 43, st. 3, čl. 46, st. 2 i čl. 58, st. 3 Ustava RS.

⁹⁴ V. Olga Cvejić Jančić, "Šta je potrebno menjati u Ustavu Srbije u oblasti porodično-pravnih odnosa", *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2014, 16.

⁹⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

⁹⁶ V. čl. 15 Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srbije.

cilju usklađivanja ZPPTZU-a sa ustavnim tekstom na jedan od dva alternativno postavljena načina. Tako bi prva mogućnost podrazumevala izmene Ustava RS na način koji bi dozvolio mogućnost ograničavanja prava na slobodno odlučivanje o rađanju dece, dok bi druga mogućnost bilo sprovođenje postupka izmene i dopune normi ZPPTZU-a na način koji bi pravo na prekid trudnoće tretirale kao neograničeno pravo, kojim bi pravo na prekid trudnoće u slučaju postojanja socijalnih indikacija takođe bilo dozvoljeno.⁹⁷ Ipak, kako zakonodavac još uvek nije preduzeo nikakve korake u cilju usklađivanja ustavnog teksta i teksta ZPPTZU-a, nameće se zaključak da je osetljivost ove teme kao i mogućnost da se reformom u ovoj oblasti može pokrenuti niz pitanja, opredelila nepostupanje zakonodavca.

Postupak prekida trudnoće u okviru ZPPTZU-a obuhvaćen je normama o načinu njegovog pokretanja,⁹⁸ licima nadležnim za sprovođenje prekida trudnoće,⁹⁹ kao i mestu gde se sam prekid trudnoće ima izvršiti.¹⁰⁰ Sa izuzetkom ovih normi, ne postoji nijedna odredba koja bliže i detaljnije reguliše pitanje postupka prekida trudnoće. Umesto toga, predviđa se da će se na sva pitanja koja nisu regulisana ZPPTZU-om primenjivati Zakon o zdravstvenoj zaštiti.¹⁰¹ Čini se da se problem u preciznijem regulisanju postupka prekida trudnoće prevashodno vezuje za upravni postupak prekida trudnoće. U tom smislu se govori o problemu odsustva dvostepenosti postupka, odnosno nemogućnosti izjavljivanja žalbe od strane trudnice. Odluka konzilijuma lekara, odnosno etičkog odbora u vezi sa dozvoljenošću izvršenja prekida trudnoće je konačna i kao takva ne podleže dvostepenosti. Način odlučivanja etičkog odbora detaljnije je regulisan Pravilnikom.¹⁰²

Međutim, ne postoji bilo kakva norma koja predviđa mogućnost preispitivanja ovakve odluke etičkog odbora u smislu isticanja žalbe. Ovakvo rešenje protivno je ne samo odredbama ZOUP-a, koji predviđa da stranka ima pravo na žalbu

⁹⁷ O problemu neustavnosti normi ZPPTZU-a i uklanjanju socijalnih indikacija kao razloga za prekid trudnoće v. O. Cvejić Jančić, op. cit., 2014, 15–16.

⁹⁸ V. čl. 5, st. 1 ZPPTZU-a.

⁹⁹ V. čl. 7 ZPPTZU-a.

¹⁰⁰ V. čl. 10 ZPPTZU-a. Takođe, u ovom zakonu se postavlja obaveza odgovarajuće zdravstvene ustanove da u odnosu na ženu kojoj je izvršen prekid trudnoće obavi kontrolu zdravstvenog stanja kao i da vodi odgovarajuću evidenciju i medicinsku dokumentaciju u vezi sa prethodno izvršenim prekidima trudnoće. V. čl. 11 i čl. 12 ZPPTZU-a.

¹⁰¹ V. čl. 4 ZPPTZU-a.

¹⁰² U Pravilniku je predviđeno da etički odbor odlučuje najkasnije u roku od sedam dana od dana podnošenja zahteva, da to čini jednoglasno i da takvu odluku mora da obrazloži. V. čl. 4 Pravilnika. O kritici ovog rešenja v. N. Petrušić, 1999, op. cit., 109.

protiv rešenja donesenog u prvom stepenu¹⁰³, već i odredbama najvišeg pravnog akta naše države koji izričito predviđa da “*svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu.*”¹⁰⁴ S obzirom na to da pravo na slobodno odlučivanje o rađanju dece,¹⁰⁵ koje obuhvata i pravo na nerađanje, takođe predstavlja ustavno pravo, jasno je da se normama ZPPTZU-a zaobilazi ova ustavna norma, i tako konzilijum, odnosno etički odbor, oslobađa dužnosti dvostepenosti postupka. Budući da se ovakvim normama ženi uskraćuje pravo na žalbu, ZOUP ostavlja mogućnost pokretanja upravnog spora pred nadležnim sudom.¹⁰⁶ Tada bi sud imao zadatak da oceni celishodnost odluke konzilijuma lekara, odnosno etičkog odbora kojim se ženi uskraćuje ovako značajno pravo. Naravno, kako se u praksi neretko dešava da trudnice nisu upoznate sa ovom mogućnošću, odluka konzilijuma, odnosno etičkog odbora najčešće je konačna.¹⁰⁷ Imajući u vidu da pravo na delotvorni pravni lek predstavlja pravo koje, pored Ustava RS, garantuju i međunarodni dokumenti potpisani i ratifikovani od strane Republike Srbije, čini se da je propust zakonodavca da omogući dvostепенost postupka nedopustiv. Ovaj primer predstavlja još jedan od pokazatelja odsustva usklađenosti normi ZPPTZU-a sa normama najvišeg pravnog akta naše države.

ZAKLJUČAK

Abortus se posmatra kao alternativa nebezbednom prekidu trudnoće. U radu su izloženi primeri država koji svedoče o tome da se bez obzira na stav koji među državama postoji u pogledu pitanja zaštite reproduktivnih prava, pravni sistemi ipak odlučuju da postupaju “na svoju ruku”. Takvo postupanje rezultira u sasvim oprečnim pravcima i dovodi do neusklađenih rešenja. Na kraju, iako autorka drži da zakonska rešenja naše države spadaju u red onih čija su rešenja postavljena liberalno, važno je naglasiti da zakonski tekst svakako treba čim pre izmeniti i dopuniti na način kojim bi se ostvarila usklađenost zakonskog teksta sa ustavnim tekstom, te posledično osigurala efikasna zaštita reproduktivnih prava. Trebalo bi takođe i promovisati važnost i potrebu zaštite i kontrole reproduktivnog zdravlja, preduzimanjem akcija i sprovođenjem mera u cilju podsticanja korišćenja preventivnih mehanizama zaštite.

¹⁰³ V. čl. 13, st. 1 ZOUP-a.

¹⁰⁴ Autorka naglasila. V. čl. 36, st. 2 Ustava RS.

¹⁰⁵ V. čl. 63, st. 1 Ustava RS.

¹⁰⁶ V. čl. 14 ZOUP-a.

¹⁰⁷ Tako i N. Petrušić, 1999, op. cit., 110.

IVANA BARAĆ
Teaching Lecturer, Faculty of Law
University of Belgrade

ABORTION: NEW TENDENCIES AND OLD FLAWS

Summary

In the past few decades, the area of reproductive health has undergone some serious amendments. Both the provisions of comparative law and the law of former Socialist Federal Republic of Yugoslavia testify that any attempt of abortion was forbidden. However, feminist movements aimed to enhance reforms in the area of reproductive health, managed to make abortion permissible in various legal systems. The paper firstly focuses on activities of the international community, followed by an analysis of comparative legal systems (Northern Ireland and individual US states), as examples of countries drafting their legislation in a different manner. The legislation of Northern Ireland has been amended from forbidding abortion in almost every scenario, to one which allows for abortion in pre-determined cases, while, some states of the USA have commenced the journey of implementing the “heartbeat” laws aimed to limit the existing rights. Lastly, the author analyses the legislation of the Republic of Serbia and in that respect proposes modifications aimed to enhance the existing protection mechanisms of reproductive health.

Key words: *reproductive health, woman’s right to give birth, contraception, free and allowed abortion, complaint*

Literatura

- Cvejić Jančić O., *Porodično pravo*, prvo izdanje. Pravni fakultet Univerzitet u Novom Sadu, Centar za izdavačku delatnost, 2009.
- Cvejić Jančić O., “Šta je potrebno menjati u Ustavu Srbije u oblasti porodično-pravnih odnosa”, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2014.
- Dražkić M., *Porodično pravo i pravo deteta*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019.
- Evans D. P., Narisimhan S., “A narrative analysis of anti-abortion testimony and legislative debate related to Georgia’s fetal “heartbeat” abortion ban”, *Sexual and Reproductive Health Matters*, Informa UK Limited, London, 2019.
- Garrow D. J., “Privacy and the American Constitution”, *Social Research*, Tom 68, br. 1, 2001.
- Johnson B. R., Mishra V., Lavelanet A. F., Khosla R., Ganatra B., “A Global Database of Abortion Laws, Policies, Health Standards and Guidelines”, *Bulletin of the World Health Organization*, Tom 95, Geneva: World Health Organization, 2017.
- Konstantinović Vilić S., Petrušić N., “Abortus u Srbiji – Sloboda odlučivanja u uslovi-
ma socijalne i državne kontrole”, *Žene, zakoni i društvena stvarnost*, Knjiga druga, Niš:SVEN, 2010.

- Kovaček Stanić G., "Prekid kasne trudnoće u pravu Srbije i uporednom evropskom pravu", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, 2015.
- Jančić M., "Kontroverznost prava na prekid trudnoće kao metoda planiranja porodice", *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2016.
- Miller R. A., *The Limits of Bodily Integrity, Abortion, Adultery and Rape Legislation in Comparative Perspective*, Routledge, 2017.
- Milosavljević M., "Medicinsko razmatranje abortusa i kontracepcije" *Abortus, Pravni, medicinski i etički pristup*, (ur. Slobodanka Konstantinović Vilić), Ženski istraživački centar za edukaciju i komunikaciju – Niš, Niš, 1999.
- Petrušić N., "Pravo na abortus", *Abortus, Pravni, medicinski i etički pristup*, (ur. Slobodanka Konstantinović Vilić), Ženski istraživački centar za edukaciju i komunikaciju – Niš, Niš, 1999.
- Petrušić N., "Etički diskurs o abortusu", *Žene, zakoni i društvena stvarnost*, Knjiga druga, Niš:SVEN. 2010.
- Petrušić N., "Jurisprudencija evropskog suda za ljudska prava u zaštiti reproduktivnih prava", *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2007.
- Ponjavić Z, *Prekid trudnoće – pravni aspekti*, Nomos, Beograd, 1997.
- Popović D., Beširević V., Carić S., Draškić M., Đerić V., Ilić P. G., Janković I., Korljan E., Krstić I., Marinković T., Papić T., *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, prvo izdanje, Beograd, 2017.
- Rašević M., *Fenomen namernog prekida trudnoće*, Službeni glasnik, Beograd, 2003.
- Rough E., *Abortion in Northern Ireland: recent changes to the legal framework*, Commons Library Briefing, House of Commons Library, 2020.
- Say L., Chou D., Gemmill A., Tunçalp Ö., Moller A., Daniels J., Gülmezoglu A M., Temmerman M., Alkema L., "Global causes of maternal death: a WHO systematic analysis", *Lancet Glob Health* 2(6), 2014.
- Seymour J., *Childbirth and the Law*, Oxford University Press, New York, 2000.
- Zolot J., "How Will Recent Abortion Legislation Affect Women's Health?", *The American Journal of Nursing*, Tom 119, 2019.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 25.09.2020.

Prihvaćen: 11.10.2020.

PREGLEDNI RAD

DOBROSAV MILOVANović

ODNOSI REPUBLIČKIH ORGANA I ORGANA JEDINICA LOKALNE SAMOUPRAVE U SRBIJI

Novi model odnosa republičkih organa i organa jedinica lokalne samouprave trebalo bi prilagoditi ekonomskom, demografskom, obrazovnom, kulturološkom, informaciono-komunikacionom i političkom kontekstu u Srbiji. Takođe, potrebno je imati u vidu principe na kojima se zasniva lokalna samouprava (monotipnost ili politipnost, jednostепенost ili visestепенost), status i uloga upravnog okruga, da li se osniva region i sl. Konačno, model bi trebalo da omogući resavanje krupnih problema velikih gradova i da preokrene unutrašnje migracione trendove. Odnosi republičkih organa i organa JLS podrazumevaju veći ili manji stepen (de)centralizacije. Ovi principi zahtevaju analizu dva aspekta. Najpre, to je raspodela poslova između ovih nivoa i precizno definisanje poslova koji se obavljaju u okviru sopstvenog, odnosno poverenog delokruga. Drugi aspekt podrazumeva relacije koje se između ovih organa uspostavljaju i realizuju u vezi sa veoma raznovrsnim aktivnostima i pitanjima pri obavljanju poslova, kako bi se obezbedilo da se oni kontinuirano, delotvorno, efikasno i ekonomično obavljaju. Pri tome, neophodno je imati u vidu principe predviđene Evropskom poveljom o lokalnoj samoupravi i kritički sagledati uporedna iskustva drugih zemalja.

Ključne reči: lokalna samouprava, centralizacija, decentralizacija, dekoncentracija

U V O D

Prilikom razmatranja novog modela odnosa republičkih organa i organa jedinica lokalne samouprave (u daljem tekstu: JLS), neophodno je imati u vidu eko-

Prof. dr Dobrosav Milovanović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: bata@ius.bg.ac.rs. Ovaj rad je sačinjen kao deo projekta na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu "Identitetski preobražaj Srbije".

nomski, demografski, obrazovni, kulturološki, informaciono-komunikacioni i politički kontekst u Srbiji. Pravilno postavljanje ovih odnosa zavisi i od toga da li će se budući model lokalne samouprave zasnivati na principu monotipnosti ili politipnosti, jednostepenosti ili višestepenosti, kakav status i nadležnosti će imati postojeći necentralni stepen (upravni okrug), da li će se uspostaviti region i u čemu bi se sastojali njegov položaj i uloga.¹

Pored toga, veoma je važna veličina područja, broj stanovnika i ekonomski potencijali JLS. U poređenju sa nizom evropskih zemalja, opštine i gradovi u Republici Srbiji se, sa aspekta područja koje obuhvataju i broja stanovnika, uglavnom mogu smatrati relativno velikim. To se može oceniti kao povoljna okolnost iz ugla realizacije ideje Evropske povelje o lokalnoj samoupravi (EPLS),² prema kojoj bi organi JLS trebalo da obavljaju što je moguće širi krug poslova, za čiju je uspešnu realizaciju neophodno postojanje ekonomskih, kadrovskih, tehničkih i drugih kapaciteta.³

¹ U državama članicama Saveta Evrope postoje velike razlike u pogledu institucionalne strukture, veličine i nadležnosti organizacije lokalnog nivoa. Stoga je teško izvršiti uopštavanje u pogledu osnovne jedinice, kao i karaktera drugostepenog nivoa – da li je on rezultat decentralizacije i/ili dekoncentracije. U načelu postoje tri oblika lokalne teritorijalne organizacije. Neke države imaju samo jedan nivo lokalnih vlasti sa homogenim ovlašćenjima i odgovornostima. Druga grupa država ima dva nivoa lokalne vlasti sa različitim ovlašćenjima i odgovornostima – gde obično drugi nivo pruža podršku osnovnom – ali sa homogenom teritorijalnom raspodelom nadležnosti. Kod treće grupe država postoji koegzistencija nekoliko oblika organizacije – jednostepene i dvostepene lokalne vlasti – kao način razlikovanja potreba gradske aglomeracije i seoske ili male opštine. Dekoncentrisane države imaju još jedan nivo vlasti koji se mora uzeti u obzir za potpunu razumevanje slike interakcije lokalnih vlasti. Council of Europe, **Local and Regional Democracy, "The relationship between central and local authorities"**, *Report of the European Committee on Local and Regional Democracy (CDLR) prepared with the collaboration of Alba Nogueira López Professor at Santiago de Compostela University, Spain, 2007, 1–3, <https://rm.coe.int/1680747fbc>.*

² Council of Europe, European Treaty Series – No. 122 European Charter of Local Self-Government Strasbourg, 15. X 1985. Povelja je 2009. godine dopunjena Dodatnim protokolom o pravu na učešće u poslovima lokalnih organa, čiji je cilj da obezbedi dosledniju primenu prava građana na učešće u vođenju javnih poslova, u smislu zauzimanja stavova i uticaja na rad lokalnih organa i na njihovu odgovornost.

³ Suprotan primer pradžavlja Slovenija koja je posle osamostaljenja krenula putem usitnjavanja opština, polazeći od prosečnih opština u EU. Međutim, tom prilikom nije uzeta u obzir činjenica da je teritorijalno-politička podela u većini zemalja Zapadne Evrope uspostavljena još u srednjem veku, kada opštine nisu imale snažnu ulogu. Na ovaj način je umnožena politička struktura, bez pozitivnih efekata za građane i privredu i ostvarivanje javnih interesa. Stoga je Slovenija morala da pronalazi različite oblike povezivanja opština, kako bi prevazišla nastale probleme u vezi sa ekonomskim potencijalima, kadrovskim problemima, obezbeđivanjem pretpostavki za ekonomski isplativo obavljanje određenih delatnosti i sl.

S druge strane, pri redefinisaniu modela odnosa republičkih organa i organa JLS, neophodno je obezbediti standardizovano, delotvorno, efikasno i ekonomično funkcionisanje organa JLS, ravnopravan status građana i pravnih lica – nezavisno od područja na kome se obavljaju poslovi JLS, kao i stvaranje uslova za preokret nepovoljnog trenda unutrašnjih migracija, u cilju rešavanja problema velikih gradova i ravnomerne raspoređenosti stanovništva na celoj teritoriji Srbije. Naime, brojni problemi velikih gradova, posebno grada Beograda, u vidu prekomerne zagađenosti, saobraćajnog kolapsa, buke, neophodnosti ogromnih investicija za rešavanje komunalnih problema i sl., prvenstveno se moraju rešavati smanjivanjem razloga za doseljavanje novih stanovnika. Oni proističu iz trenutno opravdane želje građana da prevaziđu probleme sredina iz kojih dolaze u vezi sa zapošljavanjem, komunalnom i informaciono-komunikacionom infrastrukturom, kvalitetom obrazovanja, zdravstvenim uslugama, nemogućnosti da u potpunosti zadovolje potrebe prisustva kulturnim i sportskim događajima i sl. Na ovaj način bi se smanjili ne samo problemi velikih gradova, nego i prevazišao problem demografskog praznjenja pojedinih delova teritorije Srbije, što je od značaja i sa aspekta bezbednosti zemlje.

Pojam odnosa republičkih organa i organa JLS podrazumeva dva aspekta. Najpre, to je raspodela poslova između ovih nivoa i precizno definisanje poslova koji se obavljaju u okviru sopstvenog, odnosno poverenog delokruga. Drugi aspekt podrazumeva relacije koje se između ovih organa uspostavljaju i realizuju u vezi sa veoma raznovrsnim aktivnostima i pitanjima pri obavljanju poslova, kako bi se obezbedilo da se oni kontinuirano, delotvorno, efikasno i ekonomično obavljaju.

Oba aspekta se izražavaju kroz principe centralizacije i decentralizacije,⁴ koji su tokom istorije i danas imali brojne zagovornike i argumentaciju.⁵ U orga-

⁴ Prema našem shvatanju, centralizacija, posmatrana statički ili dinamički, predstavlja stanje, odnosno proces kod koga je težište u donošenju, izvršavanju i kontroli odluka na višim nivoima upravnog sistema. Kod centralizovanog modela, većinu poslova obavljaju centralni organi uprave ili oni u odnosu na necentralne organe pri vršenju poverenih poslova, imaju niz raznovrsnih ovlašćenja – usled čega je stepen samostalnosti necentralnih organa izuzetno mali, odnosno po određenim pitanjima i ne postoji. Suprotno tome, kod decentralizacije težište u donošenju, izvršavanju i kontroli odluka leži na nižim nivoima upravnog sistema. Pri tome, upravne poslove vrše organi osnovani na teritorijalnoj osnovi uz uživanje određenog stepena samostalnosti, koji po pojedinim aspektima, u zavisnosti od obuhvatnosti decentralizacije, može biti različit. Dobrosav Milovanović, *Pravno ustrojstvo lokalne (samo) uprave u Srbiji*, Beograd, 1994, 11–12. O principima centralizacije i decentralizacije v. Bogoljub Milosavljević, *Sistem lokalne samouprave u Srbiji*, Stalna konferencija gradova i opština, Beograd, 2009, 5–9.

⁵ O upravnoj centralizaciji Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Tome I, X edition, Paris, 1988, 221–250.

nizaciji savremene države elementi centralizacije i decentralizacije su pomešani. E. Pusić⁶ ukazuje da je reč o borbi suprotnosti, koja vodi smenjivanju kretanja u jednom ili u drugom smeru, pod dejstvom niza, političkih, organizacionih, tehničkih i drugih faktora unutar i izvan upravnog sistema. Pri tom, stepen (de)centralizacije zavisi, ne samo od raspodele poslova po nivoima, već i od međusobnih odnosa centralnih i lokalnih organa, tj. od načina povezivanja tih poslova.⁷

Brojni autori su nastojali da jednostrano utvrde prednosti, odnosno nedostatke ovih organizacionih načela.⁸ Ipak, mišljenja smo da su to vrednosno neutralne tendencije kojima se bez razmatranja konkretnog ambijenta i oblasti, ne mogu pripisivati naročito pozitivne ili negativne osobine.⁹ U savremenim državama odrađena decentralizacija je nužna i poželjna, ali je radi postizanja njene svrsishodnosti i funkcionisanja celokupnog upravnog sistema neophodno obezbediti pogodne načine i sredstva za povezivanje tj. za ostvarenje jedinstva cilja.

Razmotrimo navedene principe i aspekte odnosa centralnih organa i organa JLS na primeru Srbije, gde se uz analizu problema i njihovih uzroka, kao i poređenjem sa rešenjima uporednog prava, uglavnom sadržanim u EPLS, predlažu moguća unapređenja.

PRINCIP PRAVILNE RASPODELE POSLOVA IZMEĐU REPUBLIČKIH ORGANA I ORGANA JLS

Postoji više principa koji se bave raspodelom nadležnosti između centralnih organa i organa lokalne samouprave u državama članicama Saveta Evrope.

Prema odredbi člana 2. EPLS, "princip lokalne samouprave utvrdiće se u domaćem zakonodavstvu, a gde je to izvodljivo, u ustavu". Ovaj princip razlikuje lokalnu vlast kao izbornu teritorijalnu jedinicu sa političkom dimenzijom i sopstvenim nadležnostima od čisto administrativne podele. Ipak, delotvorna samouprava zavisi od jasne dodele nadležnosti, dovoljne finansijske podrške, i postojanja ograničenja u vršenju nadzora – naročito "ex ante" nadzora i/ili nadzora nad celishodnošću.

⁶ Eugen Pusić, *Upravni sistemi I*, Grafički zavod Hrvatske, Zagreb, 1985, 63.

⁷ Milan Ramljak, *Centralna i lokalna uprava u razvoju*, Zagreb, 1982, 98–99 i 104. Približno shvatanje zastupa H. Peters, dok Bertalanfi, i Pusić vide u centralizaciji samo povezivanje elemenata u sistem, a ne i sam raspored elemenata (ovde poslova). Mišljenja smo da su za potpunu ocenu stepena (de)centralizacije relevantna oba aspekta.

⁸ *Ibidem*, 97–98.

⁹ Milan Ramljak, "Aktualni problemi centralizacije i decentralizacije", *Zakonitost*, br. 11–12, Zagreb, 1990, 1330. Isto, Eugen Pusić, *Nauka o upravi*, Zagreb, 1989, 89.

Prema principu zakonitosti, odredbe zakona utvrđuju vrste i obim nadležnosti organa lokalne samouprave. Dodeljena ovlašćenja trebalo bi da “redovno budu potpuna i isključiva” (čl. 4. st. 4. EPLS), iako često postoje pravna i finansijska ograničenja. S druge strane, organi lokalne samouprave su, u različitoj meri po zemljama, nosioci normativnih ovlašćenja, uz dužnost poštovanja pravnog okvira uspostavljenog centralnim propisima.

Ovlašćenja i nadležnosti moguće je dodeliti zajedno sa “klauzulom o opštoj nadležnosti”, koja priznaje organima lokalne samouprave ovlašćenje da intervenišu po svakom pitanju od lokalnog interesa. Ova klauzula omogućava proširenje domena lokalnog delovanja ako je to u interesu lokalnog stanovništva. Međutim, nije lako ustanoviti šta podrazumeva izraz “interesi lokalnog stanovništva”.¹⁰ S druge strane, finansijska ograničenja i zakonske odgovornosti drugih nivoa ograničavaju uticaj klauzule o opštoj nadležnosti.

Ova klauzula povezana je sa načelom supsidijarnosti, koje pri vršenju nadležnosti daje prednost organima najbližim građaninu (čl. 4.3. EPLS).¹¹ Prilikom izvršavanja podeljenih nadležnosti, trebalo bi izabrati nivo najbliži građanima, koji će moći delotvorno da odgovori na njihove potrebe.

Pored izvornih nadležnosti, moguće je da se jedinicama lokalne samouprave povere i nadležnosti centralnih organa (Češka, Letonija, Litvanija, Slovačka, Španija). Zakoni kojima se poveravaju nadležnosti obično predviđaju mehanizme informisanja, nadziranja i finansiranja vršenja ovih nadležnosti.¹² EPLS omogućava prošireni upravni nadzor viših organa u vezi sa poverenim nadležnostima (član 8.2), dok smatra da bi opšti nadzor trebalo da bude ograničen na poštovanje zakonitosti. Lokalni organi vrše poverena ovlašćenja u ime države koja može postaviti standarde delovanja i, pored zakonitosti, nadgledati i njihov učinak.¹³

Imajući u vidu navedene principe, u vezi sa reformom javne uprave Srbije, smatramo da bi pre raspodele poslova između republičkog, pokrajinskog i nivoa lokalne samouprave, trebalo ispitati potrebu uvođenja izvesnih poslova, prestanka pojedinih postojećih poslova ili promenu načina njihovog obavljanja. To

¹⁰ U Finskoj sudovi su, na osnovu klauzule o opštoj nadležnosti dozvolili, da se određeni međunarodni kontakti JLS smatraju delom lokalnog delokruga. U Švedskoj su sudske odluke dovele do tumačenja klauzule opšte nadležnosti koje je uticalo na lokalno zakonodavstvo.

¹¹ Pojedine zemlje (Italija, Portugal, Rumunija, Holandija, Španija, V. Britanija), navode supsidijarnost kao vladajući princip odnosa između centralnih organa i organa lokalne samouprave.

¹² U Češkoj vršenje poverenih nadležnosti podrazumeva stalni protok informacija između centralnih i lokalnih organa. Francuska ustavna reforma iz 2003. utvrđuje da poveravanje nadležnosti mora biti praćeno finansijskim sredstvima neophodnim za njihovo ostvarivanje.

¹³ O navedenim načelima detaljnije v. Council of Europe, **Local and Regional Democracy**, “The relationship between central and local authorities”, op. cit., 15–18.

je posledica drugačije uloge javne uprave¹⁴ i drugačijih metoda rada (npr. digitalizacije). Posle toga, potrebno je, imajući u vidu demografske, geografske, ekonomske, tehničko-tehnološke parametre, javni interes, kao i kriterijume najvećeg stepena delotvornosti, efikasnosti i ekonomičnosti obavljanja poslova i pružanja usluga građanima, predvideti nivo na kome se najkvalitetnije mogu obavljati relevantni poslovi i pružati javne usluge.¹⁵ Pri tome, trebalo bi nastojati da se ostvari što veći stepen decentralizacije i dekoncentracije poslova, kako bi se oni približili građanima i odrazili lokalne specifičnosti. U ovom pravcu pozitivno deluje i digitalizacija, jer omogućava decentralizovano i dekoncentrisano prikupljanje različitih podataka, njihovo centralizovano objedinjavanje u odgovarajućim bazama i praćenje stanja, uz ponovno decentralizovano i dekoncentrisano donošenje odluka i upravno postupanje.

Pored principa centralizacije, decentralizacije i dekoncentracije, potrebno je primeniti i princip standardizacije. Naime, jedan od ključnih razloga proširenja predmeta Strategije sa državne na javnu upravu, odnosio se prvenstveno na potrebu obezbeđenja funkcionalnog jedinstva i standarda kvaliteta aktivnosti kojima se vrše određene vrste upravnih poslova i javnih ovlašćenja, nezavisno od organa ili organizacija koji ih obavljaju. Organi JLS na osnovu teritorijalne decentralizacije ili dekoncentracije obavljaju ove poslove u vidu sopstvenih ili poverenih poslova. To se čini radi obezbeđenja izvesnog stepena samostalnosti u njihovom vršenju zbog lokalnih specifičnosti, približavanja poslova lokalitetima, građanima ili pravnim licima u odnosu na koje se oni obavljaju, smanjenja troškova, rasterećenja organa državne uprave i sl. Međutim, primenom principa standardizacije neophodno je obezbediti da se ovi poslovi obavljaju sa istim stepenom kvaliteta u svim JLS, u cilju ravnopravnog tretmana svih građana i pravnih lica i potpune realizacije postavljenih javnih interesa. Kao primer se može navesti primena odredaba Zakona o opštem upravnom postupku, za čiju su primenu neophodna istovetna znanja i veštine, bez obzira da li se to čini na republičkom nivou ili na nivou JLS. Takođe, mišljenja smo da bi Uredba o kancelarijskom poslovanju trebalo da se primenjuje ne samo na poverene nego i na

¹⁴ U vezi sa tim, trebalo bi izvršiti izmene i dopune Zakona o državnoj upravi ("Službeni glasnik RS", br. 79/05, 101/07, 95/10, 99/14, 30/18. U daljem tekstu: ZDU). Tako, npr., potrebno je kao nove poslove uvesti izdavanje garantnih akata, zaključivanje upravnih ugovora, pružanje javnih usluga, konsultacije građana i jedinica lokalne samouprave).

¹⁵ Pri tome, u prvoj fazi reformi ovi kriterijumi se mogu koristiti u granicama predviđenim postojećim ustavnim okvirom (odredbe čl. 190. Ustava o "garantovanoj" nadležnosti JLS). Kasnije bi se, u vezi sa eventualnom promenom Ustava, preraspodela poslova mogla predvideti u skladu sa navedenim principima i EPLS-om, uz predviđanje eventualno drugačijeg kruga poslova koji bi bio garantovan za sopstveni delokrug u skladu sa principima monotipnosti ili politipnosti, odnosno jednostepenosti ili višestepenosti.

sopstvene poslove organa JLS, jer se jedinstvenom primenom obezbeđuju pretpostavke za standardizovano vođenje relevantnih evidencija, praćenje toka predmeta, praćenje stanja u oblasti i sl.

To podrazumeva utvrđivanje standarda koje je neophodno da ispunjava određena JLS da bi mogla kvalitetno da obavlja ove poslove,¹⁶ uz kasniji nadzor da li se ti standardi dosledno poštuju. Za JLS koje ne raspolažu neophodnim kapacitetima, trebalo bi prelaznim i završnim odredbama relevantnih zakona odrediti da nadležno ministarstvo odobrava vršenje ovih poslova, kada utvrdi ispunjenje predviđenih uslova. Istovremeno, trebalo bi predvideti mere za podizanje kapaciteta JLS, da bi se što pre osposobile za obavljanje datih poslova, što će doprineti zaustavljanju negativnih demografskih i migracionih tendencija u pojedinim područjima. Do ispunjenja uslova, sopstveni poslovi date JLS bi se mogli obavljati kroz oblike saradnje JLS, a povereni poslovi kroz ove oblike saradnje ili od strane upravnog okruga. S druge strane, princip standardizacije ni na koji način ne ograničava samostalnost i kreativnost organa i službenika JLS u okviru poslova koji to po svojoj prirodi dozvoljavaju i zahtevaju. Takođe, potrebno je omogućiti stalan protok ideja sa lokalnog nivoa gde postoji neposredan kontakt sa građanima i mogućnost uočavanja promena u realnom životu koje zahtevaju izmenu republičkih propisa i standarda u cilju prilagođavanja uočenim promenama.

PRINCIP ODGOVORNOSTI ORGANA JLS ZA OBAVLJANJE POSLOVA

Ovaj princip predviđen je odredbom Zakona o lokalnoj samoupravi¹⁷ (u daljem tekstu: ZLS), prema kojoj je JLS odgovorna za kvalitetno i efikasno vršenje svojih i poverenih nadležnosti. U vršenju svoje nadležnosti JLS može biti ograničena samo u slučajevima i pod uslovima utvrđenim zakonom, u skladu s Ustavom. Odgovorno obavljanje nadležnosti JLS je od velikog značaja za zadovoljavanje prava i interesa građana i pravnih lica, kao i relevantnih javnih interesa u okviru date JLS. Pored toga, odgovorno obavljanje poslova sve više će imati značaja i u vezi sa procesom pristupanja Evropskoj uniji (u daljem tekstu: EU), imajući u vidu da će se niz obaveza preuzetih iz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju i budućih obaveza realizovati upravo na nivou lokalne samouprave. Time bi

¹⁶ Iako važeći ZDU predviđa da se ne moraju svim JLS iste kategorije poveriti istovetni poslovi, to je u dosadašnjoj praksi bilo linearno, pri čemu se nije vodilo računa o realnim mogućnostima pojedinih JLS. Ovu mogućnost nepoveravanja istih nadležnosti istim kategorijama JLS bi trebalo koristiti u budućnosti, u situacijama kada one nemaju iste kapacitete.

¹⁷ *Službeni glasnik RS*, br. 129/2007, 83/2014 – dr. zakon, 101/2016 – dr. zakon, 47/2018.

se izbegli ne samo različiti oblici odgovornosti prema građanima i pravnim licima, nego i odgovornost Republike Srbije prema nadležnim organima EU. Stoga je ZLS-om predviđeno da JLS, u okviru svojih nadležnosti preko svojih organa, prati proces evropskih integracija Republike Srbije i razvija za to potrebne administrativne kapacitete, u skladu sa zakonom i utvrđenom politikom Republike Srbije. U vezi sa realizacijom ovog načela neophodni su i mehanizmi koji obezbeđuju ostvarivanje zakonitosti i onemogućavaju nevršenje ili nekvalitetno vršenje nadležnosti JLS. Ovi mehanizmi su u pogledu poslova koje Republika poveri predviđeni ZDU-om, a u pogledu sopstvenih poslova JLS ZLS-om. U postojećem modelu obezbeđenje principa odgovornosti organa JLS ostvaruje se kroz unutrašnji nadzor koji sprovodi organ državne uprave, nadzor u pogledu poslova iz sopstvenog delokruga predviđen ZLS-om, odnose u vezi sa inspekcijskim nadzorom, kao i kroz odnose međusobne saradnje. Pored toga, odgovorno obavljanje različitih poslova organa JLS obezbeđuju i drugi državni organi. Konačno, tu je i odnos između organa autonomnih pokrajina i organa JLS na njihovom području.

ODNOSI ORGANA DRŽAVNE UPRAVE SA ORGANIMA JLS

U uporednom pravu, nakon raspodele ovlašćenja i nadležnosti između centralnih organa i organa lokalne samouprave, postoje principi koji omogućavaju pravilno postavljanje njihovih odnosa i poštovanje delokruga svakog nivoa.¹⁸ Pri tome, potpuno razumevanje centralno-lokalnih odnosa, zahteva izučavanje formalne i neformalne interakcije, prirodu i učestalost odnosa, njihove opšte ili sektorske vrste, kao i politički ili tehnički nivo na kome se oni odvijaju.¹⁹ Razmotrićemo pojedine značajne principe na primeru država članica Saveta Evrope.

Najpre, načelo saradnje između centralnih i lokalnih organa predviđeno je u ustavnim ili zakonskim odredbama niza država (Finska, Litvanija, Portugalija, Španija). U osnovi ovog principa nalaze se opšti mandat uzajamnog razumevanja i podrške u korist građana.²⁰

¹⁸ Ponekad ustav ili zakoni definišu ove principe, iako su te odredbe obično prilično oskudne i nedovoljno precizne. U Holandiji Kodeks o odnosima organa uprave opsežno predviđa pravila i mehanizme ovih odnosa. U Švajcarskoj je lokalna samouprava zagantovana saveznim ustavom, ali se zakonima kantonálnih parlamenata dodeljuju nadležnosti i određuje njihov obim. Tražeći ravnotežu između kantona i lokalne funkcije, određeni kantoni daju opštinama pravo zakonske inicijative. Council of Europe, *Local and Regional Democracy*, "The relationship between central and local authorities", op. cit., 16.

¹⁹ *Ibidem*, 2.

²⁰ Španski Zakon o lokalnom režimu jasno prikazuje šta taj princip obuhvata: poštovanje legitimnog vršenja nadležnosti drugih organa; uzimanje u obzir čitavog spektra javnih interesa pri-

Princip uzajamnog informisanja i konsultacija (Litvanija, Norveška, Slovačka Republika, Španija, Švajcarska) leži u osnovi većine dobrih praksi odnosa lokalnih i centralnih organa. Obaveštavanje organa lokalne samouprave o državnim/regionalnim inicijativama i njihovo konsultovanje u procesu donošenja odluka, doprinosi odgovarajućoj primeni javne politike. S druge strane, centralnim organima su lokalni podaci potrebni za oblikovanje javnih politika relevantnih za lokalne zajednice. Uobičajene aktivnosti su vođenje javnih registara, davanje statističkih podataka, odnosno informacija o lokalnim pitanjima. Prethodne konsultacije o lokalnim pitanjima centralni organi mogu održavati pojedinačno ili, češće, sa predstavničkim udruženjima organa lokalne samouprave. Ako su konsultacije obavezne, obično su predmet ona pitanja koja su u direktnoj vezi sa lokalnom samoupravom: lokalno zakonodavstvo, budžetski prihodi, poreske politike, teritorijalne promene.²¹

Nadzor nad radom organa lokalne samouprave obično je ograničen, kako se navodi u EPLS, na “*ex-post*” kontrolu zakonitosti. Većina zemalja ima upravno ili sudsko preispitivanje odluka organa lokalne samouprave.²² Prema principu proporcionalnosti centralni organi vrše kontrolu na takav način da svako ometanje ne prelazi značaj interesa koji se štiti (Litvanija). U Francuskoj je ustavnim reformama od 2003. godine utvrđeno da organi svake teritorijalne jedinice ne

likom sprovođenja sopstvenih nadležnosti; olakšavanje pristupa relevantnim informacijama drugim organima; davanje efikasne podrške vršenju funkcija drugih organa. U Švajcarskoj, kantonalno zakonodavstvo izričito uređuje dužnosti saradnje kantona i opština za izvesne podeljene nadležnosti. U Italiji Ustav predviđa princip “poštene saradnje” između različitih nivoa vlasti. Na regionalnom nivou prefekt ima pravo na aktivnosti usmerene na obezbeđivanje poštovanja principa saradnje između centralne države i regiona i da koordinira mere između centralne države i organa lokalne samouprave. *Ibidem*, 18.

²¹ Tako se na Islandu, Mađarskoj i Litvaniji lokalne asocijacije konsultuju o prihodima državnog budžeta. U Litvaniji su predmet konsultacija institucionalne promene. U Holandiji se vrše konsultacije o pitanjima koja se tiču organa lokalne samouprave i zakonodavnih promena, pri čemu se za značajne izmene opštinskih nadležnosti daje i obrazloženje. Opštiji konsultativni sastanci obično se održavaju na dobrovoljnoj osnovi o pitanjima od lokalnog interesa u većini država članica. U Italiji “Konferencija države – lokalne samouprave” obezbeđuje trajnu koordinaciju između centralne države i sistema samouprave. U Bugarskoj na Dan dijaloga član parlamenta u izbornoj jedinici, gradonačelnici, organi lokalne samouprave i građani, kao i službenici dekoncentrisanih organa i mediji raspravljaju o prioritetima i aktivnostima lokalne samouprave. *Ibidem*, 18–19.

²² Nadzor obuhvata i “*ex-post*” kontrolu rashoda od strane specijalizovanih veća sa sudskim ili kvazi-sudskim ovlašćenjima (Portugalija, Španija). U Danskoj je pravni nadzor dodeljen regionalnim državnim telima koja pružaju pravne savete opštinama. Oni mogu da sankcionišu kršenje zakona (poništavanje, suspenzija, novčane kazne i tužba za naknadu štete), iako to retko čine. Nadgledanje celishodnosti vrši se za poverena ovlašćenja na osnovu prethodno postavljenih standarda ili kroz mehanizme procene nakon poveravanja ovlašćenja. *Ibidem*, 20.

moгу vršiti kontrolu nad organima druge teritorijalne jedinice. U decentralizovanim državama obično je nadzor koji vrše državni organi dodeljen regionalnim organima.²³

Princip finansijske dovoljnosti obezbeđuje odgovarajuće prihode za organe lokalne samouprave u cilju vršenja ovlašćenja i odgovornosti koje definišu samoupravu.²⁴

U Republici Srbiji, uopšteno posmatrano, upravljanje javnim poslovima trebalo bi da bude proizvod sinergije i bliske saradnje JLS sa državnom i pokrajinskom upravom, a nadzor nad primenom zakona, inspekcijski nadzor i finansijski nadzor koji vrše viši organi, trebalo bi da bude znatno efikasniji i da u većoj meri ima preventivni i savetodavni karakter, uz poštovanje svrhe nadzora, načela srazmernosti i zakonskih ograničenja nadzorne funkcije. Time bi se obezbedilo da se uz prenošenje nadležnosti, istovremeno povećava odgovornost JLS, uz mehanizme koji bi zaštitili građane od neobavljanja ili nekvalitetnog obavljanja ovih poslova.

Nastavak prenosa nadležnosti sa državnog nivoa na uže teritorijalno-političke jedinice zahteva reforme na republičkom nivou i njegovo prilagođavanje "decentralizovanom i dekoncentrisanom okruženju". Ministarstva bi trebalo da u tim oblastima smanjuju svoju ulogu u operativnom sprovođenju javnih poslova i reorijentišu se na učestvovanje u oblikovanju javne politike, praćenje stanja, vršenje nadzora i razvojne poslove. Potrebno je zakonski dograditi ovlašćenja i odgovornosti organa državne uprave u vršenju nadzora nad radom JLS, u cilju blago-

²³ U nekim slučajevima zakon predviđa raspuštanje ili zamenu lokalne vlasti u slučaju težih kršenja nadležnosti koje povređuju interese građana (Engleska, Italija, Letonija, Luksemburg, Španija). U Španiji, centralna vlada, posle konsultacije sa autonomnim regionalnim vlastima i odobrenja Senata, može izdati dekret za raspuštanje organa lokalne samouprave koji su protivustavno ozbiljno oštetili upravljanje opštim interesima. U Holandiji zakon reguliše zamenu lokalnih vlasti, ali tek pošto dobiju drugu priliku da donesu odluke koje ranije nisu uspeali da donesu. U Italiji prefekt može suspendovati gradonačelnika, predsedavajućeg provincije ili člana Giunta-e ili veća koje je počinilo prekršaje izuzetne prirode. *Ibidem*, 20–21.

²⁴ Razlike u lokalnim приходima, njihovoj prirodi i poreklu mogu se naći širom Evrope. U nekim državama lokalno oporezivanje čini značajan deo lokalnih prihoda (Finska, Švajcarska, Švedska, Danska), dok u drugim sredstva iz centralnog budžeta predstavljaju glavni doprinos lokalnim приходima. Finansijska dovoljnost je povezana sa principom lokalne samouprave, jer potpuno vršenje sopstvenih nadležnosti zahteva bezuslovnu finansijsku podršku. U Švajcarskoj sistem kantonalnog finansijskog izjednačavanja nastoji da održi adekvatan nivo prihoda za izvršavanje zadataka na lokalnom nivou i da spreči značajne razlike između lokalnih samouprava. U Finskoj je zagarantovana finansijska dovoljnost sistemom izjednačavanja državnih dotacija, koji svakoj opštini garantuje resurse potrebne za organizovanje osnovnih usluga. U Danskoj postoji sistem budžetske saradnje između centralnih organa i lokalnih samouprava, koji definiše budžet na osnovu pregovora. *Ibidem*, 21.

vremene i potpunije kontrole, redovne kontrole opštih akata i jačanja preventivne i savetodavne funkcije nadzora.

Potrebno je ojačati i obavezu organa državne uprave na redovnu saradnju sa JLS, pružanje stručne pomoći i preventivno delovanje radi potpune i efikasne primene zakona. Preventivnim delovanjem stvaraju se pretpostavke za realizaciju svrhe nadzora – potpuno poštovanje zakonitosti (i svrsishodnosti) vršenja poslova na nivou JLS, čime se obezbeđuje ostvarivanje predviđenih javnih interesa, uredno utvrđivanje i ostvarivanje prava, obaveza i pravnih interesa građana, kontinuirano pružanje javnih usluga i sl. To ne znači da više ne bi trebalo da postoje i da se primenjuju mehanizmi klasične kontrole i sankcionisanja nezakonitog ili nepravilnog (ne)obavljanja relevantnih poslova.

Međutim, kao što je to učinjeno novim rešenjima Zakona o inspeksijskom nadzoru, potrebno je pomeriti težište nadzora ka prevenciji. Za to je neophodno da republički organi omogućе organima JLS pravovremen i konstantan uvid u buduće ili izvršene promene propisa, da im pravovremeno daju jasna i obrazložena mišljenja i savete u vezi sa primenom propisa, kao i da se unapredi informaciono-komunikaciona tehnologija. Od velikog značaja za uspešan preventivni nadzor je da republički organi kvalitetno prate stanje u oblasti, kako bi na vreme uočili probleme, otkrili njihove uzroke i preduzeli mere za njihovo prevazilaženje. Ovoj vrsti posla u prethodnom periodu nije pridavan dovoljan značaj. To podrazumeva jačanje analitičkih kapaciteta republičkih organa. Takođe, naročito za organe JLS koje ne raspolažu pojedinim sofisticiranim i složenim znanjima i veštinama, neophodno je obezbediti relevantna znanja na republičkom nivou, koja organi JLS mogu koristiti npr. kada ulaze u poslove javno-privatnog partnerstva ili koncesije. Konačno, potrebno je na nivou JLS u većoj meri razviti i priznati značaj interne revizije, koja može u velikoj meri da doprinese preventivnom nadzoru i sprečavanju nastanka različitih vrsta problema i šteta.

Preduslov unapređenja odnosa je jačanje analitičkih sposobnosti i drugih relevantnih kompetencija zaposlenih u republičkim organima, neophodnih za učestvovanje u oblikovanju javne politike, praćenje stanja u oblasti, pružanje stručne podrške organima JLS, kao i koordinacije saradnje sa JLS.

Nadzor koji sprovode organi državne uprave nad vršenjem poverenih poslova (unutrašnji nadzor). – Prema ZDU, pod pojmom unutrašnjeg nadzora podrazumeva se nadzor koji organi državne uprave vrše nad organima JLS u vršenju poverenih poslova državne uprave. Kod poverenih poslova predviđeno je da pri vršenju poverenih poslova državne uprave organi JLS imaju ista prava i dužnosti kao organi državne uprave. S druge strane, u odnosu na sopstvene poslove, kod

poverenih poslova su znatno naglašenija nadzorna ovlašćenja državnih organa.²⁵ Naime, i posle poveravanja poslova državne uprave, odgovornost za njihovo izvršavanje zadržavaju Vlada i organi državne uprave, a sredstva za njihovo vršenje i dalje se obezbeđuju iz budžeta Republike Srbije. Stoga su predviđena brojna opšta i posebna ovlašćenja republičkih organa u vezi sa vršenjem nadzora nad obavljanjem poverenih poslova.²⁶

Oblici unutrašnjeg nadzora su: 1) nadzor nad radom, 2) inspekcijski nadzor preko upravne inspekcije i 3) drugi oblici nadzora uređenih posebnim zakonom:

1) Nadzor nad radom – sastoji se od nadzora nad zakonitošću rada, gde se ispituje sprovođenje zakona i drugih opštih akata i nadzora nad svrsishodnošću rada organa JLS u vršenju poverenih poslova državne uprave, gde se proverava delotvornost i ekonomičnost rada i svrhovitost organizacije poslova. U vezi sa navedenim predlogom da se nadzor nad radom nad poverenim poslovima proširi i na sopstvene poslove, on bi trebalo da se zadrži u okvirima nadzora nad zakonitošću rada. Organ državne uprave koji vrši nadzor nad radom organa JLS u vršenju poverenih poslova određuje se zakonom (u daljem tekstu: nadzorni organ državne uprave), čime se obezbeđuje specijalizacija i potencijalno povećava kvalitet vršenja nadzora u odgovarajućim oblastima poslova državne uprave.

Pored opštih ovlašćenja nadzornog organa državne uprave,²⁷ predviđena su i posebna ovlašćenja nadzornog organa u vezi sa: a) preuzimanjem poverenog posla i b) nadzorom nad zakonitošću propisa organa JLS:

a) prema važećem ZDU, nadzorni organ dužan je da neposredno izvrši povereni posao ako bi neizvršenje posla moglo da izazove štetne posledice po život ili zdravlje ljudi, životnu sredinu, privredu ili imovinu veće vrednosti. Takođe, ako organ JLS i pored višestrukih upozorenja ne počne da vrši povereni posao ili ne počne da ga vrši pravilno ili blagovremeno, nadzorni organ preuzima izvršenje posla, najduže na 120 dana.

Postavlja se pitanje da li bi trebalo preispitati uslove za preuzimanje posla, u smislu da to bude dužnost organa državne uprave u svim situacijama kada se određeni posao neopravdano ne obavlja u određenom vremenskom periodu, bez

²⁵ Detaljnije v. B. Milosavljević, op. cit., 124–126.

²⁶ U pogledu sopstvenih poslova trebalo bi predvideti isti ili sličan krug ovlašćenja, pod istim ili nešto drugačijim uslovima, o čemu kasnije sledi detaljnije obrazloženje.

²⁷ Organ je ovlašćen da: 1) zahteva izveštaje i podatke o radu; 2) utvrdi stanje izvršavanja poslova, upozori na uočene nepravilnosti i odredi mere i rok za njihovo otklanjanje; 3) izdaje instrukcije; 4) naloži preduzimanje poslova koje smatra potrebnim; 5) pokrene postupak za utvrđivanje odgovornosti; 6) neposredno izvrši neki posao ako oceni da se drukčije ne može izvršiti zakon ili drugi opšti akt; 7) predloži Vladi da preduzme mere na koje je ovlašćena.

postavljanja kriterijuma “ozbiljnih” posledica, jer je u pitanju vrsta posla za čije vršenje je inače predviđena odgovornost republičkih organa. Mnogo značajniji je suštinski argument da građani i pravna lica, kao i relevantni javni interes, ne bi trebalo da “trpe” bilo kakve negativne posledice zbog toga što određeni organ JLS neopravdano ne vrši svoje poslove. Sličan model bi trebalo postaviti i kod sopstvenih poslova, gde veći stepen samostalnosti ne bi smeo da ugrozi princip odgovornog vršenja relevantnog posla. U pogledu određivanja najdužeg roka do koga se posao može preuzeti, smisao je da se izbegne eventualna zloupotreba ovlašćenja republičkog organa. Međutim, ako kasnije organ JLS nije u mogućnosti ili ne želi da obavlja određeni posao, onda ne bi trebalo primeniti vremensko ograničenje. Naravno, kao i kod raspodele poslova između republičkog nivoa i nivoa JLS, i ovde je neophodno obezbediti potpunu depolitizaciju, tako da jedini razlozi za preuzimanje posla budu objektivna nemogućnost ili neopravdano neobavljanje posla. Pored preispitivanja navedenih odredbi, poseban problem predstavlja njihovo neprimenjivanje u praksi, zbog čega nije ostvaren smisao zbog koga su one propisane.

b) organ JLS dužan je da pre objavljivanja propisa pribavi od nadležnog ministarstva mišljenje o ustavnosti i zakonitosti propisa, a ministarstvo da njemu dostavi obrazloženi predlog kako da propis usaglasi sa Ustavom, zakonom, drugim propisom ili opštim aktom Narodne skupštine i Vlade. Ako organ JLS ne pristupi po predlogu ministarstva, ministarstvo je dužno da Vladi predloži donošenje rešenja kojim se poništava ili ukida propis organa JLS ako on nije u saglasnosti s drugim propisom ili opštim aktom Narodne skupštine ili Vlade, a ako on nije u saglasnosti sa Ustavom ili zakonom, ministarstvo je dužno da predloži Vladi da ga obustavi od izvršenja i da pred Ustavnim sudom pokrene postupak za ocenu njegove ustavnosti ili zakonitosti.

Ovde se javlja dilema da li bi zbog pravne sigurnosti, veće efikasnosti, činjenice da su za vršenje i ovog poverenog posla odgovorni republički organi, trebalo predvideti da organ JLS ne može doneti propis koji nije u saglasnosti sa obrazloženim predlogom ministarstva. Uz to, moguće je predvideti da se “ćutanje” organa državne uprave u određenom periodu (npr. 30 dana), smatra davanjem saglasnosti na dati propis. Trebalo bi razmotriti i da li bi se ova procedura primenjivala na sve ili samo na određeni krug unapred definisanih najznačajnijih podzakonskih propisa organa JLS donetih u poverenom delokrugu. Isti ili sličan model bi se mogao razmotriti i za propise donete u sopstvenom delokrugu, jer su oni pretpostavka za primenu zakona i drugih propisa.

2) Inspekcijски nadzor preko upravne inspekcije – imajući u vidu vrste i obim poslova koje obavlja upravna inspekcija, jedan od ključnih problema sastoji

se u nedovoljnom broju inspektora, kao i znanjima i veštinama za obavljanje ovih poslova. U pitanju je problem koji je delom proistekao iz zakonskog ograničenja broja zaposlenih u javnom sektoru. Uvođenjem digitalizacije i umrežavanjem organa JLS, trebalo bi da se olakša obavljanje navedenih poslova i poveća ažurnost upravnog postupanja.

3) u pogledu drugih oblika nadzora uređenih posebnim zakonom, potrebno je analizirati da li se u praksi javljaju određeni problemi.

Odnosi republičkih i organa JLS u vezi sa poslovima inspeksijskog nadzora. – Organima JLS potrebna su znanja u vezi sa Zakonom o inspeksijskom nadzoru (ZIN) i posebnim zakonima, kao i specijalizovane kompetencije u oblastima u kojima sprovode inspeksijski nadzor (npr. građevinska, ekološka, turistička inspekcija). Pored toga, neophodna je delotvorna i efikasna vertikalna (sa republičkim organima) i horizontalna koordinacija (u okviru iste i povezanih JLS) u vezi sa obavljanjem poslova inspeksijskog nadzora. Na tom planu od značaja je sprovođenje više povezanih mera: dalja digitalizacija i umrežavanje svih inspekcija kroz projekat E-inspektor; organizovanje zajedničkih obuka republičkih inspektora i inspektora iz organa JLS u cilju unapređenja međusobnog razumevanja, saradnje i koordinacije; jačanje koordinacione uloge upravnog okruga u obavljanju ovih poslova; sklapanje sporazuma o saradnji organa JLS radi uređenja zajedničkog obavljanja inspeksijskih poslova u skladu sa ZIN-om, u cilju povećanja delotvornosti, efikasnosti i ekonomičnosti obavljanja ovih poslova.

Odnosi republičkih organa i organa JLS u vezi sa poslovima iz sopstvenog delokruga. – U pogledu odnosa republičkih organa i organa JLS u vezi sa poslovima iz sopstvenog delokruga, republički organi vrše nadzor nad zakonitošću rada i akata organa JLS, u skladu s Ustavom i zakonom. Takođe, predviđeno je da oni, radi ostvarivanja svojih prava i dužnosti, međusobno saraduju u skladu s Ustavom, zakonom i drugim propisom.²⁸

Ustav uređuje značajna nadzorna ovlašćenja Vlade: (1) dužnost da obustavi izvršenje opšteg akta JLS za koji smatra da nije saglasan Ustavu ili zakonu i da u roku od pet dana pred Ustavnim sudom pokrene postupak za ocenjivanje njegove ustavnosti i zakonitosti i (2) pravo da raspusti skupštinu JLS i imenuje privremeni organ koji će obavljati poslove iz nadležnosti skupštine, vodeći računa o političkom i nacionalnom sastavu raspuštene skupštine.²⁹ Pored Vlade, nadzor

²⁸ Detaljnije v. B. Milosavljević, op. cit., 121–124.

²⁹ Vlada u tri slučaja može da raspusti skupštinu JLS prema ZLS: (1) ako skupština ne zaseda duže od tri meseca, (2) ako skupština ne donese statut ili budžet u roku utvrđenom zakonom i (3) ako skupština ne izabere predsednika opštine i opštinsko veće u roku od mesec dana od konstituisanja ili od razrešenja, odnosno podnošenja ostavke. Važno je imati u vidu da prilikom raspuštanja

nad zakonitošću ostvarivanja izvornih nadležnosti JLS vrše nadležna ministarstva i pokrajinski organi, a on obuhvata: (1) pokretanje postupka za ocenu ustavnosti i zakonitosti statuta, propisa i drugog opšteg akta JLS pred Ustavnim sudom; (2) ukazivanje skupštini JLS na nesaglasnost opšteg akta sa njenim statutom i, ukoliko ona po tome ne postupi, pokretanje sudskog postupka pred Upravnim sudom za ocenu saglasnosti akta i za njegovo obustavljanje; iako se radi o zakonskom rešenju, može se postaviti pitanje njegove opravdanosti – naime, ocena usaglašenosti opštih akata JLS bi trebalo, kao i u prvom slučaju, da bude u nadležnosti Ustavnog suda, a ne u nadležnosti Upravnog suda koji je nadležan za ocenu zakonitosti pojedinačnih akata i (3) intervenisanje povodom pojedinačnog akta lokalnog organa ili službe protiv kog nije obezbeđena sudska zaštita. Donošenjem Zakona o upravnim sporovima,³⁰ u praksi više ne postoje pojedinačni akti organa JLS protiv kojih nije obezbeđena sudska zaštita, pa više nema potrebe za potonjom intervencijom.

Sa aspekta nadzora nad zakonitošću obavljanja sopstvenih poslova, kako je napomenuto kod poverenih poslova, isti ili sličan krug ovlašćenja, pod istim ili nešto drugačijim uslovima, bi trebalo predvideti i u pogledu sopstvenih poslova. Naime, iako je tu stepen samostalnosti organa JLS veći u odnosu na nadzor kome su podvrgnuti kada vrše poverene poslove, moraju se predvideti mehanizmi i jasni uslovi za njihovo aktiviranje, kako njihovo nevršenje ili neadekvatno vršenje ne bi ugrozilo pravovremeno i pravilno ostvarivanje prava, obaveza i pravnih interesa građana i pravnih lica ili ugrozilo kontinuirano i kvalitetno pružanje javnih usluga, odnosno realizaciju propisima utvrđenih javnih interesa. Naime, organi JLS su instrumenti za formulisanje i ostvarivanje interesa lokalnog stanovništva, ali i elementi upravnog sistema jedne države. Stoga, između lokalnih i centralnih organa postoji određen stepen međuzavisnosti, koji po broju, vrsti i trajnosti međusobnih veza i po oblicima i frekvenciji interakcije, zavisi od vremena i prostora. Ipak, nema savremene države sa potpuno autonomnom, od centra nezavisnom lokalnom samoupravom, zbog težnje centralnih organa da na celom području obezbede jedinstvo sistema, kao što, i u najcentralizovanijim državama postoji izvesna samostalnost lokalne uprave. Kao što je navedeno pri razmatranju raspodele poslova između republičkih i organa JLS, odredbom čl. 190. Ustava, i odredbama čl. 20 ZLS, država predviđa poslove iz sopstvenog delokruga organa JLS koji predstavljaju rezultat principa decentralizacije, sa pripadajućim stepenom samostalnosti. Međutim, imajući u vidu i princip odgovornosti za obavljanje datih poslova, kada se oni iz objek-

skupštine Vlada obrazuje privremeni organ koji sprovodi tekuće i neodložne poslove iz nadležnosti skupštine i izvršnih organa JLS.

³⁰ *Službeni glasnik RS*, broj 111/09.

tivnih ili subjektivnih razloga ne obavljaju, neophodno je obezbediti njihovo uredno vršenje, ali ne sa idejom njihovog preuzimanja, nego stvaranja uslova da organi JLS što pre nastave njihovo obavljanje.

U širem kontekstu nadzora nad zakonitošću pojedinačnih akata donetih pri rešavanju upravnih stvari, sa aspekta obezbeđenja odgovornog i zakonitog rada organa JLS, praksa je pokazala da bi trebalo redefinisati nadležnosti za odlučivanje u drugostepenom upravnom postupku u vezi sa sopstvenim poslovima. U cilju podizanja stručnosti i kvaliteta odluka, to više ne bi trebalo da bude u nadležnosti opštinskog, odnosno gradskog veća, nego posebnog organa. Naime, kriterijumi za izbor članove veća ne sadrže stručnost za rešavanje u upravnim stvarima, jer je veće vrsta političkog organa koji čine lica različitih profesija. Pored toga, za manje opštine bi mogao da se formira drugostepeni organ na međupostupnom nivou što bi, pored obezbeđenja nedostajućih kapaciteta, doprinelo i ujednačavanju prakse prvostepenih organa ovih JLS. Alternativa bi bila da u drugom stepenu odlučuju organi na nivou okruga, ako bi okrug stekao (i) status decentralizovane teritorijalno-političke jedinice.

S druge strane, iako princip saradnje u odnosima republičkih i organa JLS već dugo postoji i zakonom su predviđeni brojni oblici njegove realizacije, potrebno je izvršiti izvesna unapređenja. Najpre, primetno je da republički organi sve više uključuju organe JLS, Stalnu konferenciju opština i gradova (u daljem tekstu: SKGO) i druge nevladine organizacije u proces izrade propisa i strateških dokumenata. Pri tom, veoma je važno da se uključivanje u proces konsultacija obavi u najranijim fazama, kako bi se obezbedilo da organi JLS, koji su i najbliži životu, problemima i njihovim uzrocima, kao i relevantni stručnjaci, daju istinski doprinos. Naime, faza javne rasprave je značajna, ali je obično tada kasno za ozbiljniji uticaj na predviđena rešenja, čak i kada je to potpuno opravdano.

U širem smislu, saradnja postoji u vezi sa pitanjem davanjem mišljenja. Zbog pravne sigurnosti građana, pravnih lica, organa JLS i svih učesnika upravnog postupanja, sazreli su uslovi da se preispita opravdanost modela neobaveznosti mišljenja i uvede rešenje prema kome mišljenje obavezuje organ koji ga je izdao. Naime, to bi bilo skladu sa načelom predvidivosti i razlozima uvođenja garantnog akta u Zakonu o opštem upravnom postupku i akta za primenu propisa u ZIN. Takođe, neophodno je obezbediti jedinstven stav organa koji izdaje mišljenje, jer se u praksi dešava da se pri tumačenju istih odredaba u istim situacijama daju različita mišljenja. Konačno, u cilju podizanja kvaliteta i odražavanja realnog stanja, pre izdavanja mišljenja trebalo bi obaviti konsultacije sa organima JLS, gde bi SKGO mogla da pruži odgovarajući doprinos.

Odnosi republičkih organa i organa JLS u vezi sa obezbeđenjem neophodnih kapaciteta JLS. – Sprovođenje decentralizacije i dekoncentracije zahteva dalje unapređenje kompetencija službenika i povećanje odgovornosti organa uprave JLS. Obezbeđenje većeg stepena stručnosti i ažurnosti lokalne uprave, kao i veća prilagođenost potrebama građana i privrede, predstavljaju prioritetne zadatke daljeg razvoja. I pored značajnih pomaka,³¹ lokalni upravni kapaciteti su i dalje nedovoljno razvijeni, uz velike razlike među JLS. Stoga je neophodna dalje jačanje sistema upravljanja ljudskim resursima i unapređenje kapaciteta (kadrovskih, finansijskih, tehničkih i dr.), posebno u malim opštinama. Takođe, trebalo bi razmotriti i mogućnost spajanja pojedinih manjih JLS. Umesto složenih i “osetljivih” procedura spajanja pojedinih manjih JLS,³² moguće je uspostaviti oblike funkcionalnog povezivanja JLS i formiranja zajedničkih organa. Na taj način bi se omogućilo organizaciono prilagođavanje realnim potrebama i mogućnostima, a bez potpunog spajanja JLS kada to nije neophodno za sve njihove poslove.³³ Takođe, time se u prvom stepenu obezbeđuje ujednačavanje upravne prakse i obezbeđuje racionalna organizacija pojedinih vrsta poslova.

Nastavak dosledne profesionalizacije lokalne uprave, puna primena sistema zasluga u zapošljavanju i kretanju kadrova, plansko jačanje kapaciteta i intenzivan proces stručnog usavršavanja lokalnih službenika, preduslovi su za jačanje sposobnosti lokalne uprave za preuzimanje obaveza u pružanju usluga građanima i sprovođenju mera koje proističu iz procesa evropskih integracija.

Neophodan je i novi sistem upravljanja brojem zaposlenih u JLS, zasnovan na samostalnosti JLS da planira i zapošljava kadrove, u okviru zakonski određenih okvira koji bi bili zasnovani na učešću ukupne mase plata u lokalnim rashodima ili prihodima (uz određene korektivne mere u skladu sa posebnim situacijama).

U pogledu stručnog usavršavanja državnih službenika i službenika JLS, uspostavljanjem Nacionalne akademije za javnu upravu predviđeno je da opšte programe realizuje ova institucija. Ovo se može oceniti kao pozitivno rešenje i sa aspekta odnosa republičkih organa i organa JLS, jer se obezbeđuje potencijalno

³¹ Usvojen je Zakon o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave; osnovan je Savet za stručno usavršavanje lokalnih službenika; pokrenut je proces akreditacije sprovedilaca obuke; deo gradova i opština pokrenuo je lokalne procese stručnog usavršavanja službenika; osnovana je Nacionalna akademija za javnu upravu, od 2019. godine usvaja se Opšti program stručnog usavršavanja zaposlenih u JLS i dr.

³² Sprovođenje referenduma, izmene zakona o teritorijalnoj organizaciji, politička dimenzija.

³³ Primeri funkcionalnog povezivanja postoje u Švajcarskoj u vidu npr. zdravstvenih i školskih opština.

najkvalitetnija i standardizovana obuka u vezi sa ovim programima. Pored toga, bilo bi dobro da se na istoj obuci npr. u vezi sa ZIN-om formira grupa u kojoj bi se nalazili inspektori sa republičkog nivoa i oni koji obavljaju ove poslove kao poverene na nivou JLS. To bi unapredilo i njihovu koordinaciju, međusobno razumevanje, što bi proizvelo dodatne pozitivne efekte navedene obuke. Isti princip bi trebalo primenjivati i u drugim oblastima gde je potrebna saradnja centralnih i lokalnih organa ili obezbeđivanje jedinstvene upravne prakse, nezavisno od toga ko organizuje obuku (npr. SKGO). Naravno, ključ delotvorne obuke je pravilna analiza potreba za stručnim usavršavanjem, definisanje relevantnih sadržaja programa i metoda sprovođenja obuke i kvalitetni predavači.

UPRAVNI OKRUZI

Postojeći model upravnih okruga uspostavljen je početkom 1990-ih godina, kao odgovor na naglašenu centralizaciju koja je sprovedena na osnovu Ustava iz 1990, kao i usled ekonomske i socijalne krize i ratova u okruženju. Bilo je neophodno rasteretiti republičke organe, ubrzati obavljanje određenih poslova, odnosno približiti ih građanima i određenim lokalitetima. Stoga npr. poslovi inspekcijaskog nadzora, zbog njihove prirode i potrebe za neposrednim uvidom u stanje, čine 65% poslova koji se obavljaju na nivou okruga.

Imajući u vidu da upravne okruge obrazuje Vlada uredbom, kojom određuje i područja i sedišta upravnih okruga, reč je o čisto administrativno-teritorijalnim jedinicama, te ne postoje izbori za okružne organe, okružni budžet, niti bilo kakav stepen autonomnosti. Područje upravnog okruga se određuje na način da se omogući racionalan i delotvoran rad okružnih područnih jedinica organa državne uprave. Pored toga Vlada određuje i uslove pod kojima organi državne uprave mogu obrazovati područne jedinice za dva ili više upravna okruga, jednu ili više opština, grad ili autonomnu pokrajinu.

Upravni okruzi se obrazuju radi vršenja poslova državne uprave izvan sedišta organa državne uprave. U pitanju je realizacija principa dekoncentracije, možda čak i tehničke dislokacije, jer se ne formiraju posebni područni organi, nego se samo vrši dislokacija pojedinih državnih službenika ili unutrašnjih organizacionih jedinica datog organa. Stoga, kada u upravnom postupku u drugom stepenu odlučuje organ državne uprave povodom prvostepenog upravnog akta donetog na nivou upravnog okruga, žalba u suštini nema devolutivno dejstvo, jer se u oba slučaja radi o licima zaposlenim u istom organu.

Na nivou upravnog okruga obavljaju se pojedini poslovi koje generalno može da obavlja dekoncentrisana državna uprava.³⁴ Najpre, sa aspekta integrativne uloge, vrši se komunikacijsko posredovanje između državne uprave i organa JLS i pomoć ili potencijalna supstitucija organa JLS u obavljanju poverenih poslova. U pogledu sprovođenja propisa i obezbeđenja zakonitog postupanja u upravnom okrugu organi državne uprave mogu, po sopstvenoj odluci, da rešavaju u upravnim stvarima u prvom stepenu, odnosno po žalbi kad su u prvom stepenu u okviru poverenih poslova rešavali organi JLS, da vrše nadzor nad radom organa JLS i da vrše inspekcijski nadzor. Konačno, putem Saveta upravnog okruga vrši se koordinacija odnosa okružnih područnih jedinica organa državne uprave i opština i gradova sa područja okruga i davanje predloga za poboljšanje rada upravnog okruga i okružnih i drugih područnih jedinica.

Deo rešenja buduće naglašenije decentralizacije i dekoncentracije je i razvoj funkcije nadzora nad vršenjem poverenih poslova u okruzima i značajnom jačanju funkcija saveta upravnog okruga, kao oblika uticaja i koordinacije lokalnih vlasti. Postavlja se pitanje da li bi, s obzirom na veliki značaj podsticanja društvenog razvoja, sa ekonomskog, ekološkog i socijalnog aspekta, ovom telu ili određenim stručnim telima na nivou okruga, trebalo predvideti zadatke strateškog planiranja ili bar učešća u strateškom planiranju, ili bi to trebalo ostaviti za "regionalni nivo".

Iako je načelnik upravnog okruga funkcioner koga postavlja i razrešava Vlada na predlog ministra nadležnog za poslove uprave, njegova uloga u koordinaciji rada zaposlenih u okružnim područnim jedinicama nije jednostavna, s obzirom da su oni, po prirodi stvari i vrsti poslova koje obavljaju, prvenstveno funkcionalno okrenuti ka organima državne uprave u kojima su zaposleni. Imajući u vidu ovu poziciju načelnika, kao i činjenicu da je generalno postojao problem koordinacije rada različitih inspekcija, ZIN je predvideo da Koordinaciona komisija dostavlja smernice i uputstva načelniku upravnog okruga radi vršenja poslova iz svog delokruga u pogledu unapređenja koordinacije inspekcija i delotvornosti inspekcijskog nadzora, a naročito za usklađivanje planova inspekcijskog nadzora i rada inspekcija, za razmenu informacija u vršenju inspekcijskog nadzora, za unapređenje inspekcijskog nadzora na osnovu informacija iz godišnjeg izveštaja o radu inspekcija.

³⁴ Dekoncentrisana centralna tela su u nizu zemalja obično zadužena za informacije i interakcije nadzora. Council of Europe, **Local and Regional Democracy**, "The relationship between central and local authorities", op. cit., 61.

Problem koordinacije od strane načelnika ne postoji u pogledu stručne službe upravnog okruga, jer on rukovodi ovom službom i odlučuje i o pravima i dužnostima zaposlenih u stručnoj službi. Ministarstvo nadležno za poslove uprave nadzire svrsishodnost rada stručne službe upravnog okruga, prati osposobljenost zaposlenih u njoj i izdaje joj instrukcije.

NADZOR NAD RADOM ORGANA JLS KOJI SPROVODE DRUGI DRŽAVNI ORGANI

Pored republičkih organa uprave i njihovih dislociranih službenika, odnosno organizacionih jedinica na nivou okruga, u pogledu kontrole, od značaja su i Ustavni sud (u vezi sa ocenom ustavnosti i zakonitosti opštih akata organa JLS, rešavanjem sukoba nadležnosti i ustavnih žalbi), Upravni sud (u pogledu konačnih upravnih akata i u vezi sa izbornim sporovima), Vlada (u pogledu obustave od izvršenja opšteg akta JLS koji nije saglasan Ustavu ili zakonu i pokretanja postupka za ocenjivanje njegove ustavnosti ili zakonitosti, kao i mogućnosti raspuštanja skupštine JLS, odnosno imenovanja privremenog organa), Državna revizorska institucija (koja se poslednjih godina sve više pored kontrole zakonitosti, orijentiše i na kontrolu svrsishodnosti korišćenja budžetskih sredstava), Zaštitnik građana i njegovi pandani na nivou JLS, Poverenik za informacije od javnog značaja u vezi sa slobodnim pristupom ovim informacijama, Agencija za borbu protiv korupcije itd. S druge strane, problem koji se pojavio u vezi sa velikim brojem nezavisnih regulatornih i kontrolnih tela, kao i obavezama izveštavanja republičkih organa po različitim osnovama, sastoji se u značajnom opterećenju organa JLS, a time i sužavanju mogućnosti da se obavljaju osnovni poslovi iz sopstvenog i poverenog delokruga. U vezi sa tim, neophodno je preduzeti nekoliko povezanih mera. Najpre, potrebno je preispitati opravdanost pojedinih od navedenih aktivnosti, ukloniti obavezu prikupljanja podataka koji nisu svrsishodni, a takođe omogućiti da se jednom uneti podatak putem odgovarajućih kompjuterskih programa koristi za više relevantnih namena. Potonje je od značaja ne samo radi rasterećenja organa JLS, nego i jer se na taj način smanjuje moguća greška pri unošenju istog podatka.

ODNOS ORGANA AUTONOMNE POKRAJINE I ORGANA JLS

Sa aspekta urednog obavljanja poslova od javnog interesa i delotvorne realizacije prava i obaveza građana i pravnih lica, kao i pružanja javnih usluga od značaja je i odnos organa autonomnih pokrajina i organa JLS u situacijama kada

autonomna pokrajina odlukom poveri JLS pojedina pitanja iz svoje nadležnosti. Sredstva za vršenje te vrste poverenih nadležnosti obezbeđuje autonomna pokrajina. Pri tom, prava i obaveze JLS i ovlašćenja autonomnih pokrajina u nadzoru nad vršenjem poverenih nadležnosti uređuju se zakonom.

U pogledu poslova iz sopstevnog delokruga, organi teritorijalne autonomije i organi JLS, radi ostvarivanja svojih prava i dužnosti, međusobno saraduju u skladu s Ustavom, zakonom i drugim propisom. Organi teritorijalne autonomije vrše nadzor nad zakonitošću rada i akata organa JLS, u skladu s Ustavom i zakonom.

ZAŠTITA LOKALNE SAMOUPRAVE

Druga strana nadzora koji se vrši nad organima JLS u pogledu zakonitosti (i svrsishodnosti) njihovog rada je i zaštita lokalne samouprave. U tom smislu, Ustav i ZLS predviđaju da organ određen statutom JLS ima pravo žalbe Ustavnom sudu ako se pojedinačnim aktom ili radnjom državnog organa ili organa JLS onemogućava vršenje nadležnosti opštine. Pored toga, organ određen statutom JLS može da pokrene postupak za ocenu ustavnosti ili zakonitosti zakona i drugog opšteg akta Republike Srbije ili autonomne pokrajine kojim se povređuje pravo na lokalnu samoupravu. Imajući u vidu potrebu celovitog sagledavanja odnosa koji se uspostavljaju između republičkih i pokrajinskih organa s jedne, i organa lokalne samouprave, s druge strane, neophodno je izvršiti posebnu analizu postojećih rešenja i njihove primene u praksi, uz predlaganje mogućih unapređenja i pretpostavki za njihovu realizaciju. Na ovaj način bi se unapredila i kontrola zakonitosti rada republičkih i pokrajinskih organa od strane organa JLS.

Prof. Dr. DOBROSAV MILOVANOVIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

RELATIONS BETWEEN REPUBLIC BODIES AND BODIES OF LOCAL SELF-GOVERNMENT UNITS IN SERBIA

Summary

In the paper, the author discusses a new model of relations between republican and local self-government authorities in Serbia. He points out that it is necessary to keep in mind the existing economic, demographic, educational, cultural, information-communication and political context. Also, the proper setting of these relations also depends on whether the future model of local

self-government will be based on the principle of monotype or polytype, single-level or multi-level, what status and competencies the existing non-central level (administrative district) will have, whether the region will be established and what would be its position and role. In addition, the size of the area, the number of inhabitants and the economic potentials of the local self-government are very important, because the logical precondition for the efficient and effective realization of local activities is the existence of economic, personnel, technical and other capacities. Finally, he points out that in defining a new model, the role of the state should not consist in adapting the circle and manner of organizing work at the level of local self-government to the existing unfavorable trends in terms of uneven development of certain areas and migration to large cities, especially Belgrade, but in creating conditions to reverse these tendencies. In this way, not only the problems of large cities would be reduced, but also the problem of demographic depopulation of certain parts of the territory of Serbia would be overcome. The notion of the relationship between the republican and the local self-government authorities implies two aspects. First, it is the precise distribution of responsibilities between these levels through decentralization and deconcentration. The second aspect implies the relations that are established and realized between these authorities in connection with a very diverse activities and issues in the performance of responsibilities, in order to ensure that they are continuously, efficiently, efficiently and economically performed.

Key words: local self-government, centralization, decentralization, deconcentration

Literatura

- Council of Europe, European Treaty Series – No. 122 European Charter of Local Self-Government Strasbourg, 15. X 1985.
- Council of Europe, Local and Regional Democracy, “The relationship between central and local authorities”, *Report of the European Committee on Local and Regional Democracy (CDLR) prepared with the collaboration of Alba Nogueira López Professor at Santiago de Compostela University, Spain, 2007*, <https://rm.coe.int/1680747fbc>.
- Eisenmann C., *Cours de droit administratif*, Tome I, X edition, Paris, 1988.
- Milosavljević B., *Sistem lokalne samouprave u Srbiji*, Stalna konferencija gradova i opština, Beograd, 2009.
- Milovanović D., *Pravno ustrojstvo lokalne (samo)uprave u Srbiji*, Beograd, 1994.
- Pusić E., *Nauka o upravi*, Zagreb, 1989.
- Pusić E., *Upravni sistemi I*, Grafički zavod Hrvatske, Zagreb, 1985.
- Ramljak M., “Aktualni problemi centralizacije i decentralizacije”, *Zakonitost*, br. 11–12, Zagreb, 1990.
- Ramljak M., *Centralna i lokalna uprava u razvoju*, Zagreb, 1982.

Datumi prijema i prihvatanja rada
Primljen: 20.10.2020.
Prihvaćen: 06.10.2020.
ORIGINALAN NAUČNI RAD

PREDRAG DIMITRIJEVIĆ
DEJAN VUČETIĆ

DELOTVORNOST VANREDNIH PRAVNIH SREDSTAVA U UPRAVNOM POSTUPKU

Novim Zakonom o opštem upravnom postupku (2016) vanredna pravna zaštita stranaka je izvesno delimično promenjena ali pitanje je da li je i unapređena posebno sa aspekta pravne sigurnosti stranaka. Ovo je ključno pitanje jer princip zakonitosti i zaštita javnog interesa suvereno vladaju ovim delom ZUP-a već decenijama. Svaki pravni lek pa i vanredni, stvarnu meru svoje upotrebe a time i svoju "legitimnost" zasniva na praktičnoj primeni. Delotvornost ne možemo meriti samo unutar propisanog paketa vanrednih lekova, kao ni unutar njihovog pravnog režima, već pre svega, prema spolja, na osnovu indikatora njihovog ostvarivanja (rokovi, krug aktivno legitimisanih lica, broj razloga, uslova i njihove praktične ostvarljivosti, praktičnih efekata na zaštitu prava i pravnih interesa). Jedno je pitanje njihove teorijske i pozitivnopravne konstrukcije, a drugo je pitanje njihove praktične upotrebljivosti i postizanja svrhe normativnog postojanja. Savremena uprava i efikasana upravna procedura postavlja pitanje praktične, realne i pragmatične svrhe (funkcionalnost), a ne "metafizičko-normativne" svrhe sa zahtevom da građanin i privreda ostvare i zaštite svoja prava, obaveze i pravne interese što brže, jednostavnije i jeftinije.

Ključne reči: *vanredna pravna sredstva, upravni postupak, ZUP*

Prof. dr Predrag Dimitrijević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, e-mail: peca@prafak.ni.ac.rs.

Dr Dejan Vučetić, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, e-mail: dvucetic@prafak.ni.ac.rs. Rad je nastao kao rezultat finansiranja od strane Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja RS prema ugovoru evidencioni broj 451-03-68/2020-14/200120.

U V O D

Vanredna pravna sredstva imaju posebno mesto i funkciju u upravnom postupku. Svaki vanredni pravni lek ima specijalnu ulogu koji ga opravdava bilo u cilju zaštite stranke ili zaštite javnog interesa u postupku pred organima uprave. Kompleks razloga zbog kojih svaki vanredni pravni lek postoji čine jedan specijalni pravni režim koji funkcioniše sa više ili manje uspeha u pravnom i faktičkom ambijentu zaštite prava i pravnih interesa stranaka i drugih učesnika u postupku. Tu posebnu fizionomiju (režim) vanrednog leka prepoznavamo pažljivom analizom zakonskih razloga, rokova, aktivno legitimisanih subjekata ali i stvarnom merom njihove primene i efektivnog ostvarivanja zbog kojih su oni i uvedeni u pozitivno upravno procesno pravo.¹

ZUP ne koristi termin vanredni pravni lekovi već govori o *posebnim slučajevima uklanjanja* (poništanja i ukidanja) *i menjanja rešenja* i predviđa pet vanrednih pravnih sredstava: Menjanje i poništavanje rešenja u vezi sa upravnim sporom; Ponavljanje postupka; Poništavanje konačnog rešenja; Ukidanje rešenja i Poništavanje; Ukidanje ili menjanje pravnosnažnog rešenja na preporuku Zaštitnika građana.²

Broj vanrednih pravnih sredstava je neznatno formalno smanjen u ZUP-u (2016) za samo jedan lek. Međutim, ono što se promenilo je to što je od ranijih šest, ostao jedan potpuno nepromenjen vanredni lek (Menjanje i poništavanje rešenja u vezi sa upravnim sporom) i jedan (Ponavljanje postupka) neznatno dopunjen sa dva nova razloga i sa modifikovanim subjektivnim rokom (90 dana). Ostali su se terminološki promenili, ali su suštinski prepakovani razlozi iz starih lekova u nove (ZUP 2016), koji su zbog promenjene "terapije" dobili i nove nazive i to: Poništavanje konačnog rešenja (čl. 183), Ukidanje rešenja (čl. 184) i Poništavanje, ukidanje ili menjanje pravnosnažnog rešenja na preporuku Zaštitnika građana (čl. 185). U novom Zakonu su kod većine vanrednih pravnih sredstava osta-

¹ Predrag Dimitrijević, "Reforma vanrednih pravnih lekova u upravnom postupku", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 44, Niš, 2004, 145–171.

² Termin "uklanjanje" treba da realno predstavi dve "klasične" pravne operacije kada se uklanja nešto što je nezakonito pri čemu je poništavanje potpuno, a ukidanje delimično uklanjanje, jer pravne posledice ostaju (dejtvo ex nunc). Uklanjanje je jedna fizička radnja, mada ga koriste i pravnici u sudskim postupcima kao uklanjanje nekog akta, ali u laičkoj komunikaciji, kao potpuno i radikalno isključivanje pravnog dejstva jednog pojedinačnog pravnog akta. Upravnom postupku ovo "ne priliči". Ovo je "nov" termin umesto dva potpuno pravno precizna, jasna i "odomaćena" izraza. Najzad, "nije zakonski definisano šta se podrazumeva pod "uklanjanjem" i dalje. V. Stevan Lilić, *Zakon o opštem upravnom postupku, Anatomija zakonskog projekta sa modelom za generalnu rekonstrukciju ZUP-a*, Službeni glasnik RS, Beograd, 2019, 48.

li nepromenjeni gotovo svi najvažniji elementi pravnog režima vanrednih pravnih lekova.³

Razlike između vanrednih pravnih sredstava postoje u pogledu razloga za upotrebu, subjekata koji ih mogu koristiti, rokova u kojima se mogu upotrebiti, nadležnosti za odlučivanje, kao i u pogledu pravnog dejstva koje imaju.

Delotvornost jeste efektivnost (učinkovitost) pravne zaštite koja se pruža i ostvaruje u upravnom postupku. Ona se meri brzinom (vremenom) i troškovima postupka koji se stvaraju vanrednim pravnim sredstvima kao “vanrednim” procedurama (mehanizmima) ali se još više meri i kvalitetom tih sredstava, odnosno kvalitetom pravne zaštite. To zapravo znači, koliko se tim sredstvima može obezbediti korekcija i ispravljanje grešaka u postupanju uprave, sa ciljem uspostavljanja zakonitog i pravilnog procesnog i materijalnog pravnog stanja. Delotvornost postoji ukoliko je društveno okruženje uprave (građani i privreda) zadovoljno propisanim i realno primenljivim vanrednim sredstvima (legitimitet) putem kojih se uspeva sa “ozdravljivanjem” konačnih i pravnosnažnih materijalno pravnih i procesnih stanja, situacija i akata u upravnim postupcima.⁴

Delotvornost, kao jedan od principa dobrog upravljanja,⁵ je kompleksan pojam koji ima svoju društvenu, ekonomsku i pravnu stranu. Delotvornost nadgrađuje princip efikasnosti, u čijoj je osnovi ostvarivanje ciljeva (javnih interesa ili prava građana) uz minimalno korišćenje raspoloživih resursa, minimalne troškove i minimalno vreme. Delotvornost predstavlja stepenicu više u delovanju organa uprave, koja znači raditi prave stvari, postavljati prave ciljeve na kvalitetan način, i tako predstavlja poslednju kariku u optimizaciji delovanja upravnih insti-

³ S. Lilić, op. cit., 47–51; Dragan Milkov, Ratko Radošević, “Neke novine u Zakonu o opštem upravnom postupku – upravno postupanje”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3, Novi Sad, 2016, 733–752; Zoran Lončar, “Vanredna pravna sredstva u upravnom postupku u Republici Srbiji”, *Pravna riječ*, br. 58, Banja Luka, 2019, 169–192; Zoran Tomić, Đordije Blažić, *Komentar Zakona o upravnom postupku Crne Gore*, Podgorica, 2017, 723–765; Dragan Vasiljević, “Koncept vanrednih pravnih sredstava po novom Zakonu o opštem upravnom postupku”, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2016, 215–223; Predrag Dimitrijević, “Pravna sredstva u novom ZUP-u Republike Srbije”, *Zbornik na trudovi od megunarodnata konferencija “Iskustva od primenata na novite zakoni za opšte upravna postapka vo zemljite od regionot”*, Pravni fakultet “Justinijan Prvi” vo Skopje, Ohrid 5–7. maj, 2017, 45–63; Zoran Lončar, “Pravna zaštita stranaka u upravnom postupku”, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Beograd, 2018, 239–255.

⁴ “Ostaje na konkretnim slučajevima praktične primene novog ZUP-a u vezi sa vanrednim pravnim sredstvima da daju odgovor na pitanje da li nova rešenja doprinose većoj (ne)efikasnosti i (ne)zakonitosti upravnog postupanja u ovoj oblasti.” S. Lilić, op. cit., 49.

⁵ Evropska komisija u Beloj knjizi o dobrom upravljanju iz 2001. godine definiše dobro upravljanje (što je pojam koji ne treba mešati sa dobrom upravom, jer je od njega širi) kao “kombinaciju demokratskog i delotvornog upravljanja”.

tucija i organizacija. Za razliku od efikasnosti (i ekonomičnosti koju pojmovno ne treba odvajati od nje, jer su u pitanju sinonimi) koja je u osnovi kvantitativne prirode, delotvornost, kao načelo upravnog postupanja, je u osnovi kvalitativne prirode. Zato neka upravna delatnost koja je efikasna neće uvek biti delotvorna, a moguće je i obrnuto. No, mi se u ovom radu nećemo baviti pitanjem odnosa postavljenih ciljeva i ostvarenih rezultata. Delotvornost ćemo uzeti u njenom pravnom značenju kao delotvornost pravne zaštite, jer je pravo na delotvornu pravnu zaštitu osnovno ljudsko pravo.⁶

Cilj autora bio je da ispituju delotvornost pravnih normi kojima su regulisana vanredna pravna sredstva u ZUP-u, kako bi se razumeli uslovi pod kojima zakonodavstvo i uprava mogu delotvorno da usmeravaju ponašanja građana i ostvaruju očekivane i poželjne društvene promene. Cilj rada je da proceni da li se postavljeni ciljevi (najznačajnije procesne i materijalne upravno-pravne vrednosti) uspešno ostvaruju na određeni način konstruisanim pravnim normama. Dakle, i ovde se na neki način vrši procena, poređenje postavljenih ciljeva sa dobijenim rezultatima, kako bi se objasnio jaz koji postoji između normative i prakse.

Dublje posmatrano, pitanje delotvornosti pravnih normi je u tesnoj vezi sa njihovom primenljivošću. Primenljivost može imati svoju internu i eksternu stranu, odnosno može se posmatrati iz ugla organa (ovlašćenog službenog lica) koji norme primenjuje i iz ugla stranke koja treba samostalno da ih se pridržava. U Strategiji reforme javne uprave u Republici Srbiji iz 2014. godine delotvornost je jedan od četiri ključna principa reforme srpske javne uprave, a zbog svog značaja dobila je i rang načela u odrebi člana 9. Zakona o opštem upravnom postupku.

MENJANJE I PONIŠTAVANJE REŠENJA U VEZI SA UPRAVNIM SPOROM

Kod ovog vanrednog pravnog sredstva pravni režim je ostao potpuno nepromenjen. Organ protiv čijeg rešenja je blagovremeno pokrenut upravni spor

⁶ Tako posmatrana delotvornost je grantovana normama najznačajnijih međunarodnih dokumenata iz oblasti ljudskih prava, i to: odredbama članova 22. i 25. (stav 1) Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima; odredbama članova 2, 3, 17. stav 2, 22. stav 3, i 23. stav 4 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, odredbama članova 5. stavovi 2. i 3, član 13, član 17. Evropske konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i odredbama članova 41. koji reguliše pravo na dobru upravu i 47. koji reguliše pravo na delotvoran pravni lek Povelje EU. Član 13 Evropske konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda glasi: "Svako kome su povređena prava i slobode predviđeni u ovoj Konvenciji ima pravo na delotvoran pravni lek pred nacionalnim vlastima, bez obzira na to jesu li povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu". Domašaj ovog člana prostire se na različite povrede prava pojedinca uključujući tu i one izvršene odlukama iz domena upravnog postupka.

može, do okončanja tog spora, pod uslovom da uvaži “*sve zahteve*” tužbe, poništiti ili izmeniti svoje rešenje iz istih razloga zbog kojih bi sud mogao da poništi to rešenje, ako se time ne vređa pravo stranke u upravnom postupku ili trećeg lica.⁷

Prema tome, organ protiv čijeg je rešenja blagovremeno pokrenut upravni spor (tuženi) može sve do okončanja spora, *izmeniti* ili *poništiti* svoje rešenje, iz onih razloga iz kojih bi sud mogao poništiti takvo rešenje, pod uslovima: (1) da *uvažava sve zahteve tužbe* i (2) da se time *ne vređa pravo stranke* u upravnom postupku ili pravo *trećeg lica*.

Organ kao tužena strana, treba da prihvati sve tužbene zahteve tužioca, da bi se upravni spor okončao pre sudske presude. ZUP ne priznaje delimično priznanje tužbe. Fleksibilnije bi bilo rešenje o delimičnom priznanju tužbe, sa kojim se tuženi može naknadno saglasiti, pa da to predstavlja uslov za aktiviranje ovog leka od strane organa.⁸

Prema sadržini ovog leka teško je zaključiti da se radi o vanrednom pravnom sredstvu. Cilj je da se izbegne dalje vođenje upravnog spora, u slučaju da organ, čije je rešenje predmet upravnog spora, ustanovi da su svi zahtevi navedeni u tužbi osnovani i da će sud, po svemu sudeći, poništiti njegovo konačno rešenje. Zato se ovim putem organu pruža mogućnost da zbog razloga navedenih u tužbi, on sam svoje rešenje poništi ili izmeni, usled čega je dalje vođenje spora bespredmetno.

Ako je tužilac zadovoljan poništavanjem ili izmenom osporenog akta, sud će obustaviti postupak (čl. 29. ZUS). Međutim, ako tužilac izjavi da nije zadovoljan onim što je tuženi organ učinio (poništio ili izmenio osporeno rešenje), upravni spor će se nastaviti. ZUP isključuje pravo na žalbu protiv rešenja kojim se menja i poništava rešenje u vezi sa upravnim sporom (čl. 188, st. 1).

⁷ Član 175. Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016.

⁸ Takvo rešenje u okviru “*menjanja upravnog akta u vezi sa upravnim sporom*” postoji u Zakonu o upravnim sporovima Republike Srpske, (*Službeni glasnik RS*, br. 109/2005), u članu 23. Naime, nadležan organ protiv čijeg upravnog akta je pokrenut upravni spor može do okončanja spora izmeniti sopstveno rešenje ili doneti novo rešenje ako je spor pokrenut zbog “*ćutanja*” uprave. Ako nadležni organ za vreme sudske postupka (upravnog spora) donese drugi upravni akt kojim se *menja ili stavlja van snage tužbom napadnut upravni akt*, ili ako u slučaju “*ćutanja uprave*” *naknadno donese upravni akt*, u tom slučaju, nadležni organ je dužan da o tome blagovremeno pismeno obavesti tužioca i nadležni sud pred kojim je spor pokrenut i da sudu *dostavi i novi* upravni akt. Sud će pozvati tužioca da u roku od 8 dana pismeno *izjavi* da li je naknadno donesenim upravnim aktom zadovoljan ili ostaje pri tužbi i u kom obimu, odnosno da li tužbu proširuje i na novi upravni akt. Ako tužilac izjavi da je naknadno donesenim aktom *zadovoljan* ili ako ne da izjavu u roku od 8 dana (“*ćutanje*” povodom novog izmenjenog akta), sud donosi *rešenje o obustavljanju* sudske postupka. Ako tužilac izjavi da novim upravnim aktom *nije zadovoljan*, sud će nastaviti upravnosudski postupak.

Dakle, protiv odluke organa o menjanju ili poništavanju osporenog rešenja ne mogu se koristiti druga pravna sredstva (žalba) jer je zaštita obezbeđena u okviru već pokrenutog upravnog spora.⁹

Ovaj lek je oblik *samokontrole uprave* koji povećava efikasnost upravnog postupka koji je u rukama organa (tuženog) koji je doneo konačan upravni akt koji je predmet upravnog spora. U pravno-teorijskom smislu reč je o *opozivanju* nepravilnog administrativnog akta.¹⁰ To nesumnjivo doprinosi ekonomičnijem rasvetljavanju i rešavanju upravne stvari, ali se ne može reći da ovakav postupak ima karakter vanrednog pravnog sredstva, posebno kada se uzme u obzir da se ovim putem ne mogu uklanjati pravosnažni akti.¹¹

Smatramo da ovo nije vanredni pravni lek i da mu nije mesto u ZUP-u. Reč je o jednoj procesnoj mogućnosti uklanjanja konačnih rešenja u toku trajanja upravno-sudskog postupka i mesto mu je u ZUS-u (u delu odgovora na tužbu), ali sa modifikovanim uslovom. Naime, trebala bi da stoji mogućnost da organ može i delimično da usvoji (uvaži, prihvati) tužbeni zahtev, pa ako se tužilac sa tim složi, upravni sud može obustaviti postupak.

Važeći ZUS u delu koji se odnosi na "udovoljavanje tužbenom zahtevu od strane tuženog" (čl. 29) već ima propisanu mogućnost da tuženi u toku sudskog postupka može da donese drugi akt kojim menja ili poništava upravni akt protiv kojeg je upravni spor pokrenut, kada naknadno donosi prvostepeni odnosno, drugostepeni upravni akt. Kako nije propisana obaveza usvajanja tužbe u celosti, pretpostavlja se i delimično usvajanje tužbe.

U tom slučaju, sud će pozvati tužioca da u roku od 15 dana od dana prijema poziva, ostavi sudu pisanu izjavu o tome da li je naknadno donetim aktom zadovoljan, ili ostaje pri tužbi, i u kom obimu, odnosno da li tužbu proširuje i na novi akt. Ako tužilac blagovremeno dostavi sudu pisanu izjavu da je naknadno donetim aktom zadovoljan ili ako ne da izjavu u roku, sud će doneti rešenje o obustavljanju postupka.

Ovo vanredno sredstvo se do sada u praksi retko koristilo. Njegovo zadržavanje u sistemu vanredne pravne zaštite stranaka ne predstavlja dobro pravno re-

⁹ Zoran R. Tomić, Dobrosav Milovanović, Vuk Cucić, *Praktikum za primenu Zakona o opštem upravnom postupku*, Ministarstvo državne uprave i lokalne samouprave, Beograd, 2017, 240–268.

¹⁰ Mihailo Ilić, *Administrativno pravo i drugi radovi*, Službeni list SRJ, Beograd, 1998, 211.

¹¹ U stvari ovakvo postupanje trebalo bi da proizide i iz načela ekonomičnosti, a na neki način se može i podrazumevati, pošto sud tuženom organu upućuje tužbu na odgovor čime mu se pruža mogućnost da se upozna sa razlozima tužbe, uvidi sopstvenu grešku i do okončanja spora *izmeni* sopstveno rešenje, odnosno da upravnu stvar reši drukčije i novim rešenjem zameni rešenje koje se pobija pred sudom. Iz tih razloga smatramo da navedeno vanredno pravno sredstvo nema svog opravdanja.

šenje. Naročito je krut uslov da tužilac mora uvažiti “*sve zahteve tužbe*”. Ovo je glavni razlog (ne i jedini), koji u postojećem pravnom režimu ovaj lek čini nedelotvornim pa ga treba ukloniti sa spiska vanrednih pravnih lekova. Reč je o najnedelotvornijem leku u pokušaju da se doprinese efikasnom rešavanju o pravima i pravnim interesima stranaka u upravnom postupku.¹²

PONAVLJANJE UPRAVNOG POSTUPKA

Kod ovog vanrednog pravnog leka zadržan je isti naziv, koji i odgovara njegovoj prirodi. Dodata su dva nova razloga za njegovo izjavljivanje, vezana za presudu Ustavnog suda i Evropskog suda za ljudska prava (čl. 176–182. ZUP).¹³

Da bi moglo doći do ponavljanja upravnog postupka, *rešenje mora biti konačno*. Ponavljanje postupka je pravno sredstvo koje se, pod određenim uslovima, može koristiti protiv rešenja protiv kojih se ne može izjaviti žalba.¹⁴ Istovremeno, to znači da se ponavljanje upravnog postupka može koristiti protiv rešenja u upravnom postupku koja *nisu postala pravosnažna* (mada se može koristiti i protiv njih). Iz tih razloga, može se reći da je ponavljanje postupka pravno sredstvo koje, sa jedne strane, *ima karakter redovnog sredstva* (jer se može koristiti protiv svih konačnih rešenja, odnosno rešenje ne mora biti pravosnažno), a s druge strane, *ima određene karakteristike vanrednog pravnog sredstva* (jer su propisani posebni uslovi pod kojima se može koristiti).

¹² V. suprotno: Z. Lončar, “Vanredna pravna sredstva u upravnom postupku u Republici Srbiji”, op. cit., 169–192.

¹³ Ovo je posledica usaglašavanja upravnog postupka sa *Ustavom* iz 2006. godine, kojim je u pravni sistem Srbije uvedena ustavna žalba (član 170). “Ustavna žalba se može izjaviti protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu”. Član 170. Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006. Istovremeno, ovo je posledica i činjenice da je Republika Srbija, 2003. ratifikovala Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kojom je predviđena nadležnog Evropskog suda za ljudska prava, kao krajnje instance za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda propisanih Konvencijom, koji su povređeni aktom ili radnjom nekog domaćeg organa, nakon što su iscrpljeni svi unutrašnji pravni lekovi (član 34–35). Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, 9/2003, 5/2005, 7/2005 i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010.

¹⁴ *Zakonom o opštem upravnom postupku Republike Srbije* (1997), uređeno je pitanje ponavljanja upravnog postupka, tako što je dotadašnja “obnova postupka” postala “ponavljanje postupka”, kao pravno sredstvo koje se, pod određenim uslovima, može upotrebiti protiv rešenja donetih u upravnom postupku protiv kojih se ne može izjaviti žalba.

Konačna su sva drugostepena rešenja kojima je odlučeno o upravnoj stvari ali i sva prvostepena rešenja ukoliko je žalba isključena ili protiv kojih ona nije korišćena. Kada je reč o poslednjem slučaju, postavlja se pitanje da li se ponavljanje postupka može tražiti ako žalba nije korišćena (dopuštenost ponavljanja)? Ovo pitanje ZUP ne reguliše. Načelo procesne ekonomije zahteva prethodno korišćenje žalbe, što znači da stranka u žalbi treba da iznese eventualne nove činjenice i dokaze, a ne da čeka da prvostepeno rešenje postane konačno istekom roka za žalbu, i da tek onda traži ponavljanje prvostepenog postupka zbog novih činjenica i dokaza. Podsetimo da se i u žalbi mogu iznositi nove činjenice i dokazi (*beneficium novorum*), ali samo uz obrazloženje zašto nisu predloženi u prvostepenom postupku (čl. 159, st. 2).

Kada je u pitanju ovaj pravni lek težište je na saznanju novih činjenica i dokaza. Suština je u tome da se on može upotrebiti ukoliko je stranka za ove činjenice i dokaze saznala nakon što je rešenje postalo konačno. Međutim, okolnost kako je konačnost nastupila ne bi trebalo da bude važna, odnosno, valjalo bi uvažavati svaki procesni put nastanka konačnosti, jer tu zakon ne pravi razliku, i na tome ne insistira. "Sužavanje" procesnih prethodnih uslova (restriktivno "tumačenje" konačnosti) smanjivalo bi procesne mogućnosti stranke. Da je zakonodavac to hteo on bi to i napisao (restriktivno tumačenje izuzetaka).

Za ponavljanje upravnog postupka nije smetnja ako je konačno rešenje postalo i pravnosnažno (čl. 14) ili što se ponavljanje postupka može tražiti i u vezi sa konačnim rešenjem protiv koga je pokrenut i u toku je upravni spor.¹⁵

Razlozi za ponavljanje postupka (čl. 176). – Smisao ponavljanja je vanredna samokontrola konačnog rešenja od strane donosioca, na osnovu saznanja novih činjenica. Postupak koji je okončan rešenjem protiv kojeg se ne može izjaviti žalba (*konačno rešenje*) ponavlja se:

1) ako se sazna za nove činjenice ili stekne mogućnost da se izvedu novi dokazi koji bi, sami ili u vezi sa ranije iznetim činjenicama ili izvedenim dokazima, mogli da dovedu do drugačijeg rešenja;¹⁶

¹⁵ "Sudska praksa zauzela je stav da se ponavljanje može sprovesti jedino ako je postupak okončan rešenjem o glavnoj stvari – a ne i rešenjem o obustavljanju postupka (npr. zbog odustanka stranke od zahteva povodom kojeg je pokrenut postupak, čl. 98, ili zbog zaključenog poravnania, čl. 99). Pitanje je da li je taj stav opravdan, jer je moguće da je stranka odustala od zahteva suočena sa nemogućnošću uspeha u postupku, a da otkrivanje nove činjenice ili dokaza menja situaciju u njenu korist." V. Z. R. Tomić, D. Milovanović, V. Cucić, op. cit., 240–268.

¹⁶ "Pod novim činjenicama, razumemo takve činjenice koje su postojale i u vreme vođenja ranijeg postupka, ali organ nije znao za njih i stranka bez svoje krivice nije bila u stanju da ih iznese, pa nisu ni uzete u obzir prilikom utvrđivanja relevantnog činjeničnog stanja. Reč je, dakle, o naknadno saznatim, odnosno iznetim činjenicama, a ne i o činjenicama koje nastanu tek po okončanju postupka."

2) ako se rešenje povoljno po stranku zasniva na neistinitim tvrdnjama stranke kojima je ovlašćeno službeno lice dovedeno u zabludu (kumulativno);

3) ako je rešenje donelo neovlašćeno lice, ili je postupak vodilo ili u njemu odlučivalo neovlašćeno lice ili lice koje je moralo biti izuzeto;

4) ako kolegijalni organ nije odlučivao u propisanom sastavu ili ako za rešenje nije glasala propisana većina članova kolegijalnog organa;

5) ako licu koje je moglo da ima svojstvo stranke nije pružena prilika da učestvuje u postupku;

6) ako stranka nije bila zastupana saglasno zakonu;

7) ako stranci ili drugom učesniku u postupku nije omogućeno da prati tok postupka saglasno članu 55. ZUP-a;

8) ako je rešenje doneto na osnovu lažne isprave ili lažnog iskaza svedoka ili veštaka ili kao posledica drugog krivičnog dela;

9) ako se rešenje zasniva na presudi suda ili odluci drugog organa koja je kasnije pravnosnažno preinačena, ukinuta ili poništena;

10) ako je nadležni organ naknadno i u bitnim tačkama drukčije pravnosnažno odlučio o prethodnom pitanju na kome je rešenje zasnovano;

11) ako je Ustavni sud u istoj upravnoj stvari, u postupku po ustavnoj žalbi utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom, a istovremeno nije poništio osporeno rešenje;¹⁷

12) ako je Evropski sud za ljudska prava u istoj upravnoj stvari naknadno utvrdio da su prava ili slobode podnosioca predstavke povređena ili uskraćena.¹⁸

Razlozi iz tač. 1), 3), 5) i 7) mogu biti osnov za ponavljanje postupka na zahtev stranke samo ako stranka bez svoje krivice nije mogla da ih iznese u ranijem

nju ranijeg postupka. Pojava potpuno novih činjenica, može da dovede jedino do novog upravnog postupka, a ne i do ponavljanja ranijeg postupka. Novi dokazi, jesu oni dokazi o relevantnim činjenicama za rešenje stvari, koji nisu upotrebljeni (bez krivice stranke) u ranijem postupku. Bitno je da se odnosi na činjenice koje su postojale u vreme vođenja ranijeg postupka – bez obzira na to da li se za takve činjenice tada znalo ili ne. Nije neophodno da je odnosni dokaz postojao u ranijem (okončanom) postupku. Za ponavljanje postupka potrebno je da su te nove činjenice, odnosno novi dokazi takvog značaja da su mogli – da su izneti, to jest, upotrebljeni u ranijem postupku – dovesti do drukčijeg rešenja stvari. Kada se ponavljanje postupka vrši po zahtevu stranke, a na osnovu tačke 1, nije dopušten *reformatio in peius*. To znači da rešenje koje bi se donelo u obnovljenom postupku ne bi moglo da bude nepovoljnije za stranku u odnosu na ranija rešenja, osim ako se u istoj stvari steknu uslovi za ponavljanje postupka po službenoj dužnosti.” Z. R. Tomić, D. Milovanović, V. Cucić, op. cit., 240–268.

¹⁷ O nedelotvornosti ovako formulisanog razloga za ponavljanje upravnog postupka vidi više u: Zoran Lončar, “Ponavljanje upravnog postupka”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, Novi Sad, 2020, 204–205.

¹⁸ Član 176–182. Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016. Prethodni ZUP imao je jedanaest razloga.

postupku. Razlozi iz tač. 3)– 7) ne mogu biti razlozi za ponavljanje ako ih je stranka bez uspeha iznela u ranijem postupku. Suprotno postupanje stranke predstavljalo bi zloupotrebu prava u cilju odugovlačenja postupka i ne bi moglo da bude osnov za ponavljanje postupka.

Inicijativa za ponavljanje postupka. – Ponavljanje postupka može da zahteva stranka.¹⁹ Organ koji je doneo konačno rešenje može da ponovi postupak *po službenoj dužnosti*. Organ koji sazna za rešenje koje sadrži razlog za ponavljanje postupka ili za poništavanje i ukidanje rešenja, dužan je da o tome odmah obavesti organ koji je nadležan da po službenoj dužnosti pokrene odgovarajući postupak.

Javni tužilac nema više aktivnu legitimaciju čime je *suzen krug subjekata legitimisanih za korišćenje* ovog vanrednog pravnog sredstva. Javni tužilac, je ranije imao pravo da traži ponavljanje postupka pod istim uslovima kao i stranka.

Nadležan organ. – O predlogu za ponavljanje *rešava organ koji je doneo konačno rešenje* (prvostepeni ili drugostepeni).²⁰ Kad se ponavljanje postupka traži u vezi sa drugostepenim rešenjem, prvostepeni organ koji primi predlog za ponavljanje, priključiće sve spise predmeta predlogu i dostaviće ih drugostepenom organu.²¹

Rokovi za ponavljanje postupka. – Stranka može da zahteva ponavljanje postupka u roku od *90 dana* od saznanja za razlog za ponavljanje, odnosno u roku od *šest meseci* od objavljivanja odluke Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava u “Službenom glasniku Republike Srbije”.²² Povećanje subjektivnog roka

¹⁹ “Smatramo da se pod strankom ne podrazumeva samo lice koje je u prvostepenom i/ili drugostepenom postupku učestvovalo kao stranka, već i svako drugo fizičko ili pravno lice na čija prava, obaveze ili pravne interese je mogao da utiče ishod upravnog postupka.” Z. R. Tomić, D. Milovanović, V. Cucić, op. cit., 240–268.

²⁰ “Naročito zanimljivo je pitanje ko će da bude nadležan da odluči o ponavljanju postupka ili da ponovi postupak po službenoj dužnosti u situaciji u kojoj je prvostepeno rešenje postalo konačno obaveštavanjem žalioaca o rešenju kojim je žalba odbačena ili odbijena. Stav je sudske prakse da bi u tom slučaju trebalo da odlučuje prvostepeni organ, kao organ koji je meritorno (o samoj stvari) konačno odlučivao u upravnom postupku.” Z. R. Tomić, D. Milovanović, V. Cucić, op. cit., 240–268.

²¹ Promena prebivališta stranke, koja bi uslovlila izmenu mesne nadležnosti organa, ne bi uticala na nadležnost organa za ponavljanje postupka. Ako dođe do izmene stvarne nadležnosti, o ponavljanju rešava organ na koga je prešla nadležnost organa koji je u ranijem postupku doneo konačno rešenje.” Z. R. Tomić, D. Milovanović, V. Cucić, op. cit., 240–268.

²² Praktičan problem u primeni roka od šest meseci može da predstavlja činjenica da se odluke Ustavnog suda donete po osnovu ustavne žalbe, po pravilu, ne objavljuju. Naime, Zakonom o Ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS*, 198/2007, 99/2011, 18/2013 i 103/2015, je predviđeno da odluka Ustavnog suda kojom je uvažena ustavna žalba proizvodi pravno dejstvo dostavljanjem (član 89,

sa jednog meseca na 90 dana od saznanja za razlog ponavljanja, poboljšava pravnu sigurnost stranke.

Isti rokovi važe i ako se postupak ponavlja po službenoj dužnosti. Novinu u pravnom režimu kod ovog vanrednog sredstva pravnog predstavlja i činjenica da je u novom ZUP-u propisano da navedeni rokovi važe i u slučaju kada se postupak ponavlja po službenoj dužnosti, što je sa aspekta pravne sigurnosti stranke poboljšanje, s obzirom na to da je do sada organ u slučaju Ponavljanja postupka po službenoj dužnosti bio vezan samo objektivnim rokom od pet godina od dostavljanja rešenja stranci.²³

Međutim, istekom roka od *pet godina* od kada je stranka obaveštena o konačnom rešenju, više ne može da zahteva ponavljanje postupka, niti organ može da ponovi postupak po službenoj dužnosti.²⁴

Zahtev za ponavljanje postupka. – Stranka mora da učini verovatnim razlog zbog kojih zahteva ponavljanje postupka. Zahtev se uvek predaje prvostepenom organu. Prvostepeni organ dostavlja zahtev sa spisima drugostepenom organu, ako je drugostepeni organ nadležan da odlučuje o zahtevu.

Zahtev za ponavljanje postupka ne odlaže izvršenje konačnog rešenja. Izuzetno, ako bi izvršenje stranci nanelo štetu koja bi teško mogla da se nadoknadi, a odlaganje izvršenja nije protivno javnom interesu, niti bi nanelo veću ili nenadoknadivu štetu protivnoj stranci ili trećem licu, organ koji odlučuje o zahtevu za ponavljanje postupka može rešenjem odložiti izvršenje konačnog rešenja.

Rešavanje o ponavljanju postupka. – O zahtevu za ponavljanje odlučuje organ koji je doneo konačno rešenje. Isti organ ponavlja postupak po službenoj dužnosti.

Nadležni organ *rešenjem odbacuje* zahtev koji nije blagovremen, nije dozvoljen ili koji je izjavljen od neovlašćenog lica ili u kome razlog za ponavljanje postupka nije učinjen verovatnim. Ako ne odbaci zahtev, dalje ispituje da li je razlog za ponavljanje postupka mogao da dovede do drukčijeg rešenja i, ako nađe da nije, rešenjem odbija zahtev.

stav 4). Odluka o ustavnoj žalbi se objavljuje u *Službenom glasniku* samo izuzetno ako Ustavni sud odluči.

²³ Z. Lončar, *Vanredna pravna sredstva u upravnom postupku u Republici Srbiji*, op. cit., 169–192.

²⁴ Međutim, kako “prosečno trajanje upravnog spora pred Upravnim sudom, kao prethodne pretpostavke za podnošenje ustavne žalbe, kao i postupka po ustavnoj žalbi pred Ustavnim sudom, kao pretpostavke podnošenja predstavke Evropskom sudu za ljudska prava, iznosi više godina, često upravni postupak neće moći da se ponovi iz formalnog razloga vezanog za nastupanje njegove zastarelosti, iako je stranka uspeła u postupku sa ustavnom žalbom pred Ustavnim sudom ili predstavkom pred Evropskim sudom za ljudska prava.” Z. Lončar, op. cit., 169–192.

Ako nadležni organ ne odbaci, niti odbije zahtev za ponavljanje postupka, *rešenjem dozvoljava* ponavljanje postupka i određuje obim ponavljanja. Ovo rešenje odlaže izvršenje konačnog rešenja i protiv njega nema prava na žalbu (čl. 188, st. 2).

Ponovljeni postupak. – Radnje u ponovljenom postupku preduzima organ koji je dozvolio ponavljanje postupka. Postupak se može ponoviti u celini ili delimično.

Izuzetno, drugostepeni organ može naložiti prvostepenom organu da umesto njega preduzme radnje u ponovljenom postupku ako on to može brže i ekonomičnije i istovremeno određuje mu rok za preduzimanje procesnih radnji.

Po ponavljanju postupka, nadležni organ može ostaviti na snazi konačno rešenje ili doneti novo rešenje kojim se, s obzirom na okolnosti slučaja, konačno rešenje poništava ili ukida.

Na osnovu podataka pribavljenih u *ranijem* i u *ponovljenom postupku*, organ donosi (novo) rešenje o upravnoj stvari, i njime može *rešenje, koje je bilo predmet ponavljanja* postupka, ostaviti na snazi ili ga zameniti (poništiti ili ukinuti) novim. U slučaju zamene rešenja, s obzirom na sve činjenice i okolnosti, organ može *ranije rešenje poništiti* ili *ukinuti* (dva oblika zamene ranijeg rešenja novim). Organu je ostavljeno relativno široko diskreciono ovlašćenje da “s obzirom na okolnosti slučaja”, konačno rešenje iz prvobitnog postupka poništi ili ukine.

Protiv rešenja donetog po predlogu za ponavljanje postupka, kao i protiv (novog) rešenja donetog u ponovljenom postupku, može se izjaviti *žalba* ako je rešenje doneo prvostepeni organ. Ako ih je doneo drugostepeni organ, može se pokrenuti upravni spor.

Rešenje doneseno u ponovljenom postupku, o poništavanju konačnog rešenja i ukidanju rešenja izdaje se najkasnije u roku od *60 dana* od pokretanja postupka.

Na rešenja donesena u posebnim slučajevima uklanjanja i menjanja rešenja, izuzev u slučaju menjanja i poništavanja rešenja u vezi sa upravnim sporom, može se podneti *žalba*. Međutim, protiv rešenja kojim se dozvoljava *ponavljanje postupka* nije dozvoljena žalba.

PONIŠTAVANJE KONAČNOG REŠENJA

Kod ovog vanrednog pravnog leka (čl. 183. ZUP) objedinjeni su razlozi iz starog – ranije važećeg ZUP-a (1997) koji su predstavljali razlog za poništavanje i ukidanje po osnovu službenog nadzora i za oglašavanje rešenja ništavim.²⁵ Jedi-

²⁵ Ovaj vanredni lek je veštački sintetisao razloge sadržane u prethodna dva leka: *poništavanje* (i *ukidanje*) *po pravu nadzora* i *oglašavanje rešenja ništavim*. Zakon o opštem upravnom postupku,

ni novi razlog za poništavanje konačnog rešenja, koji ranije nije postojao u okviru ova dva vanredna pravna sredstva, predstavlja formalni nedostatak rešenja vezan za uputstvo o pravnom sredstvu – *ako rešenje uopšte ne sadrži ili sadrži pogrešno uputstvo o pravnom sredstvu* (tač. 11, čl. 183).

Naime, *drugostepeni organ* ili *nadzorni organ* rešenjem će *na zahtev stranke* ili *po službenoj dužnosti*²⁶ u (celini ili delimično) poništiti konačno rešenje:

- 1) ako je doneto u stvari iz sudske nadležnosti ili u stvari o kojoj se ne odlučuje u upravnom postupku;
- 2) ako bi se njegovim izvršenjem moglo prouzrokovati neko krivično delo;
- 3) ako njegovo izvršenje uopšte nije moguće;
- 4) ako je doneto bez zahteva stranke, a stranka naknadno nije izričito ili prećutno pristala na rešenje;²⁷
- 5) ako je doneto kao posledica prinude, iznude, ucene, pritiska ili drugih nedozvoljenih radnji;
- 6) ako sadrži nepravilnost koja je po izričitoj zakonskoj odredbi predviđena kao razlog ništavosti (npr. čl. 128 *Zakona o patentima* predviđa razloge ništavosti rešenja o priznanju patenta);²⁸

Službeni list SRJ, br. 33/97 i 31/2001 i *Službeni glasnik RS*, br. 30/2010. Zakonodavac se rukovodio racionalnošću zasnovanoj na činjenici da su posledice *poništanja po pravu nadzora* kao i oglašavanja rešenja ništavim na kraju iste. Poništavanjem rešenja i oglašavanjem rešenja ništavim poništavaju se i pravne posledice koje je to rešenje proizvelo. Postoji retroaktivnost u oba slučaja. Međutim, ne možemo se otrgnuti utisku da “spajajući u jedno pravno sredstvo prema pravnoj prirodi dva bitno različita pravna sredstva, za rezultat je dobijen neadekvatan naziv novouvedenog vanrednog pravnog sredstva.” Z. Lončar, op. cit., 169–192. Priroda leka leži u različitim razlozima (posebno za “oglašavanje ništavim” – prvih četiri plus šesti) a to rezultira i u drugim aspektima pravnog režima (rokovi i dr.).

²⁶ Ovo je bilo predviđeno *ZUP-om Kraljevine Jugoslavije*, tako da su ministarstva mogla da oglašavaju ništavim vlastite pravosnažne odluke. Takođe je korisno da se rešenja zbog postojećih razloga *oglašavaju ništavim* kroz neki vid vršenja nadzora od strane organa višeg stepena. To se sprovođi po službenoj dužnosti, ali i na predlog stranke, odnosno javnog tužioca, imajući u vidu da je u opštem interesu da se rešenje, sa takvom povredom zakonitosti, što pre ukloni.

²⁷ Ovo je pravno sredstvo koje se koristi samo protiv rešenja koja sadrže *najteže oblike nezakonitosti*, odnosno rešenja koja su već u trenutku donošenja imala takav nedostatak koji ni kasnije ne može biti otklonjen. Ova rešenja nikada *ne mogu konvalidirati* tj. steći pravnu snagu protekom vremena. Izuzetak je slučaj da je rešenje doneto bez zahteva stranke, a stranka je naknadno, izričito ili prećutno takvo rešenje prihvatila. Zoran R. Tomić, *Pravno nepostojći upravni akt*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 1999.

²⁸ Postojeći razlozi ništavosti uglavnom imaju svoje opravdanje, a sadržani su i u propisima drugih zemalja (Austrija, Poljska, Nemačka). Jedino bi prvi razlog mogao biti diskutabilan. Tu se kao razlog ništavosti rešenja navodi tzv. *teži oblik* povrede stvarne nadležnosti koji postoji u slučaju da organ uprave rešava stvar iz sudske nadležnosti ili o stvari o kojoj se uopšte ne može rešavati

7) ako je rešenje doneo stvarno nenadležni organ, izuzev Vlade, a nije reč o razlogu za poništavanje iz tačke 1);²⁹

8) ako je u istoj upravnoj stvari ranije doneto pravnosnažno rešenje kojim je upravna stvar drukčije rešena (*ne bis in idem*);³⁰

9) ako prilikom donošenja rešenja nije pravilno sproveden postupak za davanje prethodne ili naknadne saglasnosti ili mišljenja drugog organa (član 138. ZUP);

10) ako je rešenje doneo mesno nenadležni organ;³¹

11) ako rešenje uopšte ne sadrži ili sadrži pogrešno uputstvo o pravnom sredstvu.³²

Postoji 12 razloga za poništavanje konačnog rešenja. Jedanaest je u zakonu taksativno navedeno, o čemu je malo pre bilo reči, dok je dvanaesti razlog naveden posebno. On postoji kada drugostepeni ili nadzorni organ rešenjem, *po službenoj dužnosti*, u celini ili delimično, poništi konačno rešenje ako u njemu nije uopšte ili nije pravilno primenjen materijalni zakon, drugi propis ili opšti akt.³³ Bitna razlika između ovog, dvanaestog osnova za poništavanje konačnog rešenja i ostalih jeda-

u upravnom postupku. Ovo je imalo svog opravdanja, s obzirom da sadašnji zakon predviđa i *lakši oblik* povrede stvarne nadležnosti zbog čega je rešenje moglo biti poništeno po pravu nadzora. Smatramo da povredu stvarne nadležnosti treba šire postaviti, tako da svaka povreda stvarne nadležnosti može biti razlog oglašavanja rešenja ništavim. Uostalom i u zakonodavstvima drugih zemalja povreda stvarne nadležnosti čini jedinstvenu kategoriju i zbog takve povrede akt se smatra ništavim.

²⁹ Postoje dve vrste povreda stvarne nadležnosti: *relativna* i *apsolutna*. Relativna povreda postoji kada je rešenje doneo organ koji nije nadležan da rešava vrstu stvari u koju predmet spada, a apsolutna, kada je rešenje doneto o stvari iz sudske nadležnosti ili o stvari o kojoj organ ne može da rešava u upravnom postupku. Ovakva deoba stvarne nadležnosti je možda nepotrebna, jer se u svakom slučaju radi o ozbiljnom narušavanju zakonitosti zbog koje, ukoliko se ona ustanovi, akt ne bi mogao opstati. Ako je za donošenje rešenja nadležan republički organ ili organizacija, a rešenje je donela vlada, takvo rešenje se *ne može* poništiti po ovom osnovu.

³⁰ Povodom jedne upravne stvari ne mogu opstati dva rešenja. Time bi se vređali procesno-pravni principi «*ne bis in idem*» i «*res iudicata*».

³¹ Povreda mesne nadležnosti nije iste težine kao povreda stvarne nadležnosti. Mesna nadležnost može se u nekim slučajevima ugovarati (parnični postupak), a po ranijim propisima mogla je da se određuje i od strane organa višeg stepena. Zbog svega toga neko konačno ili pravosnažno rešenje ne bi trebalo poništavati, jer ovakva nepravilnost u toku rešavanja ne može imati bitnog značaja u pogledu zakonitosti odluke.

³² Lončar smatra da je ovaj razlog poništavanja “prestrg”, jer se u osnovi radi o formalnom nedostatku rešenja, te da stranka može na neki način zloupotrebiti ovo pravno sredstvo, čekajući da rešenje postane konačno, pa da onda traži njegovo poništavanje. V. Zoran Lončar, “Poništavanje i ukidanje rešenja u upravnom postupku”, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2019, 261.

³³ Reč je o osnovu koji je u ranije važećem ZUP-u (1997) bio predviđen kao razlog za ukidanje po osnovu službenog nadzora (čl. 253, st. 2 ZUP-a iz 1997).

naest razloga, jeste u inicijativi za pokretanje postupka, jer iz ovog razloga postupak može da pokrene samo organ po službenoj dužnosti, a ne i stranka.

Razlozi navedeni pod brojevima od 1 do 6 su razlozi za "oglašavanje rešenja ništavim" iz starog ZUP-a. "Može se reći da će izostavljanje odredaba o oglašavanju rešenja u novom ZUP-u stvoriti zbrku i probleme u praktičnoj primeni. U konkretnom slučaju, kada je nekim posebnim zakonom propisana obaveza oglašavanja rešenja ništavim (npr. Zakon o patentima, čl. 128–131), a prema novom ZUP-u se takvo rešenje poništava, u slučaju spora stranka će se sigurno pozvati na formalnu neispravnost, da je rešenje poništeno suprotno odredbama posebnog zakona (prema kojem se rešenje ima oglasiti ništavim) i takav spor dobiti pred Upravnim sudom."³⁴

Rok. – Rešenje će se poništiti uvek zbog razloga navedenih u tač. 1)–6), u roku od *pet godina* od konačnosti rešenja zbog razloga navedenih u tač. 7)–9), i u roku od *godinu dana* od konačnosti rešenja zbog razloga navedenih u tač. 10) i 11).

Drugostepeni organ ili *nadzorni organ*³⁵ će rešenjem, po službenoj dužnosti, u celini ili delimično poništiti konačno rešenje ako u njemu nije uopšte ili nije pravilno primenjen materijalni zakon, drugi propis ili opšti akt. Rešenje će se poništiti u roku od *godinu dana* od konačnosti rešenja.³⁶

Pravna zaštita. – Protiv rešenja o poništaju *nije dopuštena* žalba, već se protiv njega može neposredno pokrenuti upravni spor.

UKIDANJE REŠENJA³⁷

Primena ovog pravnog sredstva (čl. 184. ZUP) temelji se na promenjenim okolnostima u odnosu na one okolnosti koje su postojale u vreme donošenja rešenja koje se ukida. Reč je o javnom interesu koji je zakonom propisan pa otuda ne možemo reći da ovo pravno sredstvo nije vezano za otklanjanje bilo kakve nezakonitosti u radu uprave. Drugo, ovde se radi o izvršnom rešenju, nezavisno od toga da li je izvršenje u toku ili još nije započeto.

³⁴ S. Lilić, op. cit., 49.

³⁵ Ovim je najvišim organima uprave (ministarstvima, samostalnim posebnim organizacijama, nezavisnim državnim organima i organizacijama i regulatornim telima, gradskim i opštinskim većima u stvarima iz sopstvenog delokruga itd.) data mogućnost da sami otklone greške u svom radu (samokontrola). Ako ne postoji drugostepeni organ i nadzorni organ rešenje će poništiti organ koji je doneo *konačno prvostepeno rešenje*.

³⁶ Član 183. Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016.

³⁷ Ukidanje rešenje predstavlja formalno novo vanredno pravno sredstvo u upravnom postupku, nastalo iz ranijeg "Vanrednog ukidanja" (čl. 256. ZUP) sa elementima "Menjanja i ukidanja pravnosnažnog rešenja uz pristanak stranke ili po zahtevu stranke" (čl. 255. ZUP).

Drugostepeni organ ili nadzorni organ rešenjem može na zahtev stranke ili po službenoj dužnosti u celini ili delimično ukinuti rešenje. Postoje tri razloga za ukidanje rešenja:

1) ako je ono postalo *izvršno*, a ukidanje je potrebno radi otklanjanja teške i neposredne opasnosti po život i zdravlje ljudi, javnu bezbednost, javni mir i javni poredak ili radi otklanjanja poremećaja u privredi, ako svrha ukidanja ne može uspešno da se otkloni drugim sredstvima kojima se manje dira u stečena prava;³⁸

Ukidanje po ovom osnovu predstavlja poslednji način da se ukloni upravni akt. Ova izuzetna intervencija nadležnog organa ne zahteva pristanak stranke, bez obzira što je ukidanje rešenja, na njenu štetu, budući da je ona njime zakonito stekla određeno pravo koje sada gubi. U ovom slučaju (ne)zakonitost rešenja nije od značaja. Ovde je reč o naknadno nastupajućoj necelishodnosti izvršnog rešenja.³⁹

2) ako je ono postalo *pravnosnažno*, a to traži stranka na čiji je zahtev doneo, a ukidanje nije protivno javnom interesu, niti interesu trećih lica;⁴⁰

³⁸ Uslov za ukidanje rešenja je da je rešenje postalo izvršno i da su nastupile neke od vanrednih okolnosti zbog kojih je došao u opasnost javni poredak, i da nema drugog načina, osim ukidanja postojećeg rešenja, da se ova opasnost otkloni. ZUP taksativno nabroja oblike javnog interesa, koji mogu biti povređeni. Pošto je ovo način da se zaštiti javni interes od jednog zakonitog rešenja, dovoljno je da je rešenje izvršno, a razumljivo je da se ukidanje po ovom osnovu može primeniti i na konačna, odnosno pravosnažna rešenja. Ovo vanredno pravno sredstvo ima svoje potpuno opravdanje, imajući u vidu primarni cilj delovanja uprave, pa je stoga našlo svoje mesto i u zakonodavstvu drugih država. Zakon o opštem upravnom postupku Austrije (AVG, par. 68) poznaje ovakav institut, ali s obzirom da se ovde radi o ukidanju i menjanju akata kojima su stečena prava, "viši interes" je sveden na najmanju meru. Prema tom Zakonu ukidanje rešenja po ovom osnovu moguće je "samo radi uklanjanja stanja koja ugrožavaju zdravlje i život ljudi i u cilju otklanjanja štete po narodnu privredu". Možda bi ovo trebalo imati u vidu, s obzirom da se radi o stavljanju van snage akta kojim se konstituiše neko subjektivno pravo, čime se onemogućava uživanje zakonom priznatog prava.

³⁹ Međutim, ovde treba primeniti načelo srazmernosti (proporcionalnosti) jer je ukidanje iz ovog razloga (osnova), uslovljeno nepostojanjem (u konkretnom slučaju) pogodnijeg načina ostvarenja cilja propisa kojim bi se manje zadiralo u stečena prava stranaka.

⁴⁰ Ovde je o takvim upravnim aktima kojim se stranci daju neka ovlašćenja, pa stranka nema više potrebu za korišćenjem ovlašćenja nakon što rešenje postane pravosnažno, a stranka ima interesa za njegovim formalnim ukidanjem, što je inače mali broj slučajeva, jer samim nekorišćenjem svog prava, stranka izlazi iz "dileme". Tako, "stranka koja je ostvarila uslove za penziju u Srbiji i nekoj drugoj državi sa kojom Srbija nema potpisan međunarodni ugovor koji uređuje ovo pitanje mogla bi da dođe u situaciju da joj se pravo na penziju ne priznaje u drugoj državi zato što je to pravo ostvarila u Srbiji. Ako bi penzija bila veća u drugoj državi, stranci bi odgovaralo da se akt ukloni, a pravni mehanizam za tako nešto ne bi postojao. Kako bi se izbegla ovakva, apsurdna situacija, zakonodavac je dopustio da na zahtev stranke u ovom slučaju dođe do ukidanja rešenja." Z. R. Tomić, D. Milovanović, V. Cucić, op. cit., 240–268.

3) kad je to posebnim zakonom određeno.

Ako ne postoji drugostepeni organ ili nadzorni organ, organ koji je doneo prvostepeno rešenje ukinuće, na zahtev stranke ili po službenoj dužnosti, rešenje u celini ili delimično.⁴¹

Ovaj vanredni pravni lek je nastao sintezom dva prethodna leka: vanredno ukidanje rešenja i ukidanje (i menjanje) pravosnažnog rešenja uz pristanak ili po zahtevu stranke.⁴²

Ukidanje izvršnih rešenja vrši se u cilju zaštite važnih javnih interesa. Ukoliko izvršenje izvršnog rešenja vredi različite oblike javnog interesa može doći do vanrednog ukidanja rešenja. Zaštita javnog interesa je razlog za ukidanje rešenja jer bi izvršenje takvog rešenja pricinilo odgovarajuće štetne posledice. Upravni akt koji je postao izvršan, *postaje opasan* i potrebno je ukinuti ga. Ukidanje jeste *poslednji raspoloživ pravni put* da se takav upravni akt ukine. Za preduzimanje ove izuzetno *delikatne pravne intervencije* nadležnog organa pristanak stranke nije potreban, mada ukidanje rešenja ide, po pravilu, na njenu štetu. Stranka je zakonito stekla određeno pravo pri čemu ga ona u ovom slučaju gubi u celini ili delimično.

Ovo pravno sredstvo se koristi protiv rešenja koja *nisu nezakonita*, ali su zbog promenjenih okolnosti (*rebus sic stantibus*) postala *opasna za pravni i javni poredak*. Vanredno se ukidanje aktivira kada su nastupile tzv. vanredne okolnosti.

Ovaj se vanredni lek izjavljuje po službenoj dužnosti (načelo oficijelnosti) i načelno bez vremenskog ograničenja. Praktično je to vreme ipak limitirano jer se ovaj lek može koristiti od nastupanja izvršnosti rešenja, kao svojstva koje se stiče, do trenutka otpočinjanja njegovog izvršenja.

Pravne posledice ukidanja su takve da se ukidanjem rešenja ne poništavaju pravne posledice koje je rešenje već proizvelo, ali se onemogućava dalje proizvođenje pravnih posledica ukinutog rešenja.

Ovlašćenje za primenu ovog pravnog leka kao sredstva zaštite ZUP-om nabrojanih važnih društvenih dobara i vrednosti, uslovljeno je nepostojanjem, u konkretnom slučaju, pogodnijeg načina ostvarenja predviđenog cilja, kojim bi se manje zadiralo u stečena prava stranaka. "Bitno je da odnosne okolnosti znače pravno relevantnu činjeničnu podlogu za ukidanje izvršnog rešenja, *najteže ali jedino moguće mere zaštite javnog interesa* u datom slučaju".⁴³ Ukidanje rešenja je

⁴¹ Član 184. Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016.

⁴² Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni list SRJ*, br. 33/97 i 31/2001 i *Službeni glasnik RS*, br. 30/2010.

⁴³ Zoran R. Tomić, Vera Bačić, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, *Službeni list*, Beograd, 1988, 409.

poslednji raspoloživ put uklanjanja upravnog akta u konkretnom slučaju, a radi zaštite javnog interesa.

Ukoliko organ svojim rešenjem ukine izvršno rešenje, a pri tome je za stranku postojao povoljniji način, kojim bi se manje zadiralo u njena stečena prava, rešenje o vanrednom ukidanju biće nezakonito. Rešenje o ukidanju konkretno uvažava načelo zaštite javnog interesa u pitanju, ali vodi računa i o stečenim pravima.⁴⁴ Ukidanje u ovom slučaju nije omeđeno rokom.

Ukidanje rešenja ostvaruje se *na zahtev stranke i po službenoj dužnosti* (oficijelna maksima) nadležnog organa i to bez vremenskog ograničenja. Organ je ovlašćen na preduzimanje ovakve vanredne upravnoprocesne mere (radnje) u slučaju kada je prema njegovoj diskrecionoj proceni to neophodno da bi se očuvali zaštićeni javni interesi. Tu se još jednom vidi "prirodna veza" javnog interesa i diskrecione ocene.

Rešenje se može ukinuti i delimično, u obimu neophodnom da se opasnost otkloni ili zaštite navedeni javni interesi. ZUP nije dao definiciju javnog interesa ali je odredio pojam javnog interesa taksativnim navođenjem *dobara* koja se štite.⁴⁵ *Vrste*, odnosno, generalno standardizovani zakonski modaliteti *javnog interesa* su: ⁴⁶ *teške i neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi, javna bezbednost, javni mir, javni poredak,*⁴⁷ *javni moral (a ne moral uopšte ili privatni moral) i poremećaji u privredi.* Ovo su *generalni standardi ex lege* koji treba da imaju pokriće u konkretnim životnim situacijama.⁴⁸

Naknada štete. – Zbog toga što se ukidanjem rešenja, stranci oduzima zakonski stečeno pravo (npr, zbog širenja epidemije mora se spaliti objekat u izgradnji za koji je stranka dobila građevinsku dozvolu), stranka koja usled ukidanja rešenja trpi štetu ima pravo na naknadu *stvarne štete a ne i izgubljene dobiti.*

⁴⁴ U vezi sa ovim otvara se pitanje odnosa javnog interesa i stečenih prava. Može se primetiti da je javni interes jači od načela zaštite stečenih prava jer se javni interes u kranjoj liniji mora zaštititi po cenu povrede ili ugrožavanja stečenih prava.

⁴⁵ Slavoljub Popović, Stevan Lilić, Jovanka Savinšek, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Savremena administracija, Beograd, 1998, 609.

⁴⁶ Predrag Dimitrijević, "Javni interes i upravni postupak", *Aktuelna pitanja jugoslovenskog zakonodavstva*, Beograd, 1999, s. 109–132.

⁴⁷ Javni interes i javni poredak su principijelno dve različite kategorije. Međutim, javni poredak se javlja kao vrsta javnog interesa kada je javni poredak objekt upravno pravne zaštite.

⁴⁸ Drugo je, ali ne manje važno, pitanje mogućnosti i postupka kontrole i proverljivosti postojanja stvarne veze između konkretnih pravno-relevantnih činjeničnih situacija sa generalnim zakonskim standardima javnog interesa u svakoj pojedinačnoj upravnoj stvari.

Ovo vanredno pravno sredstvo može da predstavlja vid samokontrole jer ako ne postoji drugostepeni ili nadzorni organ u odnosu na donosioca rešenja, njega će (u celini ili delimično) ukinuti organ koji ga je doneo.

PONIŠTAVANJE, UKIDANJE ILI MENJANJE PRAVNOSNAŽNOG REŠENJA NA PREPORUKU ZAŠTITNIKA GRAĐANA

Ovo je jedno potpuno novo pravno sredstvo u ZUP-u. Na *preporuku* Zaštitnika građana organ može, radi usklađivanja sa zakonom, novim rešenjem da poništi, ukine ili izmeni svoje *pravnosnažno* rešenje, ako stranka o čijim je pravima ili obavezama odlučeno, kao i protivna stranka, na to pristanu i ako se time ne vređa interes trećeg lica.⁴⁹

Da li će ga organ kao donosilac poništiti, ukinuti ili izmeniti, zavisi od okolnosti konkretnog slučaja, to jest od posledica koje je nezakoniti akt proizveo, o čemu konačnu reč ima organ.

Pitanje je da li Zaštitnik građana mora utvrditi nezakonitost akta, i u tom smislu preporučiti njegovo uklanjanje ili izmenu, ili može samo da preporučuje njegovo uklanjanje (ponišćavanje ili ukidanje) i menjanje a da konačni "pravni" sud o tome da nadležni organ.

Drugo, da li je organ – donosilac akta, dužan da prihvati preporuku Zaštitnika građana. On je dužan da preporuku uzme u razmatranje, da postupa po preporuci, ali ne i da postupa po preporuci, odnosno da poništi, ukine ili izmeni pravnosnažno rešenje. Preporuke nisu u tom smislu obavezne za organ, ali je ovim pravnim sredstvom projektovan pravni put da se Zaštitnik građana bez dileme može obratiti organu i predložiti promenu jedne pravnosnažne pravne situacije, ako su sa tim saglasne stranke i ne šteti trećim licima, i ako postoji i javni interes za tim, a to je interes zakonitosti (usklađivanja sa zakonom). Ovaj jasno propisan pravni put Zaštitnika građana odgovara i organu da "uvek kad to hoće i bez ulaganja posebnog napora može po njima da postupa".⁵⁰

Smisao ove pravne intervencije je usklađivanje sa zakonom, da se stvori jasan pravni osnov da organ može da postupa po preporuci Zaštitnika građana, što je do sada bilo jako teško pravno omogućiti. Dakle, preporuke su pravni osnov

⁴⁹ ZUP uvodi ovo novo (vanredno) pravno sredstvo pa se odmah "postavlja pitanje zašto je ovo pravno sredstvo samo na raspolaganju Zaštitniku građana, a ne i drugim institucijama sistema kojima su Ustavom i zakonom poverena posebna ovlašćenja u vezi sa ustavnim funkcijama i zaštitom ljudskih prava građana (npr. Narodna banka, Državna revizorska institucija, Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Agencija za borbu protiv korupcije i dr)." S. Lilić, op. cit., 50.

⁵⁰ Z. R. Tomić, D. Milovanović, V. Cucić, op. cit., 240–268.

za postupanje organa, ali nisu time postale obavezujuće. Ako organ ne smatra da treba da postupi po preporuci Zaštitnika građana, o tome ga odmah obaveštava. Ta obaveza ne podrazumeva donošenje posebnog rešenja o odbijanju preporuke, već samo obaveštenje, čime se stavlja tačka na intervenciju Zaštitnika.⁵¹

Poništavanje, ukidanje ili menjanje rešenja na preporuku Zaštitnika građana nije ograničeno rokom, što je u interesu stranke, s obzirom da drugi putevi pravne zaštite stranke mogu da traju dosta dugo (npr. upravni spor).⁵²

Ovaj pravni lek je nastao kao idejna kumulacija prethodna dva leka: zahteva za zaštitu zakonitosti⁵³ i oglašavanja rešenja ništavim (zbog nepostojanja roka). Ovaj pravni lek je stavljen u ruke Zaštitniku građana, a ne javnom tužiocu, i nije limitiran rokom. Ovlašćenja koja su ZUP-om data Zaštitniku građana podsećaju na ranija ovlašćenja koja je imao javni tužilac na osnovu Zahteva za zaštitu zakonitosti (koji je u međuvremenu u upravnom postupku deaktiviran iz razloga moguće destabilizacije pravne sigurnosti). Tim pre, postavlja se pitanje, koji je razlog što poništavanje, ukidanje ili menjanje rešenja na preporuku Zaštitnika građana nije ograničeno rokom.⁵⁴

Pitanje je koliko će ovaj lek biti u upotrebi. Mislimo da će ga neupotreba "izobičajiti" (Hans Kelsen) i doživeće sličnu sudbinu kao i Zahtev za zaštitu zakonitosti, koji je uklonjen sa obrazloženjem da javni tužilac (država) ne treba da interveniše i nakon pravosnažnosti (već ima aktivnu legitimaciju kod žalbe, ponavljanja postupka i tužbe), narušavajući princip *res judicata*. Intervencija Zaštitnika je beznačajna, toliko meka, da se neće ni osetiti u sistemu zaštite prava stranke u upravnom postupku.

ZAKLJUČAK

Paket vanrednih pravnih lekova propisan ZUP-om ima za cilj da zaštiti narušenu zakonitost nakon konačnosti, izvršnosti ili pak pravosnažnosti upravnog akta. Međutim, princip zakonitosti i zaštite javnog interesa nije jedina vrednost (načelo) u upravnom postupku. Jeste, u autoritarnom modelu uprave, ali ne i ako

⁵¹ Zoran Tomić, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, *Službeni glasnik RS*, Beograd, 2017, 691–692.; Z. Lončar, *Vanredna pravna sredstva u upravnom postupku u Republici Srbiji*, op. cit., 169–192.

⁵² Član 185. Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016.

⁵³ Ovaj vanredni pravni lek ne postoji ni prema Zakonu o opštem upravnom postupku, *Službeni list SRJ*, br. 33/97 i 31/2001 i *Službeni glasnik RS*, br. 30/2010. Međutim, neka zakonodavstva ga poznaju i dalje (npr. ZUP Republike Srpske, *Zakon o opštem upravnom postupku*, *Službeni glasnik RS*, br. 13/02. P. Dimitrijević, *Upravno pravo*, Sven, Niš, 2014, 453.

⁵⁴ S. Lilić, op. cit., 50.

govorimo o konceptu uprave kao javne službe. U tom slučaju, moramo zaštititi stranku i uspostaviti njenu pravnu sigurnost (*res judicata*). U praksi to znači da bi bilo dobro staviti tačku na stalnu mogućnost preispitivanja konačnih i pravno-snažnih rešenja. To pretpostavlja da u relativno razumnim rokovima bude preispitana zakonitost konačnih i pravno-snažnih akata, i iz ograničenih razloga. Dakle, broj vanrednih pravnih lekova treba bude primeren, ne više od četiri, a broj razloga za njihovo korišćenje relativno mali, jer su to izuzetne situacije koje tako treba i tumačiti – restriktivno. Trenutno normativno stanje je upravo suprotno, pa samim tim i nedelotvorno. Postoji veliki broj lekova i enormno veliki broj razloga za njihovu upotrebu (prenormiranost). Tako nešto nije u interesu pravne sigurnosti, već upravo suprotno, doprinosi pravnoj nesigurnosti stranke. Drugo, neki od ovih vanrednih pravnih lekova suštinski to i nisu, i nije im mesto u ZUP-u, pa bi ih bilo bolje premestiti u druge odgovarajuće zakone (ZUS ili Zakon o zaštitniku građana i sl). Razlozi za izjavljivanje vanrednih pravnih lekova koji prema novom ZUP-u više ne postoje, iz “izbačenih” lekova zadržani su, jer su prebačeni u one pravne lekove koji su u novom zakonu ostali, s tim da su ti lekovi koji su ostali, morali su da dobiju druge nazive, jer im je promenjena “terapija”. Stiče se utisak da iako je “reforma” vanrednih pravnih lekova u novom ZUP-u (2016) imala za cilj da obezbedi pravnu zaštitu stranaka, praktično je dovela do toga da se može govoriti o zadržavanju prethodnog stanja, dok je ono što je promenjeno većim delom korak unazad u pravnoj nomotehnici koji kao posledicu ima nedelotvornost vanrednih pravnih lekova u praksi.

Prof. Dr. PREDRAG DIMITRIJEVIĆ

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Dr. DEJAN VUČETIĆ

Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš

THE EFFECTIVENESS OF EXTRAORDINARY LEGAL REMEDIES IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Summary

The General Administrative Procedure Act (2016) of the Republic of Serbia includes a relatively new list of extraordinary legal remedies. It introduces a number of new terms that bring further confusion into already confusing administrative practice (e.g. “removing “ the legal provisions, “recommendation” of the Protector of Citizens, etc.), while concurrently retaining the old inade-

quate constructions (e.g. “modifying and cancelling the decision related to the administrative dispute”, etc.). The legislator’s intention was to reduce the number of extraordinary legal remedies and thus ultimately strengthen the principle of legality, but the legislator made a clumsy maneuver in order to preserve the old state of affairs and reinforce the the principle of legality as the absolute principle, which must be established at all costs. Thus, the new Serbian GAP Act falls far behind its “role models”, the Croatian and the Montenegrin GAP Acts. Many “new” legal remedies are actually normative syntheses of “the old” ones (envisaged in the previous GAP Act), but they have been given new names due to the changed “therapy”, i.e. merging the reasons for applying specific legal remedies (e.g. canceling the final decision, reversing the decision, etc.). Giving due consideration to the effectiveness of extraordinary legal remedies in the administrative procedure entails assessing the effectiveness of the administrative proceedings in which these remedies are applied and their ultimate procedural and extra-procedural (de facto) outcomes in the life of citizens and authorities. This is one of the approaches to quality management in public administration, ultimately aimed at establishing a modern and sustainable public administration. The assessment of the effectiveness of extraordinary legal remedies implies the analysis of the normative framework, the analysis of its practical application, as well as the assessment of the objectives to be achieved and the actual performance and accomplished results in terms of ensuring the principles of legality, validity of administrative decisions, the exercise and protection of rights, duties and legal interests of parties in the administrative procedure. At the same time, it is necessary to take into account the actual length of administrative proceedings where these extraordinary legal remedies are applicable. By applying this multidisciplinary approach, we can overcome the pure normative method, which is just one of the unavoidable approaches in the assessment of effectiveness of extraordinary legal remedies. Thus, we create qualitative grounds and arguments for developing future normative solutions, which should be functional and effective instead of being a psychological “burden” that we cannot get off our shoulders but without being fully aware why.

Key words: administrative procedure, extraordinary legal remedies, effectiveness assessment, multidisciplinary approach

Literatura

- Dimitrijević P., “Javni interes i upravni postupak”, *Aktuelna pitanja jugoslovenskog zakonodavstva*, Beograd, 1999.
- Dimitrijević P., “Pravna sredstva u novom ZUP-u Republike Srbije”, *Zbornik na radovi od međunarodnata konferencija “Iskustva od primenata na novite zakoni za opšte upravna postapka vo zemljite od regionot”*, Pravni fakultet “Justinijan Prvi” vo Skopje, Ohrid 5–7. maj, 2017.
- Dimitrijević P., “Reforma vanrednih pravnih lekova u upravnom postupku”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 44, Niš, 2004.
- European Commission, “*White Paper on European Governance*”, July 2001, COM (2001) 428 (retrieved 20. August 2020, from: http://aei.pitt.edu/1188/1/european_governance_wp_COM_2001_428.pdf)
- Ilić M., *Administrativno pravo i drugi radovi*, Službeni list SRJ, Beograd, 1998.
- Lilić S., *Zakon o opštem upravnom postupku, Anatomija zakonskog projekta sa modelom za generalnu rekonstrukciju ZUP-a*, Službeni glasnik RS, Beograd, 2019.

- Lončar Z., "Ponavljanje upravnog postupka", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, Novi Sad, 2020.
- Lončar Z., "Poništavanje i ukidanje rešenja u upravnom postupku", *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2019.
- Lončar Z., "Pravna sredstva u novom Zakonu o opštem upravnom postupku", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4, Novi Sad, 2017.
- Lončar Z., "Pravna zaštita stranaka u upravnom postupku", *Zbornik radova sa naučnog skupa "Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva"*, Beograd, 2018.
- Lončar Z., "Vanredna pravna sredstva u upravnom postupku u Republici Srbiji", *Pravna riječ*, br. 58, Banja Luka, 2019.
- Milkov D., Radošević Ratko, "Neke novine u Zakonu o opštem upravnom postupku – upravno postupanje", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3, Novi Sad, 2016.
- Popović S., Lilić S., Savinšek J., *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Savremena administracija, Beograd, 1998.
- Tomić Z., Blažić Đ., *Komentar Zakona o upravnom postupku Crne Gore*, Fakultet za državne i evropske studije, Podgorica, 2017.
- Tomić Z., *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2017.
- Tomić Z., Milovanović D., Cucić V., *Praktikum za primenu Zakona o opštem upravnom postupku*, Ministarstvo državne uprave i lokalne samouprave, Beograd, 2017.
- Tomić Z., Bačić V., *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Službeni list, Beograd, 1988.
- Tomić Z., *Pravno nepostojći upravni akt*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 1999.
- Vasiljević D., "Koncept vanrednih pravnih sredstava po novom Zakonu o opštem upravnom postupku", *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2016.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 09.09.2020.

Prihvaćen: 28.09.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

NATAŠA MARKOVIĆ

ELEKTRONSKA UPRAVA U FUNKCIJI PODRŠKE OSTVARIVANJA JAVNIH USLUGA U SLUČAJU PANDEMIJE IZAZVANE KORONA VIRUSOM

Jačanje efikasnosti pružanja javnih usluga korisnicima putem korišćenja prednosti elektronske uprave, jedan je od strateških ciljeva reforme javne uprave. Smanjenje tereta administracije za privredne subjekte i građane utiče na povećanje transparentnosti i odgovornosti rada organa i organizacija javne uprave, uz poštovanje zaštite podataka o ličnosti i visokog nivoa bezbednosti podataka unutar sistema. Rad se bavi razmatranjem mogućnosti korišćenja elektronskih portala, baza i registara u Republici Srbiji, sa posebnim osvrtom na mogućnosti korišćenja u vanrednoj situaciji izazvanoj Korona virusom. Kritički se analizira funkcionalnost postojećih usluga na portalu eUprava u uslovima kada su građani i privredni subjekti onemogućeni da neposredno (na šalterima) ostvaruju prava i pravne interese. Postupanje organa i organizacija javne vlasti putem elektronske komunikacije jedino je bezbedno i svrsishodno rešenje u funkciji zaštite javnog zdravlja.

Ključne reči: elektronska uprava, javne usluge, portali, baze podataka, elektronsko poslovanje, pandemija Covid 19

U V O D

Savremeni način života podrazumeva upotrebu interneta i nameće potrebu stvaranja moderne uprave, sa ciljem da se, upotrebom novih tehnologija poboljša efikasnost, efektivnost, transparentnost i odgovornost javne uprave. Elektron-

Nataša Marković, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, Direkcija policije, Uprava za upravne poslove, pomoćnik načelnika Uprave za upravne poslove, e-mail: natamarko@yahoo.com.

ska uprava je jedan od načina da se pored pojednostavljenja upravnih procedura ostvaruju prava za građane i privredu na lakši, jednostavniji način, osigurava pristup informacijama i uslugama od javnog značaja na pogodan način uz što veću uštedu vremena i sredstava.¹

Cilj primene informacionih tehnologija u radu uprave je jačanje zakonitosti, transparentnosti, odgovornosti i efikasnosti u radu uprave u skladu sa potrebama građana i drugih korisnika usluga. Elektronska uprava je neiscrpan resurs koji omogućava građanima i privrednim subjektima ostvarivanje prava i izvršavanje obaveza elektronski, bez odlaska na šaltere, olakšava i pojednostavljuje rad organa javne uprave. Elektronska uprava i elektronsko poslovanje, uz poštovanje drugih mera, može pomoći u kriznim situacijama, a naročito u situaciji kada su građani obavezani da ostanu kod svojih kuća, kao u slučaju proglašenja vanrednog stanja usled pandemije Korona virusa.

Od kraja 2019. godine svet se suočio sa opasnošću od Korona virusa (Covid 19). Ova virusna bolest se pojavila u NR Kini, a zatim proširila na gotovo celi svet. Od februara 2020. godine, Evropa se suočava sa ovom bolešću i beleži stotine hiljada novozaraženih, ali i veliki broj preminulih. SAD i druge države američkog kontinenta su takođe zemlje gde se Korona virus izuzetno brzo širi, uzima zamah i gde je sve veći broj zaraženih i umrlih.

U Srbiji, koja se smatra zemljom sa rizikom prenošenja, Korona virus takođe uzima svoj danak. Vlada Srbije je donela niz mera kojima se ograničava pravo kretanja². Bio je uveden i policijski čas u cilju sprečavanja širenja zarazne bolesti. Kako bi se smanjila lokalna transmisija i dalje širenje zarazne bolesti, donet je Zaključak Vlade Republike Srbije kojim se u svim organima državne uprave, Autonomne pokrajine Vojvodine i jedinicama lokalne samouprave, posebnim organizacijama, ustanovama, javnim preduzećima i drugim organizacijama kojima je osnivač ili većinski vlasnik Republika Srbija, autonomne pokrajine i jedinica lokalne samouprave, obustavlja rad sa strankama putem neposrednog kontakta (šalter i sl.)³. U uslovima kada su građani i privredni subjekti onemogućeni da neposredno (na šalterima) ostvaruju prava i pravne interese, postupanje organa jav-

¹ Anamarija Musa, *E-uprava i problem digitalne podjele: aktivnosti usmjerene na poboljšanje pristupa internetu u europskoj uniji i Republici Hrvatskoj*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2006. E-uprava i problem digitalne podjele [275,5 KiB] – Pravni fakultet, <https://www.pravo.unizg.hr>, 25.4.2018.

² Uredba o merama za vreme vanrednog stanja, *Službeni glasnik RS*, br. 31/2020.

³ *Službeni glasnik RS*, br. 35/2020.

ne vlasti putem elektronske komunikacije postaje jedino bezbedno i svrsishodno rešenje.

JAVNE DIGITALNE USLUGE – IZAZOVI U VANREDNOJ SITUACIJI IZAZVANOJ KORONA VIRUSOM

Srbija se, kao i druge zemlje u tranziciji bori sa transformacijom nasleđenih birokratskih i administrativnih procesa. Elektronska uprava još uvek nije dovoljno razvijena, posebno u domenu funkcionalnosti. Nivo razvoja zaostaje u odnosu na zemlje Evropske unije. Prepreke za dalju implementaciju eUprave su: ograničeni finansijski i tehnički resursi, zakonske prepreke, pitanja bezbednosti, kao i otpor građana prema promenama. Rezultati empirijskih studija ukazuju na neophodan holistički princip unapređenju sistema eUprave, uz jačanje kapaciteta (ulaganje u materijalne i ljudske resurse i promene u kulturi). Organizacione i kulturne promene često je teže sprovesti od rešavanja tehnoloških izazova.

Iako se značajna sredstva ulažu u razvoj informacionih tehnologija i unapređenje informatičke pismenosti, digitalni jaz još uvek je prisutan. Brojni izveštaji govore o neuspehu pojedinih projekata zbog nedostatka odgovarajućih znanja i veština od strane korisnika. Postoji i potreba za unapređenjem strukture državne uprave u pogledu kvaliteta ljudskih resursa, sprovođenjem dodatne obuke zaposlenih. Programi edukacije u opštinskim upravama i javnim preduzećima, za kreiranje i korišćenje servisa eUprave, trebalo bi da omoguće ubrzano prihvatanje elektronskih servisa od strane zaposlenih i u državnom sektoru.

Nedostupnost pojedinih servisa, nemogućnost obavljanja usluga u potpunosti elektronskim putem i neophodnost dodatnih informacija za sprovođenje složenih postupaka predstavljaju najznačajnije prepreke za prihvatanje eUprave iz ugla privrednih subjekata, a sa tim problemom se suočavaju i građani kao fizička lica pred organima javne uprave. Prepreke za elektronsko poslovanje od strane građana i privrednih subjekata su i nedostatak volje za prihvatanje eUprave (radije ličnim kontaktom – dolaskom na šaltere, dobijaju ono što im je potrebno), nedovoljna obučenost zaposlenih za upotrebu servisa eUprave, nedovoljna informisanost zaposlenih o uslugama koje obezbeđuje eUprava i nedostatak poverenja u upotrebu internet servisa od strane zaposlenih u privrednim subjektima ili građana. Potrebno je i značajno povećati broj korisnika na portalu i stvoriti uslove da se upravne usluge mogu obavljati u celini u elektronskom obliku⁴.

⁴ Jasmina Đurašković, *Unapređenje modela efektivnog komuniciranja elektronske uprave sa privrednim društvima*, doktorska disertacija, www.ftn.uns.ac.rs, disertacija 5.4.2020.

U zemljama dalekog istoka, razvijenost elektronskog postupanja subjekata javne uprave je na veoma visokom nivou. Građani i privredni subjekti u velikom obimu koriste elektronski način opštenja sa organima javne uprave. Republika Koreja je primer države u kojoj postoji dobra praksa razvoja elektronske uprave, u kojoj građani i privredni subjekti uglavnom bez neposrednog kontakta sa šalter-skim službenicima ostvaruju prava i izvršavaju obaveze. Ovakav način komunikacije, u funkciji je sprečavanja širenja zaraznih bolesti. Zakon o elektronskoj upravi Republike Koreje⁵ donet je 2010.godine i postavio je osnove za korišćenje informaciono-komunikacionih tehnologija u upravnom postupanju .

Ministrstvo državne uprave i lokalne samouprave Republike Srbije i Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Koreje potpisali su Memorandum o razumevanju o saradnji u oblasti e-Uprave⁶. Republika Koreja pruža pomoć u razvoju servisa i drugih funkcionalnosti e-Uprave u Republici Srbiji, a između ostalog i kroz iskustva, savete i primere dobre prakse. Ukoliko bude bilo potrebe u budućnosti, razvojem eUprave, uz korišćenje iskustva i znanja ove zemlje, moći će da se pruži efikasniji odgovor na krizne situacije.

PREDNOSTI PORTALA eUPRAVA I PORTALA OTVORENIH PODATAKA REPUBLIKE SRBIJE

U red najviše korišćenih i najposećenijih nacionalnih portala u Republici Srbiji ulazi i Portal eUprava (euprava.gov.rs), koji je počeo sa radom 2010. godine. Portal predstavlja centralno mesto elektronskih usluga za građane, privredne subjekte i zaposlene u javnoj upravi. Građani su u nekoliko miliona slučajeva koristili različite usluge portala, a koristilo ga je više od milion subjekata.⁷ Pored građana i privrede, na portal se mogu prijaviti i institucije javne uprave i objavljivati usluge, javne rasprave ili konkurse.

Portal otvorenih podataka Republike Srbije, kao značajan potencijal za korišćenje od strane građana i privrednih subjekata uspostavljen je 2017.godine. Sa 265 skupova podataka iz 56 organa i organizacija javne uprave, koji su svoje podatke otvorili za javno korišćenje, predstavlja značajan resurs. Organi javne uprave poseduju još više podataka pa bi, selektovani u setove i njihovo otvaranje predstavljalo ogroman potencijal kako za ostvarivanje prava i izvršavanje obaveza pravnih

⁵ https://elaw.kri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=45844&type=part&key=4, 16.4.2020. godine.

⁶ *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 6/2016.

⁷ Prema izveštaju na dan 8.4.2020. godine 60695 usluga je realizovano tokom aprila meseca 2020 godine, a 1021457 građana je korisnika e-Uprave, <https://euprava.gov.rs/>, 8.4.2020.

i fizičkih lica tako i za rad organa uopšte. Podatke sa Portala otvorenih podataka može da koristi bilo koje pravno ili fizičko lice u komercijalne ili nekomercijalne svrhe, uključujući distribuciju, umnožavanje, stavljanje na raspolaganje trećim licima, prilagođavanje i povezivanje sa drugim podacima, integrisanje u poslovne procese, servise, izmene, kao i druge ponovne upotrebe, drugačije od svrhe za koju su podaci inicijalno prikupljeni i obrađeni u radu organa javne vlasti.

Na portalu otvorenih podataka Republike Srbije se nalaze i podaci o Covid 19 - samoizolacija⁸, koji mogu da doprinesu boljoj obaveštenosti građana vezano za epidemiju. Ovaj portal nudi i druge podatke, kao što je Registar lekova za upotrebu u humanoj medicini (Agencija za lekove i medicinska sredstva Srbije), Koncentracije polena u vazduhu (Agencija za zaštitu životne sredine) i druge, ali se oni ne upotrebljavaju direktno u borbi protiv pandemije. Stavljanjem podataka drugih organa i institucija na ovaj Portal može se pospešiti rad, ali i olakšati planiranje privrednih subjekata i javnih službi.

INFORMACIONO-KOMUNIKACIONA MREŽA U FUNKCIJI RAZMENE PODATAKA

Uslov za masovno korišćenje elektronske uprave je i postojanje informaciono-komunikacione mreže koja omogućava prenos podataka između organa i predstavlja kičmu razvoja e Uprave.

Ovim resursom upravlja Kancelarija za informacione tehnologije i elektronsku upravu i čini je računarska mreža Kancelarije, zajedno sa spoljnim vezama koje se povezuju sa serversko-računarskom infrastrukturuom, državnim organima, drugim institucijama i internetom. Mogu je koristiti i osobe sa invaliditetom, budući da za njih postoji odeljak koji omogućava pristup uslugama za ostvarivanje njihovih prava, kao što su poreske, carinske olakšice, ostvarivanje socijalne zaštite, usluge u vezi sa olakšicama za vozila, parkiranje i slično.⁹

Podaci organa javne vlasti se mogu koristiti i razmenjivati putem ove mreže i značajno olakšati upravno postupanje. Zakon o opštem upravnom postupku¹⁰ propisuje dužnost organa da pribavlja podatke po službenoj dužnosti (član 103), tako da vrši uvid, pribavlja i obrađuje podatke o činjenicama o kojima se vodi službena evidencija, a koji su neophodni za odlučivanje. Ako službenu evidenci-

⁸ <https://data.gov.rs/en/datasets/covid-19-samoizolatsija/>, 18.4.2020. godine.

⁹ http://socijalnoukljucivanje.gov.rs/wp-content/uploads/2019/07/Izvestaj_o_digitalnoj_ukljucenosti_RS_2014-2018_lat.pdf, 5.4.2020.

¹⁰ *Službeni glasnik RS*, br. 8/2016, 95/2018.

ju vodi drugi organ, organ koji vodi postupak dužan je da hitno zatraži podatke, a zamoljeni organ da besplatno ustupi podatke u roku od 15 dana, ako nije drukčije propisano. Ako se traženi podaci mogu dobiti elektronskim putem, zamoljeni organ ih dostavlja u najkraćem roku.

Informaciono-komunikaciona mreža omogućava da rok pribavljanja podataka bude samo nekoliko sekundi, da se značajno unapredi i ubrza obavljanje poslova organa javne uprave. Tehnologija koja se koristi za uvid u podatke su web servisi, preko koje se definiše set podataka koji se razmenjuje između organa koji vode evidenciju i organa koji su ovlašćeni da te podatke primaju i koji su im potrebni radi izvršavanja poslova iz njihove nadležnosti. Prema statistici, bilo je 2.764.796 uvida u baze podataka organa javne uprave, dok ih je do 2018. godine bilo 960.670¹¹. Ne treba posebno pominjati kolike su uštede vremena i novca za građane, privredne subjekte, ali i organe javne uprave, jer stranke nisu morale da na šalterima pribavljaju uverenja koja su potrebna u upravnim i drugim postupcima, a organi javne uprave da upućuju zahteve za proveru podataka u pisanom obliku.

Iako postoji trend povećanja upita u elektronske baze organa, iskorišćenost ovog resursa nije na adekvatnom nivou. I dalje se od stranaka zahtevaju uverenja, ili organi u pisanom obliku traže izdavanje pojedinih isprava od organa koji vode evidencije, a koje su im potrebne za upravno postupanje i oslanjaju se na dokumenta i isprave u papirnoj formi, iako do tog podatka mogu da dođu za svega nekoliko sekundi u elektronskom obliku.

Ministarstvo unutrašnjih poslova je ostvarilo elektronsku povezanost sa brojnim državnim organima i organima jedinica lokalne samouprave, pa i u postupcima izdavanja ličnih isprava vrši uvid u podatke i od stranaka ne zahteva prilaganje uverenja, izvoda i drugih isprava. Ministarstvo je i organ koji za brojne organe i institucije daje podatke o prebivalištu i boravištu građana, ličnim ispravama, podatke iz kaznene evidencije i druge na propisani način i uz poštovanje Zakona o zaštiti podataka o ličnosti.

Mogućnost elektronske provere podataka treba naročito da bude korišćena u vreme vanredne situacije zbog sprečavanja širenja zarazne bolesti i zatvaranja šaltera institucija. Ukoliko se radi o bilo kojoj upravnoj stvari gde je potrebno da se dokaže status prijavljenog prebivališta ili boravišta, nije potrebno da se građanin upućuje na šalter, već je potrebno da, u skladu sa Zakonom o opštem upravnom postupku i korišćenjem informacionih tehnologija, organ koji vodi postupak

¹¹ <https://data.gov.rs/sr/datasets/pregled-poziva-veb-servisa-sistema-za-elektronsku-razmenu-podataka-ezup-po-institutsijama/>, 25.4.2020. godine.

i koji je ovlašćen, elektronski izvrši uvid u bazu podataka o prebivalištu i boravištu građana, koju kao jedinstvenu i centralizovanu, vodi Ministarstvo unutrašnjih poslova.¹² Ovaj način postupanja dobija na značaju naročito u vreme vanredne situacije gde se omogućava rad uprave uz izbegavanje ličnih kontakata.

BAZE PODATAKA – NEOPHODAN USLOV ZA RAZMENU PODATAKA

Kako se elektronska provera može vršiti samo ako su podaci pouzdani, odnosno tačni i ažurni potrebno je pomenuti i problem nepostojanja ili neažurnih podataka u bazama podataka različitih organa. Kako bi se ovaj problem prevazišao, u toku je formiranje Centralnog registra stanovništva, koji još uvek u Srbiji nije uspostavljen. Registar bi trebalo da doprinese efikasnom elektronskom upravnom postupanju, kroz veću ažurnost i poboljšanje kvaliteta podataka. Planom prioriternih aktivnosti za smanjenje administrativnih tereta u Republici Srbiji 2016–2018. godine¹³, predviđeno je unapređenje elektronskih servisa koje koriste građani i uspostavljanje Centralnog registra stanovništva. Nesumnjivo je da jedinstvena baza podataka o građanima Srbije, ima brojne prednosti u odnosu na decentralizovane baze koje sadrže podatke iz različitih oblasti. Iskustva u drugim zemljama su pokazala da su koristi od jedinstvenog registra brojne i značajne i da je i u njima ovaj registar stub javne uprave putem kojeg se razmenjuju podaci o stanovnicima, korisnicima prava, ali i obveznicima. Razlozi za uvođenje registra građana su brojni i njegovo uvođenje je neophodno za efikasan rad javne uprave, ali i za ostvarivanje prava građana.¹⁴

¹² Nataša Marković, "Implementation of the law of e-government governed by the Serbian Ministry of interior", *International scientific conference "Archibald Reiss days", Academy of Criminalistic and Police Studies*, Zbornik radova, Tom 1, Belgrade, 2018, 387–389.

¹³ Zaključkom Vlade Republike Srbije broj 021-11839/2016 od 15.12.2016. godine se konstatuje da bi se uspostavljanjem jedinstvenog registra građana pojednostavili svi upravni postupci koji zahtevaju proveru podataka o fizičkim licima.

¹⁴ Krajem 2018. godine uspostavljena je baza podataka o državljanima Republike Srbije, jedna od osnovnih evidencija od značaja za eUpravu, ali i za servise za građane i privredu. U toku 2019. godine nastavilo se sa brojnim aktivnostima kao što je, između ostalog i formiranje socijalnih karata građana, koje treba da doprinesu pravednijem ostvarivanju prava i omogućće podizanje efikasnosti u domenu socijalne politike, ali i sprečavanju eventualnih zloupotreba prava. Međutim, tek uvođenjem Jedinstvenog registra građana se na potpun, zaokružen način stvaraju osnove, kako za elektronsko upravno postupanje, tako i za mogućnost korišćenja elektronskih servisa od strane građana.

Centralni registar stanovništva, propisan Zakonom o centralnom registru stanovništva, 2019. godine¹⁵, prepoznat je kao najvažnija baza podataka koja omogućava da se na jednom mestu nađu podaci o građanima Republike Srbije, kako njenih državljana, tako i stranaca koji ostvaruju prava i obaveze, o kojima javna uprava mora da raspolaze kako bi što jeftinije, brže, efikasnije i na korist građana i privrede mogla da upravno postupi.¹⁶ Centralni registar je uspostavljen kao jedinstvena, centralizovana i pouzdana državna baza podataka koja omogućava svim državnim organima i organizacijama, organima i organizacijama autonomne pokrajine i lokalne samouprave, ustanovama, javnim preduzećima, posebnim organima preko kojih se ostvaruje regulatorna funkcija i pravnim i fizičkim licima kojima su poverena javna ovlašćenja da poslove iz svoje nadležnosti obavljaju na pouzdan, ekonomičan i efikasan način, zasnovan na centralizovano obrađenim, tačnim, ažurnim i pouzdanim podacima dobijenim sa jednog mesta.

Osnovna svrha Registra je efikasno vođenje upravnih i drugih postupaka, odnosno njihovo vođenje uz što manje troškova i bez odugovlačenja, ali i efikasno upravljanje evidencijama u elektronskom obliku u kojima se vode podaci o stanovništvu. Ne manje važna svrha je i praćenje stanja, pripreme izveštaja i analize podataka, jer se u okviru njega može *ad hoc* obrazovati baza podataka sa anonimizovanim podacima za potrebe korišćenja u statističke, naučne i istraživačke svrhe.¹⁷

Prednost jedinstvenog registra je i u tome što se preuzimaju tačni i ažurni podaci iz drugih izvornih evidencija koje vode nadležni organi, što ukazuje na sveobuhvatnost i uticaj Registra na širi krug lica, odnosno upravne postupke koje vode.¹⁸ Podaci sadržani u Registru se odnose na: jedinstveni matični broj građana, evidencijski broj stranaca, prebivalište i boravište, izdate lične kar-

¹⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 17/2019.

¹⁶ Pokušaji stvaranja jedinstvene baze podataka o građanima započeli su još 1986. godine na nivou federalne države donošenjem Zakona o jedinstvenom centralnom registru stanovništva, *Službeni list SFRJ*, br. 24/86.

¹⁷ Ne treba posebno isticati značaj ove baze koja bi mogla da se koristi za vreme epidemije koronavirusa i da bude pomoćno sredstvo u lakšem upravljanju kriznom situacijom izazvanom širenjem bolesti.

¹⁸ U centralnom registru se obrađuju podaci o državljanima Republike Srbije sa i bez prijavljenog prebivališta u Republici Srbiji, izbeglicama u skladu sa Zakonom o izbeglicama i posebnim propisima kojima se reguliše njihov položaj, strancima sa odobrenim stalnim nastanjenjem ili privremenim boravkom, tražiocima azila, strancima kojima je odobreno utočište ili supsidijarna zaštita i privremena zaštita, strance koji nemaju dozvolu boravka ili boravak, ali imaju stečenu imovinu u Republici Srbiji, prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja ili svojstvo poreskog obveznika.

te i pasoše, podatke iz matičnih knjiga, podatke o poreskim obavezama, podatke iz centralnog sistema osnovnog socijalnog osiguranja, ali i adresni registar i druge tehničke podatke. Registrom će upravljati Ministarstvo državne uprave i lokalne samouprave, dok će Kancelarija za informacione tehnologije i elektronsku upravu obavljati poslove tehničke podrške, kao i one koji se odnose na čuvanje, sprovođenje mera zaštite i bezbednost podataka. Vodi se računa o tome da se upotrebom tehnoloških mogućnosti štite lični podaci građana, povećava pravna sigurnost građana prilikom podnošenja zahteva i ostvarivanja prava i sprečava mogućnost zloupotreba. Takođe je i velika podrška kada građani i ovlašćena lica u pravnim licima ne mogu lično doći na šaltere institucija u kojima treba da dobiju odgovarajuću uslugu.

Evidencija o državljanima Republike Srbije propisana Zakonom o državljanstvu Republike Srbije,¹⁹ zajedno sa evidencijom matičnih knjiga po Zakonu o matičnim knjigama²⁰ i evidencijom o prebivalištu i boravištu građana koje se vode u skladu sa Zakonom o prebivalištu i boravištu građana²¹ čine okosnicu Jedinog registra građana.

U Republici Koreji postoje baze podataka koje omogućavaju, između ostalog i efikasnu borbu protiv zarazne bolesti. Na osnovu pouzdanih baza podataka uspostavljeni su servisi koji koriste te podatke. Servis za prevenciju zaraznih bolesti čine međusobno povezane baze podataka, koje su na usluzi građanima, pravnim licima, ali i organima javne uprave, koji kroz otvorene podatke mogu doći do potrebnih obaveštenja.

Servis je koncipiran tako da prikuplja podatke o tome da li su građani koristili telefon u romingu (od KT – Korejskog operatera mobilne telefonije) i u kojim zemljama, da li su te zemlje sa visokim stepenom transmisije ili ne, koji podaci se integrišu sa podacima iz baze podataka o ostvarenim letovima avio kompanija i putnicima na letovima, upoređuju sa bazom podataka lica koja su prešla preko graničnih prelaza i ušla u Koreju, uparuju sa podacima iz evidencije prebivališta, “ukrštaju” sa bazom Korejskog centra za kontrolu i prevenciju bolesti,²² izrađuju statistički izveštaji u vezi sa infekcijama kao i sa rizikom od prenošenja bolesti.

Takođe informacije se razmenjuju sa bolničkim ustanovama i nadležnim telima koji vode evidencije o korišćenju lekova od strane građana, odnosno o hro-

¹⁹ *Službeni glasnik RS*, br. 135/2004, 90/2007 i 24/2018.

²⁰ *Službeni glasnik RS*, br. 20/2009, 145/14 i 47/2018.

²¹ *Službeni glasnik RS*, br. 87/2011.

²² http://www.cdc.go.kr/cdc_eng/, 3.4.2020.

ničnim bolesnicima. Na ovaj način omogućava se upravljanje vanrednom situacijom izazvanom širenjem zarazne bolesti i epidemija se stavlja pod kontrolu.

ELEKTRONSKO PRIJAVLJIVANJE KAO USLOV ZA ELEKTRONSKE USLUGE I POSLOVANJE

Elektronsko prijavljivanje jedan je od uslova za elektronske usluge i za elektronsko poslovanje. U Republici Srbiji, u skladu sa Zakonom o elektronskoj upravi²³ korisnik se u elektronskom upravnom postupanju mora autentikovati. Za autentikaciju koristi se elektronska identifikacija u skladu sa zakonom kojim se uređuje elektronska identifikacija. Koristi se registrovana šema elektronske identifikacije različitog nivoa preko naloga koji je korisniku elektronske usluge dodeljen prilikom registracije na Portalu eUprava ili drugom web portalu. Šemu elektronske identifikacije koja se koristi utvrđuje svaki organ pojedinačno na osnovu procene rizika od zloupotrebe i moguće štete od zloupotrebe nastale korišćenjem šeme elektronske identifikacije.

Na osnovu Zakona o elektronskom dokumentu, elektronskoj identifikaciji i uslugama od poverenja u elektronskom poslovanju šema elektronske identifikacije je sistem izdavanja sredstava elektronske identifikacije pravnom licu, fizičkom licu ili fizičkom licu u svojstvu registrovanog subjekta usluga elektronske identifikacije je usluga koja omogućava korišćenje određene šeme elektronske identifikacije u elektronskim transakcijama pri čemu se u okviru te usluge pružaju garancije da identifikacioni podaci iz sredstava elektronske identifikacije odgovaraju licu kome je sredstvo izdato. Usluga od poverenja je elektronska usluga koja olakšava poslovnu aktivnost između dve ili više strana tako da pružalac usluge stranama garantuje verodostojnost pojedinih podataka. Pružalac usluga od poverenja je pravno lice ili fizičko lice u svojstvu registrovanog subjekta koji pruža jednu ili više usluga od poverenja, dok je pouzdajuća strana pravno ili fizičko lice koje se pouzda u uslugu elektronske identifikacije odnosno uslugu od poverenja. Elektronski potpis je skup podataka u elektronskom obliku koji su pridruženi ili logički povezani sa drugim (potpisanim) podacima u elektronskim obliku tako da se elektronskim potpisom potvrđuje integritet tih podataka i identitet potpisnika. Najveći broj usluga na portalu eUprava je na nivou zakazivanja ili podnošenja zahteva i malo je usluga koje se mogu završiti od početka do kraja elektronski.

²³ Službeni glasnik RS, br. 27/2018.

Izdavanje ličnih i drugih isprava za građane i privredne subjekte iz nadležnosti Ministarstva unutrašnjih poslova (lična karta, pasoš, vozačka dozvola, saobraćajna dozvola, oružni list i druge), osim zamene vozačke dozvole za novu, nije moguće u potpunosti realizovati u elektronskom obliku. Za izdavanje pasoša i lične karte potrebno je lično prisustvo, odnosno dolazak na šalter kako bi se od građana uzeli biometrijski podaci (fotografija lica, otisak prsta i potpis). To značajno umanjuje mogućnost kompletne elektronske usluge. Nije dovoljno da se podnositelj zahteva autentikuje, odnosno pouzdano prijavi sistemu, potrebno je da se takođe stvore i tehnički uslovi za uzimanje biometrijskih podataka. To podrazumeva da građanin, na mestu sa koga podnosi zahtev ima adekvatnu opremu (čitač lične karte, adekvatnu kameru, odgovarajući softver za čitanje otiska prsta). Takođe, ne postoji ni zaokruženi pravni okvir koji bi, uz tehničke i informatičke standarde omogućavao sprečavanje vršenja zlupotreba u smislu zamene identiteta.

Možemo očekivati da će razvojem pouzdanih metoda izdavanja dokumenata za identifikaciju, uz odgovarajuće pravne propise, građanima i ovlašćenim licima u privrednim subjektima biti omogućeno da ostvaruju prava na lična i druga dokumenta i izvršavanju obaveze bez dolaska na šaltere i bez ličnog kontakta.

U vanrednim situacijama kada se zabranjuje kretanje građana zbog sprečavanja širenja zarazne bolesti, ostvarivanje prava građana je otežano i uz veliki rizik od transmisije, između ostalog i zbog nepostojanja adekvatnih servisa eUprave. Uspostavljanjem mehanizama za pouzdanu elektronsku identifikaciju omogućilo bi se potpuno i kompletno podnošenje zahteva i pribavljanje dokumenata "od kuće".

U Koreji je postignut viši nivo autentikacije i komunikacije sa organima javne vlasti u elektronskom obliku. Njeni građani koriste I PIN (*internet personal identification number*). Ovaj broj omogućava potvrdu identifikacije lica bez korišćenja matičnog (ličnog) broja građana, pod uslovom da su se već registrovali na portalu eUprava. I PIN se može koristiti u bilo koje vreme i može biti bezbedno reizdat *on line*, zaštićen od zlupotreba, odnosno nezakonitog korišćenja i zloupotrebe identiteta.

Razvijen je i sistem koji omogućava da se na jednostavan način pribavi pasoš, samo uz ličnu kartu (ID). Sistem se koristi uz elektronski potpis, elektronski pečat i pribavljanje fotografije u realnom vremenu, što omogućava izdavanje dokumenata bez ličnog prisustva stranke na šalterima.

ZAKLJUČAK

Efikasna eUprava štediti vreme i novac građanima i privrednim subjektima u redovnim okolnostima, a u vanrednim situacijama, kao što je pandemija Korona virusa, eUprava može značajno pomoći da se sačuvaju životi ljudi. U borbi sa ovom bolešću njen značaj je još veći, jer se efikasnije mogu locirati žarišta infekcije, pratiti zaražena lica i sprovesti mere samoizolacije.

U vreme ograničenja slobode kretanja i primene mera za sprečavanje širenja zarazne bolesti, a kako bi građani i privredni subjekti mogli da ostvaruju prava podnošenjem zahteva i pribavljanjem isprava u elektronskom obliku i organi javne uprave efikasnije obavljali svoj rad, od izuzetnog je značaja postojanje ažurnih i pouzdanih baza podataka. One su značajan resurs i omogućavaju da se postupci u celini ili deo postupka obavlja elektronski, te se smanjuje potreba građana da preko šaltera, kroz neposredan kontakt ostvaruju prava ili izvršavaju obaveze, a time se smanjuje mogućnost širenja bolesti.

Kada je reč o nadležnosti Ministarstva unutrašnjih poslova u izdavanju identifikacionih isprava, koje u vanrednom stanju dobijaju na značaju s obzirom na pojačanu aktivnost kontrole od strane vojske i policije zbog zabrane kretanja, ali i u vršenju registracije vozila, izdavanju vozačkih dozvola, kvalifikovanog elektronskog sertifikata i drugo, uz mnogo manje rizika od prenošenja zarazne bolesti bi se moglo upravno postupati uz korišćenje elektronske uprave, kao i kroz razmenu podataka, a Centralni registar stanovništva, kao pouzdana baza ažurnih podataka bi značajno omogućila jednostavnu proveru podataka u elektronskom obliku.

Uvođenjem i razvijanjem tehnologije bezbedne elektronske autentifikacije i elektronskog potpisa, kao i uzimanje biometrijskih podataka u realnom vremenu bi se onemogućila zloupotreba u zamenu identiteta, stvorili bi se uslovi da građani mogu bez dolaska na šaltere da pribave potrebnu ispravu, bez izlaganja riziku od zaražavanja.

Portal eUprave, kao centralno mesto gde građani mogu podnositi zahteve, dobijati odgovore i pribavljati dokumenta, doprinosi smanjenju širenja zarazne bolesti i ima nesumnjiv značaj u vanrednoj situaciji uzrokovanom širenjem zarazne bolesti. Korišćenjem Portala otvorenih podataka građanima i privrednim subjektima se omogućava da budu obavešteni o stvarima koje su im potrebne za svakodnevni život, ali se takođe analiziranjem i obradom podataka organa javne vlasti mogu oblikovati politike javne uprave iz pojedinih oblasti na kraći ili duži period. U vanrednim situacijama kao što je širenje zarazne bolesti, otvoreni poda-

ci se mogu koristiti radi lociranja lica koja su došla iz inostranstva, lociranja žarišta, odnosno mesta gde se nalazi najveći broj lica u samoizolaciji i drugo, što značajno smanjuje troškove i resurse države koja mora da se bori sa epidemijom.

E-Upravu bi trebalo razvijati i koristiti podatke, kao neiscrpno bogastvo pri čemu ne treba posebno naglašavati njen značaj u vanrednim situacijama. Uz pomoć znanja i iskustva o primeni eUprave koja je korišćena u mnogim zemljama, a i u Republici Koreji, javni sektor bi se efikasnije borio za očuvanje zdravlja stanovništva, uz pomoć podataka o građanima (prebivalište i boravište iz baze podataka Ministarstva unutrašnjih poslova), podataka o njihovoj zdravstvenoj situaciji, korišćenju lekova i medicinskih sredstava (podaci Ministarstva zdravlja), ali i drugih, na dobrobit građana, privrednih subjekata tako i organa javne uprave.

NATAŠA MARKOVIĆ

Specialist in criminalistics, Assistant Head
of Directorate for Administrative Affairs
Ministry of Interior

E-GOVERNMENT SUPPORTING THE REALIZATION OF PUBLIC SERVICES IN THE EVENT OF A PANDEMIC CAUSED BY THE CORONAVIRUS

Summary

Efficient eGovernment saves time and money for citizens and businesses in regular circumstances, and in emergencies, such as the Coronavirus pandemic, eGovernment can significantly help save lives. Databases, as a significant resource, enable the procedures to be performed electronically, and reduce the need of citizens to exercise rights or perform their obligations through counters, through direct contact, which reduces the possibility of spreading the disease. By introducing and developing the technology of secure electronic authentication and electronic signature, as well as taking biometric data in real time, which would prevent misuse and exchange of identity, conditions would be created for citizens to obtain the necessary document from home. The use of the eGovernment portal as well as the Open data portal is extremely important. E-government should be developed and used, also as data, an inexhaustible wealth that facilitates the performance of public administration. The help of knowledge and experience on the eGovernment that exists and used in many countries and in the Republic of Korea also, we would apply in emergencies.

Key words: e-government, public services, portals, databases, e-business, Covid pandemic 19

Literatura

- Đurašković J., *Unapređenje modela efektivnog komuniciranja elektronske uprave sa privrednim društvima*, doktorska disertacija, www.ftn.uns.ac.rs › *disertacija*.
- Marković N., "Implementation of the law of e-government governed by the Serbian Ministry of interior", *International scientific conference "Archibald Reiss days", Academy of Criminalistic and Police Studies*, Zbornik radova, Tom 1, Belgrade, 2018.
- Musa A., *E-uprava i problem digitalne podjele: aktivnosti usmjerene na poboljšanje pristupa internetu u Europskoj uniji i Republici Hrvatskoj*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2006.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 15.09.2020.

Prihvaćen: 30.09.2020.

PREGLEDNI RAD

VESNA BILBIJA

PET GODINA PRIMENE ZAKONA O ZAŠTITI PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU

– S posebnim osvrtom na Upravni sud –

Zakonom o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku uređena je zaštita prava na suđenje u razumnom roku, a svrha ovog zakona jeste da pruži sudsku zaštitu prava na suđenje u razumnom roku i time predupredi nastajanje povreda tog prava. Pravna sredstva kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku su prigovor radi ubrzavanja postupka, žalba i zahtev za pravično zadovoljenje. Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku je objavljen u “Službenom glasniku RS”, broj 40/2015, a primenjuje se od 01.01.2016. godine. Činjenica da se navršava pet godina primene zakona koji posebno propisuje način zaštite prava na suđenje u razumnom roku, bila je motiv za pisanje rada, s tim što je posebni osvrt učinjen na zaštitu ovog prava u upravnom sporu.

Ključne reči: razumni rok, zaštita prava na suđenje u razumnom roku, primena zakona, prigovor radi ubrzavanja postupka, upravni spor

U V O D

Pravda je spora, ali dostižna. Za onog ko pravdu čeka, ova dobro poznata izreka ne uliva nadu, već ima gorak ukus, a spora pravda postaje nepravda. *Justice delayed is justice denied* je ideja koja je postala opšteprihvaćena i znači da spora pravda predstavlja izigravanje pravde, odnosno, doslovno, njena negacija.

Dr Vesna Bilbija, viši savetnik u Upravnom sudu Republike Srbije, e-mail: vesna_bilbija@yahoo.com.

Dugo trajanje sudskih postupaka predstavlja izazov sa kojim se suočava pravosuđe velikog broja država u Evropi, ovaj problem nije odlika samo domaćeg pravosuđa. Izostanak odgovarajućih zakonskih rešenja, naročito u oblasti procesnog prava, nedovoljno dosledna primena postojećih zakonskih rešenja, nedovoljno poštovanje procesne discipline, nedostatak finansijskih sredstava, neadekvatna teritorijalna organizacija pravosudnih organa, nedovoljan broj nosilaca pravosudnih funkcija i dr. su neki od faktora koji utiču na pojavu i obim tog problema.

Pojmovi prava na pravično suđenje i u okviru njega - prava na suđenje u razumnom roku, postaju sastavnim delom našeg pravnog poretka ratifikacijom najznačajnijih međunarodnih akta iz oblasti ljudskih prava, najpre Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda iz 1950. godine, koju je ratifikovala Državna zajednica Srbija i Crna Gora.¹ Prema odredbama člana 6 st. 1 Konvencije: "Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona". Ratifikacijom je prihvaćena obaveza poštovanja tog prava, a Ustavom Republike Srbije² ova je formulacija gotovo u celini preuzeta, te odredbe člana 32. stav 1. koji nosi naziv "Pravo na pravično suđenje" propisuju da "Svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i o optužbama protiv njega."

Važno je istaći da je u preko stotinu predmeta u odnosu na Republiku Srbiju, Evropski sud za ljudska prava utvrdio povredu prava iz člana 6. stav 1. Konvencije iz razloga preterano dugog trajanja postupka. Značajan napredak je ostvaren na planu prevazilaženja problema dugog trajanja sudskih postupaka, međutim,

¹ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjene u skladu sa Protokolom broj 11, Protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 4 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim se obezbeđuju izvesna prava i slobode koji nisu uključeni u Konvenciju i prvi protokol uz nju, Protokola broj 6 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtno kazne, Protokola broj 7 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokola broj 13 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtno kazne u svim okolnostima, *Službeni list Srbije i Crne gore – Međunarodni ugovori*, br. 09/03, 5/05, 7/05 i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/10.

² Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

još uvek se ne može dati generalna ocena da je postupanje sudova u Republici Srbiji ažurno.³

ZAŠTITA PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU U REPUBLICI SRBIJI

Zaštita prava na suđenje u razumnom roku uvedena je u domaći pravosudni sistem u vidu ustavne žalbe o kojoj je odlučivao Ustavni sud. Zakonom o uređenju sudova⁴, tačnije Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o uređenju sudova⁵ u pravni sistem Republike Srbije uvedeno je novo pravno sredstvo kojim se štiti Ustavom garantovano pravo građana na pravnu zaštitu u razumnom roku (član 32. stav 1. Ustava) i konvencijsko pravo iz Evropske konvencije o ljudskim pravima (član 6. Konvencije) koja je nakon ratifikacije postala sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuje u smislu člana 16. stav 2. Ustava.⁶ Dakle, od maja 2014. godine, zaštita prava na suđenje u razumnom roku u situaciji kada je postupak u toku – tzv. “živi predmeti”, bila je obezbeđena kroz modalitet “ustavne žalbe zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku”.⁷ Ustavna žalba kao pravno sredstvo ima svoje Ustavom određene osobenosti, po kojima se razlikuje od drugih pravnih sredstava ustanovljenih ustavom ili zakonom.⁸ Te razlike se ogledaju u njenim svojstvima koja joj daju karakter izuzetnog, uz istovremeno karakter dopunskog i supsidijarnog sredstva: ustavna žalba je dopuštena po iscrpljivanju svih pravnih sredstava za zaštitu ljudskih sloboda i prava i kad nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu.⁹

³ Rastko Nešković, “Zaštita prava na suđenje u razumnom roku-visina novčane naknade kao merilo delotvornosti”, *Pravni život*, Tom III, br. 11, Beograd, 2018, 688.

⁴ Zakon o uređenju sudova, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - dr. zakon, 78/2011 - dr. Zakon, 101/2011, 101/2013 i 40/2015 - dr. Zakon, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 - odluka US, 87/2018, 88/2018 - odluka US.

⁵ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o uređenju sudova, *Službeni glasnik RS*, br. 113/2013.

⁶ Član 16. stav 2. Ustava Republike Srbije glasi: “Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju. Potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu s Ustavom.”

⁷ Vesna Vujin-Jevtić, “Zaštita prava suđenja u razumnom roku”, *Pravni život*, Tom III, br. 11, Beograd, 2015, 676-677.

⁸ V. više: Vladimir Đurić, *Ustavna žalba*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2000.

⁹ V. više: Katarina Manojlović Andrić, “Postupak i obim ispitivanja ustavne žalbe”, *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava* (ur. Bosa Nenadić), Beograd, 2013, 161–180.

Uvođenje ustavne žalbe zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku predstavljalo je intervenciju zakonodavca u cilju otklanjanja daljih povreda ljudskih prava garantovanih Evropskom konvencijom koje su nastale kao posledica nepostojanja delotvornog pravnog sredstva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, u postupcima koji su u toku.¹⁰ Ovo rešenje, međutim, nije dalo odgovarajuće rezultate, zbog čega se ovo ljudsko (i našim Ustavom zajemčeno) pravo, po prvi put u Republici Srbiji uređuje posebnim zakonom. U vezi s tim, odredbe čl. 8a-8v Zakona o uređenju sudova¹¹, kao i odredba člana 82. stav 2. Zakona o ustavnom sudu¹², su brisane.¹³

Pravo na suđenje u razumnom roku je deo prava na pravično suđenje, a pravo na pravično suđenje je jedno od osnovnih ljudskih prava. Da ne bi ostalo na nivou opšte formulacije i "utopilo se" u slične garantije, od kojih neke jesu, a neke (još) nisu konkretno zaštićene i obezbeđene, ovo ljudsko pravo mora biti oživotvoreno. To može biti učinjeno posredno, na manje direktan način, npr. rasterećenjem nadležnosti sudova, donošenjem zakona kojima se uređuje posredovanje u rešavanju sporova ili mirno rešavanje sporova, zakona kojima se uređuje javno beležništvo, oblast izvršenja, kao povećanjem broja sudija i sudijskih pomoćnika, a pravo na suđenje u razumnom roku može biti oživotvoreno i na direktniji način, odredbama procesnih zakona koje treba da stimulišu delotvoran i brz postupak i utiču na procesnu disciplinu, te donošenjem posebnih zakon, *lex specialis*, koji posebno propisuju zaštitu prava na suđenje u razumnom roku.

Kako je navedeno u obrazloženju predlagачa zakona¹⁴, država mora da proceni da li su povrede prava na suđenje u razumnom roku izolovani slučajevi ili sistemski problem koji proizlazi iz slabe zakonske regulative i nedelotvornosti sudova i da osmisli poseban režim kojim se pruža odgovor na sistemske probleme. Mere koje država treba da preduzme nekad obuhvataju i donošenje posebnih zakona, što je bio slučaj i sa našim pravnim sistemom. Naime, kako pravo na suđenje u razumnom roku nije moglo neposredno da se ostvari na osnovu ustavne norme u Republici Srbiji, bilo je neophodno da se posebnim zakonom propiše

¹⁰ V. Vujin-Jevtić, op. cit., 677–678.

¹¹ Zakon o uređenju sudova, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - dr. zakon, 78/2011 – dr. Zakon, 101/2011, 101/2013 i 40/2015 – dr. Zakon.

¹² Zakon o Ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS*, бр. 109/07, 99/11 i 18/13-УС.

¹³ Odredbe čl. 8A uređivale su zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, odredbe čl. 8B su uređivale odluku po zahtevu za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, a odredbe čl. 8V, predviđale su shodnu primenu Zakona o vanparničnom postupku

¹⁴ Predlog i obrazloženje Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, <https://paragraflex.rs/dnevne-vesti/070415/070415-vest3.html>, 07.08.2020.

način njegove zaštite. U Redovnom godišnjem izveštaju Zaštitnika građana za 2015. godinu, tj. za godinu kada je donet, deo Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, deo pod nazivom Pravosuđe počinje konstatacijom da je donošenjem Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, uprkos određenim njegovim manjkavostima, unapređeno ostvarivanje ovog prava građana.¹⁵ Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku je objavljen u *Službenom glasniku RS*, br. 40/2015, a primenjuje se od 1. januara 2016. godine.

OSNOVNE NAPOMENE O ZAKONU O ZAŠTITI PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU

Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku¹⁶ primenjuje se od 1. januara 2016. godine. Nakon osnovnih odredbi koje su sistematizovane u glavi I, glava II i III uređuju pravna sredstva kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku: prigovor radi ubrzavanja postupka i žalbu, odnosno zahtev za pravično zadovoljenje. Sadržaj Glave IV čine prelazne i završne odredbe.

Predmet i svrha, pitanje ko su imaoci prava na suđenje u razumnom roku, pravna sredstva kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku i merila za ocenu trajanja suđenja u razumnom roku, čine osnovne odredbe Zakona o zaštiti suđenja u razumnom roku.¹⁷ Ovim zakonom uređuje se zaštita prava na suđenje u razumnom roku, a svrha zakona jeste da pruži sudsku zaštitu prava na suđenje u razumnom roku i time predupredi nastajanje povreda prava na suđenje u razumnom roku. Sudska zaštita prava na suđenje u razumnom roku uključuje i istragu koju u krivičnom postupku sprovodi javni tužilac.

Pravo na suđenje u razumnom roku ima svaka stranka u sudskom postupku, što uključuje i izvršni postupak, svaki učesnik po zakonu kojim se uređuje vanparnični postupak, a oštećeni u krivičnom postupku, privatni tužilac i oštećeni kao tužilac samo ako su istakli imovinsko-pravni zahtev. Javni tužilac kao stranka u krivičnom postupku nema pravo na suđenje u razumnom roku.

Pravna sredstva kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku su prigovor radi ubrzavanja postupka, žalba i zahtev za pravično zadovoljenje. Stranka ne plaća sudsku taksu u postupcima u kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku. Ovi su postupci hitni i imaju prvenstvo u odlučivanju.

¹⁵ Redovan godišnji izveštaj Zaštitnika građana za 2015. godinu, *Službeni glasnik RS*, br. 57, 2016, 135.

¹⁶ Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, *Službeni glasnik RS*, br. 40, 2015.

¹⁷ Čl. 1–4 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

Prigovor i žalba

Prva dva pravna sredstva kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku – prigovor radi ubrzavanja postupka i žalba¹⁸ – podnose se dok se postupak ne okonča i imaju za cilj ubrzanje postupka, njihovo dejstvo je akceleratorno. Rešenje o prigovoru i žalbi ne sme da utiče na činjenična i pravna pitanja koja su predmet suđenja ili istrage i mora biti posebno obrazloženo, bilo da je reč o usvajanju ili odbijanju prigovora, odnosno žalbe.

Postupak u kome se štiti pravo na suđenje u razumnom roku počinje podnošenjem prigovora. Sadržina prigovora, zakonom je detaljno uređena. Stranka podnosi prigovor sudu koji vodi postupak ili sudu pred kojim se vodi postupak ako smatra da je javni tužilac povredio njeno pravo. Postupak po prigovoru vodi predsednik suda, koji i odlučuje o prigovoru. Godišnjim rasporedom poslova on može odrediti jednog sudiju ili više sudija da pored njega vode postupak i odlučuju o prigovorima. Predsednik suda dužan je da odluči o prigovoru u roku od dva meseca od dana prijema prigovora. Pri tom, rešenjem odbacuje ili odbija prigovor bez ispitnog postupka, ili, pak, vodi ispitni postupak.

Prigovor se odbacuje ako odsustvo nekog obaveznog elementa prigovora onemogućava da se po njemu postupa, zatim ako je prigovor podnelo neovlašćeno lice ili ako je preuranjen. Protiv ovog rešenja žalba nije dozvoljena. Prigovor se odbija bez ispitnog postupka ako je, s obzirom na trajanje postupka koje je navedeno u prigovoru, očigledno neosnovan.

Ispitni postupak počinje time što predsednik suda zahteva od sudije, ili predsednika veća ili od javnog tužioca, da mu u roku od 15 dana ili u kraćem roku (ako je reč o postupku u kome je posebnim zakonom određeno hitno postupanje) dostavi izveštaj koji sadrži izjašnjenje o razvoju postupka u vremenu i predlog roka u kome postupak može da se okonča. Može zahtevati da mu se dostave spisi predmeta ako, s obzirom na sadržinu prigovora, smatra da ih treba proučiti. Predsednik suda proučava izveštaj i spise predmeta i primenom merila za ocenu trajanja suđenja u razumnom roku donosi rešenje kojim prigovor odbija ili ga usvaja i utvrđuje povredu prava na suđenje u razumnom roku.

Sudija i javni tužilac nemaju pravo na žalbu protiv rešenja kojim se prigovor usvaja. U rešenju kojim se prigovor usvaja i utvrđuje povreda prava na suđenje u razumnom roku predsednik suda ukazuje sudiji ili javnom tužiocu na razloge zbog kojih je povređeno pravo stranke i nalaže sudiji procesne radnje koje delotvorno ubrzavaju postupak. Uređujući naloge sudiji, propisani su rokovi za preduzimanje naložene procesne radnje, za povratni izveštaj o preduzetim rad-

¹⁸ Čl. 5–21. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

njama i drugi nalozi u zavisnosti od okolnosti slučaja, a kod propisivanja naloga javnom tužiocu koji sprovodi istragu, akcenat je stavljen na obaveze neposredno višeg javnog tužioca u pogledu donošenja obaveznog uputstva kojim javnom tužiocu nalaže procesne radnje koje delotvorno ubrzavaju postupak.

Zakonom je predviđeno i pravo na novi prigovor. Naime, stranka čiji je prigovor odbijen, a koja nije podnela žalbu, može da podnese novi prigovor kada isteknu četiri meseca od dana prijema rešenja o odbijanju prigovora. Potom, stranka čiji je prigovor odbijen, a koja je podnela žalbu koja je odbijena, može da podnese novi prigovor kada isteknu četiri meseca od dana prijema rešenja o odbijanju žalbe, a stranka čiji je prigovor usvojen, a koja nije podnela žalbu - kada istekne pet meseci od dana prijema rešenja o usvajanju prigovora. Stranka čija je žalba usvojena i stranka čiji je prigovor usvojen, a žalba odbijena, mogu da podnesu novi prigovor odmah posle isteka roka u kome je sudija ili javni tužilac bio dužan da preduzme delotvorne procesne radnje. Ograničenja prava na podnošenje novog prigovora ne važe u postupku u kome su predloženi ili određeni privremeni ili privremena mera, u izvršnom postupku i u postupku protiv maloletnika. Stranka čiji su prigovor ili žalba odbačeni može odmah podneti novi prigovor.

Stranka ima pravo na žalbu ako je njen prigovor odbijen ili ako predsednik suda o njemu ne odluči u roku od dva meseca od dana prijema prigovora. Žalba može da se podnese i ako je prigovor usvojen, ali neposredno viši javni tužilac nije doneo obavezno uputstvo, zatim ako predsednik suda ili neposredno viši javni tužilac nije naložio sudiji ili javnom tužiocu procesne radnje koje delotvorno ubrzavaju postupak, ili ako sudija ili javni tužilac nije preduzeo naložene procesne radnje u roku koji mu je određen. Žalba se podnosi predsedniku suda koji je odlučivao o prigovoru i koji odmah dostavlja predsedniku neposredno višeg suda žalbu i spise predmeta. Predsednik neposredno višeg suda vodi postupak po žalbi i odlučuje o njoj. Jedino, ako postupak u kome stranka smatra da je povređeno njeno pravo na suđenje u razumnom roku, vodi Vrhovni kasacioni sud, postupak po žalbi vodi i o žalbi odlučuje veće od tri sudije Vrhovnog kasacionog suda. Žalba se odbacuje ako je nepotpuna (tj. ako nije potpisana ili ako iz njene sadržine ne može da se utvrdi koje rešenje se pobija), ako ju je podnelo neovlašćeno lice, ako je preuranjena, neblagovremena, ako se lice odreklo prava na žalbu ili ako je povuklo žalbu, ili nema pravni interes za nju. Protiv rešenja o odbacivanju žalbe nije dozvoljena žalba. Žalba se odbija bez ispitnog postupka ako je, s obzirom na trajanje postupka koje je navedeno u žalbi, očigledno neosnovana. Slično kao kod odlučivanja o prigovoru, predsednik neposredno višeg suda rešenjem odbacuje ili odbija žalbu bez ispitnog postupka, ili vodi ispitni postupak u kom slučaju razmatra spise predmeta i primenjuje merila za ocenu trajanja suđenja u razumnom

roku. Predsednik neposredno višeg suda o žalbi odlučuje rešenjem protiv kojeg nije dozvoljena žalba.

Zahtev za pravično zadovoljenje

Treće pravno sredstvo – zahtev za pravično zadovoljenje¹⁹, ima kompenzatorni karakter i dejstvo. To se prevashodno, odnosi na pravo na isplatu novčanog obeštećenja za neimovinsku štetu koja je stranci izazvana povredom prava na suđenje u razumnom roku.

Kada stranka stiče pravo na pravično zadovoljenje i koje vrste pravičnog zadovoljenja su propisane?

Pravo na pravično zadovoljenje ima stranka čiji je prigovor usvojen, a koja nije podnela žalbu, zatim stranka čija je žalba odbijena uz potvrđivanje prvostepenog rešenja o usvajanju prigovora i stranka čija je žalba usvojena. Stranka čiji je prigovor usvojen, a koja nije podnela žalbu i stranka čija je žalba odbijena uz potvrđivanje prvostepenog rešenja o usvajanju prigovora, stiče pravo na pravično zadovoljenje kada istekne rok u kome je sudija ili javni tužilac bio dužan da preduzme naložene procesne radnje, a stranka čija je žalba usvojena - kada primi rešenje o usvajanju žalbe.

Vrste pravičnog zadovoljenja jesu:

- 1) pravo na isplatu novčanog obeštećenja za neimovinsku štetu koja je stranci izazvana povredom prava na suđenje u razumnom roku;
- 2) pravo na objavljivanje pismene izjave Državnog pravobranilaštva kojom se utvrđuje da je stranci bilo povređeno pravo na suđenje u razumnom roku;
- 3) pravo na objavljivanje presude kojom se utvrđuje da je stranci bilo povređeno pravo na suđenje u razumnom roku.

U pogledu visine novčanog obeštećenja, Zakonom o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku propisano je da se novčano obeštećenje priznaje u visini od 300 evra do 3.000 evra u dinarskoj protivvrednosti na dan isplate prema srednjem kursu Narodne banke Srbije po predmetu.

U savremenim pravnim sistemima, tj. u uporednom pravu može se, u principu, govoriti o tri sistema regulisanja pitanja prava na suđenje u razumnom roku. Prvi sistem bi se mogao nazvati preventivni sistem. Njegova suština svodi se na postojanje pravnog sredstva kojim se može ubrzati postupak. Kompenzatorni sistem akcenat stavlja na isplatu naknade zbog dugog trajanja postupka²⁰. Sistemi u kojim se kombinuju oba pristupa, na način da su domaćim pravom predviđena

¹⁹ Čl. 22–33 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

²⁰ Slavoljub Carić, *Pravo na suđenje u razumnom roku*, Službeni glasnik, Beograd, 2008, 31.

kako pravna sredstva namenjena ubrzanju postupka, tako i pravna sredstva koja omogućavaju isplatu novčane naknade zbog dugog trajanja postupka, izabrali su kombinovani sistem regulisanja zaštite prava na suđenje u razumnom roku. Analizom zakonskih rešenja, jasno je da se Republika Srbija može svrstati u krug zemalja koje su izabrale kombinovani sistem regulisanja zaštite prava na suđenje u razumnom roku.

U pogledu visine novčanog obeštećenja Evropski sud za ljudska prava je zauzeo stav da visina novčanog iznosa zavisi od karakteristika i delotvornosti domaćeg pravnog sredstva, tako da su države poput Srbije, koje su izabrale pravno sredstvo koje i ubrzava postupak i omogućava novčano obeštećenje, slobodne da utvrde novčane iznose niže od onih koje dosuđuje taj sud, ukoliko navedeni iznosi nisu nerazumni.²¹

Merila za ocenu trajanja suđenja u razumnom roku

Pravo na suđenje u razumnom roku ustanovljeno je kako u interesu lica o čijim se pravima i obavezama odlučuje ili protiv koga se vodi određeni postupak (subjektivna komponenta), tako i u interesu pravne sigurnosti i vladavine prava uopšte (objektivna komponenta).²² Razumni rok je onaj vremenski period koji je optimalno potreban da se otkloni pravna neizvesnost o postojanju nekog prava ili obaveze, odnosno da se otkloni sumnja o osnovanosti optužbe protiv nekog lica. Pravna sigurnost je imperativ koji zahteva da suđenja ne traju duže nego što je optimalno potrebno, upravo radi otklanjanja ove pravne neizvesnosti.²³

Zakonom o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku predviđena su merila za ocenu trajanja suđenja u razumnom roku. Naime, pri odlučivanju o pravnim sredstvima kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku uvažavaju se sve okolnosti predmeta suđenja, pre svega složenost činjeničnih i pravnih pitanja, celokupno trajanje postupka i postupanje suda, javnog tužilaštva ili drugog državnog organa, priroda i vrsta predmeta suđenja ili istrage, značaj predmeta suđenja ili istrage po stranku, ponašanje stranaka tokom postupka, posebno poštovanje procesnih prava i obaveza, zatim poštovanje redosleda rešavanja predmeta i zakonski rokovi za zakazivanje ročišta i glavnog pretresa i izradu odluka.

²¹ Vidaković protiv Srbije, odluka broj 1623/07 od 24.05.2011. godine. Odluka na srpskom i engleskom jeziku, <http://www.zastupnik.gov.rs/cr/artcles/odluke/komentari/vidakovic-protiv-srbije-p-br-16231-07-html>, 17.08.2020.

²² S. Carić, op. cit., 12.

²³ Katarina Manojlović-Andrić, Ljubica Milutinović, Snežana Andrejević, Vanja Rodić, Majda Kršikapa, Milan Bajić, *Kriterijumi za ocenu povrede prava na suđenje u razumnom roku*, Beograd, 2018, Savet Evrope – kancelarija u Beogradu, 9.

ZAŠTITA PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU U UPRAVNOM SPORU

Razumni rok je pravni standard, što znači da pojam nudi različita tumačenja, ali je u svojoj suštini svakako odrediv. Pravne standarde koristimo u slučajevima kada je teško precizno definisati pojam, već se on tumači u odnosu na date okolnosti.

Pravilna primena pravnog standarda suđenja u razumnom roku podrazumeva utvrđenje skupa činjenica kao što su složenost predmeta, ponašanja podnosioca zahteva i drugih državnih organa, značaj predmeta spora, među kojima činjenica koliko dugo traje sudski postupak, pokazatelj je da treba ispitati sve okolnosti slučaja.²⁴

Poštovanje navedenog standarda u upravnom sporu je veoma važno, imajući u vidu značaj upravnog spora u demokratskom poretku: u upravnom sporu se vrši sudska kontrola rada javne uprave i zaštita zakonitosti i prava građana i drugih pravnih subjekata od protivpravnog vršenja upravnih radnji i nezakonitog rada pri donošenju upravnih akata. S obzirom na širinu društvenih oblasti koje su u nadležnosti Upravnog suda, rešavanje suda u upravnom sporu je od bitnog uticaja na funkcionisanje sistema državne uprave, zbog čega je suđenje u razumnom roku u upravnom sporu imperativ kome se teži i koji se mora dostići.²⁵

Specifičnost upravnog spora predstavlja to što upravnom sporu prethodi upravni postupak u kome organi uprave donose upravne akte čija se zakonitost ispituje pred Upravnim sudom. Iz analize presuda²⁶ Evropskog suda za ljudska prava sledi zaključak da upravni postupak čini celinu sa sudskim postupkom i da se ne može odvojeno posmatrati. Zakonodavac je usvojio praksu Evropskog suda za ljudska prava, budući da je odredbom čl. 4. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku koja uređuje merila za ocenu trajanja suđenja u razumnom roku, propisano *celokupno trajanje postupka i postupanje suda, javnog tužilaštva ili drugog državnog organa* kao jedno od merila.²⁷ Međutim, ono što predstavlja pro-

²⁴ Sentenca iz rešenja Vrhovnog kasacionog suda Rž g 141/2014 od 05.11.2014. godine utvrđena na sednici Odeljenja za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku 19.03.2015. godine.

²⁵ Gordana Bogdanović, "Primena Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku u upravnom sporu", *Upravni postupak i upravni spor iz ugla sudske prakse* (redaktor: Ruža Urošević), Beograd, 2018, 177–178.

²⁶ Stav 33 presuda Božić protiv Hrvatske od 29.06.2006, <https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//arhiva//BOZIC.pdf>, 10.09.2020. godine. Stav 51 presude Kiurkchian v. Bulgaria od 24.06.2005, <http://hrlibrary.umn.edu/research/bulgaria/Kiurkchian-eng.pdf>, 10.09.2020. godine

²⁷ Vrhovni kasacioni sud je na petoj sednici Odeljenja za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, održanoj dana 15.09.2014. godine, usvojio pravni stav da se početak razumnog roka određuje od podnošenja tužbe Upravnom sudu i da se u obzir ne uzima vreme trajanja postupka

blem u funkcionisanju Upravnog suda je to što ovaj sud plaća dosuđene novčane naknade za povredu prava na suđenje u razumnom roku i za trajanje postupka pred organima uprave, što posebno dolazi do izražaja kada u upravnom sporu u kome je povređeno pravo na suđenje u razumnom roku postoji više desetina tužilaca.²⁸ Ovo posebno jer Upravni sud ni na koji način ne može da utiče na tok i trajanje postupka pred organima uprave. Otuda je diskutabilno da ovaj sud snosi posledice zbog dužine trajanja upravnog postupka, a predloži za izmenu i dopunu zakona u cilju razdvajanja odgovornosti za prekoračenje razumnog roka u upravnom postupku od prekoračenja u upravnom sporu, opravdani.²⁹

Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku je pet godina u primeni. Za pola decenije primene može se reći da su propisana pravna sredstva (prigovor, žalba i zahtev za pravično zadovoljenje) usvojena i da se pojedinačno koriste u velikoj meri, kao i da se poštuju rokovi odlučivanja po uložnim pravnim sredstvima³⁰. Naime, od početka primene Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku primetna je tendencija rasta broja podnetih prigovora radi ubrzavanja postupka i pred Upravnim sudom. U prvoj godini primene, tj. u 2016. godini, ukupan broj primljenih predmeta bio je 225, u 2017. godini - 267, u 2018. godini ukupan broj primljenih predmeta već je iznosio 353³¹, u 2019. godini - 381, dok je u 2020. godini, zaključno sa 21.08.2020. godine podneto 345 prigovora radi ubrzavanja postupka.

ZAKLJUČAK

Prema navodima obrazloženja predlagača Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, predlog zakona ima više ciljeva, a osnovni cilj je da se predvide delotvorna pravna sredstva koja bi strankama omogućila zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, svojevrsnu reparaciju. "Reparacija" se sastoji od kombinacije dve vrste pravnih sredstava: najpre prigovora i žalbe i, potom, pravičnog

pred organima uprave, ali taj stav se nakon stupanja na snagu Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku ne primenjuje.

²⁸ Jelena Ivanović, "Funkcionisanje i pravci razvoja upravnog sudstva u Republici Srbiji", *Upravni postupak i upravni spor iz ugla sudske prakse*, (redaktor: Ruža Urošević), Beograd, 2018, 19.

²⁹ V. više, J. Ivanović, op. cit., 18-19. i G. Bogdanović, op. cit., 187-188. i 191.

³⁰ Predsednik suda je dužan da o prigovoru odluči u roku od dva meseca (čl. 7. st. 4. ZZSRR). Predsednik neposredno višeg suda dužan je da odluči o žalbi u roku od 30 dana od dana prijema žalbe (čl. 20. st. 3. ZZSRR).

³¹ O ukupnom broju primljenih predmeta, broju razmatranih žalbi pred Vrhovnm kasacionim sudom, broju potvrđenih odluka Upravnog suda i broju usvojenih žalbi po navedenim godinama, v. G. Bogdanović, op. cit., 190.

zadovoljenja. Prigovorom i žalbom predlaže se ubrzanje sudskog postupka i, načelno, pokušava da se spreči povreda prava na suđenje u razumnom roku, a pravičnim zadovoljenjem stranci se pruža satisfakcija kada je do povrede već došlo. Prvih pet godina primene propisa navode na donošenje prvih ocena o njegovoj delotvornosti. Evolucija u zaštiti prava na suđenje u razumnom roku u Republici Srbiji, od nepostojanja bilo kakvih pravnih sredstava kojima se štiti pravo na pravično suđenje do donošenja posebnog zakona kojim se pravo na suđenje u razumnom roku štiti, zaslužuje respekt. Iako je opšti utisak da se na sprovođenje pravde u Republici Srbiji i dalje čeka nerazumno dugo, jer trajanje postupaka i broj starih predmeta i dalje zabrinjava, ispunjen je jedan od ciljeva predlagača, a to je da se stranke stimulišu da aktivno učestvuju u sprečavanju povreda prava na suđenje u razumnom roku.

Dr. VESNA BILBIJA
Senior Advisor at the Administrative Court
of the Republic of Serbia

FIVE YEARS OF THE ENFORCEMENT OF THE LAW ON PROTECTION
OF RIGHT TO TRIAL WITHIN REASONABLE TIME
- With special reference to the Administrative Court -

Summary

The Law on protection of right to trial within reasonable time has been enforced for five years now. This Law regulates the protection of the right to trial within reasonable time, and the purpose of this Law is to provide judicial protection of the right to trial within reasonable time and in that way prevent possible violation of that right from occurring. Legal remedies which can be used to protect the right to trial within reasonable time are an objection to expedite the proceedings, a complaint and a claim for just satisfaction. This article presents a review of half a decade of the enforcement of the Law on protection of right to trial within reasonable time, especially the protection of this right in the administrative dispute.

Key words: reasonable time, protection of right to trial within reasonable time, enforcement of the law, an objection to expedite the proceedings, administrative dispute

Literatura

Bogdanović G., "Primena Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku u upravnom sporu", *Upravni postupak i upravni spor iz ugla sudske prakse* (redaktor: Ruža Urošević), Glosarijum, Beograd, 2018.

Đurić V., *Ustavna žalba*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2000.

- Ivanović J., “Funkcionisanje i pravci razvoja upravnog sudstva u Republici Srbiji”, *Upravni postupak i upravni spor iz ugla sudske prakse*, (redaktor: Ruža Urošević), Glosarijum, Beograd, 2018.
- Manojlović Andrić K., “Postupak i obim ispitivanja ustavne žalbe”, *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvaju vladavine prava*, (ur. Bosa Nenadić), Beograd, 2013.
- Manojlović-Andrić K., Milutinović Lj., Andrejević S., Rodić V., Kršikapa M., Bajić M., *Kriterijumi za ocenu povrede prava na suđenje u razumnom roku*, Savet Evrope-kancelarija u Beogradu, Beograd, 2018.
- Nešković R., “Zaštita prava na suđenje u razumnom roku-visina novčane naknade kao merilo delotvornosti”, *Pravni život*, Tom III, br. 11, Beograd, 2018.
- Vujin-Jevtić V., “Zaštita prava sudjenja u razumnom roku”, *Pravni život*, Tom III, br. 11, Beograd, 2015.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 16.09.2020.

Prihvaćen: 07.10.2020.

PREGLEDNI RAD

SPOROVI NA TRŽIŠTU ELEKTRIČNE ENERGIJE

Materija rješavanja sporova na tržištu električne energije je novina u pravnom sistemu Republike Srpske, kao i pravnim sistemima u okruženju. Određena vrsta ovih sporova se ranije rješavala u parničnom postupku pred nadležnim sudom, kao građanskopravne stvari, a prema pozitivnim propisima takvi sporovi se rješavaju, u upravnom postupku pred nadležnim regulatornim tijelom, kao posebne upravne stvari. Pozitivni zakonski i podzakonski propisi u oblasti energetike su imali svoju genezu i postepeno su usaglašavani sa direktivama Evropske unije s ciljem otvaranja tržišta električne energije, što se odrazilo i na način rješavanja sporova u uslovima otvorenog energetskeg tržišta. Zbog toga je neophodno ovu problematiku sagledati sa stanovišta mjesta u pravnom sistemu, kako bi se rasvijetlile i prevazišle određene nedosljednosti koje su se pojavile u praksi, te time otklonile štetne posljedice po učesnike na elektroenergetskom tržištu. Bez ikakve sumnje, to bi doprinijelo efikasnijem rješavanju spornih odnosa na tržištu električne energije.

Ključne riječi: rješavanje sporova na tržištu električne energije, sporovi kupaca električne enrgije

U V O D

Radi suštinskog razumijevanja materije rješavanja sporova na elektroenergetskom tržištu, potrebno je poći od činjenice da električna energija kao energent, predstavlja takav civilizacijski i tehnološki napredak, da je bez nje nezamisliv život savremenog čovjeka. Postoji veliki broj različitih vrsta električnih

Milan Kovačina, šef Sektora za pravne poslove u Regulatornoj komisiji za energetiku Republike Srpske, e-mail: mkovacina@reers.ba.

uređaja koji služe čovjeku i uopšte zajednici, a svakodnevno se pojavljuju i novi uređaji sa novim funkcijama, u službi zadovoljavanja raznih životnih potreba. Zbog toga je električna energija, kao tehnička i tehnološka pojava, postala neophodnost, pa djelatnost proizvodnje i distribucije električne energije, te djelatnost snabdijevanja određenih kategorija kupaca, predstavljaju djelatnosti od opšteg interesa, kako je propisano odredbom člana 11. Zakona o energetici¹, a na osnovu odredbe člana 46. stav 1. Zakona o zaštiti potrošača u Republici Srpskoj², djelatnost snabdijevanja električnom energijom je dodatno svrstana u uslugu od opšteg ekonomskog interesa. Ova usluga je masovna, jer se pruža velikom broju korisnika, praktično svim građanima jednog društva, u pravilu na neodređeno vrijeme, sa fiksnim i promjenjivim tehničkim elementima priključka, putem kojeg se objekat krajnjeg kupca spaja na distributivnu mrežu. Zbog toga je rješavanje sporova u takvim specifičnim odnosima, determinisano brojnim fizičkim i tehničkim zakonitostima, trebalo učiniti efikasnim.

Takođe je potrebno imati u vidu fizičke specifičnosti električne energije kao pokretne stvari i kao robe koja se plasira na tržište, prvenstveno što električna energija u fizičkom i pojavnom smislu nema masu i nije vidljiva. Istovremeno električna energija predstavlja i opasnu stvar, što je značajno kada je u pitanju odgovornost za prouzrokovanu štetu takvom stvari. "Zbog toga je bilo potrebno uspostaviti podesne tehničke i pravne mehanizme, koji garantuju: bezbjednu isporuku električne energije u smislu zaštite života i imovine, zaštite životne sredine, kvaliteta isporučene električne energije i pravnu sigurnost učesnika na tržištu koji stupaju u pravne odnose povodom isporuke električne energije.

Specifičnost i kompleksnost ove materije je prouzrokovala potrebu da se ona posebno uredi zakonskim, podzakonskim i tehničkim propisima. Zbog toga je bilo neophodno određene sporove na elektroenergetskom tržištu rješavati kao upravnopravne stvari pred nadležnim regulatornim tijelom, o čemu će u daljim izlaganjima biti više riječi. Ovaj rad ima za cilj da ukaže na određene nepravilnosti u primjeni pozitivnih propisa, kako bi se unaprijedila efikasnost u rješavanju sporova na elektroenergetskom tržištu.

POTREBA TRANSFORMISANJA GRAĐANSKOPRAVNOG U UPRAVNOPRAVNI ODNOS

Razvojem tehnike i tehnologije i uopšte razvojem društvenih i pravnih odnosa javlja se potreba da se određeni odnosi, koji su determinisani fizičkim i teh-

¹ Zakon o energetici, *Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 49/09.

² Zakon o zaštiti potrošača u Republici Srpskoj, *Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 6/12 i 121/12.

ničkim zakonitostima, detaljno urede odredbama posebnih zakonskih i podzakonskih propisa. U tom cilju su, pojedinim javnim institucijama ili privrednim subjektima i drugim organizacijama, kojima je zakonom povjereno vršenje javnih ovlaštenja, posebnim propisima dodijeljene određene nadležnosti. Potreba za posebnim i specijanim uređenjem postojećih pravnih odnosa, dovela je do toga da određene pravne stvari, koje su predstavljale klasične građanske stvari, dobiju obilježja upravnopravnih stvari. Zbog toga se pravna teorija s razlogom ozbiljno bavila razgraničenjem građanskopravnog i upravnopravnog odnosa, kao kategorijalno različitih pravnih oblasti, bez čijeg jasnog razgraničenja bi se u praksi teško snalazilo, a zakonski propisi bez sumnje ne bi postigli ciljani efekat. Važnost razgraničenja ovih odnosa je posebno došla do izražaja u situaciji kada imovinski odnosi nisu više argument za razgraničenje ovih odnosa, budući da, ne mali broj, veoma važnih imovinskih odnosa, dobija obilježje upravnopravnog odnosa, u kojem se o konkretnim pravima i obavezama subjekata odlučuje u upravnom postupku od strane nadležne javne institucije. Pitanja razgraničenja ovih odnosa u suštini su uredili posebni zakonski propisi kojima su uređeni ti odnosi, a sprovođenje tih zakona je dato u nadležnost javnim institucijama ili subjektima koji na osnovu zakona vrše javna ovlaštenja. Te nadležnosti najčešće obuhvataju i nadležnost donošenja podzakonskih akata, kao opštih pravnih akata, u funkciji razrade i sprovođenja zakonskih odredbi, zatim utvrđivanje tarifa (cijena) robe i usluga za djelatnosti koje su po svojoj prirodi monopolske, vršenje nadzora na radom organa i organizacija koji vrše javna ovlaštenja, izdavanje dozvola za obavljanje elektroenergetskih djelatnosti, rješavanje sporova, izdavanje prekršajnih naloga za počinjene prekršaje koji su propisani tim zakonima i tako dalje. Ovo su dovoljni suštinski argumenti da određeni odnosi koji su nekada imali građanskopravni karakter, u novim uslovima pravnog uređenja odnosa, dobijaju sve elemente i atribute upravnopravnog odnosa, te se pojedinačne pravne stvari iz tih odnosa rješavaju kao posebne upravne stvari. Dakle, ovdje se ne radi o pukom deklarisanju pojedinih upravnih stvari posebnim zakonskim propisom, već se, zbog bitno drugačijeg pristupa u uređenju pravnih odnosa, iz suštinskih razloga, građanskopravni odnos transformisao u upravnopravni odnos.

UREĐENJE ODNOSA NA TRŽIŠTU ELEKTRIČNE ENERGIJE POSEBNIM ZAKONOM

Zakonom o električnoj energiji³ iz 2002. godine su uspostavljene pravne pretpostavke za početak značajnih reformi u sektoru električne energije u cilju

³ Zakon o električnoj energiji, *Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 66/02.

postepene liberalizacije tržišta električne energije u Republici Srpskoj. Odredbom člana 5. ovoga zakona utvrđena je energetska politika, koja treba da obezbijedi dugoročnu uravnoteženost razvoja elektroenergetske i energetske privrede, propisani kvalitet napajanja električnom energijom, mogućnost korišćenja različitih primarnih izvora za proizvodnju električne energije uz preporuke i podsticaje korišćenja obnovljivih izvora za proizvodnju električne energije, zaštitu životne sredine, konkurentnost na energetskom tržištu, racionalnu potrošnju električne energije sa visokim stepenom energetske efikasnosti i dostupnost distributivne mreže po principu nediskriminacije pristupa treće strane.

Ovim zakonom je osnovano posebno regulatorno tijelo kao specijalizovana, samostalna, nezavisna i neprofitna organizacija u Republici Srpskoj pod nazivom Regulatorna komisija za električnu energiju Republike Srpske, koja je 2009. godine Zakonom o energetici promijenila naziv u Regulatorna komisija za energetiku Republike Srpske (u daljem tekstu: Regulatorna komisija), čime je proširena njena nadležnost i na oblast prirodnog gasa i oblast nafte i derivata nafte. Odredbama člana 23, 24, 27. i 28. Zakona o električnoj energiji utvrđene su nadležnosti Regulatorne komisije, kao javne institucije, u oblasti električne energije, kao što su:

- nadzor i regulisanje odnosa između proizvodnje, distribucije i kupaca električne energije uključujući i trgovce električnom energijom;
- propisivanje tarifne metodologije i kriterijuma za utvrđivanje cijena snabdijevanja električnom energijom određenih kategorija krajnjih kupaca;
- utvrđivanje tarifnih stavova za kornike distributivnih sistema;
- izdavanje ili oduzimanje dozvola za proizvodnju, distribuciju i trgovinu električnom energijom;
- utvrđivanje opštih uslova za isporuku električne energije;
- donošenje podzakonskih akata;
- rješavanje sporova na elektroenergetskom tržištu;
- unapređenje efikasnosti, pouzdanosti i ekonomičnosti sistema za proizvodnju, distribuciju i razmjenu električne energije;
- unapređenje konkurentnosti i sigurnosti snabdijevanja;
- obezbjeđivanje kvaliteta usluge;
- obezbjeđivanje pravičnosti u snabdijevanju električnom energijom;
- obezbjeđivanje transparentnog i nediskriminatornog ponašanja na tržištu,
- zaštita životne sredine;
- nadzor nad funkcionisanjem elektroenergetskog sistema;
- stvaranje uslova za razvoj elektroenergetskog sistema;
- donošenje mjera na sprečavanju monopolskog ponašanja na tržištu električne energije, itd.

NADLEŽNOST RJEŠAVANJA SPOROVA NA TRŽIŠTU
ELEKTRIČNE ENERGIJE

Materija rješavanja sporova na tržištu električne energije, kao posebnih upravnih stvari, u novonastalim uslovima uređenja odnosa, takođe je propisana Zakonom o električnoj energiji i to odredbama člana 27, 28. i 29. ovoga Zakona. Dakle, jedna nova oblast u pravnoj regulativi je uređena posebnim zakonskim propisom, što je u početku otvorilo niz nedoumica u praksi, posebno imajući u vidu značaj ove materije. Zbog toga je bio potreban veliki oprez u primjeni ovih zakonskih propisa.

Odredbom člana 28. Zakona o električnoj energiji propisano je da Regulatorna komisija, na zahtjev stranke, rješava sporove u vezi sa:

- pravom na napajanje električnom energijom;
- pravom pristupa distributivnoj mreži;
- obavezom isporuke električne energije;
- tarifama po kojima se energija isporučuje;
- zastojima u napajanju električnom energijom;
- odbijanjem isporuke električne energije i
- kvalitetom napajanja električnom energijom.

Ova odredba je naizgled precizna, jer je taksativno propisala koji se sporovi rješavaju pred Regulatornom komisijom. Međutim, iz uvodne formulacije u ovoj odredbi “u vezi sa” jasno je da je zakonodavac imao namjeru da ova odredba ima šire značenje. Imajući u vidu nadležnosti Regulatorne komisije, posebno nadležnost za donošenje podzakonskih akata, jasno je da je ovakvom širokom formulacijom zakonodavac imao namjeru da Regulatorna komisija rješava sve sporove, ne samo koji su precizno numerisani, već i sve ono što je vezano za takve vrste sporova i uopšte vršenje nadležnosti Regulatorne komisije u smislu uređenja odnosa na tržištu. Tako na primjer, sporovi u vezi sa tarifama po kojima se energija isporučuje iz odredbe člana 28. alineje 4. Zakona o električnoj energiji, obuhvataju sve sporove koji se odnose na primjenu tarifa, što znači, sporove u vezi sa svim obračunima utrošene električne energije, bilo da se radi o redovnim računima za isporučenu električnu energiju, bilo da se radi o korekciji obračuna ili o neovlašćenju potrošnji električne energije ili uopšte o pogrešnoj primjeni tarifa.

Odredbom člana 29. Zakona o električnoj energiji iz 2002. godine je bilo propisano: “Odluka Regulatorne komisije je konačna. Strana nezadovoljna odlukom može pokrenuti sudski spor. Odluka Regulatorne komisije će ostati na snazi dok se ne okonča žalbeni proces”.

Odredba člana 29. Zakona o električnoj energiji je donijela niz nedoumica koje su se pojavile u praksi. Sa stanovišta pravne tehnike, odredba je prilično konfuzna i neprecizna, prvenstveno zato što se jedan stav sastoji od tri rečenice, a sama terminologija u stručno-pravnom smislu nije jasna. U prvom dijelu ove odredbe riječi “konačnost odluke” bi mogla odgovoriti na određena pravna pitanja, u smislu upućivanja na pravnu prirodu sporova iz odredbe člana 28. Zakona o električnoj energiji. Međutim, u nastavku odredbe, terminologija “pokrenuti sudski spor” je neprecizna i ne daje odgovor na kategorijalno različite pravne stvari, odnosno ne daje se odgovor na pitanje o kojem sporu se radi, građansko-pranom sporu, koji se rješava u parnici ili upravnom sporu. Odgovori na ova pitanja bi u suštini odredili i prirodu i značaj odluka Regulatorne komisije u tim sporovima. Posebno dilema javlja se u vezi sa važenjem odluke Regulatorne komisije, formulacijom “dok se ne okonča žalbeni proces”, što pokreće pitanje o kom “žalbenom procesu” je riječ. Još veću konfuziju su stvorile analize uporednih propisa u okruženju i različita mišljenja o tome šta je zakonodavac htio navedenom odredbom.

Uporedni propisi iz okruženja su bili različiti i takođe prilično nejasni. Pojedini uporedni Zakoni u okruženju su propisivali da se stranke u sporu na elektroenergetskom tržištu mogu sporazumjeti da nadležno regulatorno tijelo riješi spor. U tom slučaju je regulatorno tijelo imalo ulogu arbitraže. Posebno su velike probleme, stvarala paušalna mišljenja koja nisu zasnovana na stručnim argumentima, da je rješavanje sporova pred nadležnim regulatornim tijelom vid alternativnog rješavanja sporova, u smislu posredovanja u mirnom rješavanju sporova, što u pravnom smislu nije ništa novo, ali to nije dalo odgovor na pitanje šta u situaciji kada se spor ne riješi na taj način.

Polazeći od svega toga, a posebno činjenice da je oblast energetike uređena posebnim zakonima, da su zakonom propisane nadležnosti Regulatorne komisije, da ovu oblast karakterišu fizičke, tehničke i tehnološke zakonitosti, koje su morali respektovati posebni zakoni i podzakonski akti, da je pojedinim elektroenergetskim subjektima zakonskim propisom povjereno vršenje javnih ovlašćenja, sasvim argumentovano se moglo zaključiti da ti odnosi predstavljaju upravno-pravne odnose. Zbog toga se pravna kontrola pojedinačnih upravnih akata u ovoj oblasti, koji su doneseni od strane nadležnog regulatornog tijela u okviru zakonom propisane nadležnosti, mogla vršiti samo u upravnom sporu pred nadležnim sudom. Dakle, nikako se sudska zaštita prava u tim odnosima nije mogla po inerciji vraćati na parnični postupak, niti vršiti u parničnom postupku.

Sve ove dileme, u vezi sa prirodom sporova koji se rješavaju pred Regulatornom komisijom su otklonjene odredbom člana 25. Zakona o energetici, kojom je propisano:

1. "Rješenja i odluke koje donosi Regulatorna komisija u svim postupcima su konačni.

2. Strana nezadovoljna odlukom ili rješenjem Regulatorne komisije može pokrenuti upravni spor kod nadležnog suda.

3. Tužba kojom se pokreće upravni spor ne odgađa izvršenje akta iz stava 1. ovog člana."

Ova odredba je jasno propisala da su svi pojedinačni upravni akti koje donosi Regulatorna komisija u svim postupcima, pa tako i postupku rješavanja sporova, konačni, bez obzira da li ih je Regulatorna komisija donijela u prvom ili drugom stepenu, te da se pravna kontrola zakonitosti takvih akata od strane suda vrši u upravnom sporu. Ovdje treba konstatovati, bez detaljne razrade, da su rješenja i odluke Regulatorne komisije, najčešće konačni u prvom stepenu, kao što su rješenja o sporovima, rješenja i odluke o tarifama, rješenja o izdavanju dozvola, rješenja o izdavanju sertifikata, rješenja o pravu na podsticaj, rješenja o mjerama itd. Jedino u postupku po žalbi na rješenje o elektroenergetskoj saglasnosti, koje donosi distributer u vršenju javnih ovlašćenja, Regulatorna komisija postupala kao drugostepena instanca, o čemu će u daljim izlaganjima biti više riječi. Nakon donošenja Zakona o energetici, donesene su Izmjene i dopune Zakona o električnoj energiji⁴, kojima je brisana navedena odredba člana 29. ovog Zakona.

Konačno, usklađivanje zakonodavstva iz oblasti energetike sa direktivama Evropske unije je značajno ostvareno, donošenjem novog Zakona o električnoj energiji⁵, koji zbog značaja novih sistemskih rješenja, stupa na snagu 1.1.2021. godine.

SPOROVİ NA TRŽIŠTU ELEKTRIČNE ENERGIJE KAO POSEBNE UPRAVNE STVARI

Na osnovu odredbe člana 25. Zakona o energetici jasno je da sve pravne stvari o kojima je Regulatorna komisija nadležna da odlučuje, uključujući i sporove iz odredbe člana 28. Zakona o električnoj energiji, predstavljaju posebne upravne stvari, koje se rješavaju po pravilima upravnog postupka. Dakle, rješavajući sporove na elektroenergetskom tržištu, nadležno regulatorno tijelo u upravnom odnosu, odlučuje o pravima, obavezama i pravnim interesima subjekata. Kao što je već rečeno, ovi sporovi pred nadležnim regulatornim tijelom se konačno rješavaju u prvom stepenu, pa su takva rješenja konačna i izvršna i pro-

⁴ Zakon o izmjenama i dopunama zakona o električnoj energiji, *Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 92/09.

⁵ Zakon o električnoj energiji, *Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 68/20.

tiv tih rješenja se ne može izjaviti žalba, već se može tužbom pokrenuti upravni spor pred nadležnim sudom, u roku od 30 dana od dana dostavljanja rješenja. Dakle, pravna kontrola upravnih akata od strane suda, odnosno sudska kontrola zakonitosti rješenja u sporovima na elektroenergetskom tržištu je obezbijedena u upravnom sporu. Time je ova materija u skladu sa zakonskim propisom smještena na adekvatno mjesto u pravnom sistemu.

Koliko je zakonodavac dao važnost Regulatornoj komisiji u oblasti rješavanja sporova na elektroenergetskom tržištu, najbolje pokazuje odredba člana 27. stav 1. Zakona o električnoj energiji kojom je propisana nadležnost Regulatorne komisije da podzakonskim aktom, donesenim na osnovu ove zakonske odredbe, propiše specifičnosti postupka rješavanja sporova. Odredbama Zakona o opštem upravnom postupku⁶ (*Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 13/02, 87/07, 50/10 i 66/18), kao sistemskog procesnog zakona u oblasti uprave, dopuštena je mogućnost da se specifičnosti pojedinih postupaka posebno urede. Tako je odredbom člana 2. ovoga Zakona propisano: "Pojedina pitanja postupka zbog specifičnosti prirode upravnih stvari u određenim upravnim oblastima mogu se posebnim zakonom urediti drugačije nego što su uređena ovim zakonom, ako je to neophodno". Odredbom člana 3. ovoga Zakona je propisano: "U upravnim oblastima za koje je zakonom propisan poseban postupak, postupa se u skladu sa odredbama tog zakona i te odredbe moraju biti u saglasnosti sa osnovnim načelima utvrđenim ovim zakonom. Po odredbama ovoga zakona postupa se u svim onim pitanjima koja nisu uređena posebnim zakonom". U našem sučaju je odredba člana 27. Zakona o električnoj energiji, propisala način na koji će specifičnosti postupka rješavanja sporova urediti, s tim da se, kao što je to propisano odredbom člana 2. i 3. Zakona o opštem upravnom postupku, mora voditi računa da se specifičnosti postupka propisuju, samo kada je to neophodno i pri tom takve odredbe moraju biti u saglasnosti sa osnovnim načelima upravnog postupka.

Regulatorna komisija je donijela Pravilnik o javnim raspravama i rješavanju sporova i žalbi⁷, koji je propisao specifičnosti postupka rješavanja sporova. Ovdje najprije treba imati u vidu da u ovom postupku učestvuju najmanje dvije stranke, s jedne strane krajnji kupac električne energije ili korisnik mreže, a s druge strane elektroenergetski subjekt (distributer, snabdjevač ...). Zbog toga je jedna od najznačajnijih specifičnosti ovoga postupka uvođenje nove faze, a to je utvrđivanje nacrtu rješenja, koji se dostavlja strankama u postupku, sa mogućnošću da-

⁶ Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 13/02, 87/07, 50/10 i 66/18.

⁷ Pravilnik o javnim raspravama i rješavanju sporova i žalbi, *Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 70/10 i 7/19.

vanja primjedbi na utvrđeni nacrt u propisanom roku. Postavlja se pitanje zbog čega je ova novina značajna u postupku, budući da se na prvi pogled njome narušava efikasnost postupka? Međutim, postupak rješavanja sporova je prvostepeni i dvostranački postupak u kojem se konačno odlučuje, pa se u ovoj fazi postupka stranke upoznaju sa stanjem predmeta i dodatno se podstiču da se aktivnije uključe u postupak u smislu izvođenja i dostavljanja dokaza, kako bi se utvrdilo pravo stanje stvari, kao bitnog uslova za donošenje zakonite odluke. Ovo je posebno važno imajući u vidu činjenicu da se uglavnom dokazna podloga za odlučivanje nalazi kod elektroenergetskog subjekta. Na ovaj način se kupac električne energije stavlja u ravnopravan položaj u odnosu na elektroenergetski subjekt. Ovo je posebno važno kada je u pitanju energetska subjekt koji obavlja energetska djelatnost, koja je po svojoj prirodi monopolskog karaktera, kao što je to distribucija električne energije.

OPRAVDANOST RJEŠAVANJA SPOROVA NA ELEKTROENERGETSKOM TRŽIŠTU U UPRAVNOPRAVNOM ODNOSU

Iako smo naprijed ukazali na suštinske razloge transformisanja građansko-pravnog odnosa u upravno-pravni odnos, smatramo važnim da se konkretizuju i sistematizuju ti razlozi, kako slijedi:

- neophodnost električne energije u savremenom načinu života;
- isporuka električne energije je masovna usluga prema neodređenom broju subjekata;
- odnosi povodom isporuke električne energije su najčešće trajnog karaktera;
- ekonomski i pravni promet električne energije kao robe je determinisan brojnim tehničkim zakonitostima i fizičkim specifičnostima električne energije;
- uređenje odnosa na tržištu električne energije posebnim zakonima;
- u cilju uređenja i kontrole elektroenergetskog tržišta, propisane su brojne operativne nadležnosti regulatornom tijelu i subjektima koji na osnovu zakona vrše javna ovlašćenja;
- nadležnost regulatornog tijela da vrši nadzor nad radom elektroenergetskih subjekata kojima je povjereno vršenje javnih ovlašćenja;
- značajnu ulogu u rješavanju sporova imaju tehnički propisi;
- odluke se uglavnom zasnivaju na javnim ispravama (verifikacija broji- la, utvrđivanje činjenica u okviru povjerenih javnih ovlašćenja – stanje na mreži, preduzimanje radnji na mreži od strane distributera itd.);
- ključni dokumenti i materijali koji se odnose na sporove se uglavnom nalaze kod elektroenergetskih subjekata, od kojih je nekim povjereno vršenje javnih

ovalašćenja (distributer), a koji su dužni trajno čuvati dokumentaciju o svom postupanju;

- ovi sporovi su uglavnom jednostavni u smislu dokazivanja, koje se uglavnom zasniva na zakonitostima tehničke struke;
- nadležno regulatorno tijelo, kao operativna javna institucija, raspolaže objedinjenim i potrebnim znanjima iz tehničke, pravne i ekonomske struke;
- u upravnom postupku se ovi sporovi rješavaju efikasnije, i
- pravna kontrola pojedinačnih upravnih aktata od strane suda, vrši se u upravnom sporu.

Navedeni razlozi potvrđuju opravdanost da se određeni sporovi na tržištu električne energije rješavaju kao posebne upravne stvari pred nadležnim regulatornim tijelom, te da se sudska zaštita prava subjekata iz tih sporova, obezbjeđuje u upravnom sporu.

SPECIFIČNOSTI UTVRĐIVANJA ČINJENIČNOG STANJA

Kada je riječ o potpuno i pravilno utvrđenom činjeničnom stanju, u pristupu ovoj problematici potrebno je konstatovati da je potpunost činjeničnog stanja bitan uslov za donošenje zakonite odluke, s jedne strane, i s druge strane ocjena potpunosti činjeničnog stanja je izraz obavezujuće primjene pravnog propisa, a ne izraz proizvoljnosti. Imajući u vidu uočene nedostatke u praksi, postavlja se pitanje: šta je mjera potpunosti činjeničnog stanja. Odgovor na pitanje potpunosti činjeničnog stanja, kao podloge za odlučivanje, daju odredbe materijalnog prava. Dakle, potpunost činjeničnog stanja ne podrazumijeva utvrđivanje bilo kojih činjenica, prema subjektivnom osjećaju pravičnosti ili prema bilo kojim subjektivnim improvizacijama. Potpunost utvrđenog činjeničnog stanja se odnosi na utvrđivanje činjenica koje su relevantne za odlučivanje na osnovu materijalnog propisa. U praksi se događa da sudovi ne prepoznaju značaj i smisao propisa koji je determinisan tehničkim zakonitostima, te se ponekad uvažava tužba u upravnom sporu i predmet vraća na ponovno odlučivanje, uz obrazloženje da je činjenično stanje nepotpuno i nepravilno utvrđeno.

Međutim, ovaj problem se u praksi prevazilazi na način da se novo rješenje detaljno obrazloži, na način da tehnički propisi i tehničke zakonitosti budu jasni. Ovo se događa zato što se pojedine tvrdnje i konstrukcije u izvođenju činjeničnih zaključaka, ističu tek u tužbi, iako je relevantno činjenično stanje potpuno i pravilno utvrđeno i korektno obrazloženo u pobijanom rješenju. Zbog toga je važno da regulatorno tijelo, kao javna institucija, raspolaže potrebnim i objedinjenim znanjima iz tehničke, pravne i ekonomske struke, što predstavlja pretpostavku za cjelovito i suštinsko sagledavanje pravnog odnosa, bez obzira da li se radi o od-

lučivanju u konkretnoj pravnoj stvari ili o donošenju odluka kojima se uređuju i usmjeravaju odnosi od šireg značaja na tržištu.

Na primjer, kada je u pitanju neovlašćena potrošnja električne energije, treba poći od činjenice da se stvarna količina preuzete električne energije, zbog fizičkih specifičnosti električne energije, može utvrditi samo ispravnim mjerenjem, čemu je posvećena velika pažnja u radu “Neovlašćena potrošnja električne energije kao upravna stvar u oblasti energetike”,⁸ u dijelu koji se odnosi na “Značaj ispravnosti mjerenja električne energije za pravni i ekonomski promet”. Dakle, ukoliko izostane ispravno mjerenje uslijed preduzimanja neovlašćenih radnji na mreži i priključku, što predstavlja neovlašćenu potrošnju električne energije, nemoguće je u tehničkom smislu utvrditi stvarno preuzetu električnu energiju sa mreže. Da bi se izbjegle brojne manipulacije u praksi i da bi se izbjeglo dokazivanje činjenica koje se objektivno u tehničkom smislu ne mogu dokazati, te da bi se obezbijedila pravna sigurnost, odredbama član 90–92. Opštih uslova za isporuku i snabdijevanje električnom energijom⁹ (u daljem tekstu: Opšti uslovi), kao podzakonskim aktom nadležnog regulatornog tijela, imperativno je propisan način utvrđivanja količine preuzete električne energije u takvim slučajevima. Ovo je naprosto nužnost, jer je u takvim slučajevima nemoguće utvrditi količinu stvarno preuzete električne energije. U praksi se često događa da stranke predlažu izvođenje dokaza putem vještačenja, kako bi se utvrdile činjenice koje nisu pravno relevantne. Npr. prigovarajući na visok obračun neovlašćene potrošnje, zahtijeva se utvrđivanje činjenica, kao što su: “da niko nije boravio u kući, da u kući postoje samo određeni električni uređaji, da u periodu neovlašćene potrošnje nije nikako korišćena električna energija” itd.

Dakle, sve ove činjenice na osnovu materijalnog propisa nisu relevantne, ali se po inerciji tražilo utvrđivanje i takvih činjenica, kao da je u pitanju parnični postupak. Naravno i ovi problemi u praksi su se prevazilazili dodatnim i razloženim tehničkim obrazloženjima prilikom ponovnog odlučivanja pred Regulatornom komisijom.

UOČENE NEDOSLJEDNOSTI U PRAKSI

Odredbama člana 28. Zakona o električnoj energiji i člana 25. Zakona o energetici jasno je propisano da se sporovi na elektroenergetskom tržištu rješava-

⁸ Milan Kovačina, “Neovlašćena potrošnja električne energije kao upravna stvar u oblasti energetike”, *Pravni život*, br. 10, Tom II, Beograd, 2019, 355–356.

⁹ Opšti uslovi za isporuku i snabdijevanje električnom energijom, *Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 90/12 i 81/19.

vaju u upravnom postupku, pred nadležnim regulatornim tijelom, da se odluke donose u formi rješenja, kao pojedinačnih upravnih akata, sa svojstvom konačnosti, pravosnažnosti i izvršnosti. Veći dio ovih sporova se odnosi na razne obračune koji se izražavaju u novčanom iznosu, pa se rješenjima donesenim u tim postupcima odlučuje o novčanim obavezama. S obzirom na pravna svojstva rješenja u sporovima, kao pojedinačnih upravnih akata, važno je konstatovati da ta rješenja predstavljaju izvršne naslove. To znači da se, ukoliko izostane dobrovoljno izvršenje, može zahtijevati njihovo izvršenje prinudnim putem u izvršnom postupku. Većina rješenja u sporovima se odnose na obračune utrošene električne energije, obračune neovlašćene potrošnje i korekcije obračuna utrošene električne energije, tj. odnose se na novčane obaveze. Prema tome, na osnovu ovih rješenja, kojima se odlučuje o novčanim obavezama, može se zahtijevati prinudno izvršenje. U takvim slučajevima, s obzirom da se radi o ispunjenju novčanih obaveza, izvršenje se sprovodi sudskim putem, na osnovu odredbe člana 260. stav 2. Zakona o opštem upravnom postupku. U tom pogledu, u praksi je uočeno niz nedosljednosti.

Prva situacija je kada se donese rješenje o sporu od strane nadležnog regulatornog tijela, kojim je odlučeno u korist elektroenergetskog subjekta. Ukoliko se ovo rješenje ne izvrši dobrovoljno od strane krajnjeg kupca električne energije, elektroenergetski subjekt u praksi ne pokreće izvršni postupak, već se po inerciji pokreće parnični postupak, da bi se u tom postupku izdejstvovao izvršni naslov u formi sudske presude, uz izlaganje dodatim parničnim troškovima i nepotrebnom gubitku vremena. Ovo predstavlja poremećaj sistemskog karaktera, jer se o ovim upravnim stvarima, ponovo raspravlja i odlučuje u parničnom postupku. Na osnovu odredbe člana 28. Zakona o električnoj energiji i člana 25. Zakona o energetici, sud nije nadležan da o ovim pravnim stvarima odlučuje u parničnom postupku, pa su takve presude nezakonite. U pogledu ovog pitanja ima različitih mišljenja, međutim sistem treba uspostavljati u skladu sa zakonom. Što se tiče pozitivnih propisa, nesporna je nadležnost Regulatorne komisije i nesporna su pravna svojstva rješenja u sporovima na elektroenergetskom tržištu. Prema tome, propis zasigurno nije predvidio ono što je nespojivo, odnosno da u istoj pravnoj stvari odlučuje i nadležno regulatorno tijelo u upravnom postupku i sud u parničnom postupku.

U drugoj situaciji, krajnji kupci nakon donošenja rješenja o sporu od strane Regulatorne komisije, pokreću parnični postupak, a ne upravni spor pred nadležnim sudom, u kojem bi se odlučilo o zakonitosti donesenog rješenja. Takođe, postoje i situacije kada krajnji kupci direktno pokreću parnične postupke, pri čemu se zaobilazi Regulatorna komisija. Svaka od ove dvije situacije su nezakonite. Zbog toga se postavlja pitanje da li se može i na koji način elektroenergetski

subjekt odbraniti od ovoga vida nezakonitosti. Svakako je najefikasnije i najsvrsishodnije u takvim situacijama, uložiti prigovor nenadležnosti suda.

Treća situacija je interesantna, budući da sporove pred Regulatornom komisijom u praksi uglavnom pokreću krajnji kupci ili korisnici distributivne mreže, pa se postavlja pitanje kako će elektroenergetski subjekt, izdejsstvovati izvršni naslov za namirenje svog novčanog potraživanja, u situaciji kada krajnji kupac ne pokrene postupak pred Regulatornom komisijom. I u takvim slučajevima elektroenergetski subjekt pokreće parnični postupak kako bi izdejsstvovao izvršni naslov za svoje potraživanje. Ovako se postupka u praksi pod uticajem mišljenja koje nije utemeljeno stručnim argumentima, da je postupak pred Regulatornom komisijom mehanizam za zaštitu prava krajnjih kupaca i da samo oni mogu pokrenuti ovaj postupak. Ovo mišljenje nije utemeljeno u propisima iz razloga što zakonodavac bez sumnje nije imao namjeru da u istoj pravnoj stvari u kojoj se uvijek pojavljuju najmanje dvije stranke sa suprotnim interesima, samo jedna stranka (krajnji kupac) može pokrenuti postupak pred regulatornim tijelom za zaštitu svojih prava i pravnih interesa, a druga stranka, elektroenergetski subjekat (distributer, snabdjevač...), to ne može. Zbog toga smo mišljenja da elektroenergetski subjekt na vlastiti zahtjev može pokrenuti postupak pred Regulatornom komisijom. To bi bio postupak u kojem bi se zahtijevalo utvrđivanje novčanog potraživanja, odnosno utvrđivanje da li postoji određeno potraživanje i da li je određeni obračun pravilno i tačno sačinjen, te u tom postupku izdejsstvovati rješenje, kao izvršni naslov, na osnovu kojeg bi se mogao pokrenuti postupak prinudnog izvršenja.

Otklanjanjem navedenih nezakonitosti i dosljednom primjenom propisa u ovom procesnom segmentu, obezbijedilo bi se daleko efikasnije rješavanje sporova na elektroenergetskom tržištu.

PRAVNA PRIRODA PRIGOVORA ELEKTROENERGETSKOM SUBJEKTU I PRAVNA PRIRODA ZAHTJEVA ZA RJEŠAVANJE SPORA

Kao što je u radu konstatovano, isporuka električne energije na tržištu se vrši prema neodređenom broju subjekata, koji su u pravnom odnosu sa elektroenergetskim subjektima, pa neminovno dolazi do različitih spornih situacija u njihovim međusobnim ugovornim odnosima. Propisi su prepoznali da je najsvrsishodnije da se te sporne situacije pokušaju riješiti neposredno između subjekata u ugovornom odnosu, što ne prestavlja novinu u pravnoj teoriji i praksi. Neposredno rješavanje spornih odnosa upravo ima značaj kod masovnih usluga na tržištu i kada se najčešće radi o trajnim ugovornim odnosima, povodom isporuke elek-

trične energije, što je u krajnjoj liniji u funkciji pravne sigurnosti i stabilnosti tih odnosa.

Zbog toga je odredbom člana 109. Opštih uslova propisano da krajnji kupac električne energije može elektroenergetskom subjektu (distributer, snabdjevač ...) podnijeti prigovor u pismenoj formi, zbog nepoštovanja propisa i ugovornih obaveza. Elektroenergetski subjekt je dužan bez odlaganja postupiti po prigovoru na način da ispita navode iz prigovora i dužan je u roku od 15 dana odgovoriti u pismenoj formi kupcu, nastojeći da se sporazumno riješi sporni odnos. Radi nesmetanog i funkcionalnog provođenja odredbi člana 109. Opštih uslova distributer i snabdjevač električnom energijom su dužni organizovati tzv. "uslužne centre" za pružanje informacija, za prijem i rješavanje prigovora i žalbi, te podršku i savjetovanje korisnika mreže i krajnjih kupaca, a na osnovu odredbe člana 9. stav 1. tačka ž. i odredbe člana 10. stav 1. tačka đ. Opštih uslova.

Međutim, ukoliko se sporne situacije na riješe neposredno i sporazumno, odnosno mirnim putem, korisnik mreže ili krajnji kupac električne energije ima mogućnost da podnese zahtjev nadležnom regulatornom tijelu za rješavanje spora. Odredbom člana 110. stav 3. Opštih uslova je propisano da je krajnji kupac dužan, prije podnošenja zahtjeva za rješavanje spora Regulatornoj komisiji, podnijeti prigovor elektroenergetskom subjektu, kao drugoj ugovornoj strani. Dakle, ovom odredbom je jasno propisana procesna pretpostavka, u vidu podnošenja prigovora elektroenergetskom subjektu, prije pokretanja postupka rješavanja spora pred nadležnim regulatornim tijelom. Dakle, cilj ove odredbe je da se nastali spor pokuša riješiti mirnim putem, neposredno između ugovornih strana.

Imajući u vidu navedene odredbe zakonskih i podzakonskih propisa važno je konstatovati da prigovor elektroenergetskom subjektu i zahtjev za rješavanje spora, imaju različite pravne prirode, ali im je cilj isti, a to je da se riješi sporni odnos.

Prigovor kupca elektroenergetskom subjektu je prigovor materijalno pravne prirode u međusobnoj komunikaciji strana u ugovornim odnosima. Dakle, to je prigovor drugoj ugovornoj strani van bilo kog postupka, odnosno to je vid komunikacije između ugovornih strana u cilju rješavanja spornih pitanja. Zbog toga se odgovor elektroenergetskog subjekta na prigovor krajnjeg kupca ne može smatrati odlukom u procesno-pravnom smislu, budući da je to u suštini stav jedne ugovorne strane prema spornom pitanju. S druge strane, zahtjev za rješavanje spora podnesen Regulatornoj komisiji je akt procesno pravne-prirode, po njemu se postupa po pravilima upravnog postupka, u kojem se donosi konačni i izvršni upravni akt. Prema tome, prigovor drugoj ugovornoj strani i zahtjev za rješavanje spora nadležnom regulatornom tijelu, ne mogu se poistovijetiti.

RAZLIKA IZMEĐU ZAHTJEVA ZA RJEŠAVANJE SPORA
I ŽALBE NA RJEŠENJE

Postupak rješavanja spora je potrebno razlikovati od postupka po žalbi na rješenje o elektroenergetskoj saglasnosti i žalbi na uslove ugovora o priključenju, jer se radi o dva različita postupka, koja se u praksi često poistovjećuju.

Postupak rješavanja spora se pokreće zahtjevom i ovaj postupak je prvostepeni, a odluke u tom postupku, kao što smo naprijed konstatovali su konačne i izvršne.

Postupak po žalbi na rješenje o elektroenergetskoj saglasnosti, je drugostepeni postupak koji se vodi pred Regulatornom komisijom. Obaveza pribavljanja elektroenergetske saglasnosti je propisana odredbama člana 72. stav 1. Zakona o električnoj energiji i člana 14. Opštih uslova. Rješenjem o elektroenergetskoj saglasnosti se utvrđuju elektroenergetski i tehnički uslovi priključenja na elektrodistributivnu mrežu u smislu odredbe člana 72. stav 2. Zakona o električnoj energiji i člana 27. Opštih uslova. Zbog važnosti akta i izvjesnosti o tehničkim uslovima za priključenje objekta na mrežu, odredbom člana 72. stav 4. Zakona o električnoj energiji, je propisano da o zahtjevu za izdavanje elektroenergetske saglasnosti odlučuje distributer, putem javnog ovlašćenja, u skladu sa odredbama Zakona o opštem upravnom postupku, u roku od 30 dana. Prema tome, elektroenergetska saglasnost se izdaje u formi rješenja, kao pojedinačnog upravnog akta, kojim distributer, kao subjekt kojemu je na osnovu zakona povjereno vršenje javnih ovlašćenja, na jednostavan i autoritativan način, utvrđuje elektroenergetske i tehničke uslove priključenja objekta na elektrodistributivnu mrežu.

Na osnovu odredbe člana 72. stav 6. Zakona o električnoj energiji protiv rješenja o elektroenergetskoj saglasnosti, kao prvostepenog akta distributera, može se podnijeti žalba o kojoj odlučuje Regulatorna komisija kao drugostepeni organ. Žalba se podnosi putem distributera, koji je po žalbi dužan postupiti u skladu sa odredbama člana 219–223. Zakona o opštem upravnom postupku, u smislu pretходnog preispitivanja žalbe i dužnosti dostavljanja cjelokupnog spisa predmeta Regulatornoj komisiji, kao drugostepenom organu u ovom postupku. Značajno je istaći da je odredbom člana 72. stav 6. Zakona o električnoj energiji propisano je da Regulatorna komisija nadležna da odlučuje i o žalbi na uslove ponuđenog ugovora o priključenju (nacrt ugovor – ponuđeni ugovor prije zaključivanja), koji se zaključuje nakon donošenja rješenja o elektroenergetskoj saglasnosti. Ovim Zakonom kao posebnim zakonom u odnosu na Zakon o opštem upravnom postupku¹⁰ je ustanovljena i žalba u vezi sa zaključenjem ugovora o priključenju, jer se

¹⁰ *Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 13/02, 87/07, 50/10 i 66/18.

ovim ugovorom, pored detalja o izgradnji priključka, utvrđuje i visina naknada i drugih propisanih finansijskih obaveza. Žalba na uslove ugovora o priključenju je propisana ovim Zakonom kao mehanizam kontrole zakonitosti u radu distributera i sprečavanja monopola u segmentu gdje se on konkretno može ispoljiti.

ZAKLJUČAK

Savremeno doba, iz brojnih razloga, karakteriše često donošenje novih propisa i izmjene postojećih propisa, što samo po sebi uzrokuje brojne operativne probleme, nedoumice i nesnalaženje u praksi. Međutim, u takvim situacijama, potrebno je poći od toga da pravni propisi imaju obavezujuću snagu i da se moraju primjenjivati, te da se samo stručnim pristupom može pronaći adekvatno pravno rješenje za nastali operativni problem. U cilju otklanjanja teškoća u praksi, najprije se mora sagledati i pronaći mjesto spornog pravnog pitanja u pravnom sistemu. Postavljanje pravnih stvari na odgovarajuće mjesto u pravnom sistemu je ključni preduslov da se na zakonit način riješi određena pravna stvar. Ovakav pristup je garancija da se izbjegnu bilo kakve nezakonitosti u postupanju. Pravnici praktičari, svakodnevno izloženi udarima operativnih problema, moraju se permanento vraćati teorijskim postavkama, kako bi se obezbedila optimalna primjena pozitivnopravnih propisa. Ovakvim pristupom se postiže i efikasnost u postupanju i isključuje se mogućnost nezakonitog postupanja.

MILAN KOVAČINA
Chief of the Legal Department
Regulatory Commission for Energy
of the Republic of Srpska

DISPUTES AT THE ELECTRICITY MARKET

Summary

The issue related to settlement of disputes at the electricity market is something new in a legal system of the Republic of Srpska, as well as in the neighboring legal systems. A certain type of these disputes used to be solved in the civil procedure before the respective court, as civil procedural matters, and according to positive regulations, such disputes are settled in the administrative proceeding before the competent regulatory authority, as special administrative matters. Positive primary and secondary legislation within the energy field had their genesis and were gradually harmonized with the European Union Directives aiming at opening of the electricity market what has also reflected on the way of the dispute solving under the open electricity market circumstances.

That is why, it is necessary to analyze these problems from the standpoints of the position in a legal system, in order to clear up and overcome certain inconsistencies occurred in the practice and thus to remove the harmful consequences for the participants at the electric power market. Without any doubt, that would contribute to the more efficient settlement of the disputable relations at the electricity market.

Key words: settlement of disputes at the electricity market, disputes of the electricity customers

Literatura

Kovačina M., "Neovlašćena potrošnja električne energije kao upravna stvar u oblasti energetike", *Pravni život*, br. 10, Tom II, Beograd, 2019.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 14.09.2020.

Prihvaćen: 07.10.2020.

STRUČNI RAD

ALEKSANDRA VASILJEVIĆ

UPRAVNO IZVRŠENJE REŠENJA PO NOVOM ZAKONU O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU REPUBLIKE SRBIJE

Poslednja faza upravnog postupka jeste izvršenje rešenja. Time se činjenično stanje usaglašava sa dispozitivom rešenja. Postoje i slučajevi u kojima izvršenje rešenja nije moguće po prirodi stvari. To je situacija kada se rešenjem odbija zahtev stranke. Dakle, u pitanju su negativna rešenja. Po prirodi stvari može se prinudno izvršiti samo rešenje kojim je stranka obavezana na nešto (činjenje, nečinjenje, uzdržavanje). Upravno izvršenje sledi pošto je upravni akt kojim je meritorno rešena upravna stvar postao izvršan. Sprovodi se protivno volji subjekta na koga se odnosi određeni akt. To može da bude rešenje ali i poravnaje. Ovakav redosled radnji zahteva poštovanje načela zakonitosti rada uprave. Međutim, u izuzetnim slučajevima mogu se sprovoditi pojedine radnje izvršenja i pre nego što rešenje postane izvršno. To obezbeđuje pravni institut "izvršenje radi obezbeđenja" u tačno određenim slučajevima. ZUP predviđa i garanciju za stranku koja je pretrpela štetu zbog neosnovane primene ovog pravnog instituta, a ona se ogleda u pravu na naknadu štete.

Ključne reči: upravni postupak, upravno izvršenje, rešenje, protivizvršenje, izvršenje radi obezbeđenja

U V O D

Ukoliko prihvatimo činjenicu da se upravni postupak odvija po fazama, onda je njegova poslednja faza izvršenje rešenja. Krajnji proces primene prava u konkretnim, pojedinačnim situacijama podrazumeva da se rešenje izvrši. Time

Aleksandra Vasiljević, Državno pravobranilaštvo Republike Srbije, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: aleksandramadrid@gmail.com.

se činjenično stanje usaglašava sa dispozitivom rešenja. To je i cilj rešavanja neke upravne stvari putem pravila upravnog postupka.

Međutim, treba imati u vidu da postoje rešenja koja se ne mogu izvršiti. Radi se o negativnim rešenjima. Takvim aktima se odbija stvaranje bilo kakve promene u postojećim pravnim odnosima. Njima se odbija zahtev stranke za priznavanje nekog prava ili pravnog interesa. U takvim slučajevima je faktička situacija jednaka dispozitivu rešenja.¹

Odredbe Zakona o opštem upravnom postupku² o izvršenju rešenja dolaze do izražaja u onim slučajevima kada stranka odbije da ispuni obavezu koja proizilazi iz dispozitiva rešenja. To znači da se izvršenje sprovodi uvek protivno volji subjekta na koga se odnosi određen akt. To može da bude rešenje ali i poravnanje.

Inicijativa za sprovođenje izvršenja potiče ili od organa ili od stranke. Organ to čini po službenoj dužnosti ako je u pitanju potreba zaštite javnog interesa. Dok, stranka to čini u cilju zaštite sopstvenog interesa.

Novi Zakon o opštem upravnom postupku Republike Srbije doneo je i neka nova rešenja u odnosu na raniji Zakon o opštem upravnom postupku a koja se odnose na institut izvršenja. Ta rešenja će, zapravo, i biti predmet analize u ovom radu.

OSNOV ZA SPROVOĐENJE IZVRŠENJA

Upravni akt (rešenje) koji je donet u upravnom postupku izvršava se tek kada postane izvršan (član 190 stav 1). Izvršnost je svojstvo upravnog akta koje se sastoji u tome da je nastupila pravna mogućnost da se norma sadržana u njegovom dispozitivu pretoči u stvarnost. Stranka uvek može dobrovoljno da izvrši obavezu koja ja utvrđena dispozitivom rešenja. U tom slučaju neće ni postojati potreba da se primene odredbe Zakona o opštem upravnom postupku koje se odnose na izvršenje. Drugim rečima, te odredbe su, zapravo, odredbe o prinudnom izvršenju i do njihove primene dolazi u situaciji kada je potrebno prinudno realizovati dispozitiv rešenja.

Imajući u vidu da je upravni postupak dvostepen samim tim moguće je govoriti o izvršnosti rešenja prvostepenog kao i drugostepenog organa.

Iz teorijskih i praktičnih razloga pravi se razlika između konačnog, pravnosnažnog i izvršnog rešenja.³ Konačno rešenje je ono rešenje protiv koga se ne

¹ Dragan Vasiljević, Zorica Vukašinović-Radojičić, *Upravno pravo (čvrto, izmenjeno i dopunjeno izdanje)*, KPU, Beograd, 2019, 216.

² Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016, 95/2018 – autentično tumačenje.

³ Zoran R. Tomić, *Upravno pravo (sistem)*, Beograd, 1998, 457–467.

može više ili ne može uopšte upotrebiti žalba kao redovno pravno sredstvo. Sva drugostepena rešenja su konačna. Dok je pravnosnažno rešenje ono rešenje protiv kojeg se ne može izjaviti žalba niti pokrenuti upravni spor.⁴ Samim tim, svako pravnosnažno rešenje je uvek i izvršno. Dok svako izvršno rešenje ne mora da bude i konačno (slučajevi kada žalba ne odlaže izvršenje rešenja).

Prvostepeno rešenje postaje izvršno u sledećim slučajevima (član 190 stav 2):

1. istekom roka za žalbu, ako žalba nije izjavljena;
2. obaveštavanjem stranke, ako žalba nije dozvoljena;
3. obaveštavanjem stranke, ako žalba ne odlaže izvršenje;
4. kad se sve stranke odreknu prava na žalbu;
5. obaveštavanjem stranke o rešenju, kojim se žalba odbacuje ili odbija.

Tačka jedan, odnosi se na one slučajeve kada je protiv rešenja žalba dozvoljena a nije izjavljena. Sam rok za žalbu ima suspenzivno dejstvo i sve dokle on ne istekne rešenje se ne može izvršiti. Istekom tog roka rešenje postaje izvršno ukoliko žalba nije izjavljena. Po pravilu, žalba i žalbeni rok imaju suspenzivno dejstvo. Međutim, od ovog pravila ZUP predviđa tri izuzetka:

1. kada je to zakonom predviđeno (član 154 stav1);
2. kada se donosi usmeno rešenje (član 155 stav 1);
3. kada bi odlaganje izvršenja stranci nanelo nenadoknadivu štetu ili teže ugrozilo javni interes (član 155 stav 2).

Tačka dva, odnosi se na one slučajeve kada je protiv rešenja zakonom isključena mogućnost ulaganja žalbe. U takvim slučajevima nema suspenzivnog dejstva ni žalbe (jer nije dopuštena) ni žalbenog roka, tako da rešenje postaje izvršno obaveštavanjem stranke.

Tačka tri, odnosi se na rešenja protiv kojih je moguće uložiti žalbu ali ona nema suspenzivno dejstvo. Pošto u takvoj situaciji nema suspenzivnog dejstva ni žalbe ni žalbenog roka onda je rešenje izvršno kada je stranka o njemu obaveštena.

Tačka četiri, ima u vidu one slučajeve kada je žalba dozvoljena i ima suspenzivno dejstvo ali su se sve stranke odrekle prava na žalbu.

Tačka pet, odnosi se na one situacije kada je protiv rešenja uložena žalba koja ima suspenzivno dejstvo i kada je došlo do rešavanja povodom žalbe. Ako je žalba odbacena prvostepeno rešenje postaje izvršno kad stranka bude obaveštena o rešenju kojim se žalba odbacuje bez obzira na to da li je rešenje o odbacivanju žalbe doneo prvostepeni ili drugostepeni organ. Prvostepeno rešenje postaje izvršno kada stranka bude obaveštena o rešenju drugostepenog organa kojim je žalba odbijena kao neosnovana.

⁴ Zoran R. Tomić, *Opšte upravno pravo*, Beograd, 2017, 353–362, 385–390.

Imajući u vidu da u upravnom postupku imamo i rešavanje u drugom stepenu, opravdano se postavlja pitanje kada drugostepena rešenja postaju izvršna? Rešenje drugostepenog organa postaje izvršno kada stranka bude obavještena o njemu. Drugostepeno rešenje biće podobno za izvršenje kada je njime izmenjeno prvostepeno rešenje ili kada je njime prvostepeno rešenje poništeno i rešena sama upravna stvar. Drugim rečima, podobno za izvršenje je samo ono drugostepeno rešenje kojim je upravna stvar meritorno rešena.⁵ U ostalim slučajevima, kada je drugostepenim rešenjem žalba odbačena ili odbijena izvršavaće se prvostepeno rešenje. Ista je situacija u kojoj je drugostepenim rešenjem usvojena žalba, poništeno prvostepeno rešenje i predmet vraćen prvostepenom organu na ponovno odlučivanje.

Ukoliko je u izvršnom rešenju određeno da stranka može preduzeti radnju koja se izvršava u određenom roku, rešenje se izvršava kada taj rok istekne. Međutim, kada u izvršnom rešenju taj rok nije određen onda se rešenje izvršava kada istekne 15 dana od kada je postalo izvršno. Ovim je uređen rok za dobrovoljno izvršenje rešenja. Ako se desi da stranka ne izvrši rešenje u tom roku, onda će biti pokrenut postupak prinudnog izvršenja.

Imajući u vidu da se upravni postupak može okončati i poravnanjem, samim tim izvršenje može da se sprovede i na osnovu poravnanja, ali samo protiv lica koje je zaključilo poravnanje. Ovo iz razloga što poravnanje ima snagu izvršnog rešenja donesenog u upravnom postupku (član 99 stav 7). Ako je poravnanje postignuto samo o pojedinim pitanjima (delimično poravnanje), može se sprovesti izvršenje i takvog poravnanja u onom delu i obimu u kome su stranke postigle poravnanje, nezavisno od toga što u ostalim pitanjima upravni postupak još uvek nije okončan.

OPŠTA PRAVILA UPRAVNOG IZVRŠENJA

Rešenje doneto u upravnom postupku izvršava se radi ostvarivanja novčanih ili nenovčanih obaveza. ZUP uređuje samo upravno izvršenje, odnosno izvršenje nenovčanih obaveza koje izvršenik nije dobrovoljno izvršio. Kada su u pitanju novčane obaveze, njihovo prinudno izvršenje sprovodi se sudskim putem (sudske izvršenje) u skladu sa Zakonom o izvršenju i obezbeđenju⁶, ukoliko ZUP-om ili posebnim zakonom nije propisano drugačije (član 191 stav 2).

Učesnici u postupku upravnog izvršenja su:

⁵ Ratko Marković, *Upravno pravo*, Beograd, 1995, 360–375.

⁶ Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik RS*, br. 106/2015, 106/2016 – autentično tumačenje, 113/2017 – autentično tumačenje i 54/2019.

1. organ koji sprovodi upravno izvršenje;
2. izvršenik – lice koje je bilo dužno da izvrši neku obavezu pa to nije učinilo, te se prema njemu sprovodi izvršenje;
3. tražilac izvršenja – lice u čijem interesu se sprovodi izvršenje.

Što se načina pokretanja postupka upravnog izvršenja tiče valja istaći da se izvršenje sprovodi po predlogu stranke ili po službenoj dužnosti (stranačka i oficijalna maksima). Po predlogu stranke (tražilac izvršenja) sprovodi se izvršenje koje je u interesu stranke. Međutim, kada to nalaže javni interes izvršenje se sprovodi po službenoj dužnosti.

Upravno izvršenje sprovodi organ koji je doneo prvostepeno rešenje. On će biti nadležan bez obzira da li se izvršava prvostepeno ili drugostepeno rešenje (rešenje kojim je izmenjeno prvostepeno ili kad je njime poništeno prvostepeno rešenje i rešena sama upravna stvar). Važno je da je taj organ rešavao u datoj upravnoj stvari u prvom stepenu.

Ukoliko je propisano da izvršenje ne može da sprovodi organ koji je doneo prvostepeno rešenje, a nijedan drugi organ nije na to ovlašćen, onda izvršenje sprovodi prvostepeni organ na čijem području se nalazi prebivalište, boravište ili sedište izvršenika, a u čijem su delokrugu poslovi opšte uprave. Ovakvo rešenje ZUP-a (član 193 stav 1 i 2), sprečava nastanak situacije da izvršenje rešenja bude onemogućeno.

Organ nadležan za sprovođenje izvršenja ima pravo da zahteva pružanje pomoći u sprovođenju izvršenja. To je najčešće slučaj kod izvršenja neposrednom prinudom. Zahtev se upućuje organu nadležnom za unutrašnje poslove ili drugom organu koji je ovlašćen da pruži pomoć u izvršenju (npr. Komunalna milicija). Ovi organi su dužni da pruže traženu pomoć. Obično se navedena pomoć traži u situacijama kada se prilikom upravnog izvršenja rešenja pruža otpor ili se pružanje otpora osnovano očekuje.

Prilikom izvršenja postoji obaveza na strani organa da se pridržava načela srazmernosti. To podrazumeva da organ treba prema izvršeniku da izabere onaj način i primeni one mere koje su za njega povoljnije a kojima se postiže svrha i cilj zakona.⁷ Izvršenje se sprovodi radnim danom u vremenu od 7 do 20 časova. Međutim, od ovog pravila moguće je napraviti i izuzetak. Tako, izvršenje može da se sprovodi i u dan kada se ne radi kao i posle 20 časova, ali za to treba da se kumulativno ispune dva uslova:

1. ako postoji opasnost od odlaganja izvršenja;
2. ako je organ koji sprovodi izvršenje izdao pisani nalog za to.

⁷ Zoran R. Tomić, Dobrosav Milovanović, Vuk Cucić, *Praktikum za primenu Zakona o opštem upravnom postupku*, Beograd, 2017, 27.

POSTUPAK IZVRŠENJA

Već smo istakli da izvršenje sprovodi organ koji je doneo prvostepeno rešenje. Međutim, ako je posebnim propisom određeno da taj organ nije nadležan za sprovođenje izvršenja, on je dužan da na predlog tražioca izvršenja ili po službenoj dužnosti stavi na rešenje koje se izvršava potvrdu da je ono postalo izvršno (potvrdu izvršnosti). Zatim rešenje odmah prosleđuje organu koji je nadležan za sprovođenje izvršenja (član 195).

Upravno izvršenje se ne može sprovesti pre nego što se donese rešenje o izvršenju. Rešenje o izvršenju izdaje organ koji je nadležan za sprovođenje izvršenja. On ga izdaje po službenoj dužnosti ili na predlog tražioca izvršenja. Izdaje ga u roku od osam dana od podnošenja predloga od strane tražioca izvršenja.

Rešenje o izvršenju je upravno pravni akt procesnog karaktera koji sadrži utvrđenje o tome kada je rešenje postalo izvršno, vreme, mesto i način izvršenja kao i nalog tražiocu izvršenja da unapred položi određenu sumu novca kako bi se pokrili troškovi izvršenja.

Rešenjem o izvršenju može da se odredi dodatni rok za izvršenje obaveze ili će nadležni organ odrediti da se obaveza izvrši odmah. O rešenju o izvršenju obaveštava se izvršenik kao i tražilac izvršenja ukoliko je ono doneto na njegov zahtev.

Što se troškova postupka izvršenja tiče njih snosi izvršenik, koji je bio dužan da sam izvrši obaveze koje su mu određene rešenjem. Po završetku postupka izvršenja tražiocu izvršenja biće nadoknađeni troškovi na osnovu dopunskog rešenja kojim se određuje njihov iznos i obaveza izvršenika da ih plati.

ZUP predviđa tri oblika upravnog izvršenja i to:

1. izvršenje preko drugih lica (član 197);
2. izvršenje posrednom prinudom (putem novčanih kazni) (član 198 i 199);
3. izvršenje neposrednom prinudom (član 200).

Prvi oblik je izvršenje preko drugog lica. Ovde radnju od koje se sastoji izvršenje rešenja ne preduzima izvršenik već neko drugo lice. Ukoliko se izvršenikova obaveza sastoji od radnje koju može preduzeti i drugo lice, a izvršenik je ne preduzme u celini ili je preduzme samo delimično, onda se ta radnja preduzima preko drugog lica, naravno o trošku izvršenika.⁸

U takvoj situaciji organ koji sprovodi izvršenje svojim rešenjem može naložiti izvršeniku da položi iznos koji je neophodan za podmirenje troškova izvršenja, a da se obračun naknadno sačini.

⁸ Ratko Marković, *Upravno pravo*, Beograd, 2002, 452–467.

Izvršenje preko drugog lica moguće je kada se obaveza izvršenika sastoji u činjenju (vršenju) neke radnje ili trpljenju (dopuštanju) određene radnje. Takođe, ovaj način izvršenja dolazi u obzir ako je pravno i faktički moguće i dopustivo da radnju izvrši drugo lice umesto izvršenika. Npr. rušenje bespravno sagrađenog objekta.

Izbor drugog lica vrši organ koji sprovodi izvršenje. To može biti fizičko, pravno ili neko drugo lice koji imaju potrebnu opremu, sredstva, osoblje i dr.

Drugi oblik upravnog izvršenja je izvršenje posrednom prinudom (putem izricanja novčanih kazni).

Organ koji sprovodi izvršenje prinudiće izvršenika da ispuni obaveze izricanjem novčane kazne u dva slučaja:

1. ako izvršenje preko drugog lica nije moguće;
2. ako izvršenje preko drugog lica nije pogodno da se postigne svrha izvršenja.

U oba slučaja, bilo da se radi o obavezi izvršenika koja se sastoji u nečinjenju ili vršenju (činjenju) određene radnje koju umesto njega ne može da ili nije pogodno da izvrši drugo lice – izvršenje se sprovodi posrednom prinudom, odnosno izricanjem novčanih kazni.

Novčane kazne se izriču rešenjem. One su određene posebno za fizička i pravna lica.

Fizičkom licu se novčana kazna izriče u rasponu od polovine prosečne mesečne zarade po zaposlenom, sa porezima i doprinosima, koja je ostvarena u Republici Srbiji u prethodnom mesecu do dve prosečne godišnje zarade po zaposlenom, sa porezima i doprinosima, koja je ostvarena u Republici Srbiji u prethodnoj godini, prema podacima organa nadležnog za poslove statistike.

Pravnom licu se novčana kazna izriče u rasponu od polovine njegovih mesečnih prihoda, do deset procenata njegovih godišnjih prihoda koje je ostvarilo u Republici Srbiji u prethodnoj godini.

Novčana kazna može ponovo da se izrekne sve dok izvršenik ne ispuni obaveze iz rešenja. Taj broj nije ograničen. Sve novčane kazne koje su izrečene prema ZUP-u izvršavaju organi koji su nadležni za izvršavanje novčanih kazni za prekršaje, a to su prekršajni sudovi⁹. Novčana kazna uplaćuje se u korist budžeta iz kojeg se finansira organ koji je izrekao novčanu kaznu. To može da bude budžet Republike Srbije, ali i budžet jedinica teritorijalne autonomije ili jedinica lokalne samouprave.

Treći oblik izvršenja je izvršenje neposrednom prinudom.

Do izvršenja neposrednom prinudom dolazi u sledećim slučajevima:

⁹ V. Zakon o prekršajima, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2013, 13/2016.

1. ako svrha izvršenja obaveze ne može da se postigne izvršenjem preko drugog lica ili izvršenjem novčane kazne;
2. ako izvršenje drugačije ne može da se sprovede u potrebnom roku, a priroda obaveze to dozvoljava i propis ne zabranjuje.

Organ je taj koji ceni ispunjenost navedenih uslova i opredeljuje se za izvršenje neposrednom prinudom.

Imajući u vidu da je izvršenje neposrednom prinudom sa aspekta izvršenika najrigorozniji način izvršenja, organ posebno mora da vodi računa o poštovanju načela srazmernosti. Organ nadležan za sprovođenje izvršenja koristi kod ovog oblika izvršenja i pomoć organa ovlašćenih za pružanje pomoći pri izvršenju (MUP, Komunalna milicija i dr.).

Kada govorimo o rešenju koje je predmet izvršenja uglavnom se misli na pisano rešenje (rešenje izdato u pisanom obliku). Međutim, poznato je da ZUP poznaje i usmena rešenja (član 140 i 143). Usmeno rešenje donosi se kada se preduzimaju hitne mere u javnom interesu, da bi se obezbedio javni red i mir i javna bezbednost ili otklonila neposredna opasnost po život ili zdravlje ljudi ili imovinu. Usmeno rešenje može da se izvrši odmah, bez donošenja rešenja o izvršenju. Ovo iz razloga što bi bilo kakvo odlaganje izvršenja u takvoj situaciji potpuno obesmisllilo pravni institut usmenog rešenja.

U postupku upravnog izvršenja protiv rešenja o izvršenju dozvoljena je žalba. Žalba je dozvoljena i u slučaju "ćutanja uprave", tj. ako rešenje o izvršenju nije doneto u roku od osam dana od podnošenja predloga za njegovo donošenje. Žalba nema suspenzivno dejstvo a može se izjaviti samo na vreme, mesto i način izvršenja. Predaje se drugostepenom organu i to u roku od osam dana od obaveštavanja o rešenju o izvršenju.

Stranke u postupku izvršenja (izvršenik i tražilac izvršenja) svojim predlogom mogu izdejsstvovati da se odloži izvršenje ako je protiv rešenja koje se izvršava ili rešenja o izvršenju izjavljena žalba ili drugo pravno sredstvo a izvršenje bi izazvalo nenadoknadivu štetu pod uslovom: 1. da odlaganje izvršenja nije zakonom zabranjeno; 2. da odlaganje izvršenja nije protivno javnom interesu.

O predlogu za odlaganje izvršenja odlučuje organ koji je doneo rešenje koje se izvršava a to ne mora da bude i organ koji je nadležan za izvršenje. Postupak odlučivanja o predlogu je hitan. Ukoliko nadležni organ dozvoli odlaganje izvršenja, ono se odlaže dok se ne odluči povodom uložene žalbe ili drugog pravnog sredstva.

Organ koji sprovodi izvršenje će po službenoj dužnosti ili na predlog stranke (izvršenika ili tražioca izvršenja) svojim rešenjem obustaviti izvršenje u sledećim slučajevima: 1. ako je obaveza u celini izvršena; 2. ako izvršenje uopšte nije

bilo dozvoljeno; 3. ako je izvršenje upravljeno prema licu koje nije izvršenik; 4. ako tražilac izvršenja odustane od predloga za izvršenje; 5. ako je rešenje koje se izvršava poništeno ili ukinuto.

Rešenjem kojim se obustavlja izvršenje poništavaju se i preduzete radnje u postupku izvršenja. Izuzetak od ovog pravila postoji u slučaju kada je razlog za obustavljanje postupka ukidanje ili izmena rešenja koje se izvršava. To je zapravo posledica činjenice da ukidanje ili izmena rešenja deluje ubuduće a ne poništavaju se pravne posledice koje je rešenje već proizvelo.¹⁰

Kada je izvršenje sprovedeno a rešenje koje je izvršeno kasnije bude poništeno ili ukinuto onda izvršenik može da zahteva protivizvršenje.¹¹ Protivizvršenje može da se sastoji u sledećem: 1. da se izvršeniku vrati ono što mu je izvršenjem oduzeto; 2. da izvršenik zahteva naknadu štete; 3. da se stvar dovede u stanje koje proizilazi iz novog rešenja.

Povodom zahteva za protivizvršenje odlučuje organ koji je doneo rešenje o izvršenju, odnosno ko je sproveo izvršenje. O zahtevu organ odlučuje rešenjem.

IZVRŠENJE RADI OBEZBEĐENJA

ZUP poznaje pravni institut izvršenja radi obezbeđenja. On se sastoji u preduzimanju određenih radnji izvršenja i pre nego što bi one bile preduzete u postupku izvršenja. Pojedine radnje izvršenja mogu da se preduzmu i pre nego što rešenje postane izvršno.

Obezbeđenje izvršenja može da se preuzme na predlog stranke ili po službenoj dužnosti. Dok uslov za obezbeđenje izvršenja jeste opasnost da bi kasnije izvršenje rešenja moglo da bude sprečeno ili znatno otežano.¹² Pored ovog uslova, izvršenje radi obezbeđenja može da se dopusti:

1. kada je obaveza protivne stranke utvrđena ili barem učinjena verovatnom;
2. ako postoji opasnost da će protivna stranka raspolaganjem imovinom, dogovorom sa trećim licima ili na drugi način sprečiti ili znatno otežati izvršenje obaveze.

Ukoliko obaveza može prinudno da se izvrši samo na predlog stranke, ona mora da učini verovatnim opasnost od sprečavanja ili znatnog otežavanja kasnijeg izvršenja. U ovakvim slučajevima rizik koji nastaje obezbeđenjem izvršenja organ može da prebaci na stranku u čiju korist je izvršenje obezbeđeno. Organ to

¹⁰ Ljubomir Sekulić, *Osnovi upravnog prava*, Podgorica, 2004, 243–246.

¹¹ Velimir Ivančević, *Institucije upravnog prava*, knjiga I, Zagreb, 1983, 449.

¹² Dobrosav Milovanović, "Izvršenje upravnog rešenja i prouzrokovanje krivičnog dela", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 6, Beograd, 1989, 755–758.

čini tako što će preduzimanje radnji izvršenja usloviti polaganjem novčanog iznosa koji je podoban da pokrije štetu koja bi mogla nastati protivnoj stranci ako zahtev stranke ne bude usvojen pravnosnažnim rešenjem o upravnoj stvari.¹³

O izvršenju radi obezbeđenja donosi se privremeno rešenje o obezbeđenju. Ovo rešenje biće ukinuto donošenjem rešenja o izvršenju.

ZUP predviđa i mogućnost naknade štete (član 206) zbog privremenog rešenja o obezbeđenju. Tako je jedna stranka dužna da protivnoj stranci nadoknadi štetu nastalu neosnovanim izvršenjem privremenog rešenja o obezbeđenju. Do toga će doći iz sledećih razloga:

1. kada pravnosnažnim rešenjem o upravnoj stvari nije utvrđena obaveza radi čijeg obezbeđenja je doneto privremeno rešenje o obezbeđenju;
2. kad je predlog stranke za donošenje privremenog rešenja o obezbeđenju bio neosnovan iz drugih razloga.

Pravo na naknadu štete ostvaruje se u parnici.

ZAKLJUČAK

Upravno izvršenje rešenja ima za cilj da prinudnim putem usaglasi činjenično stanje sa pravnim stanjem izraženim u dispozitivu rešenja. Faza upravnog izvršenja nije obavezna. Do nje neće doći u slučajevima kada stranka sama u određeno vreme postupi po rešenju ili kada ne postoji potreba da se stranka prinudi na izvršenje (npr. kada se u jednostranačkim stvarima udovoljava zahtevu stranke). Tada stranka sama izvršava rešenje obzirom da je to u njenom interesu. Izvršenjem rešenja ona zapravo ostvaruje pravo koje joj je rešenjem dato¹⁴. Postoje i slučajevi u kojima izvršenje rešenja nije moguće po prirodi stvari. To su situacije kada se rešenjem odbija zahtev stranke. Dakle, u pitanju su negativna rešenja. Po prirodi stvari može se prinudno izvršiti samo rešenje kojim je stranka obavezana na nešto (činjenje, nečinjenje, uzdržavanje).

Upravno izvršenje je poslednja faza u upravnom postupku i ona sledi pošto je upravni akt kojim je meritorno rešena upravna stvar postao izvršan. Izvršenje protiv stranke sprovodi se onda ako ona dobrovoljno ne izvrši obavezu koja joj je rešenjem naložena. Ovakav redosled radnji zahteva poštovanje načela zakonitosti rada uprave.

U pravnoj državi mogu se samo u izuzetnim slučajevima sprovesti pojedine radnje izvršenja i pre nego što rešenje postane izvršno. To obezbeđuje prav-

¹³ Zoran R. Tomić, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Beograd, 2017, 697–741.

¹⁴ V. Ljubomir Jevtić, Radomir Šramer, *Upravni postupak – opšti i posebni – i upravni spor*, Beograd, 1969, 219.

ni institut “izvršenje radi obezbeđenja” u tačno određenim slučajevima. Međutim, ZUP predviđa i garanciju za stranku koja je pretrpela štetu zbog neosnovane primene ovog pravnog instituta. Ta garancija ogleda se u pravu na naknadu štete.

ALEKSANDRA VASILJEVIĆ
State Attorney's Office of the Republic of Serbia
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Belgrade

ADMINISTRATIVE ENFORCEMENT OF THE DECISION
UNDER THE NEW LAW ON GENERAL ADMINISTRATIVE
PROCEDURE OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The last phase of the administrative procedure is the execution of the decision. Thus, the factual situation is harmonized with the dispositive of the solution. There are also cases in which the execution of the decision is not possible by the nature of things. This is the situation when the decision rejects the party's request. So, these are negative solutions. By the nature of things, only a decision by which the party is obliged to do something (doing, not doing, abstaining) can be enforced. Administrative enforcement follows after the administrative act by which the meritorious administrative matter was resolved became enforceable. It is carried out against the will of the subject to whom a certain act refers. It can be a solution but also a settlement. This sequence of actions requires respect for the principle of legality of the work of the administration. However, in exceptional cases, certain enforcement actions may be carried out even before the decision becomes enforceable. This is provided by the legal institute “enforcement for security” in specific cases. The LAP also provides for a guarantee for a party who has suffered damage due to the unfounded application of this legal institute, and it is reflected in the right to compensation for damage.

Keywords: administrative procedure, administrative execution, decision, counter-execution, execution for security

Literatura

Vasiljević D., Vukašinović-Radojičić, Z., *Upravno pravo (četrto, izmenjeno i dopunjeno izdanje)*, KPU, Beograd, 2019.

Ivančević V., *Institucije upravnog prava*, knjiga I, Zagreb, 1983.

Jevtić Lj., Šramer R., *Upravni postupak – opšti i posebni – i upravni spor*, Beograd, 1969.

Marković R., *Upravno pravo*, Beograd, 1995.

Marković R., *Upravno pravo*, Beograd, 2002.

- Milovanović D., "Izvršenje upravnog rešenja i prouzrokovanje krivičnog dela", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 6/89, Beograd, 1989.
- Sekulić Lj., *Osnovi upravnog prava*, Podgorica, 2004.
- Tomić R. Z., *Upravno pravo (sistem)*, Beograd, 1998.
- Tomić R. Z., *Opšte upravno pravo*, Beograd, 2017.
- Tomić R. Z., *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Beograd, 2017.
- Tomić R. Z., Milovanović D., Cucić V., *Praktikum za primenu Zakona o opštem upravnom postupku*, Beograd, 2017.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 23.09.2020.

Prihvaćen: 07.10.2020.

PREGLEDNI RAD

TREĆA KATEDRA

**PRAVO
NA IMOVINU**

**Opšta pitanja – Kodifikacije – Svojina
– Ugovor i odgovornost za štetu – Porezi – Privredna društva
– Osiguranje – Radni odnosi –**

BRANKO MORAIT

UNIFIKACIJA KAO MJERA PRAVNE SIGURNOSTI

Aktuelni trend unifikacije prava diktira Evropska Unija, kako svojim članicama, tako i kandidatima za članstvo. Zagovornici unifikacije iz akademske zajednice ističu obaveze koje zemlje kandidati imaju prema sporazumima o stabilizaciji i pridruživanju. Unifikaciji prate i metode kodifikacije i harmonizacije. Kao najplodnije polje za unifikaciju izdvojilo se pravo zaštite potrošača. Kodifikovano obligaciono pravo nije zahvaćeno implementacijom normi potrošačkog prava. Pravna pravila potrošačkog prava sadržana su u zasebnim kodifikacijama ili u posebnim zakonima.

Ključne riječi: unifikacija, kodifikacija, harmonizacija, potrošački kodeks

U V O D

Značenje pojmova unifikacije, kodifikacije i harmonizacije pravnih propisa je uprkos srodnosti, u krajnjoj liniji, različito. Unifikacija propisa podrazumijava potpuno izjednačavanje pravnih propisa nekolicine pravnih područja, tako da se umjesto više pravnih sistema stvara jedan, jedinstven pravni sistem, koji ubuduće, nakon unifikacije, postaje jedinstven i zajednički zamijenjujući nepoželjni pravni partikularizam i zatečenu heterogenost koegzistencije više različitih pravnih područja unutar jedne državne teritorije. Pretpostavka unifikacije jeste prethodno postojanje više zakonodavnih vlasti, više formalnih izvora prava i nezavisnih pravnih područja, koja se, kao posljedica unifikacije, stapaju u jedno, zajednič-

Prof. dr Branko Morait, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, e-mail: brankomoraitbm@gmail.com.

ko i jedinstveno pravno područje. Unifikacija je izjednačavanje odnosno izgradnja jednog, umjesto više izvora prava za istu pravnu materiju, zatečenih na teritoriji na kojoj se provodi unifikacija.

Kodifikacija je nomotehnička metoda sistematizacije i usklađivanja, u redakcijskom i tehničkom smislu, propisa iz više srodnih pravnih grana. Ona nije suštinsko, normativno-logičko sređivanje pojmova. Gubi se iz vida da kodifikacija, makar u rudimentarnom obliku, već postoji na onom pravnom području za koje se projektuje, jer svi pojmovi već postoje, njihove veze već djeluju i njih kodifikacija zatiče. Kodifikacija, podrazumijeva jednu zakonodavnu vlast, jedan izvor prava i jedinstveno pravno područje, u kojem je unifikacija već izvršena. Nije moguće započeti kodifikaciju gde nema unifikacije, odnosno gde postoji više pravnih područja, ili postoji jedno pravno područje, ali nije izvršena ni formalna unifikacija. Kodifikacija znači stanje sredenosti, povezanosti, odnosno suprotno stanju fragmentarnosti i razasutosti pravnih normi i pravnih instituta koji pripadaju istoj pravnoj grani ili srodnim pravnim granama, u više zakonskih izvora.

Harmonizacija nije unifikacija kao proces stvaranja jedinstvenog pravnog područja. Harmonizacija, za razliku od unifikacije, teži suštinskom, vrijednosnom, usklađivanju pravnih propisa. Harmonizacija je usklađivanje izvora prava u materijalnom smislu. Prihvatanje istih vrijednosti rezultira procesom usklađivanja domaćeg prava sa pravom zajednice, EU, koje tako postaje baštinik zajedničkog, komunitarnog prava EU. Harmonizacija nije recepcija pravnih rješenja ili pojedinih pravnih akata nego je ona uslov ostvarenja viših ciljeva, kao što je uklanjanje međudržavnih privrednih i drugih barijera koje onemogućuju slobodan protok roba, kapitala, radne snage i sl.

ISTORIJSKI OSVRT NA NASTOJANJA PROVOĐENJA UNIFIKACIJE

Kao što je pravničkoj javnosti poznato, “pravni partikularizam” bio je sudbinski usud koji je karakterisao stanje pravnog sistema i u Kraljevini, kao i u Republici Jugoslaviji, do njene konačne disolucije, devedesetih godina prošloga vijeka. Na teritoriji Kraljevine Jugoslavije postojalo je naporedo šest pravnih područja građanskog prava: 1) Srbija; 2) Crna Gora; 3) Hrvatska i Slavonija; 4) Bosna i Hercegovina; 5) Slovenija i Dalmacija; 6) Međumurje i Vojvodina.¹

Postavlja se pitanje: da li kodifikacija može da postigne istovremeno i unifikaciju građanskog prava? Ako pogledamo prethodne teorijske napomene odgovorili bi odrično. Ali, podsjetimo se jednom istorijskom digresijom da se i tako

¹ Vojislav Spaić, *Građansko pravo*, Sarajevo, 1971, 69.

nešto dešavalo u ne tako davnoj prošlosti na prostoru nekadašnje jugoslovenske zajednice.

Istorijski posmatrano, pored pitanja kodifikacije, pitanje unifikacije građanskog prava bilo je osnovno pravno-političko pitanje nakon ujedinjenja u Kraljevinu Jugoslaviju (Kraljevinu SHS) i njenog trajanja u periodu 1919–1941.² Donošenje jedinstvenog građanskog zakonika bio je najpogodniji put za potpunu unifikaciju građanskog prava. Osnovni zadatak Zakonodavnog savjeta bio je traženje odgovora na pitanje: kako izjednačiti i kodifikovati građansko pravo u državi u kojoj su se primjenjivale tri građanske kodifikacije. Austrijski građanski zakonik (OGZ) bez novela, bio je od strane Privatnopravnog odsjeka Zakonodavnog savjeta izabran 15.01.1921. godine za osnovu rada na izradi jugoslovenskog Građanskog zakonika.

Ideja unifikacije se obrazlagala formulom: jedna državna teritorija – jedna pravna teritorija, umjesto većeg ili manjeg broja partikularnih pravnih teritorija.³ Time je otpala mogućnost izrade originalne kodifikacije građanskog prava zasnovane na rezultatima savremene civilistike i prilagođene aktuelnim političkim prilikama tadašnjeg jugoslovenskog društva. OGZ je bio najstariji, najrasprostranjeniji, s najrazvijenijom pravnom dogmatikom i sudskom praksom. Prigovori na njegov izbor za osnovicu kodifikacije bili su njegova anacionalnost, konzervativnost i sistematika koja je po obliku i rasporedu sličila nešto šire izvedenom kompendijumu institucija građanskog prava, jer su u njemu nestale granice između zakonika i udžbenika, te su kritičari predlagali, mada uzaludno, ugledanje na Švajcarski GZ.⁴ OIZ za Crnu Goru, zbog svoje originalnosti, bio je najprihvatljiviji, ali je u tadašnjim političkim prilikama važila primjedba da je nezgodno da se za osnovu jugoslovenske kodifikacije uzme građanski zakonik najmanje i najnerazvijenije jugoslovenske pokrajine. Komisija za izradu Građanskog zakonika u početku se strogo držala teksta OGZ,⁵ da bi kasnije odstupila i unosila savremena rješenja koja su odudarala od cjeline zakonskog teksta.⁶

Komisija je odustala od namjere da po uzoru na njemački BGB izradi opšti dio, pa je Predosnova počinjala uvodom, kojem je slijedio prvi dio: “o ličnom pravu” koji se dalje dijelio na poglavlje o bračnom i o roditeljskom pravu, te statusnom pravu. Drugi dio je nosio naslov “o imovinskom pravu” i dijelio se na odje-

² Dragan Pantić, *Pitanje unifikacije porodičnog, nasljednog i zadružnog prava u Kraljevini Jugoslaviji (SHS) 1919–1941*, Pravni fakultet Pale, Istočno Sarajevo, 2006, 44.

³ D. Pantić, op. cit., 45.

⁴ D. Pantić, op. cit., 44.

⁵ D. Pantić, op. cit., 75.

⁶ D. Pantić, op. cit., 74.

ljak o stvarnim pravima i odjeljak o obligacionom pravu. Nasljedno pravo nije bilo formalno uvršteno u stvarna prava, ali je uvršteno u odjeljak o stvarnim pravima da se ne bi poremetila sistematika OGZ. Predosnova Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju bila je objavljena u Beogradu 1934. godine, kao minimalno prepravljena verzija austrijskog OGZ. Unifikacija građanskog prava konačno je zapela u političkom lavirintu predratne Jugoslavije. Kao što vidimo iz ove istorijske retrospektive, unifikacija je izvođena metodom kodifikacije, te se metodom kodifikacije nastojala postići unifikacija građanskog prava i eliminisanje pojave pravnog partikularizma. Kraljevina Jugoslavija nije stigla, tokom svoga trajanja, da ozakoni projekat jugoslavenskog Građanskog zakonika koji je 1935. godine završen pod nazivom "Predosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju".

Republika Jugoslavija uspostavila je podjelu na saveznu i republičko-pokrajinsku zakonodavnu nadležnost, odnosno podjelu na savezne i republičke zakone. Savezni zakoni su bili važeći na cijeloj teritoriji Republike Jugoslavije. Nakon disolucije Republike Jugoslavije federalne jedinice su postale samostalne države za državši teritoriju u tzv. "avnojskim granicama". Između ostalih i Bosna i Hercegovina se osamostalila u tim granicama. Ipak, slučaj Bosne i Hercegovine je poseban i različit u odnosu na posljedice koje su disolucijom Republike Jugoslavije zadobile ostale jugoslovenske republike, tj. bivše federalne jedinice. Tzv. Dejtonskim sporazumom, Bosna i Hercegovina je podijeljena na dva entiteta, sa autonomnom zakonodavnom nadležnošću.

Republika Srpska svoju autonomnu zakonodavnu nadležnost konzumira kao unitarna država. Federacija BiH ima svoju "zajedničku" zakonodavnu nadležnost, ali svoju autonomnu i značajnu zakonodavnu nadležnost ima i deset kantona/županija u njenom sastavu. Distrikt Brčko, koji je kasnije nastao, ima svoju autonomnu zakonodavnu nadležnost. Nikakva vertikalna hijerarhija nadležnosti nije uspostavljena, tako da, uprkos tome što i Bosna i Hercegovina ima svoju zakonodavnu nadležnost, jer donosi tzv. "državne" zakone, oni nemaju značaj u smislu nekadašnjih "saveznih" zakona. Tako, na primjer, pokušaj donošenja novog Zakona o obligacionim odnosima nije uspio, jer je nominovan kao Zakon o obligacionim odnosima RS/FBiH, kao entitetski propis, jer entiteti imaju ustavnu nadležnost uređivanja obligacionih odnosa, a dat je na usvajanje Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine kao "državnom" zakonodavnom tijelu. "Slučaj" Bosne i Hercegovine navodimo u kontinuitetu istorijskog konteksta unifikacije prava na prostoru bivše Jugoslavije, u želji da istaknemo da je ovo pitanje sada, u okvirima same BiH, kao dijela nekadašnje zajedničke države, sada složenije nego u vrijeme postojanja Jugoslavije. Kao neku vrstu provizornog, prelaznog, rješenja radi ublažavanja pravne nesigurnosti koju ovako razučena zakonodavna nadlež-

nost uzrokuje građanima i drugim pravnim subjektima u građansko-pravnim odnosima, predlažemo da se u procesne zakone ugradi klauzula po kojoj bi sudovi, bilo koje stvarne i mjesne nadležnosti, sudili, u građanskim stvarima, po propisu koji je za tuženu stranu povoljniji. Primjer takvog pristupa već postoji na Sudu BiH, kod dosuđivanja parničnih troškova, pošto je Ustavni sud BiH, po apelacijama, odlučio da branilac ima pravo na naknadu prema tarifi mjesta advokatske komore u kojem mu je kancelarija registrovana, a ne prema mjestu sjedišta Suda BiH, koje je u Sarajevu.

POKUŠAJI UNIFIKACIJA PRAVA ZAŠTITE POTROŠAČA U BOSNI I HERCEGOVINI

Bosna i Hercegovina je zasnovana na razuđenoj ustavnopravnoj organizaciji. U temelje ustavnopravne regulative ugrađena su tri ustava: Ustav Bosne i Hercegovine i ustavi dva entiteta, Republike Srpske i Federacije BiH i jedan statut, Brčko Distrikta BiH. Ustav BiH je zapravo Aneks IV Opšteg okvirnog sporazuma za mir u BiH, popularno zvanog Dejtonski mirovni sporazum. Odredba člana 3 Ustava BiH, nadležnost i odnosi između institucija BiH i entiteta, je od značaja za otvaranje rasprave na naslovljenu temu. To iz razloga što je ova odredba permanentni izvor sukoba između organa BiH i entiteta koji imaju zakonodavne nadležnosti. U odredbi člana 3 stav 1 Ustava BiH propisana je nadležnost BiH. U stavu 2 istog člana određena je nadležnost entiteta.⁷ U tački b) stava 2 odredbe člana IV Ustava BiH propisano je da će “svaki entitet pružiti neophodnu pomoć vladi BiH kako bi joj omogućio da ispoštuje međunarodne obaveze BiH...”. U odredbi stava 3 istog člana Ustava BiH, zakon i odgovornost entiteta i institucija, propisano je, u tački a): “sve vladine funkcije i moći koje nisu izričito date u ovom ustavu institucijama BiH će biti funkcije i nadležnosti entiteta.” U tački b) istog stava istog člana Ustava BiH, propisano je da “entiteti i bilo koje njihove subdivizije će se u potpunosti pridržavati ovog ustava, koji je nadređen svim nekonzistentnim odredbama zakona BiH i ustavima i zakonima entiteta i sa odlukama zajedničkih institucija BiH. Opšti principi međunarodnog prava će biti integralni dio zakona BiH i entiteta.” U stavu 4. istog člana Ustava BiH propisana je mogućnost postupanja Predsjedništva BiH, “da olakša koordinaciju među entitetima o stvarima koje nisu unutar odgovornosti BiH kao što je predviđeno ovim ustavom, izuzev ako se jedan entitet suprotstavi u bilo kojem specifičnom slučaju”. U stavu 5. istog člana Ustava BiH propisane su “dodatne nadležnosti” kao “pitanja o kojima se en-

⁷ Thomas Meyer, “Uvođenje zajedničkog evropskog prava prodaje i prigovor zbog povrede principa supsidijarnosti”, *Nova pravna revija*, br. 1, Sarajevo, 2013, 18.

titeti slože (...) ili koje su potrebne da se očuva suverenitet, teritorijalni integritet, politička nezavisnost i međunarodni subjektivitet BiH, u skladu sa raspodjelom odgovornosti među institucijama BiH.”

Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine je drugi Zakon o zaštiti potrošača donijela na 74. sjednici Predstavničkog doma, od 14. februara 2006. godine i na 54. sjednici Doma naroda održanoj 21. februara 2006. godine⁸ pozivom na odredbu člana IV 4. a) Ustava BiH, po kojem: “donošenje zakona koji su potrebni za provođenje odluka Predsjedništva ili za vršenje funkcija Skupštine po ovom Ustavu.”

Zakon o zaštiti potrošača u Republici Srpskoj⁹ donesen je na temelju odredbe člana 53. Ustava Republike Srpske. Time je 2012. godine napušten zakonski okvir koji je postavila Parlamentarna skupština Zakonom o zaštiti potrošača BiH iz 2006. godine i dalje, koji je ostao u primjeni na teritoriji FBiH i Distrikta Brčko BiH. Pošto u BiH postoje snage koje su unitarističke i koje su suprotstavljene dejtonskom, federalističkom, uređenju, zanimljivo je da niko nije pokrenuo pitanje ustavnosti odnosno neustavnosti ovakvog zakonodavnog razvoja pravne zaštite potrošača, koja je ista pravna materija, a reguliše se posebno za svako pravno područje u jednoj državi. Kako smo uvodno već naznačili, Bosna i Hercegovina je država *sui generis* u pogledu svoje ustavnopravne i političko-teritorijalne organizacije, sviđalo se to nekome ili ne. Realnost je da Bosna i Hercegovina nije ni unitarna ni tipična federativna odnosno konfederalna državna tvorevina. Ovo ističemo iz razloga što je proces pridruživanja Bosne i Hercegovine Evropskoj Uniji, započet u BiH svojevremenim potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. S obzirom da se ustavno-pravna raspodjela nadležnosti između BiH i entiteta reflektuje na donošenje zakonskih akata o zaštiti potrošača, postavlja se pitanje da li ona negativno utiče na jednaku pravnu zaštitu potrošača na cijelom tržištu Bosne i Hercegovine i da li je ona prihvatljiva s obzirom na međunarodnopravni položaj BiH u postupku pridruživanja EU. S jedne strane, svi građani na teritoriji BiH, bez obzira na bilo koju pripadnost, pa tako i pripadnost entitetima, moraju uživati isti stepen zaštite svojih prava, ma gdje živjeli. Smisao evropske politike zaštite potrošača i zakonodavnog okvira koji se formira u Evropskoj uniji jeste da se na tržištu od pola milijarde stanovnika omogući jednaka zaštita potrošačima iz ma koje od 22 države EU oni dolazili i pribavljali dobra ili usluge. S druge strane, zbog nepremostive podjele zakonodavne nadležnosti, koja proizilazi iz slova Ustava BiH, pitanje je da li se uviđa potreba za unutrašnjom unifikacijom propisa o zaštiti prava potrošača, uz istovremenu sinhronizaciju im-

⁸ Službeni glasnik BiH, br. 25/06 i 88/15.

⁹ Službeni glasnik RS, br. 6/12, 63/14, 18/17.

plementacije tzv. potrošačkog *acquis*-a EU? Bosna i Hercegovina je, prema Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju (dalje: SSP) obavezana na preuzimanje *acquis*-a Evropske unije. Među ostalim nastojanjima, mada SSP još nije stupio na snagu, uočeni su naponi na preuzimanju *acquis*-a Evropske unije da bi konačnim stupanjem na snagu SSP mogao biti implementiran član 70 Sporazuma.

KODIFIKOVANJE PRAVA ZAŠTITE POTROŠAČA U REPUBLICI SRPSKOJ

Zakon o zaštiti potrošača Republike Srpske kodifikovao je pravila koja su sadržana u potrošačkom *acquis-u* EU. Između ostalog, ovaj propis sadrži osnovne odredbe, definicije pojmova i termina koji se koriste u zakonskom tekstu. Tako je, između ostalih, data definicija potrošača i trgovca, proizvođača, proizvoda, robe i usluge, cijene, deklaracije, poslovne prakse, predugovornog postupanja i odluke o poslu, nepoštenih klauzula u potrošačkim ugovorima, nedostataka na proizvodu i raznih vidova prodaje. Da li su sve ove definicije neophodne ako znamo da su mnogi od ovih pojmova opštepoznati i da je nepotrebno pretjerano preciziranje i razlikovanje u odnosu na svakodnevnu upotrebu istih termina, što može dovesti do teškoća u primjeni Zakona. Nadalje, ZZP propisuje osnovna prava potrošača koja se stiču oko zadovoljavanja potreba, bezbjednosti, informisanosti, prava na slobodan izbor roba i usluga, pravo da se glas potrošača čuje tamo gdje treba, pravo na obrazovanje, pravo na zdravu životnu sredinu i pravo na pravnu zaštitu. Pravo na pravnu zaštitu obuhvata tužbu za prestanak povrede prava i tužbu za naknadu štete. Pravo potrošača je neotuđivo i suvereno. Potrošač se prava ne može odreći, tj. njime ne može slobodno disponirati, kao što je to moguće s imovinskim pravima. Prava koja su sadržana u ZZP ne suspenduju prava koja potrošači imaju na osnovu drugih zakona. To nas upućuje da su prava potrošača sadržana, ne samo u ZZP, nego su disperzirana i u posebnim zakonima. Mada je ZZP kodeks potrošačkih prava zakonodavac je ostavio prostor da se ona uređuju i posebnim zakonima. Sve što nije uređeno potrošačkim kodeksima ili posebnim zakonima koji uređuju određena prava potrošača ostavljeno je za sferu primjene zakona kojim se uređuju obligacioni odnosi u Republici, tj. Zakona o obligacionim odnosima. U slučaju pojave različitog tumačenja odredaba ZZP, primjenjuje se tumačenje u korist potrošača.

Među osnovne odredbe sistematizovana je i odredba o zabranjenim klauzulama u potrošačkim ugovorima koje su, načelno, klauzule koje su suprotne odredbama ZZP i koje su uglavljene na štetu potrošača. U glavi II su odredbe o zaštiti bezbjednosti života i zdravlja potrošača. Glava III sadrži pravila o obavljanju trgovačke djelatnosti u skladu sa dobrim poslovnim običajima. Glava IV

normira pitanja: isticanja cijene, isporuke, čuvanja proizvoda, informisanja potrošača, ambalaže, reklamacija i sl. Odredbe glave V normiraju deklarisanje proizvoda, a glave VI odgovornost za štetu povodom prodaje proizvoda s greškom i odgovornost po osnovu garancije za obezbjeđenje servisa i rezervnih dijelova. ZZP upućuje na primjenu pravila ZOO o odgovornosti i garanciji. Glava VII zabranjuje nepoštenu poslovnu praksu, koja je odstupanje od pažnje profesionalnog trgovca ili je takvo ponašanje koje može da uruši ekonomsko ponašanje prosječnog potrošača ili je obmanjujuća ili agresivna. Glava VIII propisuje način pružanja usluga od opšteg ekonomskog interesa, a koji se zasniva na ugovoru. Glava IX propisuje pravila o ugovorima zaključenim izvan poslovnih prostorija. Glava X sadrži pravila o ugovorima zaključenim uz pomoć sredstava za komuniciranje na daljinu. Osnovno je pravo potrošača na jednostrani raskid ugovora bez obrazloženja i troškova u roku od 15 dana od prijema proizvoda ili od zaključenja ugovora o uslugama. Ako trgovac nije obavjestio potrošača o njegovom pravu na jednostrani raskid ugovora, potrošaču se raskidni rok produžava na tri mjeseca. Predviđaju se i izuzeci od ovih pravila. Glava XI uređuje nepoštene i nepravedne odnosno štetne ugovorne klauzule po potrošača. Nepoštene ugovorne odredbe ne obavezuju potrošača. ZZP taksativno nabraja nepoštene ugovorne odredbe. Nepravedne i štetne ugovorne odredbe su ništave. Glava XII propisuje elektronske instrumente plaćanja na daljinu. Glava XIII ugovor o turističkom paket aranžmanu. Glava XIV ugovor o vremenskom korišćenju nepokretnosti u turističke svrhe. Glava XV nosioce zaštite potrošača iz vladinog sektora, lokalne samouprave, komora, udruženja, obrazovnih institucija, medija i ombudsmana. Glava XVI propisuje osnovna pravila vansudske i sudske zaštite potrošača, procesuiranje povreda potrošačkih prava. Potrošački spor je svaki spor koji proizilazi iz ugovornog odnosa trgovca i potrošača. Glava XVII propisuje upravno-inspekcijski nadzor. Ovome se pridružuju odredbe glave XVIII, kaznene odredbe kojima su predviđene novčane kazne za prekršaje određenih zakonskih odredaba, po principu *nulla pena sine lege*.

UTICAJ KODIFIKACIJE PRAVA ZAŠTITE POTROŠAČA U REPUBLICI SRPSKOJ
ODNOSNO BOSNI I HERCEGOVINI NA HARMONIZACIJU
PRAVNE TEKOVINE EVROPSKE UNIJE

Pravnu tekovinu EU koju sačinjavaju: Osnivački ugovor, zakonodavstvo na bazi Osnivačkog ugovora, praksa Suda EU, međunarodni ugovori EU i drugih subjekata i ugovori između država članica u oblasti djelatnosti Unije, Bosna i Hercegovina je obavezna da preuzima od vremena potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica i Bosne i

Hercegovine, tj. od 16.6.2008. godine.¹⁰ Od tada bi se mogli pratiti procesi implementacije tzv. potrošačkog *acquis*-a EU u pravo Bosne i Hercegovine.

Potrošačko pravo u EU je centralni dio privatnog prava EU. Evropska Unija kao nadnacionalna tvorevina nije mogla da izvrši reorganizaciju zatečenih izvora privatnog prava u zemljama EU jer su najveće i najznačajnije države, članice EU, imale svoje nacionalne kodekse, kodifikacije privatnog prava kojih se nisu htjele, a nisu ni mogle odreći. S druge strane, stvaranje nekog novog privatnog prava u EU nije išlo onom brzinom koju su birokratske strukture u EU očekivale i priželjkivale. Potrošačko pravo EU je oblikovano u formi direktiva, tj. smjernica koje su države članice bile obavezne implementirati u svoja nacionalna zakonodavstva. Kako se ističe, "glavni instrument za harmonizaciju privatnog prava država članica je direktiva. Prema odredbi člana 288. Ugovora o funkcionisanju EU, države članice moraju implementirati direktivu. Direktiva je obavezujuća u pogledu svog cilja kojeg slijedi. Tako ona ostavlja nacionalnim zakonodavcima prostor da odaberu najpovoljniji oblik i metode implementacije direktive. S druge strane uredba ima opštu i direktnu primjenjivost."¹¹ Kako je tržište Evropske unije veliko, s pola milijarde stanovnika, to autori i komentatori privatnog prava iz EU pridaju veliki značaj potrošačkom pravu EU i ističu, između ostalog, da je, "široom svijeta pravo zaštite potrošača jedna od glavnih pokretačkih snaga za modernizaciju privatnog prava."¹²

Sadašnje stanje regulative potrošačke zaštite u Bosni i Hercegovini karakteriše prihvatanje metoda kodifikovanja direktiva o zaštiti potrošača implementacijom u opšti potrošački kodeks Zakona o zaštiti potrošača. Kako sada stvari stoje, izmirene su dvije oprečne struje mišljenja o metodi implementacije potrošačkih direktiva EU u pravni sistem Bosne i Hercegovine odnosno entiteta Republike Srpske. Razvoj zakonodavne regulative napustio je odredbe člana 140. Zakona o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini kojima je bilo propisano da će se odredbe čl. 48. do 110. tog prvog Zakona o zaštiti potrošača u BiH, primjenjivati do stupanja na snagu zakona koji reguliše obligacione odnose u Bosni i Hercegovini. Kako do donošenja Zakona o obligacionim odnosima BiH odnosno FBiH/RS nije došlo, razvoj prava zaštite potrošača otišao je u pravcu kodifikovanja direktiva EU o zaštiti potrošača u potrošački kodeks. Njemačko i holandsko privatno pravo smatraju potrošačko pravo za jednu od "glavnih pokretačkih sila za modernizaciju privatnog prava". Njemački autori ističu, između ostalog, da je, parafrazirano,

¹⁰ Meliha Powlakić, "Evropa ante portas - da li su vrata zaključana?", *Domaća i strana sudska praksa*, Sarajevo, januar-februar-mart 2019, 11.

¹¹ Hannes Roesler, "Osnove potrošačkog prava EU", *Nova pravna revija*, br. 1, Sarajevo, 2013, 20.

¹² *Ibidem*.

pravo zaštite potrošača sastavni dio privatnog prava, “njegova pozicija u centralnoj kodifikaciji je sistemski logična”, te da holandski *Burgerlijk* i Njemački građanski zakonik (BGB) “potvrđuju da integracija ne vodi nužno ka “nedosljednosti sistema”.¹³ Nadalje se ističe da se, “otprilike 80% ugovornog prava Evropske unije odnosi na polje zaštite potrošača”.¹⁴ Istovremeno se naglašava i interdisciplinarni karakter prava zaštite potrošača, jer pojedini aspekti, kao što je tehnička sigurnost, sigurnost hrane, označavanje proizvoda, cijene i zdravstvena zaštita spadaju u javno pravo, mada su, po istim autorima, “direktive privatnog prava ključne”.

Evidentno je da je na nivou EU ostala razlika između dostignutog nivoa zaštite potrošača EU i stanja implementacije u državama članicama, “i pored odlučujućeg uticaja EU kao glavne potrošačke snage” (...). Nažalost, potrošački zakoni nisu doveli do većeg stepena unifikacije te, “zbog toga bi jedna panevropska direktiva, uredba ili model o zaštiti potrošača bila jako dobra vodilja do zgušnjavanja prava EU u pogledu kako sadržaja, tako i pravne sigurnosti za sve uključene strane”.

Iz ovog uvida u previranja u evropskom pravnom krugu o pristupu i metodu uređivanja potrošačkog prava, kao kompleksnog i interdisciplinarnog, može se zaključiti da se postupnoj implementaciji direktiva u nacionalna zakonodavstva, konkurentski suprotstavlja kodifikatorski metod implementacije potrošačkog *acquis*-a EU, zbog nestrpljenja kako domaćih tako i evropskih pravnih eksperata, zagovornika brze i potpune harmonizacije domaćeg zakonodavstva. Značajan segment unifikacije potiče od prakse Suda EU čije presude su obavezujuće za sve nacionalne sudove. Nepostupanje nacionalnog suda može dovesti do odgovornosti države članice EU za štetu ako interpretira normu suprotno stavu Suda. Svaki pojedinac pred nacionalnim sudom ima pravo da se pozove na pravo EU i praksu Suda, a nacionalni sudovi dužni su ih primjenjivati. I ovo je inovativan način unifikacije prava zaštite potrošača, potiranjem nacionalnih razlika i unifikacijom zaštite, kao nesumnjivog prodora pravne sigurnosti na ova osjetljiva prava građana.

ZAKLJUČAK

Unifikacija je poznata ideja i iskušani pravni metod kojem je cilj da svi subjekti prava unutar jedne političko-teritorijalne zajednice uživaju ravnopravnost i jednakost pred zakonom. Ako nije provedena unifikacija jedne grane građanskog prava, pravni subjekti će biti, u građanskopravnim odnosima i sporovima u nedjednakom položaju, ako se na njihove odnose i sporove primjenjuju različiti pro-

¹³ H. Roesler, op. cit., 23.

¹⁴ H. Roesler, op. cit., 21.

piši u istoj pravnoj materiji. Istorijski posmatrano, unifikacija je proces kojim bi se isključio tzv. "pravni parikularizam", kao prepreka za jednakost građana pred zakonom i kao legalan ali nelegitiman izvor kršenja ljudskih i građanskih prava.

Provođenje unifikacije pravnih propisa izuzetno je osjetljivo pitanje u višenacionalnim, ranije, višekonfesionalnim, državnim zajednicama jer se od strane suprotstavljenih političkih elita tumači kao pokušaj unitarizacije. Izgleda da se ne možemo osloboditi vremena i bremena u kojem su centripetalne sile oličene u političkoj moći vladajućih i suprotstavljenih elita, zagušile svaku pravnu argumentaciju za unifikaciju propisa. Svaki pokušaj ili iskaz pravnik da ukažu na opravdanost (ili neopravdanost) unifikacije partikularnih propisa, političari osuđuju voljom za moć. Današnji političari neumorno demonstriraju svoju društvenu superiornost u odnosu na sve oblasti društvene infrastrukture, pa tako i na oblast prava. Tako pokazuju da je sve oko njih i oko nas njihov domen i da su sve duhovne (i materijalne) djelatnosti "sluškinje politike". To nikada nije obeshrabilo najumnije pravnike sa naših prostora da neprestano postavljaju pitanje: kada je potrebno izvršiti unifikaciju ili kodifikaciju pravnih propisa i na to pitanje naučno argumentovano odgovoriti snagom naučnih argumenata a ne ideološko-političkih stavova. Za ishod vječnog dvoboja pravne nauke i politike odlučujući su pravnički gorostasi kakvih je naša pravna nauka u prošlosti imala, a, nadati se, da stasavaju i u sadašnjosti kao zalag budućnosti pravne nauke i pravne sigurnosti građana. Ti pravnički podvižnici, kakav je bio profesor Slobodan Perović, Mihailo Konstantinović, Živojin Perić i mnogi drugi, visoko su podizali barjak naučne argumentacije i slobodne misli, koja mora odnijeti prevagu nad samovoljom trenutnih titulara političke volje i moći.

Projekat izrade Građanskog zakonika Republike Srbije je primjer uspješne koegzistencije nauke i politike. Ozakonjenje ovog projekta premostiće stoljetni jaz između Građanskog zakonika Kraljevine Srbije i Građanskog zakonika Republike Srbije. Uspješna unifikacija bila je obilježena važenjem jugoslovenskog Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, koji sa manjim izmjenama i dopunama nastavlja da važi na prostorima bivše jugoslovenske državne zajednice. Aktuelni čas razvoja prava ispunjavaju jaki talasi plime harmonizacije propisa koji dolaze iz centara moći Evropske Unije. Mada zemljama tzv. Zapadnog Balkana ne žele dati punopravno članstvo, metodama meke kolonijalizacije nastoje im nametnuti svoje pravne norme odnosno pravna pravila.

Od strane evopskih pravnih teoretičara, zaduženih za evropeizaciju zemalja Zapadnog Balkana, nameće se stav da je potrošačko pravo EU suština evropskog privatnog prava. Metode regulisanja implementacije evropskog potrošačkog *acquis*-a, kako smo pokazali u ovom izlaganju, nisu unifikovane ni na nivou Evropske unije. Bosna i Hercegovina nije slijedila njemački i holandski model in-

tegrisanja potrošačkih direktiva ugovornopravnog karaktera u Zakon o obligacionim odnosima, odnosno zakon kojim bi se uredili obligacioni odnosi u Bosni i Hercegovini. Potrošačko pravo je kodifikovano, pretežno, u Zakon o zaštiti potrošača, ali je jedan dio ostao u posebnim zakonima. U Srbiji i Makedoniji komisije za izradu građanskih zakonika zalažu se za metod regulisanja potrošačkih prava u posebnim zakonima, s željom da se ne ugrozi koherentnost i organsko jedinstvo građanskih zakonika koji se pripremaju za usvajanje od strane zakonodavnih organa. Unifikacija, kodifikacija i harmonizacija osnovne su poluge kojima se ujednačavaju pravni sistemi u današnjoj Evropi sa projekcijom u budućnosti.

Prof. Dr. BRANKO MORAIT
Faculty of Law, University of East Sarajevo

UNIFICATION AS MEASURE TOWARDS LEGAL CERTAINTY

Summary

The current trend of unification of rights is dictated by the European Union, both to its members and candidates for membership. Proponents of unification from academia emphasize the obligations that candidate countries have under the Stabilization and Association Agreements. Unification is accompanied by methods of codification and harmonization. The right to consumer protection was singled out as a more fruitful field for unification. The codified law of obligations is not affected by the implementation of consumer law norms. The legal rules of consumer law are contained in separate codifications or in special laws.

Key words: unification, codification, harmonization, Consumer Code

Literatura

- Meyer T., "Uvođenje zajedničkog evropskog prava prodaje i prigovor zbog povrede principa supsidijarnosti", *Nova pravna revija*, br. 1, Sarajevo, 2013.
- Pantić D., *Pitanje unifikacije porodičnog, nasljednog i združnog prava u Kraljevini Jugoslaviji (SHS) 1919-1941*, Pravni fakultet Pale, Istočno Sarajevo, 2013.
- Povlakić M., "Evropa ante portas – da li su vrata zaključana?", *Domaća i strana sudska praksa*, Sarajevo, januar–februar–mart 2019.
- Roesler H., "Osnove potrošačkog prava EU", *Nova pravna revija*, br. 1, Sarajevo, 2013.
- Spaić V., *Građansko pravo*, Sarajevo, 1971.

Datumi prijema i prihvatanja rada
Primljen: 22.09.2020.
Prihvaćen: 15.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

NATAŠA HADŽIMANOVIĆ

UNDERSTANDING PRIVATE LAW FROM A PROCEDURAL PERSPECTIVE

This article shall show the benefits of understanding private law from a procedural perspective, from an ex post perspective, when a conflict has arisen, similar to the way English law is understood. On the continent, private law is usually understood in a different way. It is understood from an abstract ex ante perspective, focusing on substantive law and the moment of the (non-)creation of subjective rights. However, this leads too often to results which are not satisfying.

Key words: *procedure-oriented way of understanding private law – ex post perspective – normative way of understanding private law – ex ante perspective*

WHAT IS A PROCEDURAL WAY OF UNDERSTANDING PRIVATE LAW?

In a private law dispute, the judge decides which of the two parties before him has a (pleaded) right vis-à-vis the counterparty, for instance ownership. The judge cannot decide whether a third party who is not involved in the dispute has a better right. He cannot decide that a third party is the true owner. This means that a right, on which a judicial decision has been rendered, is in this sense relati-

Dr. iur. Nataša Hadžimanović, Attorney-at-law with Four Knights LLC, Geneva, Switzerland, and lecturer for private comparative law at the University of Zurich, Switzerland, e-mail: natasa.had-zimanovic@fourknights.ch.

ve¹ – it defines the entitlement to a right in a given constellation, just that. One of the parties prevails in a dispute – one of the parties is in the “better” position in this dispute.

It may, however, well be that the one whose entitlement was confirmed by the judge vis-à-vis the first counterparty, cannot prevail in another dispute against a different counterparty. This means that subjective rights, including proprietary rights, are in this sense relative.² They are not absolute because the judge can never decide who has the best position once and for all.

This does, however, not mean that the proprietary rights on which he decides are only effective vis-à-vis the party in the dispute. They are effective vis-à-vis everyone.³ And as people in general know which things do not belong to them, they automatically respect someone else’s proprietary rights without having to know which things belong to whom. Ownership is, therefore, usually, respected by everyone. But if someone decides to dispute the right, he may do so in court proceedings and he may then, as the case may be, even prevail.

A judgement is, therefore, depicting but a given situation. It is like a photo taken in a specific moment. This also means that factors which have only arisen after a right was created do have to be taken into consideration.⁴ The facts of the conflict have to be taken into consideration and not only the facts related to the creation of a subjective right. The question is whether this perspective delivers better results.

WHAT MAKES THE PROCEDURAL PERSPECTIVE RELEVANT?

The procedural perspective is relevant because private law serves a purpose. It shall help the judiciary to decide real cases correctly. The purpose of the law is not to define subjective rights in advance without anyone crying for justice.

But of course, law also serves the purpose to avoid litigation by providing solutions to given problems so that parties know how to behave correctly. However, this function of the law can also be achieved when taking into consideration a procedural perspective. One just has to make the results of a procedural perspective accessible.

¹ Eugen Bucher, “Für mehr Aktionendenken”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Tom 186, Tübingen, 1986, 60.

² E. Bucher, op. cit., 60.

³ E. Bucher, op. cit., 60 f.

⁴ E. Bucher, op. cit., 5.

CONTRASTING PROCEDURAL LEGAL THINKING
WITH NORMATIVE LEGAL THINKING

On the continent, lawyers focus on issues of substantive law.

Subjective rights come into existence once they have been created. It is not necessary to exercise them for them being existent. In the civil law tradition importance is, therefore, especially given to the creation of subjective rights and not to them being exercised, even though subjective rights become only effective if they are exercised.⁵ To take a typical subjective right like ownership as an example, usually not much importance is given to the fact that the proprietor defines who may use his bike and that by doing so he shapes the right of the user of the bike; or that a judgement in a dispute over subjective rights defines their content and meaning for the parties to a conflict.

The perspective to which the civil law tradition gives most importance is a perspective which shall be called “normative”. Subjective rights are looked at from an *ex ante* perspective, from an entirely abstract perspective without considering that by doing so not much is gained: one gets only a reference to a simple potential, to a position which the owner of a subjective right potentially can have.⁶ This *ex ante* perspective would be harmless if one only saw this potential and used it in the context of law teaching and would not think of concrete solutions deriving therefrom. However, in university materials for law students in the civil law tradition ownership (to stick to this example) is defined as follows and concrete obligations are derived from this definition: “*La propriété est le droit réel conférant à son titulaire la maîtrise totale et exclusive d’une chose, dans les limites de l’ordre juridique.*”⁷ This definition is taken to create an obligation of third parties to respect someone else’s ownership. This leads to the false idea that private law has rules just like public law which have automatically to be respected by anyone without considering in which way a proprietor of subjective rights exercises them.⁸ But it is of utmost importance what kind of rules for instance a concrete owner has provided for with regard to a specific object – he may tolerate the use of his bike by his neighbour, and by doing so, he shapes his specific right accordingly

⁵ E. Bucher, op. cit., 16.

⁶ Ralf Michaels, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag, Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht*, Berlin, 2002, 274.

⁷ Jacques Dubey, *Introduction au droit et au droit des affaires*, Université de Fribourg, 2012, 18, www.unifr.ch/ses/pdf/cours/Cours_droit_2_sp_12.pdf; last visited 18 July 2020.

⁸ E. Bucher, op. cit., 11.

and makes it in that way effective.⁹ The above abstract definition of ownership is but an empty formula.

It is possible that philosophical and historical aspects have led to the fact that in the civil law tradition normative legal thinking is much more adhered to than in the common law tradition¹⁰. The following examples shall show in which way this way of legal thinking may be harmful. These examples relate to proprietary rights. However, the phenomenon can by no means only be found in the field of property law.

UNDERSTANDING PRIVATE LAW PHENOMENA BETTER
THROUGH THE PROCEDURAL LENSE

Floating charge

The floating charge (*lebdeće založno pravo*)¹¹ is a security interest over a group of changing assets. The assets may change in quantity and they may change in value. Companies use floating charges to secure their loans. The floating charge has been created by English law. But also Croatian and Russian law have included it into its portfolio of proprietary security rights. And there are also doctrinal discussions by German scholars whether it would be useful to have it in German law.¹²

It seems that there are difficulties to understand what kind of a subjective right the floating charge is. It has been stated that the universal property law principle of specificity is no longer valid with regard to the floating charge¹³. But this cannot be. The very logic of proprietary rights forbids such thinking: it must be absolutely clear to which asset a proprietary right is attached to. There can be no exception to this rule. No specificity, no proprietary right. To start to think diffe-

⁹ E. Bucher, op. cit., 11, 15, 17.

¹⁰ Geoffrey Samuel, "Le droit subjectif' and English Law", *The Cambridge Law Journal*, Vol. 46, Cambridge, 1987, 267 et seq; E. Bucher, op. cit., 7 et seq.

¹¹ See for Croatian law Edita Čulinović-Herc, "Zalaganje pokretnih stvari određenih po rodu prema zakonu o upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima", *Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 27, Rijeka, 1991, 655.

¹² See Fritz Kleweta, *Die Sicherungsfunktion der Floating Charge in Deutschland*, Tübingen 2018; Thomas Grädler, *Die Möglichkeiten der globalen Belastung von Unternehmen im deutschen Recht, Dargestellt am Beispiel der englischen floating charge*, Tübingen, 2012.

¹³ E. Čulinović-Herc, op. cit., 655, 658, 662 (Croatia); Ingeborg Bauer-Mitterlehner, "Kreditsicherheiten in der Insolvenz in der Russischen Föderation. Rechtsstellung der gesicherten Gläubiger", *Dingliche Kreditsicherheiten in der Insolvenz in Mittel- und Osteuropa*, (Eds. Martin Winner, Romana Cierpial-Magnor), Vienna, 2016, 429 (Russian Federation).

rently undermines the correct understanding of the phenomenon of proprietary rights.

So, how come that this fundamental principle is overlooked in the context of the floating charge? This result is only due to the fact that the floating charge is looked at from a normative perspective, from an *ex ante* perspective. Indeed, when one looks into an undefined continuum where there is no permanence (as assets are constantly entering and leaving), which starts with the creation of the floating charge, one may indeed be puzzled and inclined to think that specificity may not be such a fundamental rule of property law after all – because it is clear that the floating charge works in practice. However, one should instead look at the floating charge at the moment it is exercised, *i.e.* the moment of crystallisation, where it is absolutely clear which assets are seized by the floating charge. But this is wrong. And in order to see this, one must look at the floating charge from a different angle, from the “procedural perspective”. The decisive moment for the floating charge can only be the point in time when the subjective right is exercised. This is why crystallisation occurs. At this point in time the floating charge fastens on the assets because it is then when they are used.

Indeed, there are two ways to look at the floating charge as can be seen in *Illingworth v. Holdsworth* [1904] AC 355, 358, Lord Macnaghten: “... *a floating charge ... is ambulatory and shifting in its nature, hovering over and so to speak floating with the property which it is intended to affect until some event occurs or some act is done which causes it to settle and fasten on the subject of the charge within its reach and grasp.*” However, it is clear that it makes no sense to check what is happening before the floating charge is exercised, because in this prior phase nobody asks for a solution because there is no problem.

But even for legal systems which have no floating charge, crystallisation is not something entirely unknown. Inheritance law uses the same principle: at the moment a testator dies, it is clear which assets belong and form his estate. Before this point in time things are unclear. And nobody would ever look at them.

More examples shall be given to show that normative legal thinking, if rigorously applied, is nothing but harmful.

Formal requirements with proprietary rights

With certain proprietary rights an entry in a registry is required. With regard to the acquisition of immovables many a legal system requires the entry into the land registry. The question is what happens if no entry in the registry has been

made. If the normative perspective were taken, the entry into the register would be regarded as something absolutely indispensable: no entry, no acquisition.

However, under Swiss law in the case of court judgements based on a sales contract, the acquirer becomes the owner even before registration in the land register but obtains the power of disposal over the immovable property only once he has been recorded as the owner in the land register (Art. 656 para. 2 Swiss civil code).

This solution shows that in a conflict *inter partes* the entry in the land registry is not necessary. Ownership is conferred by the cause, *i.e.* the sales contract. And to a certain extent this is also true with regard to conflicts *extra partibus* because even with regard to them the acquirer is the owner. As already stated, people know which things do not belong to them and therefore automatically respect someone else's proprietary rights. And of course, an owner can show the judgement to the third party's so that it is no longer necessary to interpret a sales contract. Only once the owner wishes to dispose of the immovable property, he shall make the entry in the land register (Art. 665 para. 2 Swiss civil code). It is interesting to see that Swiss law deviates through this concept from the normative perspective which would strictly require an entry in the land register and does rightly so because law must not unnecessarily require formalities. Law must distinguish for it to become a refined instrument.

With regard to the entry of the retention of title on movables it would be good to differentiate as well: in a conflict *inter partes*, *i.e.* where the parties to the sales contract are in conflict, no entry into the registry should be required for the retention of title to be enforceable as the parties both know to what they have consented. Only in a conflict *extra partibus* in case a third party knows nothing of the retention of title (good faith) the lack of registration of the seller's retention of title should be detrimental to the seller. However, under Swiss law, normative legal thinking prevails in this context.¹⁴ The entry of the retention of title is rigorously required irrespective of the situation. Most probably because, in contrast to Art. 656 Swiss civil code, no explicit legal rule provides for procedural legal thinking.

Under Swiss law, such normative legal thinking also prevails with regard to the requirement of notarizing the sales contract with regard to the transfer of ownership in immovable property. Very often parties notarize a sales contract which contains but a fragment of the true sales price. This is done to evade adver-

¹⁴ See for example Roman Baumann Lorant, "Art. 715 CC No. 6", *Kurzkommentar Zivilgesetzbuch*, (Eds. Andrea Büchler, Dominique Jakob), 2nd ed., Zurich, 2018; Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels*, Tom 2, br. 2041, 4th ed., Bern, 2012.

se tax consequences. In such a situation, under Swiss law, the acquirer, even though he has fulfilled his duties (or at least the greater part thereof) and has even been registered in the land registry as owner, has in fact not become the owner, because the sales contract is considered to be null and void (Art. 11 para. 2 Swiss code of obligations; Art. 216 para. 1 Swiss code of obligations; Art. 657 para. 1 Swiss civil code).¹⁵ There is no “healing”.¹⁶ However, the seller, even though he stays the owner, has no right to restitution (Art. 2 Swiss civil code).¹⁷ The seller is held to be the owner, even though he cannot exercise his right. The buyer obtains the position of an owner even vis-à-vis third parties, but he legally is not an owner and has no possibility to change this result. Law in this situation does not reflect the procedural reality. This solution is not satisfactory. Healing should be possible.¹⁸ Healing would, however, only be possible if one did not stick to a normative perspective which requires strict fulfilment of certain formal criteria from an *ex ante* perspective without differentiating, without looking at the facts in a concrete conflict.

These examples have shown how unsatisfactory it may be to look at subjective rights from a normative perspective and how rewarding it is to switch to a procedural perspective.

CONCLUSION

When looking at private law, one must not think in rigid, inflexible legal categories and stick to an abstract *ex ante* perspective of pure potential, but must consider the realities and the development after a subjective right in a given situation has been created and a conflict with regard to this specific subjective right has arisen. For instance, if someone knows of the existence of a right, it is not necessary to require formalities, e.g. the registration of the right for this right to be enforceable vis-à-vis this person, even though the law may require the registration of the right *in abstracto*; it is unnecessary and may even be harmful to require it, because this person already knows the legal situation and needs no additional protection. It makes no sense to stick to rigid rules just for the sake of it. It is sen-

¹⁵ Decision of the Swiss Federal Tribunal of 17.12.1990, BGE 116 II 700, 702; Ingeborg Schwenzer, Christiana Fontoulakis, “Art. 11 CO No. 17”, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, (Eds. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser), 7th ed., Basel, 2020.

¹⁶ See for possible solutions to this problem Alfred Koller, *Der Grundstückskauf*, 3rd ed., Bern, 2017, § 3 No. 7 et seq.; I. Schwenzer, Ch. Fontoulakis, op. cit., Art. 11 CO No. 23 et seq.

¹⁷ Decision of the Swiss Federal Tribunal of 24.9.1986, BGE 112 II 330, 336; I. Schwenzer, Ch. Fontoulakis, op. cit., Art. 11 CO No. 18.

¹⁸ E. Bucher, op. cit., 61 et seq.

sible to adapt private law to reflect (its procedural) reality and not to hinder reality to become lawful. By allowing this, law becomes more refined and better suited to assist people to satisfy their needs. This way of understanding private law is close to the English legal perception.¹⁹

Dr NATAŠA HADŽIMANOVIĆ
Advokat, Four Knights LLC, Ženeva
Predavač na Univrzitetu u Cirihu

RAZUMEVANJE PRIVATNOG PRAVA IZ PROCESNE PERSPEKTIVE

Rezime

U članku je učinjen pregled pozitivnih aspekata razumevanja privatnog prava iz procesne perspektive, iz *ex post* perspektive, u situaciji kada je već došlo do spora, slično načinu na koji se percipira englesko pravo. Na evropskom kontinentu, privatno pravo se obično shvata na drugačiji način. Ono se percipira kroz apstraktnu *ex ante* perspektivu, usredsređujući se na materijalno pravo i trenutak (ne)nastanka subjektivnih prava. Međutim, ovakav pristup često dovodi do rezultata koji nisu zadovoljavajući.

Ključne reči: postupak orijentisan na način razumevanja privatnog prava, *ex post* perspektiva, normativni način razumevanja privatnog prava, *ex ante* perspektiva

Bibliography

- Bauer-Mitterlehner I., “Kreditsicherheiten in der Insolvenz in der Russischen Föderation. Rechtsstellung der gesicherten Gläubiger”, *Dingliche Kreditsicherheiten in der Insolvenz in Mittel- und Osteuropa*, (Eds. Martin Winner, Romana Cierpial-Magnor), Wien, 2016.
- Baumann Lorant R., “Art. 715 ZGB No. 06”, *Kurzkommentar Zivilgesetzbuch*, (Eds. Andrea Büchler, Dominique Jakob), 2nd ed., Zurich, 2018.
- Bogdan M., *Concise Introduction to Comparative Law*, Amsterdam, 2012.
- Bucher E., “Für mehr Aktionendenken”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Tom 186, Tübingen, 1986.
- Čulinović-Herc E., “Zalaganje pokretnih stvari određenih po rodu prema zakonu o upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima”, *Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Tom 27, Rijeka, 1991.
- Dubey J., *Introduction au droit et au droit des affaires*, Université de Fribourg, 2012.

¹⁹ On English law Michael Bogdan, *Concise Introduction to Comparative Law*, Amsterdam, 2012, 95; E. Bucher, op. cit, fn 3, 19.

- Grädler T., *Die Möglichkeiten der globalen Belastung von Unternehmen im deutschen Recht, Dargestellt am Beispiel der englischen floating charge*, Tübingen, 2012.
- Kleweta F., *Die Sicherungsfunktion der Floating Charge in Deutschland*, Tübingen, 2018.
- Koller A., *Der Grundstückskauf*, 3rd ed., Bern, 2017.
- Michaels R., *Sachzuordnung durch Kaufvertrag, Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht*, Berlin, 2002.
- Samuel G., “Le droit subjectif’ and English Law”, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 46, Cambridge, 1987.
- Schwenzer I., Fontoulakis Ch., “Art. 11 CO No. 17”, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, (Eds. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser), 7th ed., Basel, 2020.
- Steinauer P.-H., *Les droits réels*, Tom2, 4th ed., Bern, 2012.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 15.10.2020.

Prihvaćen: 23.10.2020.

PREGLEDNI RAD

Svojina

Svojina i druga stvarna prava

NINA PLANOJEVIĆ

OSVRT NA RANG HIPOTEKE U SRPSKOM PRAVU

U radu je obrađeno pitanje višestrukog zalaganja iste nepokretnosti i ranga tako nastalih hipoteka u domaćem pravu. U prvom delu rada autor se bavi pojmom i vrstama ranga hipoteke. U drugom delu rada on iznosi način na koji je rang hipoteke bio uređen u nekadašnjem srpskom pravu. U trećem, centralnom delu rada analizirana su tri nova rešenja u vezi ranga hipoteke u pozitivnom pravu Srbije (raspolaganje neispisanom hipotekom, zabeležba prvenstvenog reda i predbeležba nove hipoteke) i njihov uticaj na vrstu ranga hipoteke koji je prihvaćen kod nas. U četvrtom delu rada autor analizira rešenja o rangu hipoteke iz prednacrtu Građanskog zakonika Srbije, a u poslednjem, zaključnom delu sumira rezultate do kojih je došao i predlaže pravac u kome bi trebalo da se kreće regulativa ranga hipoteke u budućnosti.

Ključne reči: hipoteka, fiksni rang, klizeći rang, raspolaganje neispisanom hipotekom, zabeležba prvenstvenog reda, predbeležba nove hipoteke

U V O D

Za razliku od predratnog srpskog prava, u kome je hipoteka bila zakonom uređen, teorijski obrađen, a u praksi zastupljen i razvijen institut – u posleratnom periodu ona je iz ideoloških razloga bila u drugom planu. Usled dominacije državne, a potom i društvene svojine – što je trajalo skoro pola veka, hipoteka je bila zapostavljena i nepopularna¹, a i broj nepokretnosti u privatnoj svojini pogodnih

Prof. dr Nina Planojević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: nplanojevic@jura.kg.ac.rs. Rad je napisan u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu pod nazivom “Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije”.

¹ O toj situaciji više: Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1994, 269–270.

za zalaganje, poput stanova, je bio smanjen. U skladu sa takvom situacijom, Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa² iz 1980. godine (nadalje: ZOSPO) hipoteku reguliše u osnovnim crtama, sa svega 7 članova – što je verovatno bila najkraća regulativa ovog instituta ikada.

Oživljavanje privatne svojine u Srbiji 90-ih godina prošlog veka, njeno otvaranje za strani kapital i raznovrsne bankarske poslove, kao i druge društveno-ekonomske promene koje su se tada događale direktno su uticale na promenu odnosa prema hipoteci. Vrlo brzo ona postaje jedno od najzastupljenijih sredstava obezbeđenja potraživanja, što je trend koji je opstao i do sadašnjeg trenutka. Hipoteka je danas u Srbiji sredstvo obezbeđenja gotovo svakog većeg novčanog potraživanja, bilo da su u ulozi dužnika privredni subjekti ili građani. Na ovakvu izmenu okolnosti zakonodavac je 2005. godine reagovao donošenjem novog Zakona o hipoteci³ sa preko 60 članova i dosta novih rešenja⁴ – od kojih su neka pogodovala dužnicima (npr. proširenje kruga objekata koji se mogu hipotekovati), a neka poveriocima (npr. mogućnost vansudske realizacije hipoteke). Drugi način na koji je podržano oživljavanje hipoteke bilo je ubrzano ustrojavanje katastra nepokretnosti⁵, kao ažurnog registra – bez čega hipoteka nije moguća. I pravna teorija je ispratila novi razvoj događaja, pa se poslednjih desetak godina nižu radovi iz oblasti hipotekarnog prava, u kojima su obrađivani razni segmenti ovog instituta.

Iako značaj i zastupljenost hipoteke, kao i ozbiljnost situacije koja po egzistenciju hipotekarnog dužnika nastupa ako dođe do njene realizacije ne dopuštaju da se pitanja u vezi ovog instituta dele na više i manje važna, nama se – imajući u vidu događanja u praksi o kojima čak i mediji izveštavaju, a poznajući finansijske mogućnosti većine naših ljudi – ipak nametnula jedna tema koja se čini za nijansu aktuelnijom od drugih. U pitanju je trend povećanog zaduživanja, kroz uzimanje novih kredita i pre otplate prethodnih; uz prateću okolnost da prosečan srpski dužnik poseduje samo jednu nepokretnost, kao najvredniji i jedini objekat koji može založiti. Pravničkom terminologijom rečeno, u pitanju je višestruko zalaganje iste nepokretnosti i rang nastalih hipoteka. Reč je ne samo o temi koju je kao aktuelnu iznedrio život; već i o temi koja je manje obrađivana – što je neuobičajeno s obzirom na to da su pitanja u vezi ranga hipoteke Zakonom o hipo-

² Službeni list SFRJ, br. 6/80 i 36/90, Sl. list SRJ, br. 29/96, Službeni glasnik RS, br. 115/2005.

³ Službeni glasnik RS, br. 115/2005, 60/2015, 63/2015, 83/2015.

⁴ Miroslav Lazić, "Reforma hipoteke u srpskom zakonodavstvu", *Evropski pravnik*, br. 2, 2007, 61–76.

⁵ O tome više: Nina Planojević, "Načela katastra nepokretnosti u Srbiji i Republici Srpskoj", *Pravna riječ*, br. 32, 2012, 165–180.

teci uređena na nov, drugačiji način u odnosu na rešenja ZOSPO. Konačno, rang hipoteke uređen je i prednacrtom Građanskog zakonika, što takođe zaslužuje komentar nezavisno od dalje sudbine ovog dokumenta – pa će zato rang hipoteke biti tema ovog rada. Naš cilj je da odgovorimo na jedno, na prvi pogled jednostavno pitanje, ali na koje pravna teorija ipak nema jedinstven odgovor, a to je: koja je vrsta ranga hipoteke usvojena u domaćem pravu, u čemu se njegoja rešenja razlikuju od prethodnih i kako ih oceniti – kao bolja ili lošija?

POJAM I VRSTE RANGA HIPOTEKE

Pojam ranga. – Činjenično stanje koje je neophodno da bi se moglo govoriti o primeni rangiranja je istovremeno postojanje više stvarnih prava na istoj stvari. Ovakva situacija, međutim, ne može nastati kod svih vrsta stvarnih prava. Opšte je poznato da na istoj stvari ne može postojati više *svojina*, koje se kao najpotpunija prava na stvari međusobno isključuju.

Što se tiče pitanja može li se konstituisati više *ograničenih stvarnih prava* na istoj stvari – na njega nije moguće dati jedinstven odgovor, jer on zavisi od vrste i sadržine ovih prava. Više ograničenih stvarnih prava koja karakteriše *sveobuhvatnija sadržina*, jedva nešto uža od svojine (poput plodouživanja ili prava građanja), ne može paralelno egzistirati na istoj stvari – pa se međusobno isključuju poput dve svojine.⁶ Ograničena stvarna prava sa *užom sadržinom*, poput založnih prava ili stvarnih službenosti, mogu istovremeno postojati na jednoj stvari, bilo da su istovrsna ili različita; a mogu uporedo egzistirati i sa ograničenim stvarnim pravima sveobuhvatnije sadržine iz prethodne grupe⁷ (npr. plodouživanje i založno pravo na istoj stvari su mogući). Pošto nepokretnosti pružaju više mogućnosti za paralelno korišćenje od strane različitih subjekata nego pokretne stvari – na njima je zasnivanje više ograničenih stvarnih prava u isto vreme češća pojava. Iz izloženog proizilazi da je, s obzirom na njihovu sadržinu, konstituisanje više hipoteka na istoj nepokretnosti moguće – što je predviđeno i čl. 40 Zakona o hipoteci, kao i odredbama zakona koji uređuje katastar nepokretnosti.

Mogućnost paralelnog egzistiranja više istovrsnih ili različitih ograničenih stvarnih prava na istoj stvari otvara naredno pitanje: kako se rešava njihova kolizija, odnosno kojim će redom ona biti vršena? Ovo pitanje je značajno u slučaju višestrukog zalaganja iste nepokretnosti, odnosno postojanja više hipoteka na njoj – jer je moguće da vrednost založene nepokretnosti ne bude dovoljna za namirenje svih obezbeđenih potraživanja, ako ne budu plaćena o dospelosti. Kolizi-

⁶ O tome više: Miroslav Lazić, "Rang stvarnih prava", *Pravni život*, br. 10, 2002, 73–74.

⁷ *Ibidem*.

ja više ograničenih stvarnih prava na istoj stvari rešava se putem postupka koji se naziva *rangiranje*.

Pod rangiranjem se podrazumeva utvrđivanje prvenstvenog reda, redosleda između više istovrsnih ili različitih ograničenih stvarnih prava na jednoj stvari⁸ – u našem slučaju između više hipoteka. Prvenstveni, bolji rang je zapravo bolji položaj jednog u odnosu na drugo stvarno pravo na istoj stvari.⁹ Opšteprihvaćeno pravilo za uspostavljanje prvenstvenog reda sadrži načelo “*Prior tempore, potior iure*”¹⁰, pa ranije konstituisano pravo ima prednost u realizaciji nad kasnije zasnovanim. Kada je u pitanju hipoteka, čas njenog konstituisanja, pa samim tim i njen prvenstveni red, odnosno rang se lako utvrđuju, jer se beleže u odgovarajućim registar – katastar nepokretnosti. U pravnoj teoriji¹¹ se ukazuje da prvenstveni red treba razlikovati od prava prvenstvene naplate, kojim se ne uređuje odnos između više hipoteka na istoj stvari; nego između hipotekarnih i običnih poverilaca povodom hipotekovane nepokretnosti – što je zasebno pitanje. Takođe je, izuzetno, moguće da na jednoj nepokretnosti postoji više hipoteka sa istim prvenstvenim redom.¹²

Vrste ranga hipoteke. – Pošto smo utvrdili da se kolizija više hipoteka na istoj nepokretnosti rešava njihovim rangiranjem; a da se rangiranje, mesto hipoteke u redu utvrđuje prema ranijem času nastanka, otvara se novo pitanje: *šta biva sa rangom hipoteke, odnosno mestom koje ona u redosledu više hipoteka zauzima kada potraživanje koje obezbeđuje bude ugašeno?* Prema opštepoznatom načelu akcesornosti založnog prava¹³, sa prestankom potraživanja prestaje i hipoteka, odnosno nastupa materijalni razlog za njeno gašenje zahvaljujući čemu je moguće ishodovati i njen formalni prestanak, tj. upis brisanja. Načelo “*Prior tempore, potior iure*” nam nije od pomoći za odgovor na gore postavljeno pitanje, jer je njegoja funkcija iscrpljena sa završetkom rangiranja.

Pitanje sudbine ranga, odnosno “upražnjenog mesta” – što je izraz koji bismo upotrebili kao najbolji opis novonastale situacije – ostaje otvoreno. Iz da-

⁸ M. Lazić, op. cit., str. 75.

⁹ Dragoljub Stojanović, *Stvarno pravo*, Beograd, 1980, 244.

¹⁰ O ovom načelu u rimskom pravu: Emilija Stanković, Srđan Vladetić, *Rimsko pravo*, Kragujevac, 2020, 277. O istorijskom razvoju hipoteke: Duško Medić, *Stvarno pravo Republike Srpske*, Banja Luka, 2019, 322.

¹¹ Duško Medić, *Hipoteka i ostala sredstva obezbeđenja potraživanja – stanje i pravci razvoja*, Banja Luka, 2005, 181.

¹² O tome više: Radenka Cvetić, *Savremena evidencija nepokretnosti*, Novi Sad, 2009, 136; Nina Planojević, *Stvarno pravo u praksi*, Kragujevac, 2012, 508.

¹³ O ovome detaljno: Miloš Živković, *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti*, Beograd, 2010, 49–193.

ljeg teksta će se videti da “upražnjeno mesto” može imati važnost, a i ekonomski značaj za hipotekarnog dužnika. Pre toga se, međutim, mora rešiti pitanje u vezi pravne prirode ranga hipoteke, odnosno pitanje u koju pravnu kategoriju on spada – o kome se uglavnom raspravljalo u nemačkoj pravnoj teoriji.¹⁴ Po jednom, manjinskom stavu, rang je element sadržine hipoteke. Ako bismo prihvatili ovo stanovište, sa gašenjem hipoteke morala bi nestati i pozicija koju je ona do tada zauzimala (rang), kao njen sastavni deo, tako da ona za sobom ne bi ostavljala ono što smo nazvali “upražnjenim mestom”.

Po drugom, većinskom mišljenju, rang ne čini sadržinu hipoteke, već je “fenomen čija je uloga uspostavljanje odnosa između više stvarnih prava na istoj stvari”.¹⁵ Iako je osnovna funkcija ranga da “složi” više postojećih hipoteka po određenom redu i definiše njihov međusobni odnos, ako se prihvati ovo stanovište o njegovoj pravnoj prirodi možda ima smisla i pitanje da li fenomen ranga može “nadživeti” ugašenu hipoteku? Da li se “upražnjeno mesto” koje ostaje nakon gašenja hipoteke može posmatrati kao novi pojavni oblik ranga (jer rang nije deo njene sadržine); ima li on još neku funkciju sem određivanja pozicije postojeće hipoteke i može li nečemu služiti i po njenom prestanku?

Imajući u vidu rešenja pravnih sistema različitih država, možemo zaključiti da se oni na različite načine odnose prema “upražnjenom mestu”, tj. rangu ugašene hipoteke. U tom smislu, prema kriterijumu koji bismo slikovito mogli nazvati “šta biva posle”, moguće je izdvojiti dve osnovne vrste ranga hipoteke. Reč je o fiksnom i klizećem rangu. Da bismo mogli da ocenimo koji je rang prihvaćen u našem pravu, najpre ćemo izneti karakteristike navedenih vrsta ranga hipoteke u “čistom” obliku.

a) *Fiksni rang* podrazumeva situaciju, u kojoj nakon gašenja jedne od više hipoteka na istoj nepokretnosti, njeno dotadašnje mesto u redu ostaje upražnjeno. Preostale hipoteka, svejedno na kom se mestu nalaze u redosledu hipoteka na istoj nepokretnosti, tj. da li su iza ili ispred ugašene hipoteke – zadržavaju svoje mesto, svoj dotadašnji rang koji je “fiksiran”, nepromenjen. Smatra se da se ideja fiksnog ranga zasniva na shvatanju da predmet hipoteke nije stvar već deo, segment njene vrednosti.¹⁶ To znači da na preostale hipoteka gašenje jedne hipoteka iz reda ni na koji način ne utiče. Mesto ugašene hipoteke ostaje upražnjeno, a zakonodavac može vlasniku založene nepokretnosti da dopusti raspolaganje tim mestom; odnosno da mu ga dopusti u određenim okvirima ili neograničeno. Neograničeno raspolaganje bi moglo značiti da vlasnik može sve: – da mesto uga-

¹⁴ O ovoj raspravi u kratkim crtama izveštava: M. Lazić, op. cit., 75–76.

¹⁵ *Ibidem*, 76.

¹⁶ Dragor Hiber, Miloš Živković, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Beograd, 2015, 115.

šene hipoteke ostavi upražnjenim trajno ili neko vreme (ne želi više zalagati nepokretnost ili je želi zalagati, ali nikome ne želi ustupiti baš to upražnjeno mesto – npr. najbolji, prvi rang); – da na tom mestu konstituiše svojinsku hipoteku¹⁷ (ako je u jednoj državi ona dopuštena); – da na tom mestu konstituiše hipoteku za novo potraživanje u korist istog ili drugog poverioca, sve to do visine potraživanja koje je obezbeđivala ugašena hipoteka. Neograničeno raspolaganje rangom značilo bi i da je irelevantan razlog zbog koga je hipoteka prestala da postoji – bitno je da je više nema, da je nastupio i materijalni razlog za njeno gašenje i da je formalno prestala, tj. izbrisana iz registra.

Dakle, kod fiksnog ranga u čistom obliku nije u pitanju raspolaganje neizbrisanom hipotekom za koju je nastupio materijalni razlog prestanka (npr. isplata potraživanja), već raspolaganje upravo “praznim mestom”, preostalim nakon gašenja hipoteke koja ga je zauzimala, raspolaganje rangom kao zasebnim fenomenom. Ako zalagodavac odluči da raspolaže upražnjenim mestom, dobrim rangom ispisane hipoteke i ustupi ga novom hipotekarnom poveriocu, time zapravo krši i načelo “*Prior tempore, potior iure*”, jer poslednja konstituisana hipoteka dobija prvo umesto poslednjeg mesta u nizu, koje bi joj pripalo u skladu sa trenutkom zasnivanja. Smatra se da ovo načelo u sistemu fiksnog ranga nema značaj kakav ima u sistemu klizećeg ranga, jer rang nove hipoteke zavisi od sporazuma zalagodavca i založnog poverioca.

Po opštem mišljenju,¹⁸ švajcarski pravni sistem sadrži rešenje koje je najbliže fiksnom rangom hipoteke u čistom obliku, s tim što se čini da su norme koje uređuju ovaj rang dispozitivne, pa zainteresovani subjekti njegovu primenu mogu ugovorom isključiti.¹⁹

b) Klizeći rang podrazumeva situaciju u kojoj nakon gašenja jedne od više hipoteka na istoj nepokretnosti njeno dotadašnje mesto u redu ne ostaje upražnjeno, već se na njega automatski pomera naredna hipoteka, sa lošijim rangom. To dalje podrazumeva čitav niz pomeranja, jer se svaka naredna, kasnije zasnovana hipoteka pomera unapred. Vlasnik nepokretnosti ne može raspolagati rangom, mestom ugašene hipoteke ni na koji način, jer on zapravo prestaje da postoji tako što ga zauzima, “apsorbuje” hipoteka koja je sledeća u redu. Nova hipoteka

¹⁷ O svojinskoj hipoteci: Miroslav Lazić, “Svojinska stvarna prava”, *Pravni život*, br. 10, 2003, 87–92; D. Medić, op. cit., 192–195; Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Stvarno pravo*, Niš, 2004, 330.

¹⁸ Slično viđenje čl. 813, 814, 893 i dr. Švajcarskog građanskog zakonika i: M. Lazić, op. cit., 77, fusnota 8; D. Medić, op. cit., 193.

¹⁹ Slično mišljenje: D. Medić, op. cit., 182, fusnota 909; Miroslav Lazić, *Prava realnog obezbeđenja*, Niš, 2009, 130, fusnota 220.

uvek i bez izuzetka dolazi na poslednje mesto u nizu više hipoteka, u skladu sa časom svog zasnivanja, a načelo "*Prior tempore, potior iure*" ostaje očuvano.

Izgleda kao da je ova vrsta ranga zasnovana na već pomenutom (manjinskom) i teško prihvatljivom stavu o pravnoj prirodi ranga, po kome je on sastavni deo sadržine hipoteke – pa sa njenim gašenjem prestaje da postoji i sam rang, jer on nije zaseban fenomen, kao u sistemu fiksnog ranga. Klizeći rang je i nezavisno od ove konstatacije kritikovan u pravnoj teoriji kao nepravičan,²⁰ jer gašenje prethodne hipoteke popravljaja položaj poverioca sa kasnije zasnovanom i lošije rangiranom hipotekom – iako on po pravilu zajam/kredit daje pod nepovoljnijim uslovima (npr. sa višom kamatom) upravo svestan rizika lošijeg ranga svog obezbeđenja. To znači da taj poverilac neopravdano zadobija povoljniji položaj, pri čemu dužnikova situacija ostaje nepromenjena (kamata i drugi uslovi kreditiranja se ne popravljaju). Pravo bivše Jugoslavije možemo uzeti kao primer usvajanja klizećeg ranga u čistom obliku, dakle bez izuzetaka.

Poređenje fiksnog i klizećeg ranga. – Na osnovu izloženog možemo konstatovati da je fiksni rang više u interesu hipotekarnog dužnika, jer on upražnjeni bolji rang može ponuditi novom hipotekarnom poveriocu za kredit/zajam, koji bi mogao dobiti pod povoljnijim uslovima. Povoljniji uslovi bi bili posledica činjenice da nova hipoteka stupa na mesto ugašene i preuzima njen rang, umesto da se nađe na poslednjem mestu na listi hipoteka koje terete nepokretnost, a u skladu sa trenutkom svog konstituisanja. Naravno, bez obzira na rang, jedna hipoteka može biti realizovana tek ako dužnik potraživanje obezbeđeno njome ne plati o dospelosti i ako su ispunjeni ostali propisani uslovi.

S druge strane, klizeći rang je više u interesu hipotekarnog poverioca, koji sa gašenjem prethodne hipoteke stupa na upražnjeno mesto, automatski preuzimajući njen bolji rang – iako je dužnik zbog lošijeg ranga potonje hipoteke kredit dobio pod težim uslovima. Tako se u širem smislu narušava ekvivalencija uzajamnih davanja.

Odgovor na pitanje koja je vrsta ranga pravičnija nameće se sam. Dok fiksni rang ne oštećuje interese ni hipotekarnog dužnika ni bilo kog hipotekarnog poverioca u nizu²¹; klizeći rang za dužnika može stvoriti situaciju sličnu oštećenju u vidu izmakle dobiti, a za poverioca neopravdanu pogodnost sigurnijeg namirenja. Dužnik, gubeći mogućnost raspolaganja dobrim rangom ugašene hipoteke, gubi i mogućnost dobijanja novog kredita sa nižom kamatom – što je uporedivo sa nekom vrstom izmakle dobiti koju mu prouzrokuje opredeljenje za klizeći rang. Rekli bismo da je teško naći prednosti klizećeg ranga.

²⁰ D. Medić, op. cit., 182; D. Hiber, M. Živković, op. cit., 115.

²¹ Isto mišljenje: D. Medić, op. cit., 183.

RANG HIPOTEKE U NEKADAŠNJEM SRPSKOM PRAVU

Do donošenja Zakona o hipoteci, hipoteka je u Srbiji bila regulisana odredbama ZOSPO. Njime je bilo predviđeno da se redosled više hipoteka na istoj nepokretnosti određuje prema trenutku njihovog nastanka, ako zakonom nije drugačije određeno (čl. 65). Ideja je bila da u zakonsku normu bude pretočeno pravilo "*Prior tempore, potior iure*" za uspostavljanje ranga između više hipoteka, mada navedena odredba ZOSPO ipak nema isto značenje kao ova maksima. Propisivanje da se redosled više hipoteka određuje prema *trenutku nastanka* svake od njih može značiti da prvo mesto u redu zadobija hipoteka koja je prva nastala, ali može značiti i da prvo mesto pripada hipoteci koja je poslednja nastala – jer red može početi da se niže na dva načina. Primer za drugu situaciju, kada prvi rang i prioritetna realizacija pripadaju založnom pravu koje je nastalo poslednje, postoji kod zakonske ručne zaloge iz Zakona o obligacionim odnosima (čl. 679–680). Zato smatramo da je ovu odredbu ZOSPO trebalo tako formulisati, da se nakon reči "...redosled hipoteka određuje se prema trenutku njihovog nastanka..." doda zarez i reči: "tako da prvo mesto pripada hipoteci koja je prva nastala i tako redom" – što je očito bio smisao koji je zakonodavac imao na umu. To je bilo prihvaćeno u teoriji i praksi kao pravo značenje ove odredbe, što potvrđuju i drugi zakoni koji su uređivali ovu materiju.

Tako je zakonom koji je u to vreme uređivao katastar nepokretnosti bilo propisano da je upis (tj. čas podnošenja validnog zahteva za upis²²) momenat kada nastaje jedno stvarno pravo, uključujući i hipoteku; kao i da je *jače ono pravo koje je ranije upisano*. Tako je zapravo učinjena nespornom odredba ZOSPO o kojoj je bilo reči. Zakon, kojim je u to vreme bio regulisan izvršni postupak, uređio je situaciju koja nastupa ako dođe do realizacije hipoteke, predviđajući namirenje poverilaca po redu sticanja založnog prava.

Ono što možemo konstatovati je da u nekadašnjem srpskom pravu nije bilo odredbe o vrsti ranga, tj. odredbe koja propisuje šta biva sa mestom one od više hipoteka na istoj nepokretnosti koja je prestala da postoji, a imala je bolji rang u odnosu na ostale. S druge strane, pravna teorija i praksa su, bez pozivanja na neku konkretnu odredbu, bile jedinstvene u stavu da je u tadašnjem pravu bio prihvaćen fleksibilan, klizeći rang²³ i da se sa gašenjem prava višeg po rangu na njegovo mesto, dakle unapred, automatski pomera pravo koje je bilo iza njega.

²² O tome više: Duško Medić, *Založno pravo*, Banja Luka, 2002, 124.

²³ D. Stojanović, op. cit., 244; M. Lazić, op. cit., 130.

U nedostatku izričite odredbe, ovakav zaključak se mogao izvesti jedino iz činjenice da nije bilo propisanih izuzetaka od pravila da se hipoteke rangiraju (a kasnije i realizuju) prema času nastanka, od ranije prema kasnije zasnovanoj; pa hipotekarni dužnik nije mogao da kasnijoj hipoteci, koja treba da zauzme poslednje mesto u redu, "dodeli" bolje mesto, na kome je bila ranija hipoteka – što je odlika sistema fiksnog ranga. Ovo se nije moglo postići ni svojinskom hipotekom, koju naše pravo nije poznavalo. Poslednja zasnovana hipoteka je uvek zauzimala poslednje mesto, a nakon gašenja prvorangirane hipoteke, sledeća je preuzimala prioritet i tako redom. Rang ugašene hipoteke je sa njom "nestajao" – iz čega se izvodio zaključak da je kod nas bio prihvaćen klizeći rang.

Jedini način da se u našem tadašnjem pravu promeni rang (prvenstveni red) hipoteke bio je sporazum hipotekarnih poverilaca sa boljim i lošijim rangom o "rotiranju" njihovih pozicija, ustupanju ranga²⁴ (što je moguće i po sadašnjim propisima o katastru nepokretnosti, kao i u sistemu fiksnog ranga²⁵). Postoje različita mišljenja o tome da li je za ovu radnju potrebna saglasnost vlasnika hipotekovane nepokretnosti²⁶ (propisima o katastru nepokretnosti ovo pitanje nije uređeno²⁷), kao što je potrebna saglasnost hipotekarnih poverilaca, čije su hipoteke rangirane između hipoteka čiji titulari zamenjuju mesta – iznad visine potraživanja koje je obezbeđivala hipoteka sa boljim rangom.

RANG HIPOTEKE U POZITIVNOM PRAVU SRBIJE

Nova rešenja. – Zakonom o hipoteci u naše pravo uvedena su tri nova rešenja u vezi ranga hipoteke. Slična rešenja postoje i u drugim državama, poput Austrije (čije se pravo smatra uzorom našim novim rešenjima²⁸), Hrvatske,²⁹ BiH, Severne Makedonije itd. U kratkim crtama iznećemo suštinu tih novina, kako bismo utvrdili da li je sa njima došlo do promene vrste ranga hipoteke u našem pravu, o čemu postoje različita mišljenja.

²⁴ V. par. 29–35 Zakona o zemljišnim knjigama, *Službene novine Kraljevine Jugoslavija*, br. 146/1930; 281/1931.

²⁵ D. Medić, *Hipoteka i ostala sredstva obezbeđenja potraživanja – stanje i pravci razvoja*, Banja Luka, 2005, 182.

²⁶ Da ovakva saglasnost nije potrebna smatra: D. Medić, op. cit., 182. Da je ovakva saglasnost potrebna smatra: D. Hiber, M. Živković, op. cit., 113.

²⁷ O ovoj temi više: R. Cvetić, op. cit., 137–138.

²⁸ D. Hiber, M. Živković, op. cit., 269; M. Živković, op. cit., 189.

²⁹ O hrvatskim rešenjima više: Nikola Gavella i dr., *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, 821–824; Martin Vedriš, Petar Klarić, *Gradansko pravo*, Zagreb, 2004, 347.

Inače, rangiranje i određivanje redosleda u realizaciji više hipoteka na istoj nepokretnosti se i po Zakonu o hipoteci vrši na isti način kao i prema ZOSPO – prema danu, času i minutu nastanka hipoteke (čl. 40); s tim što je, za razliku od odredbe ZOSPO čiju smo formulaciju kritikovali, propisano da se redosled uspostavlja “...računajući od momenta prve upisane hipoteke” – što je korisno preciziranje.

a) *Prva novina* u vezi ranga predviđena je čl. 53–54 Zakona o hipoteci, kojima je propisana mogućnost zalagodavca da *raspolaže neispisanom hipotekom*, koja je obezbeđivala potraživanje koje je prestalo, tako što će je preneti novom ili starom poveriocu za obezbeđenje drugog potraživanja – u roku od 3 godine od prestanka starog potraživanja i do visine njegovog iznosa. Hipotekarni poverioci sa kasnijim redom prvenstva zadržavaju svoj rang i ne mogu se protiviti upisu novog poverioca na mesto neispisane hipoteke; a zalagodavac se ne može odreći mogućnosti ovakvog raspolaganja (izuzev ako se ugovorom obaveže na ispis stare hipoteke, uz zabeležbu te obaveze – što se po nekim procenama³⁰ može često dešavati u praksi i što može obesmisлити ovu novinu).

Iz navedenog proizilazi da lošije rangirane hipoteke zadržavaju svoje mesto, pa njihov rang ostaje nepomičan, fiksiran i ne “kliza” unapred – što je situacija koja je oročena na 3 godine. Smatra se³¹ da je cilj oročavanja ove mogućnosti u podsticanju zalagodavca da ne odugovlači sa njenim korišćenjem – za čim u austrijskom pravu, iz koga je raspolaganje neispisanom hipotekom preuzeto, nije bilo potrebe, jer je tamo moguće savesno sticanje hipoteke,³² pa se ne čeka sa njenim raspolaganjem.

Mišljenja smo da kod ove novine ne može biti reči o fiksnom rang u čistom obliku, koji smo opisali u gornjem tekstu, jer vlasnik nepokretnosti suštinski ne raspolaže rangom hipoteke,³³ tj. “upražnjenim mestom” nakon njenog prestanka – zato što to mesto i ne postoji, jer ga zauzima neispisana hipoteka koja nije prestala, onemogućavajući ostale da se pomere unapred. Zato je u ovoj situaciji predmet raspolaganja zapravo neispisana hipoteka sa svojim redom prvenstva (kako je i naslovljen čl. 53), a ne sam prvenstveni red, kao u sistemu fiksnog ranga. Neispisana hipoteka, suprotno načelu akcesornosti, formalno egzistira iako je potraživanje koje je obezbeđivala prestalo i ona se takoreći samostalno prenosi (što prema opštim pravilima hipotekarnog prava nije moguće), “vezujući” se kasnije za novo potraživanje koje će nadalje obezbeđivati. Da je reč o raspolaga-

³⁰ D. Hiber, M. Živković, op. cit., 271.

³¹ *Ibidem*, 270.

³² O tome više: M. Živković, op. cit., 142, 182.

³³ Suprotno: M. Lazić, op. cit., 139.

nju “upražnjenim mestom”, kao kod fiksnog ranga, vlasnik nepokretnosti bi mogao odmah ispisati staru hipoteku, a nepokretnost više ne zalagati i rang sačuvati; ili novu hipoteku na tom mestu u korist novog poverioca konstituisati u nekom kasnijem trenutku (nakon proteka 3 godine), po svom izboru i potrebi. Iako se ovde ne radi o uvođenju fiksnog ranga, možemo konstatovati da mogućnost raspolaganja neispisanom hipotekom daje određene efekte fiksnog ranga, vremenski omeđene trogodišnjim rokom. Na taj način formalno biva očuvano i načelo “*Prior tempore, potior iure*”, za razliku od ustupanja bolje rangiranog “upražnjenog mesta” za novu hipoteku kod fiksnog ranga.

Naime, pošto je ovde predmet ustupanja postojeća, ranije nastala, neispisana hipoteka sa svojim rangom, kao obezbeđenje za novo potraživanje, ispada kao da se, striktno gledano, i ne radi o novoj hipoteci³⁴ – koja bi prema času svog nastanka trebalo da se nađe na poslednjem mestu u nizu. Cela ova konstrukcija ima za cilj da se *prvenstvo* neispisane hipoteke prenese na novu, koja dolazi na njeno mesto, dakle zasniva se nova hipoteka. Iako je jasno šta je bila intencija ovakvog rešenja i da se njime bez uvođenja sistema fiksnog ranga na specifičan način postižu efekti fiksnog ranga kroz sprečavanje pomeranja lošije rangiranih hipoteka unapred, ipak moramo zapaziti izvesnu terminološku neusklađenost kod ove novine. Naime, ona je u zakonu regulisana pod naslovom “Raspolaganje neispisanom hipotekom”; ali je čitav odeljak u kome se ova i naredne dve novine u vezi ranga nalaze nazvan “Zasnivanje nove hipoteke” – što deluje protivrečno. Ono što je nesporno je da se ovde ne radi o raspolaganju rangom kao takvim, tj. praznim mestom koje ostaje nakon materijalnog i formalnog prestanka jedne hipoteke – što je karakteristika sistema fiksnog ranga.

Zakonodavac propisuje da se zalagodavac *ne može odreći* mogućnosti raspolaganja neispisanom hipotekom, oročenom na 3 godine – što može stvoriti dilemu oko toga da li se na ispis hipoteke mora čekati 3 godine nezavisno od toga da li nameravamo njome raspolagati; ili se njen ispis može tražiti odmah po prestanku potraživanja, čime gubimo mogućnost o kojoj je reč i što izgleda kao prikladnije značenje ove norme.

b) *Druga novina* u vezi ranga predviđena je čl. 56 Zakona o hipoteci, kojim je propisana mogućnost zalagodavca da novu hipoteku upiše na mesto postojeće, ranije upisane hipoteke (dakle paralelno sa postojanjem stare), sa istim prvenstvenim redom i do istog iznosa.³⁵ Ovu situaciju zakonodavac naziva *predbelež-*

³⁴ O pitanju da li je u ovoj situaciji reč o novoj hipoteci raspravlja i D. Medić, op. cit., 194.

³⁵ Zakonom je uređena i situacija kada na staroj hipoteci postoji nadhipoteka, kada je ona simultana ili kada novu hipoteku treba upisati na mesto više starih hipoteka koje su rangirane jedna iza druge.

bom nove hipoteke, čiji upis proizvodi pravno dejstvo tek ako se opravda ispisom stare hipoteke na zahtev ovlašćenih lica u roku od godinu dana od dozvole upisa. U suprotnom se nova hipoteka briše po samom zakonu – što je izraz koji je u pravnoj teoriji kritikovan³⁶ kao neadekvatan i koji bi trebalo zameniti izrazom “po službenoj dužnosti”, sa čim se moramo složiti.

U pravnoj teoriji³⁷ se ukazuje na to da ovakvu predbeležbu treba razlikovati od predbeležbe iz propisa koji uređuju vrste upisa u registre prava na nepokretnostima. Iako obe predbeležbe predstavljaju upis koji će važiti pod uslovom da bude opravdan, opravdanje se vrši na različite načine. Predbeležba nove hipoteke iz Zakona o hipoteci opravdava se ispisom stare hipoteke, a ne na način koji predviđaju propisi o katastru. Iz ugla ovih propisa posmatrano, predbeležba nove hipoteke iz Zakona o hipoteci zapravo i nije predbeležba, jer ispunjava uslove za uknjižbu – sa čim se u potpunosti slažemo. Zato neki autori³⁸ smatraju da bi termin “predbeležba” trebalo zameniti izrazom “uslovni upis nove hipoteke”. Pošto je opšteprihvaćeno da se predbeležba definiše kao “...upis kojim se uslovno pribavljaju ili gube knjižna prava”,³⁹ nismo sigurni da između ova dva izraza postoji razlika ili je možda autori koji predlažu ovu izmenu nisu dovoljno obrazložili.

U kontekstu ranga i ova novina ima funkciju da povoljnu poziciju jedne hipoteke sačuva za drugu, novu hipoteku, koja zahvaljujući tome neće otići na poslednje mesto u nizu više hipoteka na istoj nepokretnosti – gde bi prema momentu zasnivanja trebalo da se nađe. Radi se o još jednom načinu da se isključi primena klizećeg ranga i da se nakon ispisa jedne hipoteke na njeno mesto ne pomeri sledeća po redu, već da se tu nađe nova hipoteka – dok ostale zadržavaju mesto na kome su se i do tada nalazile. Potrebno je da zalagodavac namirenjem potraživanja ili na drugi način ishoduje ispis stare hipoteke u toku godinu dana, a predbeležbom nove hipoteke osigurava zaduživanje kod novog, već poznatog poverioca. Ispisom stare hipoteke, nova proizvodi dejstvo. Hipotekarni dužnik zahvaljujući mogućnosti predbeležbe ne mora čekati trenutak namirenja starog potraživanja da bi se poslužio prethodno opisanom mogućnošću raspolažanja neispisanom hipotekom – jer bi čekajući mogao izgubiti novog kreditora. Procenjuje se da se u praksi ovaj institut najviše koristi za refinansiranje kredita.⁴⁰ Predbeležba nove hipoteke jeste institut kojim se izbegava klizeći rang (kao što je to slučaj i kod raspolažanja neispisanom hipotekom), ali to smatramo njegovom

³⁶ D. Hiber, M. Živković, op. cit., 271.

³⁷ O tome više: M. Živković, op. cit., 188.

³⁸ D. Hiber, M. Živković, op. cit., 270.

³⁹ V. npr.: O. Stanković, M. Orlić, op. cit., 351.

⁴⁰ D. Hiber, M. Živković, op. cit., 271.

dodatnom funkcijom, jer se čini da potreba za ovakvom pravnom konstrukcijom postoji i iz drugih razloga.

c) *Treća novina* u vezi ranga predviđena je čl. 55 Zakona o hipoteci, kojim je propisana mogućnost zalagodavca da zahteva zabeležbu zadržavanja prvenstvenog reda za upis nove hipoteke na mesto, na kome se nalazila stara i do njenog iznosa, u roku od 3 godine od dozvole zabeležbe – uz istovremeno podnošenje zahteva za ispis stare hipoteke. Pošto su raniji propisi o registrima prava na nepokretnostima⁴¹ već predviđali mogućnost zabeležbe prvenstvenog reda, s tim što je njeno dejstvo za hipoteku po zemljišnoknjižnim propisima bilo kraće (godinu dana) – postavlja se pitanje da li je ovo rešenje Zakona o hipoteci novo ili nije. Po nekim mišljenjima,⁴² ono je samo neka vrsta preciziranja uopštenih odredbi o zabeležbama iz propisa o katastru nepokretnosti.

Dok pomenuti propisi o registrima uređuju zabeležbu prvenstvenog reda za budući upis hipoteke ili nekog drugog prava; čini se da se u slučaju koji analiziramo radi o zabeležbi *zadržavanja* (već postojećeg) prvenstvenog reda koji je ranija hipoteka imala i njegovog prenošenja na novu hipoteku, koja će kasnije biti zasnovana – pa izgleda da je ovo rešenje ipak novo.⁴³ U pravnoj teoriji je ukazano⁴⁴ i na to da je zakonodavac umesto izraza “zabeležba prvenstvenog reda” trebalo da upotrebi precizniji izraz “zabeležba zadržavanja prvenstvenog reda” – sa čim se slažemo i što potvrđuje naš stav.

Mišljenja smo da je zabeležba prvenstvenog reda za upis nove hipoteke rešenje koje znači najveće približavanje sistemu fiksnog ranga, jer vlasnik nepokretnosti ne raspolaže neispisanom hipotekom (kao kod prve novine), već staru hipoteku briše i njeno mesto ostavlja upražnjenim do 3 godine za upis nove hipoteke s tim prvenstvenim redom. Kod prve novine, zalagodavac ne raspolaže rangom, praznim mestom u redu, već, striktno gledano, neispisanom hipotekom zbog nje ne povoljne pozicije. Kod druge novine, on takođe ne raspolaže praznim mestom, jer na određenom mestu u nizu egzistiraju čak dve hipoteke – jedna uknjižena i druga predbeležena, koja će se “aktivirati” ispisom stare. Čini se da tek kod ove treće novine, zabeležbe prvenstvenog reda, zalagodavac dobija mogućnost raspolaganja baš samim rangom, praznim mestom koje ostaje nakon ispisa stare hipoteke, zadržavajući ga za buduću hipoteku – pa ovu novinu zato smatramo bližom fiksnom rangom od prve dve, koje samo indirektno daju efekte fiksnog ranga.

⁴¹ Videti pravno pravilo iz paragrafa 60 Zakona o zemljišnim knjigama.

⁴² R. Cvetić, op. cit., 155–156.

⁴³ O posledicama nerazlikovanja ovih instituta više: M. Živković, op. cit., 177.

⁴⁴ D. Hiber, M. Živković, op. cit., 270.

Razlika između ovog našeg rešenja i sistema fiksnog ranga je pre svega u tome što vlasnik u sistemu fiksnog ranga nije ograničen rokom za zadržavanje prvenstvenog reda za novu hipoteku i što ne mora vršiti zabeležbu, jer mu raspolaganje upražnjenim mestom ispisane hipoteke svakako pripada, tj. kasniji hipotekar ni poverilac ga ne može preuzeti.

Postavlja se pitanje da li se novine o kojima je reč mogu kombinovati, naročito zabeležba prvenstvenog reda sa prvom analiziranom novinom – kojima se isti rezultat postiže na različite načine: u oba slučaja se zapravo čuva povoljna pozicija za obezbeđenje budućeg potraživanja. Kod zabeležbe prvenstvenog reda se stara hipoteka ispisuje i čuva se upražnjeno mesto; dok kod prve novine, neispisana hipoteka koja se može ustupiti za novo potraživanje onemogućava pomeraње ostalih hipoteka unapred – čime se takođe čuva povoljna pozicija za obezbeđenje novog potraživanja. Oba navedena instituta oročena su na 3 godine, ali se taj rok računa od različitih događaja. Kod neispisane hipoteke, trogodišnji rok za mogućnost njenog ustupanja teče od časa prestanka potraživanja; a kod zabeležbe zadržavanja prvenstvenog reda trogodišnji rok teče od dozvole ove zabeležbe. Zato bi se moglo zamisliti kombinovanje ove dve novine na način koji ćemo opisati: vlasnik nepokretnosti bi mogao da 3 godine od prestanka potraživanja ne ispiše hipoteku koja ga je obezbeđivala i da njome ne raspolaze; pa da pred istek trogodišnjeg roka zatraži ispis te hipoteke i zabeležbu zadržavanja njenog prvenstvenog reda za novu hipoteku. Na taj način bi efekte fiksnog ranga, odnosno sprečavanje pomeranja lošije rangiranih hipoteka unapred, uspeo da održi čitavih 6 godina. Ili je možda zakonodavac dve novine o kojima je reč “video” kao rešenja koja se isključuju, tj. u alternativnom su odnosu?

Po jednom mišljenju,⁴⁵ zabeležba prvenstvenog reda u našem pravu jedina vrši i funkciju svojinske hipoteke, koja ima značaj samo u “statičnoj”, ali ne i “dinamičnoj” fazi hipoteke, tj. postupku naplate. Po drugom mišljenju, sve analizirane novine imaju karakter svojinske hipoteke bez potraživanja,⁴⁶ odnosno svojinske hipoteke u širem smislu.⁴⁷ Mi se priklanjamo stanovištu,⁴⁸ po kome je u ovim slučajevima teško govoriti o pravoj svojinskoj hipoteci. Kao dokaz za to se navodi činjenica da ako nepokretnost bude prodana npr. pre brisanja materijalno presta-

⁴⁵ M. Lazić, op. cit., 140.

⁴⁶ D. Hiber, M. Živković, op. cit., 269–270; D. Medić, op. cit., 194–195. Suprotno: M. Lazić, op. cit., 132 i 139; N. Gavella i dr., op. cit., 821–822.

⁴⁷ M. Vedriš, P. Klarić, op. cit., 347.

⁴⁸ Slično: N. Gavella i dr., op. cit., 822. O svojinskoj hipoteci: Živojin M. Perić, *Stvarno pravo* – štampano kao rukopis po predavanjima g. Živ. M. Perića, prof. univerziteta, bez podataka o mestu i godini izdanja, 211.

le hipoteke za namirenje nekog od narednih obezbeđenih potraživanja – vlasnik nepokretnosti neće dobiti iznos koji je neispisana hipoteka obezbeđivala, jer se ne radi o svojskoj hipoteci, već institutu koji ima drugačiju ulogu.

Vrsta ranga u domaćem pozitivnom pravu. – Kao ni ZOSPO, tako ni Zakon o hipoteci ne sadrži odredbu o vrsti ranga u domaćem pravu. U pravnoj teoriji postoje dva mišljenja o ovom pitanju. Po jednom, kod nas je novim rešenjima Zakona o hipoteci uveden fiksni rang⁴⁹; a po drugom reč je o klizećem rangu, koji je modifikovan uslovom.⁵⁰

Po našem mišljenju, u domaćem pravu imamo sukcesivnu primenu dva pravna režima u pogledu ranga hipoteke. *Prvi režim* ne možemo nazvati fiksnim rangom u pravom smislu reči, već trima novim mogućnostima za zalagodavca, koje posredno daju efekte fiksnog ranga, sprečavajući da se nakon (materijalnog) prestanka bolje rangirane hipoteke ostale automatski pomere unapred. Da rezimiramo – prvi način da se to pomeranje spreči je da materijalno prestala hipoteka ostane neispisana i da se ustupi za obezbeđenje nove tražbine. Drugi način je da se materijalno prestala hipoteka ispiše iz registra, uz zabeležbu zadržavanja njenog prvenstvenog reda za novu hipoteku – što je novina koja je na korak bliže pravom fiksnom rangu od prethodne, jer predmet raspolaganja nije neispisana hipoteka, već upražnjeni rang ugašene hipoteke. Predbeležba nove hipoteke je treći način za sprečavanje pomeranja ranga, kada ona bude opravdana ispisom stare hipoteke, mada to po našem mišljenju nije njen jedini cilj. Ove mogućnosti su oročene na tri, odnosno godinu dana; nakon čega se uspostavlja *drugi režim*, tj. klizeći rang hipoteke. To znači da je primena tog drugog režima kod nas odložena, zadržana neko vreme, tj. do 3 godine (mada ima i država u kojima nije propisan rok za odlaganje primene režima klizećeg ranga u svim ovim slučajevima⁵¹). Samo na osnovu zabeležbe sporazuma zainteresovanih lica kod nas se može isključiti mogućnost raspolaganja neispisanom hipotekom obavezivanjem zalagodavca na njeno brisanje i prihvatiti klizeći rang i pre isteka trogodišnjeg roka.

Iz navedenog proizilazi da je klizeći rang u našem pozitivnom pravu ipak pravilo, o čijem se postojanju, pošto nije izričito propisano, zaključuje posredno, iz izuzetaka predviđenih Zakonom o hipoteci – pre svega izuzetka iz čl. 53 o (oročenoj) mogućnosti raspolaganja neispisanom hipotekom, kada se potraživanje koje obezbeđuje ugasi (čega se ne možemo odreći). Logičkim tumačenjem ove odredbe dolazimo do zaključka: 1) da zadržavanje (fiksiranje) ranga *neispisana*

⁴⁹ M. Lazić, op. cit., 130.

⁵⁰ D. Hiber, M. Živković, op. cit., 116 i dr.

⁵¹ Austrija, Hrvatska...

ne hipoteke, mimo zakonom predviđenih uslova i roka od 3 godine, nije moguće; 2) da zadržavanje ranga *posle ispisivanja* hipoteke takođe nije moguće, odnosno da će rang nadalje biti klizeći. To znači da je u našem pravu i dalje prihvaćen klizeći rang hipoteke, a promena u odnosu na ranije propise je u tome što je on modifikovan određenim institutima, koji mogu dati efekte fiksnog ranga pod zakonom propisanim uslovima i koji za određeno vreme zaustavljaju primenu klizećeg ranga.

RANG HIPOTEKE U PROJEKTIMA BUDUĆEG SRPSKOG PRAVA

Hipoteka je uređena u posebnom poglavlju prednacrta Građanskog zakonika (nadalje: Prednacrta). U pogledu načina uspostavljanja redosleda između više hipoteka na istoj nepokretnosti i u njemu je, u čl. 2044, prihvaćeno načelo "*Prior tempore, potior iure*".

Za razliku od Zakona o hipoteci, Prednactrom je definisana i vrsta ranga hipoteke koji se predlaže. To je učinjeno u čl. 2064, u stavovima 6 i 7. Prema stavu 6, isplata duga hipotekarnom poveriocu i ispis hipoteke nemaju uticaja na hipotekarne poverioce sa docnijim redom prvenstva – na osnovu čega bi se moglo zaključiti da je usvojen fiksni rang hipoteke. Međutim, u stavu 7 je predviđeno da se hipoteka sa docnijim redom prvenstva pomeraju za jedno mesto, ako zakonom ili ugovorom nije nešto drugo predviđeno – što bi značilo, suprotno stavu 6, da je ipak u pitanju klizeći rang. Doduše, u ovoj odredbi nije određeno u kom smeru se docnije hipoteka pomeraju za jedno mesto, ali je očito da je to pomeranje unapred, a ne unazad – jer se čitav član odnosi na prestanak hipoteke usled prestanka potraživanja. Ipak, ovo pomeranje je izuzetna situacija, do koje će doći samo ako zakonom ili ugovorom nije predviđeno šta drugo – što bi značilo da je odredba o klizećem rangu dispozitivnog karaktera i da je njenu primenu moguće isključiti kako zakonom, tako i drugačijim sporazumom stranaka.

Možemo konstatovati da su odredbe o kojima je reč zbunjujuće i protivrečne, pa se iz njih ne može sa sigurnošću zaključiti koja je vrsta ranga predložena: fiksni – što proizilazi iz stava 6; ili (dispozitivno) klizeći rang, što proizilazi iz stava 7, čl. 2064 Prednacrta. Da je možda ipak u pitanju klizeći rang proizilazi iz čl. 2079 – 2081 Prednacrta, pod zajedničkim nazivom "Zasnivanje nove hipoteke", koji sadrže ista ona rešenja koja su uvedena kao novine Zakonom o hipoteci i o kojima je bilo reči: raspolaganje neispisanom hipotekom, zabeležba zadržavanja prvenstvenog reda i predbeležba nove hipoteke. Pošto ova rešenja imaju smisla samo u pravnim sistemima koji prihvataju klizeći rang, kao njegova modifikacija – možda se može uzeti da je i prema Prednactru klizeći rang pravilo (iz pome-

nutog st. 7), a da se kod prethodnog stava 6 verovatno radi o nespretnoj jezičkoj formulaciji. Ako ovako sagledamo rešenja Prednacrta u pogledu ranga hipoteke, novo u odnosu na rešenja Zakona o hipoteci bilo bi propisivanje klizećeg ranga, kao rešenja od koga se može odustati i sporazumom stranaka – što je još veće približavanje fiksnom rangu. S druge strane, čini se da propisivanje mogućnosti sporazumnog isključenja klizećeg ranga ne zahteva normiranje navedene tri situacije koje omogućavaju raspolaganje rangom hipoteke. Ono što je izvesno jeste da se na rešenjima Prednacrta još mora raditi, kako bi bila usklađena i jasna.

Inače, gore navedena tri instituta iz čl. 2079–2081 Prednacrta uređena su na gotovo isti način kao i sada. Razlike u njihovoj regulativi Prednactrom i Zakonom o hipoteci se uglavnom sastoje u prihvatanju primedbi koje je pravna teorija uputila ovim rešenjima, pa je: naziv “zabeležba prvenstvenog reda” zamenjen izrazom “zabeležba zadržavanja prvenstvenog reda”; izraz “predbeležba nove hipoteke” je zamenjen izrazom “uslovni upis nove hipoteke”, a za slučaj da taj upis ne bude opravdan izraz “brisanje po samom zakonu” iz Zakona o hipoteci zamenjen je izrazom “brisanje po službenoj dužnosti”. Jedina izmena koja nije terminološke prirode tiče se uvođenja još jednog načina raspolaganja neispisanom hipotekom, a to je da se neispisana hipoteka, pored obezbeđenja novog potraživanja starog ili novog poverioca može upotrebiti i kao sredstvo obezbeđenja za sopstveno potraživanje kupovne cene u slučaju kada vlasnik prodaje hipotekovanu nepokretnost, a kupac još nije isplatio kupovnu cenu – što smatramo adekvatnom dopunom. Pored toga, nije predviđen ni rok od 3 godine u okviru koga je ovo raspolaganje po Zakonu o hipoteci moguće (što znači vraćanje austrijskom uzoru). Možda se upravo iz vremenski neograničene mogućnosti raspolaganja neispisanom hipotekom izvodi pravilo iz pomenutog st. 6, čl. 2064 – da isplata duga i ispis hipoteke nemaju uticaja na hipotekarne poverioce sa docnijim rangom, ali je onda raspored članova morao biti drugačiji.

ZAKLJUČAK

Ekonomska situacija kod nas je takva da je uslovlila povećano zaduživanje pravnih subjekata kroz uzimanje novih kredita i pre otplate prethodnih; uz prateću okolnost da prosečan srpski dužnik poseduje samo jednu nepokretnost, kao najvredniji i jedini objekat koji može založiti. To je dovelo do aktueliziranja pitanja regulative višestrukog zalaganje iste nepokretnosti i ranga hipoteke. Naime, ni dužniku ni poveriocu ne može biti svejedno koja je vrsta ranga prihvaćena u jednoj državi, jer proizvode različite pravne posledice. Iz analiza koje smo u radu izneli proizilazi da je sistem fiksnog ranga pravičniji od klizećeg. On zalagodavcu omo-

gućava raspolaganje upražnjenim mestom koje ostaje nakon prestanka dobro rangirane hipoteke, pa samim tim i dobijanje novog kredita pod povoljnijim uslovima nego u sistemu klizećeg ranga, u kome bi nova hipoteka došla na poslednje mesto u nizu.

Kod nas je, međutim, prihvaćen upravo sistem klizećeg ranga, koji je prema nekadašnjim propisima bio bez izuzetaka i što je u pravnoj teoriji bilo nesporno. Regulativa važećeg Zakona o hipoteci je takva da stvara nedoumice oko vrste ranga koji je prihvaćen, jer o tome ne sadrži izričitu odredbu i jer uvodi tri nova instituta, koji rezultiraju efektima fiksnog ranga: raspolaganje neispisanom hipotekom, zabeležbu prvenstvenog reda i predbeležbu nove hipoteke. Svi oni pod zakonom propisanim uslovima i rokovima sprečavaju automatsko pomeranje hipoteka sa lošijim rangom na mesto prestale hipoteke, pa bismo mogli zaključiti da danas u domaćem pravu imamo sukcesivnu primenu dva pravna režima u pogledu ranga hipoteke: *prvi*, oročen, koji ne možemo nazvati fiksnim rangom u pravom smislu reči, već trima novim mogućnostima za zalogodavca, koje posredno daju efekte fiksnog ranga; nakon čega se uspostavlja *drugi režim*, tj. klizeći rang hipoteke, koji je i pravilo.

U radu je ukazano kakve nedostatke sadrži regulativa tri nova instituta o kojima je reč i kako ih otkloniti. Bez obzira što ovi instituti predstavljaju korak napred u regulativi ranga hipoteke u odnosu na nekadašnje propise, mišljenja smo da predstavljaju komplikovane pravne konstrukcije i da se na njima ne treba zaustaviti, već u budućnosti treba prihvatiti sistem fiksnog ranga po švajcarskom modelu, koji je jednostavan, logičan i više u skladu sa potrebama prakse. Rešenja prednacrta Građanskog zakonika u pogledu ranga hipoteke treba još dorađivati, jer u ovom trenutku nisu dovoljno jasna i usklađena, mada idu u ispravnom smeru napuštanja klizećeg ranga kao imperativnog rešenja.

Prof. Dr. NINA PLANOJEVIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Kragujevac

REVIEW OF THE MORTGAGE RANK IN SERBIAN LAW

Summary

In this paper, the author analyzes the issue of multiple mortgages on the same immovable and the rank of such mortgages in Serbian law. In the first part of the paper the author discusses

the concept and types of mortgage rank. In the second part, the author describes how the mortgage rank was regulated in former Serbian law. In the third, central part of the paper, the author analyzes three new solutions related to mortgage rank in Serbian positive law (disposal of the unreleased mortgage, annotation of the primary mortgage rank and prenotation of the new mortgage) and their influence on the type of mortgage rank which is accepted in our country. In the fourth part of the paper, the author examines the solutions of mortgage rank in the preliminary draft of Serbian Civil Code. In the final, concluding part, the author sums up the obtained results and proposes the guidelines how this matter should be regulated in future.

Key words: mortgage, fixed rank, floating rank, disposal of the unreleased mortgage, annotation of the primary mortgage rank, prenotation of the new mortgage.

Literatura

- Babić I., *Građansko pravo, knjiga 2 – Stvarno pravo*, Beograd–Novi Sad, 2012.
- Cvetić R., *Savremena evidencija nepokretnosti*, Novi Sad, 2009.
- Gavella N. i dr., *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998.
- Hiber D., Živković, M., *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Beograd, 2015.
- Kovačević Kuštrimović R., Lazić M., *Stvarno pravo*, Niš, 2004.
- Lazić M., *Prava realnog obezbeđenja*, Niš, 2009.
- Lazić M., “Rang stvarnih prava”, *Pravni život*, br. 10, 2002.
- Lazić M., “Svojsinska stvarna prava”, *Pravni život*, br. 10, 2003.
- Lazić M., “Reforma hipoteke u srpskom zakonodavstvu”, *Evropski pravnik*, br. 2, 2007.
- Medić D., *Hipoteka i ostala sredstva obezbeđenja potraživanja – stanje i pravci razvoja*, Banja Luka, 2005.
- Medić D., *Stvarno pravo Republike Srpske*, Banja Luka, 2019.
- Medić, D., *Založno pravo*, Banja Luka, 2002.
- Medić D., *Pravo obezbeđenja potraživanja*, Banja Luka, 2013.
- Perić Ž., *Stvarno pravo – štampano kao rukopis po predavanjima g. Živ. M. Perića, prof. univerziteta*, bez podataka o mestu i godini izdanja.
- Planojević N., *Stvarno pravo u praksi*, Kragujevac, 2012.
- Planojević N., “Načela katastra nepokretnosti u Srbiji i Republici Srpskoj”, *Pravna riječ*, br. 32, 2012.
- Rašović Z., *Stvarno pravo*, Podgorica, 2010.
- Rašović Z., *Pravo obezbeđenja potraživanja*, Podgorica, 2010.
- Stojanović D., Petrović D., *Komentar Zakona o osnovnim svojsinsko-pravnim odnosima*, Beograd, 1991.
- Stojanović D., *Stvarno pravo*, Beograd, 1980.
- Stanković O., Orlić M., *Stvarno pravo*, Beograd, 1994.

Stanković E., Vladetić S., *Rimsko pravo*, Kragujevac, 2020.

Živković M., *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti*, Beograd, 2010.

Živkowska R., *Stvarno pravo*, knjiga 1, Skopje, 2005.

Vedriš M., Klarić P., *Građansko pravo*, Zagreb, 2004.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 12.11.2020.

Prihvaćen: 26.11.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

STICANJE PRAVA SVOJINE NA OSNOVU PRAVNOG POSLA

Pravni posao je najčešći osnov derivativnog sticanja prava svojine. Međutim, samim pravnim poslom još se ne stiče pravo svojine. Pored punovažnog pravnog posla za nastanak prava svojine potreban je i odgovarajući način sticanja. Za pravne poslove čiji je predmet prenos ili sticanje svojine na nepokretnostima Zakonom o notarima propisana je obavezna notarska obrada isprava. Pravo svojine na nepokretnostima na osnovu pravnog posla stiče se uknjižbom (upisom) u javnu evidenciju, ako zakonom nije drugačije određeno. Ukoliko se radi o sticanju prava svojine na pokretnoj stvari, pravni posao je po pravilu neformalan. Na osnovu pravnog posla, pravo svojine na pokretnu stvar stiče se predajom te stvari u državinu sticaoca.

Ključne riječi: pravni posao, sticanje prava svojine, notarska obrada isprave, uknjižba u javnu evidenciju, predaja stvari

U V O D

Sticanje prava svojine nastupa ispunjenjem zakonom propisanih činjenica. U pravnoj teoriji se susreću razne podjele načina sticanja svojine. Najčešća podjela je na originarno i derivativno sticanje. Ova podjela datira još iz rimskog prava.¹ Originarno (izvorno) sticanje postoji kada sticalac svoje pravo ne izvodi iz prethodnikovog prava, dok derivativno (izvedeno) sticanje postoji kada sticalac svoje

Prof. dr Duško Medić, sudija Ustavnog suda Republike Srpske i redovni profesor Fakulteta pravnih nauka Panevropskog univerziteta "Apeiron", Banja Luka, e-mail: dusko.medic@ustavnisud.org.

¹ O sticanju prava svojine u rimskom pravu, v. Ilija Babić, *Građansko pravo (Stvarno pravo)*, Službeni glasnik, Beograd–Novi Sad, 2012, 89–91.

pravo izvodi iz prava prethodnika na osnovu njegove volje. Do originarnog sticanja prava svojine dolazi ne samo u slučajevima kada stvar nema prethodnog vlasnika nego i kad se prethodni vlasnik odrekao prava svojine na stvari ili kada je sticalac stekao to pravo i pored njegovog postojanja. Sticalac u ovim slučajevima stiče pravo neposredno, na osnovu zakonskih činjenica. Kod derivativnog sticanja prava svojine prethodnika se pojavljuje kao izvor koji uslovljava nastanak prava svojine sticaoca. Ovdje se vrši prenos prava od pravnog prednika na pravnog sljednika. Pored ove, u pravnoj teoriji postoje i druge podjele načina sticanja svojine. Tako, između ostalog, postoji i podjela na apsolutno i relativno sticanje svojine. Apsolutno sticanje je ako se stiče svojina na stvari na kojoj do tada nije postojalo pravo svojine i sticalac je u tom slučaju prvi vlasnik. Relativni način sticanja svojine je kada se stiče svojina na stvari na kojoj već postoji pravo svojine, pa se svojina prenosi na sticaoca. Ovo sticanje može biti sa voljom vlasnika stvari ili mimo njegove volje (prinudno).²

Opšte pretpostavke svakog sticanja prava svojine su: sposobnost predmeta da se na njemu stekne pravo svojine, sposobnost sticaoca da stekne pravo svojine na tom predmetu i pravni osnov za sticanje prava svojine.³ Za sticanje prava svojine, pored opštih pretpostavki, često se traži i ispunjenje nekih posebnih pretpostavki, koje zavise od pravnog osnova sticanja. Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske (ZSP)⁴ propisuje da se pravo svojine stiče na osnovu pravnog posla, zakona, odluke suda ili drugog organa i nasljeđivanjem, uz ispunjenje pretpostavki propisanih zakonom.⁵

Pravni posao je izjava volje koja sama ili u vezi sa drugim činjenicama proizvodi određeno građanskopravno dejstvo odnosno izaziva nastanak, promjenu ili prestanak nekog subjektivnog prava.⁶ Izjava volje treba da bude pravno relevantna. To je glavni temelj za nastupanja privatnopravnih učinaka.⁷ Da bi pravni posao proizvodio pravne učinke potrebno je da zadovoljava sve kriterijume koje je

² Građanski zakonici ne vrše podjelu načina sticanja svojine, već ih samo navode.

³ Nikola Gavella, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipković, *Stvarno pravo* (redaktor Nikola Gavella), svezak 1, Zagreb, 2007, 431.

⁴ Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 124/08, 58/09, 95/11, 60/15 i 107/19.

⁵ Član 23. st. 1. ZSP-a.

⁶ V. Ilija Babić, Radenko Jotanović, *Građansko pravo, knjiga 1, Uvod u građansko pravo*, Banja Luka, 2018, 199.

⁷ Pored pravnih poslova, ovi učinci nastupaju i na osnovu zakona, kao i odluka sudova ili drugih organa javne vlasti.

pravni poredak postavio za njegovu valjanost.⁸ On može biti jednostrani (npr. testament), dvostrani (ugovor) ili višestrani. U građanskom pravu u najvećem broju slučajeva radi se o dvostranim pravnim poslovima kojima je cilj ili kauza sticanje prava svojine. Stranke putem pravnog posla regulišu svoje međusobne odnose. U njima se ugovorne strane obavezuju na određeno davanje, činjenje, nečinjenje ili trpljenje.⁹ Shodno načelu dispozitivnosti i autonomije volje, pravni posao je uvijek odraz slobodne volje stranaka koje ga zaključuju. Sadržaj pravnog posla se sporazumno određuje uz uslov da on ne smije biti u suprotnosti sa prinudnim propisima, javnim poretkom i dobrim običajima.¹⁰

STICANJE PRAVA SVOJINE NA OSNOVU PRAVNOG POSLA

Pravni posao je najčešći osnov derivativnog sticanja prava svojine. To je voljna radnja prenosioca i sticaoca. Pošto su pravni poslovi voljne radnje, sticanje svojine na osnovu pravnog posla naziva se voljno sticanje. Samim pravnim poslom još se ne stiče pravo svojine. On nema translativno dejstvo. Ovaj posao uspostavlja obligacionopravni odnos između učesnika radi prenosa prava svojine na određenu stvar u kome otuđivalac ima obavezu, a sticalac pravo tražiti da mu otuđivalac prenese pravo svojine na način propisan zakonom. Dakle, pored punovažnog pravnog posla (*titulus acquirendi*), za nastanak prava svojine potreban je i odgovarajući način sticanja (*modus acquirendi*).¹¹ U tom pogledu naše pravo se tradicionalno ugleda na austrijsko pravo.¹² Način sticanja zavisi od vrste stvari i povezan je sa titulusom. On je određen prinudnim propisima, pa se ne može modifikovati pravnim poslom. I uknjižba prava svojine i predaja stvari predstavljaju radnje koje su “materijalizovane” i padaju u oči trećim licima kojima je pita-

⁸ Oni se odnose na izjavljenu volju, sadržaj, oblik i cilj tog posla.

⁹ Član 46. Zakona o obligacionim odnosima (ZOO).

¹⁰ O pravnim poslovima opširno: Nikola Gavella, *Privatno pravo*, Zagreb, 2019, 233–376.

¹¹ Ovako je u većini zemalja evropskog kontinentalnog prava, mada ima i izuzetaka. Primjera radi, u Francuskoj se pravo svojine, kako na pokretnim tako i na nepokretnim stvarima, stiče neposredno na osnovu punovažnog ugovora koji je upravljen na sticanje svojine (ugovorni princip). U francuskom pravu ugovor ima translativno dejstvo. Ovdje nije od značaja da li je stvar predata ili nije odnosno da li je izvršena uknjižba (član 1583 u vezi sa članovima 711, 1138, 1585 i 1882. Francuskog građanskog zakonika). Francuski pravници su na taj način željeli da pokažu svu snagu volje ugovornih strana, v. Jacques Ghestin, *Traité de droit civil, Les Biens*, Paris, 2010, 263. Francuski sistem usvojen je i u italijanskom pravu. Ovdje ugovor proizvodi stvarnopravna dejstva, a svojina ili pravo prenose se i stiču zakonito izraženom saglasnošću strana, v. član 1376. Italijanskog građanskog zakonika.

¹² V. par. 380. i 425. Austrijskog građanskog zakonika.

nje ko je vlasnik stvari od naročite važnosti.¹³ Prenos svojine se događa tek kad se ispuni pretpostavka koju zakon propisuje kao način sticanja prava svojine. Pravni posao za sticanje svojine mora biti objektivno valjan odnosno on mora da ispunjava sve uslove koje objektivno pravo zahtijeva za punovažnost pravnog posla te vrste. Putativni titulus nije dovoljan.¹⁴ Predmet obaveze mora biti dopušten, moguć i određen ili odrediv.

Takođe, pravni posao mora biti i kauzalan.¹⁵ Iz njega se mora vidjeti da je volja usmjerena na prenos prava svojine i pravni razlog tog prenosa. Kauza je sticanje prava svojine. Ona mora biti sadržana u pravnom poslu. Svaki takav posao je usmjeren prema svom cilju koji treba da nastupi snagom pravnog poretka. Ako kauza ne postoji ili je nedopuštena, pravni posao je ništav.¹⁶ Pored toga, neophodan uslov za ovo sticanje je i svojina prednika. Da bi prednik prenio pravo svojine sticaocu na ovaj način mora ga i sam imati. Poznato je staro načelo da niko ne može prenijeti na drugoga više prava nego što ga sam ima.¹⁷ Za ovaj način sticanja to pravilo važi bez izuzetka.¹⁸ Kada se pravo svojine stiče na osnovu pravnog posla ono prelazi sa dotadašnjeg vlasnika na sticaoca – izvedeno sticanje. Sticalac stiče pravo svojine na osnovu pravnog posla tek kada su kumulativno ispunjene sve pretpostavke određene zakonom.¹⁹ On je singularni sukcesor otuđivaoca i ne može steći veći obim prava od onog koji je njegov prednik imao. Sticanje prava svojine na osnovu pravnog posla, u principu, ne utiče na prava trećih lica koja postoje na stvari, osim kad zakon, radi zaštite prava trećih savjesnih lica, ne određuje drukčije. Isto tako, i sva prava koja su postojala u korist nepokretnosti ostaju i dalje. U pogledu ove materije ZSP se u nekim segmentima razlikuje od ranijeg Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima bivše SFRJ (ZOSPO).²⁰

¹³ Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Stvarno pravo*, Niš, 2006, 121.

¹⁴ Petar Klarić, Martin Vedriš, *Građansko pravo*, XIV izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2014, 288.

¹⁵ Apstraktni pravni poslovi su isključeni kao osnova. O tome: Čedo Rajačić, *Stvarno pravo*, skripta, Zagreb, 1956, 137.

¹⁶ V. član 52. ZOO-a. O kauzi šire: Slobodan Stanišić, *Obligaciono pravo, opšti dio*, knjiga 1, Banja Luka, 2019, 207–237.

¹⁷ Odstupanje od ovog načela postoji u slučaju sticanja prava svojine od nevlasnika radi zaštite povjerenja u pravnom prometu i trećih savjesnih lica.

¹⁸ U slučaju sticanja od nevlasnika savjesni sticalac može steći pravo svojine pod određenim uslovima.

¹⁹ O opštim pretpostavkama za derivativno sticanje, v. I. Babić, op. cit., 92.

²⁰ Službeni list SFRJ, br. 6/80 i 36/90.

STICANJE PRAVA SVOJINE NA OSNOVU PRAVNOG POSLA
NA NEPOKRETNOSTIMA

U skoro svim savremenim pravnim sistemima postoji obaveza zaključenja pravnih poslova o prometu nepokretnosti u zakonom predviđenoj formi. Ona predstavlja prepreku brzini njihovog zaključenja i štiti stranke od brzih i nepromišljenih odluka.²¹ Zakon o obligacionim odnosima (ZOO) ne propisuje formu ovih pravnih poslova nego je ona određena posebnim zakonima. Prema ovom zakonu zaključenje ugovora ne podliježe nikakvoj formi, osim ako je zakonom drukčije određeno.²² ZSP propisuje da pravni posao o sticanju prava svojine na nepokretnostima treba da bude u obliku propisanim posebnim zakonom. Tako je za pravne poslove čiji je predmet prenos ili sticanje svojine ili drugih stvarnih prava na nepokretnostima Zakonom o notarima²³ propisana obavezna notarska obrada isprava.²⁴

Notari su u Republici Srpskoj počeli sa radom 11. marta 2008. godine²⁵ i poslije tog datuma punovažnost tih pravnih poslova uslovljena je isključivo notarskom formom. Notarska obrada je svakako jača forma od proste ovjere potpisa. Tačno je da je sačinjavanje notarskog akta skuplje od ovjere potpisa od strane suda, ali korist od toga svakako kompenzuje to opterećenje.²⁶ Pojavom notarijata došlo je do ponovne afirmacije formalizma, prevashodno radi zaštite javnih interesa.²⁷ Pod notarski obrađenom ispravom podrazumijeva se akt koji je u cjelo-

²¹ O dobrim i lošim stranama forme ugovora v. Jovana Pušac, "Forma obligacionih ugovora", *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka "Apeiron"*, br. 4/14, 214–215.

²² Član 67. st. 1. ZOO-a.

²³ *Službeni glasnik RS*, br. 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11, 20/14 i 68/17.

²⁴ Član 68. st. 1. tač. 4. Zakona o notarima. O ulozu notara u stvarnom pravu, v. Duško Medić, "Uloga notara u građanskom pravu Republike Srpske", *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Mostar, 2019, 62–66.

²⁵ Do tada su ugovori o prometu nepokretnosti morali biti zaključeni u pismenoj formi sa ovjerenim potpisima ugovornih strana kod nadležnog suda, ali su se smatrali punovažnim i bez ovjere ako su bili izvršeni u cjelini ili u pretežnom dijelu ili ako su se na njima potpisali prisutni svjedoci, shodno Zakonu o prometu nepokretnosti. SR BiH iz 1978. godine. Ovaj zakon je bio odraz socijalističkih odnosa, preferiranja društvene svojine i raznih ograničenja u pogledu prometa nepokretnosti.

²⁶ Tako i Meliha Powlakić, "O zakonskom uređenju prometa prava na nekretninama i stvarnopravnom osiguranju potraživanja u BiH de lege ferenda", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Tom 22, br. 2/01, 603.

²⁷ U modernom ugovornom pravu dominira načelo konsesualizma, a formalni ugovori su samo izuzetak.

sti sačinjen od strane notara kao samostalnog i nezavisnog nosioca javne službe²⁸ prema pravilima postupka o načinu poslovanja notara. Taj akt predstavlja javnu ispravu sa dejstvom pretpostavke tačnosti. Javna isprava je važan pojam pravnog života koji je nezamjenljiv u pogledu pouzdanosti i zaštite privatnih pravnih odnosa. Njen značaj se ogleda u sprečavanju sporova i u lakšem dokazivanju relevantnih činjenica. Notarski obrađena isprava je uslov pravne valjanosti ovih pravnih poslova. U suprotnom, oni su ništavi i ne proizvode pravno dejstvo. Radi se o formi ad solemnitatem.²⁹

S obzirom da je zakonodavac notarsku formu propisao s ciljem postizanja efektivne kontrole zakonitosti i povećanja stepena sigurnosti u pravnom prometu nije predvidio mogućnost konvalidacije pravnog posla kome ova stroga zakonska forma nedostaje.³⁰ Inače, cilj propisa koji određuje formu predstavlja najvažniji kriterijum u rješavanju pitanja nedostatka propisane forme. I punomoć za zaključenje takvog pravnog posla mora biti u formi notarski obrađene isprave.³¹ Isto tako, i predugovor mora da bude zaključen na ovaj način, jer je propisana forma uslov punovažnosti ugovora.³²

Postupak sačinjavanja notarski obrađene isprave je strogo formalan postupak koji je regulisan imperativnim normama.³³ To je isprava posebne dokazne snage.³⁴ Ova forma ustanovljena je kako u javnom interesu tako i u interesu ugovornih strana i trećih lica. Notar u tom postupku nastupa kao nezavisno treće lice sa zadatkom da podjednako zaštititi interese obje strane.³⁵ Kod derivativnog sticanja prava svojine sticalac svoje pravo izvodi iz prava prethodnika, pa je za sticanje svojine pravnim poslom nužno da je otuđivalac upisan kao stvarni vlasnik nepokretnosti koju otuđuje.³⁶ Svojina prednika je jedna od pretpostavki za derivativno

²⁸ Član 2. st. 1. Zakona o notarima.

²⁹ U uporednom pravu u pogledu toga postoje različita rješenja. Ovako je propisano i u Federaciji BiH, a i u pravu Crne Gore, Njemačke, Grčke, Bugarske, itd.

³⁰ Jovana Pušac, "Konvalidacija ugovora o kupoprodaji nepokretnosti u pravnom sistemu Republike Srpske", *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br. 8/11, 128. V. i Igor Vujović, *Konvalidacija ugovora o prometu nepokretnosti*, Službeni glasnik, Beograd, 2012.

³¹ V. član 90. ZOO-a.

³² V. član 45. ZOO-a.

³³ Članovi 70–84. Zakona o notarima.

³⁴ O podacima koji se unose u notarski obrađenu ispravu v. Irena Mojović, "Notarska javna izvršna isprava", *Pravna riječ*, br. 28/11, 462–463.

³⁵ Meliha Powlakić, *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2009, 84.

³⁶ Tada postoji pretpostavka svojine, a ko tvrdi suprotno mora to i dokazati.

sticanje prava svojine na nepokretnostima.³⁷ Sticalac ne može steći veći obim prava od onog koji je imao prenosilac.³⁸ Da bi došlo do sticanja prava svojine na nepokretnostima pravni posao mora sadržavati i izjavu volje knjižnog vlasnika usmjerenu na to da njegova svojina pređe na sticaoca (*clausula intabulandi*).³⁹ Ova izjava može biti data u pravnom poslu koji je upravljen na prenos svojine ili u posebnoj ispravi, koja mora biti sačinjena u zakonom propisanom obliku za prenos svojine na nepokretnostima. Ukoliko knjižni vlasnik odbije izdati tu ispravu u propisanom obliku, sticalac ga na to može primorati sudskim putem.⁴⁰ Ako pravni posao ne sadrži ovu izjavu on nije nevaljan, ali se bez te izjave ne može izvršiti upis u javnu evidenciju.⁴¹ U načelu, svi upisi su dopušteni samo protiv lica koja su u momentu podnošenja prijedloga za upis upisani kao vlasnici određene nepokretnosti. Ako je otuđivalac vanknjižni vlasnik on nema svojstvo knjižnog prednika. Pošto se pravo svojine na osnovu pravnog posla može steći jedino upisom, on treba upisati svoju svojinu i postati i knjižni vlasnik ili sticaocu omogućiti neposredni upis prava svojine protiv lica koje je neistinito upisano u javnu evidenciju kao da je vlasnik dajući mu za to potrebne isprave (npr. pravosnažnu presudu kojom je utvrđeno da je nepokretnost stekao putem održaja ili tome slično).⁴²

Pravo svojine na nepokretnostima na osnovu pravnog posla stiće se uknjižbom (upisom) u javnu evidenciju, ako zakonom nije drugačije određeno.⁴³ Ovdje nije od uticaja činjenica predaje nepokretnosti u državinu sticaocu⁴⁴ ili isplata ugovorene cijene, jer se to odnosi samo na izvršenje preuzetih ugovornih oba-

³⁷ Tako i Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-189/04-2 od 8.12.2004, Duško Medić, Haso Tajić, *Sudska praksa iz stvarnog prava*, III izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, 2008, 224–225.

³⁸ Senad Mulabdić, “Derivativni način sticanja prava vlasništva na nekretnini”, *Domaća i strana sudska praksa*, br. 78, 2018, 34.

³⁹ To je izričita izjava ranijeg vlasnika da pristaje da se na osnovu tog pravnog posla uknjiži svojina na sticaoca .

⁴⁰ Tako i Petar Simonetti, “Stjecanje prava vlasništva na nekretnini”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Tom 21, br. 1/00, 80. “Zahtjevu za izdavanje tabularne isprave ima mjesta u tužbi, samo ako se radi o stjecanju na temelju pravnog posla i takav zahtjev može zastarjeti, a ne i u slučaju stjecanja na temelju zakona” – Županijski sud u Bjelovaru, Gž-1768/06-2, od 18.1.2007, iz arhive autora.

⁴¹ V. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-148/08-2 od 18.2.2009, Enes Hašić, Larisa Velić, Goran Nezirović, Ismet Velić, Haso Tajić, *Praktikum za stvarna prava, I dio*, Sarajevo, 2015, 172–173.

⁴² N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, op. cit., 454.

⁴³ Član 53. st. 1. ZSP-a. Uknjižbom se konačno pribavljaju ili gube knjižna prava.

⁴⁴ Suprotno stanovište izraženo je u presudi Vrhovnog kasacionog suda Srbije Rev-1730/15 od 31.3.2016. godine što smatramo neprihvatljivim.

veza.⁴⁵ Isto tako, ni savjesnost kao moralna i pravna činjenica, nije opšti uslov sticanja prava svojine. Činjenica da je prethodnik vlasnik, kao i valjanost samog osnova sticanja, tačnije punovažnost ugovora moraju postojati, bez obzira na to kakva saznanja o njima ima sticalac.⁴⁶ Sprovedena uknjižba djeluje od trenutka kada je podnesen zahtjev za uknjižbu.⁴⁷ Ona djeluje *ex tunc*, tako da je sticalac stekao pravo svojine u trenutku kada je bio podnio zahtjev za tu uknjižbu (odnosno predbilježbu). Sve do momenta uknjižbe vlasnik je prenosilac.⁴⁸ Uknjižba ima konstitutivni karakter.⁴⁹ To je materijalnoppravna pretpostavka za sticanje prava svojine na nepokretnostima.

Međutim, sama uknjižba je jedna od pretpostavki koje se moraju ispuniti da bi došlo do prenosa svojine. Da bi ona bila zakonit način sticanja svojine pravni posao mora biti punovažan odnosno pravni osnov za uknjižbu mora biti objektivno valjan. Pravni učinak valjane uknjižbe je da je to valjan način sticanja prava svojine nepokretnosti.⁵⁰ Uknjižbom sticalac postaje vlasnik nepokretnosti, a dotadašnji vlasnik to prestaje biti. To je sticanje prava svojine temeljem kauzalne tradicije.⁵¹ U ovim slučajevima javna evidencija je preuzela publicitetnu funkciju koju inače predstavlja državina. Do momenta uknjižbe nepokretnosti pravni odnos proizvodi pravno dejstvo samo između stranaka (*inter partes*) po opštim pravilima građanskog prava.⁵² Eventualna neistinita uknjižba dovodi samo do povrede postojećeg knjižnog stanja i ovlašćuje lice čije je upisano pravo povrijeđeno da traži njeno brisanje. Ništav pravni posao⁵³ ne može biti osnov za derivativno sti-

⁴⁵ Duško Medić, *Stvarno pravo Republike Srpske*, četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Banja Luka, 2019, 140.

⁴⁶ Katarina Dolović Bojić, "Savesnost kao uslov sticanja prava svojine", *Pravni život*, br. 10, 2017, 570.

⁴⁷ O sticanju prava svojine na nepokretnostima na osnovu pravnog posla, v. član 53. ZSP-a.

⁴⁸ Ovo je značajno kod niza pitanja, npr. rizika slučajne propasti stvari, svojine na plodovima, itd.

⁴⁹ V. Jasmina Vukotić, *Sticanje zemljišnoknjižnih prava upisom u javne registre*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012.

⁵⁰ "Pravo vlasništva na nekretninama na osnovu pravnog posla (kupoprodajni ugovor) stiče se uknjižbom u zemljišne knjige, što znači da stranka ne može sa uspjehom tužbom u parnici zahtijevati utvrđenje da je na osnovu pravnog posla stekla pravo vlasništva na nekretninama i uknjižbu tog prava na osnovu presude" – Kantonalni sud u Bihaću, broj: 18 0 P 033335 19 Gž od 21.11.2019, Domaća i strana sudska praksa, br. 84/20, 97–98.

⁵¹ Petar Simonetti, *Rasprave iz stvarnog prava*, Rijeka, 2001, 45.

⁵² Radenka Cvetić, "Domašaj načela upisa i načela pouzdanja u katastar nepokretnosti u našoj sudskoj praksi", *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/15, 1023.

⁵³ V. član 103. ZOO-a.

canje svojine na nepokretnosti.⁵⁴ Ako se radi o rušljivom pravnom poslu⁵⁵ koji je konvalidiran, on proizvodi pravne posljedice kao da je od samog nastanka punovažan. Ovi pravni poslovi mogu biti valjan pravni osnov ako ne budu poništeni. Prestanak pravnog posla kao osnova sticanja njegovog prethodnika, bez obzira na načelo kauzalne tradicije, ne može biti od uticaja na stečeno pravo trećeg lica. U suprotnom, svačije pravo svojine bi bilo privremeno, te bi bio moguć njegov gubitak u svakom trenutku i to iz razloga koji se tiču osnova sticanja nekog od ranijih imalaca.⁵⁶

Forma pravnog posla, kao spoljni oblik za izjavu volje, pečat pravno izjavljene volje, nije sama sebi svrha. Ona treba da ostvari očekivane ciljeve i zaštiti određene interese, kako pojedinačne tako i opšte.⁵⁷ U savremenom pravu forma se javlja kao racionalno sredstvo pravne tehnike i tijesno je povezana sa sadržinom određenog pravnog posla. Kada je propisana obavezna notarska obrada isprava to ne može biti zamijenjeno nikakvom drugom formom.⁵⁸ Pošto pravni poslovi o sticanju prava svojine na nepokretnostima izazivaju značajne pravne posljedice, društvo je zainteresovano da budu urađeni što kvalitetnije i od strane kompetentnih lica kako bi se izbjegli eventualni sporovi. Propisivanjem strožije forme za te pravne poslove na siguran način se obezbjeđuje adekvatno ponašanje svih učesnika u njihovom odvijanju i stvaraju uslovi za postojanje ažurnih i pouzdanih registara u kojima su sadržani relevantni podaci u pogledu nepokretnosti. Notar, kao lice od javnog povjerenja, podjednako štiti interese obje stranke i odgovara za sadržaj i istinitost notarski obrađene isprave, a strogo formalan postupak notarske obrade ima za cilj da doprinese povećanju pravne sigurnosti.⁵⁹ U pogledu uloge notara u pravnom prometu nepokretnosti Zakon o premjeru i katastru Republike

⁵⁴ Prema njemačkom pravu, odnos između titulusa i modusa je drugačiji nego kod nas. Ovdje se pravo svojine prenosi neovisno od ugovora o prenosu koji stvara samo prava i obaveze, pa i u slučaju da je taj ugovor ništav – apstraktna tradicija. Dakle, postoji apstraktnost u sticanju prava svojine odnosno nezavisnost modusa od titulusa kao pravnog osnova. Stoga, ako su se strane sporazumjele o prenosu prava svojine on će biti izvršen i ako pravni posao nije punovažan.

⁵⁵ V. član 111. ZOO-a.

⁵⁶ Katarina Dolović Bojić, "Uticaj prestanka ugovora na stečeno pravo svojine pribavioca i trećeg lica u srpskom pravu", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, 2018, 231–232.

⁵⁷ O formalnim ugovorima u građanskom pravu, v. Slobodan Perović, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Beograd, 1964.

⁵⁸ O pravnim poslovima koji zahtijevaju obaveznu notarsku obradu v. Predrag Baroš, "Pravni poslovi koji zahtijevaju obaveznu notarsku obradu", *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Beograd, 2009, 187–197.

⁵⁹ Predrag Baroš, *Notar, nekretnine i privredna društva*, Sarajevo, 2014, 250.

Srpske,⁶⁰ u principu, usklađen je sa rješenjima Zakona o notarima, jer je za upis stvarnih prava na nepokretnostima predviđena obavezna forma notarski obrađene isprave.⁶¹

Ako nisu ispunjene sve pretpostavke za uknjižbu prava svojine, može se tražiti predbilježba sticanja ovog prava.⁶² Predbilježbom će svojina biti stečena pod uslovom naknadnog opravdanja. Opravdanjem se predbilježba pretvara u uknjižbu, a počinje da djeluje od časa kad je prijedlog za predbilježbu bio podnesen.⁶³ Predbilježba djeluje dok ne bude opravdana ili izbrisana. Ona predstavlja zaštitni mehanizam i onemogućava savjesno sticanje od strane trećih lica s obzirom da je postalo vidljivo postojanje prava u pogledu te nepokretnosti. Od trenutka predbilježbe prava svojine između knjižnog vlasnika i sticaoca prava svojine uspostavlja se odnos koji djeluje i prema trećima, jer je dobio publicitet putem javne evidencije. Uvođenje predbilježbe kao uslovnog upisa smanjuje se rizik zloupotrebe prava i višestrukog otuđenja.⁶⁴ Međutim, što se tiče predbilježbe, Zakon o premjeru i katastru Republike Srpske⁶⁵ se nešto razlikuje od ZSP-a, pa postoji bojazan da će time biti umanjen njen značaj u praksi.

STICANJE PRAVA SVOJINE NA OSNOVU PRAVNOG POSLA NA POKRETNIM STVARIMA

Ukoliko se radi o sticanju prava svojine na pokretnoj stvari, pravni posao je u pravilu neformalan. Već smo naveli da je u ugovornom pravu neformalnost pravilo, a formalizam izuzetak. Samo izuzetno, na osnovu posebnog propisa ili na osnovu volje stranaka, ovaj pravni posao bi morao biti zaključen u određenoj formi.⁶⁶ Na osnovu pravnog posla, pravo svojine na pokretnu stvar stiže se predajom te stvari u državinu sticaoca. To je dovođenje sticaoca prava u faktički odnos sa stvari, realizacija sadržaja pravnog posla. Ona zavisi od vrste stvari, dogovora

⁶⁰ Zakon o premjeru i katastru Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 6/12, 110/16 i 62/18.

⁶¹ Član 104. Zakona o premjeru i katastru Republike Srpske.

⁶² O značaju predbilježbe, v. Larisa Velić, "Značaj predbilježbe", *Domaća i strana sudska praksa*, br. 71, 2017, 35–40.

⁶³ Član 54. st. 1 i 2. ZSP-a.

⁶⁴ Larisa Velić i Dubravko Grgić, Sticanje prava vlasništva na nekreninama, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br. 21, 2018, 151.

⁶⁵ V. član 95. Zakona o premjeru i katastru Republike Srpske.

⁶⁶ Postoje neke pokretne stvari koje su veće vrijednosti, kao npr. brodovi i avioni, za koje važe posebna pravila.

strana i prirode posla.⁶⁷ Prema tome, ovo sticanje je uređeno po tradicijskom načelu. Na ovaj način se obligacionopravni odnos pretvara u stvarnopravni.⁶⁸

Da bi predaja dovela do sticanja svojine moraju da budu ispunjeni određeni uslovi. Prenosilac mora da bude vlasnik stvari. Nevlasnik može prenijeti pravo svojine na ovaj način samo ako ima ovlašćenje da tuđom stvari raspolaže. Predaja proizvodi pravno dejstvo samo ako je učinjena sa namjerom da se na sticao-ca prenese pravo svojine određene stvari i ako to lice ima namjeru da tu stvar stekne u svojinu. U suprotnom, ne dolazi do prenosa svojine. Ako postoji obaveza predaje stvari i prenosa svojine, ova namjera se pretpostavlja. Ona ima dvostruki značaj: da se određeno lice načini vlasnikom i da se stavi u mogućnost da stvar uživa.⁶⁹ Predajom se prenosi državnina stvari, a prenos svojine je samo posljedica prenosa državnine. Državnina je sredstvo i način za prenos prava svojine. Prenijeti državinu znači prenijeti svojinu.⁷⁰ Da bi se predajom stvari prenijelo pravo svojine ona mora biti faktička posljedica pravnog posla s kojim je u kauzalnoj vezi. Predaja je izvršena kada je stvar na osnovu pravnog posla prešla iz samostalne državnine tradensa u samostalnu državinu akcipijensa. Pri tome nije od značaja da li se radi o neposrednoj ili posrednoj državini. Bitno je samo da se stvar preda u samostalnu državinu. Ona će proizvesti pravni učinak samo ako se zasniva na valjanom pravnom poslu kome je cilj sticanje prava svojine i ako su ispunjene i ostale pretpostavke sticanja.⁷¹ Ukoliko tradens ne želi dobrovoljno da izvrši predaju akcipijens može podnijeti tužbu radi izvršenja ugovora – predaje stvari. Svaka predaja samostalne državnine pokretne stvari u bilo kojem obliku na osnovu valjanog pravnog posla kome je cilj sticanje prava svojine proizvodi posledicu prenosa prava svojine.⁷²

⁶⁷ Ilija Babić, Duško Medić, Enes Hašić, Meliha Povolakić, Larisa Velić, *Komentar Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske*, Sarajevo, 2011, 386.

⁶⁸ P. Klarić i M. Vedriš, op. cit., 289.

⁶⁹ Živojin Perić, "O ugovoru o prodaji i kupovini", *Klasici jugoslovenskog prava*, Beograd, 1986, 70.

⁷⁰ Članom 929. Njemačkog građanskog zakonika propisano je da je za prenos svojine na pokretnim stvarima neophodno da osim same predaje strane postignu i saglasnost o tome da se predajom prenosi svojina. Taj sporazum predstavlja poseban pravni posao koji je odvojen od ugovora kao pravnog osnova sticanja prava svojine i mora biti praćen i samom predajom.

⁷¹ Prema par. 929. Njemačkog građanskog zakonika za prenos svojine na pokretnoj stvari potrebno je da vlasnik preda stvar pribaviocu i da obojica budu saglasni u tome da svojina pređe s jednog lica na drugo. Ovakvo rješenje postoji i u članu 1034. Grčkog građanskog zakonika.

⁷² Izuzetak postoji ako je dotadašnji vlasnik zadržao pravo svojine do isplate potpunog iznosa cijene (pactum reservati dominii) – v. članove 540–541. ZOO-a. Ovo se najčešće ugovara kod prodaje sa obročnim otplatama cijene.

Opravdanje i nužnost predaje pokretne stvari u posjed sticaocu ne ogleda se samo u potrebi prenošenja faktičke vlasti na toj stvari na novog vlasnika, već je to nužno i opravdano i zbog onog vanjskog, objektivnog odnosa sticaoca te stvari prema trećim licima kako bi se njegovo pravo svojine moglo manifestovati prema vani i time trećim licima dati na znanje da ne smiju na bilo koji način zadirati u to njegovo pravo kroz sprečavanje ili onemogućavanje vršenja njegovih svojinsko-pravnih ovlašćenja koja mu pripadaju povodom te stvari.⁷³

ZSP reguliše različite načine predaje pokretnih stvari. Najčešće se pravo svojine stiče fizičkom predajom stvari (*traditio vera*). To je redovan i uobičajen način predaje. Taj materijalni akt se može izvršiti na različite načine u zavisnosti od osobina stvari koja se predaje i namjere stranaka. Neke manje stvari mogu se lako predati iz ruke u ruku (npr. roba u prodavnici, na pijaci ili tome slično). Prava predaja će postojati i kada se stvar ne uzima iz ruke u ruku, nego se na sticaoca prenosi mogućnost faktičke vlasti na stvarima. Mogući su i drugi modaliteti: predaja može biti izvršena i bez uručivanja u slučaju ostavljanja stvari na mjesto koje je označio pribavilac (ova predaja se praktikuje kod tzv. kabastih stvari). Predaja stvari dovodi do prenosa prava svojine ako je došlo do prenosa državnine kao faktičke vlasti, bez obzira da li je do toga došlo uručenjem stvari, ostavljanjem stvari ili je i mogućnost vršenja faktičke vlasti na stvari od strane pribavioca stečena na drugi način. Predaja je voljni akt i da bi imala za posljedicu prenos svojine ona mora biti izvršena sa namjerom da se prenese svojina na osnovu punovažnog pravnog posla upravljenog na prenos svojine. Fizička predaja bez takve namjere (tzv. *nula traditio*) nema za posljedicu prenos prava svojine. Predaja samostalne državnine se ne poklapa sasvim sa predajom stvari u državinu. Moguća je predaja samostalne državnine i predajom znacima i ispravama ili očitovanjem volje. Predaja pokretne stvari smatra se izvršenom i predajom isprave na osnovu koje sticalac može da raspoláže tom stvari,⁷⁴ kao i uručenjem nekog dijela stvari ili izdvajanjem ili drugim označavanjem stvari koje znači predaju stvari. U tim situacijama radi se o tzv. simboličkoj predaji (*traditio symbolica*) – predaji znacima ili ispravama. Ovo su slučajevi kada ne bi bilo racionalno da se vrši fizička predaja. Znaci ili isprave zamjenjuju stvari odnosno omogućavaju državinu stvari sticaoca. Primjera radi, predaja ključa od automobila predstavlja ovakvu predaju, jer je ključ dovoljan za raspolaganje sa tim automobilom.

Fiktivna predaja je, u stvari, prenos prava svojine na osnovu samog pravnog posla, pri čemu se uzima (fingira) da je izvršena fizička predaja. Te predaje u

⁷³ Boris Vizner, *Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima*, Zagreb, 1980, 234.

⁷⁴ To su hartije od vrijednosti u kojima je sadržano pravo svojine. Predaja ovih isprava ima značenje predaje stvari.

stvarnosti nema, jer bi, s obzirom na okolnosti slučaja, faktički bila bez smisla.⁷⁵ Ovaj oblik predaje nije vidljiv trećim licima. Postoje tri takva slučaja.

Kad se pokretna stvar nalazi u državini sticaoca po nekom pravnom osnovu, on stiče pravo svojine na nju u trenutku zaključenja pravnog posla sa vlasnikom stvari na osnovu koga stiče pravo svojine. To je predaja kratkom rukom (*traditio brevi manu*). Primjenom ovog pravila izbjegava se dvostruka predaja stvari. U tom slučaju bi bilo besmisleno da držalac vrati stvar vlasniku da bi mu je ovaj predao i tako prenio pravo svojine. Isti rezultat se postiže samim zaključenjem pravnog posla.

Ako sticalac prava svojine na pokretnu stvar ostavi tu stvar i dalje u državini prenosioca po nekom drugom osnovu, on stiče pravo svojine na nju u trenutku zaključenja pravnog posla sa vlasnikom stvari na osnovu koga se stiče pravo svojine (*constitutum possessorium*). Stvar ostaje i dale u državini tradensa na osnovu nekog užeg stvarnog ili obligacionog prava (npr. ugovor o plodouživanju, zakupu, posluži, itd.). Ovo podrazumijeva zaključenje dva pravna posla. Na taj način se izbjegava dvostruka predaja, koja ne bi imala smisla. To je suprotan slučaj od predaje kratkom rukom.

Pravo svojine na pokretnoj stvari koju drži treće lice prelazi na sticaoca u trenutku zaključenja pravnog posla kojim mu je prenosilac prenio pravo da zahtijeva vraćanje te stvari (*cessio vindicationis*). U ovoj situaciji postoje tri lica: vlasnik stvari koji ima posrednu državinu, lice koje stiče svojinu i treće lice koje je neposredni držalac i kod koga se stvar nalazi po nekom pravnom osnovu (npr. plodouživalac, poslugoprimac).⁷⁶ I u tom slučaju pravo svojine prelazi na akcipijensa samim zaključenjem pravnog posla, a treće lice će kasnije biti u obavezi da preda stvar novom vlasniku. Ovdje je potrebno da treće lice bude obavješteno o prenosu svojine. Razumljivo je da ono ima pravo da prema novom vlasniku istakne sve prigovore koje je imao prema ranijem vlasniku.

ZSP propisuje i da se predaja pokretne stvari smatra izvršenom i kada iz konkretnih okolnosti proizilazi da je izvršena predaja stvari.⁷⁷ Ovo je uslovljeno naglim tehnološkim razvojem koji pronalazi sve brže načine predaje stvari u ra-

⁷⁵ Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, deveto izdanje, Beograd, 1999, 68.

⁷⁶ "Prema kupcu kojeg je prodavac ugovorom o prodaji ujedno ovlastio da stupi u posjed prodane stvari, treća osoba ne može odbijati predaju stvari braneći se prigovorom da nije u pravnom odnosu sa kupcem" – Vrhovni sud Federacije BiH, br. 65 0 Ps 277324 15 Rev od 10.5.2016, Haso Tajić, Almir Alispahić, *Građansko i privredno pravo u praksi sudova u Bosni i Hercegovini (aktuelna sudska praksa 2013–2016.)*, Sarajevo, 2017, 39–40.

⁷⁷ O sticanju prava svojine na pokretnim stvarima na osnovu pravnog posla, v. član 109. ZSP-a.

znovrsnim životnim situacijama. Radi se o standardu koji odgovara velikom broju situacija koje svakodnevni život kreira.

Izuzetak od pravila da se svojina na pokretnoj stvari stiće predajom je kada se u ugovoru o prodaji pokretne stvari prodavac obaveže da stvar preda kupcu odmah nakon zaključenja ugovora uz zadržavanje prava svojine sve dok kupac ne isplati cijenu u potpunosti (*pactum reservati domini*). Ovo se najčešće ugovara kod prodaje sa obročnim otplatama cijene. Zadržavanje prava svojine predviđa se posebnom odredbom ugovora o prodaji. Rizik slučajne propasti ili oštećenja stvari snosi kupac od časa kada mu je stvar predata.⁷⁸

ZAKLJUČAK

Kada se pravo svojine stiće na osnovu pravnog posla ono prelazi sa dotadašnjeg vlasnika na sticaoca koji svoje pravo svojine izvodi iz prava svojine svog prednika. Pravni posao je najčešći osnov derivativnog sticanja prava svojine. Međutim, samim pravnim poslom još se ne stiće pravo svojine. Pored punovažnog pravnog posla (*titulus acquirendi*), za nastanak prava svojine potreban je i odgovarajući način sticanja (*modus acquirendi*). On zavisi od vrste stvari i određen je prinudnim propisima. Pravo svojine može prenijeti na drugo lice samo vlasnik stvari. Da bi prednik prenio pravo svojine sticaocu mora ga i sam imati. Pravni posao mora biti i kauzalan. Kauza je upravljena na prenošenje prava svojine na određenoj stvari sa tradensa na akcipijensa. Ako kauza ne postoji ili je nedopuštena, pravni posao je ništav.

Kod sticanja prava svojine na osnovu pravnog posla na nepokretnostima punovažan kauzalni pravni posao koji je podoban za prenos svojine predstavlja pravni osnov, a zakoniti način sticanja svojine je uknjižba (upis). Uslov pravne valjanosti ovih pravnih poslova je njihova notarska obrada. Pravo svojine na nepokretnostima na osnovu pravnog posla stiće se uknjižbom u javnu evidenciju, ako zakonom nije drugačije određeno. Ona djeluje od trenutka kada je podnesen zahtjev za uknjižbu. Ako nisu ispunjene sve pretpostavke za uknjižbu prava svojine, može se tražiti predbilježba sticanja ovog prava. Predbilježbom će svojina biti stečena pod uslovom naknadnog opravdanja. Ona predstavlja zaštitni mehanizam za slučaj raspolaganja koje je u suprotnosti sa upisanim pravom.

Pravo svojine na pokretnu stvar na osnovu punovažnog pravnog posla stiće se predajom te stvari u državinu sticaoca. Ovaj pravni posao je u pravilu neformalan. Samo izuzetno, na osnovu posebnog propisa ili na osnovu volje stranaka, on bi morao da bude zaključen u određenoj formi. Da bi se predajom stvari prenijelo

⁷⁸ Članovi 540 i 541. ZOO-a.

pravo svojine, ona mora biti faktička posljedica pravnog posla s kojim je u kauzalnoj vezi. Predaja je izvršena kada je stvar na osnovu pravnog posla prešla iz samostalne državine tradensa u samostalnu državinu akcipijensa. Ona se može izvršiti na različite načine. Najčešće se pravo svojine stiče fizičkom predajom stvari (*traditio vera*). Međutim, moguća je predaja samostalne državine i predajom znacima ili očitovanjem volje, a predaja pokretne stvari se smatra izvršenom i kada iz konkretnih okolnosti proizilazi da je to zaista i učinjeno.

Prof. Dr. DUŠKO MEDIĆ
Full Professor, Faculty of Law, Paneuropean University
“Apeiron” Banja Luka
Judge of the Constitutional Court of the Republika Srpska

ACQUISITION OF PROPERTY RIGHTS BASED ON A LEGAL TRANSACTION

Summary

Legal work is the most common basis for the derivative acquisition of property rights. However, the legal work itself does not yet acquire ownership. In addition to a valid legal transaction, the acquisition of title is required. For legal affairs the subject of which is the transfer or acquisition of property on real estate, the Law on Public notaries prescribes mandatory notarial processing of documents. Ownership of real property by virtue of a legal transaction is acquired by entry into public records, unless otherwise provided by law. Insofar as the acquisition of ownership of a movable property is concerned, legal work is, as a rule, informal. On the basis of a legal transaction, the right of ownership of a movable property is acquired by the transfer of that thing to the possession of the acquirer.

Key words: legal work, acquisition of property rights, notarial processing of documents, registration in public records, submission of items

Literatura

- Babić I., *Građansko pravo, knjiga 2, Stvarno pravo*, Beograd–Novi Sad, 2012.
- Babić I., Jotanović R., *Građansko pravo, knjiga 1, Uvod u građansko pravo*, Banja Luka, 2018.
- Babić I., Medić D., Hašić E., Povlakić M., Velić L., *Komentar Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske*, Sarajevo, 2011.
- Baroš P., “Pravni poslovi koji zahtijevaju obaveznu notarsku obradu”, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Beograd, 2009.
- Baroš P., *Notar, nekretnine i privredna društva*, Sarajevo, 2014.

- Cvetić R., "Domašaj načela upisa i načela pouzdanja u katastar nepokretnosti u našoj sudskoj praksi", *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3, 2015.
- Gavella N., Josipović T., Gliha I., Belaj V., Stipković Z., *Stvarno pravo*, (redaktor N. Gavella), svezak 1, Zagreb, 2007.
- Gavella N., *Privatno pravo*, Zagreb, 2019.
- Ghestin J., *Traité de droit civil, Les Biens*, Paris, 2010.
- Dolović Bojić K., "Savesnost kao uslov sticanja prava svojine", *Pravni život*, br. 10, 2017.
- Dolović Bojić K., "Uticaj prestanka ugovora na stečeno pravo svojine pribavioca i trećeg lica u srpskom pravu", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, 2018.
- Hašić E., Velić L., Nezirović G., Velić I., Tajić H., *Praktikum za stvarna prava, I dio*, Sarajevo, 2015.
- Kovačević Kuštrimović R., Lazić M., *Stvarno pravo*, Niš, 2006.
- Klarić P., Vedriš M., *Građansko pravo*, XIV izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2014.
- Medić D., Tajić H., *Sudska praksa iz stvarnog prava*, III izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, 2008.
- Medić D., *Stvarno pravo Republike Srpske*, četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Banja Luka, 2019.
- Medić D., "Uloga notara u građanskom pravu Republike Srpske", *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Mostar, 2019.
- Mojović I., "Notarska javna izvršna isprava", *Pravna riječ*, br. 28, 2011.
- Mulabdić S., "Derivativni način sticanja prava vlasništva na nekretnini", *Domaća i strana sudska praksa*, br. 78, 2018.
- Perić Ž., "O ugovoru o prodaji i kupovini", *Klasici jugoslovenskog prava*, Beograd, 1986.
- Perović S., *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Beograd, 1964.
- Povlakić M., "O zakonskom uređenju prometa prava na nekretninama i stvarnopravnom osiguranju potraživanja u BiH de lege ferenda", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Tom 22, br. 2, 2001.
- Povlakić M., *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009.
- Pušac J., "Konvalidacija ugovora o kupoprodaji nepokretnosti u pravnom sistemu Republike Srpske", *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br. 8, 2011.
- Pušac J., "Forma obligacionih ugovora", *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka "Apeiron"*, br. 4, 2014.
- Rajačić Č., *Stvarno pravo*, skripta, Zagreb, 1956.
- Simonetti P., "Stjecanje prava vlasništva na nekretnini", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Tom 21, br. 1, 2000.
- Simonetti P., *Rasprave iz stvarnog prava*, Rijeka, 2001.
- Stanković O., Orlić M., *Stvarno pravo*, deveto izdanje, Beograd, 1999.

- Stanišić S., *Obligaciono pravo*, opšti dio, knjiga 1, Banja Luka, 2019.
- Tajić H., Alispahić A., *Građansko i privredno pravo u praksi sudova u Bosni i Hercegovini (aktuelna sudska praksa 2013–2016)*, Sarajevo, 2017.
- Velić L., “Značaj predbilježbe”, *Domaća i strana sudska praksa*, br. 71, 2017.
- Velić L., Grgić D., “Sticanje prava vlasništva na nekreninama”, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br. 21, 2018.
- Vizner B., *Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima*, Zagreb, 1980.
- Vujović I., *Konvalidacija ugovora o prometu nepokretnosti*, Beograd, 2012.
- Vukotić J., *Sticanje zemljišnoknjižnih prava upisom u javne registre*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 08.09.2020.

Prihvaćen: 24.09.2020.

PREGLEDNI RAD

FAKTIČKA EKSPROPRIJACIJA I ZASTARELOST

Eksproprijacija je prinudni upravni prenos prava svojine na nepokretnosti zbog javnog interesa na državu, uređena zakonom, uz plaćanje, po pravilu, tržišne naknade. Ako se deposediranje izvrši bez odluke o eksproprijaciji i bez plaćanja naknade izvršena je faktička eksproprijacija. Da li raniji vlasnik od korisnika može da zahteva naknadu posle proteka opšteg zastarnog roka. Da li država duguje naknadu kad ograniči svojinu a nepokretnost ne oduzme. Kakva je prava pravna priroda naknade za eksproprijaciju? Treba li praviti razliku između potpune i nepotpune eksproprijacije. Rad pred vama pokušava, da na osnovu prikaza sudske prakse sudova Srbije i Crne Gore i njihove razlike, a kroz prizmu stavova Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP), kao i stavove teorije, osvetli pravnu prirodu naknade jer od toga zavisi da li naknada zastareva ili ne. Autor će pokušati da dokaže da se eksproprijaciona naknada može objasniti realnom subrogacijom (novac zamenjuje stvar), pa kako stvarna prava ne zastarevaju to ni ova naknada sui generis ne zastareva.

Ključne reči: faktička eksproprijacija, zastarelost, naknada, realna subrogacija

U V O D

Poslednjih godina (posle usvajanja EKLJP)¹ u Srbiji i Crnoj Gori raste broj parnica zbog lišenja ili ograničenja svojine na nepokretnosti u cilju opšteg (javnog) interesa. Vlasnici zahtevaju naknadu jer je deo njihovog zemljišta pretvoren u ulicu (u Novom Sadu je u kratkom vremenu podneto 140 tužbi) bez eksproprijacionog postupka; drugi traže naknadu za zemljište na kome su izgrađene tra-

Predrag Trifunović, sudija Vrhovnog kasacionog suda (u penziji).

¹ Evropska konvencija za zaštitu prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine.

fostanice, kao i naknadu za umanjenu tržišnu vrednost zbog prelaska električnih (i drugih) vodova. Iako su naknade za eksproprijaciju u Srbiji posle 1969. godine po usvajanju Zakona o restituciji proglašene za pravične, sporadično se u obe zemlje i dalje podnose tužbe radi isplate tržišne naknade i kada postoji pravnosnažno rešenje o eksproprijaciji sa tvrdnjom da im naknada ni posle više decenija nije plaćena. Pravobranioци (zastupnici tuženih) ističu da je naknada isplaćena ali da je dokumentacija (dokazi) uništena zbog kratkih rokova Zakona o arhivskoj građi, a ulažu i prigovor zastarelosti koji je u Crnoj Gori osnovan, a u Srbiji neosnovan. Osim traženja naknade za nepokretnost koja uopšte nije ekspropisana najmanji broj za sada parnica su zahtevi za naknadu zbog svojinskih ograničenja u javnom interesu koji su iskazani u planskim dokumentima (urbanistički planovi), gde postupak eksproprijacije nije ni pokrenut, niti je vlasnik deposediran.

U poredo sa porastom broja sporova vidljiva je zakonodavna aktivnost na izmenama i dopunama nacionalnih zakona o eksproprijaciji. U Crnoj Gori najznačajnija izmena je izmeštanje određivanja naknade iz sudskog postupka u organ uprave, formiranje komisije kao savetodavnog tela i utvrđivanje tržišne vrednosti na nov način uz poštovanje interesa ranijih vlasnika i korisnika eksproprijacije (poštovanje principa proporcionalnosti).

Kroz analizu obrazloženja odluka vidljive su u nekim (ne svim) pitanjima otvorene razlike (Crna Gora) ili prikrivene (Srbija) između vrhovnih sudova (redovnih sudova) sa jedne strane i Ustavnog suda sa druge strane, naročito u vezi zastarelosti. Sve izloženo prati i nejedinstvo i protivurečnost sudske prakse redovnih sudova naročito u početnim periodima odlučivanja.

NAKNADA ZA FAKTIČKU EKSPROPRIJACIJU KAO DEO PRAVA NA IMOVINU

Faktička eksproprijacija (naknada) je jedan od oblika prava na imovinu (prirodnog ljudskog prava) kao složenog i kompleksnog pravnog instituta. Najčešći oblik imovine (imanja) predstavlja pravo svojine na pokretnim i nepokretnim stvarima, ali tu spadaju i ekonomski i drugi interesi (pravo svojine je uži pojam od prava na imovinu). Zaštita imovine nije bila fundamentalno ljudsko pravo po izvornom tekstu Konvencije o ljudskim pravima. Ustanovljena je prvi put 1952. godine članom 1 Protokolom 1 (stupio na snagu 1954. godine), pa je tako postao sastavni deo Konvencije.

Član 1. Protokola 1 glasi:

Svako fizičko i pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovi-

ma predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava. Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne utiču na pravo države da primenjuje zakone koje smatra potrebnim da bi regulisala korišćenje imovine u skladu s opštim interesima ili da bi obezbedila naplatu poreza ili drugih dažbina ili kazni.

Iz sadržine teksta Protokola proizilazi da Konvencija štiti:

- a) pravo na mirno uživanje imovine;
- b) lišenje imovine može biti samo u javnom interesu zasnovanom na zakonu; i
- c) kontrola imovine vrši se u skladu sa opštim interesima ili radi naplate poreza, dažbina i kazni (ograničenje).

Na osnovu jezičkog tumačenja člana 1. Protokola 1 moglo bi se zaključiti da on ne obezbeđuje pravo na kompenzaciju (novčanu naknadu) jer takvog pravila jednostavno nema. Ona je tvorevina sudske prakse (ESLJP) zasnovanog na sistematskom tumačenju Konvencije, ali i sa delimičnim osloncem na tekst protokola.² Iz stava prvog vidljivo je da lišenje mora biti u skladu sa zakonom. Ustavi i zakoni svih modernih država predviđaju eksproprijaciju (prinudni prelaz privatne svojine po pravilu u državnu svojinu na nepokretnostima) samo uz plaćanje tržišne naknade u novcu ili po sporazumu u naturi (Ustav i zakoni o eksproprijaciji). Pored zakonitosti (da je lišenje ili ograničenje svojine zasnovano na zakonu ili sudskoj praksi), legitimnog cilja (opšti odnosno javni interes), za prinudni prenos prava svojine potrebna je i proporcionalnost (naknada) i ispitivanje da li je lišenje i ograničenje imovine bilo neophodno) tj. vrednovanje interesa društvene zajednice i prava pojedinca. U više desetina odluka ESLJP iskazan je stav da nema zadiranja države u prava pojedinca bez plaćanja tržišne naknade osim u opravdanim slučajevima. Ukratko osvrnimo se na njih:

– S. Sporrog i L. protiv Švedske. U slučaju zabrane gradnje zbog najavljene eksproprijacije sud je prvi put izrazio stav o proporcionalnosti i obavezi plaćanja naknade za ograničenje korišćenja imovine nalažući istraživanje činjeničnog stanja. Zbog ograničenja prava svojine vlasnici su bili sprečeni u mirnom korišćenju imovine (svojine) jer su kupci odustajali posle saznanja da će zemljište u budućnosti biti eksproporisano; utvrđena je povreda prava bez obzira što ograničenje svojine nije kvalifikovano kao faktička eksproprijacija;

– James protiv Ujedinjenog Kraljevstva gde je takođe istaknut princip proporcionalnosti, legitimnog cilja i javnog interesa. Odluka je po podnosioca bila

² ESLJP se u predmetu *Litgau* i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva o obavezi naknade izjasnio: "Obaveza da se plati naknda za eksproprijaciju proističe iz celine člana 1. prvog Protokola kao prećutni uslov; oduzimanje imovine bez naknade može biti samo u izuzetnim okolnostima".

negativna jer je legitimni cilj (socijalna pravda) prevagnula nad interesima vlasnika, odbijen je u pogledu zahteva za naknadu (zbog smanjenja zakupnine na socijalnim stanovima koje je posedovao). Prevagnuo je opšti javni interes u odnosu na pravo svojine;

– Papamichalopoulos protiv Grčke je tipičan primer faktičke eksproprijacije. Vlasnik zemljišta je dobio dozvolu za gradnju turističkog kompleksa. Zemljište mu je država oduzela i predala mornarici za vojnu bazu, a formalno rešenje o eksproprijaciji nije doneto. Zahtev za povraćaj zemljišta je odbijen, a sporazum o visini naknade nije postignut ni posle više godina. Utvrđena je povreda prava bez obzira što sudski postupci radi naknade nisu okončani.

Sa Protokolom 1 korenspondira ustavno pravilo iz člana 58. Ustava CG i takođe člana 58. Ustava RS.

Kada Evropski sud za ljudska prava poštujući princip jednakosti i pravne sigurnosti presudi o spornoj važnoj subjektivnoj povredi prava (tipski predmet) princip pravne sigurnosti zahteva da se istovetno postupa u svim istim i bitno sličnim budućim slučajevima (nekada signal zakonodavcu da menja ili donese zakon u cilju uređenja materije). To dalje znači da se i sporovi u vezi faktičke eksproprijacije kao delu imovinskog prava moraju presuđivati jednobrazno u skladu sa opštom obaveznošću Evropske konvencije i sudske prakse zasnovane na njoj.

Po teoriji, polazeći od citirane sadržine člana 1. Protokola 1 (mirno uživanje imovine, zakonito lišenje, kontrola imovine i plaćanje naknade) Evropski sud razlikuje tri osnovna oblika lišenja svojine: formalnu eksproprijaciju, *de facto* eksproprijaciju i indirektnu eksproprijaciju³.

Formalna (zakonska) eksproprijacija predstavlja prinudni upravni prenos prava svojine na državu u skladu sa zakonito sprovedenim postupkom uz plaćanje naknade. Prethodi joj planski dokument, utvrđivanje opšteg, odnosno javnog interesa, donošenje rešenja o eksproprijaciji i ostvarivanje naknade pred organom uprave odnosno vanparničnim sudom ili isključivo pred organom uprave (po izmenjenom Zakonu o eksproprijaciji u Crnoj Gori 2018. godine).

Kod faktičke eksproprijacije nije doneto rešenje o eksproprijaciji (bez obzira da li je utvrđen opšti interes na osnovu planskog dokumenta), a ona je u stvarno-

³ Dragoljub Popović, Violeta Beširević, Slavoljub Carić, Marija Draškić, Vladimir Đerić, Goran P. Ilić, Ivan Janković, Edo Korljan, Ivana Krstić, Tanasije Marinković, Tatjana Papić, *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Službeni glasnik, Beograd, 2017, 641 i 642; Dušanka Komnenović, *Pravo na mirno uživanje imovine u praksi Evropskog suda za ljudska prava, doktorska disertacija*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2017, 74–75. Monica Carss – Frisk, “Pravo na imovinu, vodič za primenu člana 1 Protokola br. 1 ESLJP”, Savet Evrope, 2004, 34 i 45.

sti izvršena kroz lišenje imovine (deposediranje) bez plaćanja naknade. U sudskoj praksi obe države ona je prepoznata kroz izgradnju ulica, trafostanica i drugih objekata infrastrukture bez sprovedenog postupka eksproprijacije i bez plaćanja naknade o čemu će docnije biti više reči.

Indirektna eksproprijacija postoji u slučaju kada je nepokretnost od vlasnika oduzeta i nije mu plaćena naknada, a u posebnom sudskom postupku država je postala vlasnik nepokretnosti najčešće po osnovu zakona, odnosno održaja (Belvedere A. protiv Italije). U našoj praksi postojao je poseban privilegovan održaj za državu i društvena pravna lica (član 268. ranije važećeg ZUR) – koji sudska praksa više ne priznaje.⁴

Za analizu našeg problema od značaja je razlikovanje eksproprijacije po samom zakonu na potpunu i nepotpunu. Dok se kod potpune eksproprijacije danom pravnosnažnosti rešenja menja sopstvenik, kod nepotpune se može ustanoviti službenost ili zakup zemljišta na određeno vreme do tri godine.

FAKTIČKA EKSPROPRIJACIJA - KARAKTERISTIČNI SLUČAJEVI

Izgradnja ulica i objekata infrastrukture

Ovo su najčešći primeri faktičke eksproprijacije. U obe zemlje vlasnici zemljišta prodavali su raznim fizičkim licima parcele radi izgradnje stambenih i poslovnih objekata u gradovima u zonama koje nisu bile proglašene za gradsko gra-

⁴ “Drugostepeni sud smatra da je pravo svojine fizičkog lica prestalo po osnovu člana 268. ZUR i da je sporni građevinski objekat sa zemljištem postao državna svojina jer se između ostalog, država nalazila u neprekidnoj državini za sve vreme trajanja Zakona o udruženom radu (1976-1992. godina). Stanovište drugostepenog suda nije pravilno. Naime, tačno je da je po članu 268. ZUR-a (“ako je nepokretnost postala društveno sredstvo bez pravnog osnova njeno vraćanje može se zahtevati u roku od pet godina počev od dana saznanja, a najdocnije u roku od 10 godina”) ustanovljena specijalna vrsta održaja u korist društvene svojine po kome se za sticanje ne traži “zakonitost” osnova sticajca. Ali, u konkretnom slučaju drugostepeni sud previđa da citirani zakon u prelaznim i završnim naređenjima ne sadrži pravilo po kome te odredbe imaju retroaktivno dejstvo. Kada je država ratifikovala Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i slobodama (2003. godine) pravilno iz ZUR-a (pod uslovom da je primenljivo) je suprotno Protokolu 1 EKLJP koji štiti privatnu svojinu i praksi Evropskog suda za ljudska prava (brojne presude) po kome se može oduzeti stvar u privatnoj svojini u opštem interesu, ali samo sa naknadom, koja bi se ravnala tržišnoj vrednosti, odnosno ako je oduzeta, a postoji, ima se vratiti vlasniku stvari (Sarica et Dilaver C. Turkeyie, predstavka br. 11765/05, presuda od 27. maja 2010. godine) U hijerarhiji pravnih propisa posle usvajanja Evropske konvencije o ljudskim pravima, a u skladu sa Ustavom RS (član 194. stav 5) i Zakonom o Ustavnom sudu (član 60), pravila međunarodnog karaktera (usvojene i ratifikovane konvencije i praksa Evropskog suda za ljudska prava) imaju primat nad domaćim zakonom i hijerarhijski se nalaze odmah posle Ustava. (Rešenje Vrhovnog kasacionog suda Rev 728/2016 od 15.3.2017. godine)

đevinsko zemljište i gde je promet bio slobodan, pa čak i u tim zonama kada je umesto prodaje zemljište dato u dugoročni zakup. Kupci placeva su bili obavezni da ostave svaki sa svoje strane gde je projektovana (zamišljena) ulica, deo zemljišta za buduću ulicu. Lokalna samouprava je opremila to zemljište (struja, voda, kanalizacija, ulično osvetljenje), a kasnije i asfaltiranje. Vlasnici zemljišta su tužili lokalnu samoupravu, grad, a nekada i republiku za priznanje tržišne naknade. U prvoj fazi sudovi su ih uglavnom odbijali sa argumentacijom da je vlasnik zemljišta naplatio naknadu od kupaca placeva, pa bi isplata naknade bila dvostruka.

S druge strane, ulaganje lokalne samouprave doprinosi povećanoj tržišnoj vrednosti objekata koji su izgrađeni i od toga svi imaju koristi. Rešenja o eksproprijaciji zemljišta radi formiranja ulice nikada nisu doneta niti im je naknada plaćena. Argumentacija srpskih sudova je: parcela je planskom dokumentacijom ušla u sastav ulice i namenjena je za javnu i saobraćajnu površinu; opremljena je infrastrukturom i vodovodnom, elektroenergetskom i telekomunikacionom a saobraćajna površina je izgrađena od tucaničkog zastora ili asfalta namenjena za neograničen broj lica i javni saobraćaj, tako da predstavlja dobro od opšteg interesa, odnosno dobro u opštoj upotrebi; prodavac nije svojim kupcima prodavao put već je prodavao samo placeve u skladu sa izvršenom internom parcelacijom. Kupci placeva su i sami učestvovali u delimičnom opremanju ulice a ne samo opština. Osnov za dosuđivanje naknade je Protokol 1 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i član 58. Ustava RS po kome pravo svojine može biti oduzeto ili ograničeno samo u javnom interesu uz naknadu koja ne može biti niža od tržišne. Tuženi grad je pasivno legitimisan na osnovu pravila iz zakona o putevima. Pitanje zastarelosti se nije postavljalo (Rev 399/2018 i Rev 5400/2018 od 20.3.2019. godine).⁵

Isto rezonuje i Vrhovni sud Crne Gore koji je kroz načelan stav i više odluka vlasnicima zemljišta koje je postalo ulica priznao pravo na naknadu bez obzira na zastarelost jer svojina ne zastareva. Ne mogu se primeniti ni zastarni rokovi iz pravila o građenju na tuđem zemljištu.

“Izgradnja javnog puta bez donošenja odluke o izuzimanju iz posjeda građevinskog zemljišta predstavlja faktičko deposediranje koje je osnov za ostvarivanje prava na naknadu u skladu sa odredbama Zakona o eksproprijaciji.

Pravo na ovu naknadu ne zastarijeva pa se na potraživanje bivših vlasnika za isplatu naknade ne primjenjuju odredbe o zastarjelosti iz Zakona o obligacionim odnosima”. (Iz Biltena VS CG 1/2012 str. 14-16).

⁵ Iz presuda je vidljivo da naknada nije umanjena zbog koristi koju imaju vlasnici kuća (kupci plaćeva pored ulice), niti je uzeto u obzir ulaganje grada, što je, čini se zbog načela proporcionalnosti bilo nužno.

NEPOTPUNA EKSPROPRIJACIJA

Za razliku od srpske sudske prakse Vrhovni sud Crne Gore je nezastarivost prava na tržišnu naknadu iskazao i kod nepotpune eksproprijacije na sledeći način: “U slučajevima izgradnje objekata od javnog i opšteg interesa (trafostanice, dalekovodi) radi se o deposediranju što je osnov za naknadu štete u visini tržišne vrednosti zemljišta, a na koje ostvarivanje prava se ne primenjuju pravila o zastarelosti potraživanja” (Vrhovni sud Crne Gore Rev 347/18 od 14.6.2018. godine).

Suprotno, srpska sudska praksa posle izvesnog kolebanja i međusobno protivurečnih odluka (da li se radi o naknadi štete, faktičkoj eksproprijaciji ili *sui generis* naknadi za zakonsku stvarnu službenost) zauzela je pravni stav da prelaz dalekovoda preko zemljišta predstavlja ostvarivanje zakonske stvarne službenosti i da ta naknada zastareva u opštem zastarnom roku od 10 godina (član 210. ZOO). U pogledu zemljišta gde se nalazi trafostanica ili stub zastarelosti nema (pravni stav Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda od 23.01.2017. godine). Ostaje da se vidi da li će ovaj stav izdržati probu vremena. Čini se da je razlikovanje u srpskoj praksi opravdano zato što je naknada za zakonsku službenost regulisana u članu 53. ZOSPO, koji je specijalni u odnosu na pravilo o naknadi za eksproprijaciju.

REŠENJE O EKSPROPRIJACIJI JE DONETO ALI NAKNADA NIJE ODREĐENA NITI ISPLAĆENA

U bivšoj Jugoslaviji, makar poslednjih godina pre njenog nestanka, retki su bili slučajevi prinudnog prelaska privatne svojine u društvenu odnosno državnu svojinu bez sprovedenog postupka eksproprijacije i plaćanja naknade. Istina ona nije uvek bila tržišna i u nekim periodima je bila obezvređena uticajem inflacije (naročito hiperinflacije u periodu 1990-1993. godina)⁶. No, i kada su se dešavali takvi slučajevi sporovi su se rešavali kroz institut naknade štete što je za posledicu imalo nepravična rešenja jer su se korisnici eksproprijacije pozivali na zastarelost potraživanja. Pošto su rokovi u materiji naknade štete veoma kratki (tri i pet godina), raniji vlasnici su ostajali uglavnom bez zaštite. U cilju zaštite prava svojine, a sociološki i zbog otklanjanja nepravdi, a posle donošenja presude L ... i S protiv Švedske od strane Evropskog suda za ljudska prava (iako bivša Jugoslavija nije bila članica Saveta Evrope) zajednička sednica Saveznog suda i svih republičkih sudova u toku 1986. godine donela je zaključak koji je glasio: “Zastarelost potra-

⁶ Sudovi su u ovoj materiji priznavali pravo na ponovno određivanje naknadu za eksproprijaciju bez obzira na uložene prigovore “presuđene stvari”.

živanja pravične naknade za nepokretnosti koje su prešle u društvenu svojinu po osnovu eksproprijacije odnosno nacionalizacije ili po drugom zakonskom osnovu gde se naknada određuje po službenoj dužnosti počinje da teče prvog dana posle dana kada je raniji vlasnik nepokretnosti prema zakonu republike imao pravo da zahteva naknadu određenu poravnanjem ili odlukom suda⁷.

Argumentacija za ovaj zaključak bila je: Da se naknada određuje po službenoj dužnosti, pa raniji vlasnik ne može da snosi nikakve štetne posledice zbog propusta državnih organa; u slučaju da pred opštinskim organom nije postignut sporazum o visini naknade u propisanom roku, a taj organ propusti da rešenje o eksproprijaciji sa ostalim spisima dostavi vanparničnom sudu raniji vlasnik takođe ne može trpeti nikakve posledice. Zbog toga korisnik eksproprijacije ne može sa uspehom istaći prigovor zastarelosti jer dok naknada nije određena zastarelost nije ni počela da teče. U daljem toku sudska praksa je otišla i dalje od citiranog zaključka. Ona je proglasila nezastarivost u slučajevima kada rešenje o eksproprijaciji uopšte nije doneto (ili je doneto ali iz raznoraznih razloga nije dostavljeno ranijim vlasnicima – nije postalo pravnosnažno). Svemu je doprinela i praksa Evropskog suda za ljudska prava, ne samo u citiranim slučajevima nego i docnije presude protiv Portugala, Albanije, Turske.

Iz crnogorske sudske prakse se može zaključiti da su sudovi sve do usvajanja načelnog stava iz 2014. godine imali jedinstvenu praksu (stav) da naknada za eksproprijaciju ne zastareva dok nije utvrđena i da predstavlja ekvivalent svojine (novčanu supstituciju za svojinu).⁷ Praksa je promenjena očigledno po saznanjima da je dokumentacija o isplati naknade uništena, a da su naknade u stvarnosti bile isplaćene. Zauzet je stav da zbog pasivnog ponašanja ranijeg vlasnika nastaje zastarelost u opštem zastarnom roku od pet ili deset godina jer je tužilac kriv što naknadu nije ostvario. Kao što će se iz narednih izlaganja videti Vrhovni sud Crne Gore ne poštuje stavove Ustavnog suda Crne Gore.

Ustavni sud CG smatra da utvrđena naknada za eksproprijaciju ne zastareva. Ključni argument je ustavno pravilo da nema eksproprijacije bez naknade; odluke Evropskog suda za ljudska prava i stanovište zajedničke sednice svih sudova iz 1986. godine. Iz obrazloženja odluke Ustavnog suda:

...Dakle, samo ukoliko se sporazum o naknadi ne postigne u zakonom propisanom roku i organ uprave ne dostavi spise predmeta sudu, samo tada raniji vlasnik se može neposredno obratiti sudu. Ne prije, kako to pogrešno tumače redovni sudovi. Jer prioriteta je dužnost organa uprave da zakaže usmenu raspravu povodom sporazumnog određivanja naknade, koju dužnost Zakon o eksproprijaciji prepoznava

⁷ Pravo zahtevati naknadu za eksproprijaciju zemljišta ne zastareva. Važi samo u slučaju kada naknada nije utvrđena (rešenje VS CG Rev 218/12 od 7.11.2012. godine).

je. Ovo prvenstveno stoga što je Ustavom propisano da niko ne može biti lišen ili ograničen prava svojine, osim kada to zahtijeva javni interes, uz pravičnu naknadu. Logično je da kada je država ta koja lišava prava svojine ista i obezbjeđuje pravo na naknadu ranijem vlasniku. To ne može biti prioritetna obaveza ranijeg vlasnika, budući da istom Zakon ostavlja mogućnost da se obrati sudu kada organ uprave ne dostavi spise sudu po službenoj dužnosti (što je svakako, ne bez razloga, terminološka distinkcija u odnosu na dužnost organa uprave, tj. države da to učini), tek pošto država preduzme sve moguće mjere da se postigne sporazum oko određivanja naknade pa do sporazuma ne dođe, što u konkretnom nije slučaj.” (Odluka Ustavnog suda CG U-III br. 196/19 od 22. januara 2019. godine)

Odlučujući ponovo (drugi put) posle napred citirane odluke Ustavnog suda Vrhovni sud CG raniji stav nije promenio:

...”Dakle, kako je tužilac imao mogućnost da se nakon pravosnažnosti rješenja o eksproprijaciji obrati neposredno sudu radi određivanja naknade, a to nije učinio u roku od pet godina od pravosnažnosti rješenja o eksproprijaciji, već je predlog u odnosu protivnika predlagača prvog reda podnio sudu tek 03.04.2009.godine, a u odnosu na protivnika predlagača drugog reda 09.10.2009.godine, skoro trideset godina od kada je imao pravo da se obrati neposredno sudu, to je očigledno da je predmetno potraživanje zastarjelo istekom opšteg zastarnog roka iz čl. 371 ZOO (Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 37/89 i Službeni list SRJ, br. 31/93).

...Predmetno potraživanje, nasuprot navodima revizije i stanovištu Ustavnog suda Crne Gore, podliježe zastari, jer potraživanje naknade za ekspropisane nepokretnosti predstavlja obligacioni zahtjev.

S tim u vezi, drugostepeni sud se s pravom pozvao na pravni stav ovog suda Su br. 62/14 od 11.07.2014. godine da potraživanje naknade za ekspropisane nepokretnosti zastarijeva u opštem zastarnom roku. Zastarjelost počinje da teče prvog dana poslije dana kada je raniji vlasnik imao pravo da se obrati neposredno sudu ili drugom nadležnom organu radi određivanja pravične naknade.

...Promjena stava Vrhovnog suda Crne Gore po navedenom pitanju nakon dužeg vremena bezuslovno ne podrazumijeva kršenje Konvencije i standarde prava na pravično suđenje i segmenta tog prava – ravnopravnost stranaka u sudskim postupcima u istim pravnim situacijama. Jer, Evropski sud za ljudska prava izjasnio se u predmetu Hejget Sahin i Perihan Sahin protiv Turske, br. 13279/05, u presudi od 20. oktobra 2011. godine, stav 58, da uslovi pravne sigurnosti i zaštita legitimnog povjerenja javnosti ne dodjeljuju stečeno pravo i dosljednost sudske prakse, kako se već prethodno izjasnio i u predmetu Unedic protiv Francuske, br. 20153/04, stav 74, od 18. decembra 2005. godine. Takođe, istim stavom presude u navedenom predmetu Sahin Sud je rekao da razvoj sudske prakse nije po sebi suprotan isprav-

nom administriranju pravde, budući da bi neodržavanje dinamičnog i evolutivnog stanovišta stvorilo rizik od sprečavanja reforme ili poboljšanja (progresivnog kretanja), kako je to ranije rekao Sud i u predmetu Atanasovski protiv "bivše Jugoslovenske Republike Makedonije", br. 36815/03, stav 38 od 14. januara 2010. godine.

Stoga, konkretni načelni pravni stav Vrhovnog suda Crne Gore treba tumačiti u kontekstu evolucije tumačenja prava u okviru pravnog poretka Crne Gore i saglasno Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, a da se njime ne dovodi u pitanje jednakost postupanja i pravna sigurnost kao elementi vladavine prava. (Vrhovni sud Crne Gore UŽ Rev 8/19 od 19.4.2019. godine).

Isto kao i Ustavni sud Crne Gore rezonuje i Ustavni sud Srbije i navodi: "Prilikom donošenja osporenih presuda parnični sudovi su očigledno izgubili iz vida da Zakon o eksproprijaciji koji se primenjivao u vreme eksproprijacije i imovine pravnog prethodnika podnosioca, kao ni sada važeći Zakon o eksproprijaciji nisu propisivali prekluzivne rokove za podnošenje zahteva za ostvarivanje prava na naknadu... a da se opšti rok zastarelosti potraživanja od 10 godina može primeniti ako postoji potraživanje utvrđeno pravnosnažnom odlukom suda ili odlukom drugog nadležnog organa, što ovde nije slučaj jer takve odluke ne postoje, kao ni rešenje kojim je pravnom prethodniku podnosioca uzeta iz poseda u celini ili delimično parcela..." (odluka Ustavnog suda Srbije UŽ 20/2013 od 24.5.2017. godine).

KOMENTAR STAVA VRHOVNOG SUDA CRNE GORE

Iz dosadašnjih izlaganja proizilazi da po pitanju faktičke eksproprijacije (izgradnji ulica) postoji jedinstvo prakse i neprotivurečnost u obe zemlje, ali da postoji razlika po pitanju naknade za ekspropriisanu nepokretnost koja nije plaćena ni posle više decenija (prigovor zastarelosti se u Crnoj Gori usvaja, a u Srbiji ne).

Iz odluka Evropskog suda za ljudska prava (Portugal, Turska, Grčka) vidljivo je da se zastarelost ne spominje. Iz odluke ESLJP Papamichalopoulos protiv Grčke koja govori "o stanju koje traje (t. 46)" moglo bi se indirektno zaključiti da zastarelosti nema.

Odluke Evropskog suda se moraju poštovati zbog sadržine čl. 35. i 46. Evropske konvencije kao i odluke Ustavnog suda po samom tekstu Ustava. Ali ako zanemarimo formalnu obaveznost i hijerarhijski odnos pravnih akata (međunarodne ratifikovane konvencije imaju primat nad domaćim pravom i po svojoj snazi su odmah posle Ustava), a polazeći od ustavnog pravila da nema eksproprijacije bez plaćanja naknade, razmotrimo suštinske razloge za opravdanost stava o nezastarelosti.

Odgovor na ovo pitanje (o nezastarivosti) može dati pravna priroda eksproprijacione naknade (kompenzacije).

To je *sui generis* potraživanje i razlikuje od obligacija iz oblasti naknade štete i sticanja bez osnova. Bez obzira na različite definicije imovine, teorija se slaže u jednom - da ona predstavlja celinu. Prinudnim prelaskom u državnu svojinu otrgnut je (pravno iščezava) deo celine.⁸ Na mestu uzetog dela može doći ili ista (bitno slična) stvar (po sporazumu) ili po pravilu novac (pokretna stvar) kao ekvivalent po načelu *subrogam capit naturum subrogate* (nova stvar uzima prirodnu prve vrste)⁹. Pošto smo zamenili jedan elemenat pravnog odnosa drugim tj. nepokretnu stvar zamenila je pokretna, to se pravna priroda ove naknade može objasniti realnom subrogacijom. Pokretne stvari (novca) nema dok se visina naknade ne utvrdi, pa zbog toga zastarelost nije ni počela da teče.

S obzirom da je realna subrogacija zamena jednog elementa drugim, nepokretne stvari pokretnom i kako imovina treba da ostane neokrnjena, a imajući u vidu da pravo svojine kao deo prava na imovinu ne zastareva, to i naknada u novcu ne zastareva. Ona predstavlja ekvivalent prava svojine. Zastareva utvrđena naknada za eksproprijaciju.¹⁰

Nema znakova jednakosti između naknade štete i eksproprijacione naknade jer kod eksproprijacije izvorno ne postoji protivpravnost; takođe nema znaka jednakosti ni sa sticanjem bez osnova jer se država kao pravno lice ne bogati (korist je opšta, zajednička, narodna).

Čini se da Vrhovni sud Crne Gore poistovećuje zastarelost sa prekluzivnim rokovima.

Ne može raniji vlasnik da snosi posledice nezakonitog postupanja države koja je po službenoj dužnosti morala da pokuša sporazumno utvrđivanje naknade ili da predmet dostavi vanparničnom odeljenju suda koji bi naknadu utvrđivao po službenoj dužnosti. Pažljivom analizom obrazloženja stava iz 2014. godine (presuda iz 2019. godine) izričito se spominje da je i unutrašnji motiv izmene ranijeg stava o nezastarivosti naknade bila sumnja u namerno eliminisanje dokaza u vezi isplate. Istina iz detaljno citirane presude se to ne vidi (utvrđuje se kao nesporna činjenica). Nije moguće lišiti pojedinca prava na naknadu samo zbog sumnje da se dešavaju slučajevi dvostruke naknade, namernog uništenja dokaza i korišćenja pravila o rokovima čuvanja arhivske građe koji očigledno moraju biti duži. Redovni sudovi bi u ovim situacijama morali bez obzira na pravilo o teretu dokazivanja (po kome dužnik dokazuje da je dug isplatio) utvrđivati činjenice po

⁸ Enciklopedija imovinskog prava, grupa autora 1978, str. 645.

⁹ Obren Stanković, Vladimir Vodinelić, *Uvod u građansko pravo*, Službeni glasnik, 2000, 140.

¹⁰ Isti stav je zauzet i u Bosni i Hercegovini na Panelu 30.01.2014. godine.

službenoj dužnosti i pokušati da pribave upisnike, saslušaju svedoke, dokumentaciju o obezbeđenim sredstvima, saslušati ranijeg vlasnika ili njegove naslednike i raspraviti: zašto se ćuti nekada i duže od 10 godina? Da li je raniji vlasnik oprostio dug u kom slučaju mu naknada ne bi pripadala.

S druge strane, argumentacija Vrhovnog suda Crne Gore da je izmena stava izvršena u toku 2014. godine učinjena u skladu sa više citiranih odluka Evropskog suda u kome se dozvoljava izmena prakse pod izuzetnim okolnostima je ćini se neprihvatljiva jer u poštovanju ljudskih prava (prava na imovinu) znaći korak unazad u odnosu na nivo zaštite dostignute još 1986. godine. Sudska praksa se menja ako se pod uticajem socioloških, filozofskih, ćak i politićkih shvatanja, a naroćito pravićnosti pokaže nužno radi širenja obima ljudskih prava ili sticanja novih. Ovde to nije slučaj.

OGRANIĆENJA PRAVA SVOJINE I NAKNADA

Planski dokumentat

Detaljnim urbanistićkim planom u jednom srpskom gradu na zemljištu tućioca planirana je izgradnja dećje ustanove. Vlasnik nije deposediran ali mu je pravo svojine ogranićeno jer mu je smanjena mogućnost otuđenja i gradnje. Naknada mu nije isplaćena.

Prvostepeni sud usvaja tućbeni zahtev i dosuđuje naknadu zbog umanjenja ... trţišne vrednosti parcele. Drugostepeni sud preinaćuje prvostepenu presudu i tućbeni zahtev odbija zato što tućilac ima sve atribute svojine (državinu, upravljanje i pravo raspolaganja) i ne pripada mu naknada dok nije deposediran. Reviziju tućioca odbio je Vrhovni kasacioni sud (Rev 298/2016 od 3.3.2016. godine).

Srpski Ustavni sud poništava revizijsku odluku sa argumentacijom da je u konkretnom slučaju 1995. godine planskim dokumentom došlo do ogranićenja prava svojine na mirno ućivanje imovine zbog ćega je smanjena mogućnost raspolaganja tokom dugog vremenskog perioda usled neprivođenja zemljišta namećni, što je za posledicu imalo nesigurnost tućioca u pogledu toga šta će biti sa njegovom imovinom. Ustavni sud uzima u obzir stavove Evropskog suda za ljudska prava iz odluka S i L protiv Švedske i Matos Esilva LDA i dr. protiv Portugalije (Uć 4376/2016 od 5.4.2018. godine). Bilo je nužno utvrditi da li je šteta u uzroćnoj vezi sa ogranićenjima iz planskog dokumenta.

Iz spisa se moće zakljućiti da sudovi ne smatraju bitnom ćinjenicu da li je tućilac pokušavao da proda zemljište i da li je zbog planskog dokumenta ogranićen. Ćini se da je to olako "ćitanje presude odnosno odluke Evropskog suda S i L protiv Švedske.

O slučaju “Nešić protiv Crne Gore”¹¹

Aplikant Nešić je 1980. godine kupio po punovažnom ugovoru obalno zemljište koje je 1992. godine postalo društvena svojina po Zakonu o morskom dobru s tim da ostaje korisnik. Nije doneto rešenje o prenosu prava svojine zemljišta na društvenu (državnu) svojinu, već je vlasnik svojinu izgubio u posebnoj parnici, s tim što mu je priznato pravo korišćenja. Evropski sud za ljudska prava izražava stav da, iako je nemoguće u ovom slučaju sprovesti postupak eksproprijacije jer je zemljište već postalo po osnovu zakona i sudske odluke državna svojina, raniji vlasnik ima pravo na naknadu zbog “okrnjene svojine”.

Slučaj “Nešić protiv Crne Gore” je presuđen u skladu sa načelima, praksom i presudama ESLJP kao i primeru indirektno eksproprijacije (B. protiv Italije). Gubitkom prava raspolaganja “krnji se” svojina jer joj se oduzima najglavniji atribut koji je razlikuje od državnine. I u italijanskom slučaju, a i u slučaju Nešić, ESLJP iskazuje stav da je država postala vlasnik ne samo po osnovu zakona već i na osnovu sudske odluke kojoj se pridaje veći značaj. Ali za razliku od italijanskog slučaja Nešić ima pravo korišćenja i eksproprijacija nije nužna jer je prelaz svojine na državu već izvršen kroz javne knjige. I u ovom slučaju, a u skladu sa izloženom praksom ESLJP država mora platiti naknadu. Istina da naknada neće biti ista kao kod potpunog gubitka prava svojine. Očigledno je da će za Crnu Goru ovo biti ogroman finansijski teret i da se “između redova” iz presude može zaključiti da je nužno i normativno uređenje ove materije. Ali kako utvrditi tržišnu naknadu u ovim situacijama i vrednovati gubitak prava raspolaganja (odgovor – po slobodnoj oceni) u situaciji kada na kompletnoj morskoj obali postoji zabrana raspolaganja. U skladu sa načelom proporcionalnosti nužno u svakom konkretnom slučaju izvagati interese države i ranijeg vlasnika.

Podvucimo da je izmenama Zakona o eksproprijaciji Crna Gora (za razliku od Srbije) dobro normativno uredila i konkretizovala načelo proporcionalnosti sa naglaskom da tržišna vrednost može biti i manja ako raniji vlasnik ostvaruje neke druge koristi.¹² Nužno je da zbog stavova Evropskog suda za ljudska prava i nače-

¹¹ Presuda ESLJP od 9.6.2020. godine.

¹² Stav o smanjenju tržišne vrednosti bio je prisutan krajem prošlog veka u jugoslovenskoj sudskoj praksi i Zakonu o eksproprijaciji iz 1984. godine koji je predviđao umanjeње naknade zbog društvenih ulaganja u infrastrukturu (član 11). Redaktori Enciklopedija imovinskog prava podržavaju taj stav zbog ekonomske i socijalne pravde (Stojan Cigoj, Odeljak o građanskoj odgovornosti, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, NIU Službeni list SFRJ, Beograd, 1978, 527). Problem tržišne naknade razmatralo je i Veliko veće ESLJP u predmetu Skordino protiv Italije pa je utvrdilo da se u tom slučaju ne radi o eksproprijaciji izvedenoj u sklopu ekonomskih mera i društvenih reformi što bi eventualno moglo opravdati naknadu nižu od iznosa tržišne v. D.

la proporcionalnosti, a naročito zbog činjenice da uprava prihoda, bez uvažavanja teorije, individualizacije i ispitivanja svih okolnosti, sudovima prezentira neobrađene procene o tržišnoj vrednosti, izmeniti i dopuniti Zakon o eksproprijaciji.

ZAKLJUČAK

Sumirajmo napred izloženo.

1. Ako nije doneto rešenje o eksproprijaciji, a nepokretnost je oduzeta u cilju izgradnje objekata od javnog interesa (faktička eksproprijacija), raniji vlasnik ima pravo na tržišnu vrednost nepokretnosti u vreme donošenja sudske odluke bez obzira na zastarelost.

2. a) Pravna posledica (isplata tržišne naknade) je ista i u slučaju da je rešenje o eksproprijaciji doneto, a naknada nije isplaćena – naknada ne zastareva (Srbija). Utvrđena naknada zastareva. Nezastarivost se može objasniti realnom subrogacijom i činjenicom da pravo svojine ne zastareva.

b) Crna Gora ima suprotnu praksu. Ako je doneto rešenje o eksproprijaciji, a nije određena naknada jer nadležni državni organ naknadu nije odredio po službenoj dužnosti ili sporazumno, a ni raniji vlasnik takav zahtev nije postavio, potraživanje zastareva u opštem zastarnom roku.

3. Kod nepotpune eksproprijacije (zasnivanje zakonske stvarne službenosti) potraživanje naknade zastareva u opšte zastarnom roku od 10 godina (Srbija); suprotno po crnogorskoj sudskoj praksi to potraživanje ne zastareva.

4. U slučaju donošenja planskog dokumenta (generalnog ili detaljnog urbanističkog plana) da se na zemljištu u budućnosti gradi objekat od javnog interesa (ograničenje prava svojine), a raniji vlasnik nije deposediran pripada mu naknada za umanjenje tržišne vrednosti bez obzira na zastarelost pod uslovom da dokaže da zemljište nije mogao otuđiti zbog ograničenja sadržanih u planskom dokumentu.

5. Kada država stekne pravo svojine po zakonu, nužno je u svakom konkretnom slučaju doneti rešenje o prenosu svojine odlukom suda ili organa uprave. Bez obzira što raniji vlasnik zadržava pravo korišćenja pripada mu naknada zbog gubitka prava raspolaganja.

6. Srbija takođe treba da zakonom detaljnije uredi pitanje tržišne naknade u skladu sa praksom ESLJP.

Popović, V. Beširević, S. Carić, M. Draškić, V. Đerić, G. P. Ilić, I. Janković, E. Korljan, I. Krstić, T. Marinković, T. Papić, op. cit., 645.

PREDRAG TRIFUNOVIĆ

Judge of the Supreme Court of Cassation (retired)

DE FACTO EXPROPRIATION AND STATUTE OF LIMITATIONS

Summary

Expropriation is a compulsory administrative transfer of real estate rights to the state, for the benefit of the overall public, regulated by the law, subject, as a rule, to a market value compensation. When dispossession is implemented without a decision on expropriation and without payment of compensation, that is de facto expropriation. Can the previous owner claim compensation from the beneficiary after the expiration of the general statute of limitations? Does the state owe compensation when it limits the title to real estate but does not take away the real estate? What is the true legal nature of the expropriation compensation? Should a distinction be made between complete and incomplete expropriation? The paper before you endeavours, based on the case law of the courts of Serbia and Montenegro and their differences, viewed through the prism of the positions held by the ECHR, as well as the positions expounded in legal theory, to shed light on the legal nature of compensation, because it holds the key to whether or not compensation is subject to the statute of limitations. The author will attempt to prove that the expropriation compensation may be explained as real subrogation (money replaces a thing), and since real rights are not subject to the statute of limitations, thus neither is this compensation sui generis subject to the statute of limitations.

Key words: de facto expropriation, statute of limitations, compensation, real subrogation

Literatura

- Cigoj S., "Odeljak o građanskoj odgovornosti", *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, NIU Službeni list SFRJ, Beograd, 1978.
- Carss – Frisk M., *Pravo na imovinu, Vodič za primenu člana 1 Protokola br. 1 ESLJP*, Savet Evrope, 2004.
- Komnenić D., *Pravo na mirno uživanje imovine u praksi Evropskog suda za ljudska prava, doktorska disertacija*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2017.
- Popović D., Beširević V., Carić S., Draškić M., Đerić V., Ilić G. P., Janković I., Korljan E., Krstić I., Marinković T., Papić T., *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Službeni glasnik, Beograd, 2017.
- Stanković O., Vodinelić V., *Uvod u građansko pravo*, Službeni glasnik, 2000.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 16.10.2020.

Prihvaćen: 21.10.2020.

PREGLEDNI RAD

GORDANA JOVANOVIĆ

JAVNOBELEŽNIČKI TESTAMENT

Jedna od oblasti prava koja je nesumnjivo doživela najviše promena zbog uvođenja javnog beležništva u pravosudni sistem i pravni život Republike Srbije jeste nasledno pravo. Između ostalog, u naslednopravni sistem uveden je novi oblik testamenta – javnobeležnički testament. U radu će biti reči o najvažnijim pitanjima koja se tiču sadržine, forme i postupka sačinjavanja javnobeležničkog testamenta. Posebno će se ukazati na obaveze koje javni beležnik ima prilikom sastavljanja ovog oblika zaveštanja, na uslove koji moraju biti ispunjeni da bi testament bio sačinjen i punovažan i na razlike koje u tom smislu postoje u odnosu na druge oblike testamenta. Konkretizacija teme se vrši kroz analizu postojećih zakonskih rešenja i javnobeležničke prakse, sa posebnim ukazivanjem na posledice činjenice da ovaj oblik testamenta nije regulisan osnovnim materijalnopравnim propisom iz oblasti naslednog prava – Zakonom o nasleđivanju, a istovremeno rad je i pokušaj da se ponudi rešenje problema koji se mogu pojaviti kao de lege ferenda pitanje u budućim usaglašavanjima zakonskih odredbi, kako međusobno, tako i u odnosu na pravnu praksu.

Ključne reči: testament, javni beležnik, pravila forme, postupak sačinjavanja, sadržina testamenta

U V O D

Sa uvođenjem javnih beležnika u pravni sistem Republike Srbije,¹ došlo je do brojnih promena u raznim oblastima prava.²

Gordana Jovanović, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, javni beležnik Trećeg osnovnog suda u Beogradu, e-mail: beleznikgordanajovanovic@gmail.com.

¹ Zakon o javnom beležništvu, *Službeni glasnik RS*, broj 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – dr. zakon, 937/2014 – dr. zakon, 121/2014, 6/2015, 106/2015 – ZJB.

² Osnovno o granama prava u kojima notar ima važnu ulogu opštirnije u: Dragor Hiber, "Pojam beležnika (notara) i beležničkog (notarijalnog) prava", *Javnobeležničko pravo*, (ur. D. Hiber), Beograd, 2006, 30–32.

Kao logičan pokušaj da se ostvari jedan od osnovnih ciljeva uvođenja javnobeležničke profesije u naš pravni sistem, a to je rasterećenje sudova³, u najvećoj mjeri su usledile promene u domenu naslednog prava. Pre svega, došlo je do izmene Zakona o vanparničnom postupku⁴ uvođenjem čitavog niza odredbi koje se odnose na poveravanje postupaka javnim beležnicima od strane suda,⁵ te unošenje izmena u poseban deo navedenog zakona kojima je regulisan postupak raspravljanja zaostavštine.⁶

U svetlu tih promena, jedva vidljivo, usledila je i promena u Zakonu o nasleđivanju Republike Srbije,⁷ gde je u Glavi trećoj, Poglavlje II Oblici zaveštanja, unet član 111a koji doslovno glasi:

“Javnobeležničko zaveštanje sačinjava javni beležnik u obliku javnobeležničkog zapisa”.⁸

Unošenje ovakve odredbe u osnovni materijalnopравни propis iz oblasti naslednog prava, ima dve osnovne posledice:

- 1) U naslednopравни sistem Republike Srbije uveden je novi oblik testamenta;
- 2) Odredbe kojima se preciziraju način i uslovi za sačinjavanje novog oblika testamenta nisu propisani Zakonom o nasleđivanju, već se u tu svrhu moraju primeniti odredbe propisa kojima je regulisana javnobeležnička delatnost.⁹

Ovakav način regulisanja zahteva da se, u pogledu uslova za sačinjavanje javnobeležničkog testamenta, same procedure i dejstva koja ovakav oblik testamenta ima, primenjuju posebna pravila.

To, na prvi pogled, u izvesnoj mjeri komplikuje primenu ovakvih odredbi u praksi, budući da se od građana koji imaju potrebu za primenom ovakvog instituta ne može očekivati da budu upoznati sa svim zakonskim i podzakonskim odredbama kojima je regulisano ovo pitanje.

³ Dejan Đurđević, *Javnobeležnička delatnost*, Beograd, 2014, 23.

⁴ Zakon o vanparničnom postupku, *Službeni glasnik SRS*, broj 25/82 i 48/88, *Službeni glasnik RS*, broj 46/95 – dr. zakon, 18/05 – dr. zakon, 85/2012, 45/2013 – dr. zakon 55/2014, 6/2015 i 106/2015 – dr. zakon – ZVP.

⁵ Članovi 30a do 30z ZVP.

⁶ Glava sedma ZVP-a.

⁷ Zakon o nasleđivanju Republike Srbije – ZON, *Službeni glasnik RS*, broj 46/95, 101/2003 – Odluka USRS i 6/2017.

⁸ ZON, čl. 111a 3) Javnobeležničko zaveštanje.

⁹ Pored Zakona o javnom beležništvu, tu se takođe primenjuju odredbe Zakona o vanparničnom postupku kojima je regulisano sastavljanje isprava – čl. 164–182 ZVP, kao i odredbe Javnobeležničkog poslovnika, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2016 i 66/2017 – prečišćen tekst.

S druge strane, međutim, omogućavanjem javnim beležnicima da se prilikom sačinjavanja ove vrste isprava, pridržavaju pravila svoje struke kojima je precizno i prilično detaljno uređen način postupanja, sadržina i forma javnobeležničkih isprava i zbog čega je praktično nemoguće zamisliti pravni život bez posredovanja javnog beležnika,¹⁰ u velikoj meri se postiže to da javni beležnik svojim postupanjem i u ovoj oblasti povećava pravnu sigurnost, deluje preventivno i predupređuje pokretanje sudskih postupaka.¹¹

Na taj način, javni beležnik, u potpunosti, ostvaruje svoju funkciju "pomažuća pravosuđa".¹² i omogućava mu da bude na određeni način dobrovoljni sudija, koji određuje obaveze i dužnosti i zadužuje strane u postupku.¹³

Analiza instituta javnobeležničkog testamenta nesumnjivo podrazumeva kratak osvrt na pitanje forme testamenta uopšte, te ukazivanje na specifičnosti koje javnobeležnički testament ima u pogledu svoje forme, sadržine i procedure sačinjavanja, kao i razlike u odnosu na ostale oblike testamenta koje poznaje srpsko nasledno pravo, sa osvrtom na uporednopravna rešenja, te ukazivanje na posebnu ulogu koju u pogledu sačinjavanja i postupanja ima javni beležnik.

FORMA TESTAMENTA

Testament kao formalni pravni posao

Kada se govori o osnovnim obeležjima testamenta, pored činjenice da se radi o jednostranom, strogo ličnom, opozivom pravnom poslu,¹⁴ zatim da je u pitanju kauzalan, dobročin i neadresovan pravni posao,¹⁵ kao jedna od njegovih najvažnijih karakteristika kod svih autora, ističe se da je u pitanju formalni pravni

¹⁰ Milanka Furtula Đorđević, Nebojša Šarkić, "Javno beležništvo – da ili ne?", *O javnom beležniku – notaru*, (ur. Nebojša Šarkić), Beograd, 2004, 5.

¹¹ Merdžana Škaljić, Uloga i značaj latinskog tipa notarijata u oblasti stvarnih prava u Bosni i Hercegovini, *Notarijat i pravna država*, (ur. Edin Šarčević), Sarajevo, 2013; Rankica Benc, Dostignuća notarijata u Hrvatskoj (rasterećenje sudova u ostavinskim, registarskim i ovršnim postupcima), *Notarijat i pravna država*, (ur. Edin Šarčević), Sarajevo, 2013; Slavica Čurić, Notarski obrađena isprava u parničnom postupku (sudska praksa i rasterećenje sudova), *Notarijat i pravna država*, (ur. Edin Šarčević), Sarajevo, 2013.

¹² Scheachtgen A., "Kako se postaje notar", *Javni bilježnik*, br. 6, 1999, prema D. Hiber, op. cit, 18.

¹³ Hanns-Jakob Putzer, Das Noatriati im Zivilschssystem, *Das moderne Notariat, Strukturen und Aufgaben, Bundesnotarkammer-Deutsche Notarzeitschifte*, Köln, 1993.

¹⁴ Ulrich von Lubtow, *Erbrecht*, Berlin, 1971, 97.

¹⁵ Više o vrsti i podeli pravnih poslova videti u Vladimir Vodinelić, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Beograd, 2017, 449–480.

posao,¹⁶ gde forma predstavlja njegov konstitutivni element – forma *ad solemnitate*.¹⁷

Pored osnovnih funkcija zbog kojih se forma inače propisuje za neku vrstu pravnog posla,¹⁸ kada je u pitanju testament, može se reći da je ključna funkcija forme njena zaštitna funkcija, budući da ona predstavlja garantiju istinitosti poslednje volje zaveštaočeve.¹⁹ Naime, obaveza zaveštaoca da svoju poslednju volju izrazi u nekom od zakonom predviđenih oblika, ima za posledicu to da se ono što je u takvoj formi izraženo u potpunosti podudarno sa zaveštaočevom voljom. Takođe, forma obezbeđuje da je prilikom sačinjavanja testamenta kod zaveštaoca nesumnjivo postojala *animus testandi*. Jer, ako je zaveštalcu svoju volju izjavio u zakonom propisanoj formi, ta okolnost u velikoj meri upućuje na to da je njegova volja ozbiljna i da je izjavljena u nameri da se postignu određena naslednopravna dejstva.²⁰ Sasvim sigurno, funkcije koje forma ostvaruje kad su u pitanju testamenti su višestruke, naročito kada se uporede sa dejstvima forme kod drugih formalnih pravnih poslova.²¹

U naslednom pravu Republike Srbije predviđeni su sledeći oblici zaveštanja: svojeručno zaveštanje (olografski testament), pismeno zaveštanje pred svedocima (alografski testament), sudsko zaveštanje, konzularno zaveštanje, međunarodno zaveštanje, brodsko zaveštanje, vojno zaveštanje, usmeno zaveštanje i javnobeležničko zaveštanje.²²

¹⁶ Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1986, 194.

¹⁷ Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, broj 29/1978 i *Službeni list SRJ* broj 31/1993 – ZOO, čl. 7.

¹⁸ “Da stranama obezbedi izvesnost u pogledu sadržine pravnog posla, da olakša sudu ili drugom organu utvrđivanje sadržine pravnog posla, bilo za slučaj dokazivanja sadržine, prava i obaveza i drugih pitanja, bilo za slučaj nadzora da li strane postupaju u skladu sa pravnim poretom, omogućava bolju informisanost strana i trećih o sadržini pravnog posla, štiti od prenapljene odluke” – Carolin Kuhne, *Die gestzliche Form der rechtsgeschafte im deutschen und italienischen Recht (Eine rechtsvergleichede Unterschuchung)*, Franfrukt a.M. i dr, 2002, 49, 88, 150, L.I. Plewe, *Die gesetzlichen Formen des Rechtgeschafte (Eine Bestandaufnahme zu Beginn des 21. Jahrhunderts)*, Aachen, 2003, sve prema: V. Vodinić, op. cit., 464.

¹⁹ Mihailo Konstantinović, “Opšte napomene uz teze za predprojekt Zakona o nasleđivanju, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1947”, *Anali Pravnog fakulteta*, br. 3–4, Beograd, 1982, 342.

²⁰ Dejan Đurđević, *Institucije naslednog prava*, Beograd, 2017, 126.

²¹ U tom smislu se izjašnjava i sudska praksa. Tako, prema Presudi Apelacionog suda u Beogradu Gž. 2226/10 od 22.07.2010. “Forma testamenta ima značaj uslova za punovažnost testamenta, a ne samo za njegovo dokazivanje.”

²² ZON, čl. 84–111.

Javni i privatni testamenti

Sa aspekta problematike ovog rada od posebnog značaja, pored drugih podela oblika testamenata koje poznaju teorija i praksa,²³ jeste podela na privatne i javne testamente. Kriterijum za razlikovanje jeste obaveza učešća nekog lica koje je nosilac javnih ovlašćenja kod javnih testamenata, odnosno neučestvovanje takvog lica kada su u pitanju privatni testamenti. Sa takvog stanovišta, razlikujemo sudski, brodski, vojni, konzularni, međunarodni i javnobeležnički testament, kao javne testamente, s jedne strane, i alografski, olografski i usmeni testament, kao privatne testamente, s druge strane.

Ono dakle, što je *differentia specifica* javnih testamenata u odnosu na privatne, jeste učešće nekog nosioca javnih ovlašćenja u njegovom sačinjavanju. Međutim, pored toga što su ti nosioci javnih ovlašćenja različiti kod svakog oblika testamenta,²⁴ samo učešće, odnosno obaveze koje nosilac javnih ovlašćenja ima prilikom sačinjavanja nekog od javnih oblika zaveštanja se razlikuju.

Ako ostavimo po strani međunarodni testament, u pogledu koga važe posebna pravila propisana ratifikovanim međunarodnim ugovorom,²⁵ možemo se kratko zadržati na sudskom zaveštanju, budući da se, po slovu zakona, pravila za sačinjavanje sudskog zaveštanja shodno primenjuju i na ostale oblike javnog zaveštanja.²⁶ Zakonodavac propisuje da sudsko zaveštanje po kazivanju zaveštaoca sačinjava sudija, pošto prethodno utvrdi zaveštaočinu identitet. Nakon što zaveštala takvo zaveštanje pročita i potpiše, sudija na samom zaveštanju potvrđuje da ga je zaveštala u njegovom prisustvu pročitala i potpisao.²⁷ Posebna pravila su propisana za slučaj kada zaveštala nije u stanju da pročita zaveštanje, jer je u tom slučaju neophodno prisustvo dva svedoka, pred kojima sudija čita zaveštanje, na-

²³ Na primer, podela na pismene i usmene testamente, na redovne i vanredne testamente, prema Ilija Babić, *Komentar Zakona o nasleđivanju sa odabranom sudskom praksom i priložima*, Beograd, 2013, 260–263, Podela na vanredne, redovne i izuzetne testamente, prema D. Đurđević, 2017, op. cit., 129.

²⁴ Kod sudskog zaveštanja, to lice je sudija, kod konzularnog konzularni ili diplomatski predstavnik koji obavlja konzularne poslove, kod broskog zapovednik broda, kod vojnog komandir čete i drugi starešina, njegovog ili višeg ranga ili neko drugi u prisustvu starešina, odnosno starešina odvojenog odreda, kod javnobeležničkog javni beležnik, kod međunarodnog bilo koje od navedenih ovlašćenih lica.

²⁵ Konvencija o jednoobraznom Zakonu o obliku međunarodnog testamenta sa Prilogom iz 1973, u našoj zemlji ratifikovana 03.06.1977, *Službeni list SFRJ*, 2/1977.

²⁶ Osim javnobeležničkog zaveštanja, prim.aut.

²⁷ ZON, čl. 87.

kon čega zaveštalc izjavljuje da je u pitanju njegovo zaveštanje i potom zaveštanje potpisuje ili stavlja rukoznak, svedoci se potpisuju na samom zaveštanju, a sudija potvrđuje na samom zaveštanju da su sve ove radnje učinjene.²⁸

U daljem toku rada, prilikom analize instituta javnobeležničkog testamena, biće uočljive razlike koje postoje između sudskog i javnobeležničkog testamena, pre svega, sa stanovišta uloge koju u sačinjavanju testamena imaju konkretni nosioci javnih ovlašćenja (sudija, odnosno javni beležnik), što je, prvenstveno, posledica činjenice da su odredbe kojima je regulisano postupanje javnih beležnika propisane posebnim zakonskim, odnosno podzakonskim aktima, da su potpunije, sveobuhvatnije, da "pokrivaju" veći broj situacija koje se u praksi mogu dogoditi, dok je sačinjavanje sudskog zaveštanja regulisano samo kroz nekoliko članova zakona.²⁹

JAVNOBELEŽNIČKI TESTAMENT KAO OBLIK ZAVEŠTANJA

Nadležnost za sačinjavanje javnobeležničkog testamena

Kao što je već rečeno, javnobeležničko zaveštanje nije bilo predviđeno u izvornom tekstu Zakona o nasleđivanju. Ono je u naš pravni sistem uvedeno nakon donošenja Zakona o javnom beležništvu, izmenama i dopunama Zakona o nasleđivanju.³⁰ Stvarna nadležnost za sačinjavanje javnobeležničkog testamena u našem pravnom sistemu pripada isključivo javnim beležnicima.³¹

²⁸ "Nije pravovaljan sudski testament ako zaveštalc nije u stanju da ga pročita kada na samom testamentu nema potvrde sudije koji je sastavio testament da ga je zaveštaocu pročitao u prisustvu dva svedoka i da je onda zaveštalc u prisustvu dva svedoka testament potpisao ili na njega stavio svoj rukoznak, pošto je izjavio da je to njegov testament". Sednica Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 18.03.1991. – Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br. 4, 2008.

²⁹ Interesantno je, pritom, da je članom 86 Zakona o nasleđivanju i članom 183 Zakona o vanparničnom postupku propisano da se sudsko zaveštanje sačinjava po pravilima koja važe za sastavljanje isprava, a da, s druge strane, Zakon o vanparničnom postupku u članu 164 izričito predviđa da je za sastavljanje isprava nadležan javni beležnik, da se zakonom može predvideti da isprave o pojedinim pravnim poslovima sastavlja sud, te da se pravila ovog zakona shodno primenjuju i na sastavljanje isprava za koje je posebnim zakonom predviđeno da se sačinjavaju u sudu. Osnovano se može postaviti pitanje da li je sud ovlašćen da primenjuje pravila za sačinjavanje isprava propisana za javne beležnike, imajući u vidu propisanu shodnu primenu? Utisak je međutim, da je ova protivrečnost pre rezultat neusklađenosti materijalnih i procesnih pravila, proisteklih prvenstveno zbog različitog vremenskog perioda, njihovog donošenja i menjanja.

³⁰ *Službeni glasnik RS*, br. 6/2015.

³¹ Odredbe o subjektima javnobeležničke delatnosti sadržane su u čl. 25–51 ZJB.

Kada je u pitanju mesna nadležnost, pre svega treba skrenuti pažnju da je u savremenim evropskim pravnim sistemima zauzeto stanovište da mesto obavljanja službenih javnobeležničkih radnji mora da bude uređeno zakonom.³² Pravila o mesnoj nadležnosti podrazumevaju da javni beležnik mora da se uzdrži od preduzimanja službenih radnji koje nisu adekvatno povezane sa njegovim službenim područjem, pri čemu veza između službenog područja i službene radnje može biti personalna (tj. da notar može postupati samo ako stranka ima prebivalište ili boravište na njegovom službenom području) ili realna (tj. da se predmet pravnog posla nalazi na službenom području javnog beležnika).³³

U našem pravnom sistemu princip isključive mesne nadležnosti javnih beležnika, i to po realnom kriterijumu, propisan je samo za pravne poslove kojima se uz naknadu ili bez naknade vrši prenos prava svojine na nepokretnosti sa jednog na drugo lice i o kojima ispravu može sastaviti samo onaj javni beležnik na čijem se službenom području ta nepokretnost nalazi.³⁴ Za sve ostale pravne poslove, odnosno isprave, propisano je da ih može sačiniti svaki javni beležnik.³⁵ Štaviše, zakonodavac je posebno naglasio da testament kojim se raspolaze nepokretnostima može sastaviti svaki javni beležnik nezavisno od toga gde se nepokretnost nalazi.³⁶ To praktično znači da lice koje želi da raspolaze svojom imovinom za slučaj smrti i to želi da učini u formi javnobeležničkog zaveštanja, može ovaj pravni posao obaviti kod bilo kog javnog beležnika na teritoriji Republike Srbije.

Treba istaći da se po pravilu zaveštanje sastavlja u kancelariji javnog beležnika, ali da je u praksi čest slučaj da se javnobeležničko zaveštanje sastavlja izvan kancelarije, obično u stanu, domu za stara lica, bolnici ili drugom mestu gde zaveštalac boravi, budući da se uglavnom kao zaveštaoci javljaju starija ili bolesna lica kojima je teško da pristupe javnom beležniku.³⁷

³² Obrazloženje uz Nacrt trećeg zakona o izmenama Saveznog zakona o javnom beležništvu i drugih zakona (*Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Bundensnotarordnung und anderer Gesetze*) od 21. marta 1996, prema D. Đurđević (2014), op. cit., 71.

³³ D. Đurđević (2014), op. cit., 71.

³⁴ ZVP, čl. 165 st. 2, Zakon o prometu nepokretnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 93/2014, 121/2014 i 6/2015, čl. 4.

³⁵ Ovo pravilo se odnosi samo na sačinjavanje isprava. Kada je u pitanju poveravanje poslova javnom beležniku od strane suda, važe posebna pravila o mesnoj nadležnosti – v. ZVP, čl. 30a–30z i odredbe ZVP-a kojima je propisan postupak raspravljanja zaostavštine.

³⁶ ZVP, čl. 165 st. 3.

³⁷ Članom 166 st. 2 ZVP dozvoljeno je javnom beležniku da u tim slučajevima ili kad postoje drugi opravdani razlozi ispravu može sastaviti van javnobeležničke kancelarije.

Javnobeležničko zaveštanje kao javnobeležnički zapis

Na početku, neophodno je ukazati da postoje tri osnovne javnobeležničke forme isprava. To su javnobeležnički zapis: isprava o pravnim poslovima i drugim izjavama volje koje sačinjava javni beležnik,³⁸ legalizacija ili overa potpisa: javnobeležnička radnja kojom javni beležnik potvrđuje da potpis na određenoj ispravi potiče od određenog lica³⁹ i solemnizacija ili potvrđivanje isprave: javnobeležnička radnja na osnovu koje privatna isprava o pravnom poslu dobija dokaznu snagu javne isprave.⁴⁰

Opređeljivanjem zakonodavca da za javnobeležnički testament kao obaveznu formu propiše formu javnobeležničkog zapisa, kao najstrožu i najobuhvatniju formu, nesumnjivo se išlo za tim da se stranci koja odluči da svoju izjavu za slučaj smrti da u formi javnobeležničkog testamenta, pruži najširu zaštitu i garantiju da će njena volja biti, s jedne strane, jasno izražena, a s druge strane, formalnopravno punovažna. Na taj način se ovom pravnom poslu daje "uzvišen domen autentičnosti" jer poštovanje javnobeležničke forme jeste uslov i za validnost samog pravnog posla.⁴¹

Naime, kada sačinjava neku ispravu u formi javnobeležničkog zapisa⁴² javni beležnik je dužan da se pridržava posebnih pravila u pogledu oblika i sadržine isprave.

Oblik javnobeležničkog zaveštanja. – Odredbe kojima je regulisan oblik javnobeležničkog zapisa,⁴³ a kojima je propisan format, sredstvo sačinjavanja, označavanje praznih mesta, brojeva, način pisanja, ispravljanje i dopunjavanje javnobeležničkog zapisa, označavanje i povezivanje stranica, potpisivanje isprave⁴⁴ su

³⁸ ZJB, čl. 6.

³⁹ Zakon o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa, *Službeni glasnik RS*, br. 93/2014 i 22/2015. propisuje isključivu nadležnost javnih beležnika u ovoj oblasti počev od 1. marta 2017. godine.

⁴⁰ Wagner K., Knetchel G., *Notariatshordnung*, Wien, 2000, prema D. Đurđević, (2014), op. cit., 229.

⁴¹ Jeanne Poulpique, *Responsabilite des notaires, Civile-Disciplinaire-Penale*, Paris, 2003, 35.

⁴² ZJB je u čl. 82 propisao da se u formi javnobeležničkog zapisa obavezno sačinjavaju ugovor o raspolaganju nepokretnostima poslovno nesposobnih lica, sporazum o zakonskom izdržavanju i ugovor o hipoteci i založne izjave, može, radi ostvarenja dugovane činidbe, može neposredno sprovesti prinudno izvršenje. Forma zapisa za javnobeležnički testament je propisana Zakonom o nasledjivanju i u tom smislu ovaj oblik jeste obavezan za tu formu testamenta, ali ako se ima u vidu da se testament može sačiniti i u drugim oblicima, ipak se u slučaju testamenta javnobeležnički zapis javlja kao konkurentna forma.

⁴³ ZJB, čl. 63–71, Javnobeležnički poslovnik, čl. 21–32.

⁴⁴ Detaljnije o formi javnobeležničkog zapisa u Dejan Đurđević "Javnobeležnički zapis" u D. Hiber, op. cit., 117–120.

za javne beležnike kogentne prirode.⁴⁵ Dakle, javni beležnik nema mogućnost izbora kada su pitanju pravila koja mora da primeni u pogledu oblika javnobeležničke isprave, već je dužan da ispravu sačini u skladu sa unapred propisanim odredbama zakona i poslovnika.⁴⁶

Ta pravila imaju za cilj da, s jedne strane, obezbede da tekst isprave bude jasan i čitak, a da, s druge strane, preduprede eventualnu mogućnost zloupotrebe i falsifikovanja.⁴⁷

Na taj način se u potpunosti ostvaruje autentifikaciona funkcije forme,⁴⁸ odnosno garantuje se da je pravni posao preduzelo lice koje je kao takvo označeno na ispravi i obezbeđuje se da je tekst koji je sadržan u ispravi podudaran sa sadržinom izjavljene volje, što naročito dolazi do izražaja kada je u pitanju testament.⁴⁹ Naime, uvek treba imati u vidu da je testament pravni posao *mortis causa*, da se, po pravilu, lica koja pretenduju da ostvare neku korist iz zaostavštine sa sadržinom testamenta upoznaju tek nakon smrti ostavioca, te da, iz raznih razloga, može nastati pokušaj da se ispravom u kojoj je sadržana poslednja ostaviočeva volja manipuliše. S druge strane, najvišim pravnim aktima garantovana sloboda testiranja⁵⁰ mora biti očuvana.

Naime, ako se ima u vidu da je jedno od ovlašćenja prava privatne svojine, kao neprikosnovenog ljudskog prava,⁵¹ ovlašćenje da se po svojoj volji raspoláže svojim imovinom ne samo pravnim poslovima *inter vivos*, već i pravnim poslovima za slučaj smrti,⁵² to strogi propisi kojima se određuje način oblikovanja te volje, u slučaju javnobeležničkog testamenta, u potpunosti ostvaruju svoju svrhu.

Sadržina javnobeležničkog zaveštanja. – Budući da je kao obavezna forma javnobeležničkog zaveštanja, propisana forma javnobeležničkog zapisa, to je jav-

⁴⁵ Više o podeli pravnih normi na dispozitivne, kogentne i mešovite u V. Vodinelić, op. cit., 148–157.

⁴⁶ Javnobeležnički poslovnik, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2016 i 66/2017 – prečišćen tekst – sadrži niz pravila kojim su uređena tehnička pitanja sačinjavanja isprava i drugih javnobeležnih radnji.

⁴⁷ Dienstordnung für Notarinnen und Notare (DONot), paragraf 29 st. 1, <http://www.bnotk.de/Berufsrecht> (viđeno 18.09.2020).

⁴⁸ Više o funkcijama forme kod javnobeležničkih isprava u D. Đurđević (2014), op. cit., 28–33.

⁴⁹ Peter Mankowski, "Formzwecke", *Juristen Zeitung*, br. 13, 2010, 664.

⁵⁰ Npr., Povelja o osnovnim pravima u Evropskoj uniji, 2000, u čl. 17 st. 1, propisuje da "Svaka osoba ima pravo da svoju zakonito stečenu svojinu drži, koristi, da njome raspolaže i da je ostavi u nasleđstvo".

⁵¹ Kod nas zajemčenog članom 58 Ustava Republike Srbije.

⁵² D. Đurđević (2017), op. cit., 27.

ni beležnik dužan da se i u pogledu sadržine zaveštanja striktno pridržava odredbi propisanih zakonom.⁵³

Zakonodavac je taksativno naveo elemente sadržine javnobeležničkog zapisa onim redom kako su obuhvaćeni samom ispravom i kako je javni beležnik dužan da ih u ispravu unese,⁵⁴ ali treba ukazati na činjenicu da svi elementi sadržine nemaju istu pravnu snagu i njihov nedostatak ne proizvodi iste posledice.

Naime, ako javnobeležnički zapis ne sadrži podatke o javnom beležniku, učesniku, datumu sačinjavanja, pouke i upozorenja, potpis učesnika, potpis, pečat i štambilj javnog beležnika, takva isprava neće imati pravno dejstvo javne isprave.⁵⁵ Najteža pravna posledica predviđena je za slučaj da u ispravi nema teksta zaveštanja, budući da se u tom slučaju zapis smatra nepostojećim.⁵⁶ Ukoliko zapis ima nedostatak u pogledu drugih zakonom propisanih elemenata, to eventualno može dovesti do disciplinske i građansko-pravne odgovornosti javnog beležnika,⁵⁷ ali će zapis o zaveštanju biti punovažan i imaće dejstvo javne isprave.

Javni beležnik sačinjava zapis o testamentu u dva primerka, od kojih je jedan snabdeven klauzulom o izvorniku, a drugi – otpravak se predaje zaveštaocu.⁵⁸ Izvornik ostaje na čuvanju kod javnog beležnika,⁵⁹ i ne može se predati stranci,⁶⁰ a prepis zaveštanja se isključivo može izdati zaveštaocu ili licu koje je on izričito ovlastio u obliku javne isprave.⁶¹

⁵³ ZJB, čl. 84.

⁵⁴ Najpre se navode podaci o javnom beležniku, zatim podaci o stranci, konkretno licu koje sačinjava zaveštanje, načinu utvrđivanja njegovog identiteta (kada je u pitanju zaveštanje, naravno, nema mogućnosti zastupanja, pa su suviše odredbe o zastupniku i načinu utvrđivanja njegovog identiteta, zatim tekst zaveštanja, označenje isprava koja se prilažu zapisu, datum, čas i mesto sačinjavanja, ukoliko se sastavlja van kancelarije, izjava da je ostavilac poučen o sadržini i pravnim posledicama zaveštanja, da je upozoren na nejasne i dvosmislene odredbe i da je posle upozorenja pri takvim izjavama ostao, potpis ostavioca, potpis i štambilj javnog beležnika.

⁵⁵ ZJB, čl. 84 st. 2.

⁵⁶ ZJB, čl. 84 st. 3.

⁵⁷ D. Đurđević, (2014), op. cit., 126.

⁵⁸ Pravila o izvorniku, prepisu, overi i izdavanju javnobeležničkih isprava su detaljno regulisana čl. 105–09 ZJB.

⁵⁹ "Izvornik koji je zadržan na čuvanju kod javnog beležnika predstavlja državnu svojinu" stav nemačkog prava naveden u R. Ertl, *Wirksamkeit und Widerruf der Eintragungsbewilligung*, *Deutsche Notar – Zeitschrift*, br. 6, 1967, prema D. Đurđević (2014), op. cit., 167.

⁶⁰ Čl. 108 st. 2 ZJB je, između ostalog, propisano da se izvornici javnobeležničkih isprava ne mogu izdavati strankama, ali se predaju sudu ili drugom organu ili licu, u skladu sa propisom koji uređuje takvu izjavu volje.

⁶¹ ZJB, čl. 109 st. 4.

POSTUPAK SAČINJAVANJA JAVNOBELEŽNIČKOG ZAVEŠTANJA

U postupku sačinjavanja javnobeležničkog zaveštanja, kao i kod ostalih isprava koje se sačinjavaju u formi javnobeležničkog zapisa, postoje tri stadijuma takvog postupka⁶² koje hronološki i logično čine jednu celinu, ali ih je potrebno odvojeno analizirati, zbog različite uloge i obaveza koje ima javni beležnik u svakoj pojedinačnoj fazi.

Pripremni stadijum sačinjavanja javnobeležničkog zaveštanja

U prvoj, pripremnoj, fazi sačinjavanja javnobeležničkog zaveštanja javni beležnik se prvi put susreće sa namerom nekog lica da raspolaže svojom imovinom za slučaj smrti. Način na koji će stranka beležnika upoznati sa nameravnim pravnim poslom nije striktno propisan.⁶³ Iako se radi o početnoj fazi postupka, ovaj stadijum je vrlo bitan, pošto se pravilo da je “dobra priprema pola posla” u ovom postupku u potpunosti ostvaruje, budući da se sve nedoumice, eventualna sporna pitanja, dileme i tzv. tehničke stvari razrešavaju u ovoj fazi, kako bi se postupak nesmetano mogao nastaviti.

Pored obaveze javnog beležnika da u ovoj fazi postupka utvrdi identitet ostavioca na način propisan zakonom i poslovníkom,⁶⁴ ono što suštinski određuje ovu fazu postupka jeste razgovor javnog beležnika sa strankom. U tom razgovoru će javni beležnik pre svega moći da oceni da li stranka uopšte želi da sačini testament ili neki drugi pravni posao ili eventualno da preduzme neku drugu radnju koja nije povezana sa sačinjavanjem testamenta. U ovoj fazi u najvećoj meri dolazi do izražaja načelo poučavanja stranaka za koje se u literaturi ističe da predstavlja srž notarskog zakona.⁶⁵ Na prvi pogled šturo opisana kao obaveza javnog beležnika da poučava stranke o sadržini i pravnim posledicama nameravnog pravnog posla,⁶⁶ obaveza poučavanja stranke u praksi podrazumeva postavljanje niza obostranih pitanja i davanja odgovora, traženje razjašnjenja, iznošenje činjenica, a sve u cilju da bi se ostvarilo pravno dejstvo koji stranka želi.

⁶² O fazama sačinjavanja javnobeležničkog zapisa opširnije u D. Đurđević, javnobeležnički akti u. D. Hiber, op. cit., 129–135.

⁶³ To može biti usmeno, pismeno, telefonom, a u javnobeležničkoj praksi se do sada kao najčešći način komunikacije stranaka i javnog beležnika koristi komunikacija putem elektronske pošte.

⁶⁴ O načinu utvrđivanja identiteta opširnije u: Dejan Đurđević, “Utvrđivanje identiteta učesnika u postupku sastavljanja notarske isprave” *Pravni život*, br. 12, Beograd, 2011, 63 i dalje.

⁶⁵ Klaus Lerch, *Beurkundungsgesetz – Kommentar*, Köln, 2011, prema: D. Đurđević (2014), op. cit., 79.

⁶⁶ Milena Trgovčević-Prokić, *Ovlašćenja javnog beležnika*, Beograd, 2009, 132.

Naime, treba imati u vidu da kod sačinjavanja testamenta, za razliku od većine drugih pravnih poslova gde stranke uglavnom imaju neku vrstu pravne pomoći,⁶⁷ ovde je po pravilu javni beležnik prva (i poslednja) adresa kojoj se stranka obraća. Zbog toga je javni beležnik dužan da, pre svega, utvrdi koji je cilj koji stranka želi da postigne, i da li je testament najoptimalniji način da se taj cilj ostvari.⁶⁸ Nije zgoreg napomenuti da će javni beležnik, poštujući načelo save- snosti i poštenja,⁶⁹ ukazati stranci koje su prednosti javnobeležničkog zaveštanja, ali će takođe poučiti stranku da postoje i drugi oblici testamenta koji za stranku mogu biti ekonomski povoljniji.⁷⁰

Takođe, javni beležnik je dužan da u ovoj fazi postupka utvrdi da li je za- veštalac aktivno testamentarno sposoban.⁷¹ I dok je utvrđivanje starosnog uslo- va zadatak pro forme, pitanje sposobnosti za rasuđivanje u nekim situacijama za javnog beležnika može predstavljati težak zadatak. Naime, uobičajena formulacija da se testament sastavlja “pri čistoj svesti i zdravoj pameti” kod javnobeležničkog testamenta dobija na težini, budući da je javni beležnik taj koji mora da se uveri da je ovaj uslov ispunjen. Do tog zaključka javni beležnik dolazi na osnovu nepo- srednog opažanja, razgovora sa ostaviocem, njegovog ponašanja, a u praksi je po- stalo uobičajeno da se, radi ocene poslovne sposobnosti ostavioca, od njega zah- teva dostavljanje lekarskog uverenja koje bi tu činjenicu potvrđivalo.⁷²

⁶⁷ Najčešće su u pitanju razne vrste ugovora koje javni beležnik ne sačinjava, već potvrđu- je solemnizacionom klauzulom, ako je sačinjavaju advokati, pravni savetnici, bankarski službenici, agenti za promet nekretnina itd.

⁶⁸ U literaturi se često ističe da je notar dužan da se pridržava principa “sigurnog puta”. To podrazumeva da je notar dužan da stranci predoči pravnu konstrukciju koja sa sobom nosi man- je rizika da će pretrpeti štetu ili da neće ostvariti cilj zbog kojeg je pristupila kod javnog beležnika. Opširnije o tome u: Karl Haug et alia, *Die Amtshaftung des Notar*, Munchen, 2011, 38–39.

⁶⁹ ZJB, čl. 9 st. 1.

⁷⁰ Prema čl.21 tarifni broj 3 Javnobeležničke tarife, nagrada za sačinjavanje testamenta izno- si 100 bodova (sa porezom na dodatu vrednost to je 18.000 dinara), dok je iznos materijalnih troš- kova 720 dinara.

⁷¹ Prema čl. 80 stav 1 ZON-a aktivno testamentarno sposobno je lice koje u vreme sačinja- vanja zaveštanja ima navršениh 15 godina života i sposobno je za rasuđivanje.

⁷² Mada se u literaturi ističe da ako stranka odbije da priloži lekarsko uverenje, to samo po sebi, ne daje notaru pravo da uskrati preduzimanje službene radnje, već javni beležnik, u sklopu svih okolnosti konkretnog slučaja, po svom uverenju ceni od kakvog je značaja to što stranka neće da priloži lekarsko uverenje – navedeno u D. Đurđević (2014), 146. U nemačkom pravu je notar oba- vezan da u zapisniku navede sve činjenice relevantne za zaveštaočevu testamentarnu sposobnost, čak i onda kad je sa izvesnošću utvrdio da je zaveštalac sposoban da sačini testament. Navedeno u: Wilhelm Kregel, *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Recchtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes-Kommentar*, Berlin/New York, 1975, 104–105.

Dalje, javni beležnik je dužan da utvrdi da ostavilac nije pristupio radi sačinjavanja testamenta pod dejstvom mana volje.⁷³ Treba napomenuti da se mane volje, kao i kod drugih pravnih poslova, smatraju razlogom rušljivosti testamenta.⁷⁴ Osim toga, javni beležnik je dužan da se uveri da kod ostavioca postoji formirana i jasna namera da sačini testament – *animus testandi*.⁷⁵

Zatim, kroz razgovor sa zaveštaoцем u ovoj fazi postupka, javni beležnik se upoznaje sa suštinom zaveštaočeve volje, tj. načinom na koji želi da testamentom raspoláže svojom imovinom, i postepeno prelazi u drugu fazu postupka.

Pismena redakcija ostaviočeve poslednje volje

U ovoj fazi postupka javni beležnik formuliše u skladu sa pravilima propisane forme i sadržine, ostaviočevu poslednju volju. Prema slovu zakona, javni beležnik je dužan da izjavu učesnika verno unese u ispravu, po mogućnosti njegovim rečima, pazeći pri tom da volja učesnika bude jasno izražena.⁷⁶ Ovde javni beležnik mora biti posebno obazriv, pošto, s jedne strane, mora uneti u ispravu zaveštaočevu želju i volju, a s druge strane, mora voditi računa da to uradi na način koji neće pružiti priliku za različita tumačenja odredbi testamenta.⁷⁷ Odredbu da javni beležnik mora voditi računa da volja učesnika bude jasno izražena treba shvatiti tako da iz testamenta mora biti potpuno jasno na koji način je zaveštalac raspolagao svojom imovinom za slučaj smrti.

Pre svega, javni beležnik je dužan da vodi računa da ne sastavi apsolutno ništavo zaveštanje. Prilikom propisivanja ništavosti testamenta, Zakon o nasleđivanju kombinuje princip generalne klauzule i princip enumeracije⁷⁸ propisuju-

⁷³ Više o pravnim poslovima sačinjenim pod dejstvom mana volje – zablude, prevare, pretnje i prinude u Obren Stanković, Vladimir Vodinelić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 2007, 177–180.

⁷⁴ Tako, prema presudi Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž 2510/2015 od 03.12.2015. “Rušljivo zaveštanje nije ništavo i ono proizvodi pravno dejstvo, ali se na zahtev pravno zainteresovanih lica, može tražiti njegov poništaj”, kao i prema presudi Vrhovnog suda Srbije, Rev. 5452/2000 od 30.05.2001, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije br. 1, 2002, 100 – “Za razliku od ništavosti zaveštanje, kod koje razloge ništavosti može isticati i svako zainteresovano lice, kod rušljivosti razloge može isticati samo pravno zainteresovano lice”.

⁷⁵ Odsustvo namere postoji kod testamenta sastavljenog u šali, zatim kod tzv.mentalne rezervacije – kada zaveštalac svesno sačinjava testament koji je u suprotnosti sa njegovom stvarnom voljom, kao i kada kod zaveštaoца nije dovršen proces formiranja volje u cilju raspolaganja imovinom za slučaj smrti – opširnije D. Đurđević, op. cit., 2017, 126–128.

⁷⁶ ZVP, čl. 171 st. 2.

⁷⁷ Više o metodi i načinu tumačenja zaveštanja u Oliver Antić, *Nasledno pravo*, Beograd, 2008.

⁷⁸ ZON, čl. 155.

ći da je ništav testament čija je sadržina u suprotnosti sa prinudnim propisima, javnim poretkom i dobrim običajima, a zatim propisuje posebne slućajeve ništavosti.⁷⁹ Tako, ništave bi bile odredbe u testamentu kojom se određuje naslednik svom nasledniku ili legataru,⁸⁰ odredbe kojima se nasledniku ili legataru zabranjuje da otuđe ostavljeno pravo ili se zabranjuje ili ogranićava deoba nasledstva, zatim odredbe kojima se javnom beležniku, testamentarnim svedocima i njima bliskim licima ostavlja neka korist iz zaostavštine,⁸¹ takođe ništav bi bio i tzv. zajednićki testament.⁸² Kada je reć o testamentima koji bi bili suprotni javnom poretku i dobrim običajima, radi se o odredbama koje bi bile u suprotnosti sa osnovnim ustavnim principima, specifićnim naćelima građanskog i naslednog prava, kao i vanpravnim vrednostima koje su uključene u pravo.⁸³ U praksi to su najćešće testamenti kojima se vrši diskriminacija, kojima zaveštalc pokušava da utiće na lićnu slobodu naslednika, odredbe testamenta kojima se vreća moral i sl.⁸⁴

U slućaju da zaveštalc želi da saćini testament koji bi za posledicu imao ništavost, javni beležnik je dužan da odbije saćinjavanje takvog testamenta.⁸⁵

Ukoliko, pak, zaveštalc želi da isprava o testamentu sadrži nejasne, nerazumljive ili dvosmislene odredbe, javni beležnik je dužan da ućesnika o tome upozori i da upozorenje unese u ispravu, a ako se ućesnik protivi unošenju upozorenja, javni beležnik će odbiti da saćini zavešćtanje.⁸⁶

Treba napomenuti da javni beležnik nije ovlašććen da od zavešćtaoca zahteva da dostavi dokaze o tome da je imalac prava kojima raspolaže u testamentu, pošto

⁷⁹ Više o dućznosti notar da pazi na ništavost zavešććtanja u D. Đurđević, Uloga javnog beležnika u sastavljanju i ćuvanju zavešććtanja u: D. Hiber, op. cit., 281–282.

⁸⁰ Slućaj tzv.fideikomisarne supstitucije u ućem smislu.

⁸¹ Irelevantno je da li je u pitanju neposredna ili posredna korist.

⁸² Prema presudi Okrućnog suda u Beogradu Gž 2005/97 od 13.09.1997. “Zakon o naslećivanju ne poznaje institut zajednićkog testamenta. Takav testament ne moće se delimićno proglašiti, jer je drugi zaveštalc još živ, a smrću jednog zavešćtaoca, drugi gubi pravo da testament izmeni, pa je lišćen prava da svojom imovinom raspolaže do smrti. Stoga je zajednićki testament, kao suprotan odredbama Zakona o naslećivanju, ništav.” Ali, prema rešenju Vrhovnog suda Srbije, Rev. 5157/97 od 15.10.1997, “Nije ništavo pismeno koje sadrži dva testamenta razlićitih testatora kojima svoju zaostavšćtinu ostavljaju u nasleće trećim licima, već njihovu punovaćnost treba ceniti odvojeno”.

⁸³ Palandt (Hrsg)/Heinrichs, 118, prema D. Đurđević (2017), op. cit., 202.

⁸⁴ Opširnije o razlozima ništavosti zavešććtanja zbog suprotnosti javnom poretku i dobrim običajima u Dejan Đurđević, *Apsolutna ništavost zavešććtanja*, (doktorska disertacija), 2005, 90–91.

⁸⁵ ZVP, ćl. 172 st. 2.

⁸⁶ Ovo je propisano odredbom ćl. 172 st. 3 i 4 ZVP. U praksi, ovakvi slućajevi se, kada je u pitanju testament, retko dešavaju, budući da je prevashodno u interesu samog zavešćtaoca da precizno i nedvosmisleno opredeli svoja raspolaganja, te će, po pravilu, uvaćziti sugestrije i savete javnog beležnika kako da to ućini na najbolji mogući naćin.

je za punovažnost testamenta irelevantno da li zaveštalac u momentu sačinjavanja testamenta poseduje određena dobra.⁸⁷

U odnosu na upozorenja i pouke koje javni beležnik treba da unese u ispravu o zaveštanju,⁸⁸ zakonodavac propisuje samo obavezu javnog beležnika da zaveštaoca pouči o propisima kojima se uređuje pravo na nužni deo⁸⁹. U praksi, međutim, javni beležnik ukazuje zaveštaocu na sve domete i posledice njegove izjave volje, upoznavajući ga detaljno sa svim dejstvima koja će takav pravni posao imati, odnosno koji može imati.

Priznavanje zaveštanja (rekognicija)⁹⁰

Nakon što je javni beležnik sačinio javnobeležnički zapis zaveštanja, sledi sledeća faza postupka koja se ogleda u tome što javni beležnik upoznaje zaveštaoca sa tekstem isprave, nakon čega zaveštalac takvu ispravu priznaje kao svoj testament, i potpisuje je.⁹¹

Faza rekognicije može biti redovna i vanredna. Postupak redovne rekognicije⁹² se primenjuje u najvećom broju slučajeva, dok se vanredna rekognicija sprovodi ukoliko na strani zaveštaoca postoji neka okolnost koja sprečava da se postupak sprovede na redovan način.⁹³ Tako, posebna pravila važe ukoliko zaveštalac ne čuje, ukoliko je nem, slabovid, nepismen ili iz drugih razloga nije u stanju da čita ili piše, ili postoji kombinacija ovih okolnosti, te ukoliko ne poznaje jezik koji je u službenoj upotrebi ili nije u stanju da se potpiše. Dimenzije ovog rada ne dozvoljavaju šire pisanje o postupku vanredne rekognicije, ali je neophodno skrenuti pažnju da, za razliku od sudskog testamenta gde su posebna pravila predviđena samo za slučaj da zaveštalac ne može da pročita testament, ovde je "spisak" vanrednih okolnosti proširen, čime se postiže da svako lice koje ima aktivnu zaveštajnu sposobnost realizuje ustavom zagarantovanu slobodu testiranja.⁹⁴

⁸⁷ Mišljenje Stručnog saveta Javnobeležničke komore Srbije od 24.02.2017. godine.

⁸⁸ U smislu čl. 84 st. 1 tačka 8 ZJB.

⁸⁹ Član 183 st. 5 ZVP.

⁹⁰ Izraz "rekognicija" je posebno rasprostranjen među švajcarskim pravnicima, npr. Peter Ruf, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Zivilgesetzbuch, Bd.II*, Basel/Genf, 2003, 243–244, prema D. Đurđević (2014), op. cit., 148.

⁹¹ Opširnije o ovoj fazi sačinjavanja javnobeležničkog zapisa u Dejan Đurđević, "Priznanje notarskog zapisa", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, 2012, 159 i dalje.

⁹² Propisan čl. 173 ZVP.

⁹³ Propisano čl. 174–179 ZVP.

⁹⁴ D. Đurđević (2017), op. cit., 139.

Sam postupak priznavanja testamenta praktično započinje glasnim čitanjem zaveštaocu teksta testamenta u prisustvu javnog beležnika.⁹⁵ Na taj način se još jednom “prolazi” kroz sve segmente zaveštaočeve izjave volje za slučaj smrti, kako bi zaveštalc neposredno još jednom zajedno sa javnim beležnikom potvrdio sadržinu svoje izjave, a sam beležnik ponovo proverio da li isprava ispunjava sve uslove punovažnosti, kako u pogledu elemenata forme i sadržine, tako i u pogledu usaglašenosti odredaba testamenta sa materijalno-pravnim normama. Zakonom je propisano da učesnik može zahtevati da ispravu i lično pročita⁹⁶, što mu beležnik mora dozvoliti. Zakonodavac posebno propisuje i slučaj tzv. “ograničenog čitanja isprave”⁹⁷ kao izuzetak od pravila da javni beležnik zaveštaocu mora pročitati celokupnu sadržinu testamenta. Naime, ako zaveštalc u svom testamentu upućuje na neku drugu ispravu, ona ne mora biti pročitana ako se radi o ispravi koju je sastavio sud ili javni beležnik, a zaveštalc izjavi da mu je poznata njena sadržina, kao i u slučaju da se testamentom upućuje na zakone, druge propise, sudske odluke i akte drugih državnih organa.⁹⁸

Nakon što je zaveštaocu pročitana tekst zaveštanja, on mora izričito izjaviti da je njegova volja u svemu verno uneta u ispravu⁹⁹ što javni beležnik konstatuje u samoj ispravi.¹⁰⁰ U praksi, po pravilu, zaveštalc potvrdno odgovara na pitanje javnog beležnika da li odobrava pročitani testament i da li je u ispravu o testamentu uneto u potpunosti sve što je on želeo i na način koji je želeo.¹⁰¹

Ono što sledi jeste potpisivanje isprave o testamentu od strane zaveštaoca¹⁰², čime on potvrđuje da zaista stoji iza teksta na koji se potpis odnosi i da

⁹⁵ U praksi tekst isprave čita ili javni beležnik ili javnobeležnički pomoćnik, saradnik ili pravnik, ali je neophodno da javni beležnik sve vreme bude prisutan.

⁹⁶ ZVP, čl. 173 st. 3.

⁹⁷ U literaturi poznat pod nazivom *testamentum mysticum*, a radi se o situaciji kada zaveštalc u formalno punovažnom testamentu upućuje na primenu svojih odredaba koje su sadržane u nekoj drugoj ispravi.

⁹⁸ ZVP, čl. 181.

⁹⁹ Wolfgang Baumann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, (ed. J. Von Staudingers), Berlin, 2003, 411, prema D. Đurđević (2014), op. cit., 157.

¹⁰⁰ ZVP, čl. 173 st. 4.

¹⁰¹ U stranoj notarskoj praksi postoji spor o tome na koji način zaveštalc potvrđuje testament – rečima, klimanjem glavom ili slično. Utisak je da javni beležnik u svakoj konkretnoj situaciji mora nesumnjivo oceniti da li se zaveštalc u potpunosti saglasio sa odredbama testamenta, nezavisno od načina na koji je svoju saglasnost ispoljio.

¹⁰² Detaljnije o načinu potpisivanja i sadržini potpisa u D. Đurđević (2014), 104–108.

ispravu koju je potpisao smatra potpunim i tačnim izrazom svoje pravno relevantne volje.¹⁰³

Nakon što sačini ispravu o testamentu i zaveštaocu izda opravak, javni beležnik će podatke o tome dostaviti elektronskim putem Javnobeležničkoj komori Srbije koja vodi poseban registar zaveštanja.¹⁰⁴

Najzad, zaveštalac se može opredeliti i da sačinjeni testament čuva kod javnog beležnika koji ga je sačinio, u kom slučaju će javni beležnik sprovesti poseban, zakonom propisan, postupak prijema i čuvanja testamenta u svojim prostorenima.¹⁰⁵

NOTARSKI TESTAMENT U PRAVIMA BIVŠIH DRŽAVA SFRJ

Na kraju, možemo se ukratko osvrnuti na regulativu bivših jugoslovenskih republika koja za predmet ima javnobeležnički testament, te pravljenja eventualne paralele sa domaćim odredbama, posebno ako se ima u vidu poznata činjenica da je Srbija od svih država sa teritorije bivše SFRJ poslednja uvela institut javnog beležništva.

Tako, u Republici Hrvatskoj koja je prva donela Zakon o javnim beležnicima,¹⁰⁶ Zakon o nasleđivanju¹⁰⁷ ne predviđa poseban institut javnobeležničkog zaveštanja, ali kao jedan od oblika zaveštanja propisuje javnu oporuku, gde se kao ovlašćena lica za sastavljanje takvog zaveštanja, pored sudija i sudskih pomoćnika u opštinskim sudovima, mogu pojaviti i javni beležnici.¹⁰⁸ Nakon sačinjenog zaveštanja, javni beležnik o tome šalje obaveštenje u Hrvatski upisnik zaveštanja.

¹⁰³ Ludwig Hasemeyer, Die Bedeutung der Form im Privatrecht, *Juristische Schulung*, br. 1, 1980, 2.

¹⁰⁴ ZJB, čl. 103 st. 2. Prilikom istraživanja ove teme, međutim, poseban problem je predstavljala činjenica da ne postoji odvojen samo registar zaveštanja koje su sačinili javni beležnici, već se vodi jedinstveni registar zaveštanja, kako javnobeležničkih, tako i svih ostalih zaveštanja koje su beležnici proglasili i uneli u registar, tako da je vrlo teško utvrditi tačan broj zaveštanja koje su od početka uvođenja ovog oblika testamenta sačinili javni beležnici u Republici Srbiji.

¹⁰⁵ Primenjuju se odredbe čuvanja isprave propisane čl. 186–194 ZVP, te shodna primena odredbi o javnobeležničkom depozitu propisana u čl. 165–174 ZJB.

¹⁰⁶ Zakon o javnim bilježnicima Republike Hrvatske, *Narodne novine*, 78/1993, 29/2004, 16/2007, 75/2009.

¹⁰⁷ Zakon o nasleđivanju, *Narodne novine*, 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013 i 33/2015.

¹⁰⁸ Nikola Gavella, Vlado Belaj, *Nasljedno pravo*, Zagreb, 2008, 138.

Zakon o notarima Republike Slovenije¹⁰⁹ propisuje da javnobeležnički testament može imati dva oblika: testament koji notar sastavlja u formi notarskog zapisa po kazivanju zaveštaoca i pisanu izjavu poslednje volje koju zaveštalac podnosi notaru radi potvrđivanja.¹¹⁰ Dakle, pored forme zapisa, u slovenačkom pravu na testament se mogu primeniti i odredbe o solemnizaciji.¹¹¹ Takođe, postoji obaveza dostavljanja podataka o testamentima Centralnom registru testamenata. (Centralni register oporok).

U Bosni i Hercegovini, gde s obzirom, na specifično ustavno uređenje postoje tri zakona o notarima,¹¹² nijedan od donetih zakona u početku nije predviđao ovlašćenja notara za sastavljanje zaveštanja, da bi donošenjem Zakona o nasleđivanju Republike Srpske¹¹³ propisano da zaveštanje može sačiniti i javni beležnik u formi originala notarski obrađene isprave, dok je Zakon o nasleđivanju Federacije Bosne i Hercegovine iz 2014. otišao korak dalje, propisujući notarski testament kao poseban oblik zaveštanja, koji sastavlja javni beležnik u formi "notarski obrađene isprave i u skladu sa propisima koji uređuju postupak sastavljanja te isprave."¹¹⁴ U Registru testamenata i drugih naslednopravnih poslova čuvaju se podaci o sačinjenim zaveštanjima, ugovorima o nasleđivanju i ugovorima o odricanju od nasleđa koje nije otvoreno.¹¹⁵

Zakon o nasleđivanju Crne Gore¹¹⁶ propisuje da sudski testament zaveštocu mogu sastaviti sudija osnovnog suda ili notar, poštujući pravila vanparničnog postupka.¹¹⁷ Takođe se činjenice o sastavljanju i čuvanju testamenata evidentiraju u Registar testamenata, koji vodi Notarska komora.¹¹⁸

¹⁰⁹ Stupio na snagu 1994. godine, poslednja izmena 2008.

¹¹⁰ Vesna Rijavec, "Uloga notara u građanskom pravu Slovenije", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, Beograd, 2010, 127.

¹¹¹ Opširnije o solemnizaciji privatnih isprava kao javnobeležničkoj formi u D. Đurđević (2014), op. cit., 229–236.

¹¹² Zakon o notarima Federacije BiH, *Službene novine Federacije BiH*, 45/2002, Zakon o notarima Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, 86/2004, 2/2005, 74/2005, 91/2006, 37/2007, 50/2010, 78/2011, i Zakon o notarima Brčko Distrikta BiH, *Službeni glasnik Brčko Distrikta*, 9/2003, 17/2006.

¹¹³ Zakon o nasleđivanju, *Službeni glasnik Republike Srpske*, 1/2009, 55/2009 i 91/2016.

¹¹⁴ Zakon o nasleđivanju, *Službene novine FBiH*, 80/2014, član 70.

¹¹⁵ Zakon o nasleđivanju, *Službene novine FBiH*, 80/2014, član 124.

¹¹⁶ Zakon o nasleđivanju, *Službeni list CG*, 74/2008.

¹¹⁷ Može se postaviti pitanje da li je notar dužan da testament sačini u skladu sa pravilima vanparničnog postupka ili notarijalnog postupka, budući da je forma različita.

¹¹⁸ Zakon o nasleđivanju, *Službeni list CG*, 74/2008, čl.120.

Makedonski zakon o notarima¹¹⁹ ne propisuje javnobeležničko zaveštanje kao poseban oblik zaveštanja, već notari sastavljaju zaveštanja po pravilima koja važe za sastavljanje sudskog testamenta, shodnom primenom odredbi vanparničnog postupka kojima je propisano sačinjavanje sudskog zaveštanja.¹²⁰

Kao što se može videti, propisi kojima je regulisano postupanje javnih beležnika u oblasti sačinjavanja testamenata su različiti, što je, čini se, posledica činjenice da su u svim ovim pravnim sistemima, pre uvođenja javnih beležnika, postojali sudski testamenti kao poseban oblik javnih testamenata, te se uloga javnih beležnika pokušala upodobiti ulozi sudije, što nije uvek najsrećnije rešenje, posebno zbog specifičnosti i same javnobeležničke profesije,¹²¹ i jedinstvenog postupka koji je svojstven isključivo javnim beležnicima.

U svakom slučaju, čini se da je i u zakonodavstvima ovih zemalja intencija uvođenja posebne forme testamenta, čime bi se omogućilo ostvarenje uloge javnog beležnika koji deluje u interesu svih učesnika notarskog rada i na taj način se pružanjem preventivne pravne sigurnosti u građanskopravnim odnosima zadovoljava javni interes.¹²²

ZAKLJUČAK

Iako u naslednom pravu Republike Srbije tradicionalno dominira zakonsko nasleđivanje, činjenica je da sve više ljudi želi da “iskoristi” svoje, najvišim pravnim aktima, zagarantovano pravo, da svojom imovinom raspolaže kako za života, tako i za slučaj smrti. Najstariji pravni institut kojim se to postiže je testament (zaveštanje).

Uvođenjem javnih beležnika u nasledno pravni sistem Republike Srbije, pored dotadašnjih formi testamenata, uveden je i novi oblik – javnobeležnički testament.

Za razliku od drugih formi testamenta koje su, manje ili više detaljno, regulisane Zakonom o nasleđivanju, sva pitanja koja se tiču ovlašćenih lica, sadržaja, oblika, procedure sačinjavanja ovog testamenta su propisane posebnim za-

¹¹⁹ Zakon za notarijatot, *Služben vesnik*, 55/2007, 86/2008, 139/2009.

¹²⁰ Zakon za vonparničnata postapka, *Služben vesnik*, 9/2008.

¹²¹ “Javni beležnik je svojevrсни javni saradnik od znanja i poverenja” prema Zoran Tomić u: D. Hiber, op. cit., 189.

¹²² V. Rijavec, op. cit., 109.

konskim i podzakonskim aktima, u prvom redu Zakonom o javnom beležništvu, Zakonom o vanparničnom postupku i Javnobeležničkim poslovníkom.

Ovakav način regulisanja obavezuje javne beležnike da se, prilikom sačinjavanja ovog pravnog posla, za koje je kao obavezna propisana forma javnobeležničkog zapisa, pridržavaju u potpunosti strogih pravila u pogledu sadržine, oblika i načina postupanja. To, s jedne strane, predstavlja za javne beležnike izvestan teret, ali, s druge strane, omogućava javnim beležnicima da se “kreću po sigurnom terenu”, pridržavajući se pravila koja su već savladali u drugim oblastima za koje su nadležni, i u domenu ovog pravnog posla.

S druge strane, čini se da je korist koju građani imaju od ovog novog oblika testamenta višestruka.

Pre svega, činjenica da testament sačinjava lice koje je nosilac javnih ovlašćenja, ima za direktnu posledicu to da je građanin-zaveštalac siguran da testament predstavlja dispozitivnu javnu ispravu i da je sačinjen u formi koju predviđa zakon, te, da u tom smislu, ukoliko su ispoštovana sva proceduralna pravila, testament ne može biti poništen zbog nedostatka forme.

Dalje, okolnost da je javni beležnik dužan da prilikom sačinjavanja testamenta, ispituje da li je ispunjen niz uslova za preduzimanje te službene radnje, od utvrđivanja identiteta, preko ocene aktivne testamentalne sposobnosti, ozbiljne i slobodne namere da se sačini testament, pa do unošenja u ispravu o testamentu samo onih odredbi koje ne daju povoda za sumnju u svoju verodostojnost i punovažnost, stvara kod zaveštaoca osećaj poverenja da će njegova volja u pogledu raspolaganja za slučaj smrti biti poštovana i ispunjena.

Međutim, da bi do toga došlo, neophodno je da javni beležnik, prilikom sačinjavanja ovog pravnog posla, pored nesporne obaveze da se pridržava striktnih pravila forme i sadržine, za nijansu iskoči iz uobičajenog šablona i sa strankom uspostavi veći stepen uzajamnog poverenja i prisnosti. Naime, samo na taj način, javni beležnik će u potpunosti moći da utvrdi šta je zapravo prava volja stranke, te joj pomoći da tu volju artikuliše na zakonom propisan način.

Iako se u literaturi često potencira da faza priznavanja javnobeležničkog zapisa predstavlja najvažniju fazu u sačinjavanju isprave, lični i profesionalni utisak autora ovog rada je da, kada je u pitanju testament, ključnu ulogu ima pripremni stadijum, budući da se u tom stadijumu zaista prepoznaje cilj koji zaveštalac želi da ostvari, utvrđuje njegova prava namera i volja, a javni beležnik ulaže nesporni trud da tu nameru usaglasi sa zakonskim odredbama, kako bi se postigla osnovna

svrha testamenta – poštovanje volje zaveštaoca u pogledu raspolaganja njegovom imovinom i posle njegove smrti.

Sa tog stanovišta posmatrano, stadijum pismene redakcije i priznavanja testamenta, su praktično sprovođenje u delo onoga što je utanačeno u prvoj fazi postupka, uz nespornu važnost koje imaju i ove faze postupka, sa posebnim akcentom na detaljno regulisani postupak vanredne rekognicije čime se omogućava da svi testamentalno sposobni građani mogu sačiniti testament.

Analiza zakonskih i podzakonskih odredbi, te dosadašnja praksa, pokazuju da je javnobeležnički testament, nesumnjivo “korak ispred” u odnosu na sve ostale oblike testamenta, imajući u vidu, s jedne strane, dostupnost javnih beležnika, njihovu obavezu postupanja, obavezu savetovanja i poučavanja stranke, a, s druge strane, dejstva koja javnobeležnički testament kao takav ima.

Uprkos tome, činjenica je da javnobeležnički testament još uvek nije široko zastupljen u našem pravnom sistemu (primera radi, autor ovog rada je za četiri godine rada kao javni beležnik sačinio ukupno 13 zaveštanja), a razlog je, pored već pomenute dominacije zakonskog nasleđivanja uopšte, sigurno neinformisanost i nedovoljna upućenost građana u postojanje i prednosti ovog oblika testamenta. Postoji i mišljenje da je razlog relativno visok iznos propisane naknade za ovaj pravni posao, mada je lični utisak da se kod ove vrste pravnog posla, najmanje “polemiše” oko visine naknade. Razlog za to je činjenica da je zaveštalac prethodno upoznat, ili od samog javnog beležnika ili od drugih izvora informisanja, da ima na raspolaganju više oblika testamenata, te da u tom smislu nije uslovljen niti primoran da svoju izjavu za slučaj smrti da kod javnog beležnika. S druge strane je takođe upoznat sa svim prednostima javnobeležničkog zaveštanja i, u skladu sa tim, kod javnog beležnika dolazi dobrovoljno, pristajući, kao i kod svakog drugog posla, na propisani “odnos cene i kvaliteta”.

U svakom slučaju, buduće usaglašavanje zakonskih odredbi, i međusobno i u odnosu na pravnu praksu, i dalje institucionalno i vaninstitucionalno jačanje uloge javnih beležnika, kao nepristrasnih stručnjaka koji svoj posao obavljaju savešno, u cilju zaštite interesa građana, naročito u domenu naslednopravnih poslova, trebalo bi da doprinese učestalijoj primeni instituta javnobeležničkog testamenta, čime će se, i u ovoj oblasti prava, sigurno doprineti većoj pravnoj sigurnosti i predupređivanju eventualnih budućih sporova.

GORDANA JOVANOVIĆ
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Belgrade
Notary of the Third Basic Court in Belgrade

NOTARY'S TESTAMENT

Summary

After the introduction of a public notebook in the legal system of the Republic of Serbia, a new form of the testament – notary's testament was introduced. Regarding the procedure of making, the forms and the contents of this form of the will, special rules apply. Namely, a notary public, as a person authorized to make this type of will, is obliged by law to make the testament in the form of a notary record. When making this testament, the notary is obliged to abide by strict rules, which allow the will of the testator to be clearly expressed. In addition, in this way, possible disputes are prevented and ensured the validity of the created testament in the material and procedural sense. Despite obvious advantages over other forms of will, it is a fact that this testament is not yet sufficiently represented in practice, which is probably the result of insufficient information and citizens' awareness, which must be considered in the future harmonization of regulations and in strengthening the role of notaries in our country legal order.

Key words: testament, public notary, rules form, procedure of making, the contents of the will

Literatura

- Antić O., *Nasledno pravo*, Beograd, 2008.
- Babić I., *Komentar Zakona o nasleđivanju sa odabranom sudskom praksom i priložima*, Beograd, 2013.
- Baumann W., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen*, (ed. J. von Staudingers), Berlin, 2003.
- Đurđević D., "Utvrđivanje identiteta učesnika u postupku sastavljanja notarske isprave" *Pravni život*, br. 12, Beograd, 2011.
- Dejan Đurđević, *Javnobeležnička delatnost*, Beograd, 2014.
- Đurđević D., "Apsolutna ništavost zaveštanja" (doktorska disertacija), 2005.
- Đurđević D., "Priznanje notarskog zapisa", *Anali pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, Beograd, 2012.
- Đurđević D., *Institucije naslednog prava*, Beograd, 2017.
- Furtula Đorđević M., Šarkić N., "Javno beležništvo – da ili ne?", *O javnom beležniku-notaru*, (ur. Šarkić N.), Beograd, 2004.
- Gavella N., Belaj V., *Nasljedno pravo*, Zagreb, 2008.
- Hasemeyer L., "Die Bedeutung der Form im Privatrecht", *Juristische Schulung*, br. 1, 1980.

- Haug K. et alia, *Die Amtshaftung des Notar*, Mu Wagner K., Knetchel G., *Notariatsordnung*, Wien, 2000.
- Hiber D., "Pojam beležnika (notara) i beležničkog (notarijalnog) prava", *Javnobeležničko pravo*, (ur. D. Hiber), Beograd, 2006.
- Konstantinović M., "Opšte napomene uz Teze za predprojekt zakona o nasleđivanju" (Arhiv za pravne i društvene nauke, 1947), *Anali pravnog fakulteta*, br. 3–4, Beograd, 1982.
- Kregel W., *Das Burgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Recchtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes-Kommentar*, Berlin/New York, 1975.
- Kuhne C., *Die gestzliche Form der Rechtsgeschafte im deutschen und italienischen Recht (Eine rechtsvergleichede Unterscuchung)*, Frankfurt a.M.i dr, 2002, 49, 88,150, L.I.Plewe, *Die gesetzlichen Formen des Rechtsgeschafts (EineBestandaufnahme zu Beginn des 21. Jahrhunderts)*, Aachen, 2003.
- Lerch K., *Beurkundungsgesetz-Kommentar*, Köln, 2011.
- Lubtow U. V., *Erbrecht*, Berlin, 1971.
- Mankowski Formzwecke P., *Juristen Zeitung*, br. 13, 2010.
- Perović S., *Obligaciono pravo*, Beograd, 1986.
- Poulpiquet J., *Responsabilité des notaires*, Civile-Disciplinaire-Penale, Paris, 2003.
- Putzer H.-J., "Das Noatriati im Zivlirchssystem", *Das moderne Notariat – Strukturen und Aufgaben*, Bundesnotarkammer – Deutsche Notarzeiitschrifte, Köln, 1993.
- Rijavec V., "Uloga notara u građanskom pravu Slovenije", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, Beograd, 2010.
- Ruf P., *Basler Kommentar zum Schxeizerischen Privatrecht – Zivilgesetbuch*, Bd. II, Basel/Genf, 2003.
- Stanković O., Vodinelic V., *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 2007.
- Šarčević E., *Notarijat i pravna država*, Sarajevo, 2013.
- Tomić Z., "Opšta javnopravna obležja notarijata (javnog beležništva)", *Javnobeležničko pravo*, (ur. D. Hiber), 2006.
- Trgovčević-Prokić M., *Ovlašćenja javnog beležnika*, Beograd, 2009.
- Vodinelic V., *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Beograd, 2017.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 07.10.2020.

Prihvaćen: 13.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

MATEJA DUROVIC

THE RIGHT OF WITHDRAWAL UNDER EU CONSUMER LAW

This Paper examines the right of withdrawal as one of the two most important rights given to the consumer under EU Consumer Law. The existence of the right of withdrawal represents one of the main particularities of consumer contract law that substantially differentiate it from traditional, general contract law as it enables consumer to freely, without any negative consequences, terminate a duly concluded consumer contract, within a prescribed period of time. In such manner, the right of withdrawal diminishes the presence of inequality in contractual relationships that exists between a trader, on the one side, and a consumer, on the other side. The European regulatory framework for consumer protection sets up a clear set of rules whose aim is to secure that the consumer, in reality, can freely and without any obstructions, exercise their right of withdrawal.

Key words: *right of withdrawal, consumer, EU Law, consumer protection, contract law*

INTRODUCTION

Together with the pre-contractual information duty, the right of withdrawal represents the most powerful right that is given to the consumer under EU Law, aimed at promoting consumers' welfare.¹ The pre-contractual information

Mateja Durovic, Reader in Contract and Commercial Law, Dickson Poon School of Law, King's College London, UK, e-mail: Mateja.durovic@kcl.ac.uk.

¹ Geraint Howells, Christian Twigg-Flesner, Thomas Wilhelmsson, *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge 2017, 37.

duty requires from a trader to disclose all relevant information for a particular commercial transaction to the consumer before concluding a contract in order to remedy the presence of information asymmetry between the two contractual parties.² The right of withdrawal enables consumer to freely, without any negative consequences and without any kind of explanation or justification, cancel³ a contract they have concluded with the trader within a prescribed, limited period of time (fourteen days). As such, it represents an essentially important exception to the general contract law principle “*pacta sunt servanda*” (“agreements must be kept”) which requires the contractual parties to always, unconditionally stick to the agreement they have concluded.⁴ In the pandemic era of Covid-19, where online shopping is developing at an incredible pace, the right of withdrawal demonstrates to be an extremely powerful self-remedy of a consumer that also boosts online trade as it increases consumer’s confidence while acting on the online marketplace. The existence of right of withdrawal is also a positive phenomenon for the trader as consumers are more likely to buy products when they know that they can easily and freely terminate the contract in case they decide to change their mind once the contract has been concluded. The right of withdrawal is also something very “European” that has developed to such an extent only in the EU Law and is, therefore, a distinctive feature of EU Consumer Law.⁵

THE REGULATION OF THE RIGHT OF WITHDRAWAL

It can be observed that in the EU Law, the right of withdrawal has been present as a regulatory pillar for decades, since the very beginning of the development of common European consumer legislation and policy.⁶ The first European Directive that established the right of withdrawal was the Directive 85/577/EEC on doorstep selling⁷ in case of contracts concluded outside of trader’s busi-

² George Akerlof, “The market for “Lemons”: Quality uncertainty and the market mechanism”, *Quarterly Journal for Economics*, Vol. 84, 1970, 488–500.

³ Under the EU Law, words “withdrawal”/“withdraw” are used as synonyms with words “cancellation”/“cancel”.

⁴ Horst Eidenmüller, “Why withdrawal rights?”, *European Review of Contract Law*, No. 1, 2011, 1–24.

⁵ Omri Ben-Shahar, Eric Posner, “The right to withdraw in contract law”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 40, 2011, 115–148.

⁶ Marco B. Loos, “Rights of Withdrawal”, *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Geraint Howells, Reiner Schulze (eds.), Sellier, 2009, 245–49.

⁷ Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises [1985] OJ L372/31.

ness premises which was also the first European directive whose aim was to protect consumer's economic interests in consumer contracts.⁸ Today, under the EU Law, the rules on the right of withdrawal have been set up by primarily by the European Directive 2011/83/EU on consumer rights.⁹ The provisions of this Directive have been transposed in the national laws of all of twenty-seven EU Member States.¹⁰ It is important to note that some sector specific EU Law rules also provide for the right of withdrawal which is the case, for example, with the right of withdrawal in case of consumer credit.¹¹

Being derived exclusively from the EU Law, in order to properly understand the right of withdrawal and all of its characteristics, it is always important to look at the case law of the Court of Justice of the European Union in Luxembourg which is the only judicial institution entitled to provide autonomous interpretation of EU Law, including the rules on the right of withdrawal.¹² In the last decades, the ECJ adopted several landmark decisions concerning the interpretation and application of the right of withdrawal and these will be mentioned subsequently in this paper. Moreover, in order to better understand the right of withdrawal, one should also have a look at the policy documents that the European Commission has been adopting in this area, such as the Guidance document on Directive 2011/83/EU on consumer rights of the European Commission as a "soft law" legal instrument.¹³

Contrary to the freedom of contract as a fundamental and general principle of contract law, the application of consumer law, including the right of withdrawal, can never be excluded or limited. Thus, for example, it is illegal for the trader to write contract terms stating their intention to exclude or limit the application of consumer law, such as: "To this contract, consumer contract law rules, including the right of withdrawal, will not apply, but the rules of general

⁸ Article 5 Directive 85/577/EEC on doorstep selling.

⁹ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council [2011] OJ L304/64.

¹⁰ See European Commission, Study on the application of the Consumer Rights Directive 2011/83/EU, 2017, available at: <file:///Users/matejadurovic/Downloads/FinalreportofstudyonCR-Dapplication.pdf>.

¹¹ Article 14 of Directive 2008/48/EC on consumer credit.

¹² Case C-168/08 Laszlo Hadadi (Hadady) v Csilla Marta Mesko, é pouse Hadadi (Hadady) [2009] ECR I-06871.

¹³ See: European Commission, Guidance concerning Directive 2011/83/EU on consumer rights, available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf.

contract law”. Stating so in a contract terms would not only remain without legal effects and not be binding for the consumer; it is also likely to represent an unfair commercial practice as the ECJ has pointed out in its decision in *Perenico-va* case.¹⁴

The mandatory character of the right of withdrawal and other consumer rights under EU Law is derived from the fact that consumer is understood as a weaker party in their contractual relationship with the traders who tend to profit from the consumer’s weakness while concluding contracts.¹⁵ That weakness and inequality between trader and consumer is particularly noticeable when it comes to the bargaining position, so the imposition of the right of withdrawal correspond to balancing of the interests of the two parties, something that is seen as one of the central focus points of common European consumer law and policy.¹⁶ Therefore, in situations when it has been prescribed by the EU legislation, the right of withdrawal can never, under any circumstances, be limited or excluded as this might endanger the position of consumer as an actor on the marketplace.

However, it is important to note that the right of withdrawal, under the EU law, is not absolute, but in certain cases, the right to withdraw from the contract is not allowed, due to the particularities of a specific contract.¹⁷ For instance, this will be the case when consumer has purchased any kind of perishable items or personalised items (e.g. a notebook with inserted picture on the front page) or a product with a seal for the hygiene reasons that the consumer has broken, so the product cannot be safely re-used.

THE EXISTENCE OF RIGHT OF WITHDRAWAL

A consumer contract is to be understood in a broad sense: as a contract between trader, on the one side, and consumer, on the other side, whose object the supply of goods, services, digital services and/or digital content. The ratio is that, on the one side, there is a trader as a stronger party when it comes to the possession of information and the economic and bargaining power, whereas, on the other

¹⁴ Case C-453/10 Jana Pereničo á and Vladislav Perenič v SOS finanspolsro [2012] ECR I-0144.

¹⁵ See, inter alia, Joined Cases C-240/98 to C-244/98 O cé a no Grupo Editorial SA v Rocio Murciano Quintero e.a. [2 000] E CR I-04941, para 25; Case C-168/05 Elisa Marí a Mostaza Claro v Centro Mó v il Milenium SL [2006] E CR I-10421, para 25; Case C-40/08 Asturcom Telecomunicaciones SL v Cristina Rodriguez Nogueira [2009] ECR I-9579, para 29.

¹⁶ Ewoud Hondius, “The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis”, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 27, 2004, 245–251.

¹⁷ Article 16 Directive 2011/83/EU on consumer rights.

side, there is a consumer as a weaker party, which was something that has been a focal point of the European consumer policy since its very beginning.¹⁸ Therefore, there is an increasing need for a regulatory intervention, including the introduction of the right of withdrawal, in comparison to the general contract law.

It is important to note that the European law does not recognise the right of withdrawal in case of all consumer contracts, but only those that are concluded in a particular manner, on distance or outside of business premises of the trader.¹⁹ The Directive 2011/83/EU on consumer rights distinguishes between on-premises contracts (e.g. consumer contracts concluded directly in trader's shop – a supermarket), distance contracts (e.g. consumer contracts concluded on the Internet – on Amazon) and off-premises consumer contracts (e.g. consumer contracts concluded at the consumer's home doorstep – seller of vacuum cleaner who comes to consumer's house).

As pointed out above, from the perspective of the right of withdrawal, this distinction is very important as, under the Directive 2011/83/EU on consumer rights, the right of withdrawal will exist only in case of distance contracts and off-premises contracts due to the nature of these contracts. In such situations, consumer is either psychologically not prepared and expecting to make a commercial decision or does not have an opportunity to assess and test the product they are buying.²⁰ In case of on-premises contracts, traders may allow to the consumer to withdraw from a contract, and in reality they do so in some cases, but this is something at the discretion of an individual trader as part of their commercial tactics and may be part of private regulation, but this has nothing to do with mandatory provisions coming from EU Law.

The consumer law requirements apply to traders whenever traders conclude contracts with consumers. Therefore, the understand of definitions of “consumer” and “trader” are of essential importance. Under the EU law, “Consumer” means an individual acting for purposes that are wholly or mainly outside that individual's trade, business, craft or profession.²¹ As pointed out by the ECJ, the concept of consumer is always objective and must be determined according to whether the person is acting for purposes relating to their trade, business or pro-

¹⁸ See: Preliminary Programme of the European Community for consumer protection and information policy) [1975] OJ C92 / 2–16.

¹⁹ Article 9 Directive 2011/83/EU on consumer rights.

²⁰ Joasia Luzak, “To Withdraw Or Not To Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking Into Account Its Behavioural Effects on Consumers”, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 37, 2014, 91–111.

²¹ Article 2(1)(1) Directive 2011/83/EU on consumer rights.

fession in the specific agreement.²² For example, a couple who buys plates and cutlery for their family home or home cleaning services provided to an elderly person.

A consumer can only be a physical person. Legal entities, i.e. companies or associations, cannot qualify as consumers because the “weakness” element seems to be missing. When someone buys products for professional purposes or resells them further in the supply chain, consumer law does not apply. For example, a person who buys plates and cutlery for the restaurant they run are not consumers; thus, consumer law will not apply. Equally, if a company provides window cleaning services to another company, consumer law will not apply. However, in such cases other sets of rules will apply, that have been established by other EU rules and the national laws. Likewise, the definition of trader is important as the right of withdrawal is imposed only in case of business-to-consumer relations. Accordingly, “Trader” means a person acting for purposes relating to that person’s trade, business, craft or profession, whether acting personally or through another person acting in the trader’s name or on the trader’s behalf.²³

DISTANCE SELLING CONTRACTS AND CONTRACTS NEGOTIATED OUTSIDE OF BUSINESS PREMISES

As it has been pointed out before, under the Directive 2011/83/EU on consumer rights, the right of withdrawal exists only in case of distance selling contracts and contracts negotiated outside of business premises of the trader due to the particularities of these two types of contracts.²⁴ In case of distance selling contracts, consumer does not have an opportunity to physically check and assess the product they are buying, whereas in case of off-premises contracts, consumer is psychologically not ready to conclude a contract. Moreover, in certain situations, circumstances related to conclusions of these contracts show that these are types of consumer contract where the unfair trading practices of a trader may be particularly present and dangerous for a consumer.²⁵ This is why the right of withdrawal may, eventually, represent in certain cases an adequate and efficient means that the consumer should use to terminate a contract with the trader instead of using some other more complex contract law remedies prescribed by the ge-

²² Case C-110/14 *Horatiu Ovidiu Costeav SC Volksbank România S* [2015] ECR I-538.

²³ Article 2(1)(2) Directive 2011/83/EU on consumer rights.

²⁴ H. Eidenmüller, *op. cit.*, 5–18.

²⁵ Mateja Durovic, *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*, Hart Publishing, 2016.

neral contract law. Accordingly, in this kind of situation, the right of withdrawal represents a very powerful self-remedy tool for the consumer.²⁶

Under the EU Law, distance selling contract is any contract concluded between the trader and the consumer under an organised distance sales or service-provision scheme without the simultaneous physical presence of the trader and the consumer, with the exclusive use of one or more means of distance communication up to and including the time at which the contract is concluded.²⁷ The most common example of this form of consumer contracts are the agreement which have been concluded online (e.g. on Amazon platform).

Contracts negotiated outside of business premises are defined as the contracts:

(a) concluded in the simultaneous physical presence of the trader and the consumer, in a place which is not the business premises of the trader;

(b) for which an offer was made by the consumer in the same circumstances as referred to in point (a);

(c) concluded on the business premises of the trader or through any means of distance communication immediately after the consumer was personally and individually addressed in a place which is not the business premises of the trader in the simultaneous physical presence of the trader and the consumer; or

(d) concluded during an excursion organised by the trader with the aim or effect of promoting and selling goods or services to the consumer.²⁸

In practice, the example of doorstep selling contracts include consumer contracts which have been concluded at the consumer's home or consumer's workplace. The important characteristic of this type of consumer contracts is that they are concluded outside of regular business premises of the trader at places where consumer typically does not expect and is not fully psychologically ready to make a commercial transaction. A classic example is the situation when consumer is sitting down on their comfy sofa at home, being relaxed, watching TV, when a trader comes to the door to aggressively offer "the most efficient and newest model of a vacuum cleaner".

It is obvious to note that in 2020, much more common and important in practice are the distance selling contracts as an increasing number of consumer contracts are concluded online. The online marketplace is slowly becoming the dominant consumer marketplace. However, one must not forget that some decades ago, the doorstep selling contracts were also very common as traders com-

²⁶ G. Howells, C. Twigg-Flesner, T. Wilhelmson, *op. cit.*, 37.

²⁷ Article 2(1)(7) Directive 2011/83/EU on consumer rights.

²⁸ Article 2(1)(8) Directive 2011/83/EU on consumer rights.

mon commercial tactics would include direct visit to consumers' apartments and offices in order to sell their products.²⁹

THE WITHDRAWAL PERIOD

The right of withdrawal is not a permanent right, but, legitimately so, is limited for a period of time after which it elapses for good (unless the trader has failed to inform consumer about the presence of this right). Accordingly, under the Directive 2011/83/EU on consumer rights, consumer is given fourteen days, starting from the day on which they have received the goods, or the day after they concluded the contract for services or digital content, during which they can freely withdraw from the contract.³⁰

In line with maximum harmonisation principle, the 14-day period is mandatory for all EU Member States, i.e. the EU Member States cannot provide for any longer or shorter period than the 14-day one.³¹ The imposition of maximum harmonisation principle in EU consumer law and policy has been justified through the necessity to diminish as much as possible all the differences that exist in the national legal systems of EU Member States. These differences among the national approaches may represent obstacles for free movement of goods and services and the development of cross border trade.³² This is also in accordance with one of the two principal goals of the Directive 2011/83/EU on consumer rights which points out that the Directive's aim is to contribute to the strengthening of the Internal Market (besides contributing to the achievement of high level of consumer protection).³³ However, the maximum harmonisation principle does not preclude trader to grant a longer period of time for withdrawal to the consumer (something that the EU Member States may not do so in line with maximum harmonisation approach) as part of their business strategy (consumer is more likely to purchase if they know that they can easily terminate the contract afterwards).

During the 14-day period, consumer can freely, at any moment, very easily, withdraw from the contract. In order to secure that consumer can easily enforce this right, it is not required from them to provide any kind of explanation or justification why they have decided to withdraw. In addition, consumer must not im-

²⁹ See: Case C-328/87 *Buet v Ministère Public* [1989] ECR 1235.

³⁰ Article 9(1) Directive 2011/83/EU on consumer rights.

³¹ Article 4 Directive 2011/83/EU on consumer rights.

³² See: Hans Wolfgang Micklitz, Norbert Reich, Peter Rott, *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, 2009, 78– 80.

³³ Article 1 Directive 2011/83/EU on consumer rights.

posed any kind of cost for returning of the product with the exception of paying for product return itself.

CONSUMER INFORMATION ABOUT THE RIGHT OF WITHDRAWAL

Informing properly the consumer about the existence of the right of withdrawal before concluding a consumer contract is of essential importance for application of this right.³⁴ This is because if the consumer is not properly informed of the existence of the right to withdraw from a contract, it is less likely that the consumer will use their right to withdraw from a contract within the prescribed period of time as a consequence of the lack of knowledge of their statutory rights.³⁵ Accordingly, the Directive 2011/83/EU on consumer rights requires from a trader to provide following information to the consumer regarding their right of withdrawal in case of distance selling contracts and doorstep selling contracts as part of the mandatory pre-contractual information requirements imposed for these two groups of consumer contracts.³⁶

The required information to be presented to the consumer include the conditions and procedures for exercise of this right, period of time, the information that the consumer will cover the costs of product returning in case of withdrawal, the fact that the consumer will have to pay the proportionate costs of services used up until the moment of withdrawal as well as a Model withdrawal form set up by the Directive 2011/83/EU on consumer rights.³⁷

A model of the withdrawal form has to be given to the consumer on a durable medium (e.g. on a piece of paper or an email).³⁸ Durable media “should enable the consumer to store the information for as long as it is necessary for them to protect their interests stemming from their relationship with the trader”.³⁹ However, that is also good for the trader as they will have a proof that they have

³⁴ Annette Nordhausen, “Information Requirements in the E-Commerce Directive and the Proposed Directive on Unfair Commercial Practices”, *Information Rights and Obligations: A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness*, Geraint Howells, Andre Jansen, Reiner Schulze (eds.), Ashgate, 2004, 100.

³⁵ Christian Twigg-Flesner, Reiner Schulze, “Protecting rational choice: Information and the right of withdrawal”, *Handbook of research on international consumer law*, Geraint Howells, Iain Ramsay, Thomas Wilhelmsson, & David Kraft (eds.), Cheltenham: Edward Elgar, 2010, 130–157.

³⁶ Article 2(1)(8) Directive 2011/83/EU on consumer rights.

³⁷ Annex I(B) Directive 2011/83/EU on consumer rights.

³⁸ Articles 7(1) and 8(1) Directive 2011/83/EU on consumer rights.

³⁹ Recital 23 Directive 2011/83/EU on consumer rights.

fulfilled their information duty because, in case of a dispute, the burden of proof is always on the trader. As pointed out by the ECJ in its case law, presentation of the information on an Internet website does not satisfy the conditions prescribed by EU Law concerning provision of information on a durable medium due to the fact that an Internet website is not a constant, but a changeable medium.⁴⁰

COUNTING OF THE WITHDRAWAL PERIOD

The fourteen day period commences from the moment when the consumer acquires physical possession of the goods (or the last good/piece in case of multiple goods or good consisting of multiple lots or pieces ordered). In case of service contracts and the contract for online digital content, the time period starts at the moment of the conclusion of the contract.⁴¹

It is considered that the consumer has exercised their right of withdrawal correctly and timely if they have sent the communication to the trader that they have decided to withdraw from a consumer contract within the prescribed period of fourteen calendar days. The burden on proof is on the consumer who is, in case of dispute, obliged to prove that they have made the withdrawal decision within the prescribed period of time. Subsequently, consumer is given a period of fourteen more days as of the communication of their withdrawal decision to return the products to the trader.⁴² In case of, for instance, an online shopping of a book, the consumer has the right to withdraw from the contract within fourteen days as of the receipt of that book followed by a time period of up to fourteen days as of the communication of the decision to withdraw to the trader to return the book. Furthermore, in case of a consumer who has concluded online a contract for Greek language classes, the fourteen days period starts counting as of the day of conclusion of that contract.

In case when the trader has failed to provide the information to the consumer about the existence and features of the right of withdrawal that shall apply to a particular consumer contract, the fourteen day time limit for withdrawal gets extended for a period of up to additional twelve months.⁴³ In summation, this means that in case of trader's failure to inform the consumer about their right of withdrawal, a total duration of this right is up to twelve months and fourteen days

⁴⁰ See: Case C-375/15 *BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG v Verein für Konsumenteninformation* [2017] ECR I-0038.

⁴¹ Article 9(2) Directive 2011/83/EU on consumer rights.

⁴² Article 14 Directive 2011/83/EU on consumer rights.

⁴³ Article 10 Directive 2011/83/EU on consumer rights.

when it elapses for good. However, in a rare case that the trader realises its mistake and thus, in order to correct it, they inform immediately the consumer about the right of withdrawal, the 12-month period is being abolished and consumer has fourteen calendar days to withdraw from the contract as of the date on which they were provided by the trader with this information.

THE EXERCISE OF THE RIGHT OF WITHDRAWAL

Under the EU Law, the consumers can freely choose the manner in which they want to inform trader about their decision to withdraw from a consumer contract. Filling in of model of withdrawal form provided by the Directive 2011/83/EU on consumer rights is not a mandatory condition, but just one of the legitimate options that the consumer has got to exercise their right of withdrawal.⁴⁴ This very liberal approach has been adopted in order to secure that consumer can easily enforce their right of withdrawal, without any formalities required, in order to secure its effectiveness. The only requirement is that consumer's decision to withdraw from the contract must, however, be unequivocal.⁴⁵ For example, consumer cannot just return the dress they have acquired without any statement as to the withdrawal.

In case the consumers want to make use of their right of withdrawal, consumers are not allowed to use the product. However, they are, of course, allowed to inspect and test the goods to an extent which is necessary to establish the nature, characteristics and the functioning of the acquired product. As pointed out by the ECJ in one of its landmark decision in this field, the *Messner* case, the trader can never require consumers to pay for the use they have made of goods prior to returning them within the relevant withdrawal period.⁴⁶ This means in practice that the consumer can only handle and inspect the product in the same manner they would do it in a traditional shop. Typically, the consumer should be able to open the packaging to access the product if similar goods are normally displayed in shops in unpacked condition. Hence damage caused to the packaging by merely opening it or trying it is not cause for compensation or rejection of the withdrawal as the ECJ has recently confirmed in case of returning of a mattress in case of which consumer has removed its protective seal after delivery in order to test the mattress.⁴⁷

⁴⁴ Annex I(B) Directive 2011/83/EU on consumer rights.

⁴⁵ Article 11(1) Directive 2011/83/EU on consumer rights.

⁴⁶ Case C-489/07 *Pia Messner v Firma Stefan Krüger* [2009] ECR I-7315.

⁴⁷ Case C-681/17 *Slewo – schlafenlebenwohnen GmbH v Sascha Ledowski* [2019] ECR I-0255.

If the consumer used a product they want to return to the traders to an extent that is more than necessary to establish the nature, characteristics and the functioning of the product, consumer still does not lose their right of withdrawal. However, in such situations, consumers are requested to compensate to the trader for any diminished value of the product they returned. This rule has been established in order to secure the fairness of the right of withdrawal and to protect the consumer from abusing it. Accordingly, consumer is not entitled to acquire a dress to wear for only one occasion (e.g. bachelor's party) and then to return it and get all the money back. In case the consumer withdraws from a contract after having used the product, the burden of proof that the value of the good is diminished lies on the trader and the trader is entitled to charge the consumer for the product's diminished value.

THE CONSEQUENCES OF WITHDRAWAL

When a consumer informs trader about their decision to withdraw from the contract, the consumer is immediately released from any obligations which were established by the terminated consumer contract.⁴⁸ The only costs that the consumer needs to cover is the cost of returning of the product to the trader unless the trader has previously accepted that they would cover that cost. In addition, Directive 2011/83/EU on consumer rights requires from the trader to always inform the consumer before conclusion of the contract, in a clear and comprehensible manner, about the existence of consumer's obligation to pay for the costs of product return in case of consumer's decision to exercise their withdrawal right. In case when trader fails to provide this information, the cost of returning the product will be covered exclusively by the trader.⁴⁹ The trader is obliged to reimburse all of the payments that the consumer has paid by deploying the same means of payment (e.g. debit card) that the consumer has used to make their purchase (e.g. trader cannot make any reimbursement through the vouchers as there was a number of cases during pandemic Covid-19).

For example, in a hypothetical case when a consumer has made a decision to withdraw from a contract where the shirt they bought was paid by a credit card, the trader is obliged to return to the consumer a full price of the dress that would include all of the paid taxes and the delivery costs to the same account connected to the credit card that was initially used for the purchase of that shirt. The reimbursement of the entire amount which the consumer has paid has

⁴⁸ Article 12 Directive 2011/83/EU on consumer rights.

⁴⁹ Article 6(1)(i) Directive 2011/83/EU on consumer rights.

to be performed within the period of fourteen days. The counting of this period commences from the day on which the trader has been notified by the consumer about their decision to withdraw from the consumer contract. Nevertheless, the trader is entitled to withhold the reimbursement until the day when the consumer sends back the product which is something that can also be proven by, for instance, any kind of proof that consumer has sent back the product.

FAILURE TO PROVIDE INFORMATION ABOUT THE RIGHT OF WITHDRAWAL

As pointed out above, in case when a trader fails to provide the consumer with the information concerning their right of withdrawal in a consumer contract, this right is automatically prolonged for up to one year during which consumer may at any moment freely terminate the contract. Prior to the adoption of the Directive 2011/83/EU on consumer rights, the withdrawal period was to be extended for an unlimited period of time, as pointed out by the ECJ in its case law.⁵⁰ However, the adoption of the new approach by the Directive 2011/83/EU on consumer rights which limits this extension to one year is certainly an improvement from the perspective of legal certainty and represents a positive development.

Moreover, trader's failure to comply with the rules on consumer's right to withdraw the contract are also sanctioned under a very powerful set of rules established by the Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices.⁵¹ To start with, a failure to provide information about the existence of the right of withdrawal will represent a form of a misleading omission for what trader will be sanctioned.⁵² Moreover, among all of the rules of this Directive, a small general clause that sanctions aggressive practices seems to provide best protection to consumer's right of withdrawal because the imposition of any kind of onerous or disproportionate barrier by the trader on the consumer which may negatively affect exercise of any of consumer's contractual rights, will represent a form of aggres-

⁵⁰ Case C-481/99 *Georg Heiningering and Helga Heiningering v Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG* [2001] ECR I-09945.

⁵¹ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council [2005] OJ L149/22.

⁵² Article 7 Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices.

sive commercial practice and thus is prohibited.⁵³ This would be the case whenever a trader, in an illegitimate manner, disables consumers from enforcing their right to withdraw the contract by, for example, putting up a lot of administrative obstacles.⁵⁴ A recent reform of the European rules on unfair commercial practices, substantially increased envisaged fines for the breach of these rules which should additionally motivate traders to always comply with all of the rules concerning consumer's right of withdrawal.⁵⁵

CONCLUSIONS

This Paper examined the right of withdrawal as one of the two most important consumer rights under the EU Consumer Law. As the right of withdrawal enables consumer to freely withdraw the consumer contract without any negative consequences, it is possible to conclude that it represents an extremely powerful self-remedy for consumer in case of distance selling contracts and doorstep selling contracts, especially important in the era of Internet and incredible rise of online shopping during the pandemic Covid-19 times. What still remains to be worked on is to how to secure that a consumer does not abuse of their right of withdrawal and also how to facilitate an easy and efficient exercise of this right by the consumer.

Dr MATEJA DUROVIĆ
vanredni profesor, King's College London

PRAVO NA ODUSTANAK OD UGOVORA PREMA POTROŠAČKOM PRAVU EU

Rezime

U radu je analizirano pravo na odustanak od ugovora kao jedno od dva najbitnija prava koja Evropsko pravo potrošača priznaje potrošaču. Pravo na odustanak od ugovora predstavlja značajnu karakteristiku potrošačkog ugovornog prava i istovremeno jednu od najvažnijih razlika potrošačkog prava u odnosu na opšte ugovorno pravo, s obzirom da omogućava potrošaču da, u određenom

⁵³ Article 8 Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices.

⁵⁴ Mateja Durovic, "European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law" (Hart Publishing 2016), 167.

⁵⁵ M. Durovic, "Adaptation of consumer law to the digital age: The case of the new European Directive 2019/2161 on modernisation and better enforcement of consumer law" (68 Belgrade Law Review 2 (2020)) pp. 62-79.

vremenskom roku, bez negativnih posledica, raskine zaključen potrošački ugovor. Na taj način, putem prava na odustanak ugovora umanjuje se nejednakost u ugovornom odnosu između trgovca, s jedne, i potrošača, s druge strane. Evropski pravni okvir za zaštitu potrošača ustanovljava jasan skup pravila čiji je cilj da se potrošaču omogući da slobodno i bez ikakvih prepreka koristi pravo na odustanak od ugovora.

Ključne reči: pravo na odustanak, potrošač, pravo EU, zaštita potrošača, ugovorno pravo

Bibliography

- Akerlof G., "The market for "Lemons": Quality uncertainty and the market mechanism", *Quarterly Journal for Economics*, Vol. 84, 1970.
- Ben-Shahar O., Posner E., "The right to withdraw in contract law", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 40, 2011.
- Durovic M., *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*, Hart Publishing, 2016.
- Eidenmüller H., "Why withdrawal rights?", *European Review of Contract Law*, No. 1, 2011.
- Hondius E., "The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis", *Journal of Consumer Policy*, Vol. 27, 2004.
- Howells G., Twigg-Flesner C., Wilhelmsson T., *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge 2017.
- Loos M.B., "Rights of Withdrawal", *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Geraint Howells, Reiner Schulze (eds.), Sellier, 2009.
- Luzak J., "To Withdraw Or Not To Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking Into Account Its Behavioural Effects on Consumers", *Journal of Consumer Policy*, Vol. 37, 2014.
- Micklitz H.W., Reich N., Rott P., *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, 2009.
- Nordhausen A., "Information Requirements in the E-Commerce Directive and the Proposed Directive on Unfair Commercial Practices", *Information Rights and Obligations: A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness*, Geraint Howells, Andre Jansen, Reiner Schulze (eds), Ashgate, 2004.
- Twigg-Flesner C., Schulze R., "Protecting rational choice: Information and the right of withdrawal", *Handbook of research on international consumer law*, Geraint Howells, Iain Ramsay, Thomas Wilhelmsson, & David Kraft (eds.), Cheltenham: Edward Elgar, 2010.

Datumi prijema i prihvatanja rada
Primljen: 12.09.2020.
Prihvaćen: 30.09.2020.

PREGLEDNI RAD

GORDANA ILIĆ-POPOV

ISKAZ SVEDOKA – DOKAZ U PORESKOM POSTUPKU

Svedočenje se kao dokaz najčešće vezuje, pre svega, za krivični postupak, a ređe za parnični, izvršni, upravni, poreski i druge zakonom uređene postupke. Međutim, uz ostala raspoloživa dokazna sredstva (poreska prijava, poreski bilans, poslovne knjige i evidencije, računovodstveni iskazi, uviđaj, veštačenje i dr.), u poreskom postupku se mogu koristiti i iskazi svedoka za obezbeđenje dokaza pri rešavanju poreske upravne stvari. Za utvrđivanje poreza neophodno je da poreski organ utvrdi tačne i potpune odlučne činjenice, a neke od njih je potrebno da se dokažu. To omogućava Poreskoj upravi da donese zakonito i pravilno poresko rešenje, koje sadrži prava i obaveze za određenog poreskog obveznika. Autorka analizira da li je svedočenje u poreskom postupku zakonska obaveza za svako fizičko lice, ili je reč o jednoj od mogućnosti koja Poreskoj upravi stoji na raspolaganju da dokaže činjenice od uticaja na oporezivanje, s tim da neka lica imaju pravo da ne daju iskaz kao svedoci. U radu se obrazlažu razlozi zbog kojih pojedine kategorije lica nisu u obavezi da svedoče u ovom posebnom upravnom postupku.

Ključne reči: dokazno sredstvo, iskaz svedoka, poreski postupak, svedočenje, utvrđivanje poreza

U V O D

Poreski organ mora da raspolaze tačnim i potpunim činjenicama kako bi mogao da utvrdi poresku obavezu svakog pojedinačnog poreskog obveznika.

Prof. dr Gordana Ilić-Popov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: gordana@ius.bg.ac.rs.

Službeno lice u Poreskoj upravi¹ nastoji da dođe do određenih podataka koji će mu omogućiti da donese zakonito i pravilno poresko rešenje kojim se, ne samo deklarativno utvrđuje obaveza poreskog obaveznika u pogledu vrste poreza, njegovog iznosa i roka dospelosti poreskog duga, već i njegova prava (na primer, da može da podnese žalbu u zakonskom roku). Podatak (eng. *data*) predstavlja “simbolički i formalizovan prikaz činjenica, pojmova i instrukcija, pogodan za komuniciranje, interpretaciju i obradu.”² Podatak prelazi u informaciju onda kada mu, od strane primaoca (u pomenutom slučaju, poreskog inspektora), bude dodeljeno određeno značenje.³ Svaka informacija, pod uslovom da odgovara istini, može da bude u određenoj meri korisna u poreskom postupku.

Poreska uprava donosi rešenje o utvrđivanju poreza na osnovu podataka iz obveznikove poreske prijave, podataka iz njegovih poslovnih knjiga i drugih evidencija koje vodi,⁴ podataka iz evidencija i službene dokumentacije nadležnih organa, kao i činjeničnog stanja utvrđenog u postupku kontrole.⁵ Uprkos različitim radnjama koje se preduzimaju sa ciljem da se prikupe sve potrebne činjenice i podaci, može se dogoditi da Poreska uprava ipak ne uspe da do isteka zakonskog roka za donošenje poreskog rešenja utvrdi u potpunosti činjenično stanje, koje bi joj omogućilo da utvrdi porez. Ona tada donosi privremeno poresko rešenje, na osnovu do tada utvrđenog činjeničnog stanja.⁶ Međutim, poreski organ nastavlja dalje svoju “potragu” za novim činjenicama, pošto je privremeno poresko rešenje, upravo kako mu i naziv govori, *privremeno*, odnosno vremenski ograničeno. Nai-

¹ Pod ovlašćenim službenim licem u Poreskoj upravi u ovom radu ćemo podrazumevati samo poreskog inspektora.

² V. Uvod u računarstvo, <https://racunarstvoiigimkg.files.wordpress.com/2013/09/uvod-u-racunarstvo.pdf>, 12.8.2020.

³ O pojmovima “podatak” i “informacija” v. više: Gordana Ilić-Popov, “Podaci i informacije u poreskom postupku i pravna sigurnost u Republici Srbiji”, *Vladavina prava i pravna država u regionu* (ur. Goran Marković), Univerzitet u Istočnom Sarajevu Pravni fakultet, Istočno Sarajevo, 2014, 871–873.

⁴ Izuzetno, porez može da se utvrdi procenom poreske osnovice – parifikacijom (na primer, upoređivanjem sa drugim poreskim obveznikom koji obavlja delatnost pod istim ili sličnim okolnostima) ili unakrsnom procenom – ako se u postupku donošenja poreskog rešenja utvrdi da podaci iz poreske prijave, poslovnih knjiga, evidencija i sl. ne odgovaraju stvarnom stanju. V. Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji – ZPPPA, *Službeni glasnik RS*, br. 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005, 62/2006, 61/2007, 20/2009, 72/2009, 53/2010, 101/2011, 2/2012, 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019, čl. 55, st. 5.

⁵ V. ZPPPA, čl. 55, st. 1–3.

⁶ V. ZPPPA, čl. 63, st. 1.

me, krajnji rok u kojem mora da se donese rešenje kojim se konačno utvrđuje porez iznosi tri godine od dana donošenja⁷ privremenog rešenja.⁸

UTVRĐIVANJE ČINJENICA U PORESKOM POSTUPKU

Utvrđivanje poreza pretpostavlja, dakle, da su prethodno utvrđene činjenice i okolnosti, koje su relevantne za oporezivanje konkretnog poreskog obveznika. Reč je o odlučnim činjenicama koje opredeljuju pravilnu primenu materijalnog (poreskog) propisa, odnosno koje predstavljaju uslov za priznavanje određenog obveznikovog prava ili uslov za određivanje njegove obaveze. Zbog toga, da bi svaka faza poreskog postupka⁹ bila što efikasnija i ekonomičnija treba da se utvrđuju samo one poreskopravne činjenice koje su od značaja za ustanovljavanje pojedinačne poreske obaveze.

Da bi se utvrdile takve odlučne činjenice u poreskom postupku, koriste se različiti dokazi. Dokazi su, zapravo, sredstva kojima se dokazuje postojanje određene činjenice. Dokazi u poreskom postupku su: poreska prijava, poreski bilans, poslovne knjige i evidencije, računovodstveni iskazi, poslovna dokumentacija i druge isprave i informacije kojima raspolaže Poreska uprava, a koje je prikupila neposredno od poreskog obveznika ili od trećih lica, zatim iskaz svedoka, nalaz veštaka,¹⁰ uviđaj i svako drugo sredstvo kojim se činjenice mogu utvrditi.¹¹ Iz zakonske formulacije, koja glasi: "... i *svako drugo* sredstvo ..." zaključujemo da lista dokaza u ZPPPA nije iscrpljena, već da se, pored pomenutih, mogu koristiti i drugi načini da se utvrde poreskopravno relevantne činjenice. Poreski inspektor, ceneći važnost i uticaj određene činjenice na rešavanje konkretne poreske upravne stvari, odlučuje koje činjenice treba dokazati u poreskom postupku, kao i koje dokazno sredstvo treba upotrebiti za tu svrhu.¹²

Dokazi se, po pravilu, izvode u toku postupka, odnosno od njegovog pokretanja pa do donošenja rešenja o utvrđivanju poreza. Cilj dokaznog postupka – u

⁷ Zakonodavac vezuje taj rok za dan *donošenja* poreskog rešenja, a ne za njegovo dostavljanje poreskom obvezniku. Smatramo da u pomenutom kontekstu to jeste relevantan vremenski trenutak, jer je naglasak na upravnoj radnji koju poreski organ nastavlja da vrši.

⁸ V. ZPPPA, čl. 63, st. 3.

⁹ Poreski postupak obuhvata utvrđivanje poreza, njegovu naplatu i poresku kontrolu.

¹⁰ Nalaz i mišljenje veštaka je dokazno sredstvo koje se često koristi za utvrđivanje poreskopравnih činjenica u vezi sa građevinarstvom. Upor.: Mišljenje Ministarstva finansija RS, br. 011-00-01029/2016-04 od 21. marta 2017. godine.

¹¹ V. ZPPPA, čl. 43, st. 2.

¹² V. Mišljenje Ministarstva finansija RS, br. 430-03-00053/2012-04 od 26. oktobra 2012. godine.

okvirima poreskog postupka – je utvrđivanje pravog stanja stvari, odnosno materijalne istine u svakom konkretnom slučaju. “Materijalna istina je stub na kome počiva zakonitost poreskog upravnog akta.”¹³ Sem toga, dokazni postupak omogućava poreskom obvezniku da zaštiti svoja prava i pravne interese u poreskom postupku.¹⁴

Nameće se pitanje da li bi u poreskom postupku, ako postoji opasnost da bi kasnije njegovo izvođenje bilo otežano ili da taj dokaz neće posle ni moći da bude izveden, moglo da se pristupi obezbeđenju dokaza,¹⁵ tj. izvođenju određenog dokaza i pre nego što se postupak, odnosno pojedina njegova faza pokrenu. Na primer, da li se može uzeti iskaz od svedoka pre nego što otpočne postupak poreske kontrole, ukoliko poreski organ oceni da bi kasnije to bilo značajno teže izvodivo, jer se uobičajeno boravište tog lica nalazi izvan Republike Srbije.¹⁶ Iskazom svedoka se ne konstatuje određena činjenica, već on doprinosi *dokazivanju* činjenica u poreskoj upravnoj stvari, što omogućava njeno pravilnije rešavanje (na primer, od lica se može tražiti iskaz o količini robe koju je primilo od poreskog obveznika, kako bi se utvrdila podudarnost sa podatkom iz izdatog računa, u kojem je obračunat porez na dodatu vrednost).

Poreski organ na čijoj teritoriji boravi lice od kojeg treba uzeti iskaz odlučuje svojim rešenjem o predlogu da se njegov iskaz obezbedi pre nego što započne poreski postupak. Da bi takav predlog bio usvojen, neophodno je, da ponovimo, da zahtev za izvođenje tog dokaza (saslušanje svedoka) bude opravdan s aspekta efikasnijeg rešavanja poreske upravne stvari. Pozivanje lica da svedoči o poreskoj stvari o kojoj lično i neposredno nema dovoljno saznanja ili, pak, ima saznanja samo o činjenicama koje nisu od bitnog značaja za njeno rešavanje bilo bi neefikasno i neekonomično i za Poresku upravu, i za samog svedoka (koji bi bio izložen gubitku vremena, pa možda i određenoj psihološkoj tenziji što se našao u ta-

¹³ V. *Priručnik za zaposlene u lokalnoj poreskoj administraciji*, Ministarstvo finansija Republike Srbije Poreska uprava, Beograd, oktobar 2006, 182.

¹⁴ V. *Podsetnik za primenu procesnih propisa u poreskom postupku*, Ministarstvo finansija Republike Srbije Poreska uprava, Beograd 2007, 61.

¹⁵ Ova procesna radnja je uređena članom 135, st. 1 Zakona o opštem upravnom postupku – ZUP, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016 i 95/2018.

¹⁶ Primenom analogije sa parničnim postupkom, smatramo da bi Poreska uprava mogla rešenjem da odluči da se dokaz izvede čitanjem pisane izjave svedoka, koja mora da bude overena od strane suda ili lica koje vrši javna ovlašćenja. Upor.: Zakon o parničnom postupku – ZPP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, 87/2018 i 18/2020, čl. 245. Međutim, ni u jednom zakonu nije uređeno da li je moguće da se iskaz svedoka daje *on line*, odnosno posredstvom neke od platformi za elektronsku komunikaciju (na primer, Skype i sl.). Smatramo da bi to bio validan dokaz, i da je u tom smislu potrebno da bude zakonski predviđen i preciziran.

kvoj ulozi). Ako, na primer, svedok mora da uzme slobodan dan sa svog posla i, uz to, dolazi iz drugog grada, moglo bi se postaviti pitanje ko će snositi njegove troškove (gubitak zarade, troškovi prevoza i sl.). On ima pravo da nadležnom poreskom organu podnese zahtev za naknadu stvarnih troškova koje je imao u vezi sa svojim učešćem u poreskom postupku,¹⁷ s tim da ga mora podneti najkasnije u roku od osam dana od dana svedočenja.¹⁸ Pošto se ne podrazumeva da svako fizičko lice, odnosno svedok treba da zna za takvo svoje pravo, ovlašćeno službeno lice ima zakonsku obavezu da ga o tome obavesti, odnosno upozori da odmah ili najdalje u propisanom zakonskom roku treba da postavi takav svoj zahtev.¹⁹ Ovlašćeno službeno lice koji od svedoka uzima iskaz unosi u zapisnik službenu belešku da je o tom pravu obavestio svedoka, čime se izbegava kasnije (eventualno) dovođenje u pitanje zakonitosti tog dokaza.

DOKAZIVANJE U PORESKOM POSTUPKU

Poreski inspektor je ovlašćen da odluči da li neku činjenicu treba dokazivati ili ne. Pri odlučivanju treba da se rukovodi poreskim zakonima i podzakonskim propisima, jer se iz njih najbolje može sagledati koje su činjenice važne za utvrđivanje poreza. Smatramo da se to može odnositi samo na činjenice za koje je teret dokazivanja na Poreskoj upravi,²⁰ odnosno da u poreskom postupku (prvostepenom i drugostepenom) ne može da se spreči izvođenje dokaza koje je predložio poreski obveznik o poreskim činjenicama za koje on smatra da mogu uticati na visinu njegove poreske obaveze.²¹ U zaštiti svojih legitimnih očekiva-

¹⁷ U parničnom postupku svedok ima pravo na naknadu putnih troškova, troškova za ishranu i prenoćište i na naknadu izgubljene zarade. Sud je dužan da ga upozori da će izgubiti pravo na naknadu ako je ne zahteva odmah po saslušanju. V. ZPP, čl. 258.

¹⁸ V. ZUP, čl. 88, st. 1.

¹⁹ V. ZUP, čl. 88, st. 2.

²⁰ U srpskom poreskom pravu teret dokazivanja je podeljen između Poreske uprave i poreskog obveznika, zavisno od toga o kojim činjenicama se radi, odnosno koja je njihova "uloga" u poreskom postupku. Naime, Poreska uprava treba da dokazuje činjenice na kojima se zasniva postojanje poreske obaveze, dok je na poreskom obvezniku teret dokazivanja činjenica koje mogu da imaju uticaj na smanjenje ili ukidanje poreza (na primer, na njegovo pravo da koristi određenu poresku olakšicu i sl.). V. ZPPPA, čl. 51, st. 1.

²¹ Na primer, poreski obveznik je taj koji treba da dokaže da postoji zakonski osnov da bude oslobođen od poreza na registrovano oružje zato što ga je dobio kao nagradu ili prilikom odlaska u penziju od Vojske Srbije ili od organa nadležnog za unutrašnje poslove Republike Srbije. U interesu poreskog obveznika je da o tome obezbedi odgovarajući dokaz (o organu od kojeg je oružje stekao, osnovu sticanja, broju stečenih oružja i dr.). V. Mišljenje Ministarstva finansija RS, br. 07-00-00118/2020-04 od 18. maja 2020. godine.

nja poreski obveznik može, između ostalog, da traži da se uzme iskaz od određenog svedoka.²²

U poreskom postupku se dokazuju sporne i značajne poreskoppravne činjenice. Dokazivanje sporednih činjenica koje nemaju uticaj na utvrđivanje poreza, činjenica čije postojanje zakon pretpostavlja (na primer, dokazna snaga javnih isprava)²³ i opštepoznatih (notornih) činjenica²⁴ bilo bi u suprotnosti sa načelima efikasnosti, delotvornosti i ekonomičnosti poreskog postupka.²⁵

Poreski inspektor ne sme da zloupotrebi svoje ovlašćenje vezano za slobodnu ocenu dokaza,²⁶ već mora da se drži opšteg načela zakonitosti.²⁷ Slobodna ocena dokaza isključuje njegovo diskreciono odlučivanje, jer mora da bude zasnovana na pažljivoj i nepristrasnoj proceni svakog pojedinačnog dokaza, ali i svih dokaza u celini.²⁸ U dokaznom postupku se poreski inspektor izvođenjem i ocenom dokaza uverava koje su od poreskoppravno relevantnih činjenica istinite, a koje ne.²⁹ Sagledavajući i druge obezbeđene dokaze (poslovne knjige, dokumentaciju i dr.), on će proceniti da li će činjenicu koju je izjavio svedok uzeti kao dokazanu ili ne. Moguće je i obrnuto, to jest da poreski inspektor odluči da pozove određeno lice na svedočenje, ukoliko ima sumnju u verodostojnost nekog podataka iz poreske prijave ili poslovnih knjiga poreskog obveznika. Poreski in-

²² V. Georges Cavalier, "France", *Tax Procedures* (ed. Pasquale Pistone), IBFD, Amsterdam 2020, 479. Upor. takođe: Nataša Žunić Kovačević, Hrvoje Arbutina, "Croatia", *Tax Procedures* (ed. Pasquale Pistone), IBFD, Amsterdam, 2020, 361–362.

²³ Za javne isprave važi oboriva pretpostavka njihove tačnosti. V. *Podsetnik za primenu procesnih propisa u poreskom postupku*, 63.

²⁴ ZUP ne definiše pojam opštepoznatih činjenica, ali bi se moglo zaključiti da su to činjenice koje su poznate vrlo širokom krugu lica, odnosno koje su dostupne u različitim registrima, evidencijama i sl. (na primer, okolnost da je poreski obveznik vlasnik određene firme, ili da obveznik ima troje maloletne dece koje izdržava i dr.).

²⁵ "Postupak se vodi bez odugovlačenja i uz što manje troškova po stranku i drugog učesnika u postupku, ali tako da se izvedu svi dokazi potrebni za pravilno i potpuno utvrđivanje činjeničnog stanja." V. ZUP, čl. 9, st. 2.

²⁶ U krivičnom postupku je predviđen institut "slobodno sudijsko uverenje". V. Zakonik o krivičnom postupku – ZKP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 i 35/2019, čl. 16, st. 3. Načelo slobodnog sudijskog uverenja je usko povezano sa načelom slobodne ocene dokaza, jer sudija ne može da ima slobodno uverenje ako nema pravo da slobodno ocenjuje dokaze, a u isto vreme dokazi ne mogu slobodno da se ocenjuju ukoliko sudija nema mogućnost sticanja slobodnog sudijskog uverenja. V. Milan Škuljić, *Krivično procesno pravo – opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd, 2007, 98.

²⁷ "Kada je zakonom ovlašćen da odlučuje po slobodnoj oceni, organ odlučuje u granicama zakonom datog ovlašćenja i saglasno cilju zbog koga je ovlašćenje dato". V. ZUP, čl. 5, st. 2.

²⁸ V. ZUP, čl. 10, st. 2.

²⁹ Upor.: *Priručnik za zaposlene u lokalnoj poreskoj administraciji*, 182.

spektor, dakle, ima pravo da slobodno procenjuje dokaznu snagu pojedinih dokaznih sredstava, jer je jasno da ne mogu sva dokazna sredstva da imaju istu dokaznu snagu u rešavanju konkretnog poreskog predmeta. Takođe, on treba, savesno i brižljivo, da oceni u kojoj meri dokazno sredstvo pruža podatke o odlučnim činjenicama (na primer, moguće je da svedok iznosi veliki broj različitih podataka tokom davanja svog iskaza, ali da nisu svi korisni za donošenje poreskog rešenja). U tom smislu, poreski inspektor po svom uverenju može da odluči da određeni dokazi u konkretnom predmetu nisu relevantni, s tim da ima obavezu da obrazloži razloge zbog kojih ih nije uzeo u obzir.

Poseban problem može da nastane u situaciji kada su različiti dokazi međusobno kontradiktorni (na primer, podatak o automobilu koji je u poslovnim knjigama evidentiran kao osnovno sredstvo se razlikuje od iskaza svedoka, prema kojem taj automobil niko od zaposlenih u firmi nikada nije ni video). U tom slučaju poreski inspektor bi trebalo da obezbedi ili izvede još neke dokaze, kako bi bio u stanju da utvrdi tačno činjenično stanje. U protivnom, moglo bi da se dogodi da se ponovi poreski postupak koji je okončan konačnim rešenjem, pošto saznanje za nove činjenice ili mogućnost da se izvedu neki novi dokazi (na primer, da se uzme iskaz i od drugih svedoka) mogu da dovedu do drukčijeg rešenja o utvrđivanju poreza.³⁰

Poreski obveznik može da podnese predlog za obezbeđenje dokaza i nakon konačnosti ili pravosnažnosti rešenja, ako smatra da nadležni poreski organ nije pravilno utvrdio iznos poreza. U predlogu mora da navede činjenice koje treba da se dokažu, dokaze koji (prema njegovom mišljenju) treba da se izvedu i razloge zbog kojih traži obezbeđenje dokaza. Na primer, obveznik može da traži svedočenje direktora i drugih lica o tome da li je njihovoj firmi donirao određen iznos finansijskih sredstava za zdravstvene namene, sa ciljem dokazivanja svog prava na priznavanje tog rashoda u poreskom bilansu, koji umanjuje oporezivost dobit koja je podvrgnuta porezu na dobit pravnih lica.

KO MOŽE DA BUDE SVEDOK U PORESKOM POSTUPKU

Svedok u poreskom postupku je fizičko lice koje pred nadležnim poreskim organom treba da iznese svoje zapažanje o činjenicama iz prošlosti, koje su značajne za pravilno rešavanje poreske stvari koja je predmet poreskog postupka. Razlog zbog kojeg se njegov iskaz vezuje za činjenice iz prošlosti je taj što se za dokazivanje činjenica u sadašnjosti koriste druga dokazna sredstva (uviđaj, veštačenje

³⁰ V. ZUP, čl. 176, st. 1, tač. 1. U tom slučaju se poresko rešenje doneto u ranijem postupku poništava ili ukida.

i dr.), koja se smatraju efikasnijim.³¹ Takođe, od svedoka ne samo da se ne očekuje već, naprotiv, on ni ne treba da daje svoje mišljenje o spornoj poreskoj stvari, ni da iznosi svoje zaključke. Njegov “zadatak” je da samo iznese činjenice koje su mu neposredno poznate u vezi sa predmetnom poreskom stvari, ili za koje je saznao na neki drugi način. Zato se i zove “svedok”³² – on *svedoči* o nečemu što je video, čuo ili zapazio, a tiče se rešavanja poreske stvari.

Dokaz svedocima je samo jedno od dokaznih sredstava u poreskom postupku. Njega je relativno jednostavno izvesti, jer ne zahteva nikakve posebne radnje, stručnost i sl. (za razliku od, na primer, veštačenja), ali je u isto vreme i nedovoljno pouzdan dokaz.³³ Nesigurnost tog dokaza često nastaje kao posledica subjektivnog odnosa lica – svedoka da uopšte zapazi ili uoči neke okolnosti ili, pak, da ih sagleda kao isključivo objektivne činjenice. Svedok je dužan da govori istinu, i davanje lažnog iskaza je sankcionisano kao krivično delo.³⁴ Sem toga, poreskim zakonom je propisano da će se kazniti i onaj ko daje lažne podatke o činjenicama koje su od značaja za sprovođenje prinudne naplate poreza, odnosno poreske kontrole.³⁵ Smatramo da učiniocem pomenute (alternativno postavljene) radnje izvršenja poreskog krivičnog dela ugrožavanja naplate poreza i poreske kontrole treba da budu, između ostalih, obuhvaćeni i svedoci, jer svojim neistinitim iskazom mogu da ugroze odvijanje poreskog postupka.³⁶ Pri tome, međutim, mora

³¹ V. ZPPPA, čl. 43.

³² U pojedinim postupcima (na primer, krivičnom) mogao bi kao sinonim da se koristi termin “očevidad”.

³³ Upor.: Zorana Lazarov, “Ispitivanje svedoka kao dokazna radnja i zaštita svedoka u krivičnom postupku”, *Crimen*, br. 1, 2018, 103–120.

³⁴ V. Krivični zakonik – KZ, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019, čl. 335. Za svedoka koji daje lažan iskaz u zakonom uređenom postupku propisana je kazna zatvora do tri godine. Poreski postupak je (poseban) upravni postupak. V. Zakon o poreskom postupku Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 78, 2020, čl. 20, st. 1. U slučaju da svedok dobrovoljno opozove lažan iskaz pre nego što se donese konačna odluka (na primer, “povuče” iz svog iskaza neke činjenice koje je izneo), može da se oslobodi od kazne. V. KZ, čl. 335, st. 5. Nameće se pitanje da li ima obeležja pomenutog krivičnog dela ako svedok neistinito iznese činjenice koje nemaju bitan uticaj na rešavanje predmetne poreske stvari, s obzirom na to da poreski organ, pri slobodnoj oceni dokaza, uzima u obzir samo odlučne činjenice. Na primer, u jednom krivičnom predmetu postojalo je razmimoilaženje u stavovima Apelacionog i Vrhovnog kasacionog suda o tome da li je neophodno da na lažnom iskazu bude zasnovana odluka nadležnog organa ili ne. Upor.: Vrhovni kasacioni sud, Presuda Kzz 43/11 od 22. juna 2011. godine.

³⁵ V. ZPPPA, čl. 175, st. 2.

³⁶ Upor.: Momo Kijanović, *Poreski postupak i poreska administracija*, Savez računovođa i revizora Srbije, Beograd, 2007, 348–349.

da se vodi računa o pravilu *Ne bis in idem*, koje nije predmet našeg istraživanja u radu.

Moguće je, međutim, da dođe do grešaka u sećanju, pogrešnog tumačenja podataka, nespretne ili konfuzne interpretacije podataka, a ponekad svedok može imati preteranu želju da bude “uslužan”, pa praznine u sećanju nadopunjuje ponekim izmišljenim podatkom ili stvaranjem lične predstave o tome šta je saznao. Zbog toga, da bi iskaz svedoka bio validan dokaz u poreskom postupku, poreski organ ima obavezu da proveri njegov iskaz.³⁷ Poreski inspektor to najčešće čini utvrđivanjem izvora saznanja svedoka (tj. odakle su mu poznate činjenice koje iznosi), jer to može značajno da utiče na njegov utisak o stvarnoj vrednosti svedokovog iskaza. Pri oceni tog dokaza mora, takođe, da se uzme u obzir i psihološka ocena ličnosti svedoka (na primer, da li je plašljiv, sklon preterivanju i sl.). Pitanja koja se postavljaju svedoku moraju da budu jasna i razumljiva. Poreski inspektor može da mu postavlja dodatna pitanja radi razjašnjenja ili dopune, ali nisu dopuštena sugestivna pitanja u kojima je već sadržan odgovor.^{38,39} Svedok treba da iznese sve činjenice koje zna o konkretnoj poreskoj stvari, ali bez preterano ekstenzivnog izlaganja, već dajući odgovor u granicama predmeta poreskog postupka.

Ukoliko se dogodi da su iskazi dva ili više svedoka protivrečni u pogledu istih činjenica, može se izvršiti njihovo suočenje, koje ima za cilj da otkloni neslaganje njihovih iskaza.⁴⁰ Suočenjem dva (ili više) svedoka, čiji se iskazi o odlučnim činjenicama koje su predmet dokazivanja razlikuju, može se utvrditi da je došlo do nenamernog neslaganja (na primer, jedan od svedoka je pogrešno ili nedovoljno jasno interpretirao neki podatak) ili je moguće da svedok, neposredno slušajući drukčije tvrđenje drugog lica, sam povuče taj deo svog iskaza (na primer, shvati da je u svom iskazu izostavio neki podatak, što može da navede na pogrešan zaključak). Ne treba isključiti ni mogućnost suočenja svedoka i poreskog obveznika ako se njihovi iskazi ne slažu u pogledu činjenica koje su predmet dokazivanja.⁴¹

³⁷ Svedok može svesno da iznosi netačne podatke, ali ponekad je moguće da njegov iskaz bude “subjektivno lažan”, odnosno da unošenjem “ličnog pečata” u svoj iskaz dovede do odstupanja određene činjenice od stvarnog stanja.

³⁸ Upor.: ZUP, čl. 126, st. 6.

³⁹ V. Izvođenje dokaza i dokazna sredstva, Ministarstvo pravde i državne uprave Republike Srbije, <https://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/pravosuđe/atlas-pravosuđa-republike-srbije/izvodjenje-dokaza-i-dokazna-sredstva.html>, 4.9.2020.

⁴⁰ Upor.: ZKP, čl. 99; ZPP, čl. 255, st. 3.

⁴¹ Upor.: ZKP, čl. 89.

Postavlja se pitanje da li svako fizičko lice *može* da bude svedok u poreskom postupku.⁴² ZPPPA u tom pogledu ne predviđa nikakve posebne uslove niti ograničenja, dok prema ZUP-u svedok može da bude svako lice koje je bilo sposobno da opazi činjenicu o kojoj treba da svedoči, odnosno koje je sposobno da saopšti svoje opažanje.⁴³ Slično rešenje je sadržano i u ZKP-u, koji predviđa da svako lice koje može da prenese svoja saznanja ili opažanja u vezi sa predmetom svedočenja ima sposobnost svedočenja.⁴⁴ Drugim rečima, neporeski zakoni ne uzimaju uzrast, psihofizičko stanje i druge okolnosti kao ograničavajuće faktore pri određivanju sposobnosti za svedočenje. Nadležnom organu (sudu) je prepušteno da u svakom konkretnom slučaju oceni da li je određeno lice sposobno za svedočenje i u kojoj formi (na primer, lice sa oštećenjem čula govora iskaz može dati pisanim putem, lice sa oštećenjem čula sluha preko tumača, dok lice sa ozbiljnim psihičkim poremećajem verovatno ne bi bilo u stanju da da validan iskaz).

Međutim, imajući u vidu specifičnost i složenost poreskih stvari, smatramo da nije realno očekivati da bi svako fizičko lice moglo da bude podobno za svedočenje u poreskom postupku. Poreske činjenice su kompleksne i za njihovo shvaćanje nije dovoljno da lice ima "razvijenu sposobnost zapažanja", kako je to predviđeno ZUP-om ili ZKP-om, već i da ume da o njima pravilno reprodukuje svoje zapažanje. Nije realno očekivati da maloletno lice ima tačno, potpuno i objektivno saznanje o nekim bitnim poreskim činjenicama (na primer, da navede da li je njegov otac, koji je preduzetnik, poklanjao ili je, pak, prodavao lopte, dresove i sl. lokalnom rukometnom klubu).⁴⁵ To, međutim, ne mora da znači da svako maloletno lice⁴⁶ nije sposobno da daje obaveštenja o činjenicama koje se dokazuju, pa zato poreski inspektor treba da u pojedinačnom slučaju slobodno proceni da li je sa stanovišta rešavanja predmetne poreske stvari efikasno od njega uzeti iskaz.

⁴² Ovde ne mislimo na kategorije lica koje, zbog ličnog ili profesionalnog svojstva, *ne moraju* da budu svedoci, o čemu će kasnije biti više reči.

⁴³ V. ZUP, čl. 124, st. 1.

⁴⁴ Upor.: ZKP, čl. 92.

⁴⁵ ZPPPA u čl. 31, st. 2, tač. 1) predviđa sekundarnu poresku obavezu za zakonskog zastupnika maloletnog lica. Iako je reč o drugom institutu poreskog prava, navodimo ga ovde da bismo ukazali na to da ako se opravdano ne očekuje da maloletno lice može samo da ispunjava svoje poreske obaveze (na primer, porez za nepokretnost dobijenu na poklon od daljeg srodnika), već da to, u njegovo ime i za njegov račun, čini njegov roditelj (staralac ili usvojilac), smatramo da se onda ne može očekivati ni da će biti u stanju da da validan iskaz u poreskom postupku.

⁴⁶ Ako poreski inspektor odluči da ipak sasluša maloletno lice, njegovom saslušanju (svedočenju) mora da prisustvuje njegov zakonski zastupnik. Upor.: ZUP, čl. 126, st. 4. U zakonskoj formulaciji stoji glagol "prisustvuje", koji mi tumačimo u smislu obaveznog prisustva.

Ukoliko lice bude uredno pozvano od strane Poreske uprave da svedoči o poreskoj stvari, ono je po zakonu dužno da se odazove pozivu (ili da svoj izostanak blagovremeno opravda),⁴⁷ i da iznese činjenice koje su mu poznate, o kojima bude pitan u postupku utvrđivanja poreza ili tokom sprovođenja poreske kontrole. U pozivu za svedočenje svedok se upozorava na posledice neopravdanog izostanka. Ako se lice neopravdano ne odazove pozivu za svedočenje ili odbije da svedoči (a ne postoji zakonska mogućnost, ni opravdani razlozi koji mu daju takvo pravo), može mu se rešenjem izreći novčana kazna.⁴⁸ Smatramo da se iz radnje izvršenja poreskog krivičnog dela ugrožavanja naplate poreza i poreske kontrole ne može zaključiti da je učinilac tog dela i svedok koji svojim (više puta ponovljenim) nedolaskom na svedočenje – pri čemu svaki izostanak uredno opravda – zapravo odugovlači poreski postupak u fazama naplate poreza, odnosno poreske kontrole.⁴⁹

LICA KOJA NEMAJU OBAVEZU SVEDOČENJA U PORESKOM POSTUPKU

Napred je bilo više reči o licima za koja smatramo da nisu sposobna za svedočenje jer, zbog svog uzrasta ili psihofizičkog stanja, nisu bila u stanju da (pravilno) opaze činjenice od bitnog uticaja na utvrđivanje poreza. Od njih treba razlikovati lica koja jesu sposobna da svedoče u poreskom postupku, ali zbog lične veze koju imaju sa poreskim obveznikom ili prirode svoje profesije imaju pravo da uskrate svedočenje o svim ili pojedinim pitanjima. ZPPPA ne koristi termine “oslobođenje od svedočenja” ni “izuzimanje od svedočenja”,⁵⁰ već predviđa “pravo na uskraćivanje informacija”. To pravo je dato članovima porodice poreskog obveznika (bračni drug, roditelji, deca, usvojenik i usvojilac obveznika).⁵¹ Lica koja

⁴⁷ Upor.: ZPP, čl. 244.

⁴⁸ V. ZUP, čl. 127. Pošto u ZPPPA nije predviđena sankcija za nedolazak na svedočenje ni za neopravdano uskraćivanje svedočenja, primenjuju se odredbe ZUP-a. Naime, čl. 3 ZPPPA propisuje supsidijernu primenu Zakona o opštem upravnom postupku i Zakona o inspekcijском nadzoru za situacije koje nisu uređene ZPPPA.

⁴⁹ V. ZPPPA, čl. 175.

⁵⁰ ZKP pravi razliku između “oslobođenja od dužnosti svedočenja” (zbog lične veze) i “isključenja od dužnosti svedočenja” (zbog profesije kojom se lice bavi). V. ZKP, čl. 93. i 94.

⁵¹ V. Zakon o porezu na dohodak građana, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2001, 80/2002, 135/2004, 62/2006, 65/2006, 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011, 93/2012, 114/2012, 47/2013, 48/2013, 108/2013, 6/2014, 57/2014, 68/2014, 5/2015, 112/2015, 5/2016, 7/2017, 113/2017, 7/2018, 95/2018, 4/2019, 86/2019 i 5/2020, čl. 10, st. 2.

zbog ličnog svojstva mogu da uskrate svoj iskaz ograničena su u poreskom postupku samo na članove najuže obveznikove porodice, dok u drugim zakonskim postupcima (krivičnom, parničnom i drugim) ona obuhvataju širi krug krvnih i tazbinskih srodnika. Smatramo da je poreski zakonodavac u tom pogledu bio restriktivniji, zbog potrebe zaštite fiskusa i javnog interesa koji dominira u poreskom postupku.

Sem toga, sveštenik, advokat, poreski savetnik, revizor i lekar, i pomoćnici pomenutih lica (advokatski pripravnici, medicinsko osoblje, saradnici poreskog savetnika⁵² i dr.)⁵³ mogu poreskom organu da uskrate informacije o činjenicama od značaja za oporezivanje, koje su saznali u obavljanju svoje profesionalne delatnosti ili koje im je poverio poreski obveznik.⁵⁴ U drugim postupcima se, po pravilu, pominju samo advokat (punomoćnik), lekar i verski ispovednik.⁵⁵ U poreskom postupku značajnu ulogu u rešavanju poreske stvari često imaju i revizor i poreski savetnik koji, tokom pružanja svojih profesionalnih usluga, saznaju veliki broj činjenica o poreskom obvezniku i poreskoj situaciji koja je predmet poreskog postupka. Pošto bi svojim iskazom povredili dužnost čuvanja profesionalne tajne, oni po zakonu imaju pravo da ne svedoče u poreskom postupku.

Međutim, s obzirom na to da je odredbom člana 46 ZPPPA predviđeno da lica “mogu uskratiti informacije”, to znači da ona nemaju obavezu da koriste to svoje pravo. Drugim rečima, oni mogu, ali ne moraju, da uskrate informacije u poreskom postupku. Na primer, supruga, koja je supsidijeran jemac za porez na prihode od samostalne delatnosti čiji je poreski obveznik njen suprug, može da odluči da svedoči, jer ga je opominjala da redovno izmiruje sve dospele poreske obaveze, a on to nije činio. Tada se ne može postaviti pitanje njene odgovornosti za neovlašćeno otkrivanje podataka, jer je bračna veza lične prirode, te isključuje poslovnu ili profesionalnu tajnu. To bi, eventualno, moglo da dovede do njihove brakorazvodne parnice, što je opet u domenu privatne sfere. Ali, ukoliko je supruga lekar koja, lečeći svog supruga, neposredno od njega sazna da je, na primer, izvršio utaju poreza, i o tome odluči da iskaz u poreskom postupku, postojao bi pravni osnov za preispitivanje njene odgovornosti za povredu profesionalne

⁵² V. Zakon o poreskom savjetovanju, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17, 2008, čl. 22, st. 3.

⁵³ V. ZPPPA, čl. 46, st. 1 i 2.

⁵⁴ V. o tome: Gordana Ilić-Popov, Svetislav Kostić, Serbia, “Tax Secrecy and Tax Transparency – The Relevance of Confidentiality in Tax Law” (eds. M. Lang, P. Pistone, J. Schuch *et al.*), Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt 2013, 952–953.

⁵⁵ Upor. ZKP, čl. 93 i 94.

(lekarske) tajne. Smatramo, međutim, da bi u toj situaciji nadležni organ vrlo teško mogao da utvrdi da li je ona do takvog saznanja došla u svojstvu bračnog druga ili u vršenju lekarske profesije.

Ukoliko lice koje ima pravo da uskrati informacije u poreskom postupku, ipak, odluči da svedoči, takav dokaz nije nezakonit i ovlašćeno službeno lice ga uzima u razmatranje pri oceni dokaza. Iskaz tog lica može da se smatra nezakonitim dokazom samo kada lice saopšti određene poreske činjenice, ne znajući da ima pravo da uskrati informacije, odnosno ukoliko pre otpočinjanja postupka nije upozoreno da nema obavezu da svedoči.

Ako advokat u poreskom postupku da iskaz u svojstvu svedoka da njegov klijent – poreski obveznik ima vanbračno dete koje izdržava, smatramo da je na taj način povredio dužnost čuvanja profesionalne tajne. Advokatska tajna podrazumeva da je advokat dužan da, u skladu sa statutom advokatske komore i kodeksom, čuva kao profesionalnu tajnu sve što mu je stranka poverila ili što je u predmetu u kome pruža pravnu pomoć na drugi način saznao ili pribavio, u pripremi, tokom i po prestanku zastupanja.⁵⁶ Povreda dužnosti čuvanja advokatske tajne smatra se težom povredom dužnosti advokata i ugleda advokature,⁵⁷ za koju se može izreći novčana kazna ili brisanje iz imenika advokata.⁵⁸ Međutim, ukoliko advokat otkrije podatak u javnom interesu – a to bi uključivalo i njegov iskaz kao svedoka u poreskom postupku (na primer, iznese saznanje o obveznikovoj radnji krijumčarenja naftnih derivata) – neće biti sankcionisan za krivično delo neovlašćenog otkrivanja tajne,⁵⁹ jer je reč o interesu koji je pretežniji od interesa čuvanja profesionalne tajne.⁶⁰ U situaciji kada poreski savetnik posumnja u verodostojnost isprava i dokumentacije koje mu je stranka – poreski obveznik dostavila, on može da odluči da iskoristi svoje zakonsko pravo da ne svedoči u poreskom postupku, ali u isto vreme može odlučiti da raskine ugovor o poreskom savetovanju, ukoliko stranka sa njim ne saraduje na način koji osigurava ispunjenje preuzetih ugovornih obaveza poreskog savetnika.⁶¹

⁵⁶ V. Zakon o advokaturi, *Službeni glasnik RS*, br. 31/2011 i 24/2012, čl. 20.

⁵⁷ V. Zakon o advokaturi, čl. 75, st. 3.

⁵⁸ V. Zakon o advokaturi, čl. 77, st. 4.

⁵⁹ V. KZ, čl. 141.

⁶⁰ V. više o tome: Gordana Ilić-Popov, "Krivično delo odavanja službene tajne u srpskom poreskom pravu", *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, br. 2, 2014, 1–13.

⁶¹ Upor. na primer: (hrvatski) Zakon o poreznom savjetništvu, *Narodne novine*, br. 127/2000, 76/2013 i 115/2016, čl. 22, st. 6; (crnogorski) Zakon o poreskim savjetnicima, *Službeni list RCG*, br. 26/2007, 34/2007, *Službeni list CG*, br. 47/2019, čl. 11, st. 3.

ZAKLJUČAK

U poreskom postupku dominira javni interes, koji podrazumeva utvrđivanje materijalne istine kao osnove za zakonito i pravilno rešavanje poreske upravne stvari. Sa tim ciljem se sprovodi i dokazni postupak, u kojem treba da se, tačno i potpuno, utvrdi činjenično stanje. U tom smislu se, pored obezbeđivanja drugih dokaza, može uzeti iskaz od svedoka. Moglo bi se zaključiti da su svedoci jedan od najjednostavnijih dokaznih sredstava, ali, u isto vreme, i nedovoljno siguran dokaz, jer ovlašćeno službeno lice pri oceni iskaza svedoka treba da uzme u obzir različite (objektivne i subjektivne) okolnosti. U poreskom postupku svaki dokaz, uključujući i iskaz svedoka, mora da bude verodostojan, jer to osigurava interes zaštite budžeta države, ali i obezbeđuje zaštitu prava poreskog obveznika.

Prof. Dr. GORDANA ILIĆ-POPOV
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

WITNESS STATEMENT AS MEANS OF PROOF IN TAX PROCEDURE

Summary

Most people have probably connected a testimony as a proof primarily with the criminal proceedings, and much less often with civil, executive, administrative, tax and other legal procedures. However, in addition to other available means of proof, such as a tax return, a tax balance, business books and records, accounting statements, investigation, expertise, etc., the statement of a witness can be also used in the tax procedure to ensure evidence for successfully resolving a tax administrative matter concerned. Accurate and complete decisive facts enable the Tax Administration to legally and properly make a tax decision, which provides both the obligations and the rights for the taxpayer. Some of these facts need to be proven. The author analyzes whether a testimony in a tax procedure is a legal obligation for every natural person, or it is only one of the possibilities available to the Tax Administration to prove the essential facts for taxation, whereas some persons have the right not to give a testimony as a witness. She has explained reasons why certain categories of persons are not obliged to testify in such special administrative proceeding.

Key words: means of proof, witness statement, tax procedure, testimony, tax assessment

Literatura

- Cavalier G., "France", *Tax Procedures* (ed. Pasquale Pistone), IBFD, Amsterdam, 2020.
Ilić-Popov G., "Krivično delo odavanja službene tajne u srpskom poreskom pravu", *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, br. 2, Beograd, 2014.

- Ilić-Popov G., “Podaci i informacije u poreskom postupku i pravna sigurnost u Republici Srbiji”, *Vladavina prava i pravna država u regionu* (ur. Goran Marković), Univerzitet u Istočnom Sarajevu Pravni fakultet, Istočno Sarajevo, 2014.
- Ilić-Popov G., Kostić S., Serbia, “Tax Secrecy and Tax Transparency – The Relevance of Confidentiality in Tax Law”, (eds. M. Lang, P. Pistone, J. Schuch *et al.*), Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt, 2013.
- Izvođenje dokaza i dokazna sredstva, Ministarstvo pravde i državne uprave Republike Srbije, <https://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/pravosudje/atlas-pravosudja-republike-srbije/izvođenje-dokaza-i-dokazna-sredstva.html>
- Kijanović M., *Poreski postupak i poreska administracija*, Savez računovođa i revizora Srbije, Beograd, 2007.
- Lazarov Z., “Ispitivanje svedoka kao dokazna radnja i zaštita svedoka u krivičnom postupku”, *Crimen*, br. 1, Beograd, 2018.
- Podsetnik za primenu procesnih propisa u poreskom postupku*, Ministarstvo finansija Republike Srbije Poreska uprava, Beograd, 2007.
- Priručnik za zaposlene u lokalnoj poreskoj administraciji*, Ministarstvo finansija Republike Srbije Poreska uprava, Beograd, 2006.
- Škulić M., *Krivično procesno pravo – opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd, 2007.
- Uvod u računarstvo, <https://racunarstvoiigimkg.files.wordpress.com/2013/09/uvod-u-racunarstvo.pdf>
- Žunić Kovačević N., Arbutina H., “Croatia”, *Tax Procedures* (ed. Pasquale Pistone), IBFD, Amsterdam, 2020.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 13.09.2020.

Prihvaćen: 23.09.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

MARINA DIMITRIJEVIĆ

PORESKA PROCEDURA U USLOVIMA INFORMACIONO-TEHNOLOŠKE MODERNIZACIJE

Implementacija zakonom ustanovljene poreske strukture u mnogim zemljama susreće se sa raznolikim izazovima, proizašlim iz savremenih društvenih, ekonomskih i političkih okolnosti. Imajući u vidu važnost nesmetanog ubiranja poreskih prihoda za finansiranje javnih potreba, kao i ogroman potencijal informacionih tehnologija u olakšavanju sprovođenja zakonom propisane poreske procedure, poreske vlasti, već godinama u kontinuitetu, preduzimaju niz aktivnosti u pravcu njene intenzivne informaciono-tehnološke modernizacije. Autor u radu razmatra one modifikacije poreske procedure, izvršene u uslovima ubrzane informaciono-tehnološke modernizacije, koje posmatrano iz perspektive ostvarenog uticaja na menjanje opšteprihvaćenog koncepta savremenog oporezivanja, pravnog položaja poreskog obveznika u poreskom sistemu, kao i odnosa sa budućnošću oporezivanja, jesu najistaknutije. Cilj rada je da ukaže koliko one, s obzirom na ispoljene poreskopravne i šire društvene implikacije, ostvaruju “preokret” u razvoju poreske procedure i označavaju “put” ka oporezivanju u “svetu bez granica”.

Ključne reči: oporezivanje, poreska procedura, informacione tehnologije, poreski organi, poreski obveznici

U V O D

Korišćenje informacionih tehnologija u domenu primene poreske regulative ključna je odlika prakse postupanja poreskih organa u velikom broju savre-

Prof. dr Marina Dimitrijević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, e-mail: marina@prafak.ni.ac.rs. Rad je rezultat istraživanja na projektu “Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije”, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2020. godine.

menih država. Potpunije posmatranje procesa modernizacije poreske procedure u okolnostima ubrzanog razvoja informacionih tehnologija ukazuje na njegovu kompleksnost i čitav "spektar" ispoljenih raznorodnih efekata, podstaknutih njime. U svrhu postizanja visokog stepena realizacije poreskih potraživanja države, adekvatnog nadzora nad normalnim odvijanjem poreskih tokova u jednoj zemlji, kao i podsticanja poreskih obveznika da dobrovoljno poštuju poresku legislativu, inovacije u informaciono-tehnološkom smislu uvode se u raznim etapama poreske procedure.

Informaciono-tehnološki obrazac unapređenja poreske procedure pokreće veliki broj pitanja, koja je potrebno objektivno sagledati. Najvažnija se tiču opsega i sadržaja ovlašćenja poreske vlasti u takvom ambijentu, opravdanosti zahteva za značajnom izmenom dosadašnjih modaliteta ponašanja poreskih obveznika kada se radi o ispunjavanju poreskih obaveza, uticaja na "postuliranje", formiranje i oblikovanje mišljenja i stavova obveznika o oporezivanju, kao i zaštite prava poreskih obveznika na privatnost, poverljivost i tajnost, koja mogu postati predmet neplaniranog erodiranja i ugrožavanja u informacionom društvu. Radi "osvetljavanja" odgovora na ovakva pitanja u radu se, nakon uvoda, najpre daje osvrt na neke konotacije i refleksije primene informacionih tehnologija u poreskoj proceduri. U središtu interesovanja autora se, potom, nalazi pitanje važnosti poštovanja i zaštite privatnosti, poverljivosti i tajnosti poreskih podataka i informacija u poreskoj proceduri, kao i pitanje poreske transparentnosti – velikog izazova u administriranju savremenih poreza, podstaknutog međunarodnom poreskom saradnjom. Uporedo sa vršenjem analize ovih pitanja ukazuje se na njihov kapacitet da ključno utiču na sferu oporezivanja i dalje usmeravanje toka njenog razvoja, odnosno proceduru implementacije poreske regulative.

OSVRT NA NEKE KONOTACIJE I REFLEKSIJE PRIMENE INFORMACIONIH TEHNOLOGIJA U PORESKOJ PROCEDURI

Upotreba informacionih tehnologija u poreskoj proceduri važan je pokretač promena u poreskoj oblasti u celini. U okvirima informacionog društva, poreskim organima se, uz sadejstvo informacionih tehnologija, "moć" primene poreza osnažuje u novom vidu. Kako je dinamika promena u informaciono-tehnološkom domenu vidno izražena a njihova struktura ne uvek lako predvidiva, poreska procedura se permanentno modifikuje i praćena je nizom izazova koje sa sobom nosi informaciono društvo.

Mogućnosti prikupljanja, kontrole, obrade, ukrštanja, grupisanja i prosleđivanja podataka i informacija, potrebnih za oporezivanje, vrlo su proširene primenom informacionih tehnologija u poreskoj proceduri. Kvantitet, kvalitet i br-

zina prenosa poreskih podataka i informacija, posmatrano u odnosu na neke ranije vremenske periode, znatno su veći. Informacione tehnologije dodatno pojačaju primenu ciljnog pristupa u radu poreskih organa prema određenim grupama poreskih obveznika (sa posebnim akcentom na obveznike sa velikim prihodnim potencijalom),¹ kao i bolju fokusiranost na rizike u naplati poreskih prihoda i njihovo smanjivanje.² Uz to, tokom poreskog administrativnog rada, postepeno se formiraju vrlo bogate baze podataka i informacija o pojedinim poreskim obveznicima. Informaciono-tehnološko inoviranje poreske procedure, nesumnjivo, na osobeni način, modelira odnos poreskih obveznika prema poreskim organima, ispunjavanju poreskih obaveza, kao i poreskim pravima koja su im u poreskoj proceduri garantovana. Poreski obveznik je, imajući u vidu prinudni karakter poreza, dužan da se prilagođava informaciono-tehnološkim novinama u funkcionisanju poreskih organa, izbori sa nejasnoćama i teškoćama koje se, pri tome, javljaju i preduzima određene radnje u poreskoj proceduri unutar informaciono-tehnološkog okvira njenog sprovođenja, određenog od strane poreske vlasti. Izbor poreskog obveznika u pogledu toga da li svoje postupanje u poreskoj proceduri da osavremeni ili ne, bitno je sužen. Štaviše, populacija poreskih obveznika se usmerava i navikava na savremenu informaciono-tehnološku paradigmu funkcionisanja poreskih organa. Naspram poreskih obveznika, u modernizovanoj poreskoj proceduri, nalaze se poreski organi sa kojima će, usled informaciono-tehnološkog progressa, komunikacija biti mnogo češće obavljena ne neposredno (lično), već elektronskim putem, korišćenjem brojnih elektronskih “kanala”.³

Svakako, informacione tehnologije i njihova primena imaju svoje društvene, ekonomske, političke konotacije i refleksije. Bliska korelacija uspostavlja se između informaciono-tehnološkog razvoja i društvenog ustrojstva. Savremeno društvo postaje “dubinski” prožeto složenom informaciono-tehnološkom infrastrukturom, svet je “umrežen” i povezan internetom, društveni odnosi i tradicionalni načini života i poslovanja ljudi se restrukturiraju, digitalna ekonomija dobija na svom značaju, relativizuje se poreski suverenitet država unutar globalizovanog sveta. Poreska procedura koju odlikuje imanentan informaciono-tehnološki napredak, unapred projektovan način izvođenja određenih radnji, odnosno povećanje zastupljenosti automatskih operacija u njenim raznim fazama, nesme-

¹ Lisette van der Hel – van Dijk, Maarten Siglé, “Cooperative Compliance: Tax Risk Management and Monitoring”, *Intertax*, Tom 44, br. 8–9, 2016, 642.

² Pascal Saint-Amans, “New Ways of Ensuring Tax Compliance – A Perspective from the OECD”, *Tax tribune*, br. 29, 2013, 118–119.

³ *Security and Authentication Issues in the Delivery of Electronic Services to Taxpayers*, Forum on Tax Administration: Taxpayer Service Sub-group, OECD, 2012, 10.

tano se uobličava.⁴ U takvom kontekstu, primenjena informaciono-tehnološka rešenja omogućavaju specifičan modus upravljanja poreskim poslovima i implementacijom poreskog sistema.

Samom primenom informacionih tehnologija u poreskoj proceduri proširuje se kapacitet za doslednije manifestovanje zakonom propisanih ovlašćenja poreskih organa u cilju ostvarivanja javnog interesa u oblasti oporezivanja. Racionalizuje se, takođe, poreska procedura i smanjuju troškovi oporezivanja. Posredno se stvaraju pretpostavke za centralizovano upravljanje poreskim funkcijama (utvrđivanje poreza, poreska kontrola, poreska revizija, naplata poreza, poreske usluge obveznicima i sl.),⁵ poboljšanje poreske lojalnosti obveznika i smanjenje poreske evazije, razmenu poreskih podataka i informacija unutar standardizovanih sistemima u Evropskoj uniji i van nje. Odabir jasnih i nedvosmislenih nomotehničkih rešenja, namenjenih poreskoj proceduri, permanentan je zadatak koji zakonodavac treba da ispunjava.

Sveobuhvatno prikupljanje brojnih podataka i informacija, kako bi se što potpunije utvrdila ekonomska snaga poreskih obveznika koja se, saglasno zakonu, zahvata porezima – tzv. potpuna transparentnost finansijske situacije obveznika, pokreće mnoga pitanja. S jedne strane, za poreske obveznike vrlo važna prava, poput prava na privatnost, poverljivost i tajnost, u ovakvim okolnostima, kao da gube svoje tradicionalno opravdanje i sadržinu, i upitno je, u kom se opsegu, ova prava stvarno mogu zaštititi u informacionom društvu. Veliki je raskorak, praksa pokazuje, između mogućnosti informacionih tehnologija i postojećih legalnih i tehničkih zaštita. S druge strane, život savremenog čoveka (poreskog obveznika), uključujući i poslovne aktivnosti, fundamentalno je zavisano od njegovog učesća u raznovrsnim društvenim procesima, koji se brzo i stalno transformišu, i čije je odvijanje značajno podržano informacionim tehnologijama. U takvom miljeu, poreski obveznici su dužni da svoje ponašanje u velikoj meri prilagođavaju spoljnim uslovima, uz uvek prisutnu obavezu da se povinuju poreskoj regulativi i zahtevima poreskih organa.

Poreski obveznici, svesni dispariteta “moći” koja u poreskoj proceduri postoji između njih i poreskih organa, a uvažavajući i činjenicu da poreska administracija poseduje obilje podataka i informacija o njima i njihovoj ekonomskoj snazi, uglavnom prihvataju ulogu ne previše aktivnog subjekta kada se radi o stu-

⁴ Guillermo Jimenez, Niall Mac ant Sionnaigh, Anton Kamenov, *Information Technology for Tax Administration*, USAID Leadership in Public Financial Management (LPFM), USAID, 2013, 13–14.

⁵ David Tansey, “Tax Administration Information Systems: Concept, Design, and Implementation”, *The Governance Brief*, br. 36, 2019, 5.

dioznijem ispitivanju svih efekata promena koje znače aktuelno unapređenje poreske procedure. Dodatne obaveze u vezi sa porezima, suptilno nametnute i proistekle iz “neizbežnosti” informaciono-tehnološkog progressa u celom društvu, pa i u oblasti oporezivanja (poput elektronske registracije poreskih obveznika, elektronske komunikacije sa poreskim organima, elektronskog podnošenja poreskih prijava i poreske dokumentacije, elektronskog plaćanja poreza i dr.),⁶ masovno se prihvataju. Za savremenu poresku državu, posmatrano iz ugla postizanja uspešnosti u oporezivanju, najpogodnije je da se poreski obveznici bespogovorno prilagođavaju informaciono-tehnološkim promenama u poreskoj proceduri, nemaju posebnu “rezervu” prema svim ovim promenama i svoje poreske obaveze izvršavaju sa što manje protivljenja.

Kako poreski organi u svom funkcionisanju koriste poreske informacione sisteme koji postaju “institucionalizovani”,⁷ u javnom mnjenju, kao i u poreskoj teoriji, primetno je naglašavanje stava da se inovacije, informaciono-tehnološke prirode, u postupku administriranja porezima uvode da bi se obveznicima poreza olakšalo ispunjavanje poreskih obaveza (preventivna funkcija poreskih organa).⁸ Međutim, treba ukazati da se istovremeno time znatno osnažuje i njihova kontrolna funkcija i utiče na povećanje nivoa poreske discipline obveznika zahvaljujući velikim mogućnostima praćenja njihovog poreskog ponašanja, koje omogućavaju upravo moderne informacione tehnologije, numeracija poreskih obveznika preko poreskog identifikacionog broja (PIB-a), formiranje jedinstvenog registra poreskih obveznika.⁹ Činjenica da se poreski identifikacioni broj jednom dodeljuje i da je nepromenljiv čini ga pogodnim sredstvom ostavljanja stalnih “tragova” za poreskim obveznikom. Tako prednost korišćenja ovog broja za sprovođenje poreske procedure i oporezivanja može u slučajevima njegove nepravilne upotrebe predstavljati opasnost za ostvarivanje interesa i prava poreskih obveznika, koja su ustavom i zakonima proklamovana. Poreska prava su presudno važna jer oblikuju pozitivan stav obveznika prema snošenju poreskog tereta.

⁶ *Technologies for Better Tax Administration: A Practical Guide for Revenue Bodies*, OECD Publishing, Paris, 2016, 76–78.

⁷ Margaret Cotton, Gregory Dark, “Use of Technology in Tax Administrations 2: Core Information Technology Systems in Tax Administrations”, *IMF Technical Notes and Manuals*, br. 17/02, 2017, 5.

⁸ Iveta Grossová, “Mandatory e-communication – an opportunity to transform taxpayers’ experience”, *Impact of digitalisation on the transformation of tax administrations* (ed. Miguel Silva Pinto, Ágnes Kővágó, Mark Crawford), Intra-European Organisation of Tax Administrations, Budapest, 2018, 29.

⁹ *Security and Authentication Issues in the Delivery of Electronic Services to Taxpayers*, op. cit., 13–15.

Bez obzira koliko bio značajan i jak fiskalni interes, u demokratskim društvima su prevelika zadiranja države u privatni život njenih građana (poreskih obveznika) nedopustiva.

Adekvatno određivanje granice “uplitanja” države u privatni i poslovni život pojedinca (poreskog obveznika) pitanje je pravno-političkog karaktera i ima neprocenjivu vrednost. Spremnost fiskusa da obezbedi zaštitu poreskih prava obveznika ispoljava se preko efikasnih mehanizama njihove zaštite,¹⁰ kao i nastojanja da se, na izvestan način, postave precizni okviri vršenja poreske funkcije države, izbalansiraju ovlašćenja poreskih organa i potreba da se zaštite dignitet i ličnost poreskog obveznika. Uostalom, snažan sistem zaštite prava poreskih obveznika neodvojiv je deo postojanja i razvoja pravne države. Poštovanje načela zakonitosti u poreskom administrativnom postupanju potpora je vladavine prava i, istovremeno, postojanosti pravnog poretka.

VAŽNOST POŠTOVANJA I ZAŠTITE PRIVATNOSTI, POVERLJIVOSTI I TAJNOSTI PORESKIH PODATAKA I INFORMACIJA U PORESKOJ PROCEDURI

Globalno povezivanje sveta, u čemu informacione tehnologije imaju glavnu ulogu, već je istaknuto, suštinski modifikuje “bazu” tradicionalno ustaljene kulture svakodnevnog privatnog i poslovnog komuniciranja, ubrzava komunikacioni proces i menja modus življenja pojedinca, odnosno poslovanja ekonomskih subjekata i društva u celini. Promenom navika, menjaju se ustaljeni društveni obrasci ponašanja i privređivanja.

Svrha oporezivanja, koja se faktički realizuje preko oduzimanja dela ekonomske snage poreskih obveznika za potrebe finansiranja javne potrošnje, prenosi se na područje poreske procedure gde se sučeljavaju fiskalni interes države i privatni interesi poreskih obveznika, sada u drugačijim, razvijenim informaciono-tehnološkim uslovima. Fenomen oporezivanja, kao manifestaciju finansijske delatnosti države, permanentno karakterišu manje ili više ispoljeni “sukobi” suprotstavljenih zahteva države, tj. poreskih organa i poreskih obveznika, kao subjekata poreskopravnih odnosa. U današnjem informacionom dobu, posebno zbog mogućnosti postojanja neadekvatnih informaciono-tehnoloških rešenja u poreskoj proceduri i potencijalne zloupotrebe poreskih ovlašćenja, očuvanje zakonom propisanih prava poreskih obveznika, a naročito prava na privatnost, poverljivost i tajnost poreskih podataka i informacija dobijaju prioritetni značaj.

¹⁰ Marina Dimitrijević, *Ispunjavanje poreskih obaveza*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta, Niš, 2017, 130–136.

Ubrzano napredovanje informacionih tehnologija teško je zaustavljivo ali ono, nesumnjivo, pored brojnih koristi u pogledu kvalitetnog sprovođenja administriranja porezima pokreće i određene dileme koje treba razrešiti. Kako se autonoman razvoj informacionih tehnologija bitno odražava na oblikovanje života savremenog čoveka (poreskog obveznika) i formira neko novo razumevanje značenja privatnosti, poverljivosti i tajnosti, potrebno je dodatno uticati na svest, odnosno podstaknuti spremnost poreskog obveznika da traži dosledno poštovanje svojih poreskih prava. Određeno preispitivanje širokog opsega primene informacionih tehnologija koje je, logično, zahvatilo i poresku oblast i poresku proceduru ne predstavlja njeno odbacivanje, već dublje analiziranje svih efekata takve nje primene. Postojanje prostora za ugrožavanje privatnosti, poverljivosti i tajnosti poreskih podataka i informacija, u izvesnoj meri, negira stav o idiličnoj elektronskoj poreskoj komunikaciji i savremenom elektronskom unapređenju "tehnologije" upravljanja poreskim poslovima. U tom smislu, dodatno je nepovoljna opcija ukoliko se problematika prava poreskih obveznika i njihovo poštovanje nalaze, po važnosti, na "periferiji" aktuelne poreske politke u jednoj zemlji.

Pravo na privatnost jedno je od osnovnih ljudskih prava i, zapravo, znači živeti sopstveni život uz minimum mešanja drugih osoba ili javne (poreske) vlasti – pravo biti ostavljen na miru (*"the right to be alone"*). Privatnost obuhvata vrlo veliki raspon ličnih podataka koji bi trebalo biti poznati samo osobi na koju se odnose.¹¹ Značaj privatnosti je neprocenjiv jer ona stvara atmosferu nužnu za uspostavljanje fundamentalnih ljudskih relacija (poput npr. prijateljstva i poverenja).

Savremene informacione tehnologije pokreću čitav niz pitanja vezanih za privatnost i zaštitu ličnih podataka poreskih obveznika. Poznato je da, posmatrajući državni fiskalni interes, primena informacionih tehnologija u poreskoj proceduri treba da doprinese podizanju nivoa sigurnosti naplate poreskih prihoda, smanjivanju devijantnih poreskih ponašanja, poput evazije poreza i različitih drugih poreskih prevara, efikasnoj borbi protiv poreskog kriminaliteta i sl. Stoga se postavlja pitanje kako, u informaciono-tehnološkim uslovima, pomiriti potrebu za zaštitom privatnosti poreskog obveznika sa legitimnim nastojanjima države da razvije efikasne instrumente za suzbijanje nedozvoljenog poreskog ponašanja? Odrediti gde se nalaze barijere upliva države (poreske vlasti) u privatni život poreskog obveznika nije uvek lako, naročito zbog ne uvek jednostavnog "balansiranja" međusobno suprotstavljenih interesa države i poreskih obveznika u poreskoj sferi, ali i zato što korišćenje informacionih tehnologija generiše ogroman pro-

¹¹ Nada Bodiřoga-Vukobrat, Katerina Dulčić, "Zaštita osobnih podataka u europskome i hrvatskom pravu", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 3, 2005, 328–330.

stor za pristup ličnim podacima,¹² koji se odnose na društveni, ekonomski i socijalni položaj poreskog obveznika, skladištenje ovih podataka u kompjuterizovane baze podataka i manipulisanje njima. Po svemu sudeći, privatnost u savremenim uslovima ne može nikako značiti anonimnost. S tim u vezi, radi podsećanja, interesantna je konstatacija, koja se može pronaći u poreskoj literaturi, da bi ljudi ovog veka lako mogli postati “zarobljenici” savremenog fiskusa.¹³ Mogućnost da se, uz pomoć informacionih tehnologija, poreska sfera upotrebi kao područje praćenja celokupnog ličnog, porodičnog i poslovnog života ljudi, nije u potpunosti nestvarna. Stoga je određeni stepen opreznosti neophodan, posebno iz razloga što se informacione tehnologije velikom brzinom poboljšavaju i, kao takve, faktički primenjuju. Uostalom, opšte je poznato da fiskalni interes u poreskoj proceduri ima dominantnu poziciju i da su svi poreskopравни instituti osmišljeni u funkciji njegovog ostvarenja. Sve to, zbirno posmatrano, utiče na percipiranje savremenog oprezivanja u novom vidu, u odnosu na neka ranija vremena.

Pravni poredak, treba ukazati, strepnju poreskih obveznika da podaci o njima, prikupljeni od strane poreskih organa, ne postanu dostupni neovlašćenim licima priznaje kao legitimnu. Stoga, zaštita podataka može biti dvojna – fizička i pravna zaštita.¹⁴

Fizička zaštita podataka ostvaruje se obezbeđenjem da samo ovlašćena lica imaju pristup kompjuterizovanim bazama podataka, kao i vezama pojedinih računara preko specijalnih linija. Zaštita podataka pravnim putem je raznovrsna i može biti preventivna i *ex post*. Naime, na preventivnom planu, poreski obveznik može verifikovati podatke, koji se o njemu nalaze u kompjuterizovanim bazama podataka a, takođe, mu se može pružiti i zaštita da bi se sprečila radnja kojom se povređuje pravo na lični podatak.¹⁵ Pravna zaštita, koja se ostvaruje pošto je povreda prava na lični podatak već učinjena (*ex post*), je sudska i to krivičnopravna (pozivanje na prekršajnu i krivičnu odgovornost) i građanskopravna (obeštećenje obveznika u slučajevima kada mu je usled nezakonitog ili nepravilnog raspolaganja podacima naneta materijalna ili nematerijalna šteta).¹⁶

¹² Marko Klarić, “Zaštita osobnih podataka i europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 4, 2016, 977.

¹³ Charles W. Adams, *Za dobro i zlo – Utjecaj poreza na kretanje civilizacije*, Institut za javne financije, Zagreb, 2006, 460.

¹⁴ Dejan Popović, *Poresko pravo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2017, 202.

¹⁵ D. Popović, op. cit., 202.

¹⁶ *Ibidem*, 203–204.

Zaštita ličnih podataka poreskih obveznika povezana je sa vrlo važnim pravom poreskog obveznika na poverljivost i tajnost. U tom smislu, informacije i podaci, koje poreski organi poseduju u vezi sa ekonomskom snagom poreskog obveznika, su poverljivi i mogu se koristiti samo za svrhe određene u poreskom zakonodavstvu. Obaveza je poreskih organa da podatke i informacije o poreskom obvezniku, do kojih su došli u postupku utvrđivanja, kontrole i naplate poreza, čuvaju kao službenu (poresku) tajnu.¹⁷ Svrha je poreske tajne da se posebnom zaštitom poverenja u obavezu čuvanja službene tajne unapređuje spremnost obveznika da saopštavaju poreskorelevantno stvarno stanje i na taj način olakšaju poreski postupak, poreski izvori u celosti obuhvate i osigura zakonito i ravnomerno oporezivanje.¹⁸ Poreska tajna pruža široku zaštitu interesa koji pripadaju privatnoj sferi obveznika i spada u domen legitimnih očekivanja, koje poreski obveznici imaju u poreskoj proceduri. Istovremeno, poreska tajna je i u funkciji zaštite interesa poreske vlasti u domenu realizacije poreskog sistema. U informaciono-tehnološkim uslovima poreska tajna je “opkoljena” mnogim neizvesnostima u pogledu njenog očuvanja. One dolaze ih elektronskih komunikacija, kao i modernog digitalnog umreženog okruženja. Navedeno važi kako za nacionalne, tako i za međunarodne okvire u kojima se naročito afirmiše međunarodna poreska saradnja u obliku multilateralne automatske razmene poreskih (finansijskih) informacija a uz nju i poreska transparentnost.

PORESKA PROCEDURA PRED IZAZOVIMA MEĐUNARODNE PORESKE SARADNJE I PORESKE TRANSPARENTNOSTI

Vodeće međunarodne organizacije (prvenstveno OECD), EU i ekonomski najrazvijenije zemlje sveta (G20) snažno podstiču saradnju nacionalnih poreskih administracija (međunarodnu poresku saradnju).¹⁹ Reč je o osetljivom domenu u kome se prepliću veoma značajni uticaji i interesi.

Međunarodna poreska saradnja svoju čvrstu “bazu” pronalazi u stavu da treba smanjiti evaziju poreza i na nacionalnom i na međunarodnom planu. Dоследnija primena principa rezidentstva, a time i nacionalne poreske regulative, državama omogućava proširenje granica njihove fiskalne (poreske) vlasti u nameri

¹⁷ Gordana Ilić-Popov, Đorđe Pavlović, *Leksikon javnih finansija*, Zavod za unapređenje i rentabilnost poslovanja, Beograd, 2003, 243.

¹⁸ Nikola Mijatović, “Određenje instituta porezne tajne u njemačkom pravu”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 1, 2013, 73.

¹⁹ Piergiorgio Valente, “G7 Priorities in Taxation”, *Intertax*, Tom 45, br. 8–9, 2017, 545.

da zaštite sopstvene fiskalne interese, odnosno obezbede efikasniju naplatu svojih poreskih potraživanja.²⁰

Proglašavanje multilateralne automatske razmene poreskih informacija kao “globalno prihvaćenog standarda” za automatsku razmenu informacija u poreškim stvarima (*Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*),²¹ 2013. godine, od strane lidera zemalja G20 predstavlja, zapravo, promovisanje standarda univerzalne poreske transparentnosti, čija primena sigurno jeste izvesnija uz potporu informacionih tehnologija.²²

Međunarodna poreska saradnja i primena standarda poreske transparentnosti, koji je prethodno ugrađen u nacionalnu legislativu velikog broja zemalja, dodatni su veliki izazovi u sprovođenju savremene poreske procedure. Navedeno posebno dobija na bitnosti jer su poreska poverljivost i tajnost, po prirodi stvari, u suprotnosti sa poreskom transparentnošću, kao novom “formom” savremenih poreskih odnosa koja se potencira. Kao takva, ova forma nužno zahteva obezbeđenje pretpostavki za što bezbedniju elektronsku poresku komunikaciju, odnosno mnogo više nivoa zaštite od neovlašćenog pristupa i zloupotrebe poreskih podataka i informacija. Dimenzija ovog zahteva, sa razvijanjem međunarodne poreske saradnje, će samo biti veća i pravo je pitanje da li će nacionalne poreske vlasti, pored verbalne spremnosti i aktivnosti koje preduzimaju, zaista biti u stanju da na pomenuti zahtev adekvatno odgovore. Ukoliko se to ne dogodi pravo na poresku poverljivost i tajnost će, smatramo, vremenom dobiti sekundarni značaj, odnosno biće potisnuto “u stranu”.²³

Koristi od međunarodne poreske saradnje i multilateralne automatske razmene poreskih informacija neposredno se manifestuju kroz delotvornu realizaciju nacionalnog poreskog zakonodavstva i sigurniju naplatu poreskih prihoda. Međutim, treba istaći, da ovi procesi imaju i svoje “naličje” koje se ogleda u “iscrtavanju” obrisa međunarodnog poreskog poretka u vidu obavezujućih međunarodnopravnih instrumenata (*soft law*), kao što su modeli sporazuma, preporuke i smernice u oblasti razmene poreskih informacija. Na određeni način, naizgled dobar cilj usmeren na efikasnije izvršavanje nacionalnih poreskih potraživanja skriva određeno “razvlašćivanje” nacionalnih država, postupno slabljenje nacionalnih fiskalnih ovlašćenja (poreskih suvereniteta) i sužavanje nekih opšteprihvaćenih

²⁰ Marina Dimitrijević, “Osnovni problemi oporezivanja u savremenom društvenom kontekstu”, *Pravni život*, br. 11, Tom III, Beograd, 2019, 26.

²¹ *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, OECD, 2014.

²² M. Dimitrijević, op. cit., 27.

²³ *Ibidem*, 28.

(tradicionalnih) prava obveznika, poput prava na poverljivost i tajnost poreskih podataka i informacija u procesu oporezivanja, a time i prava na privatnost.²⁴

Održavanje poverenja poreskih obveznika u zakonitost i pravičnost poreškog sistema i poreske procedure, kao i nivo ispoljene poreske discipline, neophodno je prisećanje, zavisni su fundamentalno od precizno definisanog opsega delovanja poreskih organa i poštovanja poreskih prava obveznika. U aktuelnim okolnostima, nesigurnost poreskih obveznika u pogledu toga da li će neke poreske jurisdikcije zaista obezbediti preduslove za zaštitu poreskih informacija i podataka u međunarodnoj poreskoj saradnji (npr. postojanje tehničke kompatibilnosti poreskih administracija, unutrašnjih pravila i kontrolnih mehanizama) i poštovati dogovorene standarde, pokazuje se, po našem mišljenju, kao realna.

ZAKLJUČAK

Poreska procedura je, iz istorijske perspektive posmatrano, uvek odražavala prostor, vreme i okolnosti u kojima se obavljala finansijska aktivnost države. Kako je izbegavanje plaćanja poreza u većem obimu znatno ograničenje adekvatnog finansiranja javne potrošnje, opredeljenost da se poreska procedura modernizuje primenom informacionih tehnologija kako bi se što doslednije realizovao fiskalni interes države razumljiva je sama po sebi. Savremene poreske vlasti u atmosferi ekonomske realnosti globalizacije, razvoja informacionih tehnologija, širenja digitalne ekonomije, kao i političkih, institucionalnih i kulturnih transformacija u društvu, imaju kompleksan zadatak da u nimalo jednostavnom socijalnom kontekstu, poboljšavaju poresku proceduru, pravno je kvalitetno regulišu i stvore jasnu i postojanu viziju kako obavljati i unapređivati oporezivanje u nastupajućem ne samo kratkoročnom, već i srednjoročnom i dugoročnom razdoblju. Shodno tome, aktivnosti koje se u tom pravcu preduzimaju trebalo bi da budu osmišljene na način da uvažavaju potrebu adekvatnog rešavanja eventualno ispoljenih problema, kao i pogodno razreše neophodni "susret" sa izazovima, poput odgovarajućeg "mirenja" rastuće globalizacije, kao objektivne datosti, i očuvanja poreskog suvereniteta država. Garantovanje i zaštita prava poreskih obveznika na privatnost, poverljivost i tajnost koja, u informaciono-tehnološkim uslovima, mogu biti znatno izložena ugrožavanju, takođe su vrlo aktuelne teme. Da li će prevagu odneti poreska transparentnost nad poreskom privatnošću, poveljivošću i tajnošću, kao društvenim normama čija vrednost izvesno slabi, pokazaće pouzdano godine pred nama. Nesumnjivo je da informacione tehnologije "moć" poreske vlasti nad

²⁴ Mileva Anđelković, "Razmena informacija kao vid međunarodne poreske saradnje", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 62, 2012, 172.

populacijom poreskih obveznika osnažuju u jednom posebnom obliku. Pri tom je vrlo značajno da se ove tehnologije u poreskoj proceduri implementiraju sa pravom merom i dobrom namerom, u svrhu razvoja i ukupnog prosperiteta države i društva.

Pružanje smislenih odgovora, odnosno reakcija na probleme savremenog doba u domenu oporezivanja uslovljeno je postojanjem poreskih organa, sa dobrom organizacijom, metodologijom rada i razvijenim poslovnim procesima. Kreiranje atmosfere u kojoj oni svoju zakonom propisanu ulogu obavljaju efikasno i efektivno, u informaciono-tehnološkim uslovima dodatno je praćeno donekle modifikovanim razumevanjem i uređenjem odnosa države (poreske vlasti) i poreskih obveznika u poreskoj proceduri, sa posebnim naglaskom na adekvatnu zaštitu fiskalnog interesa, ali i pravnog položaja obveznika poreza. Uostalom, da bi oporezivanje bilo kvalitetno potrebno je takvo "usaglašavanje" interesa oba subjekta poreske relacije, koje će rezultirati optimalnom naplatom poreskih prihoda, odnosno nesmetanim finansiranjem i zadovoljavanjem javnih potreba.

Upravljanje poreskim poslovima u savremenoj državi, neizostavno, traži jasan zakonodavni, regulacijski i administrativni okvir postupanja poreskih organa. U tom smislu, informacione tehnologije postavljaju nove osnove razvoja poreske procedure istovremeno potvrđujući da nijedna država nije izolovana, tj. da je obavezna da sarađuje u poreskoj sferi sa drugim državama u svetu koji se globalizuje. Neke će se države u ovom procesu osećati uticajnije, a time i sigurnije, a druge tek treba da se prilagode izmenjenim okolnostima. Da li takav ambijent, uz podršku naprednih informacionih tehnologija, vodi postepenom degradiranju pravno-političke veze građanina (poreskog obveznika) sa nacionalnom državom i "uvod" je u neki izmenjeni koncept oporezivanja u vrlo "povezanom" svetu, pitanja su koja, još uvek, čekaju definitivne odgovore.

Prof. Dr. MARINA DIMITRIJEVIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Niš

TAX PROCEDURE IN THE CIRCUMSTANCES OF IT MODERNIZATION

Summary

The implementation of legally established tax structure in many countries has met different challenges that stem from contemporary social, economic and political circumstances. Bearing in mind the importance of undisturbed collection of tax revenues for financing public needs, as well as

huge potential of IT in the facilitation of carrying out legal tax procedure, tax authorities have been conducting a series of activities for several years in the direction of intensive IT modernization of tax procedure. In the paper, the author analyses only those modifications of tax procedure that were carried out in the conditions of rapid IT modernization, and that are also the most prominent ones from the perspectives of achieved influence on the alteration of generally accepted contemporary taxation, the legal status of taxpayers in the tax system, as well as the relation to the future of taxation. The aim of the paper is to point out how much those modifications, considering displayed tax-law and wider social implications, have reached the “turn” in the development of tax procedure and marked the “way” to taxation in “a world without borders”.

Key words: taxation, tax procedure, information technology (IT), tax authorities, taxpayers

Literatura

- Adams W. C., *Za dobro i zlo – Utjecaj poreza na kretanje civilizacije*, Institut za javne financije, Zagreb, 2006.
- Anđelković M., “Razmena informacija kao vid međunarodne poreske saradnje”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 62, 2012.
- Bodiroga-Vukobrat M., Dulčić K., “Zaštita osobnih podataka u europskome i hrvatskom pravu”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 3, 2005.
- Cotton M., Dark G., “Use of Technology in Tax Administrations 2: Core Information Technology Systems in Tax Administrations”, *IMF Technical Notes and Manuals*, br. 17/02, 2017.
- Dimitrijević M., “Osnovni problemi oporezivanja u savremenom društvenom kontekstu”, *Pravni život*, br. 11, Tom III, Beograd, 2019.
- Dimitrijević M., *Ispunjavanje poreskih obaveza*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta, Niš, 2017.
- Grossová I., “Mandatory e-communication – an opportunity to transform taxpayers’ experience”, *Impact of digitalisation on the transformation of tax administrations* (ed. Silva Pinto M., Kővágó A., Crawford M.), Intra-European Organisation of Tax Administrations, Budapest, 2018.
- Ilić-Popov G., Pavlović Đ., *Leksikon javnih finansija*, Zavod za unapređenje i rentabilnost poslovanja, Beograd, 2003.
- Jimenez G., Mac ant Sionnaigh N., Kamenov A., *Information Technology for Tax Administration*, USAID Leadership in Public Financial Management (LPFM), USAID, 2013.
- Klarić M., “Zaštita osobnih podataka i europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 4, 2016.
- Mijatović N., “Određenje instituta porezne tajne u njemačkom pravu”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 1, 2013.
- Popović D., *Poresko pravo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2017.

- Saint-Amans P., “New Ways of Ensuring Tax Compliance – A Perspective from the OECD”, *Tax tribune*, br. 29, 2013.
- Security and Authentication Issues in the Delivery of Electronic Services to Taxpayers*, Forum on Tax Administration: Taxpayer Service Sub-group, OECD, 2012.
- Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, OECD, 2014.
- Tansey D., “Tax Administration Information Systems: Concept, Design, and Implementation”, *The Governance Brief*, br. 36, 2019.
- Technologies for Better Tax Administration: A Practical Guide for Revenue Bodies*, OECD Publishing, Paris, 2016.
- Valente P., “G7 Priorities in Taxation”, *Intertax*, Tom 45, br. 8–9, 2017.
- Van der Hel – van Dijk L., Siglé M., “Cooperative Compliance: Tax Risk Management and Monitoring”, *Intertax*, Tom 44, br. 8–9, 2016.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 25.09.2020.

Prihvaćen: 03.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

JASMINKA OBUĆINA

**PRIMENA ODREDBE ČLANA 2. ZAKONA O IZMENAMA
I DOPUNAMA ZAKONA O PORESKOM POSTUPKU
I PORESKOJ ADMINISTRACIJI U STEČAJNOM POSTUPKU**

Zakon o izmenama i dopunama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji je u članu 2. propisao da se naplata poreskog duga u slučaju sprovođenja stečajnog postupka bankrotstvom vrši primenom Zakona o stečaju. Međutim, pri naplati poreskog duga u slučaju sprovođenja stečajnog postupka reorganizacijom, dao je prednost poreskom postupku u odnosu na stečajni postupak. Na taj način je “suspendovana” primena Zakona o stečaju i favorizovan jedan poverilac – Republika Srbija, čime je narušen princip ravnomernog namirenja poverilaca i princip srazmere namirenja poverilaca u postupku reorganizacije, kao jednom od načina vođenja stečajnog postupka.

Ključne reči: stečajni postupak, poreski postupak, poresko potraživanje, lex specialis

U V O D

Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji¹ članom 2. izmenjen je član 20. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji² u stavu 4, tako što su posle reči: “poreskog obveznika”, dodate reči: “koji se sprovodi bankrotstvom”, kao i dodavanjem novog stava 5.

Jasminka Obućina, predsednik Privrednog apelacionog suda u Beogradu, e-mail: jasminka.obucina@pa.sud.rs.

¹ *Službeni glasnik RS*, br. 86/2019.

² *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. Zakon, 61/2007, 20/2009,

Pre navedenih izmena i dopuna, član 20. stav 4. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji (u daljem tekstu: ZPPPA) je glasio: "Ispunjenje poreske obaveze u slučaju stečaja poreskog obveznika uređeno je zakonom kojim se uređuje stečaj". Nakon navedenih izmena odredba člana 20. stav 4. ZPPPA glasi: "Ispunjenje poreske obaveze u slučaju stečaja poreskog obveznika koji se sprovodi bankrotstvom, uređeno je zakonom kojim se uređuje stečaj".

Stav 5. koji je dodat glasi: "U slučaju stečaja poreskog obveznika koji se sprovodi reorganizacijom, način namirenja poreskog potraživanja i mere realizacije plana reorganizacije, odnosno unapred pripremljenog plana reorganizacije, ne mogu biti predviđene suprotno odredbama ovog zakona i drugih poreskih propisa."

Izmena u stavu 4. i 5. člana 20. ZPPPA unela je dilemu u primeni ove odredbe na već pokrenute postupke reorganizacije, a posebno stečajne postupke pokrenute u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije. Dilema se odnosila na vremensko važenje ove norme. Prema jednoj varijanti norma se primenjuje na sve postupke koji nisu pravnosnažno okončani, bez obzira na fazu u kojoj se nalazi postupak po predlogu za pokretanje stečajnog postupka. Prema drugoj varijanti, ova odredba se primenjuje na sve postupke koji su u toku, ukoliko nije održano ročište za glasanje o planu reorganizacije. Prema trećoj varijanti, odredba se primenjuje samo na postupke gde je predlog za pokretanje stečaja u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije podnet nakon stupanja na snagu Zakona o izmenama i dopunama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, a to znači počev od 14.12.2019. godine.

Autor ovog rada nije zagovornik nijedne od navedenih varijanti koje se zasnivaju na tumačenju vremenskog važenja zakona, zbog čega se neće baviti ni razlozima za ili protiv bilo koje od njih, kao što su: retroaktivna primena zakona, trenutno važenje propisa i sl.

Mišljenje autora je da norma člana 20. stav 5. ZPPPA ne može naći primenu u stečajnom postupku, bilo da se radi o unapred pripremljenom planu reorganizacije, ili pak o planu reorganizacije u stečaju, zbog čega je pitanje momenta podnošenja predloga za pokretanje stečaja, odnosno nastupanje pravnih posledica otvaranja stečaja, vreme podnošenja plana reorganizacije u stečaju, ili unapred pripremljenog plana reorganizacije, potpuno irelevantno za primenu, tačnije neprimenu ove norme.

72/2009 – dr. Zakon, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – ispr.; 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – autentično tumačenje, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018 i 95/2018.

Razloge za ovakav stav, autor nalazi u pojmu, cilju i karakteristikama stečajnog postupka u odnosu na pojam, cilj i karakteristike poreskog postupka, a sve sa aspekta važećih zakonskih propisa i pravne teorije.

POJAM, CILJ I KARAKTERISTIKE STEČAJNOG POSTUPKA

Stečajni postupak se sprovodi nad dužnikom koji nije u mogućnosti da odgovori preuzetim obavezama, što znači da se našao u finansijskim problemima. Međutim, nije svaki finansijski problem istovremeno i razlog za pokretanje stečajnog postupka. Stečajni postupak mogu pokrenuti samo lica koja su Zakonom o stečaju definisana, kao lica aktivno legitimisana za podnošenje predloga za pokretanje stečaja: poverioci, stečajni dužnik i likvidacioni upravnik.³ Ova lica mogu pokrenuti stečajni postupak ukoliko dokažu postojanje stečajnog razloga.⁴

Dužnik dolazi u finansijske probleme kada preuzme obaveze koje prevazilaze njegovu ekonomsku moć. Stoga, poverioci pribegavaju prinudnom namirenju svojih potraživanja. To realizuju ili u izvršnom postupku, kao postupku individualnog namirenja, ili pak pokreću stečajni postupak, radi kolektivnog namirenja svih poverilaca stečajnog dužnika. Izvršni postupak poverioci pokreću samo uko-

³ Čl. 55 Zakona o stečaju – ZS, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011 – dr. Zakon, 71/2012 – odluka US, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018: “Stečajni postupak se pokreće predlogom poverioca, dužnika ili likvidacionog upravnika. Poverilac podnosi predlog za pokretanje stečajnog postupka u slučaju postojanja trajnije nesposobnosti plaćanja, nepostupanja po usvojenom planu reorganizacije i ukoliko je plan reorganizacije izdejstvolovan na prevaran ili nezakonit način. Stečajni dužnik podnosi predlog za pokretanje stečajnog postupka u slučaju postojanja jednog od stečajnih razloga iz člana 11. stav 2. ovog zakona. Likvidacioni upravnik podnosi predlog za pokretanje stečajnog postupka u slučajevima propisanim zakonom kojim se uređuje pravni položaj privrednih društava. Izuzetno od stava 1. ovog člana, stečajni postupak se ne može pokrenuti nad privrednim društvima koja su registrovana za proizvodnju naoružanja i vojne opreme bez prethodne saglasnosti ministarstva nadležnog za poslove odbrane”.

⁴ Čl. 11 ZS: “Stečajni postupak se otvara kada se utvrdi postojanje najmanje jednog stečajnog razloga. Stečajni razlozi su: 1) trajnija nesposobnost plaćanja; 2) preteća nesposobnost plaćanja; 3) prezaduženost; 4) nepostupanje po usvojenom planu reorganizacije i ako je plan reorganizacije izdejstvolovan na prevaran ili nezakonit način. Trajnija nesposobnost plaćanja postoji ako stečajni dužnik: 1) ne može da odgovori svojim novčanim obavezama u roku od 45 dana od dana dospelosti obaveze; 2) potpuno obustavi sva plaćanja u neprekidnom trajanju od 30 dana. Preteća nesposobnost plaćanja postoji ako stečajni dužnik učini verovatnim da svoje već postojeće novčane obaveze neće moći da ispuni po dospeću. Prezaduženost postoji ako je imovina stečajnog dužnika manja od njegovih obaveza. Ako je stečajni dužnik društvo lica, prezaduženost ne postoji ako to društvo ima najmanje jednog ortaka odnosno komplementara koji je fizičko lice. Nepostupanje po usvojenom planu reorganizacije postoji kada stečajni dužnik ne postupa po planu reorganizacije ili postupa suprotno planu reorganizacije na način kojim se bitno ugrožava sprovođenje plana reorganizacije”.

liko imaju izvršnu ispravu,⁵ ili pak verodostojnu ispravu.⁶ Država neizmireni poreski dug naplaćuje u poreskom postupku, a kao poverilac je aktivno legitimisana i za pokretanje stečajnog postupka.

Stečajni postupak je sveobuhvatan postupak sa stanovišta poverilaca, jer u stečajnom postupku učestvuju svi poverioci stečajnog dužnika. Stečajni postupak, kao postupak kolektivnog namirenja poverilaca, je sveobuhvatan i sa aspekta imovine stečajnog dužnika. Naime, stečajnu masu prema članu 101. Zakona o stečaju čini celokupna imovina stečajnog dužnika u zemlji i inostranstvu na dan otvaranja stečajnog postupka, kao i imovina koju stečajni dužnik stekne tokom stečajnog postupka. Novčana sredstva dobijena unovčenjem stvari i prava stečajnog dužnika, novčana sredstva dobijena naplatom potraživanja stečajnog dužnika u toku stečajnog postupka, zatim novčana sredstva stečajnog dužnika zatečena na tekućem računu na dan otvaranja stečajnog postupka, kao i novčana sredstva

⁵ Čl. 41 Zakona o izvršenju i obezbeđenju – ZIO, *Službeni glasnik RS*, br. 106/2015, 106/2016 – autentično tumačenje, 113/2017 – autentično tumačenje i 54/2019: “Izvršne isprave jesu: 1) izvršna sudska odluka i sudsko poravnanje koji glase na davanje, činjenje, nečinjenje ili trpljenje; 2) izvršna odluka doneta u prekršajnom ili upravnom postupku i upravno poravnanje koji glase na novčanu obavezu ako posebnim zakonom nije drukčije određeno; 3) izvod iz Registra zaloge i izvod iz Registra finansijskog lizinga; 4) ugovor o hipoteci i založna izjava; 5) plan reorganizacije u stečajnom postupku čije je usvajanje rešenjem potvrdio sud; 6) javnobeležničke isprav ekoje imaju snagu izvršne isprave; 7) sporazum o rešavanju spora putem posredovanja, koji ispunjava uslove određene zakonom kojim se uređuje posredovanje u rešavanju sporova; 7a) odluka Ustavnog suda kojom je usvojen zahtev podnosioca ustavne žalbe za naknadu štete; 8) isprava koja je ovim ili drugim zakonom određena kao izvršna isprava. Ugovor o hipoteci i založna izjava jesu izvršne isprave ako su zaključeni, odnosno dati u formi koju određuje zakon kojim se uređuje hipoteka, ako sadrže odredbe koje on predviđa i ako su upisani u katastar nepokretnosti kao izvršna vansudska hipoteka. Na osnovu izvršnih isprava iz stava 1. tač. 3) i 4) ovog člana izvršenje se može sprovesti samo na predmetu založnog prava”.

⁶ Čl. 52 ZIO: “Rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave donosi se radi namirenja novčanog potraživanja. Verodostojne isprave jesu: 1) menica i ček domaćeg ili stranog lica, sa protestom ako je potreban za zasnivanje potraživanja; 2) izvod iz Centralnog registra hartija od vrednosti o stanju na računu zakonitog imaooca obveznica ili instrumenta tržišta novca (trezorski, blagajnički i komercijalni zapisi) i odluka o njihovom izdavanju; 3) račun domaćeg ili stranog lica, sa otpremnicom ili drugim pismenim dokazom o tome da je izvršni dužnik obavešten o njegovoj obavezi; 4) izvod iz poslovnih knjiga o izvršenim komunalnim ili srodnim uslugama; 5) obračun ili izvod iz poslovnih knjiga za potraživanje takse za javni medijski servis; 6) javna isprava koja stvara izvršivu novčanu obavezu; 7) bankarska garancija; 8) akreditiv; 9) overena izjava izvršnog dužnika kojom ovlašćuje banku da s njegovog računa prenese novčana sredstva na račun izvršnog poverioca; 10) obračun kamate sa dokazom o osnovu dospelosti i visini potraživanja; 11) privremena ili okončana situacija o izvršenim građevinskim radovima; 12) obračun o nagradi i naknadi troškova advokata”.

dobijena nastavljanjem započelih poslova tokom stečajnog postupka čine deobnu masu namenjenu za namirenje poverilaca stečajnog dužnika.⁷

Kroz sveobuhvatnost poverilaca i sveobuhvatnost imovine ostvaren je i cilj stečaja: najpovoljnije kolektivno namirenje stečajnih poverilaca ostvarivanjem najveće moguće vrednosti stečajnog dužnika, odnosno njegove imovine.⁸

Zakonom o stečaju uređuju se uslovi i način pokretanja i sprovođenja stečaja nad pravnim licima. Zakon o stečaju pod stečajem podrazumeva bankrotstvo i reorganizaciju. Zakonodavac je ostavio mogućnost da se stečajni postupak sprovodi ili bankrotstvom ili reorganizacijom, što zavisi od volje poverilaca.⁹ Zakon pod bankrotstvom podrazumeva namirenje poverilaca iz vrednosti celokupne imovine stečajnog dužnika, odnosno stečajnog dužnika kao pravnog lica. Upravo iz ove definicije proizlazi i sveobuhvatnost stečajnog postupka, koja podrazumeva sveobuhvatnost i poverilaca i imovine stečajnog dužnika. Zakon pod reorganizacijom podrazumeva namirenje poverilaca prema usvojenom planu reorganizacije i to: redefinisanjem dužničko-poverilačkih odnosa, statusnim promenama dužnika ili na drugi način koji je predviđen planom reorganizacije.

U prilogu navedenom je i načelo zaštite stečajnih poverilaca, definisano članom 3. Zakona o stečaju: stečaj omogućava kolektivno i srazmerno namirenje stečajnih poverilaca, u skladu sa ovim zakonom. Zakon o stečaju garantuje poveriocima u stečajnom postupku jednak tretman i ravnopravan položaj, i to u slučaju bankrotstva u okviru istog isplatnog reda, a u slučaju reorganizacije u okviru iste klase potraživanja.¹⁰ Jednak tretman stečajnih poverilaca u slučaju bankrotstva jasno je definisan i članom 54. Zakona o stečaju koji predviđa da se stečajni poverioci nižeg isplatnog reda mogu namiriti tek pošto se namire stečajni poverioci višeg isplatnog reda, a da se stečajni poverioci istog isplatnog reda namiruju srazmerno visini svojih potraživanja.¹¹

⁷ Čl. 138 st. 1 ZS, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011 – dr. Zakon, 71/2012 – odluka US, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018.

⁸ Čl. 2 ZS.

⁹ Čl. 35, 131 i 162 ZS.

¹⁰ Čl. 4 ZS.

¹¹ Čl. 54 st. 4 ZS: “Utvrđuju se sledeći isplatni redovi: 1) u prvi isplatni red spadaju neisplaćene neto zarade zaposlenih i bivših zaposlenih, u iznosu minimalnih zarada za poslednjih godinu dana pre otvaranja stečajnog postupka sa kamatom od dana dospeća do dana otvaranja stečajnog postupka i neplaćeni doprinosi za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih za poslednje dve godine pre otvaranja stečajnog postupka, a čiju osnovicu za obračun čini najniža mesečna osnovica doprinosa, saglasno propisima o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje na dan otvaranja stečajnog postupka, kao i potraživanja po osnovu zaključenih ugovora sa privrednim društvima čiji su predmet neisplaćene obaveze na ime doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje”

U postupku reorganizacije pravo glasa imaju svi poverioci srazmerno visini svojih potraživanja. Ravnopravnost poverilaca se ostvaruje u okviru klasa potraživanja. Poverioci glasaju u okviru klase u koju je svrstano njihovo potraživanje. Potraživanja poverilaca dele se najmanje na klase po osnovu njihovih razlučnih prava i prava prioriteta njihovih potraživanja prema isplatnim redovima. To praktično znači da se mora formirati (ukoliko postoje različiti poverioci) klasa razlučnih potraživanja u okviru koje glasaju poverioci stečajnog dužnika čija potraživanja su obezbeđena, a da se klase potraživanja stečajnih poverilaca formiraju po osnovu isplatnih redova. Stoga, da bi se pravilno formirale klase u okviru kojih će glasati stečajni poverioci u postupku reorganizacije neophodno je, pre svega, stečajna potraživanja svrstati prema isplatnim redovima, a nakon toga sagledati mogućnost formiranja i dodatnih klasa ukoliko postoje odgovarajuće specifičnosti:

1) ako su stvarne i suštinske karakteristike potraživanja takve da je opravdano formiranje posebne klase;

2) ako su sva potraživanja u okviru predložene posebne klase u značajnoj meri slična, izuzimajući klase formirane iz administrativnih razloga.

Posebna administrativna klasa potraživanja može, ali ne mora, biti formirana ukoliko postoji više od 100 potraživanja čiji iznosi pojedinačno ne prelaze 50.000,00 dinara. Ova klasa se može formirati pod uslovom da sud odobri formiranje takve klase. Potraživanja administrativne klase mogu biti izmirena po ubrzanom proceduri, ako je potrebno umanjiti administrativno opterećenje koje je svojstveno velikom broju malih potraživanja i ako je očigledno da će biti dovoljno raspoloživih sredstava za prethodnu isplatu potraživanja iz klasa koje su formirane u okviru prvog i drugog isplatnog reda.¹²

Posebna klasa koja se formira mimo isplatnih redova je klasa lica povezanih sa stečajnim dužnikom, ali se poverioci iz ove klase namiruju na isti način i pod istim uslovima kao i potraživanja iz klase stečajnih poverioca prema isplat-

je zaposlenih za poslednje dve godine pre otvaranja stečajnog postupka, a čiju osnovicu za obračun čini najniža mesečna osnovica doprinosa, saglasno propisima o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje na dan otvaranja stečajnog postupka; 2) u drugi isplatni red spadaju potraživanja po osnovu svih javnih prihoda dospelih u poslednja tri meseca pre otvaranja stečajnog postupka, osim doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih; 3) u treći isplatni red spadaju potraživanja ostalih stečajnih poverilaca; 4) u četvrti isplatni red spadaju potraživanja nastala dve godine pre dana otvaranja stečajnog postupka po osnovu zajmova, kao i drugih pravnih radnji koje u ekonomskom pogledu odgovaraju odobravanju zajmova, u delu u kojem ti zajmovi nisu obezbeđeni, a koji su stečajnom dužniku odobreni od strane lica povezanih sa stečajnim dužnikom, u smislu ovog zakona, osim lica koja se u okviru svoje redovne delatnosti bave davanjem kredita i zajmova”.

¹² Čl. 165 ZS.

nom redu u koje je razvrstano njihovo potraživanje. Oni su izdvajanjem uskraćeni da glasaju o planu reorganizacije. Iz navedenog jasno proizlazi da se klase potraživanja u postupku reorganizacije formiraju na osnovu karakteristika koje su propisane članom 54. Zakona o stečaju, kojim su definisani isplatni redovi radi namirenja poverilaca u slučaju bankrotstva stečajnog dužnika. Formiranje dodatnih klasa je izuzetak od pravila koje je ostavljeno kao mogućnost kada se formiraju klase po osnovu specifičnosti grupe potraživanja i administrativna klasa ili, imperativ - kada su u pitanju lica povezana sa stečajnim dužnikom.

Pored toga što se formiranje klasa potraživanja zasniva na isplatnim redovima koji su karakteristični za stečajni postupak koji se sprovodi bankrotstvom, za isplatne redove se vezuje i namirenje poverilaca po klasama nakon usvajanja plana reorganizacije. Naime, po svakom planu reorganizacije, poverioci iz klase nižeg isplatnog reda mogu primiti sredstva iz deobne mase, odnosno zadržati određena prava samo ako su sva potraživanja poverilaca iz višeg isplatnog reda u potpunosti izmirena i ako su ti poverioci glasali, u skladu sa planom reorganizacije, da se tretiraju kao da su poverioci nižeg isplatnog reda.¹³ Međutim, poverioci klase višeg isplatnog reda mogu biti isplaćeni u iznosu koji premašuje iznos kojim se u potpunosti namiruju njihova potraživanja ako su sva potraživanja poverilaca klase nižeg isplatnog reda u potpunosti namirena ili ako su ti poverioci glasali za drugačiji tretman, u skladu sa planom reorganizacije.¹⁴

Povlačenjem paralele između namirenja poverilaca prema isplatnim redovima u slučaju bankrotstva i formiranja klasa radi namirenja poverilaca u postupku reorganizacije, može se nedvosmisleno zaključiti da stečajni zakon pravi razliku između poverilaca, samo u pogledu njihovih razlučnih prava, a kada su u pitanju stečajni poverioci isključivo po osnovu karakteristika potraživanja, odnosno isplatnih redova. Isti principi redosleda namirenja i srazmere u okviru isplatnih redova u slučaju bankrotstva, važe i za klase potraživanja u postupku reorganizacije. Stečajni zakon nijednog poverioca ne tretira drugačije u postupku reorganizacije u odnosu na postupak bankrotstva.

Pored sveobuhvatnosti imovine i poverilaca, sveobuhvatnost stečajnog postupka se odnosi i na stečajne dužnike. Naime, stečajni postupak se pokreće i sprovodi nad pravnim licima.¹⁵ Izuzeci su propisani članom 14. Zakona o stečaju: "Stečajni postupak se ne sprovodi prema: Republici Srbiji; autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave; fondovima ili organizacijama obaveznog penzijskog, invalidskog, socijalnog i zdravstvenog osiguranja; pravnim licima čiji

¹³ Čl. 168 ZS.

¹⁴ Čl. 169 ZS.

¹⁵ Čl. 1 ZS.

je osnivač Republika Srbija, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave, a koja se isključivo ili pretežno finansiraju kroz ustupljene javne prihode ili iz republičkog budžeta, odnosno budžeta autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave, Narodnoj banci Srbije, Centralnom registru, depou i kliringu hartija od vrednosti, javnim agencijama”.

Stečajni postupak se sprovodi i nad bankama i osiguravajućim organizacijama, ali primenom posebnog zakona.¹⁶ Međutim, Zakon o stečaju se supsidijarno primenjuje i na stečajni postupak banaka i društava za osiguranje, ukoliko Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje ne isključuje njegovu primenu.¹⁷

Odredbom člana 14a. Zakona o stečaju isključena je primena odredbi stečajnog zakona kada je u pitanju ostvarivanje prava i obaveza iz ugovora o finansijskom obezbeđenju koji je zaključen u skladu sa zakonom kojim se uređuje finansijsko obezbeđenje, uključujući i davanje, sticanje, promena i realizacija sredstava obezbeđenja u smislu tog zakona, ukoliko je stečajni postupak otvoren nad davocem ili primaocem sredstava obezbeđenja. Ova odredba se odnosi i na ostvarivanje prava na netiranje po osnovu drugih finansijskih ugovora u smislu zakona kojim se uređuje finansijsko obezbeđenje. U stavu 3. ovog člana Zakon o stečaju je izričit da se na namirenje poverilaca iz sredstava obezbeđenja po osnovu ugovora o finansijskom obezbeđenju ne primenjuje stečajni zakon, već se primenjuje zakon kojim se uređuje finansijsko obezbeđenje.¹⁸

Kada je u pitanju sveobuhvatnost pravnih lica nad kojima se sprovodi stečaj, zakon je takođe propisao pravilo – stečaj se sprovodi nad pravnim licima, a taksativno je nabrojao pravna lica nad kojima se stečaj ne sprovodi. Takođe je definisao poverioce na čije namirenje se ne primenjuju odredbe Zakona o stečaju.

Iz svega navedenog se izvodi jedan jedinstven zaključak: stečajni postupak je poseban sudski postupak koji se sprovodi nad pravnim licima kod kojih je utvrđeno postojanje stečajnog razloga, u kom se definiše celokupna imovina stečajnog dužnika, rešavaju nerešeni stvarnopravni odnosi, okončavaju svi započeti poslovi, razrešavaju obligacioni odnosi, unovčava imovina stečajnog dužnika, utvrđuju potraživanja i namiruju poverioci na način i u postupku koji je propisan zakonom.

Zakon o stečaju principe namirenja poverilaca ne definiše u odnosu na poverioce, već prema karakteristikama potraživanja razvrstanim u isplatne redove,

¹⁶ Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje, *Službeni glasnik RS*, br. 14/2015 – ZSLBDO.

¹⁷ Čl. 22 ZSLBDO.

¹⁸ Zakon o finansijskom obezbeđenju, *Službeni glasnik RS*, br. 44/2018.

koji su osnov i za formiranje klasa potraživanja, ako se stečaj sprovodi reorganizacijom.

Mere za realizaciju plana reorganizacije su taksativno nabrojane u članu 157. Zakona o stečaju¹⁹ i odnose se na sva potraživanja poverilaca stečajnog dužnika. Posebne saglasnosti na predložene mere u planovima reorganizacije propisane su samo u slučaju kada se zadire u prava založnih poverilaca²⁰ i raspolaganje društvenim kapitalom, odnosno imovinom.²¹

Principi – načela stečajnog prava koja su definisana Zakonom o stečaju zajednička su i za postupak bankrotstva i za postupak reorganizacije, pa se ova dva postupka ne mogu posmatrati odvojeno. O zakonitosti reorganizacije izjasnio se i Ustavni sud Republike Srbije u odluci I Uz 95/2013 od 14. novembra 2013. godine,²² navodeći da se: "... primenom pravnog instituta reorganizacije opravdava Ustavom dopušteno ograničenje prava na imovinu ostvarenjem legitimnog cilja zaštite prava drugih – privrednih subjekata u postupku stečaja u odnosu na zaštitu prava njihovih poverilaca po osnovu namirenja potraživanja koja su im priznata pravnosnažnom odlukom suda. Otuda proizlazi da se reorganizacijom,

¹⁹ Čl. 157 st. 1, tač. 1–19 ZS: "Mere za realizaciju plana reorganizacije su: 1) predviđanje otplate u ratama, izmena rokova dospelosti, kamatnih stopa ili drugih uslova zajma, kredita ili drugog potraživanja ili instrumenta obezbeđenja; 2) namirenje potraživanja; 3) unovčenje imovine sa teretom ili bez njega ili prenos takve imovine na ime namirenja potraživanja; 4) zatvaranje pogona ili promena delatnosti; 5) raskid ili izmena ugovora; 6) otpust duga; 7) izvršenje, izmena ili odricanje od založnog prava, uz saglasnost imaooca založnog prava; 8) davanje u zalog opterećene ili neopterećene imovine; 9) pretvaranje potraživanja u kapital; 10) zaključivanje ugovora o kreditu, odnosno zajmu; 11) (*brisana*); 12) otpuštanje zaposlenih ili angažovanje drugih lica; 13) (*brisana*); 14) izmene i dopune opštih akata stečajnog dužnika i drugih dokumenata o osnivanju ili upravljanju; 15) statusne promene; 16) promene pravne forme; 17) prenos dela ili celokupne imovine na jednog ili više postojećih ili novoosnovanih subjekata; 18) poništavanje izdatih ili izdavanje novih hartija od vrednosti od strane stečajnog dužnika ili bilo kog novoformiranog subjekta; 19) druge mere od značaja za realizaciju plana reorganizacije".

²⁰ Čl. 157 st. 3 ZS: "Prava založnih poverilaca koji nisu razlučni poverioci ne mogu se menjati ili umanjiti planom reorganizacije bez njihove izričite saglasnosti."

²¹ Čl. 157 st. 5 ZS: "Sprovođenje mera predviđenih planom reorganizacije, a naročito izmene u strukturi kapitala stečajnog dužnika i otuđenje ili drugo raspolaganje nepokretnom imovinom koja je evidentirana kao društvena svojina, ne može se vršiti suprotno odredbama zakona kojima se uređuje zaštita društvenog kapitala u preduzećima koja posluju većinskim društvenim kapitalom, odnosno kojima se uređuje zaštita imovine koja je evidentirana kao društvena svojina u zadrugama. Podnosilac plana reorganizacije dužan je da u prilogu plana reorganizacije dostavi prethodnu saglasnost na plan reorganizacije, izdatu od strane organizacije iz člana 19. stav 2. ovog zakona, a ta organizacija u postupku davanja prethodne saglasnosti na plan reorganizacije postupa sa naročitom hitnošću i dužna je da donese akt po zahtevu za davanje prethodne saglasnosti u roku od 15 dana od dana prijema zahteva."

²² Odluka objavljena u *Službenom glasniku RS*, br. 52/2014 od 15. maja 2014. godine.

za razliku od restrukturiranja, podjednako štite prava i pravni interesi i poverilaca i stečajnog dužnika”.

POJAM, CILJ I KARAKTERISTIKE PORESKOG POSTUPKA

Predmet Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji je uređenje postupka utvrđivanja, naplate i kontrole javnih prihoda na koje se ovaj zakon primenjuje (poreski postupak), zatim prava i obaveze poreskih obveznika, registracija poreskih obveznika i poreska krivična dela i prekršaji. Ovim zakonom je obrazovana i Poreska uprava, kao organ uprave u sastavu ministarstva nadležnog za poslove finansija i uređena njena nadležnost i organizacija.²³ ZPPPA se primenjuje na sve javne prihode koje naplaćuje Poreska uprava, zatim na kamate po osnovu dospelog, a neplaćenog poreza i troškove postupka prinudne naplate, odnosno primenjuje se na poreze i na sporedna poreska davanja. Zakon se primenjuje i na izvorne javne prihode jedinica lokalne samouprave koje te jedinice utvrđuju, naplaćuju i kontrolišu u javnopravnom odnosu, kao i na sporedna poreska davanja po tim osnovima, uključujući i izvorne javne prihode koje jedinice lokalne samouprave utvrđuju, naplaćuju i kontrolišu u postupcima u kojima donose poreske upravne akte, kao i druge akte u upravnom postupku.²⁴ Članom 3. ovog zakona je propisano, da ako je drugim zakonom pitanje iz oblasti koje uređuje ovaj zakon uređeno na drukčiji način, primenjuju se odredbe ovog zakona. Na taj način je zakonodavac afirmisao primenu ZPPPA ukoliko je nekim drugim – neporeskim zakonom, pitanje iz oblasti koju inače uređuje ZPPPA, uređeno na drugačiji način. Poreski postupak se sprovodi po načelima koja su propisana Zakonom o opštem upravnom postupku, odnosno zakonom kojim se uređuje inspekcijski nadzor.²⁵

Specifičnost poreskog zakona ogleda se pre svega u njegovom cilju, a to je da se državi na svim nivoima vlasti obezbedi dovoljan poreski prihod za finansiranje brojnih i izuzetno značajnih funkcija. Stoga je sasvim jasna i razumljiva težnja zakonodavca da utvrđivanje i naplatu poreza definiše na jedan jedinstven način na koji obezbeđuje efikasnost i utvrđivanja i naplate javnih prihoda, kao i kontrolu istih. Sasvim su razumljive i krajnje opravdane odredbe ZPPPA kojima se reguliše i prinudna naplata poreza, a koje odredbe daju mogućnost Poreskoj upravi da potraživanja naplati, ali i obezbedi. Ukoliko je poresko potraživanje u

²³ Čl. 1 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji – ZPPPA.

²⁴ Čl. 2 i 2a ZPPPA.

²⁵ Čl. 3 st. 2 ZPPPA.

celosti obezbeđeno, isto će u stečajnom postupku biti evidentirano kao razlučno potraživanje, a događa se da se evidentira i kao založno potraživanje.²⁶ Ukoliko poresko potraživanje nije obezbeđeno, isto će u stečajnom postupku biti evidentirano kao stečajno i svrstano u prvi, drugi ili treći ispladni red prema kriterijumima koje definiše Zakon o stečaju.²⁷ Svrstavanjem poreskog potraživanja u jedan ili više ispladnih redova, određuje se, u slučaju reorganizacije, i klasa u koju će ovo potraživanje biti svrstano.

Poresko potraživanje je samo jedno od mnoštva potraživanja koja se namiruju u stečajnom postupku. Međutim, za razliku od drugih potraživanja, poreska potraživanja se od poreskog obveznika, pre nego što je nad istim otvoren stečaj, utvrđuju i naplaćuju upravo prema ZPPPA, odnosno u zakonom propisanom postupku. Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji ima ograničenu primenu, jer definiše postupak u kome se naplaćuje samo jedan poverilac. To je postupak koji sprovodi Poreska uprava radi utvrđivanja i naplate javnih prihoda. Stoga, pravila definisana ovim zakonom se primenjuju isključivo ukoliko se naplata javnog prihoda vrši u poreskom postupku. Naplata ovog potraživanja u poreskom postupku je individualno namirenje jednog poverioca u zakonom propisanom postupku. Stoga, pravila i odredbe ZPPPA koja se odnose na poreski postupak, kao postupak individualnog namirenja, ne mogu naći svoju primenu u naplati poreskih potraživanja u stečajnom postupku, kao postupku kolektivnog namirenja svih poverilaca stečajnog dužnika, bilo da se radi o postupku bankrotstva ili postupku reorganizacije.

Iz gore navedenog proizlazi da poreski postupak, kao postupak individualnog namirenja poreskog duga, ima ograničenu primenu, da se poreska potraživanja u stečaju naplaćuju kao obezbeđena – razlučna ili pak, stečajna, da se stečajna potraživanja svrstavaju u ispladne redove na osnovu kojih se formiraju klase potraživanja u slučaju sprovođenja reorganizacije.

PRIMENLJIVOST ČLANA 2. ZAKONA O IZMENAMA I DOPUNAMA
ZAKONA O PORESKOM POSTUPKU I PORESKOJ ADMINISTRACIJI
U STEČAJNOM POSTUPKU

Članom 2. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji napravljena je razlika između postupka bankrotstva i postupka reorganizacije u slučaju namirenja poreskog potraživanja. Razlika je na-

²⁶ Čl. 49 ZS.

²⁷ Čl. 54 ZS.

pravljena u tom smislu što se namirenje poreskog potraživanja u slučaju bankrotstva sprovodi u skladu sa stečajnim zakonom, odnosno u skladu sa odredbama kojima se reguliše bankrotstvo u stečajnom zakonu. Međutim, kada je u pitanju namirenje poreskog potraživanja u postupku stečaja koji se sprovodi reorganizacijom, stavom 2. člana 2. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji (odnosno članom 20. stav 5. ZPPPA), praktično se suspenduju odredbe koje se odnose na namirenje poreskog potraživanja u slučaju usvajanja plana reorganizacije ukoliko su mere i način namirenja suprotni odredbama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji. Navedena izmena u direktnoj je suprotnosti sa Zakonom o stečaju, odnosno sa odredbama kojima se definišu načela i cilj stečajnog postupka i odredbama koje regulišu postupak reorganizacije. Stoga se osnovano postavlja pitanje da li jedna ovakva norma koja je sadržana u zakonu kojim se reguliše postupak individualnog namirenja jednog poverioca, može da nađe primenu u stečajnom postupku, odnosno u postupku kolektivnog namirenja poverilaca, u kome važi princip sveobuhvatnosti imovine, poverilaca i lica nad kojima se sprovodi stečajni postupak, čiji je cilj najpovoljnije kolektivno namirenje poverilaca, a koji se zasniva na principu ravnopravnosti i srazmere namirenja svih poverilaca.

U konkretnom slučaju postoji sukob dve norme istog ranga u hijerarhiji izvora prava.²⁸ U konkretnom slučaju kao opšta norma, opšte pravilo naplate poreskog potraživanja je pravilo koje je propisao ZPPPA, a specijalna norma je norma koja je sadržana u Zakonu o stečaju, s obzirom da je to propis koji reguliše poseban sudski postupak koji predstavlja izuzetak od opštih normi kojima se inače reguliše namirenje potraživanja poverilaca, pa i poreskog potraživanja. Stoga, Zakon o stečaju jeste *lex specialis* u odnosu na ostale zakone koji regulišu postupak naplate potraživanja, pa i u odnosu na Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji. Taj odnos ne može da promeni ni norma iz člana 2. stav 2. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji. Ovakvo regulisanje naplate poreskog potraživanja u Zakonu o poreskom postupku i poreskoj administraciji suprotno Zakonu o stečaju, u prvi mah bi se moglo pripisati nesmotrenošću ili propustom zakonodavca. Međutim, u stručnom komentaru objavljenom u Pravnoj bazi propisa "Paragraf lex", u vreme kada su izmene i dopune Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji bile u fazi predloga, napisano je sledeće, a povodom izmena u članu 2: "Navedeno je predloženo iz razloga što su planovi reorganizacije koji su usvojeni bez saglasnosti Poreske uprave, u delu koji se odnosi na ispunjenje poreske obaveze, predviđe-

²⁸ Vladimir V. Vodinelić, *Gradansko pravo, Uvodne teme*, PIP "Nomos", Beograd, 1991.

ni suprotno odredbama ZPPPA i drugih poreskih propisa (na primer: duži period otplate na rate; niža kamatna stopa; otpis poreske obaveze – doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje i dr.).

Stoga, privrednom subjektu predloženim planom reorganizacije može, u pogledu ispunjenja poreskih obaveza, a saglasno odredbama ZPPPA, biti dozvoljeno odlaganje plaćanja tih poreskih obaveza, a najduže do 60 meseci (uz mogućnost korišćenja odloženog plaćanja do 12 meseci, tzv. grejs period) i ukoliko izmiri poreski dug u potpunosti, može mu se otpisati 50% kamate koja se odnosi na taj dug.”

Iz citiranog teksta proizlazi da je zakonodavac ciljano izmenio Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji dajući prednost postupku individualnog namirenja jednog poverioca u postupku reorganizacije, zanemarujući nepornu činjenicu, da je postupak reorganizacije stečajni postupak, da ista načela koja važe za bankrotstvo važe i za reorganizaciju.

U svakom slučaju, razrešenje navedene spornosti u primeni člana 2. stav 2. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, odnosno člana 20. stav 5. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, mora razrešiti sudska praksa.

Po mišljenju autora, razrešenje spornog pitanja sudska praksa je dala još u svom odgovoru koji je usvojen na sednici Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda, održanoj 12.11.2013. i 14.11.2013. godine, a koji je objavljen u Biltenu sudske prakse privrednih sudova br. 3/2013, gde je na nesumnjiv način rečeno da je stečajni zakon *lex specialis* u odnosu na Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji.²⁹ To ne menja ni odredba člana 2. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, koja ne može naći svoju primenu u Zakonu o stečaju upravo iz razloga koji su dati u ovom radu.

²⁹ Odredbom člana 74a. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji je propisano da izuzetno od člana 73. stav 4. ovog zakona nadležni organ može na pismeni i obrazloženi zahtev poreskog obveznika nad kojim se sprovodi reorganizacija u skladu sa zakonom kojim se uređuje stečaj, odobriti odlaganje plaćanja poreskog duga u jednakim ratama do 60 meseci uz mogućnost korišćenja odloženog plaćanja za prvih 12 meseci. Odredbe Zakona o stečaju u odnosu na Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji imaju prioritet, pa se citirana odredba može primeniti isključivo na dužnike koji su u postupku reorganizacije i za potraživanja Poreske uprave nastala nakon usvajanja plana reorganizacije. U toj situaciji dužnik podnosi Poreskoj upravi zahtev da mu, s obzirom da se nalazi u postupku reorganizacije, bude odobreno plaćanje novonastalih obaveza u skladu sa rokovima iz člana 74a. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji. Preostale obaveze koje su dospele do momenta otvaranja stečajnog postupka namiruju se u skladu sa odredbama Zakona o stečaju kojim se reguliše postupak reorganizacije.

Primena navedene odredbe u stečajnom postupku značila bi narušavanje principa ravnogomernog namirenja poverilaca i srazmere namirenja poverilaca u isplatnim redovima i u klasama potraživanja, s obzirom da, kako je već objašnjeno u ovom tekstu, se klase potraživanja zasnivaju na isplatnim redovima. Takođe, primena ove norme bi značila favorizovanje jednog poverioca, odnosno favorizovanje jednog potraživanja – poreskog duga, u odnosu na sva ostala potraživanja. Primena iste u stečajnom postupku bi značila “upad” u stečajno pravo, i podrivanje osnovnih načela i principa na kojima se zasniva stečajno pravo ne samo kod nas, već i u uporednim zakonodavstvima.

ZAKLJUČAK

Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji je opšti propis koji reguliše naplatu poreskog duga od strane Poreske uprave, u poreskom postupku. Zakon o stečaju je specijalni propis koji reguliše naplatu potraživanja u slučaju kada kod pravnog lica nastupe posebne okolnosti – ispunjenje stečajnog razloga.

Specijalni propis derogira primenu opšteg propisa. Stoga je Zakon o stečaju *lex specialis* u odnosu na Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji. Prirodu ovog odnosa ne menja ni odredba člana 2. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji. Član 2. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji nema primenu u stečajnom postupku. Primena ove odredbe u stečajnom postupku je suprotna načelima, cilju i prirodi stečajnog postupka.

JASMINKA OBUĆINA
President of the Commercial Appellate Court
in Belgrade

APPLICATION OF ARTICLE 2 OF THE LAW ON AMENDMENTS TO THE LAW ON TAX PROCEDURE AND TAX ADMINISTRATION IN INSOL- VENCY PROCEEDINGS

Summary

The Law on Amendments to the Law on Tax Procedure and Tax Administration provides, under Article 2, that the collection of tax debt in case of a taxpayer's bankruptcy is regulated by the law governing insolvency. However, in case of tax debt collection where a taxpayer is under-

going reorganisation as insolvency procedure, precedence is given to tax procedure over insolvency procedure. This “suspends” the application of the Insolvency Law and favours one single creditor – Republic of Serbia – which in turn violates the principle of equal settlement of creditors and the principle of proportional settlement of creditors in the reorganization procedure, as a type of insolvency procedure.

Key words: bankruptcy procedure, tax procedure, tax claim, lex specialis

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 28.09.2020.

Prihvaćen: 15.10.2020.

PREGLEDNI RAD

BRANKO RADULOVIĆ
MARKO RADOVIĆ

STAVOVI I PREDLOZI STEČAJNIH SUDIJA O POTREBI IZMENA ZAKONA O STEČAJU

Učestale izmene stečajnog zakona u poslednjoj deceniji često su nailazile na kritike stečajnih sudija ne samo u pogledu svrsishodnosti i kvaliteta predloženih izmena, već i povodom njihovog nomotehničkog oblikovanja. Naročit odjek ovih kritika izazivala je činjenica da prilikom nekoliko izmena zakonskog teksta učešće stečajnih sudija nije bilo u pravom meri zastupljeno. Na taj način nije mogao biti uvažen glas onih koji stečajni zakon svakodnevno primenjuju. Zbog toga je u radu izvršena analiza mišljenja stečajnih sudija i o potrebi izmena pojedinih odredaba Zakona o stečaju. Na ovaj način omogućuje se zakonopiscima da ubuduće imaju u vidu mišljenje onih koji kroz neposrednu primenu uočavaju i kroz sudske odluke prevazilaze manjkavosti stečajnog zakona. Zaključak je autora da je najpogodniji momenat za to prilikom predstojećih izmena koje imaju za cilj prilagođavanje srpskog stečajnog okvira tekstu nove Direktive o restrukturiranju EU.

Ključne reči: stečaj, stečajne sudije, stavovi sudija, predlozi izmena

U V O D

Stečajni zakon spada u red sistemskih propisa. Njegov se značaj produbljuje time što kvalitet rešenja koje nudi i efikasnost u primeni neposredno utiču na stabilnost čitavog privrednog sistema jedne zemlje. U zadnjih dvadeset godina,

Dr Branko Radulović, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: bradulovic@ius.bg.ac.rs.

Marko Radović, sudija Privrednog suda u Beogradu, e-mail: marko.radovic@bg.pr.sud.rs.

stečajni okviri u svetu, pa tako i u Srbiji bili su predmet čestih promena. Stečajni okviri su se prilagođavali tako što su u većoj ili manjoj meri išli u korist poveriocima ili dužnicima. Te promene su se događale u zavisnosti od okolnosti i prioriteta zakonodavaca (poput odgovora na finansijsku i ekonomsku krizu krajem prošle decenije).¹ Upravo radi usklađivanja pomenutih prioriteta, shodno potrebama privrede, i sve prisutnije promene stečajnog zakona nisu neuobičajene. Na taj način stečajni okvir postaje prilagodljiviji čestim promenama potreba privrede. Tako, učestale izmene stečajnog zakona u poslednjoj deceniji često su nailazile na kritike stečajnih sudija ne samo u pogledu svrsishodnosti i kvaliteta predloženih izmena, već i povodom njihovog nomotehničkog oblikovanja. Naročito odjek ovih kritika izazivala je činjenica da prilikom nekoliko izmena zakonskog teksta učešće stečajnih sudija nije bilo u pravoj meri zastupljeno. Na taj način nije mogao biti uvažen glas onih koji stečajni zakon svakodnevno primenjuju. Time sudije nisu adekvatno upoznate sa suštinom izvršenih promena, te u primeni može doći do niza problema i pogrešnog tumačenja odredaba.

Zbog napred konstatovanog, u radu je, nakon sprovedenog istraživanja, izvršena analiza mišljenja stečajnih sudija u Republici Srbiji o potrebi izmena pojedinih odredaba Zakona o stečaju. Na ovaj način omogućuje se zakonopiscima da ubuduće imaju u vidu mišljenje onih koji kroz neposrednu primenu stečajnih propisa uočavaju i kroz sudske odluke prevazilaze njihove nedostatke.

PREDMET I OBIM SPROVEDENOG ISTRAŽIVANJA

Istraživanje je sprovedeno tokom septembra i oktobra 2019. godine. Podaci su prikupljeni uz podršku Privrednog apelacionog suda. Istraživanje je strukturisano tako što je postavljen zadatak da se “nabroji bar pet stavki koje bi sudije izmenile u Zakonu o stečaju i zašto”. Ono predstavlja nastavak niza istraživanja autora, otpočetog prvenstveno analizom uzroka nezakonitog postupanja u po-

¹ U literaturi je uobičajeno razlikovanje stečajnih okvira koji su prioritetno orjentisani ka zaštiti interesa dužnika (eng. *debtor-friendly*), a time i interesa zaposlenih, vlasnika i njihovih rukovodilaca, u odnosu na stečajne okvire koji prioritet daju zaštiti interesa poverilaca (eng. *creditor-friendly*). Više o tome: Stijn Claessens, Leora F. Klapper, “Bankruptcy around the World: Explanations of Its Relative Use”, *American Law and Economics Review*, Tom 7, br. 1, 2005, 253–283. Kenneth Ayotte, Hayong Yun, “Matching Bankruptcy Laws to Legal Environments”, *The Journal of Law, Economics and Organization*, Tom 25, br. 1, 2007, 2–30; Sergei A. Davydenko, Julian R. Franks, “Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany and the U.K”, *The Journal of Finance*, Tom 63, br. 2, 2008, 565–608.

stupku reorganizacije stečajnog dužnika,² a potom i istraživanja sprovedenog u cilju utvrđivanja potrebe za usaglašavanjem sudske prakse.³

Inače, istraživanje je koncipirano po principu otvorenog upitnika. Tako je sudijama ponuđena mogućnost da samostalno, bez ikakvih ograničenja i sugestija, navedu šta bi promenili u stečajnom zakonu i obrazlože razloge za to. Ovaj model otvorenih pitanja omogućava učesnicima da iznesu više informacija, u skladu sa sopstvenim stavovima i razumevanjem propisa. Na taj način bi se sudijama omogućilo da iskažu sopstvene impresije u vezi postavljenog pitanja. Nasuprot njemu, pitanja zatvorenog tipa, zbog jednostavnosti i ograničenja odgovora, učesnicima mogu uskraćivati izbor, a time i mogućnost da objasne da ne razumeju pitanje ili da iskažu da nemaju mišljenje o njemu. S tim u vezi, otvoreni upitnik smanjuje dve vrste grešaka u odgovoru, u odnosu na upitnik zatvorenog tipa. Prvo, učesnici neće moći da zanemare čitanje pitanja nasumičnim zaokruživanjem odgovora kao kod zatvorenih upitnika. Potom, veća je verovatnoća da kod otvorenog upitnika ispitanici ne zaborave svoj odgovor, jer su ga pažljivo formulisali, iskazujući svoj lični stav u vezi postavljenog pitanja, što kod zaokruživanja ponuđenih odgovora nije slučaj.

Formulisano pitanje postavljeno je svim učesnicima istraživanja. Reč je o ukupno 63 stečajnih sudija iz 16 privrednih sudova, Privrednog apelacionog suda i Vrhovnog kasacionog suda. Praktično, u istraživanje su uključene gotovo sve sudije koji se bave stečajnim pravom u Republici Srbiji, iz svih nivoa sudovanja. Broj sudija koji u sudu sprovodi stečajni postupak zavisi od organizacije suda. Naime, u pojedinim sudovima je ustanovljen sistem tzv. specijalizacije, u skladu sa kojim postoje sudije koje se isključivo bave stečajnim predmetima (npr. Beograd, Novi Sad, Kragujevac itd.). S druge strane, u manjim sudovima ne postoje sudije koje se bave isključivo stečajnim predmetima (npr. Užice, Pančevo, Zaječar, Leskovac itd.), koji su organizovani po principu da "sve sudije postupaju ravnomeno u svim materijama". Međutim, u pojedinim sudovima je teško napraviti jasnu razliku da li funkcioniše po principu "specijalizacije" sudija ili ne (npr. pojedine sudije su do skora postupale u stečajnoj materiji, a nakon toga prešle u parničnu.

² Branko Radulović, Marko Radović, "Nezakonitost u postupanju povodom unapred pripremljenih planova reorganizacije", *Pravo i privreda*, br. 4–6, Beograd, 2019, 649–668.

³ Branko Radulović, Marko Radović, "Bias and Predictability in Judicial Decisions Involving Corporate Restructuring: Evidence from Serbia", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Beograd, 2020, 80–99.

Takođe, postoje i sudije koje polovinu svog obima posla obavljaju u okviru stečajne materije a drugu polovinu u drugim materijama suda).⁴

Kako bi sudije bile motivisanije da slobodno izraze svoje mišljenje, odgovori su davani potpuno anonimno, bez ikakve identifikacije sudije. Anonimnost, s druge strane, predstavljala je donekle i ograničavajući faktor. Naime, osim regiona i specijalizacije, prilikom vršenja empirijskog istraživanja nije bilo moguće dobiti podatke o iskustvu sudija, polu i sl.⁵ Podsticaj da što veći broj sudija uzme učešće u projektu, a samim tim i da se ukaže na potrebu za ozbiljnijim pristupom u davanju odgovora, izvršen je tako što su zadaci podeljeni sudijama uz svesrdnu pomoć Privrednog apelacionog suda.

Od ukupno 63 sudije, svoje mišljenje izrazilo je 39, odnosno 62% ispitanika, dok 24, ili 38% nije navelo odgovor. To se može posmatrati sa dva aspekta. Prvi aspekt je reprezentativnost uzorka, koji je svakako značajan i doprinosi većem poverenju i sigurnosti u rezultate do kojih se došlo putem empirijskog istraživanja. Drugi aspekt svakako predstavlja činjenicu da pojedine sudije ne smatraju značajnom potrebu da izraze mišljenje u kontekstu potencijalnih izmena stečajnog zakona. Razlozi za to mogu biti lične prirode, ali i stvar profesionalnog pristupa, ne samo istraživanju, već, u opštem smislu, i poslu kojim se bave.

REZULTATI ISTRAŽIVANJA

Nakon sprovedenog istraživanja izvršena je klasifikacija rezultata. *Prikaz rezultata*, sadrži pregled grupisanih predloga stečajnih sudija za izmenu Zakona o stečaju i procenat njihove zastupljenosti. U pogledu izvršenog prikaza predloga sudija dve su napomene, na koje je važno ukazati. Prva napomena se odnosi na klasifikaciju predloga u pogledu odredaba o planu reorganizacije i unovčenja imovine stečajnog dužnika. Ovi predlozi su grupisani na višem stepenu opštosti u odnosu na druge, koji su u većoj meri individualizovani. Svakako, prilikom njihove pojedinačne analize biće detaljnije pojašnjeno u kom su pravcu pretežno usmereni predlozi za izmene, kako u pogledu odredaba povodom plana reorganizacije, tako i u pogledu načina unovčenja imovine. Druga napomena odnosi se na to da su u izvršenoj klasifikaciji predloga evidentirani prvenstveno oni koji su u većoj meri zastupljeni. Međutim, nakon toga, uvršteno je i nekoliko usamljenih

⁴ V. detaljnije B. Radulović, M. Radović, "Bias and Predictability in Judicial Decisions Involving Corporate Restructuring: Evidence from Serbia", op. cit., 87–90.

⁵ *Ibidem*.

predloga, istaknutih od samo jednog sudije, a koji, po stanovištu autora, zavređuje pažnju da bude detaljnije analiziran.

Prikaz rezultata:⁶

- Izmene pojedinih odredaba o planu reorganizacije (u pogledu rokova, primedbi, proceni potraživanja, merama obezbeđenja, merama plana, dostavljanja i sl.) – prisutnost 43,59%, (broj predloga: 17);

- Izmene pojedinih odredaba o unovčenju imovine (u pogledu načina prodaje, rokova prodaje, primedbi, konstatacije i sl.) – prisutnost 35,90%, (broj predloga: 14);

- Izmjena odrebe čl. 59 st. 2 tač. 1 Zakona o stečaju (o visini predujma za mikro pravna lica) – prisutnost 25,64%, (broj predloga: 10);

- Izmjena načina izbora stečajnog upravnika (metod slučajnog odabira, kriterijumi za licenciranje i sl.) – prisutnost 25,64%, (broj predloga 10);

- Izmjena odredbe čl. 22 Zakona o stečaju (u pogledu izbora ALSU za upravnika i odgovornosti za postupanje) – prisutnost 17,95%, (broj predloga: 7);

- Izmene u pogledu roka za prijavu potraživanja – prisutnost 10,26% (broj predloga: 4);

- Izmene odredaba o statusu založnog poverioca – prisutnost 7,69%, (broj predloga: 3);

- Inkorporiranje zabrane osnivanja novog društva licu odgovornom za stečaj – prisutnost 5,13%, (broj predloga: 2);

- Precizirati odnos Zakona o stečaju i Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku – prisutnost 5,13%, (broj predloga: 2);

- Preciznije regulisati odnos postupke stečaja i prinudnog poravnanja – prisutnost 5,13%, (broj predloga: 2);

- Regulisati prenos imovine u slučaju nemogućnosti novčenja – prisutnost 5,13%, (broj predloga: 2);

- Preciznije regulisati odredbu o kamati u stečaju – prisutnost 5,13%, (broj predloga: 2);

- Zakonom regulisati problem restitucije kao prepreke za unovčenje imovine u stečaju – prisutnost 5,13%, (broj predloga: 2);

- Detaljnije regulisati odredbu o okončanju stečaja usled postojanja imovine neznatne vrednosti – prisutnost 2,56%, (broj predloga: 1);

- Reafirmisati odredbe o automatskom stečaju – prisutnost 2,56%, (broj predloga: 1).

⁶ U prikazu rezultata grupisane su odredbe povodom kojih se zahteva promena zakona i procenat prisutnosti predloga sudija.

*Predlozi za izmenu odredaba koje se odnose
na plan reorganizacije*

Nakon izvršene klasifikacije uočeno je da se povodom izmena Zakona o stečaju kao najčešće prisutni javljaju *predlozi u pogledu odredaba koje se odnose na plan reorganizacije*, odnosno unapred pripremljeni plan reorganizacije (UPPR).⁷ Njihovo prisustvo je zabeleženo u 43,59% dostavljenih predloga sudija. Detaljnijom analizom ovih razloga, mogao bi se izvesti zaključak da su predlozi sudija u određenoj meri usmereni na rokove za podnošenje plana i primedbi, preciziranje odredaba o podnošenju primedbi na izmenjeni plan reorganizacije, proceni potraživanja u svrhe glasanja o planu, merama obezbeđenja, merama plana, kao i noveliranja načina dostavljanja rešenja kojim se utvrđuje da je plan reorganizacije, odnosno UPPR usvojen.

U pogledu predloga povodom roka za podnošenje plana, samo jedan sudija je istakao potrebu za skraćivanjem propisanog roka. Uz predlog nije ukazano iz kojih razloga se ističe nužnost skraćivanja ovog roka. Naime, plan reorganizacije se podnosi stečajnom sudiji najkasnije 90 dana od dana otvaranja stečaja.⁸ Ovdje treba istaći da je sve do izvršenog noveliranja Zakona o stečaju u toku 2017. godine, pomenuti rok za podnošenje plana mogao biti produžen za 60 dana, u slučaju podnošenja obrazloženog predloga za produženje tog roka. Pri tom, ako u roku za podnošenje plana ovlašćeni predlagач zatraži dodatni rok za izmenu, stečajni sudija je mogao, uz saglasnost odbora poverilaca, da odobri dodatni rok od najviše 60 dana. Međutim, nakon izvršenog noveliranja u toku 2017. godine već je izvršena korekcija u pogledu mogućnosti produženja roka za podnošenje plana, što bi se moglo smatrati zadovoljavajućom intervencijom zakonodavca. Dalje skraćivanje roka za podnošenje plana nakon otvaranja stečajnog postupka dovelo bi u pitanje ne samo kvalitet, već i objektivnu mogućnost njegove izrade uz poštovanje svih regulatornih uslova. Ovo naročito uzimanjem u obzir njegove složenosti, kako u formalnom tako i u materijalnom smislu, kao i posledica koje usvajanjem proizvodi.

S druge strane, mnogo više pažnje zavređuje konstatacija sudija da je, s obzirom na sadržinu zakonskog teksta nakon izvršenih izmena iz 2017. godine, ostalo nejasno da li je moguće izjavljivanje primedbi na već izmenjenu verziju

⁷ Detaljnije o UPPR, v. Vuk Radović, Branko Radulović, "Prearranged Reorganization Plans in Serbia – Form over Substance", *European Business Organization Law Review*, Tom 19, br. 2, 2018, 393–413.

⁸ Zakon o stečaju, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99–2011 – dr. zakon, 71/2012 – odluka US, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018, čl. 162.

UPPR-a (prečišćeni tekst). Odredbom člana 159a Zakona o stečaju predviđeno je da zainteresovana lica mogu izjaviti primedbe na plan u roku od 15 dana od objavljivanja oglasa o pokretanju prethodnog postupka u skladu sa UPPR-om u *Službenom glasniku RS*. Dalje je propisano da predlagač može po izjavljenim primedbama samo jednom izvršiti izmenu plana reorganizacije (u obliku prečišćenog teksta). Međutim, i izmenjenu verziju plana potrebno je oglasiti kao i prvu. Otuda, ostaje nejasno da li i na izmenjenu verziju plana zainteresovana lica mogu izjavljivati primedbe, bilo u odnosu na one odredbe plana u pogledu kojih su izvršene izmene ili u odnosu na one koje su ostale istovetne kao u prvoj verziji plana. U tom smislu, opravdan je predlog sudija da je u ovom delu moguće detaljnije regulisati mogućnost izjavljivanja primedbi na izmenjenu verziju plana.

Posebno je od strane stečajnih sudija apostrofirana i potreba za preciznijim uređenjem zakonskog okvira koji reguliše procenu osporenih potraživanja za potrebe glasanja o planu.⁹ Često se u sudskoj praksi postavlja kao sporno pitanje da li u ovoj situaciji stečajni sudija ima ovlašćenje da povodom procene angažuje stručno lice ili procenu mora izvršiti samostalno. U tom smislu moguće je da zakonopisac pri kakvim budućim izmenama zakonskog teksta ima u vidu i potrebu za ovim vidom intervenisanja.

U pogledu mera obezbeđenja u postupku povodom plana reorganizacije predlog je stečajnih sudija da se omogući i pojedinačno određivanje propisanih mera, a ne isključivo u zbiru. Naime, u skladu sa članom 159b Zakona o stečaju, na predlog podnosioca plana i zainteresovanog lica moguće je odrediti meru sprečavanja promene finansijskog i imovinskog položaja stečajnog dužnika, koja obuhvata: (1) imenovanje privremenog stečajnog upravnika; (2) zabranu plaćanja sa računa dužnika, bez saglasnosti sudije ili privremenog stečajnog upravnika; (3) zabranu raspolaganja imovinom dužnika bez saglasnosti sudije ili privremenog stečajnog upravnika; (4) zabrana određivanja i sprovođenja izvršenja i pokretanja postupka vansudskog namirenja; (5) zabranu sprovođenja naloga za prinudnu naplatu od strane ovlašćene organizacije. U zakonskoj odredbi govori se o "meri obezbeđenja", iako ih suštinski ima pet. Zbog toga se i navedena norma tumači tako da je prilikom određivanja ove mere obezbeđenja nužno definisati svih pet propisanih mera koje ona sadrži. Ipak, preporuka je stečajnih sudija da se izmenama zakonskog teksta omogući ne samo određivanje svih pet pomenutih mera, već da, zavisno od okolnosti slučaja, može biti određena jedna ili više njih.

⁹ O proceni osporenih potraživanja za potrebe glasanja, v. Vuk Radović, *Stečajno pravo*, Knjiga druga, Beograd, 2017, 248, 294.

Preporuka je sudija i da se u okviru mera plana propiše donja granica mogućnosti otpusta duga, maksimalno do 50%. Na taj način se žele preduprediti potencijalne zloupotrebe prilikom podnošenja i usvajanja planova reorganizacije u praksi. 6) Na kraju, u ovom delu izdvaja se i preporuka sudija upućenih u pogledu potrebe izmene načina dostavljanja rešenja kojim se potvrđuje da je plan reorganizacije usvojen. Odredbom člana 166. stav 3. Zakona o stečaju propisano je da se pomenuto rešenje objavljuje na oglasnoj tabli suda i dostavlja stečajnim, različnim i založnim poveriocima, stečajnom dužniku i podnosiocu plana, ako to nije stečajni dužnik. Navedeni normativni okvir stvara značajne tehničke poteškoće u praksi, posebno u situacijama kada plan sadrži značajan broj poverilaca. U tim situacijama postupak dostavljanja svim poveriocima ne samo da poskupljuje proceduru već i uveliko odlaže nastupanje pravnosnažnosti plana reorganizacije, a samim tim i njegovu primenu. Otuda je preporuka suda da se, u slučaju noveliranja stečajnog zakona, naročita pažnja obrati na potrebu izmene načina dostavljanja navedenog rešenja.

*Predlozi za izmenu odredaba o unovčenju imovine
stečajnog dužnika*

Druga grupa predloga sudija u opisanom prikazu klasifikovana je prema potrebama za *izmenama pojedinih odredbi o unovčenju imovine stečajnog dužnika*. U ovom delu se prvenstveno primećuje nastojanje sudija da predlože izmene kojim bi se ubrzao postupak unovčenja imovine. S jedne strane, postoje predlozi koji upućuju na potrebu da se ograniči rok za unovčenje imovine, pri čemu bi se, u slučaju nemogućnosti unovčenja u tom roku, predvidela mogućnost prenosa neunovčene imovine na poverioce. S druge strane, postoje predlozi koji su usmereni na propisivanje roka kojim se stečajni upravnik obavezuje na nuđenje na prodaju imovine koja ne predstavlja predmet obezbeđenja razlučnog, odnosno založnog poverioca. S tim u vezi, upućuju da se postojeće rešenje koje se odnosi na različne i založne poverioce, proširi i na imovinu koja nije opterećena različnim, odnosno založnim pravom. Tako bi se obaveza nuđenja na prodaju imovine, najkasnije u roku od šest meseci od dana pravnosnažnosti rešenja o bankrotstvu,¹⁰ odnosila na celokupnu imovinu stečajnog dužnika.

Druga grupa predloga usmerena je na izuzetno sporno zakonsko rešenje o mogućnosti ulaganja prigovora na izvršenu prodaju imovine. Prvenstveno se ukazuje da je noveliranjem zakonskog teksta u 2017. godini, izbrisana odredba koja je

¹⁰ Zakon o stečaju, čl. 133a st. 1.

omogućavala zainteresovanim licima izjavljivanje prigovora na izvršenu prodaju imovine. Nepostojanje mogućnosti izjavljivanja ovog prigovora dovodi do uskraćivanja prava zainteresovanim licima da "primedbuj" na nepravilnosti uočene u postupku prodaje, kojih zasigurno ima u praksi. Zbog toga se radi o izuzetno važnom pravnom sredstvu, za čijim zakonskim regulisanjem u stečajnom postupku postoji nužna potreba. Uz to, posebno je važno predvideti da se o prigovorima na predloženu i izvršenu prodaju odlučuje u formi rešenja, a ne zaključkom. Ovo iz razloga što se često prigovori odnose na izuzetno složena pitanja organizovanja prodaje imovine i pravilnosti sprovođenja tog postupka. Zato je na odluke stečajnih sudija najpoželjnije omogućiti pravo žalbe. Na kraju, preporuka sudija u ovom delu je i da se predvidi krajni rok za izjavljivanje prigovora na izvršenu prodaju, u cilju pravne sigurnosti i poštovanja načela hitnosti stečajnog postupka.

Određeni broj predloga usmeren je i na brisanje zakonske odredbe kojom se stečajni sudija obavezuje na donošenje rešenja o konstataciji prodaje, nakon njenog sprovođenja i nalaganja da se u nadležnim registrima izvrši upis prava svojine na predmetu prodaje nakon izvršene uplate prodajne cene. Uz to, ugovor o prodaji bi u toj situaciji bilo nužno overiti, odnosno solemnizovati kod javnog beležnika. Na ovaj način određene stečajne sudije upućuju na rešenje kojim bi prodaja u stečaju bila okončana zaključenjem ugovora o prodaji overenim kod javnog beležnika, a do prelaska svojine na kupca došlo bi tek nakon podnošenja zahteva za upis u nadležni registar i to na inicijativu kupca. Time bi ugovor o prodaji u stečaju predstavljao samo osnov za sticanje prava svojine (lat. *iustus titulus*) a upis, iniciran od strane kupca, činio bi način sticanja (lat. *modus acquirendi*). Time bi se izbegao postojeći pristup putem kojeg rešenje o konstataciji prodaje ima konstitutivni karakter i predstavlja originarni način sticanja prava svojine na imovini koja je bila predmet prodaje u stečajnom postupku. Loša strana ovog predloga je to što ukoliko bi se on sledio, uvećao bi se rizik kupovine imovine u stečaju, pa samim tim bi ostvarena cena potencijalno bila znatno manja.

Predlog za izmenu odredbe o iznosu predujma troškova za mikro lica

Dok su prva i druga klasifikacija predstavljene kao grupe srodnih predloga sudija u vezi prodaje imovine i reorganizacije, treći predlog sudija upućuje samo na jednu zakonsku normu. Po tome je ovaj predlog naročito specifičan, zbog svoje zastupljenosti. Predlog sudija *da se izvrši promena odredbe čl. 59 st. 2 tač. 1 Zakona o stečaju* zastupljen je u 25,64% analiziranih izjava. Ovom odredbom predviđeno je da iznos predujma troškova za otvaranje stečajnog postupka prema mikro pravno licu ne može biti veći od 50.000,00 dinara.

Nasuprot očekivanjima, nakon smanjenja predujma za mikro privredna društva nije došlo do povećanja broja pokrenutih stečajnih postupaka. Velika većina tih društava, čiji su računi blokirani ili koja su u međuvremenu dospela u finansijske poteškoće, i dalje su van stečaja. Navedeni iznos nije dovoljan za podmirenje osnovnih troškova vođenja postupka. U najkraćem, samo troškovi oglašavanja otvaranja, zakazivanja završnog ročišta i rešenja o zaključenju stečajnog postupka, koji su obavezni i nezaobilazni u najjednostavnijem stečajnom postupku bez imovine podobne za unovčenje, odnose gotovo polovinu predujmljenih troškova. Ukoliko se tome pridodaju troškovi sastavljanja izveštaja o ekonomsko-finansijskom položaju dužnika, kao i ispitivanja potraživanja, može se zasigurno reći da ne postoji interes stečajnog upravnika za vođenje ovih postupaka. To je i razlog što u većem broju slučajeva stečajni upravnici, nakon imenovanja, podnose zahtev za njihovo razrešenje u takvim stečajnim postupcima. U tom smislu je pomenuti predlog za noveliranje pomenute odredbe usmeren ka uvećanju minimalnog iznosa predujma za otvaranje stečajnog postupka nad mikro pravnim licima. Taj iznos treba da bude uvećan, kako bi postojao minimalni interes stečajnog upravnika da, pored podmirenja nužnih troškova, može ostvariti i određeni skromni prihod. Alternativa je (čini se potpuno opravdana) da se smanje troškovi u pogledu otvaranja koji se odnose na troškove oglašavanja.

*Predlog za izmenu odredaba o načinu izbora
stečajnog upravnika*

Svakako očekivan predlog od strane stečajnih sudija je onaj koji se odnosi na način izbora stečajnog upravnika. Zastupljenost ove grupe predloga utvrđena je u 25,64% slučajeva. Na prvom mestu ovde treba imati u vidu kritikovanje metoda slučajnog odabira kao dominantnog u pogledu izbora stečajnog upravnika. Stečajne sudije smatraju da je u složenijim stečajnim postupcima nužno predvideti mogućnost da oni utiču na izbor stečajnog upravnika. To bi po njihovom stanovištu doprinelo efikasnosti vođenja stečajnog postupka. Isključivo poštovanje metoda slučajnog odabira može dvojako biti tumačeno. S jedne strane, postiže se objektivnost prilikom izbora stečajnih upravnika. Međutim, sposobnosti svakog stečajnog upravnika realno nisu podjednake. Zbog toga se doslednim sleđenjem pomenutog principa odabira mogu javiti situacije u okviru kojih vođenje stečajnog postupka biva praćeno brojnim problemima, zbog nedovoljnog znanja i iskustva stečajnog upravnika.

Pomenuti predlog stečajnih sudija ima najmanje dve implikacije. Prva se svakako odnosi na potrebu da se u složenijim situacijama predvidi mogućnost

stečajnog sudije da utiče na izbor stečajnog upravnika. S druge strane, naziru se manjkavosti u pogledu postupka sticanja licence za imenovanje stečajnog upravnika. Očigledno je da se radi o nedovoljnoj kontroli u okviru sistema za izdavanje licence stečajnog upravnika, s obzirom na to da kao upravnici mogu postupati lica sa nedovoljno znanja i iskustva za obavljanje tog posla u svim stečajnim postupcima. Stoga se čini da predlozi koji zagovaraju stepenovanje licence, zavisno od iskustva i znanja stečajnog upravnika, bili adekvatan način prevazilaženja ovog problema.

Predlog izmene odredbe člana 22. Zakona o stečaju

U okviru odredbe člana 22. Zakona o stečaju propisano je da u postupku sprovođenja stečaja nad pravnim licem koje je sa većinskim javnim ili društvenim kapitalom, kao i u slučaju kada se tokom stečajnog postupka promeni vlasnička struktura stečajnog dužnika tako da stečajni dužnik postane pravno lice sa većinskim javnim kapitalom, za stečajnog upravnika stečajni sudija imenuje zakonom propisanu organizaciju, Agenciju za licenciranje stečajnih upravnika (ALSU). Imenovanje ove organizacije za stečajnog upravnika često nailazi na brojne kritike. U pogledu predmetne analize, prisutnost predloga za izmenu navedene zakonske odredbe zabeležena je u 17,95%. U većini slučajeva se kritički osvrt vrši na neažurno postupanje ove organizacije, usmerenog ka većem prihodovanju od troškova stečajnog postupka. To se suprotstavlja osnovnom cilju stečajnog postupka, manifestovanom kroz što hitnije unovčenje i namirenje poverilaca.

Postupanje ALSU je od izuzetnog značaja i pri oceni povrede prava na suđenje u razumnom roku u stečajnim postupcima gde se ona javlja u ulozi stečajnog upravnika. Naime, kao jedan od značajnih činilaca koji utiču na nerazumno dugo trajanje stečajnih postupaka ističe se aktivnost tzv. "drugih državnih organa",¹¹ osim suda. Ovde se prvenstveno ima u vidu postupanje određenih organa i organizacija, poput: Agencije za restituciju, Republičke direkcije za imovinu, Republičkog geodetskog zavoda – Službe za katastar nepokretnosti, ali podjednako i ALSU, Agencije za osiguranje depozita (AOD).¹² Dakle, primećena je očigledna neefikasnost u postupanju u onim stečajnim postupcima u okviru kojih funkciju stečajnih upravnika vrše ALSU i AOD.

¹¹ *European Court of Human Rights, Judgment in Case of "Zimmermann and Steiner v. Switzerland"*, no. 8737/79, from 13. July 1983.

¹² Više: Marko Radović, "Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u stečajnom postupku, *Zbornik radova Nacionalno i međunarodno pravo – aktuelna pitanja i teme*, Tom I, Kosovska Mitrovica, 2017, 301–323.

Predlozi izmena usmereni su u dva pravca. Prvenstveno ka brisanju imperativnog zakonskog naređenja da ALSU mora biti imenovan za stečajnog upravnika u stečajevima sa tzv. društvenim, odnosno državnim kapitalom. Prisutni su i predlozi za propisivanje odgovornosti ALSU zbog neažurnog, odnosno neadekvatnog postupanja. Povodom ove druge grupe predloga vredno je pomenuti da je u okviru sudske prakse postalo ustaljeno stanovište da zbog nepostupanja po nalogima suda, kao vida zloupotrebe prava i narušavanja procesne discipline, “stečajni sudija može izreći novčanu kaznu stečajnom upravniku i u situaciji kada te poslove obavlja ovlašćena Agencija, shodnom primenom odredaba Zakona o parničnom postupku”.¹³

Predlozi izmena odredaba o roku za prijavu potraživanja

Prijave potraživanja se u stečajnom postupku mogu podneti najkasnije u roku od 120 dana od dana objavljivanja oglasa o otvaranju stečajnog postupka u *Službenom glasniku RS*.¹⁴ Sve prijave podnete po isteku tog roka biće odbačene kao neblagovremene. Ovo je važeće zakonsko rešenje u pogledu roka za prijavu potraživanja. Ranije važeći Zakon o stečajnom postupku nije propisivao granice navedenog roka, pa je u sudskoj praksi bilo ustaljeno stanovište da se potraživanje može prijaviti sve do momenta glavne deobe. S tim u vezi, upravo pojedine stečajne sudije kritikuju postojeće stanovište, obrazlažući da objavljivanje u *Službenom glasniku RS* ne može predstavljati adekvatan način obaveštavanja većine poverilaca o rokovima za prijavu potraživanja. Zbog toga, pomenutu odredbu treba promeniti u pravcu produženja navedenog roka.

Nasuprot ovim, postoje i predlozi da se u stečajnim postupcima nad mikro pravnim licima, gde je imovina stečajnog dužnika mala ili nezatna, rokovi za prijavu potraživanja dodatno skrate, radi efikasnosti i ekonomičnosti postupanja. Tako se predlaže da u ovim stečajnim postupcima rok za prijavu potraživanja bude sveden na 60 dana od dana objavljivanja pomenutog oglasa.

Iako međusobno suprotstavljeni, između ovih predloga je moguće pronaći i kompromisno rešenje. Tako je moguće rokove stepenovati na način što u stečajnim postupcima mikro pravnih lica, gde nema zaposlenih i imovina je male, odnosno nezatne vrednosti, rok za prijavu potraživanja može biti skraćen do 60

¹³ *Bilten sudske prakse Privrednog apelacionog suda*, br. 3, 2018, Pitanja i odgovori – stečajno pravo, odgovor na pitanje br. 14, Beograd, 2018, 130–131.

¹⁴ Zakon o stečaju, čl. 111 st. 5.

dana, dok u ostalim postupcima, sa većim brojem poverilaca, naročito zaposlenih lica, rok za prijavu potraživanja može biti produžen. Sve to, naravno, zavisi od intencije zakonodavca.

Predlozi izmena odredaba o statusu založnog poverioca

I pored definisanja pojma “založnih poverilaca”¹⁵ sprovedenog zakonskim izmenama iz 2014. godine, opstale su i dalje brojne nedoumice povodom regulisanja njihovog položaja. Jedna od najvećih dilema se odnosi na pitanje njihovog namirenja. Postupak njihovog namirenja regulisan je na istovetan način kao i namirenje razlučnih poverilaca. Iz ostvarene prodajne cene predmeta obezbeđenja, namiruju se prioritetno troškovi prodaje i drugi neophodni troškovi, potom nagrada stečajnom upravniku, a zatim se isplaćuju potraživanja založnih poverilaca u roku od 5 dana od kada je stečajni upravnik primio prodajnu cenu.¹⁶ Međutim, ovde se može javiti dilema da li glavno potraživanje založnog poverioca prema trećem licu postoji u momentu kada je stečajni upravnik dužan da njemu izvrši isplatu. Donekle, ova dilema je i umanjena po donošenju novog Pravilnika o utvrđivanju nacionalnih standarda za upravljanje stečajnom masom (*Službeni glasnik RS*, br. 62/2018). Njime je u okviru Nacionalnog standarda br. 5, deo VIII, predviđena obaveza stečajnog upravnika da, pre namirenja založnog poverioca, pribavi dokaz (izjavu založnog poverioca) da on nije namiren u celosti ili delimično u roku dospelosti glavnog potraživanja kod glavnog dužnika. Ipak, još uvek izostaje jasno zakonska odredba o tome na koji način postupiti u situaciji kada založni poverilac ne obavesti stečajnog upravnika o izvršenoj naplati potraživanja od glavnog dužnika ili o tome ne dostavi tačne informacije. U tom smeru usmereni su i predlozi stečajnih sudija za izmenu stečajnog zakona.

Ipak, imajući u vidu važeći normativni okvir, rešenje u ovoj situaciji može se pronaći u primeni odredbe člana 204a Zakona o stečaju, kojom se propisuje da lice koje naplati svoje potraživanje od jemca ili glavnog dužnika, a ne obavesti o tome sud u roku od osam dana, biće kažnjeno novčanom kaznom od 500.000 dinara do 10.000.000 dinara. Iz ove odredbe posredno proističe obaveza založnog poverioca da u roku od osam dana od naplate potraživanja od glavnog dužnika, o tome obavesti sud. Svakako, budućim zakonskim izmenama, ovu bi obavezu tre-

¹⁵ Zakon o stečaju, čl. 49 st. 5–7, 2014..

¹⁶ Zakon o stečaju, čl. 133 st. 11, 2014.

balo i dodatno potkrepiti izričitim naređenjem založnom poveriocu da o izvrše-
noj naplati od glavnog dužnika obavesti sud najkasnije u roku od osam dana.

Druga sporna situacija se javlja u slučaju kada u momentu prodaje imovine
koja čini predmet obezbeđenja založnog poverioca, njegovo potraživanje prema
glavnom dužniku još uvek nije dospelo. Ukoliko potraživanje nije dospelo do tre-
nutka kada stečajni upravnik treba da izvrši isplatu založnom poveriocu u skladu
sa odredbom člana 133. Zakona o stečaju, stečajni upravnik ne može izvršiti ispla-
tu. Suprotno bi značilo da se izmiruje dug dužnika pre dospeća i dovodi do rea-
lizacije založnog prava isplatom dobijenog iznosa pre no što su se stekli zakonski
uslovi za to.¹⁷

Stoga, u situaciji kada u momentu prodaje imovine koja čini predmet obez-
beđenja založnog poverioca njegovo glavno potraživanje prema trećem licu nije
dospelo, stečajni upravnik će sve do završne deobe držati sredstva namenjena na-
mirenju založnog poverioca kao rezervisana. Ukoliko do tog momenta potraživa-
nje dospe, stečajni upravnik će namiriti založnog poverioca. Ako to ne bude slu-
čaj, sredstva će biti iskorišćena za isplatu troškova stečajnog postupka, obaveza
stečajne mase i namirenje stečajnih poverilaca.

Predlog inkorporiranja zabrane osnivanja novog društva licu odgovornom za stečaj

Iako ne u značajnijem procentu prisutan (5,13%), naročito se interesantnim
smatra predlog stečajnih sudija za uvođenje zabrane osnivanja novog društva licu
odgovornom za stečaj. Ovde se predlog stečajnih sudija ograničava samo na kon-
trolnog člana društva. Međutim, odgovornost za povredu dužnosti prema druš-
tvu u situaciji tzv. "pretećeg stečaja" proširuje se i na direktore društva, odnosno
likvidacione upravnike. Isto se klasifikuju i različite vrste odgovornosti, počev od
imovinske, statusne do krivične.¹⁸

Pomenuti predlog spada u meru represije u odnosu na lice koje se smatra
odgovornim za stečaj. Nasuprot tome, u okviru Direktive EU o preventivnom re-
strukturiranju i insolventnosti iz 2019. godine,¹⁹ predlaže se propisivanje mini-

¹⁷ Gordana Ajnšpiler Popović, "Pojam i položaj založnog poverioca", *Bilten sudske prakse
privrednih sudova*, br. 4, Beograd, 2015, 366.

¹⁸ Više o tome: Borko Mihajlović, "Posebne dužnosti u periodu rizika od stečaja", *Anali
Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3, Beograd, 2019, 186–215.

¹⁹ Direktiva (EU) 2019/1023 od 28. juna 2019. godine o okvirima za preventivno restruktu-
riranje, otpust duga i zabranama, odnosno merama za povećanje efikasnosti postupaka koji se od-

muma dužnosti direktora u slučaju postojanja verovatnosti stečaja. Predlaže se da direktor mora u toj situaciji uzeti u obzir interese poverilaca, imalaca udela odnosno akcija društva. Tako se sa dominantnosti vođenja računa o interesima društva nameće interes poverilaca i članova kao prioritet. Isto tako, ukazuje se na potrebu da se preduzmu koraci za izbegavanje insolventnosti, kao i na potrebu za uzdržavanjem od namernog delovanja, odnosno delovanja s krajnjom nepažnjom, kojim se ugrožava održivost poslovanja.

Pojedinačna zapažanja stečajnih sudija

Problem zaštite prava na suđenje u razumnom roku u stečajnom postupku u nekoliko godina unazad postaje jedan od gorućih. Ovo naročito zbog toga što odredbe kojima se reguliše ova zaštita u većoj meri nisu kompatibilne duhu stečajnog zakona. Zbog toga je i u okviru ovog istraživanja zabeleženo stanovište o potrebi usklađivanja odredaba Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, koji je *sedes materiae* u ovoj oblasti, sa duhom i prirodom stečajnog postupka. Iako je ovaj predlog bio zabeležen u procentu od 5,13%, važnost pitanja na koje se ukazuje budi posebnu pažnju. Ovde je svakako mesto pomenuti i potrebu usklađivanja zakona kojim se reguliše postupak restitucije (vraćanja oduzete imovine) i stečajnog zakona.

U istovetnom procentu zabeleženo je prisustvo predloga za usklađivanje odredaba kojima se reguliše postupak prinudnog poravnjenja sa stečajnim postupkom. Naime, novelama Zakona o privrednim društvima u toku 2018. godine, u većoj meri izmene su pretrpele norme kojima se reguliše postupak prinudne likvidacije.²⁰ U slučaju ispunjenja zakonskih uslova, prinudna likvidacija se pokreće po službenoj dužnosti od strane ovlašćene organizacije (Agencije za privredne registre).²¹ Međutim, u toku postupka prinudne likvidacije može doći do ispunjenja stečajnog razloga, u skladu sa kojim je podnet predlog za otvaranje stečajnog postupka. Na pitanje da li će podneti predlog za otvaranje stečajnog postupka imati prioritet u odnosu na postupak likvidacije, zakonodavac ne daje odgovor. Odgovor je dala sudska praksa, koja je stala na stanovište da je stečajni postupak moguće otvoriti i u slučaju kada se dužnik nalazi u prinudnoj likvidaciji. Po-

nose na restrukturiranje, insolventnost i otpust duga i o izmeni Direktive (EU) 2017/1132 (Direktiva o restrukturiranju i insolventnosti), čl. 19.

²⁰ Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83–2014 – dr. zakon, 5/2015, 44/2018, 95/2018 i 91/2019, čl. 546–548.

²¹ Više: Ljubiša Dabić, "Postupak prinudne likvidacije privrednih društava u Republici Srbiji", *Pravo i privreda*, br. 4–6, Beograd, 2019, 63–64.

red navedenog, još jedna zakonska odredba iz materije prinudne likvidacije budi naročitu pažnju. Njome je propisano da nakon brisanja društva iz registra privrednih subjekata (po okončanom postupku prinudne likvidacije), kontrolni član društva s ograničenom odgovornošću i kontrolni akcionar akcionarskog društva odgovara neograničeno solidarno za obaveze društva i nakon brisanja društva iz registra.²² To znači da kontrolni član neograničeno solidarno odgovara celokupnom svojom imovinom za obaveze društva koje su prestale u postupku prinudne likvidacije. Tako bi u situaciji kada je društvo u stečaju, kontrolni član nekog društva u prinudnoj likvidaciji, u skladu sa pomenutom logikom zakonodavca, postao neograničeno odgovoran za obaveze društva brisanog nakon prinudne likvidacije. Takvom regulativom otvaraju se brojna pitanja kao sporna, počev od načina regulisanja prirode obaveze stečajnog dužnika prema poveriocima prestalog društva okončanjem prinudne likvidacije, odnosno da li je to obaveza stečajne mase po svojoj prirodi. Takođe, da li je uopšte moguće da stečajni dužnik prioriteto izmiruje obaveze prema poveriocima svog zavisnog društva prestalog prinudnom likvidacijom u odnosu na svoje poverioce. Sve su to sporna pitanja koja je zakonodavac preneo na teret sudske prakse, što je nedopustivo.

Iako nije zastupljen u većoj meri (5,13%), po svom značaju izdvaja se i predlog stečajnih sudija o regulisanju prenosa imovine poveriocima dužnika u slučaju nemogućnosti njenog unovčenja u stečajnom postupku. Ovo pitanje nije detaljno regulisano odredbama Zakona o stečaju, što po mnogima predstavlja pravnu prazninu. S druge strane, potreba za inkorporiranjem ovih odredaba u stečajni zakon stvorili bi se uslovi za brže okončanje stečajnih postupaka u velikom broju slučajeva gde unovčenje imovine faktički nije moguće izvršiti.

Još od donošenja Zakona o stečaju, krajem 2009. godine, opstala je dilema da li poveriocima pripada pravo na kamatu po sili zakona, ukoliko za to nastupe zakonski uslovi ili je nužno istu opredeliti u prijavi potraživanja. Ovu dilemu dodatno produbljuje dominantan stav sudske prakse da kamata nakon otvaranja stečaja može biti isplaćena samo u slučaju da je poverilac istu opredelio u prijavi potraživanja.²³ Ipak, ostaje sporno da li je pomenuti zaključak u duhu normativnog stečajnog okvira. Prvenstveno, stečajnim zakonom je poverilac naročito obavezan da pored glavnice opredeli i obračunatu kamatu.²⁴ Obračunati se može samo kamata do otvaranja stečajnog postupka. Potom, imperativnim zakonskim

²² Zakon o privrednim društvima, čl. 548 st. 4.

²³ *Bilten sudske prakse privrednih sudova, br. 4/2016*, pitanje br. 22 (deo: stečajni postupak), Beograd, 2016, 254–255; *Radni materijal sa XXVII savetovanja sudija privrednih sudova Republike Srbije*, Zlatibor 2019, pitanje br. 20 (deo: stečajno pravo), 181.

²⁴ Zakon o stečaju, čl. 111 st. 1 tač. 5.

određenjem garantovano je pravo razlučnom poveriocu da će mu obračun kamate biti vršen i nakon otvaranja stečajnog postupka do visine realizovane vrednosti predmeta obezbeđenja. Čak i nakon toga, razlučnom poveriocu se omogućuje ne samo pravo na obračun, već i isplatu kamate, ako posle izmirenja svih potraživanja postoje raspoloživa sredstva i ukoliko to odobri stečajni sudija. Isto važi i za stečajne poverioce. Svima njima nigde nije izričito naznačeno da u prijavi potraživanja moraju opredeliti i zahtev za isplatu kamate za period nakon otvaranja stečajnog postupka. Zbog toga je intervencija zakonodavca nužna i po ovom pitanju.

Stečajne sudije su ukazale i na potrebu za propisivanjem detaljnijeg zakonskog okvira o okončanju stečajnog postupka u slučaju kada je imovina dužnika neznatne vrednosti. Propisivanjem samo da se u toj situaciji stečajni postupak zaključuje bez odlaganja,²⁵ ostaju otvorena pitanja potrebe za ispitivanjem potraživanja poverilaca, održavanjem završnog ročišta i sl.

Na kraju, vredno je pomenuti i da je zabeležen predlog kojim se insistira na reafirmisanju odredaba o tzv. "automatskom stečaju" društava čiji se računi nalaze u trajnijoj blokadi, uz drugačiji pristup posebno u pogledu odredaba koje su doprinele neustavnosti ovog postupka.²⁶ S obzirom na izmene Zakona o privrednim društvima koji se odnose na potupak prinudne likvidacije, čini se da prestaje potreba za automatskim stečajem, koji je pokušao da otkloni tadašnje nedostatke Zakona o privrednim društvima.

ZAKLJUČAK

Nastojanje autora u radu bilo je da na sistematičan način utvrde i klasifikuju predloge stečajnih sudija o potrebi izmena stečajnog zakona. Time se nazire i mišljenje sudija u kom pravcu stečajni postupak treba da bude strukturisan. Izneti predlozi i ideje upućuju na zaključak da prilikom kakvih budućih izmena stečajnog zakona ili pisanja novog, učešće stečajnih sudija mora biti neizostavno, a njihovo mišljenje ne sme biti zanemareno. Jedino tako bi određeni predlozi, koji se žele implementirati u zakonski tekst, mogli nesumnjivo biti usklađeni sa potrebama onih koji pravo primenjuju, što neposredno utiče na efikasnost i kvalitet sprovođenja stečajnog postupka. Zaključak je autora da je najpogodniji momenat za to prilikom predstojećih izmena koje imaju za cilj prilagođavanje srpskog stečajnog okvira tekstu nove Direktive o restrukturiranju EU.

²⁵ Zakon o stečaju, čl. 13 st. 2.

²⁶ O tome: Nebojša Jovanović, "Stečajna nacionalizacija (konfiskacija) u Srbiji", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, Beograd, 2010, 130–149.

Dr. BRANKO RADULOVIĆ
Associate Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

MARKO RADOVIĆ
Judge at Commercial Court in Belgrade

ATTITUDES AND PROPOSALS OF BANKRUPTCY JUDGES ON THE NEED FOR AMENDMENTS TO THE BANKRUPTCY LAW

Summary

Frequent changes of the Serbian Law on Bankruptcy during the last decade have often been criticized by bankruptcy judges, not only in terms of the expediency and quality of the proposed changes, but also in terms of their nomotechnical design. The fact that the views of bankruptcy judges were not properly represented in the last several amendments to the legal text caused a special echo of these criticisms. The opinion of those who apply the bankruptcy law on a daily basis was not fully taken into account. Our paper examines opinions of Serbian bankruptcy judges and their views on the need to amend certain provisions of the Bankruptcy Law. The results provide lawmakers with the opinions of those who apply the law and through court decisions try to overcome the shortcomings of the bankruptcy law. However, authors conclude that the next amendments that would introduce some of suggestions presented in this should take place in parallel with the forthcoming changes that aim to adjust Serbian bankruptcy framework with the text of new EU Restructuring Directive.

Key words: bankruptcy law, bankruptcy judges, attitudes of judges, proposed amendments

Literatura

- Ajnšpiler Popović G., "Pojam i položaj založnog poverioca", *Bilten sudske prakse privrednih sudova*, br. 4, Beograd, 2015.
- Ayotte K., Yun, H. "Matching Bankruptcy Laws to Legal Environments", *The Journal of Law, Economics and Organization*, Tom 25, br. 1, 2007.
- Dabić Lj., "Postupak prinudne likvidacije privrednih društava u Republici Srbiji", *Pravo i privreda*, br. 4–6, Beograd, 2019.
- Davydenko S. A., Franks J. R., "Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany and the U.K", *The Journal of Finance*, Tom 63, br. 2, 2008.
- Claessens S., Klapper L. F., "Bankruptcy around the World: Explanations of Its Relative Use", *American Law and Economics Review*, Tom 7, br. 1, 2005.
- Jovanović N., "Stečajna nacionalizacija (konfiskacija) u Srbiji", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, Beograd, 2010.
- Mihajlović B., "Posebne dužnosti u periodu rizika od stečaja", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3, Beograd, 2019.

- Radović M., “Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u stečajnom postupku, *Zbornik radova “Nacionalno i međunarodno pravo – aktuelna pitanja i teme”*, Tom I, Kosovska Mitrovica, 2017.
- Radović V., *Stečajno pravo*, Knjiga druga, Beograd, 2017.
- Radović V., Radulović B., “Prearranged Reorganization Plans in Serbia – Form over Substance”, *European Business Organization Law Review*, Tom 19, br. 2, 2018.
- Radulović B., Radović M., “Bias and Predictability in Judicial Decisions Involving Corporate Restructuring: Evidence from Serbia”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Beograd, 2020.
- Radulović B., Radović M., “Nezakonitost u postupanju povodom unapred pripremljenih planova reorganizacije”, *Pravo i privreda*, br. 4–6, Beograd, 2019.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 17.09.2020.

Prihvaćen: 29.09.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

PRAVNE STRANPUTICE KOD PRODAJE DUŽNIKA U STEČAJU

U stečajnom zakonodavstvu i pravnoj teoriji Republike Srpske i Srbije nedovoljno su razgraničeni instituti prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica i prodaje imovine stečajnog dužnika u celini. U Zakonu o stečaju Srbije postupak i uslovi primene oba instituta se bezmalo na jedinstven način uređuju. Zakonom o stečaju Republike Srpske posebno se uređuje institut prodaje dužnika kao pravnog lica, dok se institut prodaje dužnikove imovine kao celine predviđa kao jedna od mera u sklopu plana reorganizacije. Zakonodavac RS-a zanemaruje činjenicu da je prodaja dužnikove imovine kao celina moguća i u redovnom stečajnom postupku i da je potrebno da se ona podrobnije pravno uredi, imajući u vidu njene značajne ekonomske i pravne efekte za stečajnog dužnika i stečajne poverioce. Zakonodavac Srbije ne vodi dovoljno računa o zaštiti interesa poverilaca i pravima vlasnika kapitala kod primene ovih instituta. U ovom članku se analiziraju osobenosti oba pravna instituta i uočavaju pravne praznine i manjkavosti u njihovom uređenju u pravima Republike Srpske i Srbije. Autor se zalaže za izmene stečajnog zakonodavstva unošenjem, odnosno dopunjavanjem odredaba kojima bi se uredili ovi instituti, pri čemu kao uzori mogu poslužiti hrvatsko i nemačko pravo.

Ključne reči: stečaj, prodaja stečajnog dužnika kao pravnog lica, prodaja imovine stečajnog dužnika kao celine

Prof. dr Dijana Marković-Bajalović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu, e-mail: dijana.markovicbajalovic@pravni.ues.rs.ba.

U V O D

Prodaja dužnika u stečaju zaokuplja pažnju teoretičara i praktičara stečajnog prava. Smatra se da ovaj metod unovčenja stečajne mase ima prednosti nad klasičnom prodajom pojedinačnih stvari ili prava iz dužnikove imovine. Ovim načinom prodaje može se dobiti veći iznos novca za stečajnu masu, pri čemu se troškovi stečaja smanjuju. Samim tim, poverioci se namiruju u većem iznosu. Nije zanemarljiva ni činjenica da se stečajni postupak brže okončava. Sve zajedno doprinosi većoj efikasnosti stečajnog postupka. Unovčenje stečajne mase jednom transakcijom ima i svoje mane. Najveći problem predstavlja pravilno određivanje prodajne cene. Strana iskustva pokazuju da se dužnik, po pravilu, prodaje po znatno manjoj ceni nego što realno vredi. Razlog tome su, najčešće, privatni interesi lica uključenih u prodaju (stečajnog upravnika, ili uprave dužnika u jurisdikcijama koje predviđaju mogućnost samostalne uprave dužnika u stečaju) i nedovoljan kapacitet sudova da procene stvarnu vrednost dužnikovog poslovanja/imovine. Mehanizmi pravne zaštite interesa poverilaca koji su razrađeni u zakonodavstvima sa dugom tradicijom stečajnog zakonodavstva, pokazali su neadekvatnim da razreše taj problem.¹

Institut prodaje dužnika nije nov u našem zakonodavstvu.² Uprkos tome, on još uvek nije adekvatno regulisan. Domaće zakonodavstvo o stečaju,³ a u izvešnoj meri i pravna teorija, zanemaruju činjenicu da se dužnik može prodati na dva načina: tako što će se prodati dužnik kao pravno lice, i tako što će se unovčiti celina dužnikove imovine. Reč je o dva zasebna pravna instituta, koji zahtevaju različito pravno uređenje i izazivaju različite posledice u pogledu položaja stečajnog dužnika, njegovih poverilaca i članova.

Domaća naučna i stručna literatura mnogo više pažnje posvećuje institutu prodaje dužnika kao pravnog lica.⁴ Jedan od razloga tome je što zakonodavac taj

¹ Lynn M. LoPucki, Joseph W. Doherty, "Bankruptcy Fire Sales", *Michigan Law Review*, Tom 106, br. 1, 2007, 1–59.

² Institut prodaje dužnika uređivao je Zakon o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji, *Službeni list SFRJ*, br. 84/89 i *Službeni list SRJ*, br. 37/93 i 27/96, čl. 129–130. V. Marko Marjanović, "Uslovi za prodaju dužnika kao pravnog lica prema novim stečajnim propisima", *Pravo i privreda*, br. 10–12, Beograd, 2010, 177–178.

³ Za svrhe ovog rada, pojam domaće zakonodavstvo obuhvata zakonodavstvo Republike Srbije i Republike Srpske.

⁴ V. Mihailo Velimirović, "Ugovor o kupoprodaji stečajnog dužnika kao pravnog lica", *Zbornik radova u spomen prof. dr Miodraga Trajkovića*, (ur. Mirko Vasiljević), Beograd, 2006, 563–575; Mihailo Dika, "Prodaja stečajnog dužnika kao pravnog lica", *Svojinjski odnosi u pravnom poretku*, Tema V tradicionalnog susreta jugoslovenskih pravnika, održanog 12–14. decembra 1991. (ur. Slo-

institut izričito uređuje. Tako se Zakonom o stečaju Srbije propisuje da predmet prodaje može biti stečajni dužnik kao pravno lice.⁵ Odgovarajuću odredbu sadrži i Zakon o stečaju Republike Srpske.⁶ Zakonodavac RS-a zanemario je institut prodaje imovine stečajnog dužnika kao celine u redovnom stečajnom postupku, koji u praksi može imati slične povoljne efekte za namirenje poverilaca kao i institut prodaje dužnika kao pravnog lica.

U literaturi sa engleskog govornog područja ova dva instituta poznata su pod imenom *shares (stock) deal* (prenos akcija ili udela) i *asset deal* (prenos imovine). Ti instituti se redovno primenjuju izvan stečaja, kao sredstvo koncentracije privrednih subjekata,⁷ ali i u stečaju. U oba slučaja kupac stiče mogućnost upravljanja funkcionalnom imovinskom celinom, koja ima ekonomsku samostalnost – može samostalno da privređuje. Postupak, učesnici i pravna dejstva prodaje se, međutim, razlikuju zavisno od toga da li je predmet prodaje stečajni dužnik kao pravno lice ili imovinska celina čiji je titular stečajni dužnik. Za razliku od američke i zapadnoevropske pravne teorije, pojedini domaći autori stavljaju znak jednakosti između instituta prodaje dužnika kao pravnog lica i prodaje imovine dužnika kao celine u pogledu njihovih pravnih dejstava.⁸

Drugo, uvođenjem instituta reorganizacije u domaće zakonodavstvo, nije se povelu računa o tome da li prodaju stečajnog dužnika treba predvideti kao jednu od mera reorganizacije, ili je treba sprovoditi u klasičnom postupku stečaja koji vodi prestanku dužnika kao pravnog lica.⁹

U nastavku ovog rada ćemo analizirati oba pravna instituta, kako bi izdvojili njihove specifičnosti i probleme koje izaziva njihovo neadekvatno uređenje u našem pozitivnom zakonodavstvu. Prethodno je potrebno objasniti ko je subjekt stečaja, kako bi se lakše razumeo institut prodaje dužnika.

bodan Perović). Tom 2, 1991, 93–107; Vladimir Kozar, “Prodaja stečajnog dužnika i privatizacija”, *Informator*, br. 6, 2010, 20–27; Dragiša Slijepčević, “Pravni put zakonitog osporavanja prodaje imovine stečajnog dužnika”, *Pravni život*, br. 11, Beograd, 2019, 115–126; Marko Stojanović, “Pravne posledice prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica prema novim stečajnim propisima”, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom EU* (ur. Vuk Radović), 2017, 179–219.

⁵ Čl. 135, st. 1 Zakona o stečaju Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011 – dr. zakon, 71/20112 – odluka US, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 85/2018, dalje: ZoSS.

⁶ Čl. 158, st. 1 Zakona o stečaju Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 16/2016, dalje: ZoRS.

⁷ V. Patrick A. Gaughan, *Mergers, Acquisitions and Corporate Restructurings*, New York, 2002.

⁸ Mihailo Velimirović, *Stečaj privrednog društva*, Službeni glasnik, Beograd, 2019, 188–190.

⁹ Pojedina prava, kao što je pravo SAD, predviđaju obe mogućnosti: prodaju glavnine dužnikove imovine prema pravilima Glave 3, čl. 363, kao i prodaju u okviru postupka reorganizacije na osnovu Glave 11 *Bankruptcy Act*-a.

SUBJEKT STEČAJA

Domaće zakonodavstvo ne određuje dovoljno precizno pojam stečajnog dužnika, odnosno nad kojim licima se može voditi stečajni postupak. U čl. 1 st. 1 ZoSS, propisuje se da se tim zakonom uređuju uslovi i način pokretanja i sprovođenja stečaja nad pravnim licima. U čl. 14 na negativan način se definiše pojam stečajnog dužnika, tako što se nabrajaju pravna lica javnog prava u odnosu na koja je primena ZOSS isključena.¹⁰ Zakonom o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje, kao subjekti stečaja određeni su banke, društva za osiguranje i davaoci finansijskog lizinga.¹¹ Prema Zakonu o udruženjima,¹² udruženja su neprofitne organizacije zasnovane na slobodi udruživanja više fizičkih i pravnih lica, koja se osnivaju radi ostvarivanja ili unapređivanja određenog zajedničkog ili opšteg cilja ili interesa.¹³ Udruženja mogu ali ne moraju imati svojstvo pravnog lica. Svojstvo pravnog lica udruženje stiče upisom u registar udruženja.¹⁴ Udruženje koje je upisano u registar može prestati stečajem.¹⁵ Zakonom o sportu predviđeno je da se sportske organizacije mogu osnovati u formi sportskog udruženja ili privrednog društva.¹⁶ Na pitanja koja nisu uređena tim zakonom, shodno se primenjuju opšti propisi o udruženjima, odnosno privrednim društvima.¹⁷ Iz navedenog sledi da se stečaj može voditi nad pravnim licima privatnog prava. Naša te-

¹⁰ To su: Republika Srbija, autonomne pokrajine, jedinice lokalne samouprave, fondovi ili organizacije obaveznog penzijskog, invalidskog, socijalnog i zdravstvenog osiguranja, pravna lica čiji je osnivač Republika Srbija, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave, a koja se isključivo ili pretežno finansiraju kroz ustupljene javne prihode, ili iz republičkog budžeta, odnosno budžeta autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave, Narodna banka Srbije, Centralni registar, depo i kliring hartija od vrednosti i javne agencije. Privredni sudovi Republike Srbije stoje na stanovištu da se činjenica izvora finansiranja pravnih lica čiji je osnivač lice javnog prava (Republika Srbija, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave) mora pouzdano utvrditi, tako što će se posmatrati duži vremenski period – najmanje tri godine, a po potrebi i duže, zavisno od okolnosti slučaja. Privredni apelacioni sud, *Bilten sudske prakse privrednih sudova*, br. 2/19, Tematski broj, pitanje br. 26, 43–44.

¹¹ Čl. 1 Zakona o stečaju banaka i društava za osiguranje, *Službeni glasnik RS*, br. 14/2015 i 44/2018 – dr. zakon, dalje: ZSBDO.

¹² *Službeni glasnik RS*, br. 51/2009, 99/2011 – dr. zakon i 44/2018 – dr. zakon.

¹³ Čl. 2, st. 1.

¹⁴ Čl. 4, st. 2.

¹⁵ Čl. 49, st. 2, tač. 7.

¹⁶ Čl. 33 st. 1 Zakona o sportu, *Službeni glasnik RS*, br. 10/2016.

¹⁷ Čl. 33 st. 1.

orija takođe zastupa stanovište da se stečaj može voditi samo nad pravnim licima, ukazujući, ipak, na činjenicu da stečaj fizičkog lica poznaju mnoga strana prava, a da je ovaj institut ranije bio poznat i u našem stečajnom zakonodavstvu.¹⁸

U pravu Republike Srpske stečaj se takođe može voditi nad imovinom pravnih lica privatnog prava. Izuzetno, stečaj će se voditi nad imovinom fizičkog lica – ortaka u ortačkom društvu i komplementara u komanditnom društvu. ZoSRS-om se određuje da su ortaci u ortačkom društvu i komplementari u komanditnom društvu dužnici pojedinci.¹⁹ To određenje nije adekvatno, jer je subjekt stečaja ortačko ili komanditno društvo, a imovina ortaka i komplementara ulazi u stečajnu masu zbog toga što ortaci i komplementari po samom zakonu odgovaraju svom svojim imovinom za obaveze ortačkog, odnosno komanditnog društva.²⁰ Međutim, dužničko-poverilački odnos postoji između ortačkog ili komanditnog društva i njihovih poverilaca, budući da sva privredna društva u našem pravu, pa i društva lica imaju svojstvo pravnog lica i samim tim odgovaraju za obaveze svojom imovinom.²¹ Odgovornost ortaka i komplementara za obaveze društva je uporediva sa odgovornošću solidarnog jemca. Zakonsko određenje da su ortaci i komplementari dužnici pojedinci, te da se stečajni postupak protiv njih pokreće zahtevom stečajnog upravnika,²² vodi zaključku da su oni subjekt samostalnog stečajnog postupka, što nije u skladu sa prirodom njihove odgovornosti za obaveze društva čiji su članovi.

¹⁸ Mirko Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019, 679; Lucija Spirović-Jovanović, Ljubiša Dabić, *Trgovinsko pravo*, Beograd, 2011, 441; Vuk Radović, *Stečajno pravo*, Knjiga prva, Beograd, 2017, 146. U nemačkom pravu, sva fizička lica i pravna lica privatnog prava, uključujući i posebnu imovinu sa svojstvom pravnog lica (fondovi) mogu biti subjekt stečajnog postupka. Ulrich Keller, *Insolvenzrecht*, München, 2020, 51–60.

¹⁹ Čl. 3, st. 2 ZoSRS.

²⁰ ZoSRS ostavlja otvorenim pitanje da li se stečaj u slučaju ortačkog ili komanditnog društva vodi nad množinom subjekata – društvom i njegovim članovima koji neograničeno solidarno odgovaraju? Ukoliko bi odgovor bio potvrđan, oni bi činili procesnu zajednicu. Ortacima i komplementarima bi se moralo dozvoliti učešće u stečajnom postupku koji se pokreće u odnosu na društvo čiji su članovi, kako bi mogli da štite svoje interese. Ostaje otvoreno i pitanje da li bi i njih u takvom slučaju u stečajnom postupku zastupao stečajni upravnik? U nemačkom pravu ova dilema ne postoji jer je Stečajnim zakonom određeno da se stečaj može voditi i nad udruženjima građanskog prava bez svojstva pravnog lica (par. 11.2 *Insolvenzordnung*). Društva lica u nemačkom pravu nemaju svojstvo pravnog lica.

²¹ Čl. 2, st. 1 Zakona o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 127/2008, 58/2009, 100/2011, 67/2013, 100/2017 i 82/2019, dalje: ZPDRS.

²² Čl. 118 ZoSRS.

Subjekti stečaja u pravu Republike Srpske su privredna društva, uređena ZPDRS ili posebnim zakonima za pojedine privredne delatnosti.²³ Stečaj se može voditi i nad imovinom fondacija koje u pravu RS imaju svojstvo pravnog lica, za razliku od udruženja kojima to svojstvo nije zakonom izričito priznato.²⁴ Subjekti stečaja mogu biti i poljoprivredne zadruge,²⁵ kao i investicioni fondovi.²⁶ Stečaj se nad javnim preduzećima i drugim pravnim licima u kojima Republika Srpska ili jedinica lokalne samouprave ima većinsko učešće u kapitalu, može voditi pod uslovom da Vlada RS ili jedinica lokalne samouprave ne uskrati svoju saglasnost za vođenje stečajnog postupka u roku od 30 dana od dana dobijanja obaveštenja od stečajnog sudije.²⁷

PRODAJA DUŽNIKA KAO PRAVNOG LICA

Kada je reč o prodaji dužnika kao pravnog lica, u delu naše pravne teorije iznosi se stav da je predmet prodaje subjekt u pravu, koji se prodaje kao objekat prava.²⁸ Ovaj stav nije ispravan, jer ne postoji pravo svojine nad pravnim licem, koje bi se moglo prenositi prodajom. Jedino što može biti predmet prodaje su akcije, odnosno udeli u pravnom licu. Stoga bi se prodaja morala realizovati putem ugovora o prodaji udela/akcija. Stečajni dužnik zadržava svoj pravni subjektivitet, ali dolazi do promene vlasništva nad udelima, odno-

²³ Npr. Zakonom o bankama, *Službeni glasnik RS*, br. 4/2017, 19/2018 i 54/2019; Zakonom o tržištu hartija od vrednosti, *Službeni glasnik RS*, br. 92/2006, 34/2009, 8/2012 – odluka US, 30/2012, 59/2013, 86/2013 – odluka US, 108/2013 i 4/2017; Zakonom o mikrokreditnim organizacijama, *Službeni glasnik RS*, br. 64/2006 i 116/2011; Zakonom o štedno-kreditnim organizacijama, *Službeni glasnik RS*, br. 93/2006; Zakonom o društvima za osiguranje, *Službeni glasnik RS*, br. 17/2005, 1/2006 – ispr, 74/2010, 47/2017 i 58/2019.

²⁴ Čl. 2 st. 2 Zakona o udruženjima i fondacijama, *Službeni glasnik RS*, br. 52/2001 i 42/2005. Zakonom se ne određuje izričito da udruženje ima svojstvo pravnog lica, odakle sledi da se nad imovinom udruženja ne bi mogao voditi stečajni postupak, imajući u vidu da se stečajni postupak po Zakonu o stečaju RS može voditi nad imovinom pravnih lica i tačno određenih fizičkih lica. Svojstvo pravnog lica imaju samo udruženja kojima pravni poredak priznaje to svojstvo. Martin Vedriš, Petar Klarić, *Građansko pravo*, Narodne novine d.d., Zagreb, 2009, 38. Drugačije je rešenje predviđeno u nemačkom pravu. V. par. 11, st. 2, tač. 1 *Insolvenzordnung*-a.

²⁵ Čl. 2a Zakona o poljoprivrednim zadrugama, *Službeni glasnik RS*, br. 73/2008, 106/2009 i 78/2011.

²⁶ Čl. 3, st. 1 Zakona o investicionim fondovima, *Službeni glasnik RS*, br. 92/2006, 82/2015 i 94/2019.

²⁷ Čl. 3, st. 3 i 4 ZoSRS.

²⁸ Mihailo Velimirović, "Ugovor o prodaji stečajnog dužnika", *Pravni život*, br. 7–8, Beograd, 2004, 143; M. Marjanović, op. cit., 177.

sno akcijama društva dužnika. Kupac udela/akcija stiče pravo da upravlja društvom dužnikom u skladu sa opštim pravnim pravilima o privrednim društvima. U odnosu na društvo dužnika, stečajni postupak se obustavlja. Novac ostvaren prodajom udela/akcija u društvu dužniku ulazi u stečajnu masu, koja stiče svojstvo subjekta u pravu i upisuje se u odgovarajući registar. Zastupnik stečajne mase je stečajni upravnik, koji namiruje stečajne poverioce iz novca ostvarenog prodajom udela/akcija.²⁹ Prednost ovakvog načina unovčenja stečajne mase je u tome što novi vlasnik udela/akcija stiče mogućnost da upravlja društvom koje je oslobođeno dugova. Takav način prodaje pogodan je kada se u stečajnom postupku proceni da dužnik može da ekonomski isplativo posluje, a stečaj je prouzrokovan lošim upravljanjem ili uzrocima van kontrole dužnika. Prodaja dužnika kao pravnog lica može se koristiti i kao sredstvo privatizacije posrnutih privrednih društava u državnoj ili javnoj svojini.³⁰

Još jedna prednost prodaje dužnika kao pravnog lica u odnosu na ostale načine unovčenja stečajne mase je u tome što je ova transakcija jednostavna. Jednim pravnim poslom, ugovorom o prenosu udela, automatski se vrši prenos čitavog skupa prava – stvarnih, obligacionih, prava intelektualne svojine i dr. prava koja čine imovinu stečajnog dužnika.³¹ Tako, na primer, nema potrebe da se u katastru nepokretnosti vrši upis promene vlasnika nekretnina, jer je njihov vlasnik pravno lice koje i dalje postoji.³² Što je imovina društva dužnika veća i kompleksnija, to je ovaj način kupovine pogodniji za kupca.³³ Kupac takođe izbegava plaćanje poreza na prenos apsolutnih prava, budući da se titular tih prava ne menja – to je i dalje društvo-dužnik. Na ovaj način kupac može steći prava koja su inače neotuđiva, ili je njihov prenos na novog titulara skopčan sa složenim postupcima, uslovljen pribavljanjem odobrenja ili dozvola i sl. Tako, na primer, ukoliko društvo dužnik ima koncesiju za iskorišćavanje nekog prirodnog bogatstva ili dobra u opštoj upotrebi, sticanjem udela u društvu kupac stiče i mogućnost da privredno iskorišćava predmetnu koncesiju. Društvo dužnik zadržava svoje poslovno ime, poslovni ugled (eng. *goodwill*) i druga nematerijalna dobra.

²⁹ Čl. 159, st. 1–3 ZoSRS.

³⁰ V., V. Radović, op. cit., 544.

³¹ Suprotno: M. Velimirović, 2019, op. cit., 189.

³² Jasminka Obućina, "Prodaja stečajnog dužnika kao pravnog lica", *Bilten sudske prakse privrednih sudova*, br. 2, 2019, Tematski broj, 363.

³³ Andreas Cahn, David C. Donald, *Comparative Company Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, 627.

Odluku o prodaji stečajnog dužnika kao pravnog lica u pravu Republike Srpske donosi skupština poverilaca,³⁴ a u pravu Srbije potrebno je da saglasnost za takav način prodaje da odbor poverilaca i da se obaveste razlučni, odnosno založni poverioci.³⁵ Prodaju vrši stečajni upravnik, koji ima obavezu da napravi procenu njegove vrednosti,³⁶ odnosno celishodnosti takvog načina prodaje.³⁷

Postupak donošenja odluke o prodaji dužnika kao pravnog lica je podnормiran u ZoSRS. Tako nije jasno definisano da li je stečajni upravnik dužan da sačini procenu vrednosti dužnika pre nego što skupština poverilaca donese odluku o takvom načinu prodaje, ili to može da učini i naknadno? ZoSS i ZoSRS propisuju obavezu stečajnog upravnika da procenu vrednosti sačini pre izlaganja dužnika prodaji.³⁸ ZoSS eksplicitno propisuje obavezu stečajnog upravnika, u slučaju da on predlaže prodaju, da pribavi procenu celishodnosti takvog načina prodaje koju izrađuje ovlašćeno stručno lice (procenitelj).³⁹ ZoSRS ne sadrži odgovarajuće rešenje. Srpska pravna teorija izričita je u tome da poverilački organi daju saglasnost na prodaju na osnovu procene celishodnosti prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica koju dostavlja stečajni upravnik.⁴⁰ Osnov za takav stav nalaze u odredbama čl. 132 ZoSS, koje uređuju načine unovčenja i metode prodaje. Obaveza pribavljanja procene celishodnosti propisana je tim odredbama kako za slučaj prodaje dužnika kao pravnog lica, tako i za slučaj prodaje imovine stečajnog dužnika kao celine. Procena vrednosti dostavlja se sudu, odboru poverilaca i svakom poveriocu sa razlučnim, odnosno založnim pravom na dužnikovoj imovini koja je predmet prodaje.⁴¹

³⁴ Čl. 158, st. 1 ZoSRS. Ovoj odredbi suprotstavlja se odredba čl. 167 ZoSRS, prema kojoj je stečajni upravnik dužan da za pravne radnje od posebne važnosti pribavi saglasnost odbora poverilaca, a ako on nije formiran, onda saglasnost skupštine poverilaca. U pravne radnje od posebne važnosti zakonodavac ubraja prodaju privrednog društva. Nije jasno da li se ovde misli na prodaju privrednog društva čiji su udeli u vlasništvu društva-dužnika (prodaja zavisnog društva stečajnog dužnika) ili na prodaju stečajnog dužnika kao pravnog lica. S obzirom da čl. 158, st. 1 posebno reguliše institut prodaje dužnika kao pravnog lica, skloni smo stavu da se odredba čl. 167 primenjuje na prodaju zavisnog privrednog društva stečajnog dužnika. Smisao navedene odredbe postaje jasniji ako se posmatra u svetlu slične odredbe u Stečajnom zakonu Republike Hrvatske iz 1996. O tome više u delu o prodaji imovine stečajnog dužnika kao celine.

³⁵ Čl. 135, st. 1 ZoSS.

³⁶ Čl. 158, st. 4 ZoSRS.

³⁷ Čl. 132, st. 1 ZoSS.

³⁸ Čl. 158, st. 4 ZoSRS i čl. 135, st. 2 ZoSS.

³⁹ Čl. 132, st. 2 ZoSS.

⁴⁰ V. Radović, op. cit., 548; D. Slijepčević, op. cit., 116.

⁴¹ Čl. 132, st. 2 ZoSS.

Pitanje celishodnosti prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica je važno sa aspekta efikasnosti stečajnog postupka. Za poverioce je bitna procena da će se prodajom dužnika kao pravnog lica namiriti u većem iznosu i za kraće vreme nego što bi to bio slučaj da se ide na prodaju individualnih stvari i prava iz dužnikove imovine. Objektivni problem predstavlja nalaženje adekvatnog kupca. U slučaju prenosa vlasništva nad udelima u društvu, kupac dobija, slikovito rečeno, "mačku u džaku", jer ne zna šta sve čini dužnikovu imovinu i koje obaveze je terete. Kupac treba da pre kupovine podrobno ispita stanje imovine i obaveza (eng. *due diligence*) kako bi bio siguran da je cena koju plaća adekvatna i kako bi izbegao neprijatna iznenađenja nakon što se ugovor o prenosu vlasništva nad udelima izvrši. Kada se prenos vlasništva na udelima vrši izvan stečaja, kupac po pravilu zahteva određene garancije od prodavca udela, kojima se štiti za slučaj da se naknadno pojave mane objekta prodaje. U stečajnom postupku ovakve garancije nisu uobičajene, jer stečajni upravnik nema zakonsku obavezu da garantuje za dužnika kao predmet prodaje, a iluzorno je očekivati da će svojevolsno pristati da dâ takvu garanciju.⁴² To je mogući razlog zašto se kod prodaje dužnika kao pravnog lica u stečaju ne može ostvariti cena koja odgovara stvarnoj vrednosti dužnikove imovine.

Naše je mišljenje da bi stečajni upravnik bio dužan da skupštinu poverilaca upozna sa procenom vrednosti dužnika pre nego što skupština donese odluku o prodaji dužnika kao pravnog lica. Uporište za ovakav stav nalazi se u ZoSRS, koji propisuje obavezu stečajnog upravnika da na izveštajnom ročištu podnese stečajnim poveriocima izveštaj o ekonomskom stanju stečajnog dužnika i pravu poverilaca da se izjasne o tom izveštaju.⁴³ Na izveštajnom ročištu donosi se odluka o načinu i uslovima unovčavanja dužnikove imovine.⁴⁴ Izveštaj stečajnog upravnika o ekonomskom stanju morao bi da sadrži i procenu vrednosti dužnika, odnosno njegove imovine, jer nije moguće sačiniti izveštaj o ekonomskom stanju bez podataka o tome koliko vredi dužnikova imovina. Samo bi pod tim uslovom skupština poverilaca mogla da donese odluku utemeljenu na činjenicama koji je način unovčenja imovine stečajnog dužnika najpovoljniji sa stanovišta njihovih interesa. Skupština poverilaca može na kasnijim ročištima menjati svoje odluke,⁴⁵ iz čega sledi da odluku o prodaji dužnika kao pravnog lica može doneti i na nekom kasnijem ročištu (npr. ukoliko se pojavi kupac koji je spreman da ga kupi na taj način). U takvoj situaciji, odredba ZoSRS kojima se obavezuje stečajni uprav-

⁴² W.J.L. Knight, *The Acquisition of Private Companies*, London, 1992, 244.

⁴³ Čl. 152 ZoSRS.

⁴⁴ Čl. 153, st. 4 ZoSRS.

⁴⁵ Čl. 153, st. 3 ZSRS.

nik da podnese izveštaj o ekonomskom stanju dužnika primenjivala bi se *mutatis mutandis*.⁴⁶

U pravu Srbije, odbor poverilaca, razlučni i založni poverioci⁴⁷ imaju pravo da stave primedbu na procenu, o kojoj odlučuje sudija zaključkom. Otvoreno je pitanje, na koje odgovor može dati samo praksa, koliko ovo pravno sredstvo adekvatno štiti interes poverilaca da se dužnik proda po što većoj ceni, budući da stečajne sudije ne raspolažu potrebnim znanjima da bi mogli da utvrde celishodnost predloženog načina prodaje i pravilnost određene cene.⁴⁸ Navedene kategorije poverilaca imaju rok od 15 dana da stave primedbu na procenu.⁴⁹ Taj rok je suviše kratak da bi oni mogli da angažuju stručno lice koje bi im pomoglo u analizi procene i sačinjavanju obrazložene primedbe. Poverioci imaju još jednu priliku, pre održavanja javne prodaje, da stave sudu primedbu zbog nepoštovanja odredbi ZoSS ili nacionalnih standarda o upravljanju stečajnom masom u pripremi ili sprovođenju prodaje.⁵⁰ Ovo pravo imaju svi poverioci i ostala zainteresovana lica. Rok za podnošenje primedbi je pet dana od dana prijema obaveštenja o prodaji, a sud je dužan da zaključkom reši o primedbi u roku od osam dana. Ova odredba nije u skladu sa odredbom čl. 133 st. 1, prema kojoj se obaveštenje o prodaji dostavlja odboru poverilaca, razlučnim i založnim poveriocima. Nije jasno kako će utvrditi početak roka za stavljanje primedbi, ako stečajni upravnik nema obavezu da obaveštenje dostavi svim poveriocima? Prodaja se ne može sprovesti pre donošenja odluke suda.⁵¹

⁴⁶ Američko pravo stoji na stanovištu da tržište najbolje određuje vrednost dužnika. Prodaja se obavlja tako što se najpre nađe pogodan kupac, koji se u engleskom poslovnom žargonu naziva *stalking horse* (prikrivajući konj – izraz koji se u lovstvu koristi za situaciju kada se lovac skriva iza konja). On nudi prvu cenu, nakon koje se organizuje aukcija. Ostali ponuđači ne mogu ponuditi nižu cenu od cene koju nudi inicijalni kupac. Američki sudovi ističu da je pravilno sproveden postupak prodaje, koji obezbeđuje nadmetanje ponuđača, najbolji test za određivanje vrednosti dužnika. *Polariod Corp*, 01-10864, 2002, navedeno prema L. LoPucki, J. Doherty, op. cit., 14.

⁴⁷ Čl. 49, st. 5 ZoSS izdvaja založne poverioce kao posebnu kategoriju u odnosu na razlučne poverioce. Založni poverioci su poverioci koji imaju založno pravo na nekoj dužnikovoj stvari ili pravu o kome se vode javne knjige ili registri, a nemaju novčano potraživanje prema stečajnom dužniku koje je obezbeđeno tim pravom.

⁴⁸ Mark J. Roe, "Bankruptcy and Debt: A New Model for Company Reorganization", *Columbia Law Review*, Tom 83, 1983, 547.

⁴⁹ Čl. 132, st. 3 ZoSS.

⁵⁰ Čl. 133, st. 6 ZoSS.

⁵¹ Čl. 133, st. 9 ZoSS. V. i rešenje Privrednog apelacionog suda PVŽ 480/17 od 21.12.2017. godine, Bilten PAS, br. 4/17, 140

Sporno je i rešenje ZoSS prema kome se kao načini prodaje predviđaju javno nadmetanje, javno prikupljanje ponuda i neposredna pogodba.⁵² Javno nadmetanje i javno prikupljanje ponuda morali bi da imaju prioritet u odnosu na prodaju neposrednom pogodbom. Zakonom bi decidno trebalo da budu uređeni uslovi kada stečajni upravnik može odrediti neposrednu pogodbu kao način prodaje. Interesi poverilaca nisu dovoljno zaštićeni ako se dužnik kao pravno lice prodaje neposrednom pogodbom. Obaveza stečajnog upravnika da prethodno pribavi saglasnost odbora poverilaca slaba je brana od rizika nesavesnog postupanja stečajnog upravnika i procenitelja. Pri tom, prioritet metoda javnog nadmetanja i javnog prikupljanja ponuda predviđen je kod prodaje imovine koja je predmet razlučnog, odnosno založnog prava.⁵³ Zakonodavac je neopravdano stavio privilegovane poverioce u povoljniji položaj u odnosu na neprivilogovane poverioce prilikom određivanja prioriternih metoda prodaje.

Takođe je otvoreno pitanje ko su strane u ugovoru o prodaji dužnika kao pravnog lica? U teoriji i sudskoj praksi Srbije preovlađuje stav da taj ugovor zaključuju stečajni upravnik i kupac dužnika kao pravnog lica.⁵⁴ Ovaj stav počiva na rešenjima ZoSS, koji postupak prodaje uređuje na jedinstven način, bez obzira na to da li se prodaje dužnik kao pravno lice ili se prodaje dužnikova imovina.⁵⁵ U ZoSS nije izričito određeno da se ugovor zaključuje između stečajnog upravnika i kupca, ali se takav zaključak izvodi iz zakonskih odredbi o postupku prodaje i obavezi nudenja na prodaju, kojima je definisana aktivna uloga stečajnog upravnika u postupku prodaje.⁵⁶ U delu teorije se, s pravom, primećuje da je takvo rešenje paradoksalno (mi dodajemo: pravni apsurd). Pošto stečajni upravnik nastupa u ulozi zastupnika stečajnog dužnika, proizlazi da dužnik prodaje samog sebe.⁵⁷

ZoSRS ne sadrži posebne odredbe o postupku i načinu prodaje ni imovine dužnika kao celine, niti dužnika kao pravnog lica, pa nije moguće ni analogijom izvesti pravilo o tome ko zaključuje ugovor o prodaji dužnika kao pravnog lica na strani prodavca. Odredbom čl. 155 st. 1 ZoSRS propisano je da stečajni upravnik unovčava imovinu koja ulazi u stečajnu masu. Međutim, kada se prodaje stečajni

⁵² Čl. 132, st. 4 ZoSS; Nacionalni standard br. 5 II, Pravilnik o utvrđivanju nacionalnih standarda za upravljanje stečajnom masom, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2018.

⁵³ Čl. 132 st. 10 ZoSS.

⁵⁴ M. Velimirović (2019), op. cit., 187; V. Radović, op. cit., 555; D. Slijepčević, op. cit., 117.

⁵⁵ Čl. 132 ZoSS.

⁵⁶ Čl. 113 i 133a ZoSS.

⁵⁷ Velimirović (2004), op. cit., 143; V. Radović, op. cit., 555.

dužnik kao pravno lice, objekt prodaje nije dužnikova imovina. Otuda čl. 155 st. 1 ZoSRS ne može poslužiti kao pravni osnov za stav da se stečajni upravnik pojavljuje u ulozi prodavca.

Potrebno je ovde podsetiti se opštih pravila obligacionog prava. Predmet prodaje može biti stvar ili pravo, a izuzetno i imovina, odnosno ukupnost stvari i/ili prava jednog subjekta.⁵⁸ Međutim, zakonodavac govori o prodaji dužnika kao pravnog lica, a ne o prodaji dužnikove imovine. Prodaja dužnika kao pravnog lica moguća je samo kroz prenos vlasništva na članskim udelima, odnosno akcijama, ako je reč o akcionarskom društvu (*shares deal*). Vlasnici udela u društvu su njegovi članovi, pa bi se oni morali pojaviti u ulozi prodavca. Stečajni upravnik ne može biti prodavac, u skladu sa pravnim principom da niko na drugog ne može preneti više prava nego što sam ima. Teorija i sudska praksa tolerišu takvu situaciju, a vlasnici udela nad pravnim licem – dužnikom lišavaju se svog prava bez pravnog osnova za tako nešto, bez svoje saglasnosti i bez ikakve naknade. Njihovo pravo na imovinu, kao neotuđivo ljudsko pravo, biva povređeno.⁵⁹

Zakonodavci Srbije i Republike Srpske ne bave se ni pitanjem ovlašćenja stečajnog upravnika da prenese vlasništvo nad udelima, odnosno akcijama u privrednom društvu – dužniku, niti zaštitom prava vlasnika udela, pa se može reći da je na delu svojevrсна uzurpacija vlasništva nad udelima. Zakonodavac Srbije ide korak dalje u tom činu, eksplicitno predviđajući kao jednu od pravnih posledica prodaje, da se u registru privrednih subjekata registruju promene, i to pravne forme, osnivača, članova i akcionara.⁶⁰ U pravu Srbije, rešenje suda, zajedno sa dokazom o uplati prodajne cene, osnov je za upis navedenih promena u registru.⁶¹ Zakonodavac RS-a zadovoljio se time da propiše da se u registru poslovnih subjekata i drugim odgovarajućim registrima registruju promene na osnovu ugovora o prodaji dužnika kao pravnog lica, u skladu sa zakonom kojim se uređuje registracija poslovnih subjekata.⁶²

Na drugačiji način je uređeno ovo pitanje u nemačkom zakonodavstvu. Nakon poslednjih izmena stečajnog zakonodavstva, dopušteno je stečajnim planom predvideti mere kojima se zadire u strukturu društva dužnika,⁶³ ali uz adekvatnu zaštitu prava vlasnika nad udelima. Nemački zakonodavac nastojao je da obez-

⁵⁸ M. Vedriš, P. Klarić, op. cit., 87, 101.

⁵⁹ Čl. 1 Protokola 11 uz Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

⁶⁰ Čl. 136, st. 6 ZoSS.

⁶¹ J. Obućina, op. cit., 362; D. Slijepčević, op. cit., 119.

⁶² Čl. 159, st. 4 ZoSRS.

⁶³ Par. 225a InsO.

bedi ravnotežu između interesa poverilaca da naplate svoja potraživanja i radnika da sačuvaju svoja radna mesta, s jedne strane, i svojinskih prava vlasnika udela i akcija, s druge strane.⁶⁴ Načelno, prava vlasnika udela ili akcija ostaju nedirnuti, izuzev ako se stečajnim planom predvidi drugačije. Prenos udela u društvu dužniku može se predvideti kao jedna od mera u okviru plana reorganizacije. U takvom slučaju, vlasnici udela nad privrednim društvom učestvuju u glasanju o prihvatanju stečajnog plana i imaju broj glasova srazmeran učešću u kapitalu, odnosno imovini društva dužnika.⁶⁵ Stečajni plan je osnov za realizaciju mera predviđenih planom. Stečajni plan koji je potvrdio stečajni sudija i postao pravnosnažan, obavezuje sve učesnike, pa i one koji su ga osporili.⁶⁶ Sastavni deo stečajnog plana su izjave volje kojima vlasnici udela preuzimaju obaveze da preduzmu određene pravne poslove.⁶⁷ U postupku izvršenja plana, ako je planom predviđena prodaja vlasničkih udela nad društvom dužnikom, članovi društva će biti obavezni da zaključe ugovor o prenosu udela na kupca, ili da ovlaste treće lice (to može biti i stečajni upravnik) da to učini u njihovo ime. Ukoliko se mere predviđene planom ne sprovedu, moguće je sprovesti postupak prinudnog izvršenja, jer je pravnosnažna odluka suda kojom se potvrđuje stečajni plan izvršna isprava. Mimo stečajnog plana, u postupku unovčenja stečajne mase u nemačkom pravu ne može se prodati dužnik kao pravno lice.

Američki Zakon o stečaju⁶⁸ uopšte ne predviđa mogućnost prodaje dužnika kao pravnog lica u stečaju. Isključivi predmet prodaje može biti imovinska celina dužnika ili delovi imovine, a postupak prodaje razlikuje se zavisno od toga da li je pokrenut postupak reorganizacije u skladu sa Glavom 11, ili postupak prodaje imovine na osnovu paragrafa 363.

Hrvatski Stečajni zakon takođe ne predviđa prodaju dužnika kao pravnog lica kao meru koja se može predvideti stečajnim planom.⁶⁹

Važno je zapaziti da Zakon o stečaju banaka i društava za osiguranje Srbije izričito zabranjuje prodaju dužnika kao pravnog lica.⁷⁰ Vlasnici akcija i udela u

⁶⁴ Harald Hess, Paul Groß, Nicole Reill-Ruppe, Jan Roth, *Insolvenzplan, Sanierungsgewinn, Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenz*, C. F., Müller, 2014, 197.

⁶⁵ Par. 238a, st. 1 InsO.

⁶⁶ Par. 254b InsO.

⁶⁷ Par. 254a, st. 3 InsO.

⁶⁸ *Bankruptcy Act*, 11 *US Code*, Title 11.

⁶⁹ Čl. 303, st. 2 Stečajnog zakona Hrvatske. Vidi: Jelena, Čuveljak, *Komentar Stečajnog zakona*, Zagreb, 2018, 1008–1018.

⁷⁰ Čl. 15 ZSBDO.

bankama, društvima za osiguranje i lizing društvima su ovom odredbom stavljeni u povoljniji položaj u odnosu na članove ostalih pravnih lica privatnog prava u Republici Srbiji kada je reč o stečaju.

U postupku prodaje dužnika kao pravnog lica kako je uređen ZoSRS nisu adekvatno zaštićena ni prava stečajnih poverilaca, niti prava vlasnika nad udelima društva dužnika. Propuštanje zakonodavca da detaljnije uredi postupak prodaje društva dužnika kao pravnog lica i obaveze stečajnog upravnika u tom postupku ostavlja širok prostor za manipulacije i zloupotrebe, jer su stečajnim upravicima određene ruke da određuju način prodaje, pri čemu ni nemaju zakonsku obavezu da angažuju procenitelja koji bi objektivno utvrdio vrednost društva. Nije propisana ni obaveza stečajnog upravnika da stečajni sud, stečajne poverioce i sva lica koja su zainteresovana za kupovinu dužnika obavesti o nameri prodaje, planu, načinu i rokovima unovčenja.⁷¹ Konačno, nije predviđena ni obaveza pribavljanja procene celishodnosti takvog načina prodaje u odnosu na prodaju pojedinačnih stvari ili prava iz stečajne mase.

Iako su postupak, uslovi i pravna dejstva prodaje dužnika kao pravnog lica u ZoSS detaljnije uređeni, zakonodavac čini sistemsku grešku što postupak prodaje dužnika kao pravnog lica uređuje na istovetan način kao i ostale metode prodaje. Kod prodaje dužnika kao pravnog lica vlasnici udela lišavaju se svog vlasništva, pri čemu nikakve mere zaštite njihovih interesa u zakonu nisu predviđene. Prava hirografernih poverilaca takođe su neadekvatno zaštićena. Takođe, dozvoljena je prodaja dužnika kao pravnog lica i putem neposredne pogodbe, što otvara mogućnost zloupotrebe od strane učesnika postupka, na štetu poverilaca.

Kada je reč o zaštiti prava vlasnika nad udelima, neophodno je predvideti njihovo učešće u postupku prodaje. Ovde je potrebno naći ravnotežu između interesa zaštite stečajnih poverilaca i interesa vlasnika kapitala. Tradicionalno shvatanje da vlasnici kapitala treba da budu sankcionisani u stečaju⁷² odavno je prevaziđeno, jer su razlozi zapadanja u finansijske teškoće često višeslojni. Najpre, shvatanje da su vlasnici kapitala odgovorni za stečaj, te da, shodno tome, treba da budu lišeni svojih prava nema zakonsko utemeljenje. Pravo vlasništva nad udelima ne može se nemušto oduzeti, već bi se stečajnim zakonom morala propisati izričita odredba u tom smislu. Drugo, to shvatanje nema uvek ni ekonomsko opravdanje u situaciji kada je stečaj izazvan objektivnim razlozima ili u slučaju manjinskih vlasnika udela, koji redovno nemaju efektivan uticaj na upravljanje društvom. Nesporno je, ipak, da stečaj ima za prvenstveni cilj namirenje poverila-

⁷¹ V. čl. 133, st. 1 ZoSS.

⁷² V. Radović, op. cit., 80, 83.

ca društva i vlasnička prava članova društva ne bi smela biti prepreka ostvarenju tog cilja. To je razlog zašto je nemački zakonodavac dopustio da mere kojima se zadire u članska prava mogu biti predviđene planom reorganizacije, ali pod uslovom da članovi društva u takvom slučaju učestvuju u glasanju o planu. Na odgovarajući način bi institut prodaje dužnika kao pravnog lica mogao da bude uređen i u našem pravu.

PRODAJA IMOVINE DUŽNIKA KAO CELINE

Prethodno pitanje na koje je potrebno odgovoriti prilikom analize instituta prodaje imovine dužnika kao celine jeste šta se podrazumeva pod pojmom imovine? Teorija građanskog prava ukazuje na višeznačnost koncepta imovine. On se može odrediti u ekonomskom, pravnom i knjigovodstvenom smislu.⁷³ Pojam imovine u ekonomskom smislu najviše odgovara njegovom značenju koje ima u svakodnevnom govoru – to je skup dobara jednog lica.⁷⁴ Sinonimi za pojam imovine u navedenom smislu su imovinska masa, imetak i posed. Nemački teoretičari, međutim, pojmu imovine u ekonomskom smislu daju uže značenje. Po njima, imovina u svom ekonomskom značenju predstavlja razliku između vrednosti imovinskih prava jednog subjekta i njegovih obaveza (neto imovina).⁷⁵

U pogledu pravnog značenja pojma imovine razvila su se u građanskopravnoj teoriji dva shvatanja. Prema starijem shvatanju, nastalom u učenjima francuskih teoretičara Obrija (*Aubry*) i Rua (*Rau*), imovina je skup prava i obaveza jednog lica.⁷⁶ U tom smislu, imovina se sastoji od aktive (prava) i pasive (obaveza). Imovina je po ovom shvatanju neprenosiva (sa izuzetkom prenosa *mortis causa*), jer je imovina element pravog subjektiviteta. Prenosiva su samo pojedina prava (i obaveze) od kojih se imovina sastoji.⁷⁷ Obri i Ru su razvili stav o garantnoj funkciji imovine – jedno lice odgovara svom svojim imovinom svojim poveriocima. Odatle je proizašao zaključak o jedinstvenosti (nedeljivosti) imovine.⁷⁸ U svom tradicionalnom pravnom značenju pojam imovine se i dalje koristi u knjigovodstvu. Računovodstveni pojam imovine obuhvata imovinska prava i obaveze

⁷³ M. Vedriš, P. Klarić, op. cit., 94–95.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Saša Nikšić, "Imovina u građanskom pravu", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 5–6, 2012, 1618–19.

⁷⁶ *Ibidem*, 1599–1633, 1604, 1606.

⁷⁷ *Ibidem*, 1609.

⁷⁸ *Ibidem*, 1611.

(dugove). Ukoliko je vrednost obaveza jednog lica veća od prava, smatra se da je njegova imovina negativna.

Savremeni pravni pojam imovine obuhvata skup subjektivnih imovinskih prava jednog subjekta.⁷⁹ On počiva na objektivističkoj koncepciji imovine, nastaloj u nemačkoj pravnoj teoriji. Prihvatanje objektivističke koncepcije omogućilo je odvajanje imovine od njenog titulara, odnosno nastanak fondova i osnivanje privrednih društava sa svojstvom pravnog lica, čiji osnivači ne odgovaraju za obaveze društva.⁸⁰ Savremeni pravni pojam imovine je uži od ekonomskog, jer je za pravo taj pojam relevantan u kontekstu građanskopravne odgovornosti za obaveze. Jedno lice odgovara za obaveze svojom imovinom koja se sastoji od imovinskih prava (bruto imovina). Nije moguće odgovarati za obaveze svojim obavezama.⁸¹

Navedeno teorijsko određenje pravnog pojma imovine nije dosledno sprovedeno u pozitivnom zakonodavstvu. Tako se Zakonom o privrednim društvima Srbije imovina privrednog društva određuje kao stvari i prava u vlasništvu društva, te druga prava društva.⁸² Stvari ne čine imovinu društva u pravnom smislu, jer su stvari objekt prava. U pravni pojam imovine ulaze prava na stvarima (pravo svojine i druga stvarna prava). ZPDS dalje kaže da je neto imovina (kapital) razlika između vrednosti imovine i obaveza društva, odakle proizlazi da zakonodavac ipak smatra da imovinu čine samo prava.⁸³ U članu 132 st. 2 ZoSS govori se o prodaji pojedinačne imovine stečajnog dužnika, pri čemu se (verovatno) misli na prodaju pojedinih stvari ili prava iz dužnikove imovine. Slične nedoslednosti mogu se sresti i u drugim pravima.⁸⁴ Zakonom o privrednim društvima Republike Srpske definiše se imovina privrednog društva kao “pravo svojine i druga imo-

⁷⁹ M. Vedriš, P. Klarić, op. cit., 97. Isto i Vilim Gorenc, Zvonimir Slakoper, *Obvezno pravo*, Zagreb, 2009, 120. Prvobitni pojam imovine u rimskom pravu bio je blizak savremenom pravnom značenju tog pojma. Obaveze nisu činile imovinu zbog principa personalne egzekucije – lične odgovornosti dužnika za svoje obaveze. Tek kasnije, radi zaštite interesa poverilaca, uvedena je mogućnost prenosa obaveza na naslednike umrlog lica. Shodno tome, i pojam imovine u rimskom pravu (*familia, patrimonium*) proširen je tako da je obuhvatio i obaveze. Nasleđivanjem su na naslednike prelazila prava, ali i dugovi ostavioca. *Digesta* koriste pojam *bona*, koji se ponekad koristi u značenju bliskom savremenom pravnom pojmu imovine, a ponekad u značenju koje obuhvata prava i obaveze. V. Henrik-Riko Held, “Pojam imovine u rimskom pravu”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 3–4, 2015, 555–577.

⁸⁰ S. Nikšić, op. cit., 1612.

⁸¹ Nebojša Jovanović, Vuk Radović, Mirjana Radović, *Kompanijsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020, 130.

⁸² Čl. 44, st. 1 Zakona o privrednim društvima Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon, 5/2015, 44/2018 i 95/2018, dalje: ZPDS.

⁸³ Čl. 44, st. 2 ZPDS.

⁸⁴ Za austrijsko i hrvatsko pravo vidi S. Nikšić, op. cit., 1615, 1618.

vinska prava koje društvo ima na ulozima ili je steklo poslovanjem”.⁸⁵ Neto kapital određuje se kao razlika između ukupne vrednosti imovine i ukupnih obaveza društva.⁸⁶

Pravni pojam imovine važan je za razumevanje i pravilnu primenu instituta prodaje imovine stečajnog dužnika kao celine.

Prenosivost imovine kao celine važna je odlika instituta imovine. Ona je nastala, kako je napred ukazano, u naslednom pravu antičkog Rima, kako bi se poveriocima omogućilo da namire svoja potraživanja iz imovine dužnika i nakon njegove smrti.⁸⁷ Institut rimskog prava koji se smatra pretečom savremenog instituta stečaja, *cessio bonorum*, omogućavao je prenos celine imovine dužnika – fizičkog lica na poverioca za njegovog života, u slučaju nemogućnosti dužnika da izmiri svoj dug.⁸⁸ Dužnik je zadržavao samo minimum imovine koji mu je bio potreban za izdržavanje i izbegavao je gubitak građanske časti (*infamia*).⁸⁹ Međutim, poverilac nije imao pravo da zadrži dužnikovu imovinu, već se ona obavezno unovčavala (*vendito bonorum*), a poverilac se namirivao iz novca ostvarenog prodajom dužnikove imovine.⁹⁰

Prodaja imovine privrednog društva kao celine je alternativa prodaji dužnika putem prenosa udela/akcija u privrednom društvu. Ona se može sprovoditi kako van, tako i unutar stečajnog postupka.

Prodaja celine imovine privrednog društva van stečaja jedan je od načina sprovođenja koncentracije privrednih društava. Ona se sastoji u prenosu ukupnosti prava na stvarima i drugih imovinskih prava (prava svojine i drugih stvarnih prava na pokretnim i nepokretnim stvarima, hartijama od vrednosti, potraživanjima, licencama i dr.) na drugog subjekta. Osnovna prednost za kupca koji se opredeli za ovaj način koncentracije privrednih društava, u poređenju sa kupovinom udela, odnosno akcija u privrednom društvu, ogleda se u tome što se on može sprovesti i bez saglasnosti svih vlasnika udela, odnosno akcija. Tako, na primer, u domaćem zakonodavstvu o privrednim društvima, za prodaju imovine velike vrednosti potrebna je odluka skupštine društva, koja se donosi kvalifikovanom većinom glasova.⁹¹ Nesaglasni članovi ili akcionari imaju pravo da od

⁸⁵ Čl. 13, st. 11 ZPDRS.

⁸⁶ Čl. 13, st. 13 ZPDRS.

⁸⁷ Vidi fusnotu 74.

⁸⁸ H. Held, op. cit., 573–574; Magdolna Sič, “*Cessio bonorum* rimskog prava na temu ličnog bankrota savremenog prava”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, 2009, 259–279.

⁸⁹ M. Sič, op. cit., 259.

⁹⁰ *Ibidem*, 276.

⁹¹ Čl. 471, st. 4 ZPDS; čl. 434, st. 4 ZPDRS.

društva traže da otkupi njihove udele ili akcije, ali ne mogu sprečiti realizaciju prodaje. Dalje, kod kupovine celine imovine privrednog društva, kupac u pravilu može da bliže odredi predmet kupovine, odnosno da neke stvari ili prava isključi iz kupovine (eng. *cherry picking*).⁹² Ovakav način prenosa može doneti i poreske prednosti, jer se kupac može koristiti pogodnostima umanjenja poreza zbog amortizacije. Kupac ne mora da vrši *due diligence*, jer kupovinom imovine na njega ne prelaze obaveze. Kupac može odlučiti da se izvrši i prenos pojedinih ugovora o radu na njega, ukoliko neke zaposlene želi da zadrži na radu.

Nakon transakcije, privredno društvo čija je imovina prodana u celini postaje prazna školjka – subjekt u pravu bez stvari i prava sa kojima bi mogao da obavlja neku privrednu aktivnost. Sve što privredno društvo poseduje nakon takve prodaje jeste novac koji je dobijen isplatom kupovne cene.⁹³ U slučaju prodaje dužnikove imovine kao celine van stečaja, članovi društva mogu odlučiti hoće li društvo nakon prodaje ići u likvidaciju, ili će nastaviti poslovanje tako što će se od novca ostvarenog prodajom nabaviti nove mašine, opremu, sirovine i druga sredstva za rad ili će novac uložiti u kupovinu akcija u drugom privrednom društvu. Nedostaci prodaje imovine privrednog društva u celini u poređenju sa prenosom udela/akcija su u tome što nije moguće ustupiti prava koja su vezana za ličnost (npr. koncesije, dozvole),⁹⁴ dok o prenosu ugovora sa dobavljačima, kupcima i zaposlenima kupac mora posebno da pregovara.

Kada se dužnikova imovina prodaje kao celina u stečajnom postupku, novac ostvaren prodajom ulazi u stečajnu masu iz koje stečajni upravnik izmiruje poverioce. Ukoliko se celina imovine društva-dužnika prodaje u toku redovnog stečajnog postupka, nakon prodaje imovine i izmirenja poverilaca, stečajni postupak se zaključuje i stečajni dužnik se briše iz registra, odn. prestaje da postoji kao lice u pravu. Prodaja dužnikove imovine kao celine može se sprovesti i u okviru postupka reorganizacije, na osnovu plana reorganizacije stečajnog dužnika. U pi-

⁹² Čl. 136, st. 2 ZoSS dopušta mogućnost da neki delovi imovine budu isključeni iz prodaje i kada se dužnik prodaje kao pravno lice. Takvo rešenje nema opravdanja, jer prenosom akcija ili udela privrednog društva dužnika, ne dolazi do promene vlasništva nad njegovom imovinom. Društvo dužnik nastavlja da bude vlasnik celokupne svoje imovine. Stoga nije jasno kako je moguće da se neki delove imovine isključe iz prodaje i uključe u stečajnu masu. Sudska praksa se ne izjašnjava po tom pitanju, već dosledno primenjuje zakonsko rešenje. Vidi: J. Obućina, op. cit., 362; rešenje Privrednog apelacionog suda 145/2017 od 26.04.2017, Bilten PAS, br. 4/17, 142–143.

⁹³ Kupovna cena se u pojedinim slučajevima može isplatiti i akcijama ili udelima u drugom privrednom društvu, ali ovaj način prodaje imovine ostaje izvan sfere našeg interesovanja.

⁹⁴ To stanovište potvrdili su sudovi Republike Hrvatske: "...prijevoznik koji obavlja javni linijski prijevoz putnika na određenoj liniji mora imati licencu i dozvolu za tu liniju, a ... dozvola nije prenosiva i može je koristiti samo prijevoznik kojem je izdana". Navedeno prema J. Čuveljak, op. cit., 760.

tanju je tzv. prenosni plan, kojim se predviđa prenos imovine stečajnog dužnika na novog subjekta, koji će nastaviti poslovanje sa prenetom imovinom.⁹⁵

Zakonodavstvo o stečaju Republike Srpske samo uzgredno pominje obe mogućnosti prodaje dužnikove imovine kao celine – kao način unovčenja stečajne mase u redovnom stečajnom postupku i kao meru reorganizacije društva dužnika. Kako je već pomenuto, u čl. 167 ZoSRS propisana je obaveza stečajnog upravnika da pribavi saglasnost odbora poverilaca za važnije radnje u stečajnom postupku, među kojima su namera prodaje privrednog društva ili nekog pogona i robnog skladišta u celini. Iz sadržine navedene odredbe naslućuje se da zakonodavac dopušta mogućnost da se celokupna imovina dužnika ili jedan njen deo koji predstavlja privrednu celinu proda kupcu na osnovu jednog pravnog posla. Odredbom čl. 202 st. 2 tač. 2) ZoSRS propisano je da se stečajnim planom može preneti deo imovine ili sva imovina na jedno ili više postojećih lica ili lica koja će tek biti osnovana, a odredbom tač. 4) istog člana da se može prodati sva imovina ili deo imovine stečajnog dužnika, sa razlučnim pravima ili bez razlučnih prava.

Osnovni nedostatak rešenja ZoSRS je u tome što prodaja imovine dužnika kao celine u redovnom stečajnom postupku nije detaljno uređena, za razliku od situacije kada se imovinska celina prodaje na osnovu usvojenog plana reorganizacije. Garancije zaštite interesa poverilaca prilikom prodaje celine imovine stečajnog dužnika u redovnom stečajnom postupku ne postoje. Obaveza stečajnog upravnika da pribavi saglasnost odbora poverilaca, odnosno skupštine poverilaca ako odbor nije formiran, za ovakav način unovčenja stečajne mase nije dovoljna brana eventualnim zloupotrebama, imajući posebno u vidu da je zakonodavac propisao da postupanje stečajnog upravnika suprotno obavezi pribavljanja saglasnosti nema uticaja na valjanost radnje u odnosu prema trećim licima.⁹⁶ Drugačije stoji stvar kada se prodaja imovine stečajnog dužnika kao celine obavlja u kontekstu postupka reorganizacije stečajnog dužnika, jer je procedura predlaganja, usvajanja, realizacije i nadzora na realizacijom stečajnog plana detaljno uređena odredbama ZoSRS.⁹⁷

Kako je već prethodno napomenuto, zakonodavac Srbije predvideo je zajednička pravila za prodaju celokupne imovine ili imovinske celine stečajnog dužnika i prodaju stečajnog dužnika kao pravnog lica. Stečajni upravnik je dužan da pribavi procenu celishodnosti takvog načina unovčenja u odnosu na prodaju pojedinačne imovine, koju izrađuje ovlašćeno stručno lice (procenitelj).⁹⁸ Na tu

⁹⁵ H. Hess, P. Groß, N. Reill-Ruppe, J. Roth, op. cit., 19.

⁹⁶ Čl. 168 ZoSRS.

⁹⁷ Čl. 203–238 i čl. 245–254 ZoSRS.

⁹⁸ Čl. 132, st. 2 ZoSS.

procenu imaju pravo da stave primedbu odbor poverilaca, različni i založni poverioci, ako je stvar ili pravo na kome oni imaju založno pravo obuhvaćeno prodajom. Predlog prodaje mora da sadrži sve uslove prodaje, uključujući i troškove angažovanja stručnih lica.⁹⁹ Zaključak o celishodnosti predloženog načina prodaje donosi sud.¹⁰⁰ Metodi prodaje su javno nadmetanje, javno prikupljanje ponuda i neposredna pogodba. Prodaja neposrednom pogodbom dopuštena je ako se sa takvim načinom prodaje saglasi odbor poverilaca.¹⁰¹ Prodaja javnim nadmetanjem i javnim prikupljanjem ponuda oglašava se u najmanje dva dnevna lista koji se distribuiraju na čitavoj teritoriji Srbije i na internet stranici ovlašćene organizacije, a oglas se objavljuje najmanje 30 dana pre dana određenog za javno nadmetanje ili dostavljanje ponuda.¹⁰²

Posebno su uređena prava različnih i založnih poverilaca. Osim što imaju pravo da stave primedbu na procenu vrednosti imovine koja je predmet prodaje, stečajni upravnik mora tražiti i njihovu saglasnost za prodaju neposrednom pogodbom ako imovina koja je predmet prodaje uključuje i stvari ili prava na kojima oni imaju založno pravo, predložena kupoprodajna cena ne pokriva pun iznos njihovog obezbeđenog potraživanja, a prethodno nije pokušana prodaja javnim nadmetanjem ili javnim prikupljanjem ponuda.¹⁰³

Zaštita prava poverilaca obezbeđena je u pravu Srbije opštim pravilima, koja se primenjuju nezavisno od načina unovčenja stečajne mase. Stečajni upravnik ima obavezu da obavesti stečajnog sudiju, odbor poverilaca, različne i založne poverioce, kao i sva lica koja su pokazala interes za imovinu stečajnog dužnika, bez obzira po kom osnovu, o nameravanoj prodaji, planu prodaje, načinu unovčenja, metodu prodaje i rokovima prodaje u roku od 15 dana pre dana oglašavanja javne prodaje, odnosno dana prodaje neposrednom pogodbom. Nije propisana obaveza obaveštavanja svih poverilaca, iako je predviđeno pravo svakog poverioca da stavi primedbu na predloženu prodaju u roku od pet dana od dana prijema obaveštenja.¹⁰⁴ Stečajni sudija odlučuje o podnetim primedbama zaključkom u roku od osam dana. Prodaja se ne može sprovesti pre donošenja odluke suda o primedbama.¹⁰⁵

⁹⁹ Čl. 132, st. 6 ZoSS.

¹⁰⁰ Čl. 132, st. 3 ZoSS.

¹⁰¹ Čl. 132, st. 10 ZoSS.

¹⁰² Čl. 132, st. 7 ZoSS.

¹⁰³ Čl. 132, st. 10 ZoSS.

¹⁰⁴ Čl. 133, st. 6 ZoSS.

¹⁰⁵ Čl. 133, st. 7 ZoSS.

U poređenju sa zakonodavcem Republike Srpske, zakonodavac Srbije po-veo je više računa o zaštiti interesa poverilaca prilikom prodaje imovine dužnika kao celine, ali je ta zaštita neadekvatna. Neopravdano je nadležnost za davanje saglasnosti na prodaju data odboru poverilaca, umesto skupštini poverilaca. Uprkos tome što je propisana obaveza pribavljanja saglasnosti odbora poverilaca za prodaju neposrednom pogodbom, ostaje dovoljno prostora za manipulaciju u pogledu određenja načina prodaje i, konsekventno, ostvarene prodajne cene. Samo javna prodaja obezbeđuje konkurenciju ponudilaca i adekvatno vrednovanje imovine stečajnog dužnika. Poverioci imaju mogućnost da stave primedbu na predloženu prodaju, ali je upitno na koji način će oni saznati za prodaju ako stečajni upravnik nema obavezu da svakog poverioca obavesti o prodaji?

Nekoliko stepenica više u odnosu na pravo Srbije u pogledu uređivanja instituta prodaje imovine stečajnog dužnika kao celine otišao je hrvatski zakonodavac, unapređujući pravna rešenja na osnovu iskustava stečenih u primeni Stečajnog zakona iz 1996. Zakon iz 1996. sadržao je odredbu sličnu odredbi čl. 167 ZoSRS o pravnim radnjama stečajnog upravnika od posebne važnosti. Za prodaju preduzeća, pogona ili robnog skladišta u celini zahtevala se saglasnost odbora poverilaca, odnosno skupštine poverilaca, ako odbor nije formiran.¹⁰⁶ Hrvatski zakonodavac koristio je termin “poduzeće”, kao sinonim za imovinsku celinu privrednog društva.¹⁰⁷ Hrvatski zakon predviđao je, za razliku od ZoSRS, posebne mere zaštite interesa poverilaca u slučajevima kada se imovinska celina prodaje licu sa kojim je dužnik u bliskom odnosu ili stečajnom poveriocu sa značajnim iznosom potraživanja, odnosno kada se prodaja vrši ispod cene. U prvom slučaju bila je potrebna saglasnost poverilaca, a u drugom stečajno veće je moglo odlučiti da se nameravano otuđenje može sprovesti samo uz saglasnost poverilaca.¹⁰⁸ Izmenama i dopunama Stečajnog zakona iz 1999, posebno je regulisan institut prodaje imovine stečajnog dužnika kao celine.¹⁰⁹ Taj institut je na odgovarajući način regulisan i u novom Stečajnom zakonu Hrvatske iz 2015.¹¹⁰

¹⁰⁶ Čl. 159 Stečajnog zakona RH, *Narodne novine RH*, br. 44/96.

¹⁰⁷ Očigledno je zakonodavac RS prilikom preuzimanja odredbe Stečajnog zakona RH iz 1996. napravio grešku kada je termin “poduzeće” zamenio terminom privredno društvo. Ova dva pojma nisu sinonimi, jer pojam preduzeće ima ekonomsko značenje – celinu materijalnih, humanih i organizacionih elemenata koja funkcioniše kao jedan privredni subjekt, bez obzira da li ima svojstvo subjekta u pravu ili ne. Privredno društvo je organizacija sa svojstvom pravnog lica, koja ima svoje članove i osniva se radi obavljanja privredne delatnosti. Privredno društvo je pravni nosilac ekonomske celine materijalnih, ljudskih i organizacionih elemenata.

¹⁰⁸ Čl. 162 Stečajnog zakona RH iz 1996.

¹⁰⁹ Glava 2a, čl. 163a–163m, *Narodne novine RH*, br. 29/99.

¹¹⁰ *Narodne novine RH*, br. 71/2015 i 104/2017.

U novom hrvatskom pravu, odluku o prodaji imovine stečajnog dužnika kao celine donosi skupština poverilaca, na osnovu izveštaja stečajnog upravnika, odnosno nalaza i izveštaja veštaka. Skupština odlučuje o načinu i uslovima prodaje, te o bitnim sastojcima ugovora o prodaji imovine dužnika kao celine. Odluka o prodaji donosi se kvalifikovanom većinom glasova poverilaca. Da bi odluka o prodaji bila punovažna, potrebno je da za nju glasa više od polovine poverilaca koji su učestvovali u glasanju, pri čemu zbir potraživanja poverilaca koji su glasali za odluku mora biti dvostruko veći od zbira potraživanja poverilaca koji su glasali protiv odluke, ne računajući potraživanja razlučnih poverilaca. Svaki poverilac i razlučni poverilac imaju pravo prigovora na odluku. Sud potvrđuje odluku o prodaji, pri čemu vodi računa da se takvim načinom prodaje poverioci ne dovedu u nepovoljniji položaj od onog u kom bi bili da se imovina dužnika prodaje u delovima, kao i o prigovorima poverilaca. Poverioci koji su podneli prigovor imaju pravo žalbe na rešenje suda o potvrđivanju odluke o prodaji, a svaki poverilac koji ima pravo namirenja iz stečajne mase ima pravo žalbe na rešenje suda kojim se uskraćuje potvrda odluke o prodaji.¹¹¹

Zakonodavac Hrvatske uređuje i postupak zaključenja ugovora o prodaji. Ugovor zaključuje stečajni upravnik u ime i za račun kupca. Ugovor je punovažan tek kada ga potvrdi stečajni sud. Svaki stečajni i razlučni poverilac ima pravo žalbe na rešenje suda kojim potvrđuje ugovor o prodaji ili uskraćuje njegovu potvrdu.¹¹²

Predmet ugovora o prodaji imovine dužnika kao celine su sve stvari i prava koji ulaze u stečajnu masu.¹¹³ Na ovaj način, zakonodavac Hrvatske posebno uređuje šta predstavlja celinu imovine dužnika za svrhe redovnog stečajnog postupka. Ugovorom o prodaji se predmet prodaje može na drugačiji način odrediti. Kupac po samom zakonu stiće pravo svojine i na stvarima i pravima na kojima treće lice ima izlučno pravo, izuzev ako to pravo nije upisano u javne knjige, te na stvarima i pravima na kojima postoji razlučno pravo trećih lica. Izlučni poverilac ima pravo da zahteva protivčinidbu ili pravo na naknadu štete iz stečajne mase. Razlučna prava nastavljaju da opterećuju delove imovine koji su prešli u svojinu kupca. Ugovorom o prodaji se može na drugačiji način urediti položaj razlučnih poverilaca, tako što će se ugovorom o prodaji predvideti da delovi imovine na kojima postoji razlučno pravo ostanu u stečajnoj masi.¹¹⁴

¹¹¹ Čl. 235 Stečajnog zakona RH.

¹¹² Čl. 237 Stečajnog zakona RH.

¹¹³ Čl. 238 Stečajnog zakona RH.

¹¹⁴ Čl. 241 Stečajnog zakona RH.

Nakon prodaje imovine dužnika kao celine stečajni postupak se nastavlja.¹¹⁵ Stečajni dužnik i dalje postoji kao subjekt u pravu, a u stečajnu masu ulazi iznos novca ostvaren isplatom kupovne cene, kao i stvari i prava za koje je ugovorom o prodaji izričito predviđeno da nisu obuhvaćeni prodajom. Kupac ne odgovara za obaveze dužnika, izuzev za obaveze obezbeđene razlučnim pravima do visine vrednosti stvari ili prava opterećenih razlučnim pravom, koji su obuhvaćeni prodajom.¹¹⁶ Stečajni poverioci namiruju se iz stečajne mase, po zakonskim pravilima o namirenju.¹¹⁷

Na kupca prelazi pravo vođenja parnica radi ostvarivanja prava stečajnog dužnika protiv trećih lica.¹¹⁸ Parnice radi pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika i parnice radi osporavanja potraživanja poverilaca stečajnog dužnika nastavlja da vodi stečajni upravnik. Ugovorom o prodaji se može na kupca preneti pravo da vodi parnice za pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika.¹¹⁹

ZAKLJUČAK

Analiza instituta prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica i prodaje imovine stečajnog dužnika kao celine potvrdila je početnu hipotezu da je reč o dva zasebna pravna instituta, koji zbog svog značaja za ishod stečajnog postupka i namirenje poverilaca i svojih osobenosti zaslužuju da budu odvojeno i detaljno uređeni u zakonima o stečaju.

Zakonodavac Republike Srpske posebno uređuje samo institut prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica, ne vodeći računa o imovinskim pravima vlasnika udela u društvu dužniku i povodeći sa za rešenjem prava Srbije, prema kome ugovor o prodaji zaključuje stečajni upravnik, iako on nije vlasnik udela ili akcija, već je zastupnik stečajnog dužnika kao objekta prodaje. Način i postupak prodaje nisu propisani, što je veliki propust zakonodavca, imajući u vidu da se prodajom dužnika kao pravnog lica stečajna masa unovčava u celini, jednim pravnim poslom. Zaštita interesa poverilaca nije obezbeđena, jer nisu predviđena pravna sredstva koja poveriocu mogu koristiti u toku postupka prodaje dužnika kao pravnog lica. Neophodno je ovaj institut urediti na potpuno nov način, tako što bi prodaja dužnika kao pravnog lica bila dopuštena samo u postupku reorganizacije, jer taj postupak nudi adekvatnije mehanizme zaštite interesa poverilaca (svrsta-

¹¹⁵ Čl. 246 Stečajnog zakona RH.

¹¹⁶ Čl. 243, st. 2 Stečajnog zakona RH.

¹¹⁷ Čl. 245 Stečajnog zakona RH.

¹¹⁸ Čl. 243, st. 3 Stečajnog zakona RH.

¹¹⁹ Čl. 243, st. 4 i 5 Stečajnog zakona RH.

vanje poverilaca u grupe za glasanje, donošenje odluke o usvajanju plana reorganizacije na skupštini poverilaca, potvrđivanje stečajnog plana od strane stečajnog sudije, pravo prigovora poverilaca na stečajni plan i pravo žalbe na rešenje stečajnog sudije o potvrđivanju ili odbijanju potvrđivanja stečajnog plana). Odredbe o stečajnoj reorganizaciji bilo bi potrebno dopuniti normama kojima bi se predvidele pravo vlasnika udela u društvu dužniku da učestvuju u glasanju o stečajnom planu kojim se predviđa prenos vlasništva nad udelima. Zakonodavac Srbije na jedinstven način uređuje prodaju dužnika kao pravnog lica zajedno sa ostalim modalitetima unovčavanja stečajne mase. Zaštita interesa poverilaca, posebno neobezbeđenih, je nedovoljna, jer saglasnost na prodaju daje odbor poverilaca, a mogućnost stavljanja primedbi na izabrani metod prodaje ograničena je činjenicom da stečajni upravnik nema obavezu da obaveštava neobezbeđene poverioce o proceni celishodnosti i nameri prodaje. Konačno, rešenje prema kojem ugovor o prodaji dužnika kao pravnog lica zaključuje stečajni upravnik sa kupcem, protivi se elementarnim pravnim principima.

Kada je reč o institutu prodaje imovine stečajnog dužnika kao celine zakonodavac Republike Srpske je prevideo činjenicu da se i u redovnom stečajnom postupku stečajna masa može unovčiti tako što će se imovina dužnika otuđiti kao celina. Takav odnos zakonodavca je u potpunoj nesrazmeri sa efektivnim značajem ovog instituta, imajući u vidu da se kod ovog instituta celokupna stečajna masa unovčava na osnovu jednog pravnog posla i da loši uslovi pogodbe mogu imati pogubne posledice po interese poverilaca. Zakonodavac Srbije podrobnije uređuje postupak i uslove prodaje imovine kao celine, ali zakonska rešenja ne vode dovoljno računa o zaštiti interesa poverilaca. Nije predviđeno obaveštavanje svih poverilaca o proceni celishodnosti izabranog metoda prodaje i obaveštenje o samoj prodaji. Ostvarivanje prava na stavljanje primedbi neobezbeđenih poverilaca je time ugroženo, jer nema garancija da će oni biti obavešteni o radnjama stečajnog upravnika, a takođe nije jasno od kada u odnosu na te poverioce teku zakonski rokovi za stavljanje primedbi. Saglasnost na procenu celishodnosti i predloženu prodaju daje odbor poverilaca, kao i razlučni, odnosno založni poverioci. Prava neobezbeđenih poverilaca su zbog toga nedovoljno zaštićena.

Ovde su moguće dve solucije. Jedna je da se institut prodaje celine dužnikove imovine omogući isključivo kroz postupak stečajne reorganizacije, a druga je da se postupak, uslovi i dejstva prodaje dužnikove imovine kao celine posebno urede u delu zakona koji je posvećen redovnom stečajnom postupku. U prvom slučaju, neophodno bi bilo uneti u zakon izričitu odredbu kojom bi se predvidele da je prodaja imovine dužnika kao celine moguća samo u postupku reorganizacije. Mi smo ipak, više skloni drugoj soluciji, jer zakonodavac ne bi trebalo da

ograničava poverioce u izboru načina unovčenja stečajne mase, a u cilju veće efikasnosti stečajnog postupka. Ukoliko se zakonodavac opredeli za drugu soluciju, potrebno je detaljno urediti institut prodaje imovine dužnika kao celine, posebno vodeći računa o zaštiti interesa svih stečajnih poverilaca, radi čijeg namirenja se stečajni postupak i vodi. Odluku o prodaji imovine kao celine svakako bi trebalo da donosi skupština poverilaca, na osnovu procene vrednosti imovine od strane ovlašćenog veštaka, a prodaja javnim nadmetanjem trebala bi da bude dominantan, ako ne i jedini moguć način prodaje.

Prof. Dr. DIJANA MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of East Sarajevo

LEGAL SIDE-TRACKS WHEN SELLING A DEBTOR IN INSOLVENCY

Summary

The insolvency laws and legal theory of the Republic of Srpska and Serbia do not clearly distinguish the shares deal v. asset deal as methods of converting a debtor's property into cash. The Insolvency Law of Serbia lays down the conditions and procedure for both sale models almost in the same way. The Insolvency Law of the Republic of Srpska stipulates the rules for selling a debtor as a legal person (i.e., a shares deal). At the same time, it merely enumerates the asset deal as one of the measures within the separate rules on reorganisation in insolvency. The legislator of the Republic of Srpska ignores the possibility of selling the debtor's entire assets through one transaction in the regular insolvency proceedings and the necessity of its detailed regulation in the Insolvency Law. The laws of Serbia and the Republic of Srpska pay little attention to the protection of creditors' interests. What is more, they ignore shareholders' rights when laying down the rules on selling a debtor as a legal person. In this article, we explain the Republic of Srpska and Serbia's insolvency legislation particularities and identify the loopholes and deficiencies regarding the sale of debtor/ sale of debtor's entire assets. We advocate for supplementing the insolvency laws with provisions stipulating separate conditions and procedures for both types of sales, as well as measures to protect creditors and shareholders' rights. The Croatian and German insolvency legislation may serve as models when doing this task.

Key words: insolvency, shares deal, asset deal

Literatura

Cahn A., Donald D. C., *Comparative Company Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

Čuveljak J., *Komentar Stečajnog zakona*, Zagreb, 2018.

- Dika M., "Prodaja stečajnog dužnika kao pravnog lica", *Svojinski odnosi u pravnom poretku*, Tema V tradicionalnog susreta jugoslovenskih pravnika, održanog 12–14. decembra 1991. (ur. Perović, Slobodan), Tom 2, 1991.
- Gaughan, P. A. *Mergers, Acquisitions and Corporate Restructurings*, New York, 2002.
- Gorenc V., Slakoper Z., *Obvezno pravo*, Zagreb, 2009.
- Held H., "Pojam imovine u rimskom pravu", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 3–4, 2015.
- Hess H., Groß P., Reill-Ruppe N., Roth J., *Insolvenzplan, Sanierungsgewinn, Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenz*, C.F. Müller, 2014.
- Jovanović N., Radović V., Radović M., *Kompanijsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
- Keller U., *Insolvenzrecht*, München, 2020.
- Knight W.J.L., *The Acquisition of Private Companies*, London, 1992.
- Kozar V., "Prodaja stečajnog dužnika i privatizacija", *Informator*, br. 6, 2010.
- LoPucki L. M., Doherty J. W., "Bankruptcy Fire Sales", *Michigan Law Review*, Tom 106, br.1, oktobar 2007.
- Marjanović M., "Uslovi za prodaju stečajnog dužnika prema novim stečajnim propisima", *Pravo i privreda*, br. 10–12, Beograd, 2010.
- Nikšić S., "Imovina u građanskom pravu", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 5–6, 2012.
- Obućina J., "Prodaja stečajnog dužnika kao pravnog lica", *Bilten sudske prakse privrednih sudova*, br. 2, 2019, Tematski broj.
- Radović V., *Stečajno pravo*, Knjiga prva, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017.
- Roe M. J., "Bankruptcy and Debt: A New Model for Company Reorganization", *Columbia Law Review*, Tom 83, br. 3, 1983.
- Sič M., "Cessio bonorum rimskog prava na temu ličnog bankrota savremenog prava", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, 2009.
- Slijepčević D., "Pravni put zakonitog osporavanja prodaje imovine stečajnog dužnika", *Pravni život*, br. 11, Beograd, 2019.
- Spirović-Jovanović L., Dabić Lj., *Trgovinsko pravo*, Beograd, 2011.
- Stojanović M., "Pravne posledice prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica prema novim stečajnim propisima", *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom EU* (ur. Radović Vuk), 2017.
- Vasiljević M., *Kompanijsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019.
- Vedriš M., Klarić P., *Građansko pravo*, Narodne novine d.d., Zagreb, 2009.

- Velimirović M., "Ugovor o kupoprodaji stečajnog dužnika kao pravnog lica", *Zbornik radova u spomen prof. dr Miodraga Trajkovića*, (ur. Vasiljević Mirko), Beograd, 2006.
- Velimirović M., "Ugovor o prodaji stečajnog dužnika", *Pravni život*, br. 7–8, Beograd, 2004.
- Velimirović M., *Stečaj privrednog društva*, Službeni glasnik, Beograd, 2019.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 05.10.2020.

Prihvaćen: 08.11.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

HRISTINA VOJVODIĆ

JAVNO-PRIVATNA PARTNERSTVA U ENERGETSKOM SEKTORU

Imajući u vidu sve češću tendenciju država da, zbog rastuće tražnje za uslugama koje nisu u korelaciji sa deficitarnim kapitalom na tržištima zemalja u razvoju, privatnim subjektima poveravaju pružanje javnih usluga u strateški važnim sektorima, može se očekivati da će forma javno-privatnog partnerstva u budućnosti zauzeti centralnu ulogu u privredi zemalja u razvoju, a da će od pravilne primene ovog instituta zavisiti efikasnost implementacije ove forme pružanja javnih usluga. Centralni deo rada je posvećen prikazu i obrazloženju određenih aspekata javno-privatnog partnerstva koji, zbog osobenosti elektroenergetskih usluga i karakteristika infrastrukturnih projekata, dolaze do izražaja u ovom sektoru. Autor nastoji da ukaže na nedostatke Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama, koji se ogledaju u široko postavljenim izuzecima od primene zakona, a koji se u energetskom sektoru nepromišljeno koriste, kao i da ukaže na posledice takvih odluka na energetski sektor, ali i društvo u celini, te ukazuje na potrebu povećanja transparentnosti u svakoj fazi realizacije projekta, uz preporuke u kom smeru bi trebalo poboljšati pravni okvir kako bi javno-privatno partnerstvo postalo neprikosnoveno oruđe za implementiranje transponovanih pravnih tekovina Evropske unije u oblasti energetike.

Ključne reči: javno-privatno partnerstvo, javni interes, energetski sektor, pružanje javnih usluga, modaliteti javnog ugovora

Hristina Vojvodić, master prava, student doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, e-mail: hristina.vojvodic@hotmail.com.

JAVNO-PRIVATNO PARTNERSTVO: ALTERNATIVA ILI ZAMENA ZA PRUŽANJE JAVNIH USLUGA OD STRANE DRŽAVE?

Javno-privatno partnerstvo ("JPP") se često smatra inovativnom i efikasnom alternativom javnom sektoru u situacijama kada tražnja za određenim javnim uslugama značajno nadilazi njenu ponudu. Dakle, ona se javlja kao zamena za pružanje javnih usluga u situacijama kada država sama ne može da obezbedi da svaki korisnik javnog dobra ili usluge ima neometan pristup i korišćenje predmetnog javnog dobra, odnosno usluge.¹ To mogu biti različiti oblici infrastrukture, distribucija i prenos električne energije, ali i neki apstraktniji instituti kao što su državna bezbednost, pravna sigurnost i sl.² Postoje različite definicije javnih dobara i usluga, ali ono što se može prepoznati kao zajednički imenitelj jeste da je reč o proizvodima i uslugama koji imaju veliki značaj za društvenu zajednicu, te stoga zahtevaju javno vlasništvo ili javnu regulaciju u uslovima postojanja privatnog vlasništva, kao i da je u tim delatnostima proizvodnja organizovana na principu postojanja monopola.³ Ponuda, odnosno pružanje javnih dobara se smatra jednom od najvažnijih, ukoliko ne i najvažnijom funkcijom države u privrednom i društvenom životu, dok se energetske delatnosti često smatra "pokretačem privrede" jedne zemlje.⁴

¹ Regionalne tržišne politike, zajedno sa demografskim rastom i povećanom urbanizacijom, doveli su do raskoraka između ograničene proizvodnje i povećane potražnje za infrastrukturnim delatnostima u mnogim zemljama u razvoju. Etienne B. Yehoue, Mona Hammami, Jean-Francois Ruhashyankiko, *Determinants of public-private partnerships in infrastructure*, International Monetary Fund, 2006, 6.

² Postoje različita stanovišta o tome da li je električna energija kao takva javno dobro i iz kojeg svojstva ono tu javnost crpi. Tako stanovište da je ponuda električne energije javno dobro, odnosno da se radi o pružanju javne usluge, bliže je zemljama koje poznaju dugogodišnji primat kolektivne svojine u ovoj oblasti, dok su zemlje sa tradicionalno liberalizovanim tržištima sklonije da posmatraju ovu ponudu kao ponudu bilo koje druge privatne usluge na komercijalnoj bazi. Takođe postoje i stanovišta o mešovitom, javno-privatnom svojstvu ponude električne energije. Evans Salies, Lynne Kiesling, Michael Giberson, "L'électricité est-elle un bien public?", *Revue de l'OFCE*, br. 2, Paris, 2007, 417. U srpskom pravu, Zakon o energetici, *Službeni glasnik RS*, br. 145/2019, 95/2018, u čl. 16 propisuje koje energetske delatnosti su delatnosti od opšteg interesa, te npr. snabdevanje električnom energijom nije delatnost od opšteg interesa, dok njen prenos i distribucija jesu.

³ Goran Tanić, "Politika cena kao faktor optimizacije funkcionisanja elektroenergetskog sistema" - *doktorska disertacija - Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu*, Beograd, 2000, 73.

⁴ Miroљub Labus, Aleksandra Jovanović, *Ekonomija za pravnike*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, 295. Tako se, u Strategiji razvoja energetike Republike Srbije do 2025. godine sa projekcijama do 2030. godine - Strategija razvoja energetike, *Službeni glasnik RS*, br. 101, 2015, navodi da "Ukoliko se energetika učini stabilnim, modernim i kvalitetno organizovanim sektorom, izvesno je da će to značiti dobrobit za čitavu privredu zemlje. I obrnuto, ukoliko se energeti-

Delatnosti vodosnabdevanja ili snabdevanja električnom energijom predstavljaju tipične primere infrastrukturnih delatnosti u kojima se javlja prirodni monopol. To znači da je sa stanovišta društva, odnosno društvenog blagostanja, poželjno da dati obim proizvodnje obavlja samo jedno preduzeće.⁵ Zbog opasnosti da bi tehnološke prednosti prirodnog monopola bile delimično izgubljene ukoliko bi se dozvolilo privatnom subjektu da ograniči svoju proizvodnju i naplati monopolsku cenu, sektori u kojima se javljaju prirodni monopoli su često regulisani od strane države.⁶ Donedavno, monopolski uslovi su preovladavali u većini infrastrukturnih sektora: ili zbog toga što je u ovim sektorima preovladavao prirodni monopol ili zato što su postojale barijere za ulazak na tržište (npr. vertikalna integracija pružaoca javnih usluga), međutim, usled tehnološkog napretka neke zemlje su odlučile da napuste ovakav pristup.⁷ Elektroprivreda, bez obzira na svoj pravni status, danas predstavlja javnu službu koja u svom poslovanju treba da se rukovodi idejom najveće ekonomske koristi za celokupno društvo. U tom smislu, javni sektor ima obavezu kontinuiranog pružanja usluge, odnosno obavezu da služi javnom interesu. Za infrastrukturne delatnosti, kao što je to slučaj sa uslugama u energetsom sektoru, obaveza pružanja usluga se sastoji iz dva dela: ona najpre podrazumeva da potrošač mora da se priključi na mrežu, a zatim da mu se isporuči električna energija.⁸

Ukoliko se prihvati stanovište da je važno da država ima određenu ulogu u energetsom sektoru, postavlja se pitanje zašto ona ne bi poverila izvršavanje poslova privatnom sektoru putem javnih nabavki, istovremeno zadržavajući punu kontrolu nad njime? Zašto bi država izabrala da privatna kompanija upravlja tako važnim resursima u narednih 20-30 godina, umesto da zaključi više odvojenih ugovora? Putem tradicionalnih javnih nabavki, privatni subjekti odavno su uklju-

ci ne posvećuje dovoljno pažnje sa stanovišta strateškog planiranja, izvesne su loša pozicija i slabe perspektive privrede u celini”, čl. 1.2, st. 1

⁵ Drugim rečima, ne samo da bi pokušaj uspostavljanja konkurencije u uslovima prirodnog monopola bio neuspešan, budući da konkurencija nije održiva, već takav pokušaj ne bi bio opravdan sa stanovišta blagostanja. U tom smislu, ne treba raditi na tome da se prirodni monopol razbije, već da se njegovo poslovanje reguliše kako bi se izbeglo monopolsko ponašanje. M. Labus, A. Jovanović, op. cit., 241. U zemljama u razvoju ne postoje čvrsti dokazi da je nezavisna regulacija državnih monopola uspešno poboljšala komercijalne performanse. V. John Besant-Jones, Clive Harris, Gary Stuggins, Alan Townsend, *Operational guidance for World Bank Group staff: public and private sector roles in the supply of electricity services*, The World Bank Group, Washington D.C., 2004, 9.

⁶ Jedan proizvođač može pružati usluge po nižoj ceni nego što to može činiti više njih. Robert Cooter, Thomas Ulen, *Law & economics, 6th edition*, Berkeley Law Books, Berkeley, 2011, 29–30.

⁷ Legislative Guide on Privateley Financed Infrastructure Projects, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf>, 07.08.2020.

⁸ G. Tanić, op. cit., 74.

čeni u izgradnju puteva, javnih zgrada, snabdevanje energijom i pružanje drugih javnih usluga. Ono što se razlikuje kod JPP jeste to što su ovi posebni ugovori spojeni u jedan ugovor, te je privatni partner zadužen za pružanje infrastrukturnih usluga u određenom vremenskom periodu, a ne samo za izgradnju ili održavanje infrastrukturnih objekata.⁹ U dosadašnjoj praksi se pokazalo da su države uglavnom bile neuspešne u samostalnom pružanju usluga u oblasti infrastrukturnih delatnosti.¹⁰ Sa druge strane, prepoznato je da privatni sektor može pružiti efikasne investicije i poboljšane usluge pod uslovom da postoje pravi poslovni podsticaji i zakonski i regulatorni aranžmani za privlačenje investicija.¹¹ Jedan od razloga možemo tražiti u činjenici da javni partner prilikom prikupljanja sredstava za finansiranje određenog projekta, ne uzima u obzir stvarne rizike projekta, budući da su donosioci odluka najčešće izolovani od posledica svojih odluka.¹² Nasuprot tome, dobro struktuirano JPP može uvesti jasne linije odgovornosti i podele uloga, procenu projektnih rizika, kao i transparentnosti i performansi prilikom realizacije projekta. Pored toga, JPP sa sobom nosi određen vid izvesnosti u pogledu dugoročne strategije upravljanja određenim infrastrukturnim dobrom, a koji izostaje u tradicionalnim javnim nabavkama.¹³

Ukoliko se, pak, prihvati stanovište da privatni partner može jeftinije i efikasnije od države da pruža uslugu, postavlja se pitanje zašto mu ne poveriti pru-

⁹ Darrin Grimsey, Mervyn K. Lewis, "Public private partnerships and public procurement", *Agenda, A Journal of Policy Analysis and Reform*, Canberra, 2007, 171–172.

¹⁰ E. B. Yehoue, M. Hammami, J. F. Ruhashyankiko, op. cit., 6. Tako, prema mišljenju Svetske Banke zbog lošeg upravljanja elektroenergetskim sistemom u mnogim zemljama u razvoju, finansiranje elektroenergetske infrastrukture i pružanje usluga snabdevanja električnom energijom isključivo od strane javnog sektora nisu adekvatno podržali ekonomski i socijalni razvoj, V. J. Besant-Jones, C. Harris, G. Stuggins, A. Townsend, op. cit., ii.

¹¹ Različiti oblici svojine nad preduzećem stvaraju različite podsticaje za ekonomsku efikasnost, pri čemu se pokazalo da privatna svojina predstavlja superioran oblik svojine sa stanovišta ekonomske efikasnosti. M. Labus, A. Jovanović, op. cit., 579. Međutim, određeni autori tvrde da je svetska ekonomska kriza pokazala da zavisnost od privatnog kapitala nije uvek dobra, niti je privatni kapital uvek pristupačan. John Kitsos, "Privatisation and Public Private Partnerships: Defining the Legal Boundaries from an International Perspective", *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.*, br. 10, Berlin, 2015, 18.

¹² Odluke o izgradnji i održavanju infrastrukture jedne države nužno imaju posledice i stvaraju obaveze koje traju generacijama, pa ipak, političari i visoki državni službenici snose vrlo malo lične odgovornosti za posledice svojih poslovnih odluka, te se na taj način suočavaju sa malo podsticaja za modifikaciju ponašanja. V. D. Grimsey, M. Lewis, op. cit., 172.

¹³ Predvidljivost predstavlja prednost u situacijama kada se ne mogu se predvideti sve okolnosti i rizici u trenutku zaključenja ugovora. Zbog toga je važno da propisi, odnosno ugovorne klauzule dozvoljavaju javnom partneru da pristupi tzv. ponovnom pregovaranju ukoliko dođe do promenjenih okolnosti.

žanje deficitarne usluge u potpunosti i privatizovati preduzeće? I u slučaju JPP i u slučaju privatizacije privatnom partneru se omogućava pristup sektoru u kojem država ima monopol iz razloga što se smatra da privatni partner može da obezbedi kvalitetnija dobra i usluge po nižoj ceni.¹⁴ Međutim, sama suština privatizacije i JPP je različita: privatizacija podrazumeva konkurenciju, a JPP saradnju između javnog i privatnog sektora.¹⁵ Prilikom odlučivanja je, najpre, potrebno utvrditi da li postoji dovoljno jak interes javnosti da država ostane jedini pružalac usluga u određenom sektoru, zbog njegovog značaja. Ukoliko je to slučaj, a država ne može da obezbedi da sama pruža usluge, ili bar ne u onom obimu, odnosno ne onako kvalitetno i povoljno sa stanovišta krajnjih korisnika u kojem je potrebno, JPP predstavlja težu između privatizacije, u kojoj se javni subjekt trajno odriče mogućnosti upravljanja određenim sektorom i tradicionalnih javnih nabavki kojima se *ad hoc* rešavaju potencijalni problemi. Zbog toga se države sve ređe odlučuju da same pružaju usluge u elektroenergetskom sektoru, već to čine u koegzistenciji sa privatnim sektorom.

JAVNI INTERES, PRIVATNI INTERES ILI *SUI GENERIS* INTERES

Pružanje javnih usluga od strane privatnih kompanija uvek predstavlja potencijalnu pretnju za demokratske vrednosti jedne države i postupanje u skladu sa javnim interesom, ukoliko ne postoji snažan i delotvoran mehanizam sprovođenja kontrole nad radom ovih pružaoca usluga. Ovo je naročito značajno u energetskom sektoru, koji predstavlja jedan od vitalnih sektora svake zemlje.¹⁶ Država, kao pružalac javnih usluga, uvek mora da se vodi zaštitom javnog interesa, njeni zaposleni podležu posebnim osnovima odgovornosti, a njen rad mora biti transparentan. Postavlja se pitanje da li privatni investitor, kao pružalac javnih usluga, mora da se vodi javnim interesima i u kojoj meri to mora činiti?

Najjednostavniji odgovor na ovo pitanje bi ujedno predstavljao i suviše pojednostavljen sistem izrazito kompleksnih odnosa interesa javnog i privatnog partnera. Naime, ovo stanovište podrazumeva da je svako privredno društvo privredni subjekt koji je osnovan radi sticanja dobiti, te kao takav ima legitimne in-

¹⁴ JPP se često naziva i “*razvodnjena privatizacija*” odnosno “*oslabljena privatizacija*”. J. Kit-sos, op. cit., 23.

¹⁵ Ideja saradnje javnog i privatnog sektora počiva na stabilizaciji nestabilnih tržišta i ublažavanju konkurentskih pritisaka. Stephen H. Linder, “Coming to terms with the public-private partnership: A grammar of multiple meanings”, *American behavioural scientist*, br. 43 (1), 1999, 36.

¹⁶ Prema Zakonu o javnim preduzećima, *Službeni glasnik RS*, br. 15/2016 i 88/2019, delatnosti od opšteg interesa se najpre najaze u oblasti energetike, a ove delatnosti su pored toga i delatnosti od opšteg ekonomskog interesa (čl. 2, st. 1 i 3).

terese da nastavi da posluje sa istim ciljem i kada postane pružalac javnih usluga.¹⁷ Pandan prvom shvatanju, koje suviše pojednostavljeno posmatra interese iz ugla privatnog partnera, predstavlja stanovište koje podrazumeva da, u trenutku kada postane pružalac javnih usluga, privatni partner preuzima sve karakteristike javnog preduzeća. To dalje implicira da se na njega direktno primenjuju standardi javnog prava, kao što su propisi u oblasti javnih nabavki, zahtevi transparentnosti ili pravna zaštita protiv aktivnosti vlasti, isto onako kao da je iste načinio i bilo koji drugi organ javne vlasti. Ovaj sistem podrazumeva određen stepen korelacije između benefita koje privatni partner *crpi* iz nove uloge i stepena odgovornosti u pravnom prometu koju ona sa sobom nosi.¹⁸

Međutim, JPP zahteva od oba učesnika da preuzmu neke suštinske karakteristike onog drugog – država mora da počne da razmišlja i da se ponaša kao preduzetnik, a privatni partner prilikom donošenja poslovnih odluka se mora voditi javnim interesom uz povećanu odgovornost prema zajednici.¹⁹ Dakle, ne treba imati dilemu - privatni partner sklapa JPP, ne kako bi ostvario javne interese, već svoje privatne koji podrazumevaju sticanje dobiti. Fokus, dakle, treba da predstavlja način na koji će se privatni partner usmeriti i podstaći da se ponaša u skladu sa javnim interesom. Sistem podsticaja privatnog partnera u JPP može se ostvariti kroz dve dimenzije. Prva je opšta i podrazumeva zakonodavni okvir koji je prilagođen izazovima tržišta, dok je u isto vreme dovoljno snažan da obezbedi poštovanje javnih interesa.²⁰ Druga dimenzija podrazumeva dobro sastavljen ugovor koji pruža dovoljno prostora javnom partneru da sprovodi svoja prava i ovlašćenja predviđena ugovorom. Zbog toga je važno da propisi budu jasno definisani, kao i da poslovanje privatnog partnera bude usklađeno sa energetske i ekološkim ciljevima, javnim politikama, kao i strategijama kojima će se drža-

¹⁷ Matthias De Groot, "Supervision on Public Service Performance by Private Providers: the Relevance of EU Law", *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.*, br. 10, Berlin, 2015, 244.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ S. H Linder, op. cit., 37. I Evropska komisija navodi da mora doći do promene uloga javnog i privatnog sektora. Guidelines for Successful Public-Private Partnerships 2003 – Smernice Evropske komisije, https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf, 10.08.2020.

²⁰ Ukoliko zakonodavac postavi isuviše rigidne pravne norme kojima će obezbediti poštovanje javnog interesa, to će smanjiti priliv privatnih investicija kroz JPP, dok će, s druge strane, nedovoljno regulisani propisi omogućiti oportunistično ponašanje privatnog subjekta i potencijalnu derogaciju javnog interesa. *Ibidem*, 1. Evropska unija je to učinila tako što je propisala obaveznost poštovanja osnovnih pravnih principa (najvažniji su: princip nediskriminacije, princip jednakog tretmana, transparentnost, međusobno priznanje i proporcionalnosti). Biancamaria Raganelli, Gianfrancesco Fidone, "Public Private Partnerships and Public Works: reducing moral hazard in a competitive market", *SSRN 996375*, 2007, 7–9.

va kretati u narednom periodu. Kako sa stanovišta javnog interesa odnos pružao- ca usluge i krajnjeg potrošača predstavlja ključni problem za državu, zaštita kori- snika usluga od zloupotreba monopolskog položaja postaje centralni zadatak koji može biti u suprotnosti sa funkcionisanjem države kao partnera u JPP.²¹

Na društvo koje posluje u formi JPP, primenjuju se odredbe Zakona o jav- no-privatnom partnerstvu i koncesijama kao zakona koji uređuje specifičnu for- mu JPP.²² Međutim, ovaj zakon ne uređuje detaljno pitanja interesa privatnog i javnog partnera već propisuje da javno telo pri ostvarivanju prava privatnih lica vodi računa da ostvarenje tih prava nije u suprotnosti sa zakonom definisanim javnim interesom, a da svaka mera preduzeta od strane javnog partnera mora biti minimalno potrebna i u srazmeri sa javnim interesom koji se tom merom na- stoji zaštititi.²³ Pored toga, ZJPPK predviđa da svaki ugovor o JPP mora sadržati odredbe koje regulišu pravo javnog partnera da u cilju zaštite javnog interesa, u potpunosti ili delimično prekine izvršenje ugovora ili preuzme izvršenje dela ugo- vora na sebe.²⁴ U srpskom pravu javno preduzeće i svi drugi oblici organizovanja koji obavljaju delatnost od opšteg interesa, uređeni su specifičnim pravilima Za- kona o javnim preduzećima, a kada pružalac usluge obavlja delatnosti u oblasti energetike njegovo poslovanje reguliše i Zakon o energetici. Kako ova preduze- ća obavljaju delatnosti kod kojih je neophodno obezbediti trajnost i kontinuitet u zadovoljenju potreba korisnika nezavisno od pojedinačnih ekonomskih interesa tog privrednog subjekta, njihov primarni cilj je ostvarivanje proklamovanog op- šteg interesa.²⁵

²¹ World Bank, *Good Governance in Public-Private Partnerships: A Resource Guide for Practitioners*, World Bank, Washington DC, 2009, 275. Jedan od načina jeste da država odgovara pružao- cima usluga i nakon delegiranja ovlašćenja privatnom partneru. Tako, Evropski sud za ljud- ska prava smatra da to što je država poverila privatnom partneru da obezbeđuje neku javnu uslugu nju ne oslobada odgovornosti. V. *Case of Costello-Roberts v. The United Kingdom* (Application no. 13134/87), Judgement Strasbourg, Final 25/03/1993.

²² Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama – ZJPPK, *Službeni glasnik RS*, br. 88/2011, 15/2016 i 104/2016.

²³ Čl. 6 ZJPPK. Takođe Zakon propisuje da se ova načela koriste za tumačenje odredaba ovog zakona. Čl. 5 ZJPPK.

²⁴ Čl. 46 ZJPPK.

²⁵ To ne znači da ovo društvo nema interes sticanja dobiti, samo javni interes preteže nad njim. Nebojša Jovanović, Vuk Radović, Mirjana Radović, *Kompanijsko pravo - Pravo privrednih sub- jekata*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2020, 676–678. Tako, ukoliko privatni partner razvija poslovne strategije, država treba da bude odgovorna za društveni razvoj, ukoliko pri- vatni partner više pažnje posvećuje direktnim uticajima projekta – država treba da ispita indirektno i kumulativne uticaje i sl. Pascal Rey, Marie Mazalto, “Quelle collaboration public-privé pour l’in-

MODALITETI JPP

Prepoznat je veliki broj struktura i modaliteta JPP, a primetno je i progresivno stvaranje novih formi JPP, te se postavlja pitanje kako izabrati najpogodniji model? Odgovor na pitanje je vrlo jednostavan, ali realizacija podrazumeva kompleksnu preliminarnu procenu: savršen model ne postoji, već je neophodno prilagoditi strukturu JPP konkretnom projektu.²⁶ Prilikom izbora moraju se uzeti u obzir javne usluge, odnosno dobra, koja su predmet JPP, sektor u kojem se realizuje projekat kao i sve specifičnosti projekta.²⁷ Ono što razlikuje modalitete je dan od drugog jeste stepen kontrole privatnog subjekta nad projektom obuhvaćenim JPP, kao i učešće u njegovom finansiranju. Tako, *Zelena knjiga* razlikuje dve forme JPP: institucionalno, u kojem postoji suprematija javnih nad privatnim interesima i ugovorno, koje podrazumeva jednakost interesa.²⁸ Srpsko pravo takođe poznaje ove dve forme JPP.²⁹

Institucionalno JPP pretpostavlja saradnju javnog i privatnog partnera kao članova zajedničkog privrednog društva koje je nosilac realizacije projekta JPP, pri čemu se taj odnos može zasnovati na osnivačkim ulozima u novoosnovanom privrednom društvu ili na sticanju vlasničkog udela, odnosno dokapitalizaciji postojećeg privrednog društva kompaniju.³⁰ I javni i privatni partner imaju određen

tégration d'un projet minier à son territoire? Études de cas en Afrique de l'Ouest", *Revista Opera*, . 26, 2020, 73.

²⁶ Ugovaranje projekata JPP predstavlja veoma složen i dugotrajan postupak, koji je povezan i sa određenim rizicima za javni sektor. Iz tog razloga, ugovorima o JPP-u treba posvetiti izuzetnu pažnju u etapi pripreme i ugovaranja projekta JPP. V. Smjernice za primenu ugovornih oblika javno-privatnog partnerstva (JPP), *Narodne novine*, br. 98, 2006. U tom kontekstu, loše pripreme projekata (obim projekta, nivo ulaganja, nepravilna i dvosmislena raspodela rizika, minimalni zahtevi, kriterijumi odabira i postupci nabavke JPP-a) mogu dovesti do potencijalnih ponovnih pregovora o ugovoru. Jose Louis, Guasch, Daniel Benitez, Irene Portabales, Lincoln Flor, "The Renegotiation of PPP Contracts: An overview of its recent evolution in Latin America", *International Transport Forum Discussion Paper*, 6.

²⁷ Smernice Evropske komisije, op. cit., 13-16.

²⁸ B. Raganelli, G. Fidone, 4. Prema Green Paper on public-private partnership and Community law on public contracts and concessions 2004, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52004DC0327>, 18.06.2020.

²⁹ Ugovorno podrazumeva javni ugovor kojim se regulišu prava i obaveze između javnog i privatnog partnera, a koji može biti sa ili bez elemenata koncesije, a institucionalno podrazumeva da su javni i privatni partner osnivači, odnosno članovi zajedničkog privrednog društva koji je nosilac projekta JPP.

³⁰ ZJPPK ne pruža odgovor na pitanje da li i u slučaju institucionalnog JPP mora biti zaključen javni ugovor, kao i da li on mora da sadrži sve elemente propisane zakonom.

udeo u kompaniji, kao i svoje predstavnike u odboru direktora. Time se postiže da obe ugovorne strane dele i rizike i dobit. Međutim, sukobi interesa i problemi korporativnog upravljanja mogu se pojaviti sve dok javni sektor nije samo akcionar zajedničkog kapitala, već je i regulator sektora u kojem se kompanija razvija. Zadržavanje uticaja u kontroli i nadzoru nad sprovođenjem projekta predstavlja pogodan model u situacijama kada su u pitanju obezbeđivanje usluga naročito važnih za zajednicu (snabdevanje vodom, distribucija električne energije i sl.).³¹

Ugovorno JPP se, sa druge strane, smatra dugoročnim ugovorom između subjekata javnog i privatnog sektora radi finansiranja, izgradnje ili rekonstrukcije infrastrukture odnosno njenog održavanja, u kom privatni partner preuzima rizik izgradnje i bar još jedan od dva rizika – dostupnosti i potražnje za uslugom.³² Postoji čitav niz ugovornih JPP modela koji na različite načine raspodeljuju odgovornosti i rizike između javnog i privatnog partnera, pri čemu jedna strana snosi veći ili manji rizik u zavisnosti od forme ugovornog JPP.³³ Sve forme ugovornog JPP mogu se svrstati u tri kategorije: prva podrazumeva da privatni sektor poseduje infrastrukturu, razvija i upravlja projektom i sredstvima, bez obaveze da prenese vlasništvo državi po isteku perioda; druga podrazumeva da privatni sektor kupi/uzme u zakup/lizing postojeća sredstva, modernizuje ih i upravlja njima određen vremenski period, bez obaveze da prenese vlasništvo državi po isteku tog perioda; najzad, treća podrazumeva da privatni partner izgradi određenu infrastrukturu neophodnu za pružanje usluga, upravlja njom i nakon ugovorenog perioda prenese je u vlasništvo države.³⁴

Uvidom u bazu Svetske banke koja sadrži podatke o realizaciji projekata JPP primećuje se da su najvažniji ugovori JPP u oblasti energetike u Republici Sr-

³¹ Institucionalno JPP predstavlja pokušaj da se prevaziđe odnos dve strane zasnovan na striktno regulisanim ugovorima, što se pokazalo nepogodnim u situacijama u kojima sam projekat i/ili ciljevi teško mogu da se preciziraju, koje karakteriše međuzavisnost ili su potrebna nova kreativna rešenja. World Bank, 2009, 16–18.

³² A Guide to the Statistical Treatment of PPPs, <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/1015035/7204121/epec-eurostat-statistical-guide-en.pdf>, 18.08.2020. Institucionalno JPP podrazumeva da učesnici *ex post* dele troškove, rizike i koristi koji nastaju iz projekta, dok učesnici ugovora o JPP-u *ex ante* dodeljuju rizik, trošak i korist projekta eksplicitnim ugovornim aranžmanom. Submission to public accounts committee - Inquiry into Public-Private Partnerships, <https://www.parliament.nsw.gov.au/ladocs/submissions/46534/SubNo24.pdf>, 10.08.2020.

³³ U načelu, svaki ugovor mora biti dovoljno fleksibilan, ali i omogućiti određen stepen kontrole kako bi se osiguralo da su interesi obeju strana usklađeni, kao i da njihove razlike mogu biti potisnute kako bi se realizovao projekat koji je predmet JPP.

³⁴ International Monetary Fund, Public – Private Partnerships, <https://www.imf.org/external/np/fad/2004/pipf/eng/031204.htm>, 29.07.2020.

biji zaključeni u tzv. *Build-own-operate* (BOO) formi.³⁵ BOO ugovor podrazumeva da privatni subjekt trajno finansira, projektuje i gradi/renovira infrastrukturne objekte neophodne za pružanje usluge, upravlja njima tokom perioda trajanja ugovora, a proizvedenu uslugu prodaje jednom ili maloj grupi velikih dobavljača (često javnim distributivnim preduzećima).³⁶ Struktura BOO u kojoj svoje usluge prodaje samo jednom/manjem broju subjekata pruža privatnom partneru pojednostavljenu naplatu usluga i omogućava dugoročne, finansijski isplative aranžmane kojim se štite investitori od rizika potražnje i drugih tržišnih rizika.³⁷ Budući da je BOO primer ugovorne forme JPP u kojoj privatni partner snosi najviše rizika, neophodno je pružiti mu određene podsticaje, a koji se najčešće sastoje u obavezi države da otkupljuje onoliko usluga koliko bude proizvedeno, često po određenim tarifama.³⁸ U energetskom sektoru ovaj ugovorni aranžman podrazumeva da će se javni partner, ukoliko je npr. sklopljeno JPP za proizvodnju električne energije, obavezati da otkupi svu električnu energiju koju privatni partner proizvede. Time država stvara podsticaj privatnom partneru da proizvede više električne energije, odnosno da unapređuje tehnička i tehnološka rešenja

³⁵ ZJPPK ne reguliše posebno različite forme ugovora, čl. 7 ZJPPK.

³⁶ Jeffrey Delmon, "Understanding options for public-private partnerships in infrastructure: sorting out the forest from the trees: BOT, DBFO, DCMF, concession, lease", *World Bank*, 2010, 12. Isto tako Rifat Akbiyikli, David Eaton, "A Comparison of PFI, BOT, BOO and BOOT Procurement Routes for Infrastructure Construction Projects", *Fifth International Postgraduate Research Conference in the Built and Human Environment*, 2005, 510.

³⁷ J. Delmon, op. cit., 45-46. Vreme trajanja ugovora često može biti podsticaj za privatnog partnera da proizvodi javne usluge (što je duži ugovorni period to je veća verovatnoća da će mu se ulaganje isplatiti), naročito imajući u vidu da su zahtevi za kapitalom u zemljama u razvoju veći, a forme kapitala vrlo specifične, pa su periodi povrata investicije mnogo veći. Federico Araujo Turolla, Tomas Anker, Ricardo Meirelles de Faria, "Infrastructure services in Brazil: The role of public-private partnership (PPP) in the water & sewerage sector", *SSRN 616241*, 2. Međutim, javno dostupne informacije ukazuju na to da su neki od ugovora u oblasti energetike u Republici Srbiji zaključeni na period od 12 godina. V. Private Participation in Infrastructure (PPI) - World Bank Group, Database, <https://ppi.worldbank.org/en/snapshots/country/serbia>, 17.07.2020. Treba imati u vidu da je ovo relativno kratak vremenski period budući da zakon propisuje da se javni ugovor može zaključiti na period od pet do pedeset godina, osim ukoliko posebnim propisom nije propisan neki drugi rok, čl. 18 ZJPPK.

³⁸ Ukoliko se posmatra raspodela rizika između javnog i privatnog partnera tradicionalna javna nabavka predstavljala bi primer u kojem država snosi najveći rizik projekta, dok BOO primer ugovornog aranžmana u kojem privatni partner snosi najviše rizika. Smernice Evropske komisije, op. cit., 18. Podsticaji zasnovani na tarifama su naročito važni za energetski sektor u Republici Srbiji gde se umesto na aukcijama sistem podrške ulaganja u obnovljive izvore energije i dalje zasniva na *feed-in* tarifama i ugovorima o kupovini električne energije između operatera i privilegovanih proizvođača. Energy Community Secretariat, Annual Implementation Report 2019, [file:///C:/Users/hrist/Downloads/EnC_IR2019%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/hrist/Downloads/EnC_IR2019%20(1).pdf), 05.08.2020.

kako bi uštedeo troškove proizvodnje i povećao marginalnu dobit, odnosno profit. Osnovna prednost BOO ugovornog aranžmana je u jasnoj odvojenosti projektnih od državnih rizika, budući da privatni partneri povrat investicije dobijaju iz novčanih tokova samog projekta, a ne od državnih garancija.³⁹ Pored toga, kao suštinska karakteristika navodi se i da je vlasništvo nad imovinom u rukama privatnog partnera. Međutim, većina pravnih sistema omogućava državi da, pod određenim uslovima, prenese u svoje vlasništvo odnosno na neki način koristi celokupnu infrastrukturu koja se koristi za pružanje javnih usluga u energetsom sektoru, ukoliko je to u javnom interesu države, te se vlasništvo nad infrastrukturom ne može smatrati naročitim podsticajem.⁴⁰

JPP U ENERGETSKOM SEKTORU U REPUBLICI SRBIJI

Na samom početku primene Zakona o JPP u Republici Srbiji realizovani su samo manji projekti JPP (javna rasveta, gradski i prigradski prevoz putnika, sakupljanje komunalnog otpada i sl.) i to uglavnom na lokalnom nivou, međutim nakon toga Republika Srbija počinje da zaključuje značajne ugovore u oblasti energetike na nacionalnom nivou, a koji se pre svega odnose na proizvodnju električne energije iz obnovljivih izvora energije.⁴¹ Uvidom u bazu Svetske Banke može se videti da su trenutno u postupku realizacije čak pet projekata izgradnje i upravljanja vetroparkovima u Republici Srbiji.⁴² U pitanju su projekti Dolovo Čibuk vetropark, Kovačica vetropark, Košava 1 vetropark, Alibunar vetropark i WAG Dolovo vetropark, čija je ukupna vrednost preko 1.376 miliona dolara

³⁹ Treba imati u vidu da javne usluge nisu komercijalni proizvodi i kao takvi imaju tendenciju da u velikoj meri zavise od novca poreskih obveznika. Ovo je naročito značajno u oblasti pružanja usluge proizvodnje i distribucije električne energije. UNECE, *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*, United Nations, New York–Geneva, 2008, 18.

⁴⁰ J. Delmon, op. cit., 22.

⁴¹ Primetno je da postoji značajan broj manjih projekata koji se odnose na povećanje energetske efikasnosti u javnom sektoru. To je pre svega zato što je na osnovu Zakona o efikasnom korišćenju energije, *Službeni glasnik RS*, br. 25/2013, donet Pravilnik o utvrđivanju modela ugovora o energetske uslugama za primenu mera poboljšanja energetske efikasnosti kada su korisnici iz javnog sektora, *Službeni glasnik RS*, br. 41/2015, kojim se uređuju dva modela ugovora, na osnovu kojih se ugovaraju mere energetske efikasnosti, koje privatni partner obezbeđuje u objektima javnog partnera, a koji se finansiraju na bazi ostvarenih ušteda energije. V. Spisak odobrenih projekata od strane Komisije za javno-privatna partnerstva, <http://jpp.gov.rs/koncesijevesti/spisak>, 15.07.2020.

⁴² Prema izveštaju Svetske Banke u 2019. godini je realizovano 150 projekata u podsektoru proizvodnje električne energije, od kojih je 136 projekata u oblasti obnovljivih izvora energije. *Private Participation in Infrastructure, Annual Report*, <https://ppi.worldbank.org/content/dam/PPI/documents/private-participation-infrastructure-annual-2019-report.pdf>, 10.09.2020.

(USD). Za svaki od navedenih projekata ugovor o JPP je zaključen na nacionalnom nivou u BOO formi, u podsektoru proizvodnje električne energije.⁴³

Kako bi JPP bilo uspešno, privatni partner mora biti izabran kroz efikasan i delotvoran sistem javnih nabavki, na način koji obezbeđuje da država izabere najboljeg privatnog partnera za konkretan posao, odnosno oblast koju planira da mu poveri. Uvidom u bazu primećuje se da je većina ovih ugovora dodeljena na osnovu posebnog postupka u slučaju podnošenja samoinicijativnog predloga. Naime, ZJPPK dozvoljava da privatni subjekt podnese samoinicijativno predlog projekta JPP za koji smatra da je u javnom interesu, a za čiju realizaciju javno telo na nacionalnom ili lokalnom nivou još nije pokrenulo postupak.⁴⁴ Samoinicijativni predlog (*Unsolicited proposal*) se obično ne dozvoljava u tradicionalnim javnim nabavkama, međutim u JPP je izuzetno zastupljen zato što se smatra da se time podstiče inovativnost privatnog sektora.⁴⁵ Ipak, u teoriji se često ističe kako je neophodno obazrivo primenjivati ovaj institut, budući da postoji opasnost da podnosilac ponude stekne određenu cenovnu prednost ili pravo na prvo odbijanje u toku pregovora.⁴⁶ U srpskom pravu predlagač ima pravo da učestvuje u postupku dodele ugovora ako njegovo učešće u pripremi predloga projekta ne narušava konkurenciju. Ukoliko, pak, javno telo smatra da predlagač ima konkurentsku prednost, ono će svim drugim zainteresovanim licima ili ponuđačima obezbediti pristup svim informacijama kako bi se neutralisala takva prednost. Ukoliko to nije moguće, predlagač se mora isključiti iz postupka dodele javnog ugovora.⁴⁷ Ipak, kako su navedene odredbe neprecizne i podložne diskrecionom tumačenju, potrebno je dodatno unaprediti transparentnost kroz preciziranje kriterijuma za dodelu ugovora u postupku javne nabavke kada je postupak sproveden po samoinicijativnom predlogu privatnog subjekta, a ugovor dodeljen van standardne procedure dodeljivanja javnih ugovora.⁴⁸

⁴³ Private Participation in Infrastructure (PPI) – World Bank Group, Database, <https://ppi.worldbank.org/en/snapshots/country/serbia>, 17.07.2020.

⁴⁴ Čl. 19 ZJPPK.

⁴⁵ U tom smislu, važno je da ovakvi postupci budu primenjeni isključivo u situacijama kada se radi o novim inovativnim projektima. Sandeep Verma, "Government obligations in public-private partnership contracts", *Journal of Public Procurement*, br. 10.4, Melbourne, 2010, 4.

⁴⁶ *Ibidem*, 3.

⁴⁷ Konkurenti generalno nisu motivisani da učestvuju u ovim postupcima jer smatraju da su šanse za njihov uspeh izuzetno male.

⁴⁸ Agencija za borbu protiv korupcije navodi da je potrebno propisati na koji način će javna tela procenjivati da li se učešćem predlagača u pripremi predloga projekta narušava konkurencija, šta je sve potrebno da se eventualna konkurentska prednost neutrališe, kako se zaključuje da se konkurentska prednost ne može neutralisati, kao i na koji način se obezbeđuju kapaciteti javnih tela

Pored toga, strateški infrastrukturni projekti mogu biti implementirani kroz potpisivanje direktnih ugovora o strateškom partnerstvu sa stranim javnim ili privatnim partnerom, a na osnovu međunarodnih ugovora o ekonomskoj saradnji i tada se na njima ne primenjuje ni ZJPPK niti Zakon o javnim nabavkama.⁴⁹ ZJPPK u čl. 3 propisuje izuzetke od primene ovog zakona, navodeći da se, između ostalog, ovaj zakon ne primenjuje na JPP ukoliko se to partnerstvo zasniva na međunarodnim ugovorima koje je Republika Srbija zaključila sa jednom ili više država radi zajedničkog sprovođenja projekta.⁵⁰ Ovaj izuzetak je naročito važan u energetskom sektoru uzimajući u obzir da je prethodnih godina zaključeno više ugovora o strateškom partnerstvu u oblasti energetike, na osnovu potpisanih bilateralnih ugovora, za ulaganje u proizvodnju električne energije iz uglja (izgradnju novih i rekonstrukciju starih termoelektrana na uglj).⁵¹ Često loša podela rizika u navedenim ugovorima vodi velikom teretu plaćanja naknade na krajnjem korisniku (direktno kroz povećanje cene električne energije ili indirektno kroz povećanje državnog duga usled neplanskog ulaganja države), viša je cena projekta od očekivane, problematičan je sistem naplate, nedostatak transparentnosti ostavlja prostor za korupciju.⁵²

za ovakve procene. V. Izveštaj o rizicima korupcije u oblasti javno-privatnog partnerstva i koncesija, http://www.acas.rs/wp-content/uploads/2012/12/Izvestaj_o_JPP_-_final.pdf, 22.07.2020. Takođe, i pored zakonskih i podzakonskih obaveza vođenja registra javnih ugovora, portal javnih nabavki ne sadrži podatke o ugovorima zaključenim na osnovu samoinicijativnog predloga. V. Registar javnih ugovora, <http://portal.ujn.gov.rs/JavniUgovori/Ugovori.aspx>, 15.08.2020.

⁴⁹ Zakon o javnim nabavkama, *Službeni glasnik RS*, br. 91/2019. Srbija je do sada potpisala takve ugovore sa Kinom, Rusijom, Ujedinjenim Arapskim Emiratima itd. V. PPP Units and Related Institutional Framework Serbia, http://investcroatia.gov.hr/wpcontent/uploads/2015/11/epec_wbif_serbia_ppp_unit_and_related_institutional_framework.pdf, 13.08.2020.

⁵⁰ Država, kroz izuzetke od primene JPP otvara svesno prostor zloupotrebama, direktnim pogodbama i korupciji. Vladimir Vasiljev, "Javno-privatna partnerstva u EU i Srbiji – razvoj modela, tržišta i zakonskog okvira", *doktorska disertacija – Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu*, Beograd, 2015, 187.

⁵¹ Kao primer može se navesti ugovor iz 2003. godine koji je potpisala Vlada Republike Srbije i *China Machinery Engineering Corporation* za izgradnju nove termoelektrane Kostolac B3. Agencija za borbu protiv korupcije je u svom izveštaju o JPP preporučila izmenu ZJPPK i propisivanje da se na ugovore zaključene mimo ovog zakona primenjuje makar deo pravila koji je predviđen propisima koji uređuju oblast JPP, a koji se odnose na obavezu registrovanja ovih ugovora u Registru javnih ugovora. Izveštaj o rizicima korupcije u oblasti javno-privatnog partnerstva i koncesija, 8.

⁵² Javno privatno partnerstvo u Crnoj Gori – odgovornost, transparentnost i efikasnost, <http://media.institut-alternativa.org/2012/08/institut-alternativa-javno-privatna-partnerstva-u-crnoj-gori.pdf>, 25.07.2020. Kao primer može se navesti odredba sadržana u Aneksu II Sporazuma o ekonomskoj i tehničkoj saradnji u oblasti infrastrukture između Vlade Republike Srbije i Vlade Narodne Republike Kine, u kojem se u čl. 5 navodi da "sporazumi, ugovori, programi i projekti

ZAKLJUČAK

Sve kompleksnije i međusobno povezane privredne aktivnosti, kao i izuzetno brze tehnološke promene u energetsom sektoru stvorile su okruženje koje državi otežava samostalno delovanje.⁵³ S druge strane, privatni sektor poseduje specijalizovana znanja i tehnologiju koje često nedostaju javnom sektoru, budući da izostaju podsticaji za ulaganje u razvoj inovativnih projekata i tehnoloških *know-how*.⁵⁴ Poteškoće u sprovođenju reformi za uspostavljanje elektroenergetskog sektora na komercijalnoj osnovi u nekim zemljama, kao i veće smanjenje investicionih tokova na tržištima stvorile su otežanu klimu za privlačenje privatnih investicija u elektroenergetske sektore zemalja u razvoju.⁵⁵ S druge strane, obim ulaganja neophodan za povećanje kapaciteta pružanja usluga u energetsom sektoru je ogroman.⁵⁶ U zemljama zapadnog Balkana, zbog činjenice da su ne samo države već često i lokalne samouprave probile razumne limite javnog duga, komercijalne banke i ulagači nisu najbolja opcija za finansiranje infrastrukturnih projekata.⁵⁷ Imajući u vidu da su JPP češća tamo gde je državni dug veliki, gde je

sačinjeni u skladu sa članom 4. Sporazuma na teritoriji Republike Srbije ne podležu obavezi raspisivanja javnog nadmetanja za obavljanje poslova investicionih radova i isporuku roba i usluga, osim ako nije drugačije određeno u komercijalnom ugovoru iz stava 4. ovog člana.”

⁵³ Jongyearn Lee, “Easier Set Than Done: Stakeholder Engagement as Public-Private Partnership in Regulatory Policy of South Korea”, *KDI Journal of Economic Policy*, br. 41.3, Sejong-si, 2019, 40.

⁵⁴ Tako, često se navodi da je razvoj JPP deo sveopšte promene uloge javnog sektora u privredi, koja prelazi iz uloge jednog od subjekata u tržišnoj utakmici u ulogu organizatora, regulatora i kontrolora. Smjernice za primenu ugovornih oblika JPP, Uvod (2). Isto tako P. Rey, M. Mazalto, op. cit., 73.

⁵⁵ U prethodnoj deceniji viđen je talas privatizacije i liberalizacije tržišta u zemljama u razvoju, a privatni sektor je posmatran kao važan finansijer i dugoročan operater infrastrukturnih delatnosti, naročito se fokusirajući na energetske sektor sa ciljem povećanja kapaciteta u situacijama kada postoje budžetska ograničenja. Ada Karina Izaguirre, “Private Participation in Energy”, *Public Policy for the Private Sector*, br. 208, Washington D.C., 2000, 1–3.

⁵⁶ Tako je, između ostalog, Međunarodna agencija za energetiku procenila da će, kako bi zadovoljile rastuće energetske potrebe, zemlje u razvoju morati da ulažu godišnje više od 250 milijardi evra samo u energetske sektor tokom perioda od 2025. do 2030. godine. World Energy Investment 2019, <https://www.iea.org/reports/world-energy-investment-2019>, 12.09.2020. Za period od 2001-2010. procenjeni obim ulaganja u sektor proizvodnje električne energije iznosio je 1200 milijardi dolara. J. Besant-Jones, C. Harris, G. Stuggins, A. Townsend, op. cit., 8. Prema International Energy Agency, *World Energy Investment Outlook: 2003 Insights*, International Energy Agency, 2003. Ovakav značajan porast se javlja pre svega zbog potrebe za zaokretom ka čistoj energiji i rastućim troškovima energije koja dolazi iz uglja, nafte i sl.

⁵⁷ Tatjana Jovanić, “Značaj institucija za razvoj saradnje javnog i privatnog sektora i lokalni ekonomski razvoj”, *Pravo i privreda*, br. 4–6, Beograd, 2016, 527.

merljiva agregatna tražnja i gde je tržište dovoljno veliko da dođe do povraćaja uloženog, energetski sektor ovih zemalja predstavlja naročito pogodan sektor za razvoj ove forme ulaganja.⁵⁸

Međutim, treba imati u vidu da infrastrukturni projekti, a naročito oni u energetsom sektoru, zahtevaju velika ulaganja na samom početku realizacije projekta za čiji povraćaj je često potreban duži vremenski period. Zbog toga, i države kao partneri često ulažu značajna sredstva u projekte, bilo kroz direktna ulaganja, bilo kroz neki vid indirektnih ulaganja (najčešće putem državnih garancija).⁵⁹ Visina državnih ulaganja u JPP zavisi od njenih kreditnih rejtinga, makroekonomskih uslova, pravnog okvira i opšteg poslovnog okruženja: što je tržište snažnije, ekonomski i regulatorni uslovi za ulaganje bolji, to će država moći da privuče kvalitetnije privatne investitore sa većim kapitalnim ulaganjima.⁶⁰ Različite forme državnih garancija se, najčešće, pružaju i u situacijama kada projekat nije dovoljno izazovan za privatni sektor (npr. rekonstrukcija državne kompanije koja je u dugovima), koji se rukovodi principom maksimizacije profita, već država na neki način mora da ih motiviše da zaključe JPP. Pružanje određenih garancija od strane države ne predstavlja nužno negativnu pojavu, međutim u tom slučaju potreban je viši stepen transparentnosti prilikom realizacije samog projekta. U tom smislu, načelo transparentnosti neizostavno podrazumeva i potrebu da se konsultuje zainteresovana javnost u pogledu pravnog osnova i načina odabira partnera, kao i svim obavezama javnog partnera efektima u odnosu na alter-

⁵⁸ U Strategiji razvoja energetike Republike Srbije se, kao jedan od razvojnih potencijala energetskeg sektora navodi i "podizanje mogućnosti i obima javno-privatnog partnerstva u oblasti energetike" Strategija razvoja energetike, Tabela 3.3. SWOT analiza stanja i mogućnosti energetike Republike Srbije. Kao podsektor sa najvećim potencijalom za razvoj JPP često se navodi proizvodnja električne energije, budući da je izvesno da će stanovništvu dugoročno posmatrano biti neophodna električna energija, a da su usluge koje bi se pružale velikom broju potrošača koji plaćaju tržišnu cenu generalno prihvatljivije za privatnog partnera. Michael Burnett, *Public-private partnerships (PPP): a decision maker's guide*, European Institute of Public Administration, Maastricht 2007, 25. U Strategiji razvoja energetike Republike Srbije se, kao jedan od razvojnih potencijala energetskeg sektora navodi i "podizanje mogućnosti i obima javno-privatnog partnerstva u oblasti energetike" Strategija razvoja energetike, Tabela 3.3. SWOT analiza stanja i mogućnosti energetike Republike Srbije.

⁵⁹ Manuel De Vera, Philamer Torio, Michael Timbang, Charles Siriban, "Asian Public-Private Partnerships: An Overview of Trends and Innovations", *SSRN 2221100*, 2013, 28. Ovakav vid državne pomoći je naročito zastupljen u energetsom sektoru zbog njegovog značaja za funkcionisanje svih drugih grana privrede.

⁶⁰ JPP su ugovorni aranžmani i po definiciji kao takvi njihova održivost zavisi od regulatornog okruženja, te tako slabe institucije povećavaju rizik za ulaganje i stvaraju nesigurnost. Smernice Evropske komisije, op. cit., 6.

nativne metode i za građane, posebno u odnosu na cenu i kvalitet usluge ubuduće, pre nego što se zakluče sporazumi, koja često izostaje.⁶¹

Iako ne postoje precizni parametri na osnovu kojih je moguće utvrditi da li je neki projekat pogodno realizovati kroz JPP, postoje neke opšte smernice koje pružaju odgovor na pitanje kada je poželjno primeniti ovu formu: ukoliko je moguće jasno definisati očekivane rezultate, kada se radi o inovativnom projektu sa mogućnošću daljeg unapređenja performansi, kada postoje mogućnosti za prenos određenih rizika na privatni sektor kojim on može bolje da upravlja, odnosno kada je moguć pravilan prenos rizika, kao i kada se povraćaj investicije oslanjanja na prihod od korisničkih naknada kojim se stvara podsticaj za privatne operatore da pruže visokokvalitetnu korisničku uslugu.⁶² JPP, kao koncept u razvoju, može se realizovati kroz veliki broj različitih modaliteta koji moraju biti prilagođeni individualnim potrebama i karakteristikama svakog projekta i projektnih partnera.⁶³ Dobro sastavljen ugovor kreira međuzavisnost i transparentnost odnosa, dok u isto vreme omogućava svakoj ugovornoj strani da ostvari svoje interese.⁶⁴ Međutim, bez obzira na neupitne prednosti JPP, ne treba po svaku cenu insistirati na primeni ovog aranžmana ukoliko se bolji rezultati mogu postići nekom drugom metodom.

U postupku pristupanja Evropskoj uniji Srbija je preuzela brojne obaveze koje podrazumevaju usklađivanje nacionalnog pravnog okvira sa direktivama Evropske unije, u precizno određenom periodu. Ugovor o osnivanju Energetske zajednice, kao najznačajniji ugovor međunarodnog prava u oblasti energetike zemalja u postupku pridruživanja Evropskoj uniji, Srbija je potpisala 2005. godine, i njime se obavezala da u unapred određenim rokovima primeni propise Evrop-

⁶¹ Augustine Arimoro, "An appraisal of the framework for public private partnership in South Africa", *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.*, br. 13, Berlin, 2018, 227.

⁶² D. Grimsey, M. Lewis, op. cit., 174. Tako, ukoliko je, na primer, isti entitet odgovoran i za izgradnju i za pružanje usluga, ali je nagrađen samo za uspešno pružanje usluga odgovarajućeg kvaliteta, privatni partner će uložiti više napora da izgradi ispravan objekat i da pruža usluge na najefikasniji način, a izvesnost ishoda se povećava u pogledu isporuke projekata na vreme (privatni partner je snažno motivisan da projekat završi što je ranije moguće kako bi kontrolisao njegove troškove i kako bi tok plaćanja mogao započeti). UNECE, op. cit., 5. Po nekim autorima uspešno JPP odlikuje četiri faktora: kompetentnost države kao partnera, izbor privatnog partnera, prikladna raspodela rizika i zdrav finansijski paket. Mohammed A. Momoh, "Private Participation in Infrastructure: The Nigerian Experience", *International Journal of Economics and Finance*, br. 11.09.2019, 57.

⁶³ Evropska komisija smatra da ne postoji jedinstven savršen model JPP za pružanje javnih usluga na najefikasniji način, već da ga treba utvrđivati od slučaja do slučaja uzimajući u obzir karakteristike projekta, omogućavajući svakom partneru da radi ono što najbolje ume. Smernice Evropske komisije, op. cit., 16.

⁶⁴ Smernice Evropske komisije, op. cit., 34.

ske unije iz oblasti energetike i zaštite životne sredine. Kao jedan od osnovnih nedostataka u primeni propisa Sekretarijat Energetske zajednice ističe loše rezultate u oblasti obnovljivih izvora energije. Tako, Srbija je u 2017. godini dostigla svega 20,6% udela obnovljivih izvora energije u bruto finalnoj potrošnji energije, što je daleko ispod indikativnih 25% koliko je predviđeno Nacionalnim akcionim planom za korišćenje obnovljivih izvora energije Republike Srbije, a čak i ispod udela od 21 % obnovljivih izvora energije u baznoj 2009. godini.⁶⁵ Uzimajući u obzir da proizvodnja električne energije iz obnovljivih izvora zahteva značajna ulaganja i specijalizovana tehnička znanja, JPP kao model poslovanja može doprineti u sprovođenju energetske tranzicije i usklađivanju sa ciljevima i propisima Evropske unije.⁶⁶ Ipak, kako bi se omogućilo uspešno implementiranje JPP u energetsom sektoru i sprečila mogućnost zloupotrebe ovog instituta koja za posledicu ima ugrožavanje javnog interesa, neophodno je unaprediti propise kojima će se obezbediti veći stepen transparentnosti i značajniji mehanizmi nadzora u svakoj fazi realizacije projekata uz restriktivnu primenu izuzetaka propisanih zakonom. Nepovoljni ugovori za upravljanje elektroenergetskim sektorom i pružanjem javnih usluga u ovoj oblasti dovode do toga da se ograničava efikasnost i svih drugih grana privrede, što rezultira u umanjenom kvalitetu pruženih usluga i uvećanim troškovima.

HRISTINA VOJVODIĆ
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Belgrade

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS IN ENERGY SECTOR

Summary

Given the growing tendency of the countries to entrust the provision of public services in strategically important sectors to private entities, due to the growing service demand that do not correlate with deficit capital in the markets of developing countries, it can be foreseen that a form

⁶⁵ Energy Community Secretariat, op. cit., 159.

⁶⁶ Razvoj JPP u zemljama koje su u postupku pridruživanja Evropskoj uniji, kao što je Srbija, zahteva integraciju evropskih pravnih tekovina u nacionalno zakonodavstvo, naročito imajući u vidu dugoročnu prirodu JPP projekata. Smernice Evropske komisije, op. cit., 37. Tako, kao primer loše prakse u ugovaranju projekata JPP u energetsom sektoru zemalja u postupku pridruživanja Evropskoj uniji, izdvaja se projekat ulaganja u proizvodnju električne energije iz uglja u Bosni i Hercegovini (TE Stanari, TE Ugljevik I). V. Izveštaj o radu i finansijski izveštaj za 2018. godinu, <https://koncesije-rs.org/wp-content/uploads/2019/10/2018-izvjestaj-lat.pdf>, 18.08.2020.

of public-private partnership will take a central role in the economy of developing countries, and that the efficiency of the implementation of this form of public service delivery will be determined by the proper application of this institute. The central part of the paper is dedicated to the presentation and explanation of certain aspects of public-private partnership which, due to the peculiarities of energy services and the characteristics of infrastructure projects, come to the fore in this sector. The author endeavours to point to the deficiencies of the Law on Public-Private Partnerships and Concessions, which are reflected in the broad exemptions of the law application, but are irresponsibly used in the energy sector, as well as the consequences of such decisions on the energy sector, and society as a whole, and points to the need of increasing transparency at each stage of project implementation, using recommendations in which direction the legal framework should be improved allowing the public-private partnership to become an indisputable tool for implementing the transposed *acquis* in the field of energy.

Key words: public-private partnership, public interest, energy sector, public service delivery, public contract modalities

Literatura

- Arimoro A., "An appraisal of the framework for public private partnership in South Africa", *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.*, 13, Berlin, 2018.
- Besant-Jones J., Harris C., Stuggins G., Townsend A., *Operational guidance for World Bank Group staff: public and private sector roles in the supply of electricity services*, The World Bank Group, Washington D.C., 2004.
- Burnett M., *Public-private partnerships (PPP): a decision maker's guide*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 2007.
- Cooter R., Ulen T., *Law & economics, 6th edition*, Berkeley Law Books, Berkeley, 2011.
- De Groot M., "Supervision on Public Service Performance by Private Providers: the Relevance of EU Law", *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.*, br. 10, Berlin, 2015.
- De Vera M., Torio P., Timbang M., Siriban C., "Asian Public-Private Partnerships: An Overview of Trends and Innovations", *SSRN 222110*, 2013.
- Grimsey D., Lewis M. K., "Public private partnerships and public procurement", *Agenda: A Journal of Policy Analysis and Reform*, Canberra, 2007.
- Izaguirre A. K., "Private Participation in Energy", *Public Policy for the Private Sector*, br. 208, Washington D.C., 2000.
- Jongyearn L., "Easier Set Than Done: Stakeholder Engagement as Public-Private Partnership in Regulatory Policy of South Korea", *KDI Journal of Economic Policy*, br. 41.3, Sejong-si, 2019.
- Jovanić T., "Značaj institucija za razvoj saradnje javnog i privatnog sektora i lokalni ekonomski razvoj", *Pravo i privreda*, br. 4–6, Beograd, 2016.
- Jovanović N., Radović V., Radović M., *Kompanijsko pravo-Pravo privrednih subjekata*, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd, 2020.

- Kitsos J., "Privatisation and Public Private Partnerships: Defining the Legal Boundaries from an International Perspective", *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.*, br. 10, Berlin, 2015.
- Labus M., Jovanović A., *Ekonomija za pravnike*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.
- Linder H. S., "Coming to terms with the public-private partnership: A grammar of multiple meanings", *American behavioural scientist*, 43 (1), 1999.
- Momoh M. A., "Private Participation in Infrastructure: The Nigerian Experience", *International Journal of Economics and Finance*, br. 11.9, 2019.
- Rey P., Mazalto M., "Quelle collaboration public-privé pour l'intégration d'un projet minier à son territoire? Études de cas en Afrique de l'Ouest", *Revista Opera*, 26, 2020.
- Salies E., Kiesling L., Giberson M., "L'électricité est-elle un bien public?", *Revue de l'OFCE*, br. 2, Paris, 2007.
- Sandeep V., "Government obligations in public-private partnership contracts", *Journal of Public Procurement*, br. 10.4, Melbourne, 2010.
- Tanić G., "Politika cena kao faktor optimizacije funkcionisanja elektroenergetskog sistema", *doktorska disertacija, Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu*, Beograd, 2000.
- Vasiljev V., "Javno-privatna partnerstva u EU i Srbiji – razvoj modela, tržišta i zakonskog okvira", *doktorska disertacija - Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu*, Beograd, 2015.
- Yehoue E. B., Hammami M., Ruhashyankiko J. F., *Determinants of public-private partnerships in infrastructure*, International Monetary Fund, 2006.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 08.10.2020.

Prihvaćen: 19.10.2020.

PREGLEDNI RAD

WOLFGANG ROHRBACH
KATICA TOMIĆ

**INSURANCE DISTRIBUTION DIRECTIVE AND DIGITAL
INNOVATION IN THE INSURANCE INDUSTRY:
A CRITICAL ASSESSMENT**

Digitalization and technological innovations are transforming insurance industry and insurance companies need to adapt their business models to information technology to meet new customer expectations based on digital interactions, including the demand for new innovative products and services which can be available online and on mobile devices. Digital disruption affects all stages of the insurance value chain and insurance undertakings are therefore looking for new digital distribution models and omni-channels that would allow them to increase operations efficiency and improve customer confidence in digital technologies and data protection. The implementation of the Insurance Distribution Directive (IDD) in EU member states has raised a number of significant challenges and risks for its implementation including the issues of regulatory compliance costs and inadequate focus on digitalization in insurance industry. Moreover, the IDD sets out the requirements which might hinder digitalization and prevent further development of the alternative distribution channels including all kinds of non-traditional intermediation models that can reach large numbers of clients. The aim of this paper is to provide a critical assessment of selected IDD provisions in relation to their functionality and efficiency in the field of insurance distribution

Key words: IDD, PRIIPs, IBIPs, digitalization, new technologies, regulatory compliance, costs

Univ. Prof. Dr. phil. Dr. habil rer.oec. Dr.h.c. Wolfgang Rohrbach, Danube University Krems, Austria, e-mail: wolfgang.rohrbach.g@gmail.com.

Dr Katica Tomić, Law office BVM, Vienna, Austria, e-mail: katicatomic123@gmail.com.

INTRODUCTION

Recent developments in digital technologies, in particular blockchain technology, smart contracts, big data, cloud technology, internet of things (IoT), drone technology, artificial intelligence, are transforming all industries and radically rewriting the rules of competition in the insurance market. According to the Gartner Hype Cycle for Emerging Technologies for 2019, the next huge wave of technology is arriving in next few years.¹

The impact of emerging technologies on the insurance industry is challenging the framework in which business is conducted. Considering the technology and innovation in the insurance sector as the imperative, the strategic priorities of insurance industry are to increase business protection by adapting or adding new products and services to its portfolios, in line with customers' needs and to actively work with start-ups, regulators and industry experts to figure out the best ways to utilize new technologies with internal processes.

Along with digital transformation of insurance industry, insurers face continuously increasing regulatory requirements which also include the cost burdens for the implementation of new business models and cyber security threats. Uncertain social and economic dynamics (e.g. periods of low interest rate), impact of COVID-19 on the insurance sector², new market entrants, regulatory pressures, operational inefficiencies, digital transformation (online and mobile channels) and the need for improved transparency and risk management add more complexity to this task.

Every new business model, proliferation of new technology or change in the insurance ecosystem creates new opportunities for consumers, business and society. However, there are numerous legal and economic issues involved in adopting new technologies and developing new insurance products and services which are more complex and involve greater long-term consequences and financial impact for consumers. There is also a range of potential regulatory, security, operational, strategic risks, which raises the question of who will cover these risks.

Reality is that not all the technologies will have the same effect in insurance sector and it will not happen at the same point in time. This logically raises the following questions: which technology will profoundly impact and improve business in insurance industries and how long it may take to implement new techno-

¹ www.gartner.com/smarterwithgartner/5-trends-appear-on-the-gartner-hype-cycle-for-emerging-technologies-2019/ (last access: 12.08.2020).

² OECD, Insurance sector responses to COVID-19 by governments, supervisors and industry, 2 July 2020. Available on: www.oecd.org/pensions/Insurance-sector-responses-to-COVID-19-by-governments-supervisors-and-industry.pdf (12.08.2020).

logy in an organization. It's inevitable that laws and insurance regulations keep up with the challenges brought by digitalization process.

The new Insurance Distribution Directive (EU) 2016/97 (IDD)³ is a recast of the past EU Insurance Mediation Directive (IMD) and complements the rules on the sale of insurance products in the European insurance market in MiFID II⁴ and Regulation 1286/2014 on key information documents for packaged retail and insurance-based investment products (PRIIPs)⁵. Currently, the IDD is a subject of an open and ongoing discussion between various stakeholders (ESMA, ESAS, Commission) on a number of challenges affecting its implementation and cost-benefit of some provisions in terms of their efficiency.⁶

The next section of this article provides a short overview of the legal framework for insurance and reinsurance distribution in EU.

INSURANCE DISTRIBUTION DIRECTIVE

Variety of insurance distribution systems used in the insurance sector and the differences in contractual relationships across them have been a source of consumer complaints for many years. Consequently, customer complaints may lead to reputational risks and/or a decline in business for insurance companies. To overcome these issues, the IDD introduces a number of provisions which will enhance consumer protection and reinforce conduct of professional practice.⁷ The IDD imposed more strict obligations relating to professional practice, information, advisory services, documentation on insurance undertakings and intermediaries.⁸

³ Directive (EU) 2016/97 of 20 January 2016 on insurance distribution, Official Journal of the European Union, L 26/19.

⁴ Directive 2014/65/EU on markets in financial instruments, Official Journal of the European Union L 173/349.

⁵ Regulation (EU) No 1286/2014 of 26 November 2014 on key information documents for packaged retail and insurance-based investment products, Official Journal of the European Union, L 352/1.

⁶ ESMA, Response to public consultation EC consultation on a Renewed Sustainable Finance Strategy, ESMA30-22-821, 15 July 2020. Available at: www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma30-22-821_response_to_ec_consultation_on_a_renewed_sustainable_finance_strategy.pdf (last accessed: 11.09.2020); ESMA, EBA, EIOPA, Joint Consultation Paper concerning amendments to the PRIIPs KID, Draft amendments to Commission Delegated Regulation (EU) 2017/653 of 8 March 2017 on key information documents (KID) for packaged retail and insurance-based investment products (PRIIPs), JC 2019 63, 16 October 2019.

⁷ Recital 6 and 19 of the IDD.

⁸ Article 20 of the IDD.

From a legal point of view, European legislator's expression that IDD "recasts" the old IMD, at first view, indicates that the IDD serves only to consolidate the legal situation in the European insurance market. The IDD is a minimum harmonizing directive and it was considered essential to ensure clarity on cross-border insurance product distribution. From this perspective, the IDD provisions "should therefore not preclude Member States from maintaining or introducing more stringent provisions in order to protect customers".⁹

However, the IDD introduces a number of provisions addressing new topics such as: product oversight and governance rules (POG)¹⁰, insurance product information document (IPID), cross-selling and strengthened conduct of business rules for insurance-based investment products (IBIPs).¹¹ We can conclude that IDD, compared to the IMD, offers more coherent and unified regulation of the financial sector as a whole.¹²

However, the initial enthusiasm and approval for the IDD has gone and number of difficult challenges have arisen during implementation. Some of the challenges include: information overload for consumers, duplicative rules and compatibility with the digitalization of distribution. From the economic point of view, the IDD entails high implementation expenses including compliance, product development, and IT structure.

The topic about implementation of the IDD and the basic rationale for insurance regulation is very complex and broad, for that reason, in the next part of the paper, we will critically assess some of the IDD provisions from legal and economic perspectives.

CRITICAL ASSESSMENT OF THE IDD FROM A LEGAL PERSPECTIVE

The intermediary's infrastructure across the EU is heterogenic and it depends on jurisdiction and the type of risk involved. For example, in Austria and Germany insurance products are mainly sold to private clients by tied agents and brokers, in France, Spain and Italy banking/financial intermediaries predomina-

⁹ Recital 3 of the IDD.

¹⁰ Pierpaolo Marano, "The Product Oversight and Governance: Standards and Liabilities", *Distribution of Insurance-Based Investment Products, The EU Regulation and the Liabilities*, (Eds. Pierpaolo Marano, Ioannis Rokas), Springer, 2019, 59-96.

¹¹ Michael Gruber, "Die Versicherungsvertriebsrichtlinie", *Zeitschrift für Finanzmarktrecht*, Heft 5, No. 86, 2016, 211.

¹² Kyriaki Noussia, Michele Siri, "The legal regime and relevant Standards", *Distribution of Insurance-Based Investment Products, The EU Regulation and the Liabilities*, (Eds. Pierpaolo Marano, Ioannis Rokas), Springer, 2019, 27-59.

te¹³, and in United Kingdom, Belgium and the Netherlands, insurance brokers.¹⁴ The heterogeneity between distribution structure in EU member states is also a product of specific market conditions, government incentives, financial innovation and variations in consumer penetration and their preference.¹⁵ It has resulted in diversity of distribution regulations despite the implementation of the IMD in 2005, and probably will continue to predominate with the implementation of the IDD by EU member states.¹⁶

Various national commission systems under which the intermediary is paid and the disclosure of the form and amount of commission payments are some of the examples of heterogeneity of distribution regulation in EU.¹⁷ Fee-based systems as a remuneration model lead to an inevitable conflict of interest and these systems are not prevalent in practice.¹⁸ The systems' "ban on commissions" has posed the following problems: consumers are reluctant to pay the high fees of in-

¹³ Wolfgang Rohrbach, "Na izvorima istorije austrijsko-srpskog osiguranja: 200 godina agenata osiguranja", *Revija za pravo osiguranja*, No. 1, 2011, 35-45; Wolfgang Rohrbach, *Studie der Wirtschaftskammer Niederösterreich über "Über alterungs und Nachfolgeprobleme der Versicherungsagenten"*, Wien, 2010, 28; OECD, Regulatory and Supervisory Framework for Insurance Intermediation, 2020. Available at: www.oecd.org/daf/fin/insurance/Regulatory-and-Supervisory-Framework-for-Insurance-Intermediation.pdf (last access 20.09.2020); Elke Holzer, Rudolf Stickler, Die Österreichische Versicherungswirtschaft- Struktur, Wirtschaftlichkeit und Entwicklung, Fachhochschule des BFI Wien, 2011.

¹⁴ Matthew Channon, "The United Kingdom", *Distribution of Insurance-Based Investment Products, The EU Regulation and the Liabilities*, (Eds. Pierpaolo Marano, Ioannis Rokas), Springer, 2019, 248.

¹⁵ Paul Klumpes, Paul Fenn, Steven Diacon, Christopher O'Brien, Canan Yildirim, "European Insurance Markets: Recent Trends and Future Regulatory Developments", *Handbook of International Insurance, Between Global Dynamics and Local Contingencies*, Springer, 2007, 789-848; Katica Tomic, "28. Tržište osiguranja u Njemačkoj i Austriji – komparativni prikaz, No. 7-9, Belgrade, 2016, 587-601.

¹⁶ PWC, Study on the impact of the revision of the Insurance Mediation Directive, (ETD/2007/IM/B2/51), final report, prepared for the European Commission DG Internal Market and Services, May 2011. /B2/51), final report, prepared for the European Commission DG Internal Market and Services, May 2011.

¹⁷ Katica Tomic, "Legal status and remuneration of insurance intermediaries – a comparative overview of EU law, the federal republic of Germany, Austria and Republic of Serbia", XIX Conference proceedings, Damages and insurance - Contemporary challenges, Institute of Comparative Law, Belgrade, 2016, 303-314.

¹⁸ Reifner, Neuberger, Rissi, Riefa, Knobloch, Clerc-Renaud, Finger, *Study on remuneration structures of financial services intermediaries and conflicts of interest* (MARKT/2012/026/H) Final Report, Institut für Finanzdienstleistungen, Hamburg, 15 October 2013. Available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/1311-remuneration-structures-study_en_0.pdf (last access: 20.09.2020).

intermediaries or customers have to pay more for insurance advice than they did before the ban.¹⁹ In Finland, a broker could get remuneration only from a client and all contracts between client and insurance broker had to be based on fees payable only by a client. In Austria, according to the provisions of the Federal Act Governing Brokers' Legal Relations (MaklerG)²⁰, the customer shall be obliged to pay a commission if the transaction to be mediated with a third party is brought about due to the broker's contractual activity.²¹ For broker services in Germany, the remuneration would be payable by policyholder but in practice the insurance broker does not receive his compensation from the policyholder but from the insurer based on a commission.²²

Consumer's purchase of IBIPs that are distributed across EU has shown the necessity to increase the level of consumer protection by expanding information requirements to the consumer/policyholder.²³ The IDD focuses on IBIPs and includes specific conduct of business standards for the sale of investment products in Directive 2014/65/EU (MIFID II) and in PRIIPs. However, the IDD doesn't contain provisions and details on how distribution remunerations should be disclosed to the customer in the case of IBIPs.

According to the IDD, specific conduct of business standards for IBIPs include the following: obligation of insurance intermediaries and undertakings to prevent conflicts of interest; to disclose all costs and charges related with the distribution of the IBIPs. Moreover, when providing advice, insurance intermediary or insurance undertaking will make sure that the customer's or potential customer's knowledge and experience in the investment field relevant to the specific type of product or service is taken into account as well as the risk tolerance and ability to bear losses.²⁴

Although the approach of EU in relation to information requirements and conduct of business rules for the sale of IBIPs is reasonable, it is arguable whether the majority of IBIPs that are currently sold are in fact complex and difficult for

¹⁹ Financial services user group, FSUG Position Paper Study on the remuneration structures of financial services intermediaries and conflicts of interest, November 2013, Available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/1311-remuneration-structures_en_0.pdf (last access 22.09.2020).

²⁰ Maklergesetz, BGBl. Nr. 262/1996.

²¹ Article 6 (1) of the MaklerG.

²² Article 7 (34a) of the VAG in conjunction with Article 2 (1) (and (2)) of the IDD.

²³ Recital 56 of the IDD.

²⁴ Article 27-30 of the IDD.

consumer to understand especially in cases where the insurance undertakings are providing a guarantee at maturity.²⁵

The IDD provides many rules already contained in MiFID II, but there are many different provisions which pose a risk of segmentation and regulatory arbitrage.²⁶ The IDD is also unclear with regard to the distinction between complex and non-complex IBIPs.²⁷

From a legal point of view, the extensive scope of IBIP regulation is problematic. The IDD and PRIIPs provide complex definition of 'insurance-based investment products' as insurance products offering to retail clients a maturity or surrender value which is wholly or partially exposed, directly or indirectly, to market fluctuations.²⁸ It remains unclear whether the endowment insurance products fall within the scope of this regulation or not.²⁹

New technology developments in insurance sector³⁰ and new distribution models (e.g. omni-channel customer experience, connected insurance) that insurers are implementing to harness the potential of digital technology, offer many benefits to improve efficiency, product innovation and to provide new ways to measure, control, and price risk, engage with customers and reduce costs. Although the IDD is considered open for advancements in technology, some provisions of the IDD raise questions about compatibility with digitalization of distribution.

According to the Article 23 of the IDD, pre-contractual information shall be provided to the client either on paper or on the websites or using an alternative durable data carrier (e.g. emails, PDFs, Mobile and tablet apps).³¹ The definition

²⁵ IRSG - EIOPA Insurance and Reinsurance Stakeholder Group, IRSG opinion on EIOPA's discussion paper on complex insurance-based investment products, 2017. Available at: https://www.eiopa.europa.eu/sites/default/files/publications/consultations/eiopa_insurance_and_reinsurance_stakeholder_group_irsg_23-05-2017_0.pdf (11.09.2020).

²⁶ For example, rules concerning the regulation of inducements; Alexander Kern, Marketing, Sale and Distribution, Mis-selling of Financial Products, Study Requested by the ECON committee, 31.

²⁷ Article 30 of the IDD.

²⁸ Article. 2 No. 17 of the IDD and Recital (6) of the PRIIPs.

²⁹ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), Versicherungsanlageprodukte, Neue Regeln ab 2018: Anwendungsbereich im deutschen Markt, BaFin Journal Vol. 8, No. 34, 2017, 38.

³⁰ The most important innovations already applied in the insurance industry are Big data, Robotic process automation (RPA), Machine Learning, Artificial Intelligence (AI), Distributed Ledger Technology (DLT), Telematics and Internet of Things (IoT).

³¹ 'Durable medium' is defined in article 4(25) PSD as "any instrument which enables the payment service user to store information addressed personally to him in a way accessible for

of a durable medium is used in a number of regulations including IDD.³² Diversity of definitions gives rise to questions on what might be considered as a durable medium and how to define “durable media” in the digital age. The term “durable media” should be flexible and comprehensive enough to encompass brand new technological innovations that are going to be available to store information.³³

It is necessary to meet certain requirements for a medium to be considered “durable”, including storability and unchanged reproduction.³⁴ It is not clear whether insurers can use new innovative media (e.g. cloud storage, mobile phone technology, tablets, apps, videos) and other technologies to provide important information, including regulatory disclosure. Information provided through a durable medium has to fulfill the same functions as paper form which are the following: it should be personally addressed /sent/transmitted to the consumer. It should be also stored to ensure the continued existence of the information so that it may enable consumers to easily retrieve what they have saved in the future; guarantee the protection of the integrity of the information so that an identical reproduction of the information is possible and changes are prevented. This will guarantee the consumer’s retrieval of the stored information without changes and readability of the information so that the information can be read and referred to.³⁵

Moreover, innovative emerging technologies and diversity of the forms of media that can be used to provide certain information to customers also raise questions with regard to regulatory disclosure to use new innovative media to

future reference for a period of time adequate to the purposes of the information and allows the unchanged reproduction of the information stored”.

³² Article 4(25) of Directive 2007/64; Article 2(12) of Directive 2002/92/EC of the European Parliament and of the Council of 9 December 2002 on insurance mediation (OJ 2003 L 9, p. 3); Article 3(m) of Directive 2008/48 and Article 2(10) of Directive 2011/83; Recital 20 of the Directive 2002/65/EC concerning the distance marketing of consumer financial services; Recital 57 of Directive 2014/65/EU on markets in financial instruments (MiFID II)and Art 3 of MiFID II Delegated Regulation.

³³ Financial Conduct Authority (FCA) in the UK have issued guidance on this topic “durable media”. www.fca.org.uk/firms/durable-medium.

³⁴ A number of EU cases have considered the proper interpretation of the term durable medium, including: case of Content Services Ltd v Bundesarbeitskammer [2012] Case C-49/11; Inconsult Anstalt v Finanzmarktaufsicht (E-04/09) etc.

³⁵ Information must meet the following conditions: information shall be in a form that is fair, clear and comprehensible to the customer in an official language of the Member State or in any other language agreed upon the parties free of charge (Article 23. of the IDD).

ols for the purpose of concluding a contract online, including validity of contracts formed through electronic means.³⁶

As a result of digital possibilities and consumer preferences, insurance contracts are more often concluded electronically and saved on the computer or in cloud. This is much quicker and more convenient to many insurance customers. Provisions of mandatory default paper requirement need a more friendly approach, otherwise they will hinder digitalization processes and prevent the further development of the internet as a distribution channel. If the reference to documents on paper or in writing is removed from the IDD, there should no longer be any doubt about the possibility to use another alternative durable data carrier as long as they respect all necessary functionalities inherent to a durable medium.

CRITICAL ASSESSMENT OF THE IDD FROM AN ECONOMIC PERSPECTIVE

Insurance is traditionally a regulated industry for two main reasons, first, consumer protection and second, regulation in this sector has the additional goal of maintaining financial stability.³⁷ However, the costs associated with numerous duplicative disclosure requirements under EU legislation (PRIIPs, Solvency II, IDD, and General Data Protection Regulation)³⁸ and regulatory compliance costs reduce the efficiency and productivity of insurance companies.³⁹ The increase of the obligations relating to disclosure requirements, advisory services, product in-

³⁶ The interpretation by case law of the definition of “durable medium” in judgment by the Court of Justice of the European Union of July 5, 2012, in case C-49/11 case C-49/11, *Content Services Ltd v. Bundesarbeitskammer*, looked into whether it was possible to comply with the obligation to make information accessible to consumers merely via a link to the website of the undertaking concerned.

³⁷ Christian Lehmann, “Zur Regulierung von Versicherungen: Rechtfertigungsanalyse und ausgewählte Praxisbeispiele”, *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, Vol. 108, 2019, 227–253; Robert W Klein, “Principles for Insurance Regulation: An Evaluation of Current Practices and Potential Reforms”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance – Issues and Practice*, Vol. 37, 2012, 175–199.

³⁸ Solvency II (-Directive 2009/138/EC of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance, Official Journal of the European Union, L 335/1; General Data Protection Regulation – Regulation (EU) 2016/679 of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

³⁹ R. Klein, *op.cit.*, 175–199.

formation documentation and business conduct can have unintended consequences regarding the effective protection of a policyholder/consumer.

Focus of insurance regulations in recent years has been in fostering innovative insurance products and in offering new means of distribution for existing products. This is a very delicate job and needs to achieve a balance between effective regulations without stifling innovation in insurance. New emerging technologies come with potential risk for data privacy, security and scalability and in order to use this technology, insurance industry needs to be highly regulated and that requires new regulations, practices and protocols. Complying with regulations is becoming an increasingly complex, cross-functional effort for many insurance companies and their ability to minimize regulatory compliance costs.⁴⁰

From an economic point of view, complying with complex new rules and implementation of expensive regulatory requirements raise a question of the rationale behind insurance regulation. High regulatory compliance costs especially in cases of duplicative regulation reduce the technical efficiency of companies and increase the price of insurance.⁴¹ New technologies require additional investment in human capital for both the regulator and the regulated entity. Moreover, digitalization and emerging technologies require major costs of appropriately designed IT architecture of insurers which must be adapted and updated in order to comply with the requirements of the IDD and being customer-centric. While there may be heterogeneity in regulatory compliance costs across insurers, lines of business, this raises a question whether the digital technology streamlines the regulatory process and reduces the costs of complying with regulation?⁴²

The main core of the modern economic theory is based on the assumption of the efficiency in the context of resources as it maximizes consumer choice and value and regulator must set standard for a workably competitive market outcomes and little regulation.⁴³ When we analyze the provisions of the IDD and consider them against the economic framework, it appears that this Directive might

⁴⁰ Regulatory compliance costs may differ depending on the insurance line of business (e.g. Homeowners insurance) and line fixed effects control for the average compliance costs of each line.

⁴¹ J. Tyler Leverty, "The Cost of Duplicative Regulation: Evidence from Risk Retention Groups", *The Journal of risk and insurance*, Vol. 79, No. 1, 2012, 105–128.

⁴² The process of digitalization in insurance companies has reduced a variety of economic costs. However, the costs associated with cost of duplicative regulation are significantly higher than those for single-entity regulation.

⁴³ Stanley Reiter, *Efficient Allocation, Allocation, Information and Markets*, the New Palgrave, 1–30.

lead to over-regulation.⁴⁴ The effects of over-regulation, at European and national level, can hinder both growth and innovation in insurance industry.⁴⁵

Bearing in mind how regulation and interventions are costly, it is essential that regulatory authorities better coordinate their actions and focus on areas where elemental gaps in consumers' ability to protect themselves emerge. One of the examples is provision of the IDD which sets advisory standards for all insurance intermediaries when advice is provided to the customer⁴⁶ determining that the member states may make the provision of advice mandatory for the sales of any insurance product, or for certain types of insurance products (Art. 22 (2)).⁴⁷

The Art. 22 (3) of the IDD about remuneration restriction in relation to the distribution of insurance products by Member States means the IDD does not restrict the nature of remuneration (i.e. a fee, commission or some other economic benefit in kind) received in relation to the insurance contract. As already mentioned, this option is in conformity with heterogeneous distribution structures and insurance market and it is not surprising that it is accepted by EU member states. But from an economic point of view, the ban on commissions and fees paid by the insurance undertaking is not effective.⁴⁸

Remuneration of the intermediary in the case of IBIPs and the benefits of disclosure of components of remuneration (e.g. transaction (upfront), ongoing compensation (typically called a trail payment) and contingent commissions) increase the possibilities for misinterpretations. Evaluation of the quality of the service model currently used by the intermediary doesn't happen often which leads to the possibilities that customers may allow themselves to be influenced so

⁴⁴ Versicherungsbote, Versicherungsmanager fürchten Populismus und Überregulierung, 26.03.2019. Available at: <https://www.versicherungsbote.de/id/4878199/Global-CEO-Survey-Optimismus-Fuehrungskraefte/> (last access: 23.09.2020); Ajit Ranad, Rajeev Ahuja, "Issues in Regulation of Insurance, Economic and Political Weekly", *Money, Banking and Finance*, Vol. 35, No. 5, 2000, 331–338.

⁴⁵ Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V, Kosten und Nutzen der Regulierung, Volkswirtschaftliche Analyse mit Fallbeispielen aus der Versicherungswirtschaft, Volkswirtschaftliche Themen und Analysen Nr. 9, 01.10.2019. Available at: www.gdv.de/resource/blob/55552/57a21f0ad9683b662908048c4d29e959/download---gdv-studie-kosten-und-nutzen-der-regulierung-data.pdf (last access 23.09.2020).

⁴⁶ Article 20 (1) of the IDD.

⁴⁷ Austria has chosen to apply, under Article 22 of the IDD, stricter provisions relating to information and reporting in the case of IBIPs in Section 137d (4) of the Trade, Commerce and Industry Regulations Act (Gewerbeordnung) 1994.

⁴⁸ Europäischer Verbraucherverband, The case for banning commissions in financial advice, 2019. Available at: https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2019-046_the_case_for_banning_commissions.pdf (23.09.2020).

lery by the price (i.e. the remuneration). The studies have shown that customers are insufficiently diversified and “suffer” from behavioral biases⁴⁹ and most of the time they lack sufficient competence to judge whether the intermediary is actually taking advantage of the conflict of interest at the consumers’ expense.

We can conclude that the issues of information overload for consumers and behavioural economic findings regarding the effects thereof, can be easily solved in a way to minimize the information overload.⁵⁰

CONCLUSION

The IDD introduces many benefits to consumers and retail investors by establishing a more uniform regulatory framework in the European insurance market and enhanced consumer protection within the distribution of insurance products. However, the IDD is aimed at minimum harmonization and therefore keeps the door open for each EU Member State to have its own version of the IDD. In addition to practical implementation issues of the IDD, there are high cost burdens of complying with IDD requirements for companies, which requires a systematic cost-benefit analysis of insurance regulation. In this paper a number of theoretical and practical problems regarding the implementation of the IDD are identified. In order to make a critical assessment of suitability and appropriateness of the IDD, it is necessary to analyze the individual provisions and regulations by using the interdisciplinary approach. Only in that way can we assess efficiency and quality of regulations. The development of new technologies and digital business models is disrupting traditional insurance industry and simultaneously, the effective adoption of these technologies brings many opportunities, challenges and risks to the insurance ecosystem. The IDD provisions insufficiently focus on the growing digital trend in financial services by requiring insurers to provide huge amounts of, sometimes duplicative, information to consumers and to provide this in a paper format by default. EU insurance rules must be digital-friendly to reflect consumers’ needs and regulators need to be proactive and undertake measures aiming to foster technological advancement in the provision of financial and insurance services.

⁴⁹ Gupta Poonamlakra, “Efficient market hypothesis V/S Behavioral finance”, *IOSR Journal of Business and Management*, Vol. 16. No. 4, 56–60.

⁵⁰ Omri Ben-Shaharan, Oren Bar-Gill, “Regulatory techniques in consumer protection, a critique of European consumer protection contract law”, *Common Market Law Review*, Vol. 50, 2013, 109–126.

Prof. dr WOLFGANG ROHRBACH
Danube University Krems, Austrija
Dr KATICA TOMIĆ
Advokatska kancelarija BVM, Beč,
Austrija

DIREKTIVA O DISTRIBUCIJI OSIGURANJA I DIGITALNE INOVACIJE U INDUSTRIJI OSIGURANJA: KRITIČKA ANALIZA

Rezime

Digitalizacija i tehnološke inovacije transformiraju industriju osiguranja, a osiguravajuća društva moraju da dopune svoje poslovne modele kako bi iskoristili informacione tehnologije i odgovorili na nove zahtjeve potrošača koji uključuju digitalnu interakciju i razvoj inovativnih proizvoda i usluga osiguranja koji su dostupni online i na mobilnim uređajima. Digitalna transformacija poslovanja utječe na cjelokupni lanac vrijednosti u industriji osiguranja i upravo iz ovog razloga osiguravajuća društva traže nove digitalne kanale prodaje osiguranja koji će omogućiti da postignu veću operativnu učinkovitost i povjerenje klijenata u digitalnu tehnologiju i zaštitu osobnih podataka. Implementacija Direktive o distribuciji osiguranja (IDD) u državama članicama EU obuhvata niz izazova i rizika sa kojima se suočavaju osiguravajuća društva koji uključuju troškove usklađivanja poslovanja sa propisima i nedovoljnu usmjerenost ka digitalnoj transformaciji industrije osiguranja. IDD uvedi odredbe koji bi mogli ometati proces digitalizacije u sektoru osiguranja i spriječiti razvoj alternativnih netradicionalnih modela distribucije proizvoda osiguranja pomoću kojih se može doći do velikog broja potencijalnih klijenata. Cilj rada je kritička analiza pojedinih rješenja IDD koja se odnosi na efekte i domete direktive na području distribucije osiguranja.

Ključne riječi: IDD, PRIIPs, IBIPs, digitalizacija, nove tehnologije, usklađenost s propisima, troškovi

Bibliography

- Ben-Shaharan O., Bar-Gill O., “Regulatory techniques in consumer protection, a critique of European consumer protection contract law”, *Common Market Law Review*, Vol. 50, 2013.
- Channon M., “The United Kingdom”, *Distribution of Insurance-Based Investment Products, The EU Regulation and the Liabilities*, (Eds. Pierpaolo Marano, Ioannis Rokas), Springer, 2019.
- Gruber M., “Die Versicherungsvertriebsrichtlinie”, *Zeitschrift für Finanzmarktrecht*, Heft 5, No. 86, 2016.
- Holzer E., Stickler R., *Die Österreichische Versicherungswirtschaft- Struktur, Wirtschaftlichkeit und Entwicklung*, Fachhochschule des BFI Wien, 2011.

- Klein R. W., "Principles for Insurance Regulation: An Evaluation of Current Practices and Potential Reforms", *The Geneva Papers on Risk and Insurance - Issues and Practice*, Vol. 37, 2012.
- Klumpes P., Fenn P., Diacon S., O'Brien C., Yildirim C., "European Insurance Markets: Recent Trends and Future Regulatory Developments", *Handbook of International Insurance, Between Global Dynamics and Local Contingencies*, Springer, 2007.
- Lehmann C., "Zur Regulierung von Versicherungen: Rechtfertigungsanalyse und ausgewählte Praxisbeispiele", *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, Vol. 108, 2019.
- Leverly J. T., "The Cost of Duplicative Regulation: Evidence from Risk Retention Groups", *The Journal of risk and insurance*, Vol. 79, No. 1, 2012.
- Marano P., "The Product Oversight and Governance: Standards and Liabilities", *Distribution of Insurance-Based Investment Products, The EU Regulation and the Liabilities*, (Eds. Pierpaolo Marano, Ioannis Rokas), Springer, 2019.
- Noussia K., Siri M., "The legal regime and relevant Standards", *Distribution of Insurance-Based Investment Products, The EU Regulation and the Liabilities*, (Eds. Pierpaolo Marano, Ioannis Rokas), Springer, 2019.
- Ranad A., Ahuja R., "Issues in Regulation of Insurance, Economic and Political Weekly", *Money, Banking and Finance*, Vol. 35, No. 5, 2000.
- Rohrbach W., "Na izvorima istorije austrijsko-srpskog osiguranja: 200 godina agenata osiguranja", *Revija za pravo osiguranja*, No. 1, 2011.
- Tomic K., "Tržište osiguranja u Njemačkoj i Austriji-komparativni prikaz, No. 7-9, Belgrade, 2016.
- Tomic K., "Legal status and remuneration of insurance intermediaries - a comparative overview of EU law, the federal republic of Germany, Austria and Republic of Serbia", XIX Conference proceedings, Damages and insurance – Contemporary challenges, Institute of Comparative Law, Belgrade, 2016.
- W. Rohrbach, *Studie der Wirtschaftskammer Niederosterreich iiber "Uber alterungs und Nachfolgeprobleme der Versicherungsagenten"*, Wien, 2010.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 25.09.2020.

Prihvaćen: 08.10.2020.

PREGLEDNI RAD

MIRJANA GLINTIĆ

OSNOVNE KARAKTERISTIKE OSIGURANJA OD ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU PO ŽIVOTNU SREDINU

O stepenu svesti o mogućim razmerama štete po životnu sredinu u Republici Srbiji svedoči i Zakonom o zaštiti životne sredine uspostavljen sistem odgovornosti koji je ograničen na štetu prouzrokovanu trećim licima. U skladu sa tim, srpski osiguravači u svojoj ponudi imaju samo osiguranje od odgovornosti za štetu prouzrokovanu trećim licima, ali ne i za štetu po samu životnu sredinu. Međutim, Direktivom 2004/35/EZ predviđen je princip “zagađivač plaća”, pa samim tim i širi obim obaveze odgovornog lica. Iz tog razloga su osiguravači u državama članicama uveli u svoju ponudu i osiguranje od odgovornosti koja se zasniva na javnopravnim propisima usled štete prouzrokovane biljkama, životinjama, vodama i prirodnim staništima, a ne samo na odgovornosti po osnovu privatnopravnih zahteva oštećenih lica. Usled činjenice da će navedena Direktiva svoje mesto dobiti i u našem nacionalnom zakonodavstvu, ali i da se prema Zakon o odgovornosti za štetu prema životnoj sredini, i da će postojati potreba za osiguranjem od ovako uvedene odgovornosti, u radu su predstavljene neke od osnovnih karakteristika ovog vida osiguranja, polazeći od načina njegovog regulisanja u Nemačkoj i izazova sa kojim su se suočili njihovi osiguravači, gde ovo osiguranje postoji preko deset godina.

Ključne reči: osiguranje od odgovornosti, šteta po životnu sredinu, zagađivač plaća, ograničenja pokriva

Dr Mirjana GlintiĆ, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd, e-mail: mirjanaglentic@yahoo.com.

U V O D

Još od devedesetih godina prošlog veka na evropskom nivou se razmatra uvođenje odgovornosti za štetu po životnu sredinu,¹ a sve usled brojnih ekoloških katastrofa koje su se desile u prošlosti i sistema ograničene odgovornosti za tako nastalu štetu.² Iz tog razloga je Evropska komisija u svojoj Zelenoj, a potom i Beloj knjizi, predstavila ideju opšte i sveobuhvatne odgovornosti za štetu na životnoj sredini. Ta odgovornost je bila zamišljena kao odgovornost koja će obuhvatati kako odgovornost za štetu na životnoj sredini, i odgovornost za štetu prouzrokovanu na nečijim ličnim i materijalnim dobrima.³ S obzirom da su neke od država članica već imale određene propise koji su predviđali odgovornost za štetu na ličnim pravnim dobrima, ideja odgovornosti širokog obima nije zaživela.⁴ Umesto toga, Evropska komisija je odlučila da u svoj fokus stavi javnopravni režim odgovornosti, odnosno odgovornost za sprečavanje i saniranje isključivo štete na životnoj sredini, što je i postignuto usvajanjem Direktive 2004/35/EZ o odgovornosti za životnu sredinu u pogledu sprečavanja i otklanjanja štete u životnoj sredini (u daljem tekstu: Direktiva 2004/35/EZ).⁵ Osnovni cilj donete Direktive je bio uspostavljanje zajedničkog okvira za izbegavanje i saniranje šteta prouzrokovanih na biodiverzitetu po ceni razumnih troškova za samo društvo. Kako bi se postiglo ostvarenje tog cilja, po prvi put je zvanično uspostavljen princip “zagađivač plaća”, čime se obezbeđuje da će uvek postojati odgovorno lice za sprečavanje i otklanjanje štete po životnu sredinu, a napušten je do tada važeći princip solidarnosti.⁶ Druga osnovna karakteristika Direktive 2004/35/EZ jeste da privatnim licima ne daje pravo na naknadu usled posledica štete po životnu sredinu ili neposredne

¹ U literaturi se često ravnopravno koriste termini ekološka šteta i šteta po životnu sredinu.

² Samo neke od njih su probijanje brane u Sevilji 1998. godine, nesreća u fabrici hemikalija u Sevesu u Italiji 1976. godine. Detaljnije o ovim događajima v. Markus Müller–Chen, “Entwicklungen im europäischen Umwelthaftungsrecht”, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, br. 2, 1997, 215.

³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee: Green Paper on remedying environmental damage COM (93)47 final, 14 May 1993. Detaljnije o razvoju odgovornosti za štetu po životnu sredinu, v. M. Müller – Chen, op. cit., 213–245.

⁴ Nils Hellberg *et al.*, *Umweltschadengesetz und Umweltschadensversicherung*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2008, 30.

⁵ Directive 2004/35/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage, OJ L 143, 56–75.

⁶ U skladu sa principom solidarnosti svako treba da snosi jednak deo tereta razvoja, pošto i sam doprinosi zagađenju. O usvojenom principu “zagađivač plaća” v. detaljnije European Commis-

opasnosti od takve štete. To pak ne znači da fizička i pravna lica pogođena štetom nemaju pravo da obaveste nadležno telo i iznesu sve primedbe koje se odnose na nastanak štete po životnu sredinu.⁷ Time se u ovoj Direktivi u potpunosti odustalo od koncepta građanskopravne odgovornosti za prouzrokovanu štetu na ličnim ili materijalnim dobrima privatnih lica.⁸

Usvajanjem Direktive 2004/35/EZ javila se potreba za osiguranjem koje će pružati zaštitu od predviđene odgovornosti po osnovu javnog prava, a koje do tog trenutka osiguravači nisu ni nudili. Sva osiguranja koja su do tada postojala predviđala su samo delimična pokrića za štetu nastalu na životnoj sredini i to u pogledu privatnopravnih zahteva, dok su svi ostali mogući zahtevi zasnovani na Direktivi bili van pokrića. Istovremeno, Direktiva 2004/35/EZ predviđa i ovlašćenje država članica da osmisle i ponude različite podsticaje za pokrivanje predviđene odgovornosti,⁹ što su malobrojne države članice iskoristile da ovo osiguranje uvedu kao obavezno,¹⁰ dok se većina odlučila za koncept dobrovoljnog osiguranja od odgovornosti za štetu po životnu sredinu.

OSIGURANJE OD ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU PO ŽIVOTNU SREDINU U NEMAČKOM PRAVU

Kao država članica, i Savezna Republika Nemačka je 2007. godina ispunila svoju obavezu i implementirala Direktivu 2004/35/EZ usvajanjem Zakona o izbegavanju i saniranju ekološke štete (u daljem tekstu: Zakon o ekološkoj šteti).¹¹ Kao i Direktiva, i ovaj Zakon je predviđao širi koncept odgovornosti od ranije

sion, Environmental Liability: Commission welcomes agreement on new Directive, Press release, Brussels, 20. February 2004, IP/04/246.

⁷ Čl. 12 Direktive 2004/35/EZ. Svaka država članica određuje nadležno telo koje je nadležno za praćenje i utvrđivanje koji operater je prouzrokovao štetu, procenu štete i naređivanje mera za njenu sanaciju, kao i sprovođenje drugih mera. Takođe, ne treba ispustiti iz vida da ova Direktiva u svom recitalu 29 polazi od minimalne harmonizacije, što znači da države članice mogu predvideti i strožija pravila o izbegavanju i saniranju štete po životnu sredinu.

⁸ Tako i Martin Beckmann, Antje Wittmann, "§2 Begriffsbestimmungen", *Umweltrecht* (Hrsg. Robert von Landmann, Gustav Rohmer), Band IV, C. H. Beck, München, 2015, 77.

⁹ Čl. 14 (1) Direktive 2004/35/EZ.

¹⁰ Reč je o Bugarskoj, Grčkoj, Portugalu, Rumuniji, Španiji, Slovačkoj, Mađarskoj i Češkoj. V. European Commission, Report from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Under Article 14 (2) of Directive 2004/35/CE on the environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage, 12.2.10.2010, KOM (2010) 581 final, 5.

¹¹ Gesetz über die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden – UschadG, *BGBI. I S.* 666, *BGBI. I S.* 1972.

postojećeg. Naime, u skladu sa Direktivom 2004/35/EZ, pod štetom na životnoj sredini se podrazumevaju štete prouzrokovane životinjama, biljkama, izvorima vode, prirodnim staništima, kao i oštećenje ljudskog zdravlja usled zagađenja zemljišta.¹² Kao odgovorni za prouzrokovanje štete na životnoj sredini se shvataju pravna i fizička lica koja se profesionalno bave ili poseduju odobrenje za obavljanje delatnosti koja je faktički ili potencijalno opasna,¹³ a koje su popisane u prilogu I Direktive.¹⁴ Ova lica odgovaraju objektivno, odnosno nezavisno od stepena krivice. Pored ovih lica, štetnici mogu biti i privredni subjekti koji ne vrše delatnosti popisane u Direktivi, ali koji ipak prouzrokuju štetu postupajući sa namerom ili grubom nepažnjom.

Navedena pravila Direktive 2004/35/EZ o potencijalnim štetnicima i njihovoj subjektivnoj i objektivnoj odgovornosti su gotovo doslovno preneti u nemački Zakon o ekološkoj šteti.¹⁵ Po prvi put u Nemačkoj je uspostavljena i kodifikovana sveobuhvatna javnopravna odgovornost za štetu prouzrokovanu po životnu sredinu, koja se razlikuje od pojma štete u građanskom pravu usled njene nemerljivosti i toga što se ne može vezivati za imovinu pojedinačnog pravnog subjekta, jer su vezane za određeni državni suverenitet.¹⁶ Takođe, kao i u Direktivi 2004/35/EZ usvojen je princip “zagađivač plaća”.

Sva navedena pravila su pred nemačke osiguravače postavila izazov da pripreme i prilagode nov proizvod osiguranja. Po prvi put su nemački osiguravači morali u svoju ponudu da uvrste osiguranje od odgovornosti za štetu po životnu sredinu i omoguće zaštitu od zahteva za naknadu štete po osnovu novousvojenog zakona. U skladu sa nemačkim Zakonom o ekološkoj šteti, odgovornost preduzetnika koji vrši delatnost okarakterisanu kao opasnu po životnu sredinu može nastati ili usled prouzrokovanja štete po životnu sredinu ili usled stvaranja neposredne opasnosti od takve štete. Osim pravnog lica koje može biti odgovorno za

¹² Definicija štete na životnoj sredini se osim na ovoj Direktivi zasniva i na odredbama Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora, OJ L 206, 22.07.1992, 7–50; Council Directive 79/409/EEC of 2 April 1979 on the conservation of wild birds, OJ L 103, 25.04.1979, 1–18; Directive 2000/60/EC of the Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy, OJ L 327, 22.12.2000, 1–73.

¹³ Za dodatna pojašnjenja ovih pojmova vid. Joachim Beuck, “Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme nach dem Umweltschadengesetz”, *Versicherungsrecht*, 2012, 1215–1226.

¹⁴ Samo neke od njih su ispuštanje teških metala u vodu ili vazduh, posedovanje postrojenja u kojima se proizvode opasne hemikalije, deponije ili postrojenja za spaljivanje otpada.

¹⁵ § 3 Abs. 1, Nr. 1, 2 USchadG.

¹⁶ Jožef Salma, “Obligacionopravna zaštita životne sredine”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, 2009, 38.

prouzrokovanu štetu na životnoj sredini, kao odgovorni se mogu javiti i članovi uprave i rukovodioci koji podležu ličnoj odgovornosti.¹⁷ Obaveza ovih pravnih i fizičkih lica je pokrivanje troškova mera neophodnih za sprečavanje štete ili njenu naknadu.¹⁸ Osim toga, nadležna tela koja sprovode nadzor nad obavljanjem predmetnih aktivnosti mogu narediti odgovornom licu da postupa u skladu sa njihovim nalogima i uputstvima za ponašanje, uz snošenje troškova svih ovih mera.¹⁹ Najšire posmatrano, zakonska obaveza preduzetnika koji se bave delatnošću opasnom po životnu sredinu kao takvu se u skladu sa Zakonom sastoji od informisanja, zaštite životne sredine i saniranja nastalih posledica.²⁰

Pre uvrštavanja ovog proizvoda osiguranja u svoj portfolio, nemački osiguravači su morali da odgovore sami sebi na nekoliko pitanja. Neka od njih su da li je rizik kod ovih osiguranja uopšte osigurljiv, šta je tačno šteta po životnu sredinu i kako da je kvantifikuju i shodno obračunaju premije.²¹

OSNOVNI IZAZOVI U REGULISANJU OSIGURANJA OD ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU PO ŽIVOTNU SREDINU

S obzirom da se radilo o potpuno novoj vrsti osiguranja, nemački osiguravači su morali da osmisle posve nov koncept u skladu sa novim rizicima koji dotad nisu bili aktuarski obrađivani. Samo neki od ključnih problema u vezi sa budućom primenom ovog osiguranja su pitanje granica odgovornosti osiguranika, obima štete koja može nastati, osnovi isključenja odgovornosti, izbor nadležnih institucija i odgovarajućih mera za saniranje, što sve mogu biti i teme pred sprskim osiguravačima u skorijoj budućnosti.²² Prvi problem je poticao iz javno-pravnog režima odgovornosti osiguranika koji do tog trenutka nije ni postojao.

¹⁷ Holger Schmidt, "Verschärfte Umweltverantwortlichkeit von Organmitgliedern – Das neue Umweltschadengesetz", *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 17/2007, 650–653.

¹⁸ U svojstvu osiguranika po osnovu ovog osiguranja mogu biti operatori registrovane delatnosti, koji vrše kontrolu opasnih aktivnosti u vreme nastanka štete. Reč je o uslovu iz Konvencije Saveta Evrope o građanskoj odgovornosti za štetu prouzrokovanu obavljanjem delatnosti opasne po životnu sredinu Convention on Civil Liability for Damage resulting from Activities Dangerous to the Environment – [1993] COETS 2 (21 June 1993).

¹⁹ §§ 7, 8 Abs. 3 USchadG.

²⁰ §§ 4, 5, 6, 8 USchadG.

²¹ Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V., Erläuterungen zu den unverbindlichen Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Umweltschadensversicherung (Muster-USV, Stand: November 2007), S. 2.

²² Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V., Erläuterung zu den unverbindlichen Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Umweltschadensversicherung, 2007, 2.

Javnopravna sadržina zakonske obaveze na saniranje štete po životnu sredinu na osnovu zahteva nadležnih ustanova predstavljala je potpunu nepoznanicu za osiguravače. Svi drugi vidovi odgovornosti koji mogu nastati u vezi sa štetom na životnoj sredini morali su da ostanu izvan okvira pokrića po osnovu ovog osiguranja, iako su one predstavljale poznat teren za osiguravače.²³

Osim problema shvatanja samog koncepta odgovornosti zasnovane na novousvojenom Zakonu o ekološkoj šteti, za nemačke osiguravače se javio i problem metoda obračunavanja štete i premija, jer su nedostajale odgovarajuće referentne vrednosti.²⁴ Čak ni sudovi nisu imali adekvatne formule obračuna štete, jer je do tad usled štetnog delovanja po životnu sredinu zakonski nastajala šteta samo po lična i materijalna dobra, odnosno samo se ona mogla nadoknaditi.²⁵ Za razliku od obima štete na ličnim i materijalnim dobrima, šteta čije se postojanje zahteva kao osnov odgovornosti po osnovu Zakona o ekološkoj šteti se ne može unapred pretpostaviti u skladu sa postojećim statističkim podacima. Jasno je da ove statističke vrednosti podležu izvesnoj promenljivosti usled razvoja nauke i tehnologije i kod već poznatih i ranije obrađenih šteta, ali to se sve može donekle kompenzovati dugogodišnjim iskustvom u njihovom obračunu. Međutim, takvih znanja je u potpunosti nedostajalo za poimanje novog oblika štete po životnu sredinu.

Isto iz razloga nepoznatosti javilo se još bitnije pitanje da li je rizik, predviđen kao bitan element ugovora o osiguranju od odgovornosti za štetu po životnu sredinu, uopšte osigurljiv, i u objektivnom i subjektivnom smislu. Pod elementima objektivne osigurljivosti podrazumevaju se mogućnost ocene verovatnoće njihovog nastupanja, slučajnost u ostvarenju osiguranog slučaja i ekonomska isplativost premija, dok se subjektivna osigurljivost odnosi na samo preuzimanje rizika i poslovnu strategiju osiguravača.

Problem osigurljivosti rizika

Kada su osiguravači nastojali da ocene da li je rizik kod ovog osiguranja uopšte osigurljiv, nisu mogli da odgovore na vrlo bitno pitanje. Radi se o pitanju da li uopšte mogu oceniti verovatnoću nastupanja osiguranog slučaja. Naime, ne-

²³ Tako i N. Hellberg *et al.*, op. cit., 131.

²⁴ Nemački zakonodavci svesno nisu želeli da rizik javnopravne odgovornosti samo inkorporišu u već postojeće i razvijene modele osiguranja od odgovornosti, jer su nastojali da izbegnu rupe u pokriću.

²⁵ O različitim metodama obračuna štete po životnu sredinu, v. A. Lührßen, K. Krahn, W. Kalkmann, op. cit., 25–35.

dostajala im je osnova od koje bi se moglo krenuti u proceni verovatnoće i mogućnosti nastupanja osiguranog slučaja. Jasno je da odmeravanje ove verovatnoće zavisi od kvaliteta posedovanih statističkih podataka proisteklih iz prakse, ali u slučaju ovog osiguranja svaki podatak je izostao. Iako i kod već poznatih rizika postoji verovatnoća pogrešne ocene, kod novih rizika je mogućnost greške još veća. Iz tog razloga su osiguravači morali da se oslanjaju na podatke o verovatnoći nastupanja nekih drugih, sličnih rizika, kako bi obračunali premije na što verodostojniji način i odlučili da li je predviđeni rizik uopšte osigurljiv.²⁶ Time se bar delimično eliminisala nesigurnost osiguravača usled nepouzdanosti raspoloživih podataka.²⁷

Problem procene verovatnoće nastupanja osiguranog slučaja, pa posledično i osigurljivosti rizika, dodatno se usložio, jer se postavilo pitanje štete usled redovnog obavljanja delatnosti. Naime, u skladu sa Zakonom o ekološkoj šteti, a i Direktivom 2004/35/EZ, pokriće po osnovu ovog osiguranja postoji samo ako je šteta nastala kao neposredna posledica iznenadnih i slučajnih smetnji u odvijanju delatnosti osiguranika ili trećeg lica, čime su isključene sve one štete koje su nastale usled neizbežnih, nepohodnih i očekivanih posledica i dejstava delatnosti osiguranika na životnu sredinu.²⁸ Međutim, javilo se i pitanje štete koja nastaje usled normalnog obavljanja delatnosti, odnosno kod koje se ne uočavaju nikakve nepravilnosti koje bi mogle dovesti do nastanka štete. Kada se pogleda zakon, moglo bi se zaključiti da u tim slučajevima ne postoji obaveza osiguravača. Ipak, prema objašnjenju koje je Udruženje osiguravača dalo za ovo osiguranje, nisu samo "spektakularni" događaji, kao što su eksplozije i požari, znak da postoje smetnje u obavljanju određene delatnosti. Moguće je da uzrok nastanka štete budu kakvi blaži događaji i smetnje u obavljanju delatnosti, koji su nastupili iznenada i neočekivano ili čak i postepeno.²⁹ Radi se o slučajevima kada je šteta nastala kao rezultat kumulacije sitnih štetnih dejstava koja proizlaze iz neometane i normalne delatnosti osiguranika koja se *a priori* i ne može oceniti kao opasna. Tek za ovako nastale štete ne postoji mogućnost dobijanja statističkih podataka o

²⁶ Radi se o korišćenju podataka o verovatnoći realizacije rizika usled korišćenja već poznatih opasnih materija i hemikalija ili stepenu verovatnoće nastanka požara i eksplozija u industrijskim postrojenjima, a koji se mogu donekle povezati sa štetom po životnu sredinu.

²⁷ Detaljnija analiza iznosa bi zasigurno pokazala da su deo nesigurnosti osiguravači preneli i na osiguranike zaračunavši im i određeni iznos samodoprinosa usled velikog stepena neizvesnosti.

²⁸ Ziff. I. 3. 1, Ziff. I. 10.8 USV.

²⁹ Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V., Erläuterung zu den unverbindlichen Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Umweltschadensversicherung, 2007, 10.

verovatnoći nastanka štete.³⁰ Međutim, iz razloga koji ćemo predstaviti u kasnijim redovima, stava smo da za ovaj vid delatnosti osiguranika ni ne treba da postoji pokriće.

Dodatno pitanje koje se postavilo u vezi sa dozvoljenošću pružanja pokrića za ovako nastalu odgovornost osiguranika i u vezi sa osigurljivošću rizika jeste pitanje da li u ovim slučajevima rizik ispunjava uslov slučajnosti. Zapravo, pitanje se odnosilo na to da li se može govoriti o slučajnosti nastanka štete ako postoje naučna saznanja da su određene aktivnosti i materijali opasni. Radi se o tome što osigurnik ima mogućnost uticaja na verovatnoću nastupanja osiguranog slučaja, odnosno zahvaljujući raspoloživim naučnim saznanjima može preduzeti određene preventivne mere koje će isključiti element slučajnosti u nastupanju štete i nastanak njegove odgovornosti. Svaki ugovor o osiguranju bi trebalo da predoči osiguraniku da neće uživati zaštitu ako namerno nije primenio potrebne sigurnosne mere. Međutim, potrebno je upozoriti osiguravača da mora postaviti granice i obaveze za lice koje obavlja sporne aktivnosti u preduzimanju preventivnih mera kako ne bi došlo da nastupanja štete. Da li će osiguranik morati potpuno da promeni način poslovanja ili će biti dovoljne i blaže mere da se on ne bi smatrao odgovornim i da bi uživao pravo na zaštitu? Pogotovu jer će se uvek raditi o novim merama o kojima ne postoje dovoljna saznanja.

OBIM OBAVEZE OSIGURAVAČA PO OSNOVU UGOVORA O OSIGURANJU OD ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU PO ŽIVOTNU SREDINU

Osnovna karakteristika ovog osiguranja jeste da je reč o osiguranju od odgovornosti što znači da se na njega imaju primeniti opšta pravila koja inače važe za osiguranja od odgovornosti.³¹ Dakle, da bi postajala obaveza osiguravača po osnovu ugovora o osiguranju, potrebno je da postoji odgovornost osiguranika po, u ovom slučaju, javnopravnom zahteva. Predmet regulisanja uslova osiguranja koje su ponudili nemački osiguravači odnosi se samo na zakonsku obavezu saniranja i snošenja troškova, koja poseduje javnopravnu sadržinu, a u skladu sa članom 3 Zakona o ekološkoj šteti.

³⁰ Upor. Sven Alexander Hille, *Die EU-Richtlinie über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden: Rechtsvergleichung zum CERCLA und OPA, Transformationsprobleme und Deckungsvorsorge*, Hamburg, 2007, 294.

³¹ U slučaju nemačkog ugovornog prava osiguranja to znači da se na njega primenjuju odredbe člana 100 Zakona o ugovoru o osiguranju.

U vezi sa tim se javilo nekoliko spornih pitanja u pogledu toga da li uopšte postoje uslovi za izvršenje prestacije od strane osiguravača. To su pitanja kada se ima smatrati da je nastala šteta po životnu sredinu, a koja je osnov odgovornosti osiguranika; da li postoji pravnorelevantna odgovornost osiguranika ako je u obavezi samo da preduzme određene preventivne mere kako šteta po životnu sredinu ne bi nastala, i, na kraju, da li obaveza osiguravača obuhvata i obavezu odbijanja pravno neosnovanih zahteva prema osiguraniku.

Šteta po životnu sredinu kao uslov obaveze osiguravača

Uslovi ovog osiguranja osigurani slučaj definišu kao utvrđivanje nastanka štete od strane samog osiguranika, nadležne institucije ili nekog trećeg lica.³² Osigurani slučaj mora nastupiti tokom trajanja osiguranja, nezavisno od toga da li je tokom trajanja pokrića ustanovljen uzrok štete, njen obim ili obaveza na preduzimanje mera za saniranje štete.³³

Jasno određivanje pojma štete po životnu sredinu neophodno je kako bi se izbegao scenario da svaki ljudski postupak usmeren ka životnoj sredini bude okarakterisan kao prouzrokovanje štete.³⁴ Jedan od predloga je bio da se pod ekološkom štetom shvata postupanje prema životnoj sredini za koju ne postoji dozvola ili odobrenje.³⁵ Međutim, posedovanje dozvole ili odobrenja bi značilo aboliranje svih onih subjekata čiji postupci su negativni po životnu sredinu, što ne bi predstavljalo pravično rešenje. Nemački zakonodavac se odlučio za rešenje u skladu sa kojim se pod štetom po životnu sredinu shvata svako značajnije oštećenje zemljišta, vode ili biodiverziteta usled smetnji u obavljanju delatnosti privrednih subjekata.³⁶ Ovako postavljenu definiciju štete smatramo problematičnom iz razloga što utvrđivanje oštećenja zahteva detaljno poznavanje stanja ovih

³² Ziff. I. 8 USV.

³³ Može se zaključiti da postoje izvesna odstupanja od uobičajnih trenutaka nastanka i utvrđivanja štete kod osiguranja od odgovornosti, jer se po pravilu trenuci prouzrokovanja štete, nastupanja štete i njeno otkrivanje, kao i podnošenje zahteva od strane nadležne institucije međusobno ne poklapaju. Tako i N. Hellberg *et al.*, op. cit., 130.

³⁴ Često se u govoru, ali i u naučnim radovima ne pravi greška između ekološke štete i štete po životnu sredinu.

³⁵ Annika Lührßen, Katja Krahn, Winfried Kalkmann, *Die Problematik der Versicherbarkeit von Biodiversitätsschäden: Methoden der monetären Bewertung von Umweltschäden*, Schriftenreihe zu aktuellen Themen der Schadensversicherung, br. 14, Hannover, 2008, 22.

³⁶ Za detaljnije objašnjenje pojma značajnije štete, v. Cornelia Voets, *Erfassung, Bewertung und Sanierung von Biodiversitäten nach dem Umweltschadengesetz*, Schriftenreihe zu aktuellen Themen der Schadensversicherung, e+s rück, Hannover, 2009, 22–28.

dobara pre nastupanja osiguranog slučaja da bi se moglo utvrditi da su promene uopšte nastupile.

Ipak, to je samo okvirna definicija pojma štete po životnu sredinu, jer su se osiguravači zapravo odlučili za specifičnu tehniku upućivanja na određivanje pojmova u drugim zakonima. Definicija štete na životnoj sredini kako je predviđaju uslovi osiguranja za ovaj konkretan proizvod osiguranja je postavljena nešto šire, jer se zasniva i na definicijama iz drugih zakona.³⁷ S obzirom da je definicija iz opštih uslova šira u odnosu na zakonsku definiciju, postavlja se pitanje da li ovo osiguranje pruža pokriće za štete koje su definisane nekim drugim zakonima, a ne samo Zakonom o ekološkoj šteti.

Pored ovog problema u vezi sa definicijom štete, u literaturi se kao sporno ističe i već pominjano pitanje odgovornosti za štetu po životnu sredinu usled normalnog obavljanja privredne aktivnosti od strane osiguranja, koja tokom vremena može postati štetna. Uprkos svim navodima u prilog argumentu da treba obezbediti pokriće i za tako nastalu štetu, stava smo da štete nastale iz normalne i redovne aktivnosti osiguranika ni ne treba da budu pokrivena ovim osiguranjem, jer se time postupa na štetu i osiguranika i osiguravača. Najpre, postoji opasnost da bi, ako bi osiguranjem bila pokrivena i šteta nastala tokom normalnog odvijanja delatnosti, osiguranik prestao da preduzima preventivne mere, jer bi se uvek oslanjao na pokriće iz osiguranja.³⁸ Tu je i pitanje dokazivanja stepena krivice, jer, ako bi pokrićem bila obuhvaćena i šteta usled redovne aktivnosti, onda bi osiguravač morao da dokazuje da je osiguranik postupao sa namerom, ako bi želeo da se oslobodi svoje obaveze, što je često u praksi gotovo neizvodljivo. Ako bi se prihvatilo da je ovim ugovorom pokrivena i šteta usled redovne aktivnosti osiguranika, nastalo bi preveliko opterećenje za osiguravača koji bi morao da pruža nerazuman stepen zaštite osiguraniku.³⁹

³⁷ § 19 Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege, BGBl. I S. 2542, BGBl. I S. 1328; § 2 Abs. 2 Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten, BGBl. I S. 502, BGBl. I S. 3465; § 90 Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts, BGBl. I S. 2585, BGBl. I S. 1408.

³⁸ N. Hellberg *et al.*, *op. cit.*, 199.

³⁹ Ne može se pružiti zaštita osiguranika za neko uobičajeno postupanje i obavljanje delatnosti koje po pravilu obuhvata određene situacije koje su neizbežne u obavljanju konkretne delatnosti iz ugla prosečnog osiguranika. Uostalom, za osiguranje od odgovornosti je tipično da ne postoji potpuna podudarnost između odgovornosti i osiguranja. Tako i Christian Ambüster, Vincent Schreier, "Aktuelle Rechtsfragen der Umweltschadensversicherung", *Zeitschrift für Versicherungswissenschaft*, 2016, 15.

Opravdanost obaveze osiguravača na naknadu troškova
za preventivne mere

Sledeći problem koji se javlja u vezi sa postojanjem obaveze osiguravača kod ovog osiguranja jeste pitanje opravdanosti naknade troškova koji su nastali u vezi sa sprečavanjem daljeg razvoja štete. U to se ubraja preduzimanje mera kontrolisanja i otklanjanja štetnih materija ili drugih štetnih faktora kako bi se sprečila dalja šteta po životnu sredinu i negativna dejstva na zdravlje ljudi. Kao sporno se javilo pitanje da li osiguranje pokriva ove troškove, jer se polazi od stava da je predmet obaveze osiguravača zapravo samo saniranje štete, ali ne i preduzimanje daljih mera.⁴⁰ Ipak se stalo na stanovište da osiguranje treba da pruža pokriće i za troškove ovih mera, jer se one preduzimaju po nastupanju osiguranog slučaja, po nastanku štete. Osim toga, na ovakav zaključak upućuje i sistematika Zakona o ekološkoj šteti u skladu sa kojom se pod obavezom saniranja štete podrazumevaju i mere saniranja štete i mere ograničavanja i kontrolisanje dalje štete. Tu je, takođe, i pitanje naknade troškova spašavanja koje je osiguranik preduzeo pre nastupanja osiguranog slučaja. Međutim, kako je u interesu osiguravača da se spreči nastanak štete, ovi troškovi koji se odnose na sprečavanje i umanjenje neizbežne štete po životnu sredinu se imaju nadoknaditi.

Problematičan aspekt ostvarivanja ovog prava po osnovu ugovora o osiguranju jeste ovlašćenje nadležnih ustanova da intervenišu kada se već konstatuje veći stepen verovatnoće da će šteta stvarno nastupiti. U tom slučaju u skladu sa Zakonom osiguraniku može biti naređeno da preduzme određene mere za sprečavanje nastanka štete, a koje potom mogu biti ocenjene kao preterane i nepotrebne usled čega neće polagati pravo na njihovu naknadu.⁴¹ Ipak, opšti uslovi za ovo osiguranje predviđaju obavezu osiguranika da osiguravaču prijavi nepravilnosti u vršenju svoje delatnosti ili ako je dobio kakvu naredbu od strane nadležne ustanove, pa tek u skladu sa dogovorom sa osiguravačem će preduzimati dalje mere.⁴² Ako on namerno postupi protivno tim pravilima, nadoknadiće mu se samo neophodni i objektivno odgovarajući troškovi, a pri postupanju sa grubom nepažnjom samo troškovi u ograničenom obimu.⁴³ U svim ostalim slučajevima osiguravač mora nadoknaditi takođe i takve troškove za koje se naknadno ispo-

⁴⁰ Heinfried Beermann, *Das Umweltschadensgesetz: Haftung und Versicherung; ein Leitfaden für Verantwortliche in der Praxis*, Verkehrsverlag J. Fischer GmbH & Co. KG, Düsseldorf, 2008, 45.

⁴¹ *Ibidem*, 204.

⁴² C. Ambüster, V. Schreier, op. cit., 30.

⁴³ Ziff. I. 9. 4 USV.

stavi da su nepodobni.⁴⁴ Ovakav stav smatramo ispravnim, jer rizik prognoziranja budućih događaja nosi osiguravač, a ne osiguranik!

*Obaveza osiguravača u vezi sa odbijanjem zahteva
prema osiguraniku*

Razlog zašto se pitanje obaveze osiguravača postavlja u ovom pravcu jeste taj što je u literaturi zastupljen stav da se obaveza osiguravača po osnovu ugovora o osiguranju odgovornosti samo sastoji u oslobođenju osiguranika od osnovanih zahteva, a ne i odbijanju prema njemu upućenih neosnovanih zahteva.⁴⁵ Međutim, taj stav se ne može prihvatiti kao opravdan. Naime, iako je ovo osiguranje usmereno samo na odgovornost po osnovu javnopravnih propisa, to ne znači da se i dalje ne radi o klasičnom osiguranju od odgovornosti, na koje se shodno mogu primeniti odredbe Zakona o ugovoru o osiguranju od odgovornosti.⁴⁶ To znači da ovo osiguranje, kao osiguranja od odgovornosti inače, ima zaštitnu i oslobađajuću funkciju za osiguranika, jer osiguravač preuzima na sebe njegove obaveze prema trećem licu.

Iz toga razloga je osiguravač po osnovu ovog osiguranja obavezan da osiguraniku pruža pravnu zaštitu onda kada se raspravlja o postojanju zahteva prema osiguraniku u skladu sa Zakonom o šteti na životnoj sredini. Tako je moguće, primera radi, da nadležna ustanova zahteva od osiguranika da naknadi štetu na životnoj sredini po osnovu zakona, dok osiguranik ili njegov osiguravač tvrde da šteta ne postoji, jer referentne vrednosti predviđene nekim drugim zakonom koji, takođe, reguliše pojam štete na životnoj sredini nisu prekoračene.⁴⁷ Određenje ovog osiguranja kao osiguranja od odgovornosti znači da su pokrićem obuhvaćeni, pored troškova saniranja, i troškovi veštaka i procenitelja koji će biti neophodni u upravnom postupku, kao i troškovi ostalih potencijalnih postupaka pred upravnim sudovima.⁴⁸ Svi ti troškovi koji se imaju pokriveni po osnovu ovog osigu-

⁴⁴ Ziff. I. 9. 4 USV.

⁴⁵ V. H. Beermann, op. cit., 45.

⁴⁶ Johannes Paul Jacobsen, "Die Umweltschadensversicherung – Darstellung und Bewertung rechtlicher Probleme", *Forum Versicherungsrecht 2012 – Aus dem Münsteraner LL. M. – Studiengang "Versicherungsrecht"* (Hrsg. Heinrich Dörner), Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2012, 62.

⁴⁷ Jörg Sons, "Das Umweltschadensgesetz und die Umweltschadensversicherung", *Haftpflicht international – Recht und Versicherung*, 2007, 86, 88.

⁴⁸ Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V., Erläuterung zu den unverbindlichen Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Umweltschadensversicherung, 2007, 13.

ranja zapravo su posledica ne samo nastanka štete po životnu sredinu, već i činjenice da je osiguranik percipiran kao štetnik, odnosno da postoji zahtev protiv njega za naknadu prouzrokovane štete.

Ipak, ono o čemu se najviše mora voditi računa je sadržina ugovora o osiguranju u skladu sa značajem ugovorne autonomije u okvirima ugovornog prava osiguranja. U skladu sa sadržinom ugovora će se odrediti ugovoreni obim pokrića i da li osiguranik ima pravo na naknadu svih navedenih troškova. Potom, faktor o kome se takođe mora voditi računa jeste da se u ulozi osiguranika nalaze preduzetnici u čijim poslovnim krugovima ograničenja funkcije zaštite prava nisu toliko neuobičajena. Osim toga, reč je o takavim zahtevima prema osiguranicima za koje se retko može tačno i unapred odrediti da li su osnovani ili ne, što može biti uvod u dugotrajne i finansijski zavisne postupke. Iz tog razloga osiguranik mora računati na izvesna ograničenja u pogledu pokrića koje mu pruža ugovor o ovom osiguranju.⁴⁹

ZAKLJUČAK

Implementacija Direktive 2004/35/EZ u budućnosti zasigurno će staviti pred izazove delatnost osiguranja, koja će nastojati da pruži zaštitu pravnim i fizičkim licima koja obavljaju delatnosti koje su prepoznate kao opasne po životnu sredinu, jer će nacionalni zakon predviđati njihovu odgovornost.⁵⁰ Trenutno postojeće osiguranje od odgovornosti za štetu u vezi sa životnom sredinom nije dovoljno sredstvo zaštite, jer je usmereno samo na zahteve trećih lica prema osiguraniku. Oba osiguranja su osiguranja od odgovornosti, ali osiguranje za štetu po životnu sredinu je osiguranje koje za predmet ima odgovornost osiguranika koja se zasniva isključivo na javnopravnim propisima, dok je predmet osiguranja od odgovornosti za štetu na životnoj sredini odgovornost osiguranika po osnovu privatnopravnih zahteva prema njemu usled povrede ličnih dobara.⁵¹ Za razliku od osiguranja štete po životnu sredinu, osiguranje od odgovornosti za štetu prouzrokovano životnoj sredini ne pokriva nikakvu štetu na samoj životnoj sredini.

Radi se o tome da će se to osiguranje od odgovornosti primeniti ako je osiguranik usled nekog dejstva i štetnog efekta na životnu sredinu prouzrokovao ka-

⁴⁹ O ovakvim ograničenjima obaveze osiguravača govorimo i kod ostalih osiguranja od odgovornosti, naročito D&O osiguranjima. V. detaljnije Peter Prëve, *Versicherungsbedingungen und AGB – Gesetz*, C. H. Beck, München, 1998, 118.

⁵⁰ Nemački termini su *Umweltschadensversicherung* i *Umweltschaden – Haftpflichtversicherung*.

⁵¹ Detaljnije o ovim zahtevima J. Salma, op. cit., 36.

kvu štetu na nečijim ličnim ili materijalnim dobrima ili nečijoj imovini, za šta mora da građanskopravno odgovara. Nasuprot tome, osiguranje za štetu po životnu sredinu ne pruža zaštitu od takvih zahteva prema osiguraniku. Moguće je da jedna šteta bude uzrok obe odgovornosti osiguranika: i po osnovu javnih i privatnih propisa. Na primer, da bude obavezan na saniranje štete koju je njegova delatnost prouzrokovala životnoj sredini, na šta ga obavezuje neka nadležna institucija, ali i za štetu koju je prouzrokovao nekom privatnom ili fizičkom licu u čijem vlasništvu se nalazi nepokretnost na kojoj je prouzrokovao štetu životnoj sredini.⁵² Još uvek ne postoji inicijativa da se jednom polisom obuhvate obe vrste odgovornosti, jer bi se time značajno povećala cena ovog proizvoda osiguranja.

Zaključno se ipak može reći da se osiguranje od odgovornosti za štetu po životnu sredinu nesumnjivo pokazalo kao uspešan novi model osiguranja koji pruža adekvatan nivo pokrića u zadatim okolnostima. Isto tako su potpuno jasne i sugestije da osiguravači po osnovu ovog osiguranja treba da pruže pokriće šireg obima. Međutim, tim zahtevima se samo ograničeno može izaći u susret usled ograničene osigurljivosti određenih rizika iz perspektive aktuarske politike osiguravajućih društava. Svakako da će protok vremena učiniti svoje i da će osiguravači bliže uočiti neke nedostatke postojeće regulative. Izmene koje će učiniti u usloviima osiguranja svakako treba da prate i domaći osiguravači i da potencijalno preskoče početne probleme prilikom uvođenja ovog proizvoda osiguranja, čemu svakako može doprineti i ovaj rad.

Dr. MIRJANA GLINTIĆ

Research Associate, Institute of Comparative Law
Belgrade

MAIN CHARACTERISTICS OF ENVIRONMENTAL INSURANCE LIABILITY

Summary

The level of awareness about the possible extent of potential environmental damage in the Republic of Serbia is evidenced by the in the Law on Environmental Protection established a system of liability for such damage, which is limited to damage caused to third parties. Accordingly, Serbian insurers offer only liability insurance for damage caused to third parties, but not for damage caused to the environment itself. However, since the Directive 2004/35/EC provides for the prin-

⁵² J. P. Jacobsen, op. cit., 59.

principle of «polluter pays», in accordance with which the broader obligations of the responsible person are established, insurers in the Member States have started to offer liability insurance of a different scope. It is a liability insurance based on public law regulations due to damage caused to plants, animals, water and natural habitats, and not on liability based on private law claims of injured parties. Taking into account the aforementioned Directive will get its place in our national legislation, but also that the Law on Liability for Environmental Damage is being prepared, the paper presents some of the basic characteristics of this insurance based on its regulation in Germany and some of the challenges German insurers had to face.

Key words: liability insurance, environmental damage, polluter pays principle, coverage limits

Literatura

- Ambüster C., Schreier V., “Aktuelle Rechtsfragen der Umweltschadensversicherung”, *Zeitschrift für Versicherungswissenschaft*, 2016.
- Beckmann M., Wittmann A., “§2 Begriffsbestimmungen”, *Umweltrecht* (Hrsg. Robert von Landmann, Gustav Rohmer), Band IV, C. H. Beck, München, 2015.
- Beermann H., *Das Umweltschadensgesetz: Haftung und Versicherung; ein Leitfaden für Verantwortliche in der Praxis*, Verkehrsverlag J. Fischer GmbH & Co. KG, Düsseldorf, 2008.
- Beuck J., “Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme nach dem Umweltschadensgesetz”, *Versicherungsrecht*, 2012.
- Hille S. J., *Die EU-Richtlinie über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden: Rechtsvergleichung zum CERCLA und OPA, Transformationsprobleme und Deckungsvorsorge*, Hamburg, 2007.
- Johannes P. J., “Die Umweltschadensversicherung – Darstellung und Bewertung rechtlicher Probleme”, *Forum Versicherungsrecht 2012 – Aus dem Münsteraner LL. M. – Studiengang “Versicherungsrecht*, (Hrsg. Heinrich Dörner), Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2012.
- Lührßen A., Krahn K., K. Winfried, *Die Problematik der Versicherbarkeit von Biodiversitätsschäden: Methoden der monetären Bewertung von Umweltschäden*, Schriftenreihe zu aktuellen Themen der Schadensversicherung, br. 14, Hannover, 2008.
- Müller–Chen M., “Entwicklungen im europäischen Umwelthaftungsrecht”, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, br. 2, 1997.
- Präve P., *Versicherungsbedingungen und AGB – Gesetz*, C. H. Beck, München, 1998.
- Salma J., “Obligacionopravna zaštita životne sredine”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2009.
- Hellberg N. et al., *Umweltschadensgesetz und Umweltschadensversicherung*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2008.
- Schmidt H., “Verschärfte Umweltverantwortlichkeit von Organmitgliedern – Das neue Umweltschadensgesetz”, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, br. 17, 2007.

Sons J., “Das Umweltschadensgesetz und die Umweltschadensversicherung”, *Haftpflicht international – Recht und Versicherung*, 2007.

Voets C., *Erfassung, Bewertung und Sanierung von Biodiversitäten nach dem Umweltschadensgesetz, Schriftenreihe zu aktuellen Themen der Schadensversicherung*, e+s rück, Hannover, 2009.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 16.10.2020.

Prihvaćen: 30.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

MIRJANA POPOVIĆ

UTVRĐENJE POSTOJANJA RADNOG ODNOSA OD STRANE SUDA

Radni odnos se, po pravilu, zasniva ugovorom o radu na neodređeno vreme. Usled ubrzanih promena na tržištu rada naročito fleksibilizacije radnih odnosa, primećuje se “zabilježnje” ovog pravila kroz radno angažovanje na druge načine. Radnici, u pokušaju da stignu do stalnog posla, pristaju na ne tako povoljne uslove ugovaranja rada kod drugog. Kada se takav rad pretvori u višegodišnji rad na istim ili sličnim radnim mestima kod jednog (istog) poslodavca, radnik koji ne uspe sa zahtevom upućenom poslodavcu za prijem u radni odnos na neodređeno vreme, podnosi tužbu sudu za utvrđenje postojanja radnog odnosa. Da li sudovi prepoznaju postojanje radnog odnosa, koje kriterijume primenjuju u tom određivanju, kao i da li je takvo postupanje u skladu sa Preporukom MOR-a broj 198 o radnom odnosu, pitanja su kojima se ovaj rad bavi. Analiza postojeće sudske prakse pokazaće da srpski sudovi prepoznaju ovakve situacije i doprinose borbi protiv zloupotrebe prava od strane poslodavca, rada “na crno” i prikrivenog rada.

Ključne reči: zasnivanje radnog odnosa, postojanje radnog odnosa, faktički rad, prikriveni rad

U V O D

Globalizacija, tehnološke promene, recesija, uticali su na porast neformalne ekonomije i neodređenog, nedefinisanog, prikrivenog zapošljavanja. “Poslednjih decenija postao je problematičan odgovor na pitanje ko je, a ko nije u radnom odnosu i kakva prava i zaštita proizlaze iz tog statusa. Problem nastaje u situacijama

Dr Mirjana Popović, savetnik Vrhovnog kasacionog suda, e-mail: mirjana.popovic@vk.sud.rs.

u kojima prava i obaveze ugovornih strana nisu jasne, u situacijama u kojima postoji pokušaj prikrivanja radnog odnosa i u situacijama u kojima postoji jaz u zakonodavnom okviru ili u njegojoj interpretaciji ili primeni”.¹

Navedeni problemi aktuelni su i kod nas. U sudskoj praksi izdvojile su se tri grupe slučajeva u kojima sud utvrđuje postojanje radnog odnosa: zasnivanje radnog odnosa po osnovu faktičkog rada bez pisanog ugovora o radu; preobražaj radnog odnosa iz radnog odnosa na određeno vreme u radni odnos na neodređeno vreme i u slučajevima prikrivenog radnog odnosa.

Prepoznavanje i utvrđivanje postojanja radnog odnosa je od ključne važnosti za ostvarivanje radnopravne zaštite radnika naročito u borbi protiv prikrivenog rada. U radu pred nama biće izložena bitna obeležja “standardnog” radnog odnosa, slučajevi iz sudske prakse u kojima sudovi prepoznaju postojanje odnosno zasnivanje radnog odnosa, način na koji se postojanje radnog odnosa utvrđuje Preporukom MOR-a 198 i ukazati na sporna pitanja.

RADNI ODNOS – POJAM I ZASNIIVANJE

Međunarodna organizacija rada definisala je pojam radnog odnosa kao “odnos između zaposlenog i poslodavca za koga zaposleni završava rad pod određenim uslovima i zauzvrat dobija zaradu”.² Iste godine (2006) donela je i Preporuku broj 198 o radnom odnosu³ koja sadrži načela i smernice za određivanje (definisanje) radnog odnosa. Najvažnije načelo na kome se insistira u Preporuci je načelo “prvenstva činjenica” po kome se prilikom utvrđivanja postojanja radnog odnosa uzimaju u obzir prvenstveno činjenice koje se odnose na obavljanje rada i naknadu radnika bez obzira na naziv ugovora (tačka 9). Preporučeno je širok krug načina i metoda kojima se utvrđuje postojanje radnog odnosa; preporučeno je uvođenje pravne pretpostavke o postojanju radnog odnosa na osnovu određenih pokazatelja, kao i određivanje pojma “zaposleni” i “samozaposleni” (tač. 11). Po Preporuci, treba jasno definisati kriterijume koji se primenjuju u određivanju radnog odnosa poput podređenosti i zavisnosti (tač. 12). Indikatori koji ukazuju na postojanje radnog odnosa po Preporuci su: da se rad obavlja u skladu sa uput-

¹ The employment relationship: an annotated guide to ILO Recommendation No 198, Social Dialogue, Labour Law and Labour Administration Branch, ILO Office – Geneva, 2008, 1.

² The employment relationship, International Labour Conference, 95th Cession, 2006, International Labour Office Geneva, 3.

³ R198 Employment Relationship Recommendation, 2006, The employment relationship: an annotated guide to ILO Recommendation No 198, Social Dialogue, Labour Law and Labour Administration Branch, International Labour Office – Geneva, 2008, Annex I, 49.

stvima i pod nadzorom druge strane; da je osoba koja rad obavlja uključena u organizaciju preduzeća; da se rad obavlja u celini ili pretežno u korist druge osobe; da osoba mora obavljati rad lično; da je rad obavljen u okviru određenog radnog vremena ili na mestu rada koje je odredila stranka ili u sporazumu sa strankom koja zahteva obavljanje rada; da je rad određenog trajanja i ima određeni kontinuitet; da se zahteva dostupnost osobe koja obavlja rad; da sredstva za rad nabavlja strana koja zahteva obavljanje rada; da osoba koja obavlja rad prima periodične naknade i da takva naknada predstavlja jedini ili glavni izvor prihoda; da postoje odredbe o plaćanju ishrane, smeštaja i prevoza, da se osobi koja obavlja rad priznaju prava na nedeljni i godišnji odmor; da osoba koja obavlja rad ima pravo na naknadu troškova za službeno putovanje; da finansijski rizik poslovanja ne snosi zaposleni (tač. 13).

I Evropski sud pravde se u svojim odlukama izjašnjava o pojmu radnog odnosa i njegovim glavnim osobinama. Iz obrazloženja odluka proizlazi da: “ugovori o radu na neodređeno vreme čine osnovni oblik radnog odnosa iako su ugovori o radu na određeno vreme svojstveni zapošljavanju u određenim sektorima, zanimanjima i delatnostima”⁴; “da je osnovna osobina radnog odnosa da neka osoba tokom određenog razdoblja u korist druge osobe i prema njenim uputstvima obavlja poslove za koje u zamenu dobija naknadu”⁵; “da postojanje odnosa podređenosti treba ocenjivati u svakom pojedinačnom slučaju s obzirom na sve elemente i sve okolnosti koje obeležavaju postojeće odnose među strankama”⁶.

U našem pravu, po Zakonu o radu⁷ (u daljem tekstu ZR), radni odnos se zasniva ugovorom o radu koji zaključuju zaposleni i poslodavac (čl. 30). Može se zaključiti na neodređeno i određeno vreme. Ugovor o radu u kome nije utvrđeno vreme na koje se zaključuje, smatra se ugovorom o radu na neodređeno vreme. Zaposleni ostvaruje prava i obaveze iz radnog odnosa danom stupanja na rad (čl.

⁴ Judgement of the Court (Tenth Chamber) of 14 September 2016, Marie Elene Pérez López v Servicio Madrileño de Salud, Case 16/15, ECLI: EU:C:2016:679.

⁵ Judgement of the Court (Fourth Chamber) of 20 September 2007, Sari Kiiski v Tampereen kaupunki, Case 116/06, ECLI: EU:C:2007:536:25.

⁶ Judgement of the Court (First Chamber) of 9 July 2015, Ender Balkaya v Kiesel Abbruch_und Recycling Technik GmbH, Case 229/14, EU:C:2015:455:37; Judgement of the Court (Third Chamber) of 10 September 2015, Hoterman Ferho Exploitatie and Others v Friedricha Leopolda Freiherra Spiessa von Büllsheima, Case 47/14, ECLI: EU:C:2015:574: 46; Judgement of the Court (Grand Chamber) of 20 November 2018, Sindicatul Familia Constanța and Others v Direcția Generală de Asistență Socială și protecția Copilului Constanța, Case 147/17, ECLI:EU:C:2018:926:42.

⁷ Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje.

34 st. 1). Pored ovakvog, za sada, dominantnog načina zasnivanja radnog odnosa, radni odnos se može zasnovati i na određeno vreme, za obavljanje poslova sa povećanim rizikom, sa nepunim radnim vremenom, za obavljanje poslova van prostorija poslodavca i sa kućnim pomoćnim osobljem.

“Kao akt zasnivanja radnog odnosa, ugovor o radu ima karakter pojedinačnog akta. Njime se uspostavlja radni odnos sa određenim pravima, obavezama i odgovornostima koji se aktiviraju tek po stupanju zaposlenog na rad”⁸ Prava, obaveze i odgovornosti iz i povodom radnog odnosa su prava koje zaposleni ostvaruje kod poslodavca poput radnog vremena, odmora i odsustva, zaštite na radu, zarada, naknada zarada i drugih primanja, disciplinske i materijalne odgovornosti, prestanka radnog odnosa, prava na uplatu odgovarajućih doprinosa.

Prema sadržini ugovora o radu (čl. 33 ZR) može se zaključiti da su bitna obeležja radnog odnosa dobrovoljnost, lično obavljanje rada, plaćenost rada, integrisanost i pravna podređenost. Dobrovoljnost se pre svega izražava u slobodnom zasnivanju radnog odnosa, “lice slobodno izraženom voljom stupa u odnos pravne podređenosti prema poslodavcu”.⁹ “Lično izvršavanje rada je posledica obeležja ugovora o radu kao *intuitu personae* koji se zaključuje s obzirom na lična svojstva ugovorne strane – zaposlenog”.¹⁰ Zarada za izvršeni rad u radnom odnosu podrazumeva isplatu primanja – zaradu ali i doprinose za obavezne vidove socijalnog osiguranja. Integrisanost – uključenost u organizovani proces rada se smatra jednim od obaveznih elemenata za utvrđenje postojanja radnog odnosa – samim uključivanjem u organizovani proces rada zaposleni stupa u odnos podređenosti. “Podređenost nije samo ekonomska zavisnost zaposlenog od poslodavca već lična pravna podređenost u izvršavanju rada u smislu podređenosti radnika volji poslodavca u vršenju (ispunjenju naloga) i kontroli izvršavanja rada”.¹¹ Pravna podređenost uključuje tri elementa: upravljanje, vlast i nadzor.¹² Vlast poslodavca najčešće se ogleda u davanju naloga i vršenju nadzora. Pri tome “vlast ne mora biti neposredna – direktno od poslodavca već može biti i posredna – od lica koje je hijerarhijski nadređeno zaposlenom”.¹³

⁸ Zoran Ivošević, Milan Ivošević, *Komentar Zakona o radu*, Službeni glasnik RS, 2014, 95.

⁹ Manfred Weiss, *Labour Law and Industrial Relations in FR Germany*, Kluwer, Deventer, 1984, 39.

¹⁰ Kenneth William Wedderburn, *The worker and The Law*, Penguin Book, London, 1986, 144.

¹¹ Simon Deakin, Gillian Morris, *Labour Law*, Oxford – Portland, 2005, 46.

¹² Marie-France Mialon, *Les pouvoirs de l'employeur*, L.G. D.J. Paris, 1996, 15.

¹³ Theo Anne Opie, Lauren Bates, *Canadian Master Labour Guide*, CCH Canadian. Ltd., Ontario, 1996, 256.

Zasnivanje radnog odnosa po osnovu faktičkog rada

Faktički rad je definisala Evropska komisija kao “svaku plaćenu aktivnost koja je po svojoj prirodi legalna, ali koja nije prijavljena javnim vlastima”.¹⁴ Najčešće je uslovljen razlozima ekonomske prirode u koje spadaju velika nezaposlenost, visoka stopa poreza i minimalne zarade, ali je on i posledica uzroka socijalno-psihološkog karaktera. I ovakav rad podrazumeva podređenost radnika poslodavcu jer on obavlja rad za poslodavca pod njegovom vlašću i nalogima, ali ne uživa bilo kakvu vrstu zaštite koju sadrži regularan radni odnos. Osnovno obeležje faktičkog rada je odsustvo postojanja ugovora o radu kojim se utvrđuje postojanje regularnog radnog odnosa.

Zbog sprečavanja zloupotrebe na tržištu rada, eliminacije rada na crno, izbegavanja poreskih obaveza i jasnog statusa zaposlenog, ustanovljena je fikcija o zasnivanju radnog odnosa kada poslodavac kao jača strana ne poštuje formu ugovora o radu (čl. 32. ZR). Veliku ulogu u kontroli poslodavca u ispunjavanju ove zakonske obaveze – zaključivanju ugovora imaju inspektori rada (kada u vršenju inspeksijskog nadzora kod poslodavca pronađu radnike bez ugovora, nalažu poslodavcu zaključenje ugovora na neodređeno vreme sa tim licima). Tako je prema podacima inspekcije rada za period 1. januar–31. decembar 2016. godine inspekcija rada izvršila ukupno 53.069 inspeksijskih nadzora kojom prilikom je zatečeno 19.472 lica na faktičkom radu. Posle izvršenog nadzora poslodavci su zasnovali radni odnos sa 17.589 lica koja su bila zatečena na takvom radu. Povećanjem broja zaposlenih sa kojima su poslodavci u ovom periodu zasnovali radni odnos i naplatom doprinosa, prihodi Republičkog fonda PIO u 2016. godini su viši za petnaest milijardi dinara u odnosu na 2015. godinu.¹⁵

Zasnivanje radnog odnosa nalogom inspektora je brže od utvrđenja postojanja radnog odnosa pred sudom. Kod vršenja inspeksijskog nadzora, dovoljno je da je radnik zatečen na radu bez ugovora pa da se sa njim, po nalogu inspektora zaključi ugovor o radu na neodređeno vreme. Sudovi se ne izjašnjavaju o vremenskom periodu koji je nužan za utvrđenje radnog odnosa. U tužbi kojom traže utvrđenje postojanja radnog odnosa, radnici, kao tužioc i navode da su radili kod tuženog kao poslodavca bez ugovora o radu, da im je naknada isplaćivana na ruke bez uplate doprinosa, da su radne zadatke dobijali usmeno i navode način

¹⁴ European commission 2014, Proposal for a decision of the European parliament and of the Council on establishing a European Platform to enhance cooperation in the prevention and deterrence of undeclared work, 1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52014PC0221>, 23.10.2019.

¹⁵ Obim i efekti izvršenih inspeksijskih nadzora u periodu 1. januar–31. decembar 2016. godine, www.minrzs.gov.rs, 25.9.2020.

na koji je posao obavljan. Kao dokaz za svoje tvrdnje predlažu saslušanje svedoka – drugih radnika kod istog poslodavca. U odgovoru na tužbu, tuženi – poslodavac uglavnom, navodi da je postojalo angažovanje ali bez zasnivanja radnog odnosa, da su dogovori bili usmenog karaktera, da su poslovi koje je obavljao tužilac bili van radnog odnosa, da je tužiocu jasno stavljeno do znanja da nema namere za zasnivanje radnog odnosa, da je u pitanju *ad hoc* angažovanje, da nije bilo zarade već naknade za obavljeni rad, da je saradnja bila dobrovoljna i prijateljska, da je prema dokumentaciji tužilac bio nezaposlen u periodu za koji traži utvrđenje radnog odnosa.

Strogo primenjujući zakon, sudovi su u svojim prvim odlukama još 2008. i 2009. godine, za nastupanje pravne fikcije o zasnivanju radnog odnosa na neodređeno vreme smatrali dovoljnim stupanje radnika na rad kod poslodavca bez ugovora o radu.¹⁶ Praksa utvrđivanja postojanja radnog odnosa samo na osnovu stupanja na rad bez ugovora, bez utvrđivanja stvarne volje stranaka (smatralo se da volja postoji na osnovu toga što je poslodavac primio zaposlenog na rad, a zaposleni za rad primao naknadu)¹⁷ nastavila se sve do 2013. godine kada sudovi istražuju da li ovakav faktički rad ima sve karakteristike radnog odnosa, kako u pogledu kvaliteta rada, tako i u pogledu prava i odgovornosti koje proizlaze iz radnog odnosa, kao što je radno vreme, zarada, naknada zarade i druga primanja iz radnog odnosa.¹⁸ Pored utvrđivanja elemenata radnog odnosa, sudovi posvećuju pažnju i stvarnoj volji ugovornih strana. Volja se objašnjava spremnošću poslodavca da radniku omogući rad odnosno spremnošću radnika da radi. Međutim, u ovim sporovima poslodavci kao tužena strana često ističu da tužilac nikada nije radio kod njih, ali i ako jeste, da je takav rad na dobrovoljnoj bazi, da nikada nije postignuta saglasnost za zasnivanje radnog odnosa ili da takav rad nema karakteristike radnog odnosa. Tužilac, na kome je teret dokazivanja na osnovu čl. 231. Zakona o parničnom postupku¹⁹ teško će dokazati svoju tvrdnju ako o tome ne svedoče drugi radnici kod istog poslodavca. Tako je u slučaju u kome su svi svedoci tvrdili da su kod tuženog obavljali rad na dobrovoljnoj bazi, Vrhovni kasacioni sud prepoznao postojanje radnog odnosa na osnovu pismenih dokaza u spisima (mejl-ova koji su predstavljali nalog tuženog za obavljanje određenog posla) i na osnovu iskaza zakonskog zastupnika tuženog po kome je: “tužilac prvo bio konsultant, a

¹⁶ Presude Vrhovnog suda Srbije Rev II 552/08 od 14.5.2008. godine, Rev II 587/08 od 2.4.2009. godine, Rev II 556/08 i Rev II 447/08 od 6.4.2009. godine.

¹⁷ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev 2 761/2012 od 23.1.2013. godine.

¹⁸ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev 2 157/2013 od 19.9.2013. godine.

¹⁹ Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 - odluka US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020.

zatim menadžer prodaje; tužiocu su prepušteni razgovori i pregovori sa distributerima jer je tuženi smatrao da je on ekspert; davao mu je radne naloge usmenim putem, a kada je bio odsutan putem mejla i telefonski; tužilac je imao ovlašćenje odnosno faksimil zakonskog zastupnika tuženog koji se još uvek nalazi kod tužioca; imao je ovlašćenja da umesto tuženog komunicira sa bankom, računovodstvom, sa štamparijom kada zakonski zastupnik tuženog nije bio tu. Uvek je isplaćivao određenu svotu novca tužiocu koliko je to bilo moguće, finansirao je godišnji odmor, sve odlaskena sajmove, kontakte sa klijentima i sve što je bilo vezano za rad i kada je išao svojim automobilom na teren sve mu je bilo plaćeno. Rad tužioca kod tuženog je prestao na taj način što je po odlasku na sajam gde je tužiocu sve bilo obezbeđeno i plaćeno, on bio veoma agresivan, zbog čega mu je tuženi već u oktobru usmenim putem po povratku sa tog sajma rekao da ne želi više da radi za njega, odnosno da ne želi više njegove usluge ni pomoć već da želi da radi sam. Pismeno ga je o tome obavestio putem mejla. Kod tužioca su ostali laptop, ajped i faksimil koje je tužilac koristio kao sredstvo za rad kod tuženog”.²⁰ U obrazloženju ove odluke, sud se pozvao na čl. 32. ZR - rad bez ugovora, iako je mogao koristiti Preporuku MOR-a broj 198 i utvrditi postojanje radnog odnosa na osnovu kriterijuma iz Preporuke, a koji u ovom slučaju proizlaze iz iskaza zastupnika tuženog: podređenost – rad se obavljao pod vlašću tuženog, po nalogima tuženog, tužiocu su bili plaćeni rad, godišnji odmor, službena putovanja, tužilac je u radu koristio sredstva tuženog.

Analizom sudskih odluka u ovoj vrsti sporova dolazi se do zaključka da sudovi veliku pažnju posvećuju “volji ugovornih strana”, a “volju” tumače kao spremnost poslodavca da radniku omogući rad, a radniku da ga obavlja. Čini se da je u cilju bolje zaštite radnika, neophodno napuštanje ovakvog obrazloženja i ispitivanje bitnih obeležja radnog odnosa poput podređenosti – da li se rad obavlja pod nalogima i kontrolom poslodavca, ličnog izvršavanja rada, primanja naknade za obavljeni rad, radnog vremena, odmora, odsustava radnika (godišnji odmor, bolovanja), radnog mesta, integrisanosti u proces rada, upotrebe sredstava za rad i slično.

Iz obrazloženja odluka proizlazi da sudovi “sami” ocenjuju da li obavljeni rad ima ili nema karakteristike radnog odnosa ne izjašnjavajući se na kome je teret dokazivanja ovih činjenica (po opštim pravilima teret je na tužiocu). Imajući u vidu da je radnik – tužilac slabija strana u ovom sporu, da se kod tuženog – poslodavca nalazi sva dokumentacija, trebalo bi razmisliti o prebacivanju tereta dokazivanja na poslodavca koji bi u parnici dokazivao da rad koji je obavljan nema

²⁰ Rešenje Vrhovnog kasacionog suda Rev2 1003/2019 od 26.2.2020. godine.

karakteristike radnog odnosa (ovakvo rešenje sadržano je u čl. 10 st. 2 Zakona o radu Republike Hrvatske²¹).

*Preobražaj iz radnog odnosa na određeno vreme
u radni odnos na neodređeno vreme*

Ugovor o radu na određeno vreme se smatra izuzetkom od pravila (ugovor o radu na neodređeno vreme), a zakonom su propisani razlozi za zaključnije ovakvih ugovora. "Objektivna potreba za radnim odnosom na određeno vreme postoji kad treba: da se posao obavi u određenom roku; da se izvrši posao koji po prirodi traje određeno vreme; da se rad okonča pre nastupanja određenog događaja".²² Vremenski rok trajanja ovog ugovora mora biti određen (datumom, danima, sedmicama, mesecima, godinama) ili odrediv (npr. do završetka projekta). I za ovu vrstu ugovora, kao i za ugovor o radu na neodređeno vreme, propisana je pisana forma. U cilju sprečavanja zloupotreba zaključivanja sukcesivnih ugovora Direktiva 1999/70/EC²³ i Okvirni sporazum o radu na određeno vreme²⁴ propisuju ograničenje broja sukcesivnih ugovora o radu koje poslodavac može zaključiti sa istim zaposlenim. Naš zakonodavac se opredelio za mogućnost najdužeg trajanja ovakvog angažmana (2 godine) ne određujući broj ugovora. Ipak, ovakav ugovor se može, izuzetno zaključiti i na duži rok ako je u pitanju zamena privremeno oduzlog zaposlenog, rad na projektu, rad sa stranim državljaninom, rad kod novoosnovanog poslodavca, rad do ispunjenja uslova za starosnu penziju i novi ugovor istih stranaka po istom ili drugom osnovu (čl. 37. st. 4. ZR).

Kako bi se sprečile zloupotrebe u primeni ovog instituta Vrhovni kasacioni sud je usvojio pravno shvatanje po kome: "Poslodavac i zaposleni mogu da zaključe jedan ili više sukcesivnih ugovora o radu na određeno vreme na istim poslovima, čije ukupno trajanje neprekidno ili sa prekidima kraćim od 30 dana ne može da bude duže od 24 meseca. Ako poslodavac i zaposleni zaključe ugovor o radu na određeno vreme po isteku roka od 2 godine na istovrsnim poslovima, pa zaposleni radi duže od 5 radnih dana, stekli su se uslovi za prerastanje radnog od-

²¹ Zakon o radu RH, *Narodne Novine*, 93/14, 127/17, 98/19, na snazi od 1.1.2020. godine

²² Z. Ivošević, op. cit., 112.

²³ Directive 1999/70/EC concerning the Framework agreement on fixed – term work concluded by UNICE, CEEP and ETUC, Official Journal of the European Communities, 28.6.1999., L 175, p 43-48, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0070&from=EN>, 11.4.2018.

²⁴ Framework agreement on fixed – term work concluded by UNICE, CEEP and ETUC, www.eurocadres.eu/archives/ARCHIVES/doc/1240-EN.pdf, 11.4.2018.

nosa u radni odnos na neodređeno vreme. Rok od 60 dana za podnošenje tužbe za utvrđenje da je radni odnos na određeno vreme postao radni odnos na neodređeno vreme počinje da teče od dana dostavljanja rešenja o otkazu, odnosno faktičkog prestanka radnog odnosa.²⁵

Preobražaj u radni odnos na neodređeno vreme propisan je i zakonom u dva slučaja: 1. kada je ugovaranje rada na određeno vreme suprotno zakonu i 2. radom od najmanje pet radnih dana po isteku vremena za koji je ugovor zaključen.

Obe situacije su zabeležene u praksi. Poslodavci često zaključuju više ugovora o radu na određeno vreme preko zakonom određenog roka. Radnici u takvom položaju podnose tužbu sudusa zahtevom za utvrđenje preobražaja radnog odnosa navodeći da su radili više godina u kontinuitetu na istovrsnim poslovima dokazujući svoje navode zaključenim ugovorima. U odgovoru na tužbu tuženi poslodavac navodi da je u pitanju rad na različitim radnim mestima i obavljanje različitih vrsta poslova, zbog čega nisu ispunjeni uslovi za usvajanje tužbenog zahteva. Sudovi u ovim sporovima akcenat stavljaju na istovrsnost poslova koje je radnik obavljao – ako su poslovi slični i zahtevaju isti stepen znanja i sposobnosti, utvrđuje se preobražaj radnog odnosa. Obrazloženja odluka u ovakvim predmetima su slična: “svi zaključeni ugovori o radu na određeno vreme se u konkretnom slučaju imaju smatrati jednim ugovorom, jer u pogledu bitnih elemenata svih ugovora (vrsta posla koji se obavlja) nema razlike. Ako bi se u slučaju obavljanja istovrsnih poslova od rada na istovrsnim poslovima kod istog poslodavca svaki zaključeni ugovor tretirao kao poseban ugovor, zakon bi bio zloupotrebljavan pa bi poslodavac mogao da izigra pravilo o vremenskom ograničenju rada na određeno vreme iz čl. 37. U ugovornom pravu zloupotreba prava je zabranjena (čl. 13. ZOO). To pravilo se supsidijerno primenjuje i u materiji radnog prava, jer je ugovor o radu vrsta građanskopravnog ugovora po svom poreklu i na njega se primenjuju načela (principi) koji važe za ugovorno pravo u opštem režimu”.²⁶

U drugoj situaciji, za uspeh u parnici i utvrđenje preobražaja radnog odnosa dovoljno je da tužilac dokaže da je radio duže od pet dana po isteku ugovora.²⁷ I u slučajevima kada radnik radi po ugovoru o radu na određeno vreme, a po njegovom isteku radi kod istog poslodavca bez ugovora, pa ponovo, sa istim poslodavcem zaključi ugovor o radu koji “ne pokriva” prethodni period rada, već u

²⁵ Pravno shvatanje usvojeno na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda 25.12.2012. godine.

²⁶ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 829/10 od 20.10.2010. godine; slično presude Vrhovnog kasacionog suda Rev2 30/12 od 9.5.2012; RevII 829/10 od 20.10.2010; Rev2 211/2014 od 29.10.2014; Rev2 1685/2014 od 29.12.2015.

²⁷ Presude Vrhovnog kasacionog suda Rev2 849//2016 od 23.11.2016. godine, Rev2 616/2017 od 2.11.2017.godine, Rev2 461//2019 od 6.2.2020.

kome ugovore novi rok trajanja, sud sankcioniše takvo ponašanje poslodavca i utvrđuje preobražaj radnog odnosa po proteku petog dana od prvog ugovora uz obrazloženje: "Na nastanak i punovažnost ugovora o radu supsidijerno se primenjuju opšta pravila građanskog prava (obligacionog prava) o uslovima zaključenja ugovora, ako posebnim zakonom (Zakonom o radu) nisu propisana posebna pravila. U radnom kao i građanskom pravu važi načelo jednakosti ugovornih strana. Ali bez obzira na načelnu jednakost, postoji faktička nejednakost, jer je poslodavac ekonomski jača ugovorna strana i određuje uslove rada i zaključenja ugovora. Zbog toga, normativna vlast poslodavca mora biti u skladu sa zakonom i načelima obligacionog prava koja ne mogu biti zloupotrebljavana. Brana od zloupotrebe je fikcija o zasnivanju radnog odnosa sadržana u čl. 32. Zakona o radu po kojoj svaki dan rada kod poslodavca mora biti "pokriven", ali ta pokrivenost ne može biti naknadno regulisana ugovorom o radu kako je to tuženi poslodavac učinio, bez obzira na činjenicu što zaposleni kao slabija ugovorna strana nije zahtevao u kasnijem toku poništenje tako zaključenog ugovora ili što nije zahtevao zaštitu svog prava tražeći zaključenje odgovarajućeg ugovora".²⁸

Prikriveni radni odnos

Poslodavci često zaključuju ugovore kojima se, po zakonu, ne zasniva radni odnos poput ugovora o privremenim i povremenim poslovima i ugovora o delu. Kada ovakvo angažovanje radne snage postane dugotrajno, kontinuirano, na istovrsnim poslovima iz delatnosti poslodavca, sudovi, po tužbi radnika za utvrđenje postojanja radnog odnosa, utvrđuju da ovako zaključeni ugovori prikrivaju ugovor o radu.

U tužbi radi utvrđenja zasnivanja radnog odnosa, tužilac navodi da je zaključio više ugovora o privremenim i povremenim poslovima, odnosno ugovora o delu u određenom dugogodišnjem periodu, da su svi zaključeni za obavljanje određenog posla ali da poslovi koje je tužilac obavljao po svojoj prirodi nisu privremeni i povremeni poslovi, odnosno da ne predstavljaju poslove koji za predmet imaju samostalnu izradu ili popravku određene stvari niti predstavljaju samostalno izvršenje određenog fizičkog ili intelektualnog posla već spadaju u redovnu delatnost poslodavca. U odgovoru na tužbu tuženi navodi da poslovi koje tužilac obavlja nisu sistematizovani i da se nalaze van delatnosti poslodavca, a osim toga, po zakonu predstavljaju rad van radnog odnosa. Ispitujući osnovanost tužbenog zahteva, sudovi utvrđuju da li je u pitanju neprekinut rad na istim poslovima što bi ukazivalo na trajnu potrebu tuženog za obavljanjem tih poslo-

²⁸ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 1255/2015 od 9.3.2016. godine.

va i da li poslovi po svojoj prirodi i stvarnim potrebama poslodavca predstavljaju privremene i povremene poslove odnosno poslove koji za predmet imaju samostalnu izradu ili popravku određene stvari ili predstavljaju samostalno izvršenje određenog fizičkog ili intelektualnog posla. Kada sudovi utvrde da je u pitanju prividan ugovor, usvajaju tužbeni zahtev i utvrđuju zasnivanje radnog odnosa između parničnih stranaka uz obrazloženje da se: “u konkretnom slučaju ne radi o zaključenim ugovorima o privremenim i povremenim poslovima s obzirom da obavljanje istih nije trajalo privremeno, odnosno ne duže od 120 dana u toku kalendarske godine. Kako pravnu prirodu ugovora ne određuje njegov naziv, već suština pravnog odnosa koji se njime zasniva, a što je u ovom slučaju obavljanje istovrsnih poslova, u periodu dužem od dve godine, koji su kod tuženog sistematizovani jer za njima postoji stalna potreba, to je tuženi zaključivanjem ugovora o privremenim i povremenim poslovima želeo da izbegne nastanak okolnosti koje bi isključile osnov za primenu pravila iz odredbe čl. 37. st. 4. Zakona o radu, a što je suprotno načelu zabrane zloupotrebe prava propisanih odredbom čl. 13. ZOO”.²⁹

Pored ovih razloga, sudovi navode i: “ugovori o obavljanju privremenih i povremenih poslova predstavljaju simulovane ugovore jer se njima prikrija ugovor o radu kao disimulovan ugovor (pravilo iz čl. 66. ZOO). Kako je u postupku pred nižestepenim sudovima utvrđeno da je tužilac u periodu od šest godina obavljao istovrsne poslove kod tuženog, poslove za kojima je tuženi imao stalnu potrebu, to je utvrđeno postojanje radnog odnosa između parničnih stranaka”.³⁰

Zloupotrebu prava sud konstatuje i u situaciji kada “tuženi kroz fiktivno otkazivanje, odnosno prekide ugovora, pokušava da radni odnos tužioca predstavi kao rad van radnog odnosa, dok u suštini tužilac nije imao prekida u radu u obavljanju poslova kod tuženog, koji su trajni, kontinuirani i predviđeni Pravilnikom o sistematizaciji, što upućuje da je zaključivanjem pojedinačnih ugovora sa tužiocem, tuženi zloupotrebio pravo iz citiranog čl. 197. Zakona o radu”.³¹

Slična je situacija i kod ugovora o delu. Kada sudovi utvrde da je tužilac obavljao određeni posao u kontinuitetu, bez obzira što ti poslovi nisu sistematizovani kod tuženog, sudovi ispituju da li u ovom slučaju postoji prikriveni ugovor o radu.³²

Nisu retke situacije u kojima se zaključuju različiti ugovori. Tako je u predmetu u kome je poslodavac najpre zaključio ugovor o radu na određeno vreme, a

²⁹ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 664/2018 od 10.6.2020. godine.

³⁰ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 3320/2019 od 5.3.2020. godine.

³¹ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 601/2015 od 27.12.2016. godine.

³² Rešenje Vrhovnog kasacionog suda Rev2 3167/2018 od 29.8.2019. godine.

zatim ugovor o delu za obavljanje istih poslova, sud utvrdio da su se stekli uslovi za zasnivanje radnog odnosa na neodređeno vreme uz obrazloženje: “Zakon o radu na isti način kao i Zakon o obligacionim odnosima definiše ugovor o delu – obavljanje određenog posla kao što je izrada ili opravka neke stvari ili izvršenje nekog fizičkog ili intelektualnog rada. Specifičnost ovog ugovora u radnom pravu je da se može zaključiti između poslodavca i lica radi obavljanja poslova koji su van delatnosti poslodavca. U konkretnom slučaju, nije ispunjen ovaj posebni uslov za punovažnost ugovora o delu jer je tužilja u spornom periodu radila potpuno iste poslove, sve iz delatnosti poslodavca. U situaciji kada je prethodni ugovor o radu na određeno vreme prestao istekom vremena stupanjem tužilje na rad sa istom vrstom i obimom posla koji predstavljaju delatnost poslodavca, zasnovan je radni odnos na neodređeno vreme danom stupanja na rad. Fiktivni ugovor o radu smatra se nepostojećim ugovorom i zbog činjenice da je tužilja stupila na rad stvorili su se uslovi za primenu fikcije postojanja radnog odnosa iz citirane odredbe jer je poslodavac svesno izbegao formu punovažnog zasnivanja radnog odnosa ali je iskazao spremnost da zaposlenoj omogući rad, a tužilja je iskazala spremnost da radi. U toj obostranoj spremnosti očigledno je da postoji saglasnost obe strane da se uspostavi radni odnos i on se može upodobiti ugovoru o radu.”³³

SPORNA PITANJA

Najspornija pitanja u ovim sporovima tiču se rokova i tereta dokazivanja. Pre svega je sporno u kom roku se podnosi tužba radi utvrđenja postojanja odnosno zasnivanja radnog odnosa? Ako se primene pravila iz matičnog zakona, da se tužba podnosi u roku od 60 dana od dana povrede prava, postavlja se pitanje koji bi to trenutak bio. Kod faktičkog rada do povrede dolazi samim stupanjem na rad bez zaključenog ugovora; kod ugovora o radu na određeno vreme do povrede dolazi protekom 2 godine od njegovog zaključenja ili protekom petog dana od isteka ugovora; kod ugovora o privremenim i povremenim poslovima istekom 120-og dana od zaključenja; kod ugovora o delu izradom ili opravkom određene stvari. S tim u vezi, sporno je i pitanje od kog trenutka se zasniva radni odnos? Odgovore na ova pitanja nema ni sudska praksa. Imajući u vidu da do parnice uglavnom dolazi pošto radniku prestane radni odnos, sudovi računaju rok za podnošenje tužbe od tog trenutka. Kada je u pitanju datum zasnivanja radnog odnosa primećuju se različiti stavovi u sudskim odlukama, nekada je to datum opredeljen u tužbi, nekada sudovi sami računaju protek vremena potreban za zasnivanje rad-

³³ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 211/2014 od 29.10.2014.

nog odnosa, a nekada taj datum vezuju ili za poslednji zaključen ugovor ili za rešenje o otkazu poslednje zaključenog ugovora.

Prema stanovištu Evropskog suda za ljudska prava³⁴ ovakva tužba ne bi trebalo da bude vezana za rok jer je u pitanju tužbeni zahtev koji je deklarativne naravi zbog čega nije vezan ni za kakav rok već je pretpostavka za podnošenje ovog zahteva postojanje pravnog interesa za podnošenje takve tužbe pred sudom.

Sporno je i na kome je teret dokazivanja u ovim parnicama? Da li je tužilac taj koji po opštim pravilima (čl. 231. ZPP) treba da dokazuje da je zasnovao radni odnos ili pak teret dokazivanja treba da bude na tuženom poslodavcu da nije zasnovan radni odnos, odnosno da nije u pitanju rad koji s obzirom na prirodu i vrstu rada vodi zasnivanju radnog odnosa. Sudovi se u odlukama ne izjašnjavaju o ovom pitanju, već sami ocenjuju na osnovu priložene dokumentacije, iskaža saslušanih svedoka i parničnih stranaka da li je u konkretnom slučaju došlo do zasnivanja radnog odnosa. Poseban problem predstavlja, kao što je već izloženo, dokazivanje postojanja radnog odnosa kod faktičkog rada, naročito kada tužilac nema nikakav pisani dokaz a ni svedoci mu nisu saveznici.

ZAKLJUČAK

Stabilnost zaposlenja se smatra glavnim elementom zaštite radnika jer na taj način radnik ostvaruje neophodna sredstva za dostojan život. Promene u svetu rada, naročito pojava novih, atipičnih oblika rada omogućila je poslodavcima da na brži način dođu do radne snage, a radnicima da brže dođu do posla. Karakteristika skoro svih oblika ovakvog rada je njihova kratkotrajnost. Međutim, kada se umesto vremenski kratkog radnog angažovanja ono pretvori u dugotrajno, radnici opravdano traže definisanje svog radnopravnog statusa i utvrđenje postojanja radnog odnosa. U cilju zaštite takvih radnika bitno je otkrivanje zloupotrebe prava od strane poslodavca i prikrivenih oblika rada.

Kroz izložene primere može se zaključiti da naši sudovi prepoznaju ovakve situacije i pri donošenju odluka kojima utvrđuju postojanje radnog odnosa sudovi ispituju suštinu pravnog odnosa bez obzira na njegov naziv, a posebno: vreme provedeno na radu (ukupno trajanje svih ugovora); rad i radno mesto na kome je radnik radio (vrsta poslova); stvarne potrebe poslodavca za obavljanjem tih poslova (da li su privremene ili trajne); da li je posao koji je obavljan po svojoj prirodi privremen, povremen ili trajan; da li je u pitanju neprekinut rad na istim poslovima; da li su poslovi sistematizovani; da li je tuženi želeo da izbegne formu puno-

³⁴ Gregurić v Hrvatska, predstavka br. 45611/13, presuda ECHR, 15.3.2018, par. 39.

važnog zasnivanja radnog odnosa; da li je radnik za vreme obavljanja rada primao zaradu, da li je imao pravo na odmor (dnevni, sedmični, godišnji) i odsustva.

Moglo bi se zaključiti da imamo razvijenu i usaglašenu sudsku praksu po pitanju preobražaja radnog odnosa i otkrivanja prikrivenog rada. Čini se da se, bez obzira na pravnu pretpostavku o zasnivanju radnog odnosa, u najgorem položaju nalaze radnici “na crno” zbog pravila o teretu dokazivanja (oni u parnici moraju da dokažu da su radili kod tuženog što je često problem jer nema pisanog ugovora, nalozi za rad su usmeni, a isplata se vrši na ruke). Zbog toga je bitno zakonom propisati da je teret dokazivanja da radni odnos nije zasnovan na poslodavcu.

Zakonom bi trebalo propisati i rok za podnošenje ove tužbe, kao i kriterijume na osnovu kojih bi se nesumnjivo odredio početak (datum) zasnovanog radnog odnosa.

Iako se sudovi u obrazloženju odluka ne koriste Preporukom MOR-a 198 o radnom odnosu, primećuje se da pri utvđivanju postojanja radnog odnosa primenjuju načelo “prvenstva činjenica” i koriste neke od kriterijuma koji su propisani Preporukom ali propuštaju da utvrde postojanje odnosa podređenosti i zavisnosti kao osnovnih elemenata radnog odnosa. Preporuka nije izvor prava ali pomaže u njegovom tumačenju. Zbog toga je bitno da se u ovoj, izuzetno osetljivoj oblasti, sudovi koriste navedenim instrumentom kako bi kroz jasne i šire kriterijume od onih koje sami primenjuju na nesumnjiv način došli do zaključka o (ne)postojanju radnog odnosa u konkretnoj situaciji.

Dr. MIRJANA POPOVIĆ
Adviser at Supreme Court of Cassation
Republic of Serbia

DETERMINATION OF EMPLOYMENT RELATION BY COURT

Summary

As a rule, employment relation is entered into with the employment contract of indefinite duration. Due to rapid changes in the labor market, in particular the flexibilization of employment relations, “bypass” of this rule through employment engagement of different kinds has been noticed. Employees, in their attempt to gain permanent employment, agree to not so favorable conditions of employment with another person. When such work, at the same or similar positions at one (and the same) employer, lasts for several years, the employee, who does not manage to get their request for the employment of indefinite duration granted by the employer, they file a lawsuit for the establishment of employment existence. Whether courts recognize the existence of the employ-

ment, which criteria they apply in such establishment, as well as whether such actions are in accordance with the Employment Relationship Recommendation, are the questions this paper engages in. The analysis of existing judicial practice will show that Serbian courts recognize the afore-described situations and that they contribute to the combat against employer's abuse of rights, illegal and disguised employment.

Key words: entering into employment, employment existence, factual labor, disguised employment

Literatura

Deakin S., Morris G., *Labour Law*, Oxford- Portland, 2005.

Ivošević Z., Ivošević M., *Komentar Zakona o radu, Službeni glasnik RS*, 2014.

Mialon M.-F., *Les pouvoirs de l'employeur*, L.G.D.J. Paris, 1996.

Opie T.A., Bates L., *Canadian Master Labour Guide*, CCH Canadian. Ltd., Ontario, 1996.

Wedderburn K.W., *The worker and The Law*, Penguin Book, London, 1986.

Weiss M., *Labour Law and Industrial Relations in FR Germany*, Kluwer, Deventer, 1984.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 08.10.2020.

Prihvaćen: 20.10.2020.

PREGLEDNI RAD

KRISTINA BALNOŽAN

USKLAĐIVANJE PROFESIONALNIH I PORODIČNIH DUŽNOSTI I PRAVNA SIGURNOST ZAPOSLENIH S PORODIČNIM DUŽNOSTIMA U SRBIJI

Zaposleni s porodičnim dužnostima imaju pravo na rad bez diskriminacije, a kad god je to moguće bez konflikta rada i porodice. Promene na tržištu rada, transformacija porodice i društvene tendencije s početka XXI veka, dovele su do brisanja stroge granice između rada i porodice, neretko, dovodeći do njihovog sukoba. Sukob najznačajnijih sfera života zaposlenih vodi u neostvarivanje punog kvaliteta njihovog porodičnog života i neproduktivnost. Odsustvo odgovarajuće radnopravne regulative i socijalnopolitičkih ciljeva koje bi trebalo da prate promene u "svetu života" vode u pravnu nesigurnost ove kategorije zaposlenih. U radu se, najpre, ukazuje na pojam zaposlenog s porodičnim dužnostima, nejedinstveno definisanog u međunarodnim radnim standardima. U nastavku, razmatra se priroda pitanja usklađivanja profesionalnih i porodičnih dužnosti i prikazuje njegov razvoj u standardima međunarodnih organizacija. Cilj rada je da se proverí, da li je nacionalni sistem odgovorio na promenjene društvene zahteve koje uzrokuju sukob ovih sfera, tj. da li je i na koji način ova ideja inkorporisana u nacionalno pravo i da li su obezbeđeni mehanizmi postizanja pravne sigurnosti zaposlenih s porodičnim dužnostima u svetlu standarda međunarodnog radnog prava.

Ključne reči: zaposleni s porodičnim dužnostima, profesionalne dužnosti, sukob, usklađivanje profesionalnog i porodičnog života, pravna sigurnost

Kristina Balnožan, student doktorskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, podmodul radno i socijano pravo, polaznik početne obuke Pravosudne akademije Republike Srbije, e-mail: kristinabalnozan@yahoo.com.

U V O D

Porodica i rad, tradicionalno su posmatrani kao dve odvojene sfere koje služe različitim socijalnim funkcijama i zadovoljavanju različitih potreba pojedinca. U poslednjim decenijama došlo je do promena na tržištu rada i snažnijeg uključivanja žena u radni odnos (naročito nakon II svetskog rata), ali i do promena u obrascima tradicionalnog porodičnog života,¹ novih društvenih tendencija, starenja stanovništva, sve većeg broja najstarijih kojima je potrebna pomoć i nega drugih lica, opadanja stope fertiliteta i lošijeg položaja mladih koji usled ekonomske krize imaju poteškoće da pronađu stalno i stabilno zaposlenje.²

Društvene odnose u "svetu života" treba da prate evolucije i promene pravnih institucija i pravnih regula.³ Pravna sigurnost ne može delovati van drugih društvenih instituta i zahteva, već je ona upravo inkorporirana u društveni organizam.⁴ Promene na tržištu rada i unutar porodice, ali i aktuelne društvene tendencije u "svetu života" dovele su do brisanja stroge granice između porodice i rada, neretko, dovodeći i do njihovog sukoba. Novi društveni zahtevi postavili su pred radno pravo pitanje promena pravnih instituta i regula. Pitanje je da li radno pravo prati ekonomske i socijalne promene u društvu, uključujući i ove koje se odnose na rešavanje sukoba između rada i porodice.⁵ Usklađivanje profesionalnih i porodičnih dužnosti nije isključivo problem radnog prava, ali ulogu radnog prava u tome, iako ograničenu, ne treba podceniti.⁶ Postizanje usklađenih profesionalnih i porodičnih obaveza, danas, jedan je od najvažnijih ciljeva međunarodnih organizacija, socijalnih politika savremene države i uslov postojanja zadovoljnih

¹ U savremenom društvu izmenjen je sadržaj braka (od institucije ka labavom partnerstvu) i sadržaj porodice (pomeranje težišta sa roditeljstva na partnerstvo), a rezultat toga je diverzifikacija životnih stilova (partnerskih i porodičnih). V. više: Dragana Vilić, "Porodica u kontekstu savremenih društvenih promjena", *Sociološki diskurs*, Tom I, br. 2, Banja Luka, 2011, 41. Da se za razliku od drugih sfera društvenog života, posebno ekonomske sfere, u slučaju porodičnih oblika života, čak ni u daljoj predvidljivoj budućnosti, ne mogu očekivati neke značajnije unifikacije porodičnog života istaknuto je i na Kopaoničkoj školi prirodnog prava 2010. godine. Navedeno prema Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd, 2018, 838.

² Barbara Kresal, "Reconciliation of work and family life – the role of labour law in the changing economic and social conditions", *Labour law and labour relations in the face of economic and social Change*, X congreso europeo de derecho del trabajo y de la seguridad social, Asociación española de derecho del trabajo y de la seguridad social, Sevilla, 2011, 1.

³ S. Perović, op. cit., 982.

⁴ *Ibidem*.

⁵ B. Kresal, op. cit., 2.

⁶ *Ibidem*.

članova društva.⁷ U radu se, stoga, najpre, rasvetljava pojam zaposlenog s porodičnim dužnostima, kao kategorije zaposlenih suočene sa sukobom sfere rada i porodice, priroda, sadržina, ali i integracija ideje usklađivanja profesionalnog i porodičnog života u međunarodne radne standarde, s ciljem provere, da li su i na koji način nacionalno radno pravo, odnosno socijalna politika države, obezbedili odgovor na promenjene društvene zahteve, a time i pravnu sigurnost zaposlenih s porodičnim dužnostima kod nas.

ZAPOSLENI S PORODIČNIM DUŽNOSTIMA KAO LICA U RIZIKU OD SUKOBA PROFESIONALNIH I PORODIČNIH DUŽNOSTI

Osnovu definisanja zaposlenog s porodičnim dužnostima daju međunarodni radnopravni standardi,⁸ dok jedinstvene definicije ove kategorije u nacionalnim pravima po pravilu nema. Konvencija Međunarodne organizacije rada br. 156 o zaposlenima s porodičnim dužnostima⁹ i Revidirana Evropska socijalna povelja¹⁰ po uzoru na nju, na sličan način određuju ovu kategoriju. Zaposleni s porodičnim dužnostima, u smislu ovih međunarodnih instrumenata su zaposleni oba pola, bez obzira na privrednu delatnost i kategoriju, koji imaju porodične obaveze koje im ograničavaju mogućnost da se pripreme za ekonomsku aktivnost, uključe u nju i da napreduju u karijeri. Porodične obaveze zaposlenih su obaveze prema izdržavanoj deci, ali i prema drugim članovima uže porodice kojima je potrebna njihova nega i pomoć. Sadržina pokrivenog porodičnog odnosa, tj. "pojam

⁷ Ljubinka Kovačević, Uroš Novaković, "Mirno rešavanje sporova povodom diskriminacije zaposlenih na osnovu porodičnih dužnosti", *Pravo i privreda*, br. 7-9, Tom LVI, Beograd, 2018, 432.

⁸ Pravo Evropske Unije prepoznaje, takođe, da su zaposleni s porodičnim dužnostima i žene i muškarci u radnom odnosu, a koji imaju porodične dužnosti nege u vezi rođenja, usvojenja ili brige o detetu, ali i oni koji imaju dužnosti pomoći i nege u slučaju teške bolesti ili funkcionalne zavisnosti sinova, kćeri, majki, očeva, supružnika ili partnera u civilnom partnerstvu, ako su takva partnerstva predviđena nacionalnim pravom. V. EU Direktivu 2019/1158 Evropskog parlamenta i Saveta od 20. juna 2019. godine o ravnoteži poslovnog i privatnog života roditelja i staratelja i stavljanju van snage Direktive 2010/18, *Službeni list Evropske Unije*, br. L 188/79, čl. 3 (eng. EU Directive 2019/1158 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU, *Official Journal of the European Union*, L 188/79, ar. 3. (u daljem tekstu: EU Direktiva 2019/1158). U aktima Organizacije ujedinjenih nacija, prema dostupnoj literaturi, nema definicije razmatrane kategorije.

⁹ Zakon o ratifikaciji Konvencije Međunarodne organizacije rada br. 156 o jednakim mogućnostima i tretmanu za radnike s porodičnim dužnostima, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/1987, čl. 1 (u daljem tekstu: Konvencija MOR-a 156).

¹⁰ Zakon o potvrđivanju Revidirane evropske socijalne povelje, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 42/2009, deo II, čl. 27 (u daljem tekstu: RESP).

izdržavanog deteta” i “drugih članova uže porodice kojima je nesumnjivo potrebna nega i pomoć” nije definisana ovim standardima, već je to prepušteno nacionalnim državama. Prema tome, zaposleni sa porodičnim dužnostima,¹¹ kao lica u riziku od sukoba profesionalnih i porodičnih dužnosti su zaposleni s obavezama prema deci, ali i zaposleni negovatelji s obavezama prema drugim članovima porodice kojima je potrebna njihova podrška (često supružnici, stari i bolesni roditelji i dr.) na način definisan nacionalnim zakonodavstvom svake države. Sva lica koja imaju porodične obaveze, a koja su zaposlena ili žele da se zaposle, u smislu Konvencije MOR-a br. 156 i RESP-a, imaju na to pravo bez diskriminacije i, koliko god je to moguće, bez sukoba između zaposlenja i porodičnih odgovornosti.

USKLAĐIVANJE PROFESIONALNIH I PORODIČNIH DUŽNOSTI – SOCIJALNOPOLITIČKI CILJ ILI PRAVO ZAPOSLENIH S PORODIČNIM DUŽNOSTIMA

Pravna nauka na usklađivanje profesionalnog i porodičnog života gleda kao na pravo zaposlenih s porodičnim dužnostima naspram koje stoje obaveze poslodavca. U početnoj fazi, usklađivanje porodičnog i profesionalnog života zaposlenog imalo je za cilj obezbeđivanje jednakog učešća muškaraca i žena na tržištu tada, dok danas ono podrazumeva pravo zaposlenog na poštovanje porodičnog života, u svetlu priznavanja prava na porodično odsustvo i odsustvo s rada radi nege deteta ili odraslog nemoćnog člana porodice, uvođenja fleksibilnih oblika uslova rada i ostvarivanja različitih socijalnih prestacija.¹² Naspram prava zaposlenih, poslodavci imaju obavezu da poštuju porodični život zaposlenih (primera

¹¹ Tokom 2018. godine, svaka treća osoba u Evropi (EU-28) uzrasta 18–64 godine života imala je određene porodične dužnosti (34,4%), većina ih ima obaveze prema deci mlađoj od 15 godina života (28,9%), 4,1% ih se stara o drugim članovima porodice, a 2% lica ima obaveze i prema deci i prema starijima. V. Reconciliation of work and family life – statistics, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Reconciliation_of_work_and_family_life_statistics, 15.07.2020.

¹² Termin usklađivanje profesionalnih i porodičnih dužnosti, koji se u radu upotrebljava, označava vezu između profesionalne i porodične sfere života zaposlenih s porodičnim dužnostima, na način da jedna sfera dominira nad drugom, po pravilu porodična, kako bi zaposleni imali više vremena za porodične dužnosti i postigli pun kvalitet porodičnog života. Termin usklađivanje (eng. *reconciliation*), skovan je po uzoru na standarde MOR-a koji govore o sukobu profesionalnih i porodičnih dužnosti zaposlenih. Ima autora koji koriste i termin uravnotežavanja, ravnoteže (eng. *balancing*) profesionalnih i porodičnih dužnosti, a u smislu podjednakog raspoređivanja vremena zaposlenih na obe sfere njihovog života. V. više: Clare Kelliher, Julia Richardso, Galina Boiarintseva, “All of work? All of life? Reconceptualising work-life balance for the 21st century”, *Human resource management journal*, Tom 29, br. 2, New York, 98.

radi, tako što će im omogućiti korišćenje porodičnog odsustva, odsustva sa rada radi nege deteta, odsustva sa rada nege bolesnih članova porodice) i da ih ne dovede u nepovoljniji položaj zbog njihovih porodičnih dužnosti, dok se usled nepoštovanja ovih obaveza javlja potreba za zaštitom zaposlenih čija su prava povređena.¹³ Usklađivanje profesionalnog i porodičnog života kao pitanje ljudskih prava, ne bi trebalo da bude prepušteno slobodnoj volji poslodavaca, niti da bude zavisno od ekonomskih kriterijuma, trebalo bi da bude regulisano zakonom, tj. radnopravnim zakonodavstvom kao radno pravo zajemčeno zaposlenima s porodičnim dužnostima.¹⁴

U pojedinim uporednopravnim sistemima, na primer slovenačkom, ovo pravo, je kao takvo i zajemčeno zakonom. Za razliku od pravne, socijalnopolitička teorija, na usklađivanje profesionalnog i porodičnog života gleda kao na cilj politike savremene države. U akademskoj literaturi o politikama usklađivanja porodičnih i profesionalnih obaveza, opisana su i analizirana različita rešenja o postizanju balansa između roditeljskih i poslovnih uloga. Najšire posmatrano, ove politike se mogu podeliti na politike koje su usmerene ka regulisanju odnosa na tržištu rada i koje stimulišu zapošljavanje roditelja i na one koje garantuju finansijsku podršku porodicama i plaćanje određenih usluga.¹⁵ Društvene promene, navele su pojedine autore, da na nemogućnost usklađivanja profesionalnih i porodičnih dužnosti gledaju kao na tzv. socijalni rizik "novije" generacije,¹⁶ dok bi usklađivanje profesionalnih i porodičnih dužnosti, tada bilo shvaćeno kao socijalno pravo zaposlenih.

Bez obzira da li je pravo zaposlenih, odnosno obaveza poslodavca, ili pak cilj socijalne politike države, efektivno ostvarena ravnoteža profesionalnih i porodičnih dužnosti uslov je postojanja zadovoljnih i produktivnih zaposlenih.¹⁷ Prema tome, da se zaključiti da efektivno ostvarivanje usklađivanja profesionalnih i porodičnih dužnosti, zapravo, zahteva interdisciplinarni pristup. Samo odgovor

¹³ Lj. Kovačević, U. Novakovič, op. cit., 431.

¹⁴ B. Kresal, op. cit., 1.

¹⁵ Jelena Tanasijević, *Politike usklađivanja porodičnih i profesionalnih obaveza u Srbiji*, doktorska disertacija (neobjavljena), Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 12.

¹⁶ Giuliano Bonoli, "Time matters postindustrialization, new social risks and welfare state adaptation in advanced industrial democracies", *Comparative Political Studies*, Tom XL, br. 5, New York, 2007, 1.

¹⁷ Danska ima najbolje usklađene profesionalne i porodične dužnosti zaposlenih, samo oko 2% zaposlenih u ovoj državi radi prekovremeno, što nije mnogo u poređenju sa zemljama OECD-a u kojima oko 16% zaposlenih radi prekovremeno. V. www.weforum.org/agenda/2017/03/denmark-best-work-life-balance-oecd/, 20.07.2020.

prava na promenjene društvene zahteve na tržištu rada i unutar porodice, ali i socijalne politike države, može voditi lakšem postizanju ravnoteže sfera rada i porodice i većoj pravnoj sigurnosti zaposlenih.

RAZVOJ I INTEGRACIJA PITANJA USKLAĐIVANJA PROFESIONALNIH I PORODIČNIH DUŽNOSTI U MEĐUNARODNE STANDARDE

Akti Organizacije ujedinjenih nacija

Organizacija ujedinjenih nacija i brojna tela organizacije posvećena su usvajanju međunarodnih standarda koji promovišu ravnopravnost polova na mestu rada i ostvarivanje usklađenih profesionalnih i porodičnih dužnosti. Još je krajem sedamdesetih godina, Konvencija UN o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena prepoznala da su briga i razvoj deteta zajednička obaveza roditelja, a države članice pozvala da preduzmu mere kako bi olakšale usklađivanje profesionalnih i porodičnih dužnosti roditelja, i muškaraca i žena.¹⁸ Konvencija je prvi međunarodni instrument koji je prava žena, prepoznao kao ljudska prava, a u preambuli konvencije istaknuto je da se puna ravnopravnost muškaraca i žena može postići jedino ako se obezbedi promena u tradicionalnom shvatanju uloga žena i muškaraca. Uprkos tome, pravo na usklađivanje profesionalnih i porodičnih obaveza, još se u tada postojećim društvenim odnosima, shvata se kao mehanizam poboljšanja položaja roditelja oba pola. Nekoliko decenija kasnije, na zajedničku odgovornost oba roditelja u podizanju i razvoju deteta, a samim tim i bolju ravnotežu rada i porodice, pozvala je i Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima deteta.¹⁹

Takođe, i Pekinška deklaracija i Platforma za akciju, uvrstila je harmonizaciju profesionalnih i porodičnih dužnosti na listu strateških ciljeva kojima se postiže ravnopravnost polova.²⁰ Opšti akti organizacije, iako porodicu vide kao osnovnu ćeliju društva, eksplicitno nisu zajemčili pravo na usklađivanje profesionalnog i porodičnog života. Međutim, zahvaljujući praksi brojnih tela organizacije, odredbe opštih akata organizacije tumače se na način koji vodi većoj ravnote-

¹⁸ Zakon o ratifikaciji Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 11, 1981, čl. 11, st. 2, tač c (u daljem tekstu: Konvencija UN o eliminisanju diskriminacije žena).

¹⁹ Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 15/1990, 4/1996 i 2/1997, čl. 18.

²⁰ Pekinška deklaracija i Platforma za akciju, http://www.ejednakost.org.rs/kurs/kurs/pekisn-ka_deklaracija.pdf, 07.08.2020.

ži između rada i porodice. U aktuelnim društvenim odnosima usklađivanje ovih socijalnih sfera zaposlenih smatra se kao jedan od "vitalnih" ciljeva organizacije.²¹

Standardi Saveta Evrope

Nalik Organizaciji ujedinjenih nacija, pitanje usklađivanja profesionalnog i porodičnog života razvijalo se i pod okriljem Saveta Evrope. U smislu RESP-a, akta organizacije usvojenog 1996. godine kojim je izvršena revizija Socijalne povelje iz 1966. godine, sva lica koja imaju porodične obaveze, a koja su zaposlena ili žele da se zaposle, imaju na to pravo bez diskriminacije i, koliko god je to moguće, bez sukoba između zaposlenja i porodičnih odgovornosti.²² U kreiranju zaštite osetljivih grupa od važnosti su i preporuke, rezolucije i deklaracije Saveta Evrope koje nemaju pravnoobavezujući karakter, mada je njihov uticaj na zakonodavstvo država članica nesumnjivo prisutan.²³ Za potrebe ovog rada, najznačajnijom se pokazuje Preporuka Komiteta ministara iz 1996. godine, kojom su države pozvane da preduzmu različite mere u svetlu postizanja ravnoteže profesionalnog i porodičnog života. Iako su mere prevashodno odnose na tržište rada, Komitet, prepoznaje da ove mere same po sebi neće dovesti do pomirenja profesionalne i porodične sfere.

Od država se očekuje da preduzmu napore, kako bi u svim sferama života promovisale promenjenu ulogu muškarca i žene, kako na mestu rada, tako i van mesta rada u pogledu poslova kod kuće. Prioritetni ciljevi, prema slovu preporuke, a u cilju promocije usklađivanja profesionalnog i porodičnog života odnose se na organizaciju radnog vremena, sprečavanje diskriminacije žena i muškaraca na tržištu rada, razvijanje različitih društvenih službi u cilju podrške porodici i dr.²⁴ Delotvorno ostvarivanje prava na jednakost zaposlenih s porodičnim dužnostima, u smislu RESP-a, podrazumeva i mehanizme za očuvanje zaposlenja ove kategorije, pravo da se vrate na rad nakon odsustva s rada usled porodičnih dužnosti, unapređivanje dečije zaštite, uzimanje u obzir njihovih potreba prilikom zasnivanja radnog odnosa, obezbeđivanje da porodične odgovornosti ne smeju

²¹ Work life issues, <https://www.un.org/womenwatch/uncoordinated/worklife.html>, 20.09.2020.

²² RESP, op. cit., deo II, čl. 27.

²³ Jelena Arsić, Mario Reljanović, Aleksandra Petrović, *Zaštita samohranih roditelja u Srbiji – Analiza pravnog okvira i preporuke*, Fondacija Ana i Vlade Divac, Beograd, 2015, 33.

²⁴ Preporuka Komiteta ministara br. (96) 5 o usklađivanju profesionalnog i porodičnog života, čl. 5 (eng. Recommendation No. R (96) 5 of the Committee of Ministers to Member States on Reconciling Work and Family Life, ar. 5), <https://rm.coe.int//CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000>, 20.07.2020.

biti valjan razlog prestanka radnog odnosa, pravo na odsustvo s rada radi staranja o detetu. Mada jednakost zaposlenih s porodičnim dužnostima doprinosi i uravnotežavanju profesionalnih i porodičnih dužnosti, ove odredbe RESP nisu obuhvaćene ratifikacionim aktom naše države.²⁵

Standardi Međunarodne organizacije rada

Napori Međunarodne organizacije rada usmereni na rešavanje sukoba rada i porodice vidljivi su još 1919. godine kada je usvojena Konvencija MOR br. 3 o zaštiti materinstva.²⁶ Nekoliko decenija kasnije, 1965. godine, organizacija je donela Preporuku br. 123 o zapošljavanju žena sa porodičnim dužnostima, kojom su dalje realizovani napori organizacije na usklađivanju profesionalnih i porodičnih dužnosti žena. Usled snažnijeg uključivanja žena na tržište rada i stvaranja tzv. "modela dvostrukog hranioca porodice", odnosno agažovanja žena i van porodice, na mestu rada, javila se potreba za većim prepoznavanjem uloge muškaraca u porodici i pokazalo se da garantije postavljene preporukom iz šezdesetih godina u izmenjenim društvenim okolnostima nisu dovoljne.²⁷ Promenjeni društveni zahtevi doveli su do usvajanja Konvencije MOR-a br. 156 i preporuke kojom su precizirane njene odredbe, Preporuke br. 165 o zaposlenima s porodičnim dužnostima.

Sušтина Konvencije počiva na pravu svih lica koja imaju porodične obaveze, a koja su zaposlena ili žele da se zaposle, na rad bez diskriminacije i, koliko god je to moguće, bez sukoba između zaposlenja i porodičnih odgovornosti,²⁸ a što je

²⁵ Mada je Srbija ratifikovala Konvenciju MOR-a br. 156 i premda je u dobroj meri Zakon o radu bliže uredio prava zaposlenih sa porodičnim obavezama, kako u pogledu jednakosti mogućnosti i tretmana zaposlenih sa porodičnim obavezama i drugih zaposlenih, tako i u pogledu obezbeđivanja da porodične obaveze ne mogu da predstavljaju valjan razlog prestanka radnog odnosa, verovatno je razlog za neratifikaciju čl. 27. RESP-a i obaveza države da "razvije ili da unapredi usluge, javne ili privatne, posebno u domenu čuvanja dece ili drugih oblika dečje zaštite". Usled tendencije promena tradicionalne porodice (veći broj samohranih roditelja; starenje stanovništva), i pored donošenja Zakona o socijalnoj zaštiti i obezbeđivanju socijalne sigurnosti građana (1991, 2005) procenjeno je da još uvek nije moguće ispunjenje u celosti obaveza u domenu čuvanja dece ili drugih oblika dečje zaštite, što je u vezi sa finansijskim mogućnostima države. Navedeno prema: Branko Lubarda, *Revidirana evropska socijalna povelja – obaveze država i uloga socijalnih partnera nakon ratifikacije*, Socijalno-ekonomski savet, Beograd, 2006, 34.

²⁶ Catherine Hein, *Reconciling work and family responsibilities: Practical ideas from global experience*, ILO, Geneva, 2005, 2.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

po uzoru na standarde ove organizacije implementirano i u RESP. Nakon osamdesetih godina i usvajanja Konvencije br. 156, napori ove tripartitne organizacije na postizanju usklađivanja profesionalnih i porodičnih dužnosti i jednakosti ove kategorije zaposlenih, postali su stalni.²⁹ U bližoj prošlosti, na Međunarodnoj konferenciji rada 2009. godine, istaknuto je da je ravnopravnost polova u središtu dostojanstvenog rada, dok je 2011. godine, u okviru Zaključaka sa rasprave o socijalnoj zaštiti (socijalnom osiguranju) organizacija pozvala države da rade na unapređenju ravnoteže rada i porodice kako žena, tako i muškaraca, zaštititi materinstva i unapređivanju socijalnih usluga za članove porodice o kojima se zaposleni s porodičnim dužnostima staraju.

Pravo Evropske unije

Na nivou Evropske Unije pitanje usklađivanja profesionalnih i porodičnih dužnosti istaknuto je još sedamdesetih godina. Davne, 1974. godine, Program socijalnog delovanja, pozvao je države članice da preduzmu mere u svrhu postizanja jednakosti između muškaraca i žena na tržištu rada, a kako bi se obezbedilo pomirenje njihovih profesionalnih i porodičnih dužnosti. Program socijalnog delovanja, nije samo ukazao na značaj pitanja usklađivanja profesionalnog i porodičnog života u Evropi, već je postakao i kreiranje i razvoj novih mehanizama koji se ovim pitanjem bave.³⁰ Desetak godina kasnije, 1989. godine, u Povelji zajednice o osnovnim pravima radnika prepoznato je da treba preduzeti mere radi obezbeđivanja i muškarcima i ženama da usklade profesionalne i porodične dužnosti. Kasnije je ova ideja dalje razvijana i u Povelji Evropske unije o osnovnim pravima 2000. godine. Snažan doprinos razvoju ideje u Evropi, dalo je intenzivno sekundarno evropsko zakonodavstvo koje se odnosi na zaštitu trudnica, porodilja, doilja, radno vreme, roditeljsko odsustvo i dr. Najveći doprinos usklađivanju profesionalnih i porodičnih dužnosti u Evropi, nepsorno, dalo je usvajanje Direktive EU 2019/1158 o ranoteži poslovnog i privatnog života roditelja i staralaca.

Naime, opšti cilj ove direktive je osiguranje sprovođenja načela ravnopravnosti žena i muškaraca s obzirom na njihove mogućnosti na tržištu rada. Očekuje se, da će se Direktivom prilagoditi i modernizovati pravni okvir EU-a, čime će se roditeljima i negovateljima olakšati usklađivanje poslovnih i porodičnih obaveza. Posebni cilj direktive, leži i u poboljšanju pristupa mogućnostima ravnoteže po-

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ Eugenia Caracciolo, "The family-friendly workplace: the EC position", *The international journal of comparative labour law and industrial relations*, Tom XVII, br. 3, Alphen aan den Rijn, 2001, 327.

slovnog i privatnog života.³¹ Ovim aktom predviđa se, između ostalog i uvođenje pojedinačnog prava na 10 radnih dana odsustva s rada uz naknadu zarade minimalno u visini naknade zarade za vreme bolovanja (očinsko odsustvo), uvođenje pojedinačnog prava na 5 dana godišnje uz naknadu zarade u istom iznosu (odsustvo za negovatelje), fleksibilizacija u korišćenju roditeljskog odsustva, ali i pravo roditelja dece mlađe od 12 godina i negovatelja da tokom utvrđenog perioda zahteva fleksibilne radno vreme, radni raspored ili mesto rada, pri čemu poslodavac nije dužan odobriti ovakav zahtev, pod uslovima predviđenim direktivom.

USKLAĐIVANJE PROFESIONALNIH I PORODIČNIH DUŽNOSTI I PRAVNA SIGURNOST ZAPOSLENIH U REPUBLICI SRBIJI

Promene na tržištu rada, snažnije uključivanje žene u radni odnos, duže ostajanje zaposlenih u radnom odnosu, transformacija nuklearne porodice i diverzifikacija porodičnih oblika, ali i produženje ljudskog veka i starenje stanovništva doveli su do brisanja stroge granice između rada i porodice zaposlenih i u našoj državi. Zaposleni s porodičnim dužnostima u postojećim društvenim odnosima u Srbiji, danas, u većem su riziku od sukoba profesionalnih i porodičnih dužnosti.³² Nacionalni propisi ne daju eksplicitnu definiciju zaposlenog s porodičnim dužnostima, niti njihovu klasifikaciju, ali se do pojma ove kategorije, a po zahtevu međunarodnih standarda koji su definisanje onih prema kojima zaposleni porodične dužnosti vrše, može doći sistematskim tumačenjem pozitivnih propisa u duhu prihvaćenih moralnih vrednosti u društvu.

Naime, zaposleni, kao članovi porodice, imaju porodičnopravnu dužnost zakonskog izdržavanja maloletnog, te punoletnog deteta na školovanju, a radno-nesposobnog deteta bez obzira na uzrast. Dužnost zakonskog izdržavanja imaju i u odnosu na roditelje, adoptivne srodnike, supružnika, vanbarčnog partnera i druge članove porodice u skladu sa Porodičnim zakonom,³³ dok se osnov pomoći i nege bolesnih članova porodice vezuje sa moralna shvatanja i porodičnu solidar-

³¹ EU Direktiva 2019/1158, 2.

³² Nemogućnost usklađivanja posla sa porodičnim obavezama glavni je razlog neaktivnosti žena kod nas. Među neaktivnim ženama starosti 20–64 godine polovina njih (51,6%) ne traži posao zbog porodičnih obaveza i brige o drugima, dok je takvih među neaktivnim muškarcima svega petina (20,6%). Navedeno prema: Sarita Bradaš, Mario Reljanović, *Indikatori dostojanstvenog rada u Srbiji analiza normativnog okvira i prakse*, Fondacija Fridrih Ebert | Kancelarija Beograd, Beograd, 2019, 5.

³³ Porodični zakon, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015, čl. 8 u vezi čl. 28, čl. 68 st. 2 i 151–159

nost. Svako ima pravo na rad u skladu sa zakonom. Zajemčeno je pravo na slobodan izbor zanimanja, a svima su pod jednakim uslovima dostupna sva radna mesta u smislu najvišeg pravnog akta u državi.³⁴

Međutim, za razliku od međunarodnih standarda, Konvencije MOR-a br. 156 i regionalnih standarda, RESP-a, ali i pojedinih uporednopravnih sistema, poput slovenačkog, koji pravo na rad zaposlenima jemče bez diskriminacije, ali i bez rizika od konflikta rada i porodice kad god je to moguće, odnosno zakonom jemče pravo na usklađen profesionalni i porodični život, takvih eksplicitnih garantija od rizika sukoba profesionalnih i porodičnih nema u pozitivnopravnim regulama.

Usklađivanje profesionalnih i porodičnih dužnosti, posmatrano kao cilj socijalne politike, jedan je od glavnih ciljeva socijalnih politika svih savremenih država, pa i Srbije. Aktuelne okolnosti u Srbiji ukazuju na to da je situacija na planu usklađivanja politika porodičnih i profesionalnih obaveza veoma složena.³⁵ Različite strategije takođe prepoznaju značaj i imaju za cilj usklađivanje rada i roditeljstva. Tako, Nacionalna strategija za unapređenje položaja žena i rodnu ravnopravnost usvojena je 2009. godine, kao i Akcioni plan za sprovođenje strategije, predstavljaju dokument koji ima važnu ulogu u procesu unapređenja politike koja se vodi na državnom nivou i koja obezbeđuje integrisanje principa rodne ravnopravnosti i poboljšanja položaja žena.³⁶ U pogledu usklađivanja rada i roditeljstva u sferi rada, značajna je i Strategija podsticanja rađanja kojom su predviđene sledeće mere: podsticanje zapošljavanja mladih nezaposlenih roditelja; pojačana kontrola poslodavaca od strane inspekcije rada, u cilju smanjenja diskriminacije žena prema bračnom i porodičnom statusu, kao i oštro sankcionisanje prekršilaca zakona; promovisanje mera usklađivanja rada i roditeljstva među poslodavcima i dr.³⁷ Dakle, važeće politike u Srbiji usmerene su u pravcu usklađivanja profesionalnih i porodičnih obaveza.³⁸

Usklađivanje porodičnog i profesionalnog života zaposlenog, posmatrano kao pravo zaposlenih, kako se ono ranije shvatalo – pravo na obezbeđivanje jednakog učešća muškaraca i žena na tržištu rada u Srbiji obezbeđeno je zaposlenima s porodičnim dužnostima, samo nominalno. Naime, Zakonom o radu zabra-

³⁴ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006, čl. 60.

³⁵ J. Tanasijević, op. cit., 22.

³⁶ *Ibidem*, 30.

³⁷ J. Arsić, op. cit., 30.

³⁸ J. Tanasijević, op. cit., 31.

njena je diskriminacija prilikom zasnivanja radnog odnosa, ostvarivanja prava, obaveza i odgovornosti iz radnog odnosa, ali i prilikom prestanka radnog odnosa, između ostalih nedopuštenih osnova i po osnovu pola, bračnosti, porodičnih dužnosti.³⁹ Međutim, različita istraživanja pokazuju da se i pored uređenog zakonodavnog okvira kojim se predviđa poštovanje rodne ravnopravnosti još uvek u mnogim oblastima društvenog života susrećemo sa primerima koji ukazuju na suprotno.⁴⁰

Usklađivanje porodičnog i profesionalnog života zaposlenog, posmatrano kao pravo zaposlenih, kako se danas shvata, na poštovanje porodičnog života, u svetlu priznavanja pravo na porodijsko odsustvo, odsustvo s rada radi nege deteta ili odraslog nemoćnog člana porodice, uvođenja fleksibilnih oblika uslova rada i ostvarivanja različitih socijalnih prestacija, ostvareno je samo delom. Naime, u smislu Zakona o radu zaposlena ima pravo na porodijsko odsustvo, zaposleni imaju pravo na odsustvo s rada radi nege deteta, ali nema posebnih garantija koja bi zaposlenima obezbedila pravo na odsustva s rada radi nege odraslih nemoćnih članova porodice, dok fleksibilizacija mesta i vremena rada, ostaje samo delom iskorišćena. U našoj praksi, naime, može se identifikovati nedovoljna iskorišćenost pojedinih instituta radnog prava, kao što su rad sa nepunim radnim vremenom, fleksibilno ili klizno radno vreme, kao i sve popularniji rad od kuće.⁴¹ Takvo stanje ne pogoduje situaciji u kojoj se često nalaze i zaposleni s porodičnim dužnostima, a koja se vezuje za nemogućnost usklađivanja porodičnih i radnih obaveza, što ima negativan uticaj i na produktivnost i zdravlje zaposlenog, ali se odražava i na kvalitet vremena porodičnog života zaposlenih.

Ukoliko se nacionalni sistem, u svetlu promenjenih društvenih zahteva, posmatra, spram garantija evropskog sekundarnog zakonodavstva i usklađivanja profesionalnih i porodičnih dužnosti na nivou Evropskih zajednica, a kojima država teži da pristupi, u ovom trenutku postojeće garantije čine se nedovoljnim. Naime, direktiva posvećena ravnoteži poslovnog i privatnog života, predviđa između ostalog, i oćinsko odsustvo, veću fleksibilizaciju roditeljskog odsustva, odsustvo s rada za staratelje, veću fleksibilizaciju mesta i vremena rada, ali i pravo roditelja i staratelja da zahtevaju fleksibilne uslove rada koje poslodavac u skladu sa uslovima predviđenim direktivom može odbiti, u ovom trenutku nepozna-

³⁹ Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 4/2005, 54/2009, 32/2013, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje, čl. 18.

⁴⁰ J. Tanasijević, op. cit., 117.

⁴¹ J. Arsić, op. cit., 3.

tih nacionalnom pravnom sistemu, a za koje se predviđa da će doprineti boljem usklađivanju profesionalnih i porodičnih dužnosti svih zaposlenih, bilo s obavezama prema deci, bilo s obavezama prema drugim članovima porodice.

ZAKLJUČAK

Pravna sigurnost ne može delovati izvan drugih društvenih instituta i imperativa, već je ona upravo inkorporisana u društveni organizam i čini organsku celinu sa ekonomskom i socijalnom sigurnošću odgovarajuće zajednice.⁴² Evolucije i promene pravnih institucija i pravnih regula su nužne jer one treba da prate društvene odnose u “svetu života”.⁴³ Imajući u vidu da je i u Srbiji u postojećim društveno – ekonomskim uslovima, a usled promena na tržištu rada, transformacije porodice i aktuelnih društvenih tendencija došlo do brisanja stroge granice između sfere rada i porodice, jasno proističe da su ove promene u “svetu života”, takve da dovode do rizika sukoba profesionalnih i porodičnih dužnosti zaposlenih.

Promene u “svetu života”, jesu delom praćene i evolucijom radnopranog zakonodavstva, imajući u vidu da je država ratifikovala Konvenciju MOR-a br. 156, a ustrojene između ostalog i na usklađivanje profesionalnih i porodičnih dužnosti, te imajući u vidu da je usklađivanje ovih sfera jedan od ciljeva socijalne politike države, kao i da zakonska rešenja prepoznaju fleksibilizaciju mesta i vremena rada, zabranjuju diskriminaciju po osnovu pola, bračnosti i porodičnih dužnosti i dr. Međutim, veća pravna sigurnost zaposlenih s porodičnim dužnostima, zahteva veću efektivnost u primeni zajemčenih prava, jer “pravna sigurnost nikada nije sama sebi cilj, već služi ostvarenju cilja prava”,⁴⁴ tj. njegovoj primeni. S obzirom na to da je tekovinom evropskog zakonodavstva uveden niz mehanizama koji pogoduju usklađivanju profesionalnih i porodičnih dužnosti zaposlenih u Evropi, a da je cilj države priključenje Evropskim zajednicama, poželjna je evolucija radnopravnih instituta po uzoru na evropsko sekundarno zakonodavstvo, ali i prihvatanje obaveza iz RESP u celosti koje se odnose na jednakost zaposlenih s porodičnim dužnostima. Na ovaj način odgovorilo bi se na promenjene društvene zahteve, obezbedio bi se bolji kvalitet porodičnog života i veća pravna sigurnost zaposlenih s porodičnim dužnostima.

⁴² S. Perović, op. cit, 1057.

⁴³ *Ibidem*, 982.

⁴⁴ *Ibidem*, 1057.

KRISTINA BALNOŽAN

Ph.D. candidate, Faculty of Law, University of Belgrade

Attendant of the initial training Judicial Academy

of the Republic of Serbia

RECONCILING PROFESSIONAL AND FAMILY RESPONSIBILITIES AND LEGAL CERTAINTY OF EMPLOYEES WITH FAMILY RESPONSIBILITIES IN SERBIA

Summary

Employees with family responsibilities have the right to work without being subject to discrimination and, to the extent possible, without conflict between their employment and family responsibilities. Changes in the labor market, the transformation of the family and new social tendencies from the beginning of the XXI century, have led to the erasure of the strict boundary between work and the family, and often leads to their conflict. The conflict of the most important spheres of life of employees lead to failure to achieve the full quality of their family life and unproductiveness. The absence of appropriate labour law regulations and socio – political goals that should accompany changes in the “world of life” leads to legal uncertainty for this category of employees. The paper, first of all, points out the concept of an employee with family responsibilities which is not uniquely defined in international labour law standards. In the following, the nature of the issue of reconciliation of professional and family responsibilities is considered, as well as the development of this idea in international labour law standards. The aim of this paper is to check whether the national system has responded to the changed social demands that cause the conflict of these spheres, and in which way this idea has been incorporated into national law and whether mechanisms have been provided to achieve legal certainty for employees with family responsibilities in the light of the international labor law standards.

Key words: employees with family responsibilities, work responsibilities, conflict, reconciling work and family responsibilities, legal certainty

Literatura

Arsić J., Reljanović M., Petrović A., *Zaštita samohranih roditelja u Srbiji – Analiza pravnog okvira i preporuke*, Fondacija Ana i Vlade Divac, Beograd, 2015.

Bonoli G., “Time matters postindustrialization, new social risks and welfare state adaptation in advanced industrial democracies”, *Comparative Political Studies*, Tom XL, br. 5, New York, 2007.

Bradaš S., Reljanović M., *Indikatori dostojanstvenog rada u Srbiji analiza normativnog okvira i prakse*, Fondacija Fridrih Ebert | Kancelarija Beograd, Beograd, 2019.

Vilić D., “Porodica u kontekstu savremenih društvenih promjena”, *Sociološki diskurs*, Tom I, br. 2, Banja Luka, 2011.

- Caracciolo E., "The family-friendly workplace: the EC position", *The international journal of comparative labour law and industrial relations*, Tom XVII, br 3, Alphen aan den Rijn, 2001.
- Kelliher C., Richardso J., Boiarintseva G., "All of work?All of life? Reconceptualising work-life balance for the 21st century", *Human resource management journal*, Tom 29, br. 2, New York, 2018.
- Kovačević Lj., Novaković U. "Mirno rešavanje sporova povodom diskriminacije zaposlenih na osnovu porodičnih dužnosti", *Pravo i privreda*, Tom LVI, br. 7–9, Beograd, 2018.
- Kresal B., "Reconciliation of work and family life – the role of labour law in the changing economic and social conditions, Labour law and labour relations in the face of economic and social Change", *X congreso europeo de derecho del trabajo y de la seguridad social, Asociación española de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Sevilla, 2011.
- Lubarda B., *Revidirana evropska socijalna povelja – obaveze država i uloga socijalnih partnera nakon ratifikacije*, Socijalno-ekonomski savet, Beograd, 2006.
- Perović S., *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd, 2018.
- Tanasijević J., *Politike usklađivanja porodičnih i profesionalnih obaveza u Srbiji, doktorska disertacija (neobjavljena)*, Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
- Hein C., *Reconciling work and family responsibilities: Practical ideas from global experience*, ILO, Geneva, 2005.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 23.09.2020.

Prihvaćen: 16.10.2020.

PREGLEDNI RAD

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo

Justice and Law

La Justice et le Droit

UNIFIKACIJA PRAVA I PRAVNA SIGURNOST – II tom *UNIFICATION OF LAW AND LEGAL CERTAINTY – Vol. II*

Druga katedra

Second Department

PRAVO NA SLOBODU

RIGHT TO FREEDOM

1. Krivično-pravna i procesna zaštita ličnosti

Criminal-law and procedural protection of personality

Izazovi i rizici uvođenja video linka u krivični postupak

Challenges and risks of introducing a video link to criminal proceedings

– *Ivana Miljuš*, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu 5

Maloletnički kriminalitet i mere pojačanog nadzora nad maloletnim učiniocima krivičnih dela

Juvenile crime and measures of intense supervision over juvenile offenders

– *prof. dr Zoran Đurđević*, redovni profesor Kriminalističko-policijskog univerziteta, Beograd; *Aleksandra Spasojević*, dipl. psiholog - master, Centar za socijalni rad Valjevo 29

Nelson Mandela pravila (Mandelina pravila) – dalji korak u unifikaciji sistema zaštite lica lišenih slobode

The Nelson Mandela Rules (the Mandela Rules) - a step forward in the unification of the human rights system of the persons deprived of liberty

– *dr Sofija S. Vukićević-Vujičić*, docent Beogradske akademije poslovnih i umetničkih strukovnih studija; *Goran Milojević*, asistent Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad 47

Pravna priroda i osnovne karakteristike koncepta istrage u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine sa komparativnim osvrtom na koncept istrage u Srbiji	
Legal nature and basic characteristics of the investigation concept in the criminal proceedings of Bosnia and Herzegovina with a comparative review of the investigation concept in Serbia	
– <i>dr Sadržaj Karović</i> , vanredni profesor Pravnog fakulteta u Travniku, BiH; <i>dr Filip Mirić</i> , naučni saradnik Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu; <i>Jasmina Krštenić</i> , zamenik javnog tužioca Osnovnog javnog tužilaštva u Lazarevcu	59

2. Sloboda ličnosti

Freedom of Personality

Jednako priznanje pred zakonom lica sa mentalnim i intelektualnim oštećenjima	
Equal recognition of persons with mental and intellectual disabilities before the law	
– <i>prof. dr Olga Cvejić Jančić</i> , Univerzitet u Novom Sadu; <i>dr Melanija Jančić</i> , docent Fakulteta za evropske pravno-političke studije, Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu	75
Pravo na biomedicinski potpomognutu oplodnju kao alternativni način rađanja	
The right to biomedically assisted reproduction as an alternative way of giving birth	
– <i>prof. dr Zoran Ponjavić</i> , Univerzitet u Kragujevcu	97
Pravo na planiranje porodice – kontraceptivna sterilizacija	
Right to family planning – contraceptive sterilization	
– <i>prof. dr Olga Jović Prlainović</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici	117
Promene u savremenom konceptu porodičnog života	
Changes in the contemporary family life concept	
– <i>dr Uroš Novaković</i> , docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	133
Upravljanje i raspolaganje supružnika zajedničkom imovinom i odgovornost za obaveze	
Management and disposal by spouses of joint property and liability for obligations	
– <i>dr Dragan D. Pantić</i> , advokat u Velikom Gradištu	149

Nasilje u porodici kao pandemija iz senke: tamna strana mera za suzbijanje širenja Korona virusa Domestic violence as the shadow pandemic: dark side of the safety measures against Coronavirus – <i>dr Vida Vilić</i> , pomoćnik direktora za pravne poslove, Klinika za stomatologiju Niš	169
Prekid trudnoće: nove tendencije i stari nedostaci Abortion: new tendencies and old flaws – <i>mr Ivana Barač</i> , saradnik u nastavi Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	185
3. Upravno-pravna zaštita slobode <i>Administrative-Law Protection of Freedom</i>	
Odnosi republičkih organa i organa jedinica lokalne samouprave u Srbiji Relations between republic bodies and bodies of local self-government units in Serbia – <i>prof. dr Dobrosav Milovanović</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	205
Delotvornost vanrednih pravnih sredstava u upravnom postupku The effectiveness of extraordinary legal remedies in the administrative procedure – <i>prof. dr Predrag Dimitrijević</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu; <i>dr Dejan Vučetić</i> , vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu	227
Elektronska uprava u funkciji podrške ostvarivanja javnih usluga u slučaju pandemije izazvane Korona virusom E-Government supporting the realization of public services in the event of a pandemic caused by the coronavirus – <i>Nataša Marković</i> , pomoćnik načelnika Uprave za upravne poslove, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije	251
Pet godina primene Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku Five years of the enforcement of the Law on protection of right to trial within reasonable time – <i>dr Vesna Bilbija</i> , viši savetnik u Upravnom sudu Republike Srbije ...	265
	605

Sporovi na tržištu električne energije
Disputes at the electricity market
– *Milan Kovačina*, šef Sektora za pravne poslove u Regulatornoj komisiji za energetiku Republike Srpske 279

Upravno izvršenje rešenja po novom Zakonu o opštem upravnom postupku Republike Srbije
Administrative enforcement of the decision under the new Law on general administrative procedure of the Republic of Serbia
– *Aleksandra Vasiljević*, Državno pravobranilaštvo Republike Srbije, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu 297

Treća katedra
Third Department

PRAVO NA IMOVINU
RIGHT TO PROPERTY

A. Opšta pitanja – kodifikacije

General questions – codification

Unifikacija kao mjera pravne sigurnosti
Unification as measure towards legal certainty
– *prof. dr Branko Morait*, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu, BiH 311

Understanding private law from a procedural perspective
Razumevanje privatnog prava iz procesne perspektive
– *dr Nataša Hadžimanović*, advokat u Four Knights LLC, Ženeva, Švajcarska 323

B. Svojina

Ownership

1.a. Svojina i druga stvarna prava
Ownership and other property rights

Osvrt na rang hipoteke u srpskom pravu
Review of the mortgage rank in Serbian law
– *prof. dr Nina Planojević*, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu 333

Sticanje prava svojine na osnovu pravnog posla Acquisition of property rights based on a legal transaction – <i>prof. dr Duško Medić</i> , sudija Ustavnog suda Republike Srpske i redovni profesor Fakulteta pravnih nauka Panevropskog univerziteta “Apeiron” Banja Luka, Republika Srpska	353
Faktička eksproprijacija i zastarelost De facto expropriation and statute of limitations – <i>Predrag Trifunović</i> , doskorašnji sudija Vrhovnog kasacionog suda Srbije	371
<i>1.b. Svojina i nasleđe</i> <i>Ownership and inheritance</i>	
Javnobeležnički testament Notary’s testament – <i>Gordana Jovanović</i> , javni beležnik Trećeg osnovnog suda u Beogradu	387
C. Ugovor i odgovornost za štetu <i>Contract and Liability for Damage</i>	
The right of withdrawal under EU consumer law Pravo na odustanak od ugovora prema potrošačkom pravu EU – <i>dr Mateja Durović</i> , vanredni profesor, King’s College London, Ujedinjeno Kraljevstvo	411
2. Porezi <i>Taxes</i>	
Iskaz svedoka – dokaz u poreskom postupku Witness statement – evidence in tax procedure – <i>prof. dr Gordana Ilić-Popov</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	427
Poreska procedura u uslovima informaciono-tehnološke modernizacije Tax procedure in the circumstances of IT modernization – <i>prof. dr Marina Dimitrijević</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu	443
	607

3. Privredna društva and Insurance

Commercial Companies

- Primena odredbe člana 2. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji u stečajnom postupku
Application of Article 2 of the Law on amendments to the Law on tax procedure and tax administration in insolvency proceedings
- *Jasminka Obučina*, predsednik Privrednog apelacionog suda u Beogradu 457
- Stavovi i predlozi stečajnih sudija o potrebi izmena Zakona o stečaju
Attitudes and proposals of bankruptcy judges on the need for amendments to the Bankruptcy law
- *dr Branko Radulović*, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu; *Marko Radović*, sudija Privrednog suda u Beogradu 473
- Pravne stranputice kod prodaje dužnika u stečaju
Legal side-tracks when selling a debtor in insolvency
- *prof. dr Dijana Marković Bajalović*, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu, BiH 493
- Javno-privatna partnerstva u energetsom sektoru
Public-private partnerships in energy sector
- *Hristina Vojvodić*, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu 521

Osiguranje

Insurance

- Insurance distribution directive and digital innovation in the insurance industry: a critical assessment
Direktiva o distribuciji osiguranja i digitalne inovacije u industriji osiguranja: kritička analiza
- *prof. dr Wolfgang Rohrbach*, Danube University Krems, Austrija; *dr Katica Tomić*, Law office BVM, Beč, Austrija 541
- Osnovne karakteristike osiguranja od odgovornosti za štetu po životnu sredinu
Main characteristics of environmental insurance liability
- *dr Mirjana Glintić*, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd 555

4. Radni odnosi

Labour Relations

Utvrđenje postojanja radnog odnosa od strane suda Determination of employment relation by court – <i>dr Mirjana Popović</i> , savetnik Vrhovnog kasacionog suda Srbije.	571
Usklađivanje profesionalnih i porodičnih dužnosti i pravna sigurnost zaposlenih s porodičnim dužnostima u Srbiji Reconciling professional and family responsibilities and legal certainty of employees with family responsibilities in Serbia – <i>Kristina Balnožan</i> , doktorand Pravnog fakuleta Univerziteta u Beogradu	587

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

340.137(082)

340.131(082)

342.721(082)

347.233(082)

**КОПАОНИЧКА школа природног права Слободан Перовић (33 ; 2020 ;
Београд)**

Unifikacija prava i pravna sigurnost : zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava - Slobodan Perović : međunarodna naučna konferencija, Beograd, 23. decembar 2020. Tom 2 = Unification of law and legal certainty : collection of papers from the 33rd Meeting of Kopaonik school of natural law - Slobodan Perović : international scientific conference, Belgrade, december 23, 2020. Vol. 2 / [glavni i odgovorni urednik, editor in chief Jelena S. Perović Vujačić]. - Beograd : Kopaonička škola prirodnog prava - Slobodan Perović, 2020 (Novi Sad : Futura). - 609 str. ; 24 cm

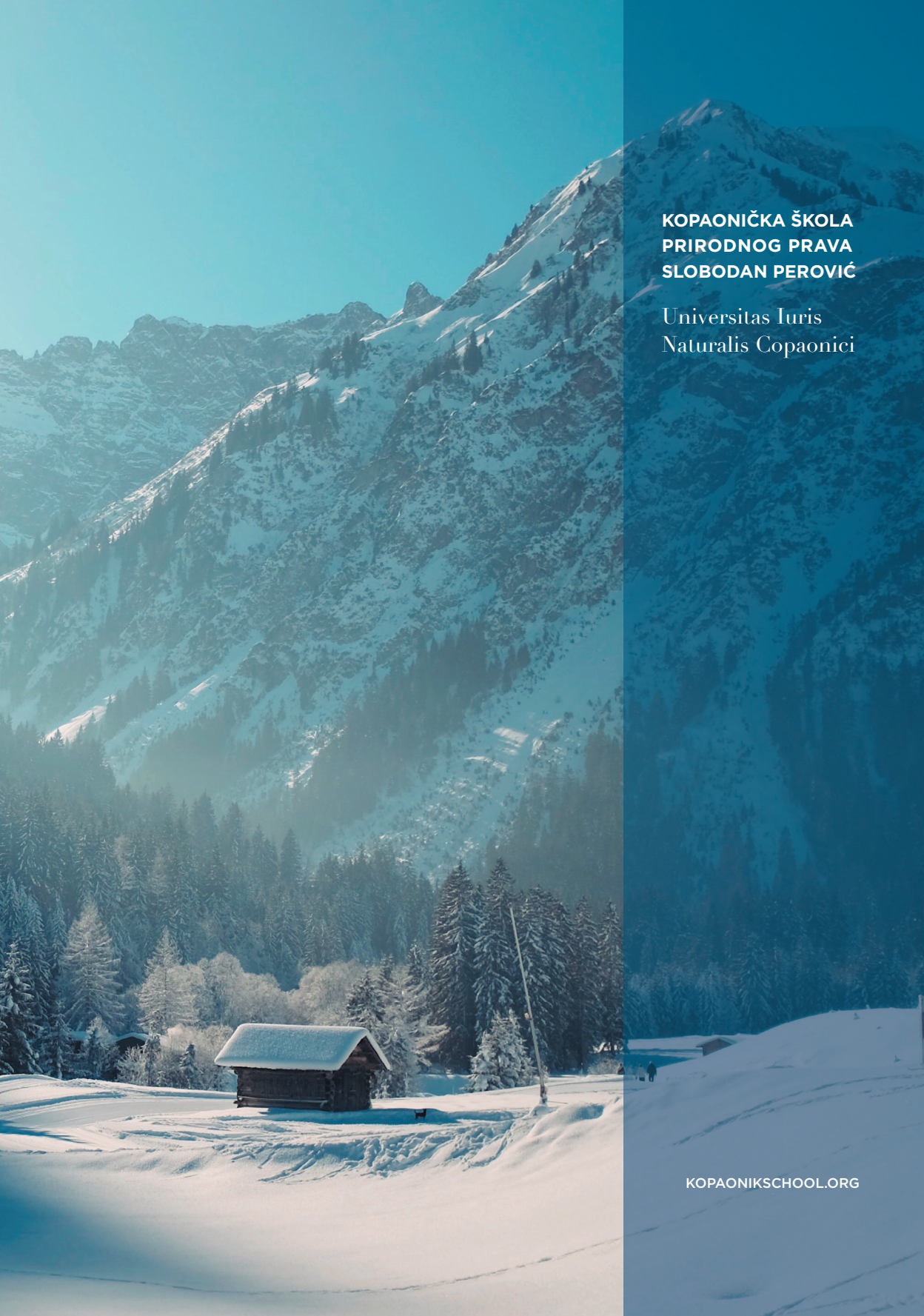
Na vrhu nasl. str.: Universitas Iuris naturalis Copaonici. - Tiraž 300. - Napomene i bibliografske reference uz tekst. - Bibliografija uz svaki rad. - Summaries.

ISBN 978-86-903009-9-0

ISBN 978-86-903009-7-6 (za izdavačku celinu)

а) Право -- Унификација -- Зборници б) Правна сигурност -- Зборници в) Право на имовину -- Зборници г) Право на слободу и безбедност личности -- Зборници

COBISS.SR-ID 28130825



**KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ**

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici