
UDK 34(058)

ISSN 0350-8501

UNIVERZITET U NIŠU
PRAVNI FAKULTET

**ZBORNİK RADOVA PRAVNOG
FAKULTETA U NIŠU**

BROJ 78 | GODINA LVII | 2018

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

Nº 78 | YEAR LVII | 2018

NIŠ, 2018.

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU

Niš, 2018.

Izdavač

Pravni fakultet u Nišu

Za izdavača

Prof. dr Saša Knežević, dekan

Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr Irena Pejić

Članovi Redakcionog odbora iz zemlje

Prof. dr Dragan Nikolić Prof.
dr Nevena Petrušić Prof. dr
Miroslav Lazić
Prof. dr Marina Dimitrijević
Prof. dr Nebojša Raičević Doc. dr
Dušica Miladinović Stefanović

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

Sekretar Redakcionog odbora: Doc. dr Miloš Prica

Prevodi: Gordana Ignjatović (engleski) **Lektura:**

Aleksandra Gojković

Tehnički urednik: Nenad Milošević

Štampa: Medivest Niš, **Tiraž:** 100

Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu
pod nazivom Collection of papers, Faculty of Law, Nis je u punom tekstu dostupan
u HeinOnline bazi podataka, EBSCO bazi Legal Source, kao i u bazi Central and Eastern
European Online Library – CEEOL.

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

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS
NIŠ, 2018

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Saša Knežević, Dean

Editor-in-Chief:

Prof. dr Irena Pejić

Editorial Board of the Law Faculty Journal

**Editorial Board Members
(Faculty of Law):**

Prof. dr Dragan Nikolić
Prof. dr Nevena Petrušić
Prof. dr Miroslav Lazić
Prof. dr Marina Dimitrijević
Prof. dr Nebojša Raičević
Doc. dr Dušica Miladinović
Stefanović

Editorial Board Members (international):

Prof. dr Michael Geistlinger, Department of Public International Law, University of Salzburg, Salzburg, Austria
Prof. dr Ivanova Svetlana Anatol'evna, Dean, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation
Prof. dr Sašo Georgijevski, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, FRY Macedonia
Prof. dr Grucina Lyudmila Yur'evna, Civil Law Department, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation
Prof. dr Anatolij Kapustin, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation
Prof. dr Isabel S. Marcus, Buffalo Law School, University of Buffalo, USA
Selivon Nikolaj Fedosovich, Academician, Chairman of the International Trade Arbitration Court, Ukrainian Chamber of Commerce and Industry, Ukraine
Prof. dr Shagieva Rozalina Vasil'evna, Vice-Rector, the Academy for Advocacy and Notary Services of the Russian Federation, Russian Federation

Technical Secretary of the Editorial Board: Miloš Prica, LL.D.

Translation: Gordana Ignjatović (English)

Proofreading: Aleksandra Gojković

Desktop publishing: Nenad Milošević

Print: Medivest Niš, **Circulation:** 100

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš
Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia Telephone:
+381 18 500 201,

E-mail: zbornik@prafak.ni.ac.rs Website:
<http://www.prafak.ni.ac.rs>

<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>
<http://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Collection-of-Papers-Faculty-of-Law-Nis/?letter=C>

Central and Eastern European Online Library – CEEOL

SADRŽAJ

Uvodna reč.....IX

I ČLANCI

U FOKUSU

USTAVNE PROMENE U SRBIJI

Dr Jasminka HASANBEGOVIĆ,
Ka ustavnim amandmanima o pravosuđu: ka nezavisnom
pravosuđu u Srbiji, ili pak u suprotnom smeru 13

Dr Dragan STOJANOVIĆ,
Da li i kako reformisati Ustavni sud?..... 31

Dr Zoran RADIVOJEVIĆ,
Dr Vesna KNEŽEVIĆ PREDIĆ,
Postupak zaključivanja ugovora Evropske unije sa
trećim državama i međunarodnim organizacijama..... 47

Dr Željko MIRJANIĆ,
Uticaj globalizacije na radno pravo
(post)tranzicionih zemalja 67

Dr Predrag CVETKOVIĆ,
Načelo nacionalnog tretmana u funkciji zabrane
diskriminacije „sličnih“ proizvoda u okviru
Opšteg sporazuma o carinama i trgovini..... 83

Dr Miloš PRICA,
Jedinstvo pravnog poretka kao ustavno načelo i zakonsko
uređivanje oblasti pravnog poretka – ujedno izlaganje o
unutrašnjem pravnom sistemu..... 103

Dr Gabrijela MIHELČIĆ,
Dr Maša MAROCHINI ZRINSKI,
Utjecaj konvencijskih načela tumačenja na pojedine
građanskopravne institute (odabrana pitanja)..... 127

Živko KULIĆ, Ph.D Goran MILOŠEVIĆ, Ph.D Luka BATURAN, Ph.D Labour Market and Collective Bargaining in the Republic of Serbia.....	149
Dr Dragan JOVAŠEVIĆ, Kazna maloletničkog zatvora Zakonodavstvo, teorija i praksa Srbije.....	169
Dr Dejan R. VUČETIĆ, O globalnim trendovima u kodifikovanju upravnog postupanja.....	197
Dr Marija IGNJATOVIĆ, <i>Capacitas iuridica i status familiae</i> u rimskom pravu	217
Dr Sanja MARJANOVIĆ, Međunarodno ostvarivanje izdržavanja članova porodice – birajući između Konvencije UN (1956) i Haške konvencije (2007).....	235
Ivan SOKOLOV, Ph.D Local Financial Investment Policy.....	255
Dr Zoran KESIĆ, Pojam „policijskog nasilja“	271
Dr Aleksandra POPOVIĆ, Radnopravna zaštita dojlja u pravu Republike Srbije i Evropske unije.....	289
Dr Goran MARIČIĆ, Sazivanje sednice skupštine akcionarskog društva.....	309

II SUDSKA PRAKSA

Dr Anđelija TASIĆ, Teret dokazivanja u antidiskriminacionim parnicama na primeru odluke Vrhovnog kasacionog suda.....	325
--	-----

III RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA

Marija DRAGIĆEVIĆ, Moguće izmene domaćeg zakonodavstva o sudskom rešavanju radnih sporova po ugledu na nemački model radnog sudstva.....	339
Miloš RADOVANOVIĆ, Podnošenje akcionog plana i akcionog izveštaja u postupku izvršenja presude Evropskog suda za ljudska prava.....	365
Stefan STOJANOVIĆ, Iracionalna dokazna sredstva kao deo pravne tradicije Slovena.....	383
Bojana ARSENIJEVIĆ, Tajno zaveštanje u pojedinim savremenim evropskim pravnim sistemima	405
Uputstvo za autore.....	423

CONTENTS

Editor's Introductory Note..... X

I ARTICLES

IN FOCUS

CONSTITUTIONAL REVISION IN SERBIA

Jasminka HASANBEGOVIĆ,
TOWARDS THE CONSTITUTIONAL AMENDMENTS
ON THE JUDICIARY: Towards the Independent Judiciary in
Serbia or in the opposite direction..... 13

Dragan STOJANOVIĆ,
Should the Constitutional Court be reformed and how?..... 31

Zoran RADIVOJEVIĆ,
Vesna KNEŽEVIĆ PREDIĆ,
Procedure for conclusion of EU Treaties with
Third States and International Organizations 47

Željko MIRJANIĆ,
Influence of Globalisation on Labour law in
(Post)transitional Countries 67

Predrag CVETKOVIĆ,
National Treatment Principle as an Instrument for Prevention
of Discrimination in case of “like“ products“ in the General
Agreement on Tariffs and Trade 83

Miloš PRICA,
The unity of Legal order as a Constitutional principle and
Statutory Regulation of the Legal order, with reference to the
Internal Legal system 103

Gabrijela MIHELČIĆ,
Maša MAROCHINI ZRINSKI,
The impact of the ECtHR interpretative methods and
principles on selected Civil law Institutes..... 127

Živko KULIĆ, Goran MILOŠEVIĆ, Luka BATURAN, Tržište rada i kolektivno pregovaranje u Republici Srbiji.....	149
Dragan JOVAŠEVIĆ, Juvenile prison sentence: Law, theory and practice in Serbia.....	169
Dejan R. VUČETIĆ, On global trends in the Codification of administrative procedure	197
Marija IGNJATOVIĆ, <i>Capacitas iuridica</i> and <i>status familiae</i> in Roman Law	217
Sanja MARJANOVIĆ, Family maintenance in Private International law: Choosing between the UN Convention (1956) and the Hague Convention (2007).....	235
Ivan SOKOLOV, Finansijska i investiciona politika lokalnih samouprava.....	255
Zoran KESIĆ, Concept of „Police violence“	271
Aleksandra POPOVIĆ, Labour law protection of breastfeeding Women in the Law of The Republic of Serbia and The European Union	289
Goran MARIČIĆ, Convening the Session of the shareholders' meeting.....	309

II JUDICIAL PRACTICE

Anđelija TASIĆ, Burden of Proof in Antidiscrimination Cases: Case law of the Supreme Court of Cassation.....	325
---	-----

III PHD STUDENTS' PAPERS

Marija DRAGIĆEVIĆ, Potential Amendments of National Legislation on Judicial Settlement of Labour Disputes, based on the German model of Labour Judicature	339
Miloš RADOVANOVIĆ, Submission of an Action plan and an Action report in the procedure for the Execution of Judgments of The European Court of Human Rights.....	365
Stefan STOJANOVIĆ, Irrational evidence as part of the Legal tradition of the Slavs.....	383
Bojana ARSENIJEVIĆ, Secret will in some Contemporary European legal systems.....	405
Guidelines for Authors.....	423

Uvodna reč

Poštovani čitaoci,

U broju Zbornika radova Pravnog fakulteta u Nišu (br. 78/2018), koji se nalazi pred vama, sadržano je preko 20 naučnih radova koji su kategorisani kao originalni i pregledni članci, jedna naučna kritika i jedan stručni članak. U fokusu ovog broja nalazi se aktuelna tema u nacionalnom pravnom sistemu, „Ustavne promene u Srbiji“, o čemu autori argumentovano razmatraju neophodnost nezavisnog pravosuđa u svetlu ustavnih amandmana i potrebu reformisanja ustavnog pravosuđa. Ostali naučni radovi na srpskom, engleskom i hrvatskom jeziku bave se analizom tema različitog opusa međunarodnog javnog i privatnog prava, krivičnog, građanskog, radnog prava i drugih užih naučnih oblasti.

Zbog povećanog obima i priliva radova autora iz zemlje i regiona, redakcija časopisa želi da obavesti čitaoce da će počev od ove godine dinamika publikovanja biti povećana sa tri na četiri broja godišnje.

U Nišu, jun, 2018.

*Prof. dr Irena Pejić,
glavni i odgovorni urednik*

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

This issue of the scientific journal Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš, (No. 78/2018) includes 20 original papers and review articles, a critical commentary and a professional paper. The focal point of this publication is the topical issue in the national legal system: "Constitutional Changes in Serbia". In light of the proposed constitutional amendments and the need to reform the constitutional judiciary, the authors argue for ensuring the independent judiciary. The other scientific papers, published in Serbian, English and Croatian language, cover various subject-specific topics in the field of international public and private law, criminal law, civil law, labor law and other scientific fields.

Due to the growing influx of academic papers which are submitted by authors from the country and the region, the editorial staff would like to inform the readership about the change in the publication dynamics. Starting from the year 2018, instead of three issues per year, the Law Faculty will be publishing four issues per year.

Niš, June 2018.

Prof. Irena Pejić, LL.D.

Editor-in-Chief

I ČLANCI

U FOKUSU

USTAVNE PROMENE U SRBIJI

Dr Jasminka Hasanbegović*
Redovna profesorka Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Beogradu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1878013H

UDK: 340.131:342.4(497.11)
Rad primljen: 01.05.2018.
Rad prihvaćen: 14.05.2018.

KA USTAVNIM AMANDMANIMA O PRAVOSUĐU: KA NEZAVISNOM PRAVOSUĐU U SRBIJI, ILI PAK U SUPROTNOM SMERU

Apstrakt: *Autorka se bavi kritičkom analizom Radnog teksta Amandmana Ministarstva pravde na Ustav Republike Srbije, i to samo iz ugla tri ustavna principa: principa legitimiteta, principa checks and balances i principa vladavine prava tj. pravne države. To stoga što su se u tzv. javnoj raspravi tokom 2017. godine, dakle, i pre pojave Radnog teksta Amandmana, predstavnici Ministarstva najviše pozivali na te principe kao argumente u prilog rešenjima koja će se pojaviti u Radnom tekstu. Cilj ovog razmatranja jeste da pokaže da li su i, ako jesu, zašto su i na koji način su pomenuta tri principa relevantna ili irelevantna za valjano pravosuđe te da se na osnovu te analize dođe do zaključka o vrednosti ustavnih rešenja koja u svom Radnom tekstu zagovara Ministarstvo pravde.*

Ključne reči: *Radni tekst ustavnih amandmana o pravosuđu Ministarstva pravde, Pravosuđe Srbije, Legitimitet, Checks and balances, Vladavina prava, tj. pravna država.*

Tokom više od čvrt veka tranzicije Srbije ka modernoj demokratiji (ili tokom više od dvadeset i pet godina, što je mnogo vremena ne samo za svakog pojedinca u bilo kojoj državi već je respektabilno i sa stanovišta socijalne istorije, jer obuhvata celu jednu generaciju, to jest smenu generacija) sprovedeno je u Srbiji previše ne samo pravnih nego i pravosudnih reformi u kojima se ponavljalo isto iskustvo. Naime, mislili smo: *to se ipak neće desiti*. I svaki put se desilo,

* hasanbegovic.j@gmail.com

i to se desilo u još gorem vidu nego što smo mislili.¹ S tim saznanjem treba pristupiti i raspravi o ovom *Radnom tekstu ustavnih amandmana o pravosuđu*, koji je sačinilo Ministarstvo pravde.² Dakle, ne možemo više da mislimo da se to neće desiti, jer, uz prethodno iskustvo, ima i drugih ozbiljnih pokazatelja da će promene u našem pravosuđu biti promene nagore. Koji su to pokazatelji?

U političkom smislu, posle reforme pravosuđa i reforme te reforme (2008–2012) koju su sprovele, pre svih, Demokratska stranka i Demokratska stranka Srbije, kao i mnoge druge tada vladajuće stranke, kada je posle toga, posle parlamentarnih izbora 2012. godine uspostavljen novi politički režim, čiji su nosioci i dan-danji Srpska napredna stranka, Socijalistička partija Srbije i ostale vladajuće stranke, svedoci smo da se taj novi politički režim uopšte nije odredio prema onoj takozvanoj reformi pravosuđa koja je dovela skoro do uništenja pravosuđa u našoj zemlji, niti je bio spreman da pravnim sredstvima reaguje i pozove na odgovornost – pre svega krivičnopravnu odgovornost – one koji su naše pravosuđe jednom reformom, pa onda takozvanom reformom reforme, ne reformisali niti reorganizovali, već prilično uništili. Reč je, pre svega, o krivičnopravnoj odgovornosti za nesavestan rad u službi a eventualno i za druga krivična dela članova ondašnjeg Visokog saveta sudstva, počev od predsednice tog saveta. Pitanje njene krivičnopravne odgovornosti jeste formalnopravno pokrenuto, ali nije maklo dalje od početka. Moglo bi se čak reći da su, štaviše, i mnogi drugi članovi VSS-a

1 O tome više vid. Hasanbegović, 2016: 105–145, a za raumevanje šireg društvenog okvira tranzicije vid. takođe i ostale tu publikovane priloge. Zatim vid. Hasanbegović, 2014a: 99–121, kao i priloge drugih autora koji su tu objavljeni. Za razumevanje najšireg okvira i razloga tih zbivanja vid. Hasanbegović, 2014b: 8–31.

2 *Radni tekst Amandmana Ministarstva pravde na Ustav Republike Srbije – Sa obrazloženjima (referencama Venecijanske komisije)* identičan je u dva elektronska izdanja, od kojih drugo sadrži i *Uvodne napomene*, a dostupan je od 22. januara 2018. na elektronskoj stranici Vlade R. Srbije.

Zbog značaja i aktuelnosti dokumenta pod nazivom *Radni tekst Amandmana Ministarstva pravde na Ustav Republike Srbije – Sa obrazloženjima (referencama Venecijanske komisije)*, koji se pojavio tek na kraju takozvane javne rasprave vođene tokom 2017. godine o ustavnim promenama u pravosuđu Srbije, čime je izazvan novi, još veći talas rasprava o novom ustavnom uređenju našeg pravosuđa, ovaj rad je autorkin prilog za 2017. godinu u okviru strateškog projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Identitetski preobražaj Srbije“ umesto prvobitno najavljenog rada na temu *Ka novom ustavu – Zašto sudska praksa ne sme biti formalni izvor prava u Srbiji*, koji će biti objavljen kao prilog za 2018. godinu.

veoma dobro nagrađeni za svoje pravosudno-štetočinsko delovanje pod imenom reforme.³

Prema tome, i novi politički režim SNS–SPS, konstituisan posle izbora 2012. godine, nastavio je s politikom neodgovornosti i nekažnjivosti, kao i s tim da se sastav pravosuđa zanavlja na neprihvatljiv način, sa stanovišta struke.⁴ Štaviše, ne samo što nije bilo političke volje da se pravnim sredstvima pozovu na odgovornost oni koji su uništavali pravosuđe nego se stiče utisak da se ovim ustavnim amandmanima nastavlja i sada u tom – za pravosuđe i dalje razarajućem – pravcu. Opet dakle, oni koji nemaju znanja – čak ni elementarnog znanja – imaju pak jaku političku volju da urede i „disciplinuju“ a, u stvari, sebi još više podrede pravosuđe, pa da tako, neprosvetiteljski i autoritarno, utiču i na mogućnost ostvarivanja jednog od osnovnih ljudskih prava – prava na prirodno, ili pravedno, što će reći stručnog i nezavisnog sudiju, kao i na stavove i znanje običnih ljudi i na njihovu pravnu kulturu o tome šta je dobro uređena država i šta je nezavisno sudstvo kao jedan od osnovnih stubova vladavine prava ili pravne države.

Zbog toga će ovde biti reči samo o onom osnovnom što se odnosi na *tri principa* koje su predstavnici Ministarstva pravde najčešće pominjali u takozvanoj javnoj raspravi, pozivajući se upravo na građane, na narod, na suverenost građana, odnosno naroda, legitimitet vlasti i slično, da bi opravdali rešenja sadržana u *Radnom tekstu Amandmana Ministarstva pravde na Ustav Republike Srbije*, tekstu koji su sami sačinili. I budući da su se u tim prilikama uporno ponavljali sasvim neprihvatljivi stavovi, da su se kao aksiomi ili postulati uređenja pravosuđa uzimali potpuno netačni stavovi, ovde treba podsetiti na odavno poznate naučne stavove i upozoriti na ono što se sprema ako se uopšte više može sprečiti to što je ovakvim ustavnim amandmanima o pravosuđu pripremljeno.

Reč je o sledeća tri principa:

– Prvi je princip legitimiteta;

3 Tome su tokom poslednjih desetak godina posvećeni mnogi radovi Dragane Boljević. Ovde je dovoljno upu titi na jedan njen rad s početka reforme sudstva u Srbiji i jedan kada se u činilo da je taj proces završen: Boljević, 2009: 20–23, kao i Boljević, 2014: 135–159, posebno 135, 137–138, 152 i dalje.

4 Za razumevanje međunarodnopolitičke kritike postojećih rešenja dovoljno je upu titi na *Nacionalnu strategiju reforme pravosuđa za period 2013–2018. godine*. Za kritiku pak postojećih rešenja koju je u nas izrekla struka i nauka, umesto mnogih ovde pomenu tih i nepomenu tih spisa, obu хватno o tome vid. Boljević, 2016: 1–132, posebno 1–28 *et passim*, kao i literaturu koju je ona tu koristila.

– Drugi je princip *checks and balances*;

– Treći je princip pravne države, *to jest* vladavine prava. Treba odmah napomenuti i naglasiti ono što će šire biti objašnjeno malo docnije: Danas se *ne* može govoriti o principima *pravne države* i *vladavine prava* kao *suštinski različitim* principima, pa se shodno tome nikako ne može govoriti da je jedna koncepcija nezavisnog sudstva primerena pravnoj državi, a da drugačija koncepcija nezavisnog sudstva odgovara vladavini prava. Naprotiv. Sva relevantna, moderna pravna istorija govori da su u savremenom svetu *od druge polovine XX veka* koncepti ili principi pravne države i vladavine prava *sadržinski identični*, pa su i te dve sintagme – pravna država i vladavina prava – u jezičkom smislu *danas sinonimi*.⁵

Dakle, posle ove kratke napomene, treba poći redom i reći unajkraće: Prvo. *Legitimitet pravosuđa nikako se ne izvodi iz legitimiteta predstavničkog tela naroda*, odnosno iz legitimiteta većine koja se u predstavničkom telu naroda formira na osnovu rezultata na izborima, to jest na osnovu stranačke izborne pobeđe ili postizborne koalicije. To je toliko elementarno i stoga bi to zaista bilo suvišno pominjati da pak predstavnici Ministarstva pravosuđa u takozvanoj javnoj raspravi nisu uporno i vehementno isticali da to mora biti tako i da je jedino ispravno da to bude tako.⁶

Poznato je – i spada u elementarno znanje – da postoje dve vrste legitimiteta (državnih, i ne samo državnih) vlasti: jedan – formalnopравни i drugi

5 O anglosaksonskoj ideji vladavine prava i njenoj istoriji, na srpskom je još uvek najbolja rasprava L. Baste (1982), koja potom ima i izdanja iz 1984. i 2012. O nemačkoj pak ideji pravne države i njenoj istoriji unutar nemačke filozofije države i prava od vremena prosvetnog liberalizma do nacionalsocijalizma, najbolja je rasprava E. Šarčevića (1991), potom dostupna i kao lajpciško izdanje iz 1996.

6 O tome kako je vođena i kako je izgledala ta takozvana javna rasprava može se videti i iz izveštavanja nekih dnevnih novina i nedeljnika tokom 2017. i početkom 2018. godine, ali se najbolje može sagledati iz obaveštenja koja su na svojim elektronskim stranicama dali pozvani u česnici: Društvo sudija Srbije, Udru ženje tu žilaca Srbije, CEPRIS, Beogradski centar za ljudska prava, YUCOM – Komitet pravnika za ljudska prava i dr., što jasno pokazuje kakva je (ne)kultura dijaloga koju neguje izvršna vlast zadu žena za pravosuđe. Umesto brojnih upućivanja, dovoljno je samo kao najflagrantije ilustracije te kulture i tog dijaloga vid. elektronski dostupna dokumenta *Aktuelnosti iz Društva sudija Srbije*, zatim dokument *Komentari Društva sudija Srbije na Radni tekst Amandmana na Ustav RS od 8. marta 2018.* (naročito str. 14), kao i *Obaveštenje Udruženja tužilaca o zbivanjima na okruglom stolu Ministarstva pravde održanom u Novom Sadu 19. februara 2018.*

– sadržinski.⁷ Naravno da, *formalnopravno*, legitimitet *svih* vlasti (kako državnih – u trojnoj podeli: zakonodavne, izvršne i sudske; ili u četvornoj podeli: zakonodavne, egzekutivne, sudske i ustavno-sudske; ili u petornoj, ili šestornoj, ili svakoj drugoj podeli; a isto tako i nedržavnih vlasti – npr. crkvene, školske, roditeljske i svake druge) *potiče*, u krajnjoj liniji, *iz ustava na snazi*. Ali, znamo i da, *stvarno*, postoje različiti ustavi: i ustavi fasade, i ustavi autoritarnih poredaka, i ustavi demokratskih poredaka, i onih liberalnih, i neliberalnih, iliberalnih, i tako dalje.

Prema tome, nije dovoljno da pravosuđe bude uređeno onako kako kaže ustav na snazi, pa da samim tim bude valjano i da u rezultatu dâ ono što želimo: nezavisno sudstvo kao stub pravne države ili vladavine prava. Zašto to nije dovoljno?

Zato što je ovde reč o dve vrste državnih organa: jedni su politički, a drugi su stručni (Lukić sa Košutićem, 1975: 129–131). Spada u azbuku teorije države i prava saznanje da su u modernoj državi zakonodavstvo i egzekutiva – politički organi, a da su pravosudni organi – stručni. Legitimitet jednih i drugih nikako ne može biti isti. I jedni i drugi su u osnovi, naravno, regulisani ustavom, i utoliko im je *formalnopravni* legitimitet u krajnjoj liniji isti i nalazi se u važećem ustavu. Ali, stvarni, *sadržinski* legitimitet stručni organi – što će reći, pravosudni organi pre svih ostalih – mogu imati samo u svojoj pokazanoj, dokazanoj, kontrolabilnoj, kontrolisanoj i osvedočenoj stručnosti.

Notorno je da nema tog narodnog predstavnika kao pojedinca, niti narodnog predstavništva kao celine, tj. skupa tih pojedinaca, koji može biti *stručan za sve* i koji bi stoga (kao stručan za sve) mogao garantovati stručnost i svojim izborom dati legitimitet svakom službenom licu koje ulazi u sastav stručnih organa (Lukić sa Košutićem, 1975: 126–129). To je nešto što spada u azbuku teorije legitimiteta.

7 Ostavljajući po strani istoriju ideje legitimiteta, koja seže čak do najstarije kineske filozofije od pre više od hiljadu godina pre naše ere, ideja legitimiteta je u okvirima *moderne evropske filozofije* svakako već rođena u okvirima etičkog formalizma Kantove pravne države. Stoga umesto mnogih upućivanja, dovoljno je – kao ogledalo *preovlađujućih shvatanja struke u naše vreme* – videti jedan od najcitiranijih pregleda tih shvatanja u Craig, 1997: 467-487, gde Krejg izlaže razne vrste legitimiteta, preciznije, vladavine prava, pa kaže da formalnu koncepciju zastupaju Džozef Raz, A lbert Ven Dajsi i Roberto Mangaberija Unger, a sadržinsku Ronald Dvorkin, Ser Džon Loz i Trevor R.S. Alan, dopuštajući i srednji put (u novijim Razovim delima i kod Džefrija Džovela).

Treba podsetiti i na to da postoje još dve vrste legitimiteta vlasti, odnosno državnih organa: legitimitet *konstituisanja* i legitimitet *delanja*.⁸ Legitimitet konstituisanja odnosi se na način nastanka, formiranja, konstituisanja državnih organa: Stručni organi treba da se konstituišu tako da procedura njihovog formiranja garantuje da će u te organe ući najstručniji, što samo po sebi znači da o tome ne mogu odlučivati nestručni ljudi iz političkih organa. Politički organi pak konstituišu se tako da procedura njihovog formiranja garantuje da će u te organe ući oni koji imaju, tj. uživaju najveću političku podršku u datom društvu, što se pokazuje rezultatima na izborima; ili pak već dugotrajno prihvaćenom tradicijom, npr. nasleđivanjem određenih funkcija ili položaja u državnim organima; ili možda čak harizmom, koja može potisnuti prethodne dve vrste političke legitimacije. O tome nas je poodavno poučio Maks Veber, razlikovanjem tradicionalnog, harizmatičkog i racionalno-proceduralnog legitimiteta političkih nosilaca vlasti odnosno političkih organa (Veber, 1976: I/21–25, 167–238 i II/297–396).

Dakle, legitimno konstituisanje stručnih organa nije samo ono koje je saglasno ustavnim odredbama bilo kakve sadržine nego je to konstituisanje koje će omogućiti da zaista stručni, i to najstručniji ljudi budu u stručnim organima, pa i u sudstvu i u tužilaštvu naše zemlje.

8 Opet ostavljajući po strani istoriju ove ideje razlikovanja (ne)legitimno konstituisane vlasti i vlasti koja se, pošto je konstituisana, (ne)legitimno vrši, što je ideja koja se – povodom (ne)opravdanosti tiranoubistva – razmatra i u antici i u srednjem veku, a svakako na početku modernog doba (možda najpoznatije, u čuvenom delu *Vindiciae contra tyrannos – Odbrana slobode od tirana* iz 1579. godine), i ovim povodom, smatramo, treba ukazati samo na najnovija razmatranja. Tako Fric Šarpf razlikuje ulažući legitimitet (*input legitimacy*, zapravo, legitimitet konstituisanja), koji potiče od onoga ko (tj. subjekta, subjekata) i iz onoga šta i kako (tj. kriterijuma i procedura) koji pak zajedno, u sadejstvu, konstituišu nosioce vlasti, dok legitimitet u činkovitosti (*output legitimacy*, zapravo, legitimitet delanja) potiče od kvaliteta rezultata i od delotvornosti tih nosilaca vlasti (Scharpf, 1999; i Scharpf, 2010). Vivien Šmit dodaje ovim dvema vrstama legitimiteta i treću, prelaznu vrstu – *throughput legitimacy*, propusno-prelazni legitimitet (Schmidt, 2013: 2–22). Treba takođe naznačiti da Uriel Abulof razlikuje, s jedne strane, pozitivni legitimitet (u stvari, legitimitet konstituisanja), koji govori o izvoru legitimnosti i o onome ko je „legitimator“, ko legitimše drugoga, daje legitimitet drugome, to jest nosiocima vlasti, i, s druge strane, negativni legitimitet (u stvari, legitimitet delanja), koji govori o tome šta je legitimno, to jest šta je dobro a šta zlo (delanje) nosilaca vlasti (Abulof, 2017: 55–79). Dakle, reč je samo o upotrebi drukčije terminologije da se označe iste vrste legitimiteta.

Legitimitet delanja državnih organa znači da, pošto se jednom legitimno konstituišu, državni organi treba potom takođe legitimno – u skladu s pravom i moralom – da vrše vlast koja im pripada: da ispravno, valjano i odgovorno vrše nadležnosti koje su im poverene, što se obezbeđuje kontrolom njihovog rada i mogućnošću pozivanja na odgovornost ukoliko to ne čine. Otuda sledi da ni legitimitet delanja državnih organa ne može biti identičan u stručnih i u političkih organa.

Kontrolu rada stručnih organa i pozivanje na odgovornost službenih lica koja poslove iz svoje nadležnosti ne vrše ispravno, valjano i odgovorno, tj. u skladu s pravom i profesionalnim moralom – mogu obavljati samo takođe stručni ili još stručniji organi. To je kontrola pravovaljanosti, tj. ustavnosti i zakonitosti njihovog rada, a unutar nje ponekad i kontrola celishodnosti tog rada, kao i kontrola njihovog postupanja u skladu s profesionalnom etikom.

Kontrolu rada političkih organa i pozivanje na političku i političko-pravnu odgovornost političkih lica za akte i poslove iz njihove nadležnosti (tj. političke i pravne akte i odluke) mogu vršiti oni koji su ih birali u te organe i tela (narod, građani, njihova predstavnička tela, katkad ustavni sud ili neko drugo telo za kontrolu ustavnosti – tamo gde postoji, a katkad i neka specijalna tela). To je politička i političko-pravna kontrola, odnosno odgovornost (Lukić sa Košutićem, 1975: 126–131 *et passim*).

Pravosudni organi kao *stručni* organi, prema tome, moraju imati i jedan i drugi legitimitet: i legitimitet konstituisanja i legitimitet delanja baš kao *stručni* organi. Njih treba da formiraju i nadziru stručnjaci u oblasti pravosuđa i samo oni mogu valjano odlučivati o njihovoj odgovornosti. Utoliko su rešenja predložena u *Radnom tekstu ustavnih amandmana* po kojima je ministar pravosuđa član Visokog saveta tužilaca, a i nadležan je da pokreće postupak za utvrđivanje disciplinske odgovornosti, kao i da predlaže razrešenje nosilaca pravosudnih funkcija⁹ – potpuno neprihvatljiva rešenja. Stoga dosledno ustavno regulisanje i jednog i drugog tipa legitimiteta pravosudnih

⁹ O tome vid. amandman VIII stav 3 *Radnog teksta Amandmana Ministarstva pravde na Ustav Republike Srbije – Sa obrazloženjima (referencama Venecijanske komisije)*: „Disciplinski postupak i postupak razrešenja sudija i predsednika sudova može pokrenuti i ministar nadležan za pravosuđe.“

Takođe vid. i amandman X XI stav 1: „Visoki savet tužilaca čini jedanaest članova: četiri zamenika javnih tužilaca koje biraju javni tužioci i zamenici javnih tužilaca, pet istaknutih pravnika koje bira Narodna skupština, Vrhovni javni tužilac Srbije i ministar nadležan za pravosuđe.“

organa kao stručnih organa posebne vrste mora – na nivou dosledno postavljenih ustavnih principa, definicija i rešenja – u budućem ustavu da omogućiti da sutra i u našoj pravnoj stvarnosti postoje oba ova legitimiteta pravosudnih organa.

Kada je reč o legitimitetu političkih organa, on bi, naravno, u evropskoj Srbiji XXI veka trebalo da bude racionalni, a ne ni harizmatski niti tradicionalni na način devetnaestovekovne Srbije. A taj racionalni legitimitet podrazumeva ne samo određene procedure nego i određenu sadržinu.

Sad dolazimo na teško pitanje odnosa i eventualnog međusobnog uticaja političkih i stručnih – posebno pravosudnih – organa. O tom pitanju biće više reči odmah, pri razmatranju drugog principa *checks and balances*, a sada samo o onome što je u tzv. javnoj raspravi bilo površno i pogrešno a najviše isticano i najupadljivije. I kada se postavlja pitanje regulisanja odnosa stručnih pravosudnih organa, s jedne, i političkih, s druge strane, pozivamo se najčešće na zemlje koje imaju dugu tradiciju i razvijenu pravnu i političku kulturu. Svakako, treba se uvek ugledati na najbolje, ali to ugledanje ne sme da bude površno. Kada je reč o tome ko bira sudije u Sjedinjenim Američkim Državama, treba znati da je sistem izbora, odnosno imenovanja sudija na svim nivoima (lokalnim, pojedinih država članica i federalnom) vrlo raznovrstan i komplikovan, da ima veoma različitih rešenja, kao i da se o njima neprestano vodi debata (Carp, Stidham, Manning, Holmes, 2017). Zato, prvo, ne treba smatrati da se sve sudije u SAD biraju onako kako se biraju sudije za Vrhovni sud SAD.¹⁰ I drugo, takođe važno, a možda i još značajnije, treba znati da izbor sudija Vrhovnog suda SAD nije rezultat pukih političkih preferencija Predsednika SAD i Senata. To nije tako. Ključna je ocena *stručnosti* kandidata (nekvalifikovan, kvalifikovan, veoma kvalifikovan) koju daje *American Bar Association*, mada ta ocena formalno-pravno nije ni uslov, ni predlog, pa ni istorijsko-faktički posmatrano nije presudna.¹¹ Tu sede ljudi koji su najstručniji u oblasti pravosuđa i, uopšte, u oblasti prava SAD i oni ocenjuju stručnost predloženih i,

Takođe vid. i amandman XXIII stav 3: „Ministar nadležan za pravosuđe i Vrhovni javni tužilac Srbije mogu pokrenuti disciplinski postupak i postupak razrešenja javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, ali ne mogu da učestvuju u disciplinskom postupku, niti u postupku razrešenja ako su ga pokrenuli.“

10 Osim ove upravo pomenu te knjige, za Vrhovni sud SAD treba posebno vid. Baum, 2016, a za kritiku federalnog sudstva vid. Posner, 2017.

11 Pored već navedenih triju knjiga, vid. i *American Bar Association* (posebno odeljak *Rating of judicial nominees*) u Vikipediji.

uopšte, potencijalnih kandidata, a Predsednik najčešće međutim bez sumnje najstručnijim od najstručnijih predlaže po svom političkom ukusu nekoga Senatu. Prema tome, Predsednik po pravilu ne predlaže sudije mimo struke a kamoli protivno stavovima struke oličene u ABA, pa tako i predsedničke političke naklonosti bivaju eventualno izražene njegovim predlogom tek kao nijanse (konzervativna ili pak liberalna) unutar stručno nespornih. Svemu tome treba dodati i ulogu masovnih medija i javnog mnjenja, koje nije teledirigovano, da bi se shvatilo da stručnost kandidata za sudije Vrhovnog suda SAD daleko preteže u odnosu na njihovu političku podobnost (konzervativci vs. liberali), a da se i ne govori o očekivanoj lojalnosti onoj partiji (i njenoj ideologiji) čijim je predlozima i glasovima sudija izabran, jer je tako štogod za bilo kog sudiju nepojmljivo.

Treba li uopšte naglašavati da *American Bar Association* (kao udruženje američkih pravnika pre svega s pravosudnim ispitom, ali i onih drugih, pa i studenata prava) nikako nije isto što i Udruženje pravnika Srbije; da bi pravna transplantacija tog američkog rešenja kod nas dala katastrofalne rezultate; i da s pravnim transplantima uopšte treba biti veoma oprezan? Bilo bi dobro da Udruženje pravnika Srbije stvarno postoji, i to kao pravo profesionalno pravničko udruženje, ali tu temu na ovom mestu nije moguće valjano otvoriti. Situacija u kojoj se nalazi to naše zapravo nepostojeće profesionalno udruženje jeste ogledalo naše pravne (ne)kulture i profesionalne (ne)odgovornosti. Treba slediti najuglednije i ugledati se na pravno i politički najrazvijenije zemlje Evrope i sveta, ali treba najpre dobro a ne samo površno poznavati i razumevati rešenja koja imaju drugi i imati jasnu svest i znanje da se ta rešenja ne mogu prenositi mehanički.

U tom smislu, ukratko i o sledeća dva principa:

Checks and balances je princip kojim se u onoj takozvanoj raspravi o predstojećoj reformi pravosuđa i o *Radnom tekstu ustavnih amandmana* najčešće opravdava posredni ili neposredni uticaj našeg narodno-predstavničkog tela – odnosno partijske većine u njemu – na izbor sudija i tužilaca u našoj zemlji. Međutim, princip *checks and balances* uopšte nije neophodan za dobru organizaciju vlasti u državi. Objasnimo zašto. Princip kočnice i ravnoteže (ili teže i protivteže – kako se još naziva) jeste princip odnosa između *zakonodavstva* i *egzekutive* i može, ali ne mora, postojati u modernoj demokratskoj pravnoj državi. U njoj moraju postojati dekoncentracija vlasti, tj. *podela vlasti* na (bar) tehnički odvojene vlasti: zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast, kao *i* – međutim

(bar) trima tehnički odvojenim vlastima – *nezavisno sudstvo* (Lukić sa Košutićem, 1975: 183–197, posebno 185–192). Zato treba naglasiti da je nezavisno sudstvo više od principa organizacije vlasti: ono je *aksiom* moderne države. Nezavisnost sudstva ne postoji u predmodernoj državi kao zahtev za dobru organizaciju državne vlasti – ni na nivou principa a kamoli aksioma. Ako posmatramo antičke, srednjovekovne i moderne države, onda zapažamo da se nezavisnost sudstva tek u modernoj državi pojavljuje kao aksiom dobre organizacije državne vlasti. Odnos pak između zakonodavstva i egzekutive i u modernoj državi može biti veoma različit: može biti organizovan na način predsedničkog, polupredsedničkog, parlamentarnog, konventskog (tj. Skupštinskog) sistema ili kao neka varijanta, odnosno podvarijanta ovih sistema (Marković, 2013:176–207). Ali, samo u predsedničkim, polupredsedničkim i parlamentarnim sistemima, kao i u njihovim raznim podvarijantama, odnos zakonodavstva i egzekutive jeste organizovan na principu *checks and balances*, dok u konventskim (tj. skupštinskim) sistemima i njihovim raznim podvarijantama to nije slu čaj: u njima odnos zakonodavstva i egzekutive *nije* organizovan na principu *checks and balances*, naprotiv, postoji jasna prevlast zakonodavnog narodno-predstavničkog tela u odnosu na egzekutivu. To se veoma često gubi iz vida, a naročito američke kolege profesori, teoretičari i praktičari gube iz vida švajcarski model.¹²

Švajcarska je zemlja u kojoj odnos zakonodavstva i egzekutive *nije* organizovan na principu *checks and balances*. Švajcarska ima nezavisno sudstvo, jeste pravna država, jeste vladavina prava, jeste demokratija, i to, naravno, moderna demokratija, jeste zemlja konstitucionalne demokratije, jeste po svemu uzorna, a nije organizovana na principu *checks and balances*. U odnosu egzekutive i zakonodavstva u Švajcarskoj postoji jasna prevlast predstavničkog tela u odnosu na egzekutivu. I to ništa ne smeta vladavini prava u Švajcarskoj. Zašto? Zato što postoji nezavisno sudstvo. Taj aksiom je poštovan, postavljen i ostvaren, a ne princip *checks and balances*.

Konačno, treće, pravna država i vladavina prava. Poznato je da su te dve ideje (pravna država, nemačka ideja, i vladavina prava, anglo- američka), kada su kao moderne ideje nastale i teorijski uobličene u

12 Pored upravo pominjanih udžbeničkih dela Radomira D. Lukića i Ratka Markovića, treba skrenu ti pažnju na i danas relevantno delo Jovičić, 1984: 179–214, a od novije literature Fleiner & Basta Fleiner, 2004; odnosno Fleiner & Basta Fleiner, 2009.

XIX veku, bile sadržinski različite.¹³ Međutim, posle Drugog svetskog rata i iskustva nacizma, ta dva principa pravnog uređenja države i društva konvergiraju, približavaju se, i imaju identičnu sadržinu. Najjednostavnije objašnjeno, ako se danas konsultuju pravni rečnici i pogleda kako je u njima određena sadržina idejā pravne države i vladavine prava, ako se danas pogledaju elementarna određenja pojmova pravne države i vladavine prava u udžbenicima za početnike, uvideće se da među njima nema suštinske razlike.¹⁴ Međutim, ako se stane na stanovište da su to i danas, kao i pre Drugog svetskog rata, dva sadržinski različita principa pravnog uređenja države, tj. vladavine kao vršenja vlasti, i da shodno tome jedan princip nezavisnosti sudstva odgovara pravnoj državi, a drugi, drugačiji princip nezavisnog sudstva odgovara vladavini prava, onda se mora prihvatiti i stanovište da je nacistička Nemačka, Nemačka Trećeg rajha, svakako jedna od najpravnijih država na svetu, ako ne i najpravija država od svih, jer je u njoj sve rađeno po pravu: Nijedan koncentracioni logor nije izgrađen bez plana i dozvole, sva oduzeta imovina i svi koji su popaljeni, poubijani, ugušeni – sve je to činjeno po zakonima i drugim važećim propisima i sve pedantno popisano. To, zasigurno, nije i ne može nigde da bude ideja pravne države na početku XXI veka, a pogotovo ne u Evropi i ne u Srbiji. Naučili smo iz tuđeg i iz sopstvenog iskustva da pravna država i vladavina prava danas i ubuduće moraju imati suštinski identičnu sadržinu. I naučili smo da je glavni stub pravne države, tj. vladavine prava – nezavisno sudstvo, odnosno nezavisno pravosuđe.

I budući da su sudstvo i tužilaštvo kao organi pravosuđa – stručni organi, o stručnosti lica koja treba da uđu u njihov sastav i o stručnosti njihovih već obavljenih poslova mogu da odlu čuju, tj. da ih stručno ocenjuju, samo stručni pravници, a ne politička lica, laici, nepravници. Gde god je potrebna stručnost, tu odlučivanje na osnovu principa majoriteta, većine, i to koje god, kakve god, kolike god većine (uključiv i jednoglasnost), ne može jamčiti, obezbeđivati da će odluke biti *ispravne* ako telo koje odlučuje nije sastavljeno od lica *odgovarajuće stručnosti*. Stoga predložena amandmanska rešenja konstituisanja

13 Vid. o tome pre svega knjige Lidije Baste odnosno Edina Šarčevića navedene *supra* u nap. br. 5.

14 Umesto mnogih, vid. Koetter, 2013, kao i tu navedenu najznačajniju noviju literaturu od 1969. do 2009. godine o tome; literaturu koja je prevashodno ali ne isključivo nemačka, odnosno na nemačkom jeziku.

Visokog Saveta sudstva, Visokog saveta tužilaca i Vrhovnog javnog tužioca Srbije¹⁵ nisu prihvatljiva. Uostalom, dobro je poznato da ni sama moderna demokratija ne može da se svede na većinski princip, princip vladavine većine, već mora – da bi se mogla razlikovati od ohlokratije, populizma i drugih prividno demokratskih a suštinski autoritarnih poredaka – da ima i svoje supstancijalne elemente i određenja. I to takođe spada u azbuku dobrog organizovanja države.

15 Vid. amandman I stav 2 tačke 2 i 3 *Radnog teksta*: “[... Narodna skupština...] 2. bira i razrešava sudije Ustavnog suda; 3. bira i razrešava Vrhovnog javnog tužioca Srbije, pet članova Visokog saveta sudstva i pet članova Visokog saveta tužilaca,” Pored toga, vid. amandman II stav 2 tačka 11: “[... Narodna skupština...] 11. bira sudije Ustavnog suda i odlučuje o njihovom razrešenju i prestanku mandata,”

Uz to, vid. amandman II stav 4: “Većinom od tri petine glasova svih narodnih poslanika Narodna skupština bira pet članova Visokog saveta sudstva, Visokog saveta tužilaca i Vrhovnog javnog tužioca Srbije, a ako tako ne budu izabrani, u narednih deset dana biraju se većinom od pet devetina glasova svih narodnih poslanika, s kojom se i razrešavaju.”

Posebno je zanimljiva odredba u amandmanu VII stav 2: “Isto lice ne može biti ponovo birano za predsednika Vrhovnog suda Srbije.”

Jasan naum egzeku tive, kao izraza političke većine u narodnom predstavništvu, da ostvari prevlast nad sudstvom vidi se i u amandmanu VIII stavovima 2 i 3:

„Visoki savet sudstva bira i razrešava predsednika Vrhovnog suda Srbije i predsednike ostalih sudova, bira sudije i sudije porotnike i odlučuje o prestanku njihove funkcije, prikuplja statističke podatke od značaja za rad sudija, vrednuje rad sudija i predsednika sudova, odlučuje o premeštaju i privremenom upućivanju sudija, imenu je i razrešava članove disciplinskih organa, određuje broj sudija i sudija porotnika, predlaže Vladi sredstva za rad sudova u pitanjima iz njegove nadležnosti i odlučuje o drugim pitanjima položaja sudija, predsednika sudova i sudija porotnika određenim zakonom.

Disciplinski postupak i postupak razrešenja sudija i predsednika sudova može pokrenuti i ministar nadležan za pravosuđe.“

Premda je nomotehnički pogrešno i loše ponavljati normativna rešenja unutar istog akta, Ministarstvo pravde to čini u *Radnom tekstu* kao da želi da potvrdi prevlast egzeku tive nad sudstvom ponavljajući sadržinu stava 4 amandmana II opet u amandmanu IX stav 2: „Narodna skupština bira pet članova Visokog saveta sudstva na predlog nadležnog odbora Narodne skupštine posle okončanog javnog konkursa glasovima tri petine svih narodnih poslanika, a ako tako ne budu svi izabrani, preostali se u narednih deset dana biraju glasovima pet devetina svih narodnih poslanika, inače se izborni postupak posle 15 dana ponavlja za onaj broj članova koji nisu izabrani.“

Jednako su manjkava i rešenja sadržana u: amandmanu X stav 2; am. XI st. 2; am. XII st. 1; am. XV st. 1; am. XVII st. 1 i 2; am. XVIII st. 3; am. XIX st. 2; am. X XI st. 1 i 2; am. X XII st. 2; am. X XIII st. 1 i 3.

Na kraju, pitanje stručnosti, pa i pravničke stručnosti, po prirodi stvari neminovno otvara pitanje pravničkog obrazovanja odnosno znanja, kako elementarnog – fakultetskog (koje imaju svi pripadnici pravničke zajednice), tako i stručno višeg koje je garantovano položenim pravosudnim ispitom (a imaju ga pripadnici kvalifikovane pravničke zajednice), ali i onog najvišeg stručno-pravničkog pravosudnog obrazovanja. I da je sve u najboljem redu u ovoj oblasti (a poznato je da uopšte nije – čime se nimalo ne umanjuje odgovornost samog pravništva za stanje u pravničkoj struci, to jest u pravničkim profesijama), takođe je dobro poznato da institucija koja bi prema *Radnom tekstu Amandmana* trebalo da ubuduće bude ekskluzivno nadležna za formiranje najstručnijih u pravosuđu, naime, Pravosudna akademija, nikako ne spada u ono što se reguliše ustavom, niti pak treba da bude ekskluzivna institucija tog tipa.

Profesori prava, kao poseban stručni deo pravničke zajednice u našoj zemlji, deo koji je stoga i specifično odgovoran za stanje i u našem pravništvu i u našem pravnom poretku, ali i sudije i tužioci i advokati takođe, napravili su već mnogo propusta¹⁶ i na mnogo šta ćutke pristali, samo primerice, da u Strazburu sudija iz naše zemlje, dakle, onaj koji u poslednjoj instanci rešava o tome da li su povređena ili poštovana ljudska prava pojedinaca u našoj zemlji, bude neko ko nema pravosudni ispit i ne može u našoj zemlji da bude sudija.

Dakle, najstručnije pravništvo u našoj zemlji ima posebnu odgovornost za pravno konstituisanje naše zemlje kao moderne demokratije u kojoj vlada pravo. Zato je uključivanje u raspravu o *Radnom tekstu Amandmana* pitanje profesionalne odgovornosti, čestitosti, znanja i savesti, obaveza da se reaguje na rešenja koja se očigledno kose sa znanjima koja spadaju u pravnu azbuku. Tu, primerice, spada i to da akt naslovljen kao *Radni tekst Amandmana Ministarstva pravde na Ustav Republike Srbije* pravno ne sme biti naslovljen tako jer amandmanska izmena Ustava zahteva donošenje odluke Vlade o tome, a ne odluku Ministarstva pravde, a potom zahteva i započinjanje određene procedure, koja je takođe izostala, tako da će Venecijanska komisija biti u zabludi o pravnoj prirodi ovog teksta, koji pak ni sadržinski pravna struka u Srbiji uopšte ne podržava. Gora od ovolikog neznanja mogla bi biti samo namera da se na ovaj način „proguraju“ ove izmene Ustava u oblasti pravosuđa. No, nezavisno od uzroka (neznanje ili namera), posledice će za pravosuđe i vladavinu prava u Srbiji biti iste – zlokobne.

¹⁶ O odgovornosti pravništva za nereagovanje na stanje, zbivanja i na predlagana rešenja u pravnom poretku, a li i o retkim primerima reagovanja stručne vid. Hasanbegović, 2016: naročito 123–129, 136–142; zatim vid. Hasanbegović, 2014a: naročito 110–120.

Literatura / References

Abulof, U. (2017). 'Can't buy me legitimacy': the elusive stability of Mideast rentier regimes, *Journal of International Relations and Development*. 20-1/2017: 55-79.

Aktuelnosti – Društvo sudija Srbije, <http://www.sudije.rs/index.php/aktuelnosti/2017-09-25-10-54-45/349-2018-02-26-09-09-41.html>. Preuzeto 5. 4. 2018.

American Bar Association, in Wikipedia, https://en.wikipedia.org/wiki/American_Bar_Association. Preuzeto 5. 4. 2018.

Basta, L. (1982). *Anglosaksonski konstitucionalizam u teoriji i praksi – Ideja o ograničavanju i kontroli političke vlasti i njena primena u Engleskoj*, doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Baum, L. (2016). 12th ed. *The Supreme Court*. Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC: CQ Press – Sage.

Boljević, D. (2016). *Ustavni sud Republike Srbije i pravosudna reforma*, master rad. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Boljević, D. (2014). Uloga sudstva u uspostavljanju pravne sigurnosti – kontroverze i preduslovi. U Vasić, R. i Krstić, I. (Prir.), *Pravna sigurnost u uslovima tranzicije*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. 135-159.

Boljević, D. (2009). Pogled na reformu sudstva u Srbiji – Ugrožena dobra rešenja. *Pravda u tranziciji* (Beograd: Tužilaštvo za ratne zločine). 12: 20-23.

[Brutus, Stephen Junius], (1579). *Vindiciae contra tyrannos*. <http://www.yorku.ca/comninel/courses/3020pdf/vindiciae.pdf>. Preuzeto 5. 4. 2018.

Veber, M. (1976). *Privreda i društvo*, prev. Olga i Tihomir Kostrešević. Beograd: Prosveta.

Jovičić, M. (1984). Veliki ustavni sistemi: Elementi za jedno uporedno ustavno parvo. Beograd: „Svetozar Marković“.

Koetter, M. (2013). Rechtsstaat and Rechtsstaatlichkeit in Germany, <https://wikis.fu-berlin.de/display/SBprojectrol/Germany>.

Komentari Društva sudija Srbije na Radni tekst Amandmana na Ustav RS od 8. marta 2018, http://www.sudije.rs/images/2018_03_08_Komentari_Dru%C5%A1tva_sudija_Srbije_na_Radni_tekst_amandmana.pdf. Preuzeto 5. 4. 2018.

Lukić, R. D. sa Košutićem, B. (1975). *Uvod u pravo*. Beograd: Naučna knjiga.

Marković, R. (2013). 18. izd. *Ustavno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Nacionalna strategija reforme pravosuđa za period 2013–2018. godine. <https://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna-Strategija-reforme-pravosudja-za-period-2013.-2018.-godine.pdf>. Preuzeto 5. 4. 2018.

Obaveštenje Udruženja tužilaca o zbivanjima na okruglom stolu Ministarstva pravde održanom u Novom Sadu 19. februara 2018: <http://www.uts.org.rs/aktivnosti/vesti/1440-sudije-tuzioci-advokati-napustili-javnu-raspravu-u-novom-sadu-zbog-pomocnika-ministra>. Preuzeto 5. 4. 2018.

Posner, R. (2017). *The Federal Judiciary: Strengths and Weaknesses*. Cambridge (MA): Harvard University Press.

Radni tekst Amandmana Ministarstva pravde na Ustav Republike Srbije – Sa obrazloženjima (referencama Venecijanske komisije). <https://www.mpravde.gov.rs/files/amandmani%20za%20objavljivanje1.pdf>. Preuzeto 5. 4. 2018.

Radni tekst Amandmana Ministarstva pravde na Ustav Republike Srbije – Sa obrazloženjima (referencama Venecijanske komisije) i Uvodne napomene. <https://www.mpravde.gov.rs/files/Radni%20%20tekst%20amandmana%20na%20Ustav%20Republike%20Srbije%20sa%20obrazlo%20%20C5%BEenjima%20> (referencama%20Venecijanske%20komisije).pdf. Preuzeto 5. 4. 2018.

Scharpf, F. (1999). *Governing in Europe: Effective and democratic?* Oxford, New York: Oxford University Press.

Scharpf, F. (2010). *Community and Autonomy: Institutions, Policies and Legitimacy in Multilevel Europe*. Frankfurt am Main: Campus Verlag (Publication Series of the Max Planck Institute for the Study of Societies – Book 68).

Schmidt, V. (2013). Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output and 'Throughput', *Political Studies*, 61–1/2013: 2–22.

Fleiner, Th. Basta Fleiner, L. (2009) *Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalised World*, Berlin, Heidelberg: Springer.

Fleiner, Th. Basta Fleiner, L. (2004). 3rd ed. *Allgemeine Staatslehre: Über die konstitutionelle Demokratie in einer multikulturellen globalisierten Welt*. Berlin, Heidelberg, New York, Hongkong, London, Mailand, Paris, Tokio: Springer.

Hasanbegović, J. (2016). Poslednjih dvadesetak godina demokratske tranzicije u okviru nešto više od dva veka modernizacije u Srbiji: Bilans bez perspektive. U Vranić, B. i Dajović, G. (Ur.), *Demokratska tranzicija Srbije: (Re)kapitulacija prvih 25 godina*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. 105–145.

Hasanbegović, J. (2014a). Pravna sigurnost u Srbiji u uslovima takozvane reforme pravosuđa i briselskog Sporazuma iz 2013. U Vasić, R. i Krstić, I. (Prir.), *Pravna sigurnost u uslovima tranzicije*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. 99–121.

Hasanbegović, J. (2014b). O preprekama vladavini prava u Srba, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu*. 1(V), 8–31.

Carp, R. Stidham, R. Manning, K. Holmes, L. (2017). 10.ed. *Judicial Process in America*. Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC: CQ Press – Sage.

Craig, P. (1997). Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework, *Public Law*, 1997: 467-487.

Šarčević, E. (1991). *Begriff und Theorie des Rechtsstaats (in der deutschen Staats- und Rechtsphilosophie) vom aufgeklärten Liberalismus bis zum Nationalsozialismus*, Dissertation. Saarbrücken: Universität Saarland.

Jasminka Hasanbegović, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Belgrade

**TOWARDS THE CONSTITUTIONAL AMENDMENTS ON THE
JUDICIARY: TOWARDS THE INDEPENDENT JUDICIARY
IN SERBIA OR IN THE OPPOSITE DIRECTION**

Summary

The author presents a critical analysis of the Working Paper on the Ministry of Justice Amendments to the Constitution of the Republic of Serbia from the perspective of three constitutional principles: legitimacy, checks and balances, and the rule of law (legal state). In effect, during the purported public discussion in 2017, even before the Working paper came into light, Ministry representatives had been advancing those principles as arguments for the normative solutions that appeared in the Working paper. The aim of this article is to examine whether those three principles are relevant or irrelevant for the good judiciary and, if they are, why and in what way. Upon this analysis, the author draws a conclusion on the values of constitutional proposals that the Ministry of Justice is promoting in its Working paper.

Keywords: *Ministry of Justice Working Paper on Amendments to the Constitution in the field of the judiciary, Serbian judicature, legitimacy, checks and balances, rule of law/legal state.*

Dr Dragan Stojanović,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1878031S

UDK: 347.97/.99:342.565.2(497.11)
Rad primljen: 08.04.2018.
Rad prihvaćen: 08.05.2018.

DA LI I KAKO REFORMISATI USTAVNI SUD?

Apstrakt: *Izvesno je da u skorije vreme predstoji promena Ustava Republike Srbije od 2000. godine. U dosadašnjim političko-pravnim raspravama i izjavama političara, međutim, pokazuje se da ustavno pravosuđe nije obuhvaćeno planiranom ustavnom reformom koja će, bar u prvom talasu donošenja ustavnih amandmana, biti ograničena samo na redovnu pravosudnu vlast. Stiče se utisak da je Ustavni sud institucija koja ne zahteva nikakve korekcije na nivou formalnog ustavnog prava. Naše mišljenje je upravo su protno ovom prećutnom zaključivanju. Zakoni su sve lošiji i očigledno neustavni, a Ustavni sud se ne oglašava. Ne samo zbog toga, predstojeća ustavna reforma trebalo bi, inter alia, da izvrši temeljnu rekonstrukciju sadašnjeg modela ustavnog pravosuđa u svim njegovim dimenzijama. Promena Ustava bi obuhvatila kako organizaciju i nadležnost, tako i procedure odlučivanja, kao i pravno dejstvo meritornih odluka Ustavnog suda. Predmet ovog rada upravo su pitanja: da li i kako reformisati Ustavni sud?*

Ključne reči: *Ustavni sud – uređenje, nadležnost, postupak odlučivanja, dejstvo odluka.*

1. Reforma ustavnog pravosuđa

Kao ustavno pravosuđe jedne federalne jedinice, Ustavni sud je konstitucionalizovan pre više od pola veka, na osnovu Ustava od 1963. godine. Ustanovljen kao ustavno sudstvo ondašnje Socijalističke Republike Srbije, postojao je i delovao paralelno, pored federalnog, Ustavnog suda Jugoslavije. Ne samo zbog federalne državne strukture, tadašnje ustavno sudovanje uglavnom je sledilo austrijsko-nemački model ustavnog pravosuđa. Prema oficijelnom razumevanju, smatrano je, ipak, integralnim delom skupštinskog sistema zasnovanog na principu jedinstva vlasti,

* stojand@prafak.ni.ac.rs

koji je dogmatski samo potvrđivao faktički politički monopol komunističke partije. Time su njegove akcione mogućnosti, u poređenju sa praksom poznatijih evropskih ustavnih sudova, suštinski bile ograničene. U ustavnom sistemu „integralnog samoupravljanja“, dejstvo ustavnog sudstva, koje bi svoje mesto svuda trebalo da iznađe na preseku prava i politike, jedva da se osećalo. Gotovo isključivo, Ustavni sud se bavio marginalnim pitanjima ustavnog sistema. Tek sa Ustavom od 1990. godine, uvođenjem principa podele vlasti za vodeći princip državne strukture, Ustavni sud formalno postaje nezavisna i samostalna institucija ustavne kontrole. Ni za sve vreme važenja ovog Ustava, međutim, Ustavni sud nije izrastao u funkcionalno nezavisni, delotvorni organ ustavne kontrole koji političku vlast svodi u granice ustavnog prava. Neki značajniji uticaj na zakonodavstvo i izvršnu vlast nije se primećivao, jer je Ustavni sud pokazivao mnogo više sklonosti da bude lojalan vladajućem autoritarnom režimu, nego što je bio voljan da bude lojalan samo i jedino Ustavu. Svoju kontrolnu funkciju Ustavni sud je dalekosežno „samoograničio“, i time je u potpunosti kompromitovao. Od kritičara je bio shvaćen i prepoznat samo kao produžena, formalno-pravna ruka režima.

Značajnije institucionalne impulse i novu priliku, naročito širenjem ustavnih kompetencija, složenijom unutrašnjom organizacijom i vanplenarnim modalitetima odlučivanja ustavno pravosuđe dobija nakon donošenja Ustava od 2006. godine. Praksa prvog sastava Ustavnog suda u ovom periodu (2008–2016) postaje znatno bogatija i ozbiljnija, ne samo po broju i vrsti rešenih ustavnih sporova, nego i po pravnom kvalitetu, značaju i domašaju donetih odluka. Upadljivo je da prema političkim vlastima Ustavni sud istupa znatno oštrije.

Funkcionisanje Ustavnog suda od njegovog konstituisanja 2008. godine, saglasno novom Ustavu, pa sve do sada, dozvoljava da se prilično pouzdano oceni njegova praksa i uloga u ostvarivanju vladavine prava, preciznije zaštiti i ostvarivanju Ustava. Ako se isključivo imaju u vidu najizrazitiji aspekti delovanja ustavnog sudovanja, normativna kontrola prava i odlučivanje o ustavnim žalbama građana, proizlazi najopštiji zaključak da su za znatnije unapređivanje pravnog kvaliteta ustavnog pravosuđa delom neophodna, delom poželjna institucionalna korigovanja položaja, uređenja i zadataka Ustavnog suda u sistemu zasnovanom na principu podele i ravnoteže vlasti koji je Ustavom prihvaćen za vodeći organizacioni i funkcionalni princip državnog života. Nema sumnje da je pažljivija analiza perioda od deset godina primene Ustava i dosadašnja praksa ustavnog sudovanja dovoljna da potvrdi ovaj najopštiji

zaključak. Taj zaključak se uostalom može naći i kod pojedinih članova Ustavnog suda koji su dosta kritički procenjivali kako institucionalne okvire ustavnog pravosuđa, tako i domete vlastite ustavnosudske prakse. Čini se da, za razliku od političke vlasti, u pogledu reforme ustavnog pravosuđa postoji opšta saglasnost teoretičara ustavnog prava (Upor. *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava 1963–2013*, Zbornik radova, Beograd, 2013). Sve su češće ocene da se Ustavni sud nalazi u velikoj krizi.

U pogledu pravaca i obuhvatnosti reforme ustavnog sudstva jedinstvo mišljenja nije u toj meri prisutno. Nezavisno od toga što verovatno neće biti jedno od glavnih pitanja predstojeće ustavne revizije, poželjno je da u sklopu celovite reforme pravosudnog sistema odgovarajuće razrešenje dostignu sva sporna pitanja načelne prirode koja sada evidentno opterećuju funkcionisanje Ustavnog suda. Institucionalne transformacije, korekcija i dogradnja funkcije ustavnog pravosuđa, mora da bude sveobuhvatna i „sistemska“. U stvari, da bi se uspostavili što skladniji i „čistiji“ odnosi između sadašnje funkcije ustavne kontrole i zaštite, koja je poverena Ustavnom sudu, sa drugim funkcijama državne vlasti, posebno odnosi sa sudskom funkcijom, koji još uvek nisu lišeni napetosti i nejasnoća, ali i da bi se intenzivirala kontrola ustavnosti zakona, negde će biti neophodne dublje negde manje radikalne ustavne korekcije pojedinih aspekata funkcije ustavnog pravosuđa, počev od preširokih kompetencija, potom sastava i izbora, uređenja i organizacije, pa sve do postupka odlučivanja i pravnog dejstva odluka Ustavnog suda. Prema tome, da bi ustavno sudstvo ostvarilo svoju misiju i doista zauzelo mesto u ustavnom sistemu koje mu načelno pripada, valjalo bi koncept ustavnog pravosuđa preispitati u svemu.

Institucionalne promene bi podrazumevale kako delimično menjanje postojećeg ustavnog okvira, tako i odgovarajuće revidiranje njemu komplementarnog zakonskog uređivanja funkcije ustavne kontrole i zaštite. Akcenat bi trebalo svakako da bude na ustavnoj institucionalnoj dinamici, uz zadržavanje i još jasnije potvrđivanje dosadašnje orijentacije najviše rangiranog prava koje ustavno pravosuđe oblikuje u posebnu, četvrtu granu državne vlasti – nezavisnu i samostalnu vlast ustavne kontrole. Zakonska konkretizacija bi principijelno sledila, dograđivala i dalje razvijala celoviti ustavni projekt, naročito u pogledu ključnih elemenata procedure odlučivanja i konkretnih pravnih posledica odluka Ustavnog suda. Time bi prva premisa ustavnog pravosuđa – kvalitetna institucionalizacija – postala u svemu normativno stabilna, funkcionalno neprotivurečna, logički koherentna i praktično održiva.

2. Sužavanje nadležnosti Ustavnog suda

Ustavni sud sada ima izuzetno obimnu nadležnost, tako da njegove kompetencije znatno prevazilaze standarde evropskog modela ustavnog pravosuđa. Ustavotvorac je preterao u „opterećevanju“ Ustavnog suda, nagomilavši mu kako zadatke koje ustavno pravosuđe nužno ne mora da obavlja, tako i kompetencije za koje je bilo očekivano da će ostati nadležnosti Ustavnog suda samo na „papiru“. Opravdano izražavajući bojazan da će Ustavni sud biti „jedan od najopterećenijih ustavnih sudova Evrope“, O. Vučić je svojevremeno ocenjivala da je na njemu „veliki teret da bezmalo sve, a veliku većinu pouzdano, nezakonitog i neustavnog postupanja utvrdi, i svojim odlukama u granicama svojih ustavnih ovalašćenja, ispravi“ (O. Vučić, 2010: 93). Ova bojazan nije bila preterana. Pokazalo se da Ustavni sud, funkcionalno preopterećen, nije sposoban da adekvatno i pravovremeno odgovori svojim široko postavljenim ustavnim zadacima. Zbog toga bi buduća ustavna reforma trebalo da dovede do dalekosežnog smanjivanja ustavnih zadataka i kompetencionog rasterećenja Ustavnog suda. Pri tome, glavne komepencije ustavnog pravosuđa bile bi uglavnom zadržane, ali u najnužnijem obimu. Samo jezgro ustavne nadležnosti obrazovale bi apstraktna i incidentna normativna kontrola prava i odlučivanje o ustavnim žalbama pojedinaca. Svakako, ustavna lista kompetencija Ustavnog suda bila bi i nadalje zatvorena, tako da se ne bi mogla proširivati zakonom.

Pravilo je da ustavni sudovi ocenjuju samo ustavnost podzakonskih akata, tako da ispitivanje njihove zakonitosti nije njihova univerzalna nadležnost. Najčešće ovu ocenu daju redovni sudovi prema sistemu eksepcije nezakonitosti (*exceptio illegalis*), odlučujući o prigovoru nezakonitosti podzakonskog akta, kao prejudicionom pitanju. Važeći Ustav je pošao drugim putem, ustanovljavajući monopol Ustavnog suda ne samo u kontroli ustavnosti, nego i u oceni zakonitosti normativnih akata. Sve generalne pravne norme načelno se mogu podvrgnuti ustavnoj kontoli, nezavisno od njihovog ranga, kako sa aspekta njihove konformnosti Ustavu, tako i u pogledu njihove suprotnosti zakonu. Ovaj monopol snažno potvrđuje član 63 Zakona o Ustavnom sudu, kada sudovima opšte i posebne nadležnosti nameće obavezu, ako se u postupku koji se pred njima vodi postavi pitanje saglasnosti nekog opšteg akta sa zakonom, da zastanu sa svojim postupanjem i pokrenu postupak pred Ustavnim sudom. Time je praktično oduzeto pravo redovnim sudovima da samostalno vrše ocenu zakonitosti podzakonskih akata, ali je zato Ustavni sud sada opterećen rešavanjem hipotetičkih i manje značajnih ustavnih sporova, koji bi mogli da se okončaju eksepcijom nezakonitosti. Kako je reč o sprovedbenim propisima kojima se,

inače, ne mogu izvorno propisivati prava i obaveze fizičkih i pravnih lica, njihovo izuzimanje od apstraktne ustavnosudske kontrole ne bi se suštinski odražavalo na kvalitet i obim ustavne zaštite prava i sloboda građana, niti bi bitnije uticalo na stanje ustavnosti i zakonitosti. Za Ustavni sud se sadašnji model apstraktne ocene ustavnosti podzakonskih propisa pokazuje samo kao zgodan način za poboljšanje svoje statistike rešenih ustavnih sporova. Rezultati kontrole zakonitosti bi mogli ozbiljnije da se vrednuju jedino pod uslovom da je ocena zakonitosti propisa zahtevana incidentno, dakle, od redovnih sudova, ili bar povodom ustavnih žalbi, kao prethodno pitanje. Apstraktno rešavanje sporova o zakonitosti podzakonskih propisa jedva da ide dalje od bespotrebnog gubljenja vremena. Prenatran inicijativama za ispitivanje podzakonskih akata Ustavni sud nema dovoljno vremena i energije za rešavanje „krupnih“ ustavnih sporova. Uostalom, posmatrano sa načelnog stanovišta, dok je ideja ustavne kontrole prava vezana za garantovanje supremacije prava ustavnog ranga, dotle je obuhvatna zaštita zakonitosti domen redovnog pravosuđa.

Do pravog rasterećenja Ustavnog suda došlo bi, dakle, ako bi se u sklopu ustavne kontrole normi, svojoj najvažnijoj nadležnosti, Ustavni sud zaustavljao na oceni ustavnosti, bilo apstraktno bilo incidentno, pre svega, međunarodnog ugovora, zakona i uredbe, dok bi se ocena zakonitosti opštih akata primenjivala samo incidentno, povodom sudijskog predloga. Apstraktna ocena zakonitosti, povodom inicijative pojedinaca, bila bi isključena. To znači da bi se ispitivanje zakonitosti propisa ili drugih opštih akata preliminarno prepustila redovnom, odnosno upravnom pravosuđu, koje bi bilo ovlašćeno na primenjivanje instituta ekscepcije protivzakonitosti (*exceptio illegalis*). U spornom pravnom slučaju redovni sud bi morao neposredno da primenjuje zakon, ali ne obavezno i sporni podzakonski akt. Pozivom na nezakonitost, njegova primena može da bude odbijena. Ukoliko je, dakle, pitanje zakonitosti podzakonskog akta prejudicijalno, a nije moguće da se konkretni spor uspešno reši neposrednom primenom zakona ili ako sud nije spreman i odlučan da samostalno reši ovo prethodno pitanje, redovni sud bi bio ovlašćen, bilo samostalno, bilo preko najviše sudske instance, da povodom incidentnog slučaja pokrene ustavnosudski postupak. Tih slučajeva verovatno ne bi bilo suviše, jer podnošenje sudske predloga podrazumeva duži prekid postupka.

Da pokretanjem ustavnosudskog postupka redovni sud ne bi rizikovao da povredi pravo na suđenje u razumnom roku, sudske predloge u ovom smislu treba proglasiti zahtevima za hitno odlučivanje. U datom slučaju

odluka Ustavnog suda bi morala da padne u veoma kratkom roku koji se ne meri mesecima, nego nedeljama.

S druge strane, kada je sporna zakonitost podzakonskog propisa prejudicijono pitanje, koje je rešavano tako što je podzakonskom propisu uskraćena primena, ili ako je sud odbio da prizna podzakonskom aktu svojstvo prejudicijalnosti, pojedincu bi bio otvoren drugi pravni put – ustavna žalba. Nije isključeno, dakle, da sudski akt, odnosno interpretacija suda kojom je odbijena primena podzakonskog akta bude prethodno preispitana u postupku po ustavnoj žalbi u kojoj je postavljena tvrdnja da je neosnovanom ekscepcijom protivzakonitosti ili odbijanjem prejudicijalnosti povređeno Ustavom garantovano pravo na pravično suđenje. Razume se, zbog zadržavanja monopola Ustavnog suda u ocenjivanju ustavnosti prava, ovlašćenje sudova opšte i posebne nadležnosti na ekscepciju protivustavnosti zakona ili uredbe bilo bi i nadalje uskraćeno. U slučaju da ima ozbiljnu sumnju u ustavnost zakona, sud bi uvek morao da prekine postupak i traži odluku Ustavnog suda. Prema tome, za razliku od stroge vezanosti sudskih odluka za Ustav, zakon i potvrđeni međunarodni ugovor, sud ne bi trebalo da bude vezan propisom za koji nalazi da nije donet na osnovu zakona, odnosno da nije u skladu sa zakonom.

Praksa Ustavnog suda je pokazala da preventivna kontrola ustavnosti zakona nema nikakvog smisla, ako već postoje apstraktna i incidentna kontrola njihove ustavnosti. Ona nikada nije ni bila primenjena, što je takođe, uz njeno loše normativno uređivanje, dodatni argument da se odbaci iz sistema ustavne kontrole. Uostalom, ni sama ustavna teorija nije bila nimalo oduševljena njenim uvođenjem (upor. Đurić, 2007: 386, Pejić, 2008: 753, Petrov, 2010: 130, Nenadić, 2009: 77). Ukoliko se, međutim, želi zadržavanje nekog oblika *a priori* kontrole normi, onda bi nesumnjivo moglo da ima racionalno opravdanje jedino prethodno ispitivanje ustavnosti međunarodnog ugovora, dakle, ocenjivanje ustavnosti međunarodnog ugovora pre okončanja postupka parlamentarne ratifikacije.

Kada je reč o ostalim kompetencijama Ustavnog suda, nema razloga da se ne zadrži postojeće ustavno rešenje po kome o zakonitosti izbora za opšta predstavnička tela u svemu principijelno odlučuje upravno pravosuđe. Jedino ako rešavanje izbornog spora uključuje neposredno odlučivanje o zaštiti subjektivnog izbornog prava, odnosno odlučivanje o neposrednom sticanju, zadržavanju ili oduzimanju opšteg predstavničkog mandata, mogao bi da se prizove Ustavni sud, ali ne u samostalnom

(instancionom) postupku, nego putem ustavne žalbe. U ovom slučaju izborni spor bi indirektno mogao da bude obuhvaćen zaštitom Ustavom garantovanog izbornog prava navodno povređenog odlukom Upravnog suda. S druge strane, zbog posebnog značaja i političke delikatnosti odlučivanja o parlamentarnom mandatu, slično široko primenjenom uporednom rešenju, Ustavom bi trebalo predvideti posebnu žalbu ne samo protiv odluke Narodne skupštine u vezi sa potvrđivanjem mandata narodnih poslanika, nego i protiv svake odluke najvišeg predstavničkog tela kojom se utvrđuje prestanak mandata narodnog poslanika. Bez obzira što nije predstavnička funkcija, sličnim razlozima se može pravdati zadržavanje posebne žalbe Ustavnom sudu na prestanak sudijske ili tužilačke funkcije.

Sa odlučivanjem o zabrani delovanja udruženja, verske zajednice ili sindikalne organizacije neobjašnjivo je proširen domen nadležnosti Ustavnog suda. Ova odluka ustavotvorca nije naišla na odobravanje pravne teorije, koja smatra, skoro bez izuzetka, da bi bilo daleko bolje da se ustavotvorac ograničio samo na ustavnosudsko ispitivanje delovanja političkih partija, dok bi pravna ocena delovanja i zabrana drugih udruženja otišla u domen viših instanci redovnog, odnosno upravnog sudstva (D. Stojanović, 2016: 71). Ustavni sud bi jedino mogao, u postupku po ustavnoj žalbi, da ispituje odluku suda o zabrani udruženja, isključivo sa stanovišta povrede Ustavom garantovanog prava na slobodu udruživanja, odnosno zabrani verske ili sindikalne organizacije sa stanovišta ustavnih granica slobode veroispovesti i sindikalne slobode.

Delovanje političkih stranaka, kao institucija ustavnog života, s jedne, i delovanje „običnih udruženja“, od kojih većina nema politički karakter, s druge strane, ne može da se izjednačava. Protivustavno delovanje političkih partija koje primenjuju ili propagiraju nasilna, borbena sredstva za osvajanje državne vlasti samo po sebi jeste ozbiljna opasnost koja opravdava preduzimanje radikalnih mera države, kao i odgovarajuće uključivanje Ustavnog suda u odbrani demokratskog i državnopravnog poretka. Mera zabrane delovanja i raspuštanja političke partije, ukoliko je činjenično opravdana, neophodna i srazmerna opasnosti koju bi trebalo da otkloni ili predupredi, predstavlja adekvatan odgovor, *ultima ratio* demokratskog poretka na pokušaje za njegovim nasilnim menjanjem ili ukidanjem. Takav stepen društvene opasnosti teško može da postoji kod ostalih udruženja, ne sporeći da njihovi ciljevi ili delovanje mogu da budu u ozbiljnom sukobu sa krivičnim zakonom i ustavnim poretkom.

Kada je reč o ostalim ustavnim sporovima koji bi se nalazili na konačnoj listi nadležnosti, odlučivanje o ustavnim žalbama bi ostalo u punom obimu kompetencija Ustavnog suda, s tim što bi, kao i normativna kontrola prava, trebalo da bude znatno potpunije uređeno najviše rangiranim pravom. Pravno dejstvo odluke Ustavnog suda po ustavnoj žalbi takođe bi trebalo da bude regulisano Ustavom. Poseban tip ustavne žalbe bila bi „komunalna tužba“, tj. zaštita Ustavom garantovanih prava jedinica lokalne samouprave, opština i gradova. Preostale kompetencije Ustavnog suda, kao što su rešavanje sukoba nadležnosti i odlučivanje o povredi Ustava od strane predsednika Republike, ostale bi, manje-više u nepromenjenom obimu, i nadalje isključiva nadležnost ustavnog pravosuđa.

3. Jačanje nezavisnosti Ustavnog suda i položaja njegovih članova

Ustavni sud je svuda i svagda zamišljen kao samostalna i nezavisna ustavna vlast. Ne može se sporiti da samostalnost Ustavnog suda, njegov nezavisni položaj u sistemu zasnovanom na podeli i ravnoteži vlasti, kao i stvarna i lična nezavisnost njegovih članova imaju i danas snažnu potvrdu i jemstva važećeg Ustava. To ne znači, međutim, da nema potrebe za dodatnim ustavnim garancijama koje će još više naglasiti i osnažiti njegovu nezavisnu, samostalnu i politički neutralnu poziciju, kako u vezi sa njegovim sastavom i načinom izbora njegovih članova, tako i u pogledu njegove unutrašnje organizacije i mogućih „tehnika“ odlučivanja. U pravnoj teoriji su ove garancije jasno prepoznate (Upor. Stojanović, 2016: 110–134; Nenadić, 2012).

Načelno posmatrano, sastav Ustavnog suda, broj njegovih članova i dužina njihovog mandata uglavnom odgovaraju standardima evropskih ustavnih sudova. To ne bi moglo da se tvrdi za ustavnu mogućnost da se devetogodišnji sudijski mandat obnovi. Umesto što se Ustavom dozvoljava ponovni izbor, tj. obnavljanje mandata, racionalnije je povećati dužinu mandata, na primer, na 12 godina. Suprotno strogo pravnom karakteru funkcije sudije Ustavnog suda, koja nije i ne sme da bude politička funkcija, mogućnost da jedno lice može biti birano ili imenovano za sudiju Ustavnog suda dva puta dozvoljava realnim da sudija obavlja prvi mandat na način za koji veruje da će mu obezbediti njegovo ponovno dobijanje. Lojalnost Ustavu tada može, i obično jeste, u drugom planu. Uz duži mandat mogla bi da ide i nešto viša starosna dob, na primer, najduže do 70 godina života, za navršetak radnog veka sudije Ustavnog suda.

U sadašnjem izboru članova Ustavnog suda na odgovarajući način učestvuju sve tri grane državne vlasti, birajući svaka od njih trećinu njegovog sastava, tako da je način izbora i konstituisanja Ustavnog suda na prvi pogled u skladu sa principom podele vlasti. Za svaki izbor, nezavisno od toga da li se bira ceo sastav Suda ili se popunjava samo jedno upražnjeno sudijsko mesto, neophodno je da izborni predlog sadrži imena dvostruko većeg broja kandidata od broja sudija koje treba izabrati. Ovom pravilu koje jasno proizlazi iz Ustavom određenog načina izbora sudija Ustavnog suda može se zameriti što je iz utvrđivanja predloga ili izbora koji vrši Narodna skupština, a to je zapravo dve trećine sastava Ustavnog suda, praktično isključena parlamentarna manjina. Da bi se garantovao i njen uticaj na izbor sudija Ustavnog suda neophodno je da se u Narodnoj skupštini izbor sudija, odnosno utvrđivanje predloga za izbor sudija Ustavnog suda vrši kvalifikovanom većinom. Time bi za većinski sastav Ustavnog suda koji određuju politički državni organi bio neophodno potreban konsenzus parlamentarnih grupa u Narodnoj skupštini. Ista većina bila bi potrebna i za slučaj donošenja odluke o razrešenju sudije Ustavnog suda. Na ovaj način dobio bi značajno na snazi uslov da kandidat za sudiju Ustavnog suda bude doista „istaknuti“ pravnik.

Izvesno da je za prvi, ali još više za aktuelni sastav Ustavnog suda, ispunjenost ovog uslova prilično olako prihvatana od parlamentarne većine. Praktično, zahtev da se 15 godina ima radno iskustvo u pravnoj struci uzimao se dovoljnim za konstataciju da je kandidat stvarno „istaknuti“, poznati i priznati pravni stručnjak. U stvarnosti, bez obzira što formalno nisu članovi vladajuće političke stranke, čini se da pojedina lica izabrana za sudije Ustavnog suda više duguju za svoj izbor nekim nedokučivim političkim radnjama, a daleko manje izvanrednim, ličnim stručnim i moralnim kvalitetima. Iz njihovih objavljenih biografskih podataka prezentiranih Narodnoj skupštini teško se može prihvatiti da je reč o „istaknutim“ pravnim stručnjacima. Ako je neko nepoznat ne samo najširoj javnosti, nego je, nezavisno od višegodišnjeg pravnog iskustva, potpuni „anonimus“ u pravničkoj struci, dakle, nepoznato ime, kako u pravnoj teoriji tako i pravnoj praksi, onda je time glavni ustavni uslov za izbor, zbog preširokog razumevanja, potpuno diskreditovan. S druge strane, dodatni generalni uslov da sa svake predložene liste bar jedan od izabranih kandidata mora da bude sa teritorije autonomnih pokrajina može da bude u još napetijem odnosu sa opštim, stručnim uslovima za izbor sudija Ustavnog suda. Nezavisno od toga, ovaj uslov nagoveštava nekakav „federalistički akcent“ ove institucije. Zato bi od njega trebalo odustati.

Kada je reč o načinu na koji sudska vlast bira, odnosno imenuje trećinu sastava Ustanog suda, posmatrano sa načelnog stanovišta, njemu se može posebno prigovoriti. Opšta sednica Vrhovno kasacionog suda ne bi trebalo da bude vezana predlogom nijednog drugog ustavnog organa, pa ni sadašnjeg Visokog saveta sudstva i Državnog veća tužilaca. U sastavu ovih organa nalaze se formalno istaknuti predstavnici zakonodavne i izvršne vlasti, tako da njihov uticaj na utvrđivanje predloga sada može biti od presudne važnosti. Sudska vlast mora da poseduje ustavno ovlašćenje da potpuno samostalno i nezavisno odredi „svoju“ kvotu članova Ustavnog suda. Ukoliko iz sastava Visokog saveta sudstva, odnosno Državnog veća tužilaca, nagoveštenom promenom Ustava, budu isključeni članovi političkih državnih organa, onda će otpasti i ovaj prigovor.

Načelno je prihvatljivo ustavno rešenje po kome sudija Ustavnog suda ne može da vrši bilo koju drugu javnu ili profesionalnu funkciju niti posao. Izuzetku koji je Ustavom dopušten – profesura na pravnom fakultetu – može se, međutim, zameriti da principijelno nije dovoljno određen, jer na pravnim fakultetima postoje i vanpravni predmeti ili nastavni predmeti koji se samo (manjim) delom mogu smatrati pravnim. Time što je prepušteno zakonu da precizno odredi šta obuhvata „profesura na pravnom fakultetu“ zapravo je dato ovlašćenje zakonodavcu da suštinski odredi odstupanje od načela inkompatibilnosti, odnosno stvarni domašaj ustavne norme o sukobu interesa. Zakon o Ustavnom sudu na koji Ustav ovde upućuje pod „profesurou na pravnom fakultetu“ smatra obavljanje nastave na fakultetu u zvanju redovnog ili vanrednog profesora, što je samo delimično konkretizovanje ustavne norme. Jedan ovakav izuzetak, međutim, mora u svemu da bude određen Ustavom. To bi se jednostavno učinilo tako što bi Ustav deklarirao funkciju sudije Ustavnog suda spojivom sa redovnom (i vanrednom) profesurou prava na univerzitetu.

4. Uređenje i oblici odlučivanja

Ustav je u svemu prepustio zakonu da postavi uređenje Ustavnog suda, uredi postupak i utvrdi pravno dejstvo njegovih odluka. U pogledu načina odlučivanja jedina je ustavna norma da Ustavni sud donosi odluke većinom glasova svih sudija Ustavnog suda. Nesporno je, međutim, da postoji neposredan odnos između norme o načinu odlučivanja Ustavnog suda i njegove strukture, tačnije uređenje Ustavnog suda mora biti takvo da obezbeđuje ustavom propisani način odlučivanja. Pojedini od dokazano uspešnih načina rešavanja ovih pitanja u evropskim modelima ustavnog

pravosuđa, naročito odlučivanje preko užih tela, tipa odbora i malih veća, deluju sasvim prihvatljivo i predstavljaju racionalni put jačanja funkcionalne sposobnosti ustavnog sudstva.

Dok je prema izvornoj redakciji Zakona o Ustavnom sudu uvek odlučivano na plenarnoj sednici Suda, izmenama zakona od 2011. godine dalekosežno su promenjeni unutrašnje ustrojstvo i način odlučivanja Ustavnog suda. Sada postoje tri oblika odlučivanja Ustavnog suda: odlučivanje na sednici Ustavnog suda, odlučivanje na sednici Velikog veća i odlučivanje na sednici Malog veća. Prva dva oblika su primenjena za meritorno odlučivanje, dok se treća solucija sprovodi samo za donošenje procesnih odluka kojima se odbija pokretanje postupka ili se postupak okončava bez donošenja meritorne odluke. Po jednom mišljenju koje bilo zastupano i od pojedinih sudija Ustavnog suda ustanovljavanje Velikih i Malih veća suprotno je ustavnoj normi koja propisuje način odlučivanja Ustavnog suda. Prema ovom gledištu, celokupni sastav Ustavnog suda mora biti u prilici da odlučuje o bilo kojoj odluci Ustavnog suda, pa ma to bila samo procesna odluka. Merodavna ustavna norma o odlučivanju Ustavnog suda tumači se krajnje restriktivno. To znači da, bez obzira na okolnost da Veliko veće uvek odlučuje prema principu jednoglasnosti, čime je formalno ispunjen ustavni zahtev da svaka odluka Ustavnog suda mora da bude prihvaćena većinom od ukupnog broja sudija, ostaje ipak činjenica da je odlučivanjem Velikog veća zapravo uskraćena mogućnost za sedam sudija da učestvuju u donošenju odluke. Niko ne može, međutim, pa ni zakonodavac, da uskrati pravo svakom sudiji da učestvuje u donošenju bilo koje meritorne odluke Ustavnog suda, po nekima čak ni odluke procesne prirode. Ovu argumentaciju, međutim, sam Ustavni sud nije prihvatio, nalazeći da se kod tumačenja ustavne norme o načinu odlučivanja Ustavnog suda ne treba zaustavljati na njenom najužem značenju. Usko verbalnoj interpretaciji suprotstavljena je ekstenzivna ciljna interpretacija odgovarajuće ustavne norme. Ako se, međutim, ekstenzivnijom ili ustavnokonformnom metodom tumačenja odlučivanje Velikog veća ipak može dovesti u sklad sa Ustavom, dotle se u slučaju odlučivanja Malog veća može jedino tvrditi da njegovi zaključci o okončanju postupka ne predstavljaju materijalne odluke Suda, te se ne mogu smatrati odstupanjem od ustavnog pravila o većini neophodnoj za donošenje odluka. Ipak, kako bi se otklonile sve nedoumice o načinu odlučivanja Ustavnog suda, Ustav bi trebalo da predvidi bilo ovlašćenje za zakonodavca da može ustanovljivati poseban prethodni postupak za odlučivanje o zahtevima kojima se pokreće ustavnosudski postupak bilo da eksplicitno ustanovi odlučivanje putem Velikih i Malih veća u Ustavnom sudu. Njihov sastav, delokrug i način odlučivanja uređivao bi se zakonom.

5. Racionalizacija ustavnosudskog postupka

Ustavi se retko upuštaju u uređivanje postupka pred Ustavnim sudom, tako da je postupanje ove institucije gotovo u svemu zakonski rezervat. Svuda je obavezni izuzetak određivanja subjekata koji mogu da stave u pokret mehanizam ustavnosudske normativne kontrole i odlučivanje o ustavnim žalbama. Oba načina pokretanja normativne kontrole koje Ustav sada predviđa, predlog i inicijativa, osporena su, ne samo u doktrini, nego i mišljenjem pojedinih članova samog Ustavnog suda. Čini se da i jedan i drugi način aktiviranja ustavne kontrole normi zahtevaju preoblikovanje već na nivou ustavnog prava. Inicijativa je preširoko postavljena. Kako se bez bilo kakvih uslova može usmeriti protiv svih opštih akata, praktično je izjednačena sa peticijom koju građani mogu u svako doba da upute javnim vlastima. Ukoliko se, međutim, želi orijentacija ustavnog pravosuđa ka rešavanju stvarnih i ozbiljnih sukoba generalnih normi sa Ustavom, a ne rešavanje samo hipotetičkih sporova, onda bi dosadašnju inicijativu od prava svakoga da zahteva normativnu kontrolu bilo koje generalne norme trebalo preoblikovati u formalni individualni predlog kojim se pokreće normativna kontrola, ali samo protiv onih normativnih akata kojima se neposredno dodiruje subjektivna pravna pozicija. Individualni predlog bi bio prihvatljiv jedino ako postoji stvarni pravni interes za normativnom kontrolom. To bi značilo da pojedinac može da zahteva normativnu kontrolu samo pod uslovom da normativni akt, zakon ili uredba, neposredno deluje prema njemu, bez donošenja pojedinačnog akta, dakle, da neposredno i sadašnje zadire u njegova prava, pravne interese i pravni položaj. Opšti akti koji ne razvijaju takvo neposredno pravno dejstvo indirektno bi se mogli osporavati u postupku odlučivanja o ustavnoj žalbi, tako što bi se o njihovoj ustavnosti odlučivalo kao o prethodnom pitanju.

Drugi način pokretanja normativne kontrole, tj. predlog državnih organa, odnosno organa teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, uključujući predlog koji potiče od parlamentarne manjine, ostao bi zadržan u sadašnjem ustavnom obliku, ali sa posebnim izdvajanjem ovlašćenja sudova na iniciranje konkretne (incidentne) normativne kontrole. Zakonu bi bilo prepušteno da diferencira organe i tela koja raspolažu generalnim ovlašćenjem od onih subjekata koji mogu da imaju samo specijalno ovlašćenje na pokretanje postupka normativne kontrole, bilo u slučaju da su im povređena vlastita Ustavom garantovana prava bilo da se pitanje ustavnosti incidentno postavi u postupku koji se pred njima vodi.

Treći način pokretanja postupka normativne kontrole kada Ustavni sud *ex offio* pokreće postupak bio bi zadržan, ali samo uz rezervu prejudicijalnosti, dakle, jedino za slučaj rešavanja prethodnog pitanja. Time bi, *inter alia*, prethodno odlučivanje Ustavnog suda o ustavnosti opšteg akta u postupku po ustavnoj žalbi takođe imalo eksplicitan ustavni osnov.

U zakonskom oblikovanju ustavnosudskog postupka, posebno normativne kontrole i postupka po ustavnim žalbama, daleko veću relevantnost bi trebalo da dobije javna rasprava. Veći broj javnih rasprava bi nesumnjivo jačao autoritet odluka Ustavnog suda. Povećanje broja predmeta za čije raspravljavanje Ustavni sud organizuje javnu raspravu značilo bi srazmerno unapređivanje i povećanje domašaja načela javnosti u postupanju Ustavnog suda, s jedne, ali i jačanje procesne pozicije u česnika postupka, s druge strane. Neprihvatljivo je da Ustavni sud najviše jednom godišnje drži javnu raspravu, bez obzira na predmet ustavnog spora. Kod ocene ustavnosti zakona, bilo po predlogu državnih organa bilo po individualnom predlogu, odluka bi, po pravilu, morala da sledi posle održane javne rasprave, osim ako učesnici od nje izričito ne odustanu ili ako o spornom pravnom pitanju već postoji stalna praksa Ustavnog suda. *Muttat is mutandis* isti princip bi važio u slučaju kasacije presude Vrhovnog kasacionog ili Apelacionog suda u postupku odlučivanja po ustavnim žalbama, uz dodatni odstupajući slučaj kada se kasacijom sudske odluke izvršavaju odluke Evropskog suda za ljudska prava, odnosno sledi njegova stalna praksa.

6. Preciziranje pravnog dejstva odluka Ustavnog suda

Funkcija ustavnog pravosuđa ne može da se pretpostavlja niti da se tumačenjem izvodi iz klasične sudske funkcije. Nije slučajno što se od brojnih autoriteta zbog svoje specifične prirode smatra četvrtom granom vlasti (Upor. Vučić, 2010: 21). Da bi pravni efekti ustavnosudske kontrole bili potpuno jasni i nesporni, neophodno je da se već samim ustavom opiše njena pravna moć i prihvati kasatorno delovanje odluke ustavnog suda prema aktima zakonodavne i sudske vlasti. Dok je odnos ustavnog pravosuđa i zakonodavne vlasti manjeviše sada nesporan, dotle se odnos ustavnog prema redovnim sudovima još uvek pokazuje kao izuzetno delikatna, ponegde i krajnje složena pravna situacija, kako sa načelnog i pravno-dogmatskog, tako još više sa stanovišta prakse. Danas se principijelno više nigde ne dovodi u pitanje pravna moć ustavnog pravosuđa da ispituje odnos zakona prema ustavu, potom da stavi van snage,

anulira opšte odluke zakonodavne vlasti. U praksi normativne kontrole jedino može biti sporno do koje mere se ustavni sud svojim novim stilom interpretacije, naročito interpretativnim odlukama, može udaljavati od svoje tradicionalne uloge „negativnog zakonodavca“. Ta pravna moć prema odlukama sudske vlasti, dakle, pojedinačnim sudskim odlukama, presudama ili rešenjima, prihvata se sa mnogo više opreza, uz značajne rezerve, ukoliko je uopšte prihvaćena.

Odluka Ustavnog suda, bez obzira da li pogađa opšti ili pojedinačni akt, obavezujuća je za organ koji je taj akt doneo. U skladu je sa ciljem ustavne kontrole da sporni akt, zbog svoje suprotnosti Ustavu, prestaje da važi. Za zakonodavca ili drugog donosioca normativnog akta nastaje obaveza, ukoliko se ostaje pri nameri da se opštim aktom uredi sporni društveni odnos ili postoji dužnost da se to u čini, da preduzme usklađivanje opšteg akta sa Ustavom. S druge strane, ako je kasiran sudski akt koji vređa osnovna prava, za sud postoji dužnost da donese drugi pojedinačni akt koji će u svemu poštovati Ustavom garantovana prava. Postupanje po odluci Ustavnog suda uvek pretpostavlja, dakle, stavljanje van snage, kasaciju bilo opšteg bilo pojedinačnog akta. Razlika je u tome što se u jednom slučaju kasacija normativnog akta Ustav izričito predviđa, dok se kasacija pojedinačnog akta logički i funkcionalno može pretpostavljati kao nameravani cilj ustavotvorca koji je predvideo ustavnu žalbu. Kasacija sudskog akta je logična posledica i racionalni put koji vodi delotvornom ostvarivanju cilja ustavne kontrole sudskih odluka. Ukoliko Ustavni sud ne bi imao mogućnosti da poništi sudski akt, onda bi njegova konstatacija, odnosno odluka da je tim aktom povređeno Ustavom garantovano pravo izgubila kako svojstvo izvršnosti, tako i opšte obavezujuće dejstvo. Time bi Ustavni sud bio stavljen u jednu potpuno neodrživu poziciju, bar u vršenju ove nadležnosti, da postupa kao jedno savetodavno telo. No, imajući u vidu još uvek veliko nepoverenje sudova prema odlukama Ustavnog suda kojima se poništavaju presude redovnih sudova, što ima za posledicu i svojevrsnu „tihu opstrukciju“ njihovog izvršenja, bilo bi racionalno kada bi se Ustavom eksplicitno potvrdilo kasatorno dejstvo odluke Ustavnog suda kojom se usvaja ustavna žalba.

7. Zaključni osvrt

Ustavno pravosuđe u Srbiji zahteva izvesnu institucionalnu dogradnju u svim njegovim dimenzijama. Ustavna reforma bi trebalo da obezbedi rasterećenje Ustavnog suda i njegovu orijentaciju ka rešavanju „krupnih“ ustavnih sporova, pre svega, sužavanjem njegovih ustavnih kompetencija, da još više ojača

ojača samostalnost Ustavnog suda i nezavisni položaj njegovih članova, da racionalizuje postupak ustavne kontrole i procesa odlučivanja, ali i da precizno odredi njegov odnos prema zakonodavnoj, izvršnoj i sudskoj vlasti, naročito da jasno utvrdi pravno dejstvo odluka kako u normativnoj kontroli tako i povodom ustavnih žalbi. Kvalitetan i konzistentan ustavni i zakonski okvir, opsežne institucionalne garancije, jedna je od odlučujućih premisa ustavnog pravosuđa, ali svakako nije sama po sebi dovoljna za optimalno delovanje Ustavnog suda u ostvarivanju funkcije ustavne kontrole i zaštite. I onda kada ustavna rešenja prati kvalitetan zakon o Ustavnom sudu, glavni zadatak ostaje na samom Ustavnom sudu i njegovom svagdašnjem sastavu. Jedino od njega samoga zavisi razumevanje i način ostvarivanja funkcije ustavne kontrole koji će značiti takođe otklanjanje svih ili bar većine nedostataka u radu Ustavnog suda zbog kojih se ustavno pravosuđe s pravom kritikuje, kako u doktrini tako i široj stručnoj javnosti. U kojoj meri će ustavno pravosuđe zadržati svoju lojalnost prema Ustavu, da li će biti u stanju da se odupre pritiscima izvršne vlasti koji ga vode ka političkom promišljanju i delanju, da li će pravovremeno i bez tendencioznog odugovlačenja reagovati na sva kršenja Ustava bez obzira od koga ona dolaze, da li će izgraditi vlastitu doktrinu ljudskih prava koju će slediti svi organi stvaranja i primene prava, da li će poboljšati svoj interpretacioni stil i da li će doista postati „sud običnih ljudi“ – sve to zavisi od svagdašnjeg sastava Ustavnog suda. Odgovaranje ovim i drugim zahtevima kroz koje se prelamaju misija, značaj i perspektiva Ustavnog suda presudno će, dakle, da zavise od personalnog potencijala samog Suda, profesionalne sposobnosti, moralne čvrstine i intelektualne snage njegovih članova.

Literatura/References

- Vučić, O. (2010). *Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika*, Beograd.
- Đurić, Vl. (2007). *Ustav i međunarodni ugovori*, Beograd.
- Nenadić, B. (2012). *O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova*, Beograd.
- Nenadić, B. (2008). „O kontroli ustavnosti međunarodnih ugovora“, *Pravna riječ*, (Banja Luka). Br. 18.
- Pejić, I. (2008). „Ustavni sud i kontrola ustavnosti međunarodnih ugovora“, *Pravni život*, Br. 14, 741–756.
- Stojanović, D. M. (2016). *Ustavno pravosuđe/Ustavno procesno pravo*, Niš.

Stojanović, D. M. (2017). *Ustavno sudstvo/Ustavni sud Srbije*, Niš.

Zbornik radova: *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava 1963–2013*, Beograd, 2013.

Dragan Stojanović, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

SHOULD THE CONSTITUTIONAL COURT BE REFORMED AND HOW?

Summary

The heralded constitutional amendment does not seem to encompass the constitutional judiciary, notwithstanding the fact that the Constitutional Court is in a major crisis. For a number of reasons, the forthcoming constitutional reform should include a fundamental reconstruction of the present model of the constitutional judiciary in all its dimensions. The changes to the Constitution should encompass not only the organization and jurisdiction of the Constitutional Court but also the decision-making procedures and the legal effect of the Constitutional Court meritory decisions. In essence, the Constitutional Court should be regulated as the fourth branch of government.

The competences of the Constitutional Court should be significantly narrowed, and reduced to the normative control of international treaties, laws and regulations, as well as deciding on constitutional complaints. Thus, the Constitutional Court would focus on the timely resolution of “real” constitutional disputes. The independence of the Constitutional Court and the independent position of the judiciary should be institutionally reinforced by introducing more stringent conditions for the appointment/election of judges, which would guarantee the genuine political neutrality of the Constitutional Court as an institution and the impartiality of the Constitutional Court judges. The Constitution should validate the complex internal structure of the Constitutional Court and the existing decision-making processes, and provide for the rationalization of the constitutional court procedure. It is also necessary to specify the legal effect of the Constitutional Court decisions, especially constitutional complaints, which would lead to establishing clear relations with the regular judicial power. Thus, qualitative institutionalization, as the first premise of constitutional judicature, would become normatively stable, functionally non-controversial, logically coherent and practically sustainable.

Key words: *Constitutional Court, Competences, Constitutional Review Procedure, Constitutional Court Desicions.*

Dr Zoran Radivojević,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

Dr Vesna Knežević Predić,*
Redovni profesor Fakulteta političkih nauka,
Univerzitet u Beogradu

originalni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1878047R

UDK: 341.242.22(4-672EU)
Rad primljen: 07.03.2018.
Rad prihvaćen: 27.03.2018.

POSTUPAK ZAKLJUČIVANJA UGOVORA EVROPSKE UNIJE SA TREĆIM DRŽAVAMA I MEĐUNARODNIM ORGANIZACIJAMA**

Apstrakt: Posle stupanja na snagu Lisabonskog ugovora postupak zaključivanja međunarodnih ugovora Evropske unije sa trećim državama i međunarodnim organizacija pretrpeo je značajne promene. Najznačajniju novinu na proceduralnom planu predstavlja uspostavljanje redovnog postupka kojim su obuhvaćeni gotovo svi sporazumi EU sa trećim subjektima. Prema slovu Lisabonskog ugovora, ovaj postupak podrazumeva faze pregovora, potpisivanja sporazuma i donošenje odluke o zaključivanju sporazuma. Za zaključivanje sporazuma čiji predmet isključivo ili pretežno spada u oblast zajedničke spoljne i bezbednosne politike predviđeno je nekoliko odstupanja od jedinstvenih pravila procedure. Istom odredbom osnivačkog ugovora regulisani su postupci za izmene i dopune i suspenziju sporazuma na snazi, kao i postupak pravosudne kontrole sporazuma koji tek treba da budu zaključeni. Izvan redovne procedure ostala su dva posebna postupka koji se odnose na zaključenje sporazuma u oblasti zajedničke trgovinske politike i sporazuma o kursu evra u odnosu na valute država nečlanica. Na institucionalnom planu kao najvažniji akteri u postupku zaključivanja ugovora EU pojavljuju se Savet, Komisija i Evropski parlament. Centralno mesto u svim vrstama ugovorne procedure zadržao je Savet koji odlučuje o svim bitnim

* zoranr@prafak.ni.ac.rs

* vesna.knezevicpredic@fpn.bg.ac.rs

** Rad je pripremljen u okviru projekta „Politički identitet Srbije u regionalnom i globalnom kontekstu“ br. 179079, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

pitanjima vezanim za tok i ishod ugovornog procesa. Komisija je ostala glavni, ali ne više isključivi inicijator i pregovarač u ugovornom procesu, jer se kao novi učesnici u toj ulozi, zavisno od predmeta ugovora, pojavljuju Visoki predstavnik za spoljne poslove i politiku bezbednosti i Evropska centralna banka. Evropski parlament ojačao je svoju poziciju u postupku zaključenja ugovora, posebno kroz povećanje broja slučajeva u kojima je njegov pristanak neophodan za donošenje konačne odluke o zaključenju sporazuma. Značajan položaj u ovom postupku ima i Sud pravde EU, čiji je zadatak da kontroliše saglasnost sporazuma sa osnivačkim ugovorima pre nego što budu zaključeni.

Ključne reči: *Evropska unija, zaključenje ugovora, redovan postupak, posebni postupci, inicijativa, pregovori, potpisivanje, izmene i dopune, suspenzija, pravosudna kontrola.*

1. Uvod

Međunarodni ugovori Evropske unije (dalje: EU) predstavljaju izraz saglasnosti volja ove organizacije (samostalno ili zajedno sa njenim državama članicama), sa jedne strane, i nekog subjekta međunarodnog prava (treće države ili međunarodne organizacije), sa druge strane, kojom uređuju svoje međusobne odnose u oblasti koja čini predmet regulisanja sa ciljem da stvore određena prava i/ili nametnu određene obaveze. Do momenta kada pravila sadržana u ugovoru postanu „zakon za strane ugovornice“ (*pacta sunt servanda*) potrebno je preduzeti čitav niz koraka oličenih u jednostranim pravnim aktima EU i njenih budućih ugovornih partnera koji u svojoj ukupnosti tvore proces pravnog nastanka ugovora. Otuda je zaključenje ugovora EU rezultat složenog postupka, sastavljenog od nekoliko faza, koje svaka za sebe imaju poseban značaj i za koje su vezane određene pravne posledice (Radivojević, 1996:228).

Svaka međunarodna organizacija samostalno uređuje proceduru zaključivanja međunarodnih ugovora svojim internim propisima. Tim pravilima bliže se reguliše svaka faza u postupku koji vodi zaključenju ugovora, u češće različitih organa u ovom procesu, kao i njihova ovlašćenja za preduzimanje određenih radnji. Kad je reč o EU, pre Lisabonskog ugovora nisu postojale jedinstvene odredbe o postupku zaključenja međunarodnih ugovora. Pored procedure zaključenja ugovora u okviru prvog stuba koja je bila najpotpunije regulisana putem opšte odredbe¹, postojali su posebni postupci propisani za zaključenje ugovora

1 Čl. 300 (raniji čl. 228) Ugovora o Evropskoj zajednici (dalje: UEZ), izmenjen Ugovorom iz Nice.

u oblastima zajedničke spoljne politike i politike bezbednosti (dalje: ZSPPB ili drugi stub) i policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima (treći stub)².

Nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora nestaje stubovska struktura i EU se konstituiše kao jedinstveni subjekt međunarodnog prava. Iako oblast ZSPPB i dalje zadržava svoje osobenosti (Radivojević, Knežević- Predić, 2011: 28–31), ovaj ugovor je stvorio veze između nje i preostalih oblasti spoljnog delovanja i EU u celini. Jednu od tih veza u procesnom smislu predstavlja jedinstveni postupak zaključivanja međunarodnih ugovora, odnosno tzv. redovna ili opšta procedura³. U okviru te procedure predviđeno je i nekoliko odstupanja od opštih pravila prilikom zaključenja ugovora čiji predmet u celini ili pretežnim delom spada u oblast ZSPPB⁴.

Pored redovne, Lisabonski ugovor je propisao i dve posebne procedure koje se odnose na relativno uske oblasti delovanja EU. Konkretno, reč je o zaključenju sporazuma u oblasti zajedničke trgovinske politike⁵ i sporazuma kojima se uređuje kurs evra prema drugim valutama⁶. Konačno, odredbom o redovnoj proceduri posebno je regulisan postupak pravosudne kontrole ustavnosti sporazuma koji EU tek namerava da zaključi⁷, kao i postupci za izmenu, dopunu⁸ i suspenziju⁹ sporazuma koji su na snazi, dok je i dalje ostalo otvoreno pitanje procedure koja se primenjuje u slučaju prestanka međunarodnih sporazuma.

2. Redovni postupak

Prema slovu osnivačkog ugovora, redovni postupak zaključivanja ugovora obuhvata sledeće faze: pregovore, potpisivanje sporazuma i donošenje odluke o zaključivanju sporazuma.

2 Čl. 24 (raniji čl. J.14) i 38 (raniji čl. K.10) Ugovora o EU (dalje: UEU), izmenjen Ugovorom iz Nice.

3 Čl. 218 Ugovora o funkcionisanju EU (dalje: UFEU).

4 Stavovi 3, 6 i 9 čl. 218 UFEU.

5 Čl. 207 UFEU.

6 Čl. 219 UFEU.

7 Stav 11, čl. 218 UFEU.

8 Stav 7.

9 Stav 9.

2.1. Pregovori

Predlog da se započnu pregovori podnosi Komisija ili Visoki predstavnik za spoljne poslove i politiku bezbednosti (dalje: Visoki predstavnik) ako se predmet budućeg ugovora odnosi isključivo ili prevashodno na ZSPPB. Predlog se u formi preporuke upućuje Savetu. Sa svoje strane Savet donosi odluku kojom odobrava otvaranje pregovora za zaključenje određenog sporazuma i istovremeno imenuje pregovarača ili šefa pregovaračkog tima, ako je reč o mešovitim sporazumima¹⁰.

Do stupanja na snagu Lisabonskog ugovora Komisija se pojavljivala kao isključivi pregovarač. Prema novom rešenju čini se da je njena pozicija znatno oslabljena, budući da je Savetu ostavljena veća sloboda odlučivanja jer se imenovanje pregovarača vezuje za „predmet predviđenog sporazuma“. Ipak, treba podsetiti da je osnivačkim ugovorom upravo Komisiji, izuzimajući oblast ZSPPB i druge slučajeve koji su izričito predviđeni, poveren zadatak da obezbeđuje spoljno predstavljanje EU¹¹. Otuda bi ovo novo rešenje valjalo shvatiti kao nameru da se istakne uloga Visokog predstavnika kao pregovarača u zaključivanju ugovora koji u celini ili pretežno spadaju u oblast ZSPPB, dok bi za ugovore iz drugih oblasti, izuzimajući mešovite sporazume, uloga pregovarača normalno pripadala Komisiji (Lenaerts, Nuffel, Bray, Cambien, 2011: 1027).

Savet je ovlašćen da usvoji direktive koje pregovarač ili šef pregovaračkog tima treba da sledi tokom pregovora. Pored toga, Savet može imenovati poseban komitet koji će učestvovati u vođenju pregovora¹². Direktive upućene pregovaraču nisu pravno obavezujuće, već imaju samo orijentacioni karakter. Međutim, s obzirom na centralnu ulogu Saveta u procesu zaključenja ugovora, pregovarač će nastojati da u potpunosti ili najvećim delom udovolji utvrđenim direktivama (Blumann, Dubouis, 2010: 393). U suprotnom, postoji opasnost da Savet ne odobri potpisivanje sporazuma ili ne donese odluku o zaključenju sporazuma. Savet je, naravno, ovlašćen da u svakom momentu tokom pregovora izmeni ili dopuni usvojene direktive (Jacqué, 2012: 491).

S druge strane, imenovanje posebnog komiteta koji u čestvuje u pregovorima nesumnjivo negativno utiče na autonomiju pregovarača i stavlja ga u poziciju da istovremeno pregovara „na dva fronta“: sa državom nečlanicom ili međunarodnom organizacijom i sa komitetom, odnosno posredstvom njega sa Savetom (Schütze, 2012: 209). Ipak, smatra

10 Stavovi 2 i 3.

11 Stav 1, čl. 17 UEU.

12 Stav 4, čl. 218 UFEU.

se da praksa formiranja komiteta ima svoje dobre strane jer uključuje Savet u same pregovore i značajno umanjuje rizik da ovaj organ odbije da odobri potpisivanje nacrtu ugovora o kome su se saglasili pregovarač i treća strana. Time se prvenstveno štiti pozicija države nečlanice ili međunarodne organizacije, ali, u krajnjoj instanci, i kredibilitet EU u procesu ugovornog regulisanja odnosa sa drugim subjektima međunarodnog prava.

Evropski parlament formalno ne učestvuje u pregovorima za zaključenje ugovora. Međutim, prema izričitoj odredbi Lisabonskog ugovora Parlament se „odmah i u potpunosti informiše o svim fazama procedure“¹³. Ova odredba stvara neku vrstu obaveze za Komisiju i Savet da obaveštavaju Parlament o toku pregovora. Sadržina te obaveze bliže je uređena međuinstitucionalnim sporazumima i aranžmanima, kao i Poslovníkom o radu samog Evropskog parlamenta. Tako je Komisija preuzela dužnost da obaveštava Parlament o pripremama za vođenje pregovora i o toku samih pregovora. Te informacije se na poverljiv način upućuju nadležnom parlamentarnom komitetu¹⁴. Sa svoje strane Savet je prihvatio obavezu da odgovarajući komitet obavesti o nameri da otvori pregovore, a postoji mogućnost da tim povodom Parlament održi debatu i usvoji odgovarajuće zaključke¹⁵. Prema Poslovníku o radu, Parlament može zahtevati da Savet ne odobri otvaranje pregovora dok mu ne saopšti svoj stav o predloženom pregovaračkom mandatu. Isto tako, može usvajati preporuke koje Savet uzima u obzir pre nego što odgovarajući međunarodni sporazum bude zaključen¹⁶. Stavovi i preporuke Parlamenta u toku pregovora nisu pravno obavezujući za Komisiju i Savet, ali mogu imati značajan uticaj u onim slučajevima gde se sporazum u pitanju ne može zaključiti bez njegovog pristanka (Hartley, 2014: 188).

2.2. Potpisivanje sporazuma

Kada se tokom pregovora postigne saglasnost o sadržini sporazuma, pristupa se usvajanju njegovog teksta. Prema uobičajenoj praksi Komisija ili drugi ovlašćeni pregovarač nakon okončanja pregovora parafiraju tekst nacrtu sporazuma i o tome podnose izveštaj Savetu (Isaac, Blanqu-

13 Stav 10, čl. 218 UFEU.

14 Framework Agreement on Relations between the European Parliament and European Commission of October 20, 2010, *Off. Journal of the EU*. L 304/47.

15 Ovaj međuinstitucionalni aranžman poznat je pod nazivom Luns-Westerterp postupak i do sada nikada nije zvanično objavljen. Videti: Working document on the Luns Westerterp Procedure. Committee on External Economic Relations. PE 62.937, 8. 2. 1980.

16 Stavovi 3 i 4, čl. 108 Poslovníka o radu Evropskog parlamenta.

et, 2012: 261). U tom izveštaju se istovremeno predlaže potpisivanje sporazuma. Savet na osnovu toga donosi odluku o potpisivanju sporazuma, imenuje potpisnika u ime EU i, ako je neophodno, usvaja odluku o privremenoj primeni ugovora pre njegovog stupanja na snagu¹⁷.

Kao potpisnik sporazuma u ime EU obično se pojavljuje predsedavajući Saveta, dok se kod sporazuma koji su više tehničke prirode kao potpisnik imenuje predstavnik Komisije (Simon, 2001: 285). Ukoliko je, pak, reč o sporazumima koji isključivo ili pretežno spadaju u domen ZSPPB, kao ovlašćeni potpisnik deluje i Visoki predstavnik.

Osnivački ugovori EU ne regulišu pitanje funkcije potpisa i pravnog dejstva potpisanog sporazuma. U tom pogledu se pravo EU oslanja na pravila međunarodnog ugovornog prava koja poznaju dve vrste procedure u kojima potpis ima različitu ulogu. Kod prvog, pojednostavljenog postupka potpisivanje ugovora istovremeno predstavlja metod za autentifikaciju teksta ugovora i način za izražavanje konačnog pristanka na obavezivanje ugovorom. Prema drugoj proceduri (tzv. svečani postupak), potpisivanje ugovora ima isključivo autentifikacionu funkciju, tj. ustanovljenje definitivnog teksta ugovora koji se više ne može menjati, dok je za konačno obavezivanje neophodna naknadna akcija, odnosno akt organa koji je nosilac prava na zaključenje ugovora (Radivojević, 1996: 240–241).

Oslanjajući se na ova pravila, potpisivanje sporazuma može se smatrati načinom definitivnog obavezivanja EU samo u slučajevima kada je Savet samim aktom kojim je dozvolio potpisivanje doneo odluku o zaključivanju sporazuma, čime je u isto vreme izrazio saglasnost da se njime obaveže (Isaac, Blanquet, 2012: 261). U svim ostalim situacijama potpis je sredstvo autentifikacije teksta sporazuma nakon čega je uvek potrebno da Savet donese odluku o zaključenju sporazuma koja ima značaj izražavanja konačnog pristanka na obavezivanje sporazumom. Iz toga proizilazi da potpisani sporazum nema pravno dejstvo niti stvara prava i obaveze za buduće ugovorne strane.

2.3. Odluka o zaključivanju sporazuma

Nakon potpisivanja Savet donosi odluku o zaključivanju sporazuma na predlog pregovarača. Ova odluka predstavlja neku vrstu pandana ustanovi ratifikacije ugovora od strane država (Blumann, Dubouis, 2010: 395). Osnivačkim ugovorima nije propisana posebna forma za odluku o zaključivanju sporazuma. U ranijoj praksi ona se redovno usvajala u obliku

17 Stav 5, čl. 218 UFEU.

regulative (Jacqué, 2012: 493) dok danas ima formu odluke bez navođenja adresata koju Savet donosi u ime Unije (Isaac, Blanquet, 2012: 262).

Pravo na donošenje odluke o zaključenju sporazuma generalno spada u nadležnost Saveta. Osim ovog organa, nijedna druga institucija EU ne može punovažno zaključivati međunarodne ugovore. Samo u malom broju slučajeva pravo na zaključenje sporazuma administrativne prirode može biti povereno Komisiji ili Visokom predstavniku kao ovlašćenim pregovaračima. Takvi izuzeci izričito su predviđeni osnivačkim ugovorom u pogledu regulisanja saradnje u odnosima sa drugim međunarodnim organizacijama¹⁸ i Protokolom o privilegijama i imunitetima kad je reč o priznavanju putnih dokumenata koje izdaje EU (*laissez-passer*) u trećim državama¹⁹.

Savet samostalno donosi odluku o zaključivanju sporazuma samo ukoliko njegov predmet isključivo spada u domen ZSPPB. U ostalim slučajevima toj odluci prethodi izjašnjavanje Parlamenta, bilo kao pristanak za zaključenje ugovora ili kao neobavezujuće mišljenje. Pristanak Parlamenta se zahteva kada se zaključuju: sporazumi o pridruživanju; sporazum kojim EU pristupa Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda; sporazumi kojima se, kroz postupke saradnje, stvara poseban institucionalni okvir; sporazumi koji proizvode značajne budžetske posledice za Uniju; sporazumi koji spadaju u oblasti u kojima se primenjuje redovni zakonodavni postupak ili poseban zakonodavni postupak u kome se zahteva pristanak Parlamenta²⁰.

Osnivački ugovor ne propisuje u kojoj fazi postupka Savet mora da zatraži pristanak od Parlamenta. U hitnim slučajevima Evropski parlament i Savet mogu utvrditi rok za davanje pristanka²¹. Kako je ovde u pitanju instruktivni, a ne prekluzivni rok, izostanak pristanka Parlamenta po isteku roka ne daje pravo Savetu da zaključi sporazum (Hartley, 2014: 188). Prema tome, prethodni pristanak Parlamenta predstavlja proceduralnu pretpostavku za valjanost odluke Saveta o zaključivanju sporazuma.

Parlament odluku o davanju pristanka donosi većinom glasova na osnovu izveštaja nadležnog komiteta. Tom prilikom se preporučuje da predlog komiteta bude u celosti prihvaćen ili odbijen tako da nije dopušteno podnošenje amandmana. Ukoliko je Parlament odlučio da uskrati svoj

18 Čl. 220 UFEU.

19 Čl. 7 Protokola.

20 Stav 6, tačka a), čl. 218 UFEU.

21 Poslednja rečenica stava 6, tačka a), čl. 218 UFEU.

pristanak, predsednik obaveštava Savet da sporazum u pitanju ne može biti zaključen²².

U svim ostalim slučajevima zaključenja sporazuma kod kojih nije potreban pristanak Parlamenta Savet ima obavezu da sa ovim organom obavi konsultacije²³. Mišljenje Parlamenta nije obavezujuće, ali se u svakom slučaju mora zatražiti pre zaključenja sporazuma. Osnivački ugovori, takođe, ne određuju u kom trenutku Savet treba da se obrati Parlamentu sa zahtevom za davanje mišljenja. U hitnim slučajevima Savet može odrediti rok u kome Parlament treba da dostavi svoje mišljenje. Za razliku od davanja pristanka, ovaj rok nije stvar međusobnog dogovora ova dva organa, već ga jednostrano određuje Savet. Druga razlika se ogleda u pravnim posledicama neizjašnjavanja Parlamenta. Naime, ako Parlament u propisanom roku ne dostavi svoje mišljenje Savet može punovažno da pristupi odlučivanju o zaključenju sporazuma²⁴. Parlament svoje mišljenje usvaja većinom datih glasova. Ono nije obavezujuće za Savet koji može zaključiti sporazum suprotno mišljenju Parlamenta.

Pristankom ili mišljenjem ne iscrpljuju se sva ovlašćenja koje Parlament uživa u fazi postupka koja prethodi donošenju odluke o zaključenju sporazuma. Od posebnog je značaja, pokazaće se u praksi, ranije pomenuta odredba koja tvori neku vrstu rezidualnog prava Parlamenta da bude „odmah i potpuno informisan o svim fazama procedure“²⁵. To pravo odnosi se na postupak zaključenje svih ugovora EU, uključujući i sporazume iz domena ZSPPB.

Kao što se moglo očekivati, Parlament je iskoristio svoju aktivnu legitimaciju u postupku ocene zakonitosti odluka Saveta kako bi posredstvom Suda pravde iskristalisao domašaj svojih ovlašćenja u procesu zaključenja ugovora. Konkretni povodi za tužbe Parlamenta bile su odluke Saveta o zaključenju sporazuma sa Mauricijusom (2011. godine)²⁶ i Tanzanijom (2014)²⁷. u okviru vojne operacije *ATALANTA* preduzete od strane pomorskih snaga EU (*EUNAFOR*) u cilju zaštite brodova Svetskog programa za hranu od napada pirata sa obala Somalije. Tim sporazumima regulisani su uslovi i oblici premeštaja lica osumnjičenih za izvršenje dela piraterije u navedene dve države

22 Stav 7, čl. 108 Poslovnika o radu Evropskog parlamenta.

23 Stav 6, tačka b), čl. 218 UFEU.

24 Poslednja rečenica stava 6, tačka b), čl. 218.

25 Stav 10, čl. 218 UFEU.

26 Case C-658/11 *Parliament v. Council - Piracy Agreement* (2014).

27 Case C-263/14 *Parliament v. Council - Piracy Agreement II/Tanzania* (2016).

radi istrage i suđenja. Odluku o njihovom zaključenju Savet je doneo ne tražeći prethodno saglasnost ili mišljenje Evropskog parlamenta, jer je smatrao da je reč o sporazumima koji se isključivo odnose na oblast ZSPPB (Radivojević, 2017: 343).

Kao jedan od razloga ništavosti ovih odluka u tužbama je navedena povreda prava Parlamenta da odmah i potpuno bude informisan o svim etapama postupka zaključenja međunarodnih sporazuma²⁸. U slučaju sporazuma sa Mauricijusom Savet je obaveštenje Parlamentu uputio posle proteka više od tri meseca od donošenja odluke o njegovom zaključenju²⁹, dok je kod sporazuma sa Tanzanijom to zakašnjenje iznosilo devet dana³⁰.

U svojoj presudi Sud je ovaj tužbeni zahtev prihvatio kao osnovan i poništio sporne odluke zbog propusta Saveta da blagovremeno obavesti Parlament o zaključenju ovih sporazuma. Tom prilikom on je našao da se pravo Parlamenta da bude odmah i potpuno informisan odnosi na proces zaključenja svih međunarodnih ugovora, uključujući i sporazume koji isključivo spadaju u oblast ZSPPB³¹.

Savet svoje odluke u svakoj fazi postupka zaključivanja ugovora donosi, po pravilu, kvalifikovanom većinom. Jednoglasnost se zahteva samo u izričito predviđenim slučajevima, a to su: kada sporazum spada u oblast u kojoj se jednoglasnost zahteva za donošenje internih akata Unije; za sporazume o pridruživanju; za sporazume o ekonomskoj, finansijskoj i tehničkoj saradnji sa državama koje su kandidati za članstvo u EU iz čl. 212 UFEU; za sporazum o pristupanju EU Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kod koga se, kao dodatni zahtev za stupanje na snagu odluke o pristupanju, zahteva da je sve države članice odobre u skladu sa svojim ustavnim propisima³².

3. Posebni postupci

Pored redovne procedure, Lisabonski ugovor propisuje još dva posebna postupka koji se odnose na zaključenje ugovora u užim oblastima delovanja EU, a to su zajednička trgovinska politika i devizni kurs evra u odnosu na valute trećih država.

28 Čl. 218, stav 10 UFEU.

29 Case C-658/11, para.79.

30 Case C-263/14, para. 57.

31 Case C-658/11, paras. 69–73.

32 Stav 8, čl. 218 UFEU.

3.1. Zaključivanje trgovinskih sporazuma

Posebnost postupka zaključenja trgovinskih sporazuma³³ ispoljava se kroz ovlašćenja koja imaju tri institucije EU kao glavni akteri u tom procesu. U fazi pregovora Komisija ima jaču poziciju nego kod redovne procedure. Prema slovu osnivačkog ugovora Komisija podnosi preporuku Savetu da započne pregovore za zaključivanje trgovinskog sporazuma. Savet ovlašćuje Komisiju da vodi pregovore, a u toku pregovora obe institucije vode računa o usaglašenosti sporazuma o kome se pregovara sa politikama i unutrašnjim propisima Unije³⁴. Iz ovog teksta jasno proizilazi da je Komisiji poverena uloga jedinog ovlašćenog predlagača i pregovarača u procesu zaključenja trgovinskih sporazuma (Eeckhout, 2012: 197). Bez inicijative Komisije Savet ne bi mogao da donese odluku o otvaranju pregovora. Isto tako, on nije slobodan da ovlasti nekog drugog za vođenje pregovora, budući da je kao pregovarač za ovu vrstu sporazuma navedena samo Komisija.

Kao posebno ograničenje o kome se mora voditi računa prilikom pregovora predviđeno je da međunarodni sporazumi iz oblasti zajedničke trgovinske politike ne mogu uticati na podelu nadležnosti između EU i država članica niti mogu dovesti do harmonizacije zakona i drugih propisa država članica u slučajevima u kojima takva harmonizacija nije predviđena osnivačkim ugovorima³⁵.

Kad je reč o odlučivanju u Savetu, zadržano je pravilo da se odluke o vođenju pregovora i zaključenju sporazuma iz domena zajedničke trgovinske politike donose kvalifikovanom većinom. Jednoglasno odlučivanje izričito se zahteva samo u slučaju pregovora i zaključivanja sledećih vrsta sporazuma iz ove oblasti; sporazuma koji se odnose na trgovinu uslugama, trgovinske aspekte intelektualne svojine i direktna strana ulaganja kada oni spadaju u oblasti u kojima je za usvajanje unutrašnjih akata potrebna jednoglasnost u Savetu; sporazuma koji se odnose na trgovinu u kulturnim i audiovizuelnim uslugama ukoliko postoji opasnost da se njima ugrozi kulturna i jezička raznolikost Unije; sporazuma koji se odnose na trgovinu socijalnim, obrazovnim i zdravstvenim uslugama ako postoji rizik da se njima ugrozi organizovanje pružanja ovih usluga

33 Ovaj postupak zapravo predstavlja svojevrsni *lex specialis* u odnosu na redovnu proceduru koja se kao *lex generalis* primenjuje izuzev onih odredaba koje su sa njom nespojive. Sam čl. 218 precizira da će njegove odredbe važiti i za zaključenje ove vrste sporazuma „ne dirajući u posebne odredbe iz čl. 207 UFEU“.

34 Stav 3, čl. 207 UFEU.

35 Stav 6.

na nacionalnom nivou i dovede u pitanje odgovornost država članica za pružanje takvih usluga³⁶.

Kod ovih sporazuma Evropski parlament ima jaču poziciju u fazi pregovora u poređenju sa redovnom procedurom. Osnivačkim ugovorom izričito je propisano da Komisija redovno obaveštava komitet koji je imenovao Savet i Evropski parlament o ostvarenom napretku u pregovorima³⁷. Međutim, za razliku od pomenutog komiteta sa kojim se Komisija konsultuje, takva obaveza nije predviđena u odnosu na Parlament čime njemu zvanično nije omogućeno da utiče na sam tok pregovora (München-Oxford, 2015:761). S druge strane, smatra se da će saglasnost Evropskog parlamenta biti neophodna za donošenje odluke Saveta o zaključenju trgovinskih sporazuma (Lenaerts, Nuffel, Bray, Cambien, 2011: 1034). Ovo pravo, bez obzira što nije izričito navedeno u tekstu osnivačkog ugovora, nedvosmisleno proizilazi iz dve njegove odredbe (Eeckhout, 2012: 203): posebne koja predviđa primenu redovnog zakonodavnog postupka za usvajanje internih mera u oblasti zajedničke trgovinske politike³⁸ i opšte koja zahteva saglasnost Parlamenta za odluku o zaključenju svih sporazuma koji pokrivaju oblasti u kojima se primenjuje redovni zakonodavni postupak³⁹.

3.2. Zaključivanje sporazuma o kursu evra

Drugi poseban postupak odnosi se na zaključivanje sporazuma o kursu evra u odnosu na valute država nečlanica⁴⁰. Osobenost ovog postupka ispoljava se kako u fazi pregovora, tako i prilikom donošenja odluke o zaključenju sporazuma. U oba slučaja centralna uloga poverena je Savetu, dok se kao novi učesnik pojavljuje Evropska centralna banka (Eeckhout, 2012: 200).

Kada postoji potreba da se zaključi sporazum sa trećim državama ili međunarodnim organizacijama u monetarnoj oblasti, Savet donosi odluku o početku pregovora na preporuku Komisije i posle konsultovanja Evropske centralne banke. Ta odluka se donosi kvalifikovanom većinom, s tim što u glasanju učestvuju samo predstavnici država članica čija je valuta evro⁴¹. Istom odlukom određuju se aranžmani za vođenje pregovora i imenuje pregovarač. Ovi aranžmani moraju da osiguraju jedinstveni

36 Stav 4.

37 Stav 3.

38 Stav 2, čl. 207 UFEU.

39 Stav 6, tačka a), v), čl. 218 UFEU.

40 Čl. 219 UFEU.

41 Čl. 138, stav 3 UFEU.

stav Unije u pregovorima⁴². Pregovarač ne mora uvek da bude Komisija (Isaac, Blanquet, 2012: 264), već se ta funkcija može se poveriti Evropskoj centralnoj banci ili članu Saveta (München-Oxford, 2015: 796). Evropski parlament ne učestvuje u pregovorima čak ni u konsultativnoj ulozi. Komisija, i onda kada nije pregovarač, mora da bude u punoj meri uključena u pregovore.

Posle završetka pregovora Savet na preporuku Evropske centralne banke ili na preporuku Komisije i posle konsultovanja sa Evropskom centralnom bankom zaključuje formalne sporazume o kursu evra u odnosu na valute trećih država. Odluku o zaključenju sporazuma Savet donosi jednoglasno, ali ovaj put nakon konsultovanja Evropskog parlamenta. Zaključeni sporazumi interno obavezuju samo države članice čija je valuta evro⁴³.

4. Postupak pravosudne kontrole ustavnosti sporazuma

Cilj ovog postupka je da se spreči mogućnost da Unija zaključuje sporazume koji ne bi bili saglasni sa odredbama osnivačkih ugovora, ali i da onemogući države članice da se upliću u nadležnost EU (Hartley, 2014:189). Time treba da se preduprede moguće komplikacije u vezi sa pravnim sporovima između ovih subjekata oko kompatibilnosti sporazuma koja Unija namerava da zaključi sa odredbama njenog osnivačkog ugovora (Radivojević, Knežević-Predić, 2016: 199).

Ovlašćenje da pokrenu postupak pravosudne kontrole imaju samo države članice, Evropski parlament, Savet i Komisija⁴⁴. Navedeni subjekti imaju pravo, ali ne i obavezu da zatraže sprovođenje kontrole. Pošto je pokretanje ovog postupka fakultativno, nadležne institucije Unije bi mogle valjano pristupiti zaključenju sporazuma i bez prethodnog obraćanja Sudu.

Osnivačkim ugovorom nije propisano u kojoj fazi postupka ovlašćeni subjekti treba da zatraže ocenu usklađenosti nameravanog sporazuma od Suda. Pa ipak, preventivna priroda ovog postupka nalaže da se ono zatraži svakako pre nego što je Unija izrazila svoj konačni pristanak da bude vezana sporazumom. Obraćanje Sudu može da usledi u svakom stadijumu procedure zaključenja sporazuma koji prethodi tom trenutku, počevši od podnošenja preporuke ovlašćenih subjekata Savetu da se pristupi zaključenju sporazuma i njegove odluke da odobri otvaranje pregovora i

42 Čl. 219, stav 3 UFEU

43 Stav 1.

44 Čl. 218, stav 11 UFEU.

imenuje pregovarača, preko faze pregovora i potpisivanja sporazuma, pa sve do momenta kada Savet posle pristanka ili konsultovanja sa Evropskim parlamentom pristupi donošenju odluke o zaključenju sporazuma (Radivojević, 2008: 26). Prema stanovištu Suda, zahtev za ocenu kompatibilnosti izgubio bi svoju svrhu ukoliko je sporazum u međuvremenu zaključen i postao obavezujući za EU. U tom slučaju Sud će odbiti da odgovori na zahtev uz obrazloženje da je u pitanju već zaključen sporazum⁴⁵.

Lisabonski ugovor ostavlja, takođe, otvoreno pitanje da li Sud može da ocenjuje „ustavnost“ međunarodnih sporazuma koji se žele zaključiti ukoliko njihov predmet spada isključivo ili prevashodno u oblasti ZSPPB. Mišljenja o tome su podeljena u pravnoj doktrini (Čapeta, 2009: 107). Na jednoj strani se tvrdi da je nadležnost Suda po slovu Lisabonskog ugovora izričito isključena iz oblasti ZSPPB u odnosu na pitanja regulisana odredbama iz tog područja, ali i za akte koji se na osnovu njih donose⁴⁶. U prilog nadležnosti Suda, pak, govori činjenica da se međunarodni sporazumi koji u celosti ili pretežno spadaju u domen ZSPPB zaključuju po jedinstvenoj, redovnoj proceduri koja se primenjuje na gotovo sve sporazume EU. Mogućnost traženja ocene saglasnosti sporazuma koji se tek namerava zaključiti s osnivačkim ugovorom može se smatrati sastavnim delom te jedinstvene procedure bez obzira na konkretan predmet njegovog regulisanja (Tridimas, 2004: 121).

Iako do sada od strane ovlašćenih subjekata nijednom nije zatražena ocena „ustavnosti“ međunarodnog sporazuma koji se nameravao zaključiti u okviru ZSPPB, Sud pravde je u nekim drugim slučajevima pokazao nedvosmisleno opredeljenje da uspostavi ovaj vid nadležnosti. Od posebnog značaja su dva ranije pomenuta slučaja u kojima je Sud pravo Parlamenta da bude „odmah i potpuno informisan o svim fazama procedure“ tretirao kao deo jedinstvene procedure zaključenja svih ugovora, uključujući i konkretne sporazume o transferu pirata sa Mauricijusom i Tanzanijom sklopljene u domenu ZSPPB⁴⁷. Po istoj logici moglo bi se zaključiti da i davanje mišljenja o usaglašenosti sporazuma koji se namerava zaključiti sa osnivačkim ugovorima predstavlja oblik jedinstvene nadležnosti Suda kojom je obuhvaćen svaki nacrt sporazuma, bez obzira na oblast delovanja EU u koju isključivo ili pretežno spada njegov predmet.

45 Opinion 3/94 *GATT-WTO-Framework Agreement on Bananas* (1995).

46 Videti stav Suda u slučaju 181/73, *R. & V. Haegeman v. Belgian State* (1974).

47 Case C-658/11 *Parliament v. Council - Piracy Agreement* (2014).

Rezultat postupka kontrole „ustavnosti“ sporazuma koji se nameravaju zaključiti jeste odluka Suda koja nosi naziv „mišljenje“, ali je zapravo obavezujuće i proizvodi određene pravne posledice za sve subjekte prava EU. Ukoliko je mišljenje pozitivno, institucije Unije mogu nastaviti i okončati postupak zaključenja nameravanog sporazuma, uključujući donošenje punovažne odluke kojom se izražava definitivni pristanak Unije da njime bude vezana.

Negativno mišljenje Suda, tj. odluka da nameravani sporazum nije kompatibilan sa osnivačkim ugovorima, može različito da utiče na ishod postupka njegovog zaključenja. Prema izričitoj odredbi Lisabonskog ugovora sporazum neće stupiti na snagu ukoliko se sami osnivački ugovori ne izmene u skladu sa za to predviđenom procedurom⁴⁸. Proces zaključenja sporazuma, dakle, nalaziće se u fazi mirovanja sve dok traje postupak za reviziju osnivačkog ugovora. Upravo zbog složenosti, dugotrajnosti i neizvesnosti ovog postupka druga posledica negativnog mišljenja Suda može da bude odluka institucija Unije da jednostavno ne pokrenu revizionu proceduru. U tom slučaju one će potencijalne ugovorne partnere obavestiti o svojoj nameri da odustanu od zaključenja sporazuma (Radivojević, Knežević-Predić, 2016: 201) čime se postupak neuspešno okončava.

Treći mogući ishod, koji izričito predviđa osnivački ugovor, sastoji se u izmeni teksta samog sporazuma u skladu sa primedbama iznetim u mišljenju Suda (Lenaerts, Maselis, Gutman, 2014: 560). Ovom prilikom postupak se vraća u početnu fazu pregovora, pa će biti potreban novi pristanak treće države ili međunarodne organizacije sa kojima Unija želi da zaključi sporazum za redigovanje i utvrđivanje njegovog konačnog teksta.

5. Postupci za izmenu, dopunu i suspenziju sporazuma

Odredbom o redovnom postupku regulisana su još dva pitanja u vezi sa primenom zaključenih sporazuma EU. Prvo od njih odnosi se na postupak usvajanja izmena i dopuna ugovora koji su na snazi. U ovom slučaju propisan je izuzetak od pravila po kome je jedino Savet nadležan da izrazi pristanak EU da bude vezana međunarodnim sporazumom. Prema izričitoj odredbi, Savet može ovlastiti pregovarača (obično Komisiju) da, u ime EU, odobrava izmene ukoliko je sporazumom predviđeno da se takve izmene usvajaju prema pojednostavljenoj proceduri ili od strane tela koje se obrazuje takvim sporazumom. Savet, pri tom, može utvrditi

48 Čl. 218, stav 11 UFEU.

posebne uslove za poveravanje takvog ovlašćenja pregovaraču⁴⁹. Svrha ove odredbe je da se izbegne složena i dugotrajna procedura koja uključuje učešće većeg broja organa u onim slučajevima kada suština i domašaj amandmana ne zahtevaju niti opravdavaju njenu primenu (Koutrakos, 2015: 154).

Drugo pitanje se odnosi na postupak u slučaju suspenzije međunarodnih sporazuma. Odluku o obustavi primene donosi Savet na predlog Komisije ili Visokog predstavnika⁵⁰. Iako odredbe osnivačkog ugovora to izričito ne propisuju, pretpostavka je da i ovde važi opšte pravilo o razgraničenju ovlašćenja između Visokog predstavnika i Komisije u pogledu inicijative za zaključenje sporazuma (Dashwood, Dougan, Rodger, Spaventa, Wyatt, 2011: 938). Praktično to znači da će Visoki predstavnik biti ovlašćen da predloži suspenziju samo onih sporazuma koji „isključivo ili prevashodno“ spadaju u oblast ZSPPB, dok će u ostalim slučajevima to činiti Komisija.

Parlament formalno nije uključen u postupak odlučivanja o suspenziji sporazuma uprkos tome što mu je kroz davanje pristanka ili mišljenja osnivačkim ugovorima poverena značajna uloga u fazi koja prethodi njihovom zaključenju. Odsustvo Parlamenta dobrim delom se može objasniti spoljopolitičkom prirodom akta kojim Savet privremeno obustavlja primenu međunarodnih ugovora (Eeckhout, 2012: 209) i potrebom da se ubrza proces odlučivanja u ovom organu o tom osetljivom pitanju. Smatra se da bi učešće Parlamenta u tom postupku verovatno usporilo i produžilo donošenje odluke o suspenziji (Koutrakos, 2015: 155). Pa ipak, on nije potpuno isključen iz postupka odlučivanja o suspenziji sporazuma, jer ima pravo da o takvoj odluci bude odmah i potpuno informisan (Blumann, Dubouis, 2010: 396).

Lisabonski ugovor ne sadrži pravila o postupku koji se primenjuje u slučaju otkazivanja ili kod drugih načina prestanka međunarodnih sporazuma. Povodom ovog pitanja u doktrini su predlagana različita rešenja. Po jednom gledištu na prestanak sporazuma treba primeniti isti postupak koji je propisan za slučaj privremene obustave njegovog dejstva (Schütze, 2012: 212). Drugo je mišljenje da su ovde relevantna opšta pravila međunarodnog ugovornog prava koja regulišu načine za okončanje dejstva međunarodnih ugovora. Najveći broj pristalica ima shvatanje, zasnovano na principu paralelizma, po kome se na prestanak međunarodnih sporazuma primenju ista pravila koja važe za postupak

49 Stav 7.

50 Stav 9.

njihovog zaključenja (Eeckhout, 2012: 209). Savet je u praksi prilikom otkazivanja sporazuma od strane EU sledio postupak korišćen za njegovo zaključivanje (Medović, 2009: 92, 196).

6. Zaključak

Posle reforme sprovedene Lisabonskim ugovorom, postupak zaključenja međunarodnih sporazuma EU sa trećim državama i međunarodnim organizacijama pretrpeo je značajne promene na proceduralnom planu koje istovremeno odražavaju izmene institucionalnog balansa. Kad je reč o proceduri, najznačajniju novinu svakako predstavlja uspostavljanje jedinstvenog, redovnog postupka zaključenja međunarodnih ugovora. Unifikacijom postupka obuhvaćeni su gotovo svi sporazumi koje EU zaključuje sa trećim subjektima, uključujući i sporazume koji isključivo ili pretežno spadaju u oblast ZSPBP. Oni su sada podvrgnuti opštim pravilima postupka uz manji broj izričito propisanih odstupanja.

Izvan domašaja redovnog postupka ostali su i to samo jednim delom sporazumi zaključeni u oblasti zajedničke trgovinske politike i sporazumi o kursu evra u odnosu na valute država nečlanica. Izuzimanje trgovinskih sporazuma verovatno je posledica razlika koje i dalje postoje u podeli nadležnosti između država članica i EU u odnosu na trgovinu pojedinim kategorijama usluga i komercijalne aspekte intelektualne svojine. S druge strane, propisivanje posebnog postupka za sporazume o deviznom kursu evra u odnosu na monete trećih država proisteklo je iz potrebe da se obezbedi jedinstveni stav Unije u ovoj oblasti, kao i činjenice da u odlučivanju o njihovom zaključivanju učestvuju, te su ovim sporazumima interno vezane samo države članice čija je valuta evro.

Na institucionalnom planu Savet je i posle stupanja na snagu Lisabonskog ugovora očuvao dominantan položaj u svim fazama postupka zaključenja međunarodnih ugovora EU sa trećim subjektima. Ovaj organ ostao je i dalje *primus* prilikom odlučivanja o svim bitnim pitanjima vezanim za tok i ishod ugovornog procesa, počevši od otvaranja i načina vođenja pregovora, preko davanja ovlašćenja za potpisivanje teksta sporazuma, sve do izražavanja konačnog pristanka na obavezivanje sporazumom. Sa svoje strane Komisija je zadržala ulogu isključivog pregovarača samo kod sporazuma koji se zaključuju u oblasti zajedničke trgovinske politike. U ostalim slučajevima ona se pojavljuje kao glavni, ali ne više i kao jedini inicijator ugovornog procesa i pregovarač u tom postupku. Prema novom rešenju, pregovarač u ime Unije određuje se u zavisnosti od predmeta sporazuma. Stoga se kao novi akteri u ovoj ulozi pojavljuju

Visoki predstavnik, Evropska centralna banka ili šef pregovaračkog tima koga iz reda svojih članova određuje Savet.

Evropski parlament je značajno ojačao svoju poziciju u postupku zaključenja ugovora, pa se može smatrati najvećim „neto“ dobitnikom reforme izvršene Lisabonskim ugovorom. Istina, to se u manjoj meri odnosi na njegovu formalnu ulogu u toku pregovora, koja se svodi samo na pravo da bude odmah i potpuno obavešten o svim etapama postupka zaključenja ugovora, a mnogo više na ovlašćenja koja ovaj organ ima u završnoj fazi koja prethodi donošenju konačne odluke Saveta o zaključenju sporazuma. Pristanak Parlamenta, pored ranije propisanih slučajeva, sada se zahteva kod zaključenja svih sporazuma koji se odnose na oblasti u kojima se na internom planu primenjuje zakonodavni postupak, kao i za pristupanje Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima. U ostalim slučajevima ovaj organ mora biti konsultovan pre nego što sporazum bude zaključen. Izuzetak predstavljaju sporazumi čiji predmet isključivo spada u domen ZSPPB kod kojih se Parlament za svoje rezidualno pravo da bude informisan o svim fazama njihovog zaključenja izborio uz pomoć Suda pravde.

Literatura/References

Blumann, C. Dubouis, L. (2010). *Droit institutionnel de l'Union européenne*. Paris: LexisNexis

Case C-658/11 *Parliament v. Council - Piracy Agreement* (2014) ECLI:EU:C:2014:2025. Case C-263/14 *Parliament v. Council - Piracy Agreement II/Tanzania* (2016) ECLI:EU:C:2016:435.

Ćapeta, T. (2009) Sudska zaštita u Europskoj uniji nakon Lisabonskog ugovora. U: Rodin, S. Ćapeta, T. Lang, I. G. (ur.). *Reforma Europske unije: Lisabonski ugovor*, Zagreb: Narodne novine. 89–118.

Eeckhout, P. (2012). *EU External Relation Law*. Oxford: Oxford University Press. European Union Treaties. *Treaty on European Union. Treaty on the Functioning of the European Union*. (2015). In Geiger R. Khan, D.-E. Kotzur, M. (eds.). München-Oxford: Beck-Hart Publishing.

Framework Agreement on Relations between the European Parliament and European Commission of October 20, 2010. *Official Journal of the European Union*. L 304/47.

Hartley, T. (2014). *The Foundations of European Union Law*. Oxford: Oxford University Press.

- Isaac, G. Blanquet, M. (2012). *Droit général de l'Union européenne*. Paris. Sirey.
- Jacqué, J. P. (2012). *Droit institutionnel de l'Union européenne*. Paris : Dalloz.
- Koutrakos, P. (2015). *EU International Relations Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing.
- Lenaerts, K. Maselis, I. Gutman, K. (2014). *EU Procedural Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Lenaerts, K. Nuffel, P. V. Bray, R. Cambien, N. (2011). *European Union Law*. London: Sweet & Maxwell.
- Medović, B. (2009). *Međunarodni sporazumi u pravu Evropske unije*. Beograd: Službeni glasnik.
- Opinion 1/75 *Draft Understanding on a Local Cost Standard drawn up under the auspices of the OECD* (1975) ECR 1360.
- Opinion 3/94 *GATT-WTO-Framework Agreement on Bananas* (1995) ECR I-4577.
- Radivojević, Z. Knežević-Predić, V. (2016). *Institucionalni mehanizam Evropske unije posle Lisabonskog ugovora*. Niš: Punta.
- Radivojević, Z. Knežević-Predić, V. (2011). Nova arhitektura Evropske unije. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 1(XLV). 11-37
- Radivojević, Z. (2017). Pravosudna kontrola zajedničke spoljne i bezbednosne politike Evropske unije. *Pravni život*. 14. 427-442.
- Radivojević, Z. (2008). Indirektna i savetodavna nadležnost Evropskog suda pravde. *Pravni život*. 14. 5-28
- Radivojević, Z. (1997). *Ugovori međunarodnih organizacija u savremenom međunarodnom pravu*. Niš: SKC
- Schütze, R. (2012). *European Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press
- Simon, D. (2001). *Le système juridique communautaire*. Paris. Presses universitaires de France
- Tridimas, T. (2004) The ECJ and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?, In: Tridimas, T. Nebbid. P. (ed.). *EU Law for 21st Century: Rethinking the New Legal Order*. Oxford: Hart Publishing. Vol.1. 118-134.

Zoran Radivojević, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Vesna Knežević-Predić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Political Science, University of Belgrade

PROCEDURE FOR CONCLUSION OF EU TREATIES WITH THIRD STATES AND INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

Summary

After the Lisbon Treaty has entered into force, the process of concluding treaties between the EU and third countries or international organizations has sustained significant changes. The most important procedural novelty is the establishment of the ordinary procedure that covers almost all agreements the EU concludes with third parties. Under the Lisbon Treaty, this procedure involves a number of stages: negotiations, signing the agreement, and decision to conclude the agreement. For agreements whose subject matter exclusively or predominantly falls into the domain of common foreign and security policy, there are several derogations from the uniform rules of the ordinary procedure. The same provision of the founding treaty regulates the procedures for amending and suspending the agreement in force, as well as the judicial control procedure of those agreements that are yet to be concluded.

The ordinary procedure does not cover two subject-specific proceedings pertaining to relatively narrow areas of EU action. More specifically, they refer to the conclusion of agreements in the area of common trade policy and agreements on the exchange rate of the Euro against the currencies of non-member states. The exclusion of trade agreements is probably the result of the differences that still exist in the division of competencies between the Member States and the EU regarding trade in the area of some services. On the other hand, the enactment of a special procedure for agreements on the Euro exchange rate in relation to the national currency rates of third countries stems from the need to ensure the Union's unique position in this field.

On the institutional level, the most important actors in the process of concluding EU agreements are the Council, the Commission and the European Parliament. The Council has retained the central role in all types of treaty procedures, and it decides on essential issues related to the course and outcome of the process. The Commission has retained the major role in initiating and negotiating the agreements, but it is no longer the exclusive initiator and negotiator in the agreement process. Namely,

depending on the subject of the treaty, new entrants in that role are the High Representative for Foreign Affairs and Security Policy, and the European Central Bank. The European Parliament has strengthened its position in the procedure for concluding EU agreements and can, therefore, be considered the largest “net” winner of the Lisbon Treaty reform. This is partly due to its new role in the course of negotiations, which implies the right to be immediately and fully informed about all stages of the proceedings, but to a much greater extent it refers to the powers that this body has in the final stage preceding the conclusion of the agreement. Finally, the EU Court of Justice has an important role in this process; its task is to control the compliance of the EU agreements with the founding treaties prior to their conclusion.

Keywords: *conclusion of agreement, European Union, ordinary procedure, special procedures, initiatives, negotiations, signing, amendments, suspension, judicial control.*

Dr Željko Mirjanić,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Banjoj Luci

originalni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1878067M

UDK: 349.2:316.32
Rad primljen: 08.02.2018.
Rad prihvaćen: 14.03.2018.

UTICAJ GLOBALIZACIJE NA RADNO PRAVO (POST)TRANZICIONIH ZEMALJA**

Apstrakt: Predmet istraživanja je uticaj aktuelne globalizacije i usklađivanja (harmonizacije) radnog prava u okviru evropske integracije kao dijela procesa globalizacije, na promjene radnog prava u (post)tranzicionim zemljama. Sadašnja faza razvoja radnog prava zasniva se na usklađivanju radnog prava sa radnim pravom Evropske unije, a na konceptu socijalne tržišne privrede i na promjeni svijeta rada pod uticajem koncepta neoliberalne globalizacije. U analizi je ukazano da se ideja globalizacije kao organizovanog, postepenog istorijskog procesa uspostavljanja svjetske zajednice dijelom posredstvom međunarodnog prava, uključujući i međunarodno radno pravo, razlikuje od ideje neoliberalne globalizacije započete osamdesetih godina prošlog vijeka. Tok daljeg razvoja domaćeg radnog prava zavisi od prilagođavanja evropskog radnog prava i radnog prava u zemljama članicama EU najvažnijim promjenama u svijetu rada i kapitala, a što ukazuje na značaj kreativnog pristupa izradi programa razvoja radnog zakonodavstva, isto kao i zakonodavstva u cjelini. U analizi se polazi od pitanja da li su promjene radnog prava prvenstveno posljedica prilagođavanja globalnim ili unutrašnjim ekonomskim i socijalnim okolnostima. Analiza pokazuje da promjene međunarodnog i evropskog radnog prava usljed globalizacije, najviše utiču na promjene radnog prava u (post)tranzicionim zemljama. To pokazuje i tendencija uvođenja novih instituta u oblasti individualnog radnog prava, kao što su, na primjer, zaštita radnopravne sigurnosti „uzbunjivača“, zaštita prava radnika u slučaju promjene poslodavca ili u oblasti kolektivnog radnog prava,

* zeljko.mirjanic@pf.unibl.org

** Rad usmeno izložen na međunarodnoj naučnoj konferenciji „Globalizacija i pravo“, održanoj u Nišu 21. i 22. aprila 2017. godine

kao što su, na primjer, reprezentativnost socijalnih partnera, institucionalizacija mirnog rješavanja radnih sporova i drugo.

Ključne riječi: *globalizacija, radno pravo, harmonizacija radnog prava, „uzbunjivač“.*

1. Uvod

Globalizacija i evropska integracija utiču na porast značaja međunarodnog i evropskog radnog prava za reformske i druge promjene domaćeg (unutrašnjeg) radnog prava. Globalni izvori radnog prava, a posebno konvencije Međunarodne organizacije rada (MOR) sadrže međunarodne standarde koji predstavljaju normativnu podlogu za donošenje zakona u (post)tranzicionim zemljama. Razvoj radnog prava u evropskim (post)tranzicionim zemljama uslovljen je i regionalnim evropskim izvorima i usklađivanjem (harmonizacijom) domaćeg prava sa pravom Evropske unije (EU). Ove zemlje su članice Savjeta Evrope i obavezuju ih Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Evropska socijalna povelja. Istovremeno, zemlja koja želi da postane članica EU je obavezna da prethodno usvoji komunitarno pravo (*acquis communautaire*) i sa njim usaglasa svoje zakone. Ono obuhvata propise kojima se uređuju međusobni odnosi, prava, obaveze i odgovornosti između zemalja članica, a primjenjuje se i na fizička i pravna lica u ovim zemljama. Akti komunitarnog prava imaju prednost u odnosu na pravne propise zemlje članice EU, a njihovo dejstvo može biti direktno (primjenjuju se bez obzira da li su formalno ugrađeni u zakonodavstvo zemlje članice) ili indirektno (forma i metod primjene prepušteni vlastima i subjektima kolektivnih pregovora u zemlji članici). Usklađivanje prava predstavlja dugogodišnji proces u kome se postepeno i djelimično obavlja prenošenje, primjena i sprovođenje komunitarnog prava, a zavisno od posebnih obilježja domaćeg pravnog sistema. Prilikom izrade i donošenja zakona koji imaju za cilj usklađivanje prava, stvaraoci zakona proučavaju pravo EU i traže rešenja koja odgovaraju domaćim pravnim, ekonomskim, socijalnim i drugim društvenim okolnostima i kapacitetu institucija vlasti (Mirjanić, 2014: 130). Kao primjer uticaja međunarodnog i evropskog radnog prava na radno zakonodavstvo može se navesti da je jedan od razloga za promjene Zakona o radu Srbije 2014. godine potreba dalje harmonizacije i usaglašavanja sa pravom EU, međunarodnim konvencijama i direktivama, a u pogledu izmjena i dopuna odredbi o radnom mjestu, radnom vremenu, odmorima,

zaštiti sindikalnih predstavnika, radu na određeno vrijeme itd. (primjeri direktiva 2003/88, 97/81/EZ, 99/70/EZ, itd.). Privlačenje stranih investicija je povezano sa globalizacijom, a kao važan ekonomski razlog za promjene Zakona o radu navedena je težnja ka porastu stranih i domaćih investicija (Paragraf, 2014: 5). MMF definiše globalizaciju kao rastuću ekonomsku međusobnu zavisnost svih svjetskih zemalja, koju je, između ostalog, stvorila i razmjena kapitala. Za objašnjenje sličnih promjena zakona o radu u drugim (post)tranzicionim zemljama u regionu navode se isti pravni i ekonomski razlozi.

Na razvoj, kontinuitet i dinamiku usklađivanja domaćeg radnog prava sa pravom EU značajno utiče i perspektiva, trajanje i dinamika u češća pojedine zemlje u procesu evropske integracije, kao i odnos prema evropskom socijalnom modelu. Međusobne razlike u pogledu promjene radnog prava u (post)tranzicionim zemljama potiču dijelom zbog različitog stepena u češća pojedine zemlje u procesu evropske integracije. Predmet ove analize je stoga uticaj globalizacije, i evropske integracije kao dijela procesa globalizacije, na razvoj radnog prava u zemljama Jugoistočne Evrope koje u procesu evropske integracije u čestvuju kao kandidat ili potencijalni kandidat za prijem u EU. Razlozi za promjene radnog zakonodavstva u ovim zemljama su iste prirode i promjene radnog zakonodavstva u jednoj zemlji posredno utiču na sadržaj promjena radnog zakonodavstva u drugim zemljama. Razvoj radnog prava u ovim zemljama se razlikuje u odnosu na (post) tranzicione zemlje članice EU. To se odnosi i na (post)tranzicione zemlje sa prostora Jugoistočne Evrope i pored niza zajedničkih obilježja, kao što su zajednička pravna istorija tokom dvadesetog vijeka, naslijeđene iste ekonomske, socijalne i druge društvene okolnosti, evropski put zasnovan na istim i sličnim uslovima postavljenim u pojedinačnim sporazumima o stabilizaciji i pridruživanju itd. Zemlja kandidat ili potencijalni kandidat za prijem u članstvo EU nije adresat i nema istu obavezu usklađivanja prava kao zemlja članica. Adresati kojima je upućeno komunitarno pravo su zemlje članice, pravna i fizička lica, organizacije radnika (zaposlenih) i poslodavaca u zemljama članicama. Kada zemlja kandidat postane članica EU, onda pravne tekovine Unije postaju unutrašnje pravo koje ima veću pravnu snagu od akata koje donose njeni organi. Kako se navodi, činjenica je da u osnivačkim ugovorima nije određeno da je nacionalno pravo podređeno komunitarnom, ali praksa Evropskog suda pravde definisala je prvenstvo komunitarnog prava nad nacionalnim. Pored ovog prvenstva, druga njegova odlika jeste princip direktne primjenljivosti, koji se odnosi na mogućnost individualnih

subjekata komunitarnog prava da zahtijevaju od nacionalnog suda da zaštiti njihova prava koja proističu neposredno iz ugovora ili drugih komunitarnih akata (Marinković, Marinković, 2015: 8). Zemlja kandidat ili potencijalni kandidat postepeno usklađuje svoje pravo u vremenu čije trajanje zavisi od nepredvidljivog trajanja (ne)izvjesnog procesa pridruživanja. To pokazuje i zakonodavna praksa da se uz nacrt i prijedlog zakona kao sastavni dio obrazloženja dostavi izjava o usklađenosti zakona sa pravnim poretom EU, a koja može da sadrži ocjenu usklađen, djelimično usklađen ili neusklađen (Mirjanić, 2014: 166). Ove zemlje ne mogu da utiču na razvoj prava EU, već to mogu samo članice.

U naučnoj javnosti nisu do kraja razjašnjene dileme o prirodi, značaju i posljedicama procesa globalizacije i evropske integracije i uticaju koji ovi procesi imaju na promjene pravnog sistema u (post)tranzicionim zemljama. U tom smislu, može se postaviti i pitanje u kojoj mjeri globalizacija i evropska integracija dovode u pitanje samostalnost i originalnost unutrašnjeg prava budući da su ove zemlje pojedinačnim sporazumima o stabilizaciji i pridruživanju zaključenim sa članicama Zajednice, prihvatile obavezu da svoj pravni sistem mijenjaju kroz usklađivanje domaćeg prava sa pravom EU. Kratak pregled nastanka i razvoja evropskog radnog prava pokazuje da je radno pravo primarno pravo zemalja članica, a da se zasniva na određenim zajedničkim vrijednostima, kao što su: industrijska demokratija, kolektivno pregovaranje, zabrana diskriminacije, jednakost mogućnosti, socijalna dobrobit i solidarnost, socijalni dijalog i dr. (Mirjanić, 2015: 286). Ali, zakonodavna praksa pokazuje da se ove zemlje oslanjaju na obavezu usklađivanja domaćeg prava sa pravom EU kao zamjenu za vlastite skuštinske programe donošenja zakona, te izgleda opravdana teza da su normativne promjene prvenstveno međunarodnog i evropskog porijekla. U tom smislu, može se očekivati da će zakoni kojima se reformišu radni odnosi biti više nego do sada pisani prema izvorima evropskog radnog prava. U ovom tekstu se polazi od stava da je dalji razvoj radnog prava u posmatranim (post)tranzicionim zemljama povezan sa nastavkom pravne reforme, nezavisno od toga da li su reformske promjene više odraz prilagođavanja globalnim i evropskim ili unutrašnjim okolnostima. Polazeći od toga, razvoj radnog prava je vezan za ugovorni koncept radnih odnosa i uvažavanje vrijednosti i ciljeva međunarodnog i evropskog radnog prava, a što zahtijeva saradnju institucija vlasti i socijalnih partnera u pogledu izrade zakona, kolektivnog pregovaranja i socijalnog dijaloga.

U literaturi prevladava stav da nije moguće dati konačno objašnjenje uticaja aktuelnog procesa neoliberalne globalizacije na razvoj radnog i drugih grana prava, i da nije moguće predvidjeti trajanje i dalji tok procesa. U ovom tekstu se polazi od pristupa da ostvarivanje ciljeva radnog prava, kao i stabilnost socijalnog razvoja zavise između ostalog od toga u kojoj mjeri se socijalni poredak zasniva na ideji socijalne pravde, i pored toga što izgleda da je ona neostvarljiva ili teško ostvarljiva u procesu neoliberalne globalizacije. Socijalna pravda predstavlja jednu od osnovnih vrijednosti međunarodnog radnog prava, a što je na simboličan način ugrađeno u temelj zdanja MOR-a u Ženevi tako što je na kamenu-temeljcu upisano: *Si vis pacem cole iustitiam* (Ako želiš da živiš u miru, pozivaj se na pravdu).

2. Različit odnos prema globalizaciji

Naučni stavovi u literaturi o uticaju globalizacije na promjene (radnog) prava odražavaju različita, a nekad i suprotstavljena stajališta o globalizaciji i evropskoj regionalizaciji kao dijelu globalizacije. Na različite vrijednosne stavove u naučnoj javnosti značajno utiče činjenica da je kod nas rasprava o fenomenu i posljedicama globalizacije zakasnila, a što se može pravdati time da se izraz globalizacija koristi da prvenstveno označi međunarodne ekonomske procese započete krajem prošlog vijeka. Različiti pristupi fenomenu globalizacije i njenom uticaju na promjene prava potiču i otuda što se pojmu globalizacije pridaju razna značenja, a zavisno i od toga da li su ona posmatra kroz proces globalizacije, globalnu integraciju, globalne institucije itd. U ovom tekstu (kao i u drugim tekstovima o globalizaciji istog autora), globalizacijom se smatra aktuelni proces dinamičnog povezivanja raznih zemalja u svijetu na osnovi neoliberalnog pristupa ekonomiji i globalnom tržištu započet osamdesetih godina prošlog vijeka. Ovaj proces je različit od ideje o globalizaciji kao fenomenu organizovanog i postepenog istorijskog uspostavljanja svjetske zajednice posredstvom međunarodnog prava, uz poštivanje ljudskih prava i sloboda i drugih univerzalnih vrijednosti i uvažavanje kulturnih i drugih posebnosti različitih naroda. Definisanje pojma globalizacije iz ugla da „aktuelni tok globalizacije“ u izvjesnoj mjeri odstupa od „istorijskog toka globalizacije“ sadrži bar djelimično objašnjenje o tome zašto postoji otpor prema procesu globalizacije i evropskoj integraciji kao regionalnom dijelu tog procesa, i socijalnim posljedicama koje ih prate. U tom smislu, postavlja se pitanje kako globalizacija djeluje na ostvarivanje ciljeva međunarodnog i evropskog radnog prava kao što su na

primjer: afirmacija dostojanstva rada, razvoj industrijske demokratije i socijalnog dijaloga, zaštita prava radnika itd. Ako se kao primjer za ilustraciju izdvoji problem o tome kako obezbjediti dostojanstvo rada, onda se može navesti da Povelja EU o osnovnim pravima izdvaja ljudsko dostojanstvo u kontekstu uslova rada i to kao međunarodni standard rada. Pomenuta povelja u članu 31(1) proklamuje da svaki radnik ima pravo na uslove rada kojima se poštuje njegovo ili njeno zdravlje, bezbjednost i dostojanstvo. U izvještaju generalnog direktora Međunarodnog biroa rada iz 1999. navedeno je da pristojan rad predstavlja globalni zahtjev i da mnogo toga zavisi od sposobnosti da se pronađe rješenje za ostvarivanje pristojnog rada, te je ukazano na strategijske zadatke kao preduslove za pretvaranje pristojnog rada u globalni cilj: širenje mogućnosti zapošljavanja, utvrđivanje sistema socijalnog zapošljavanja i razvoj i učvršćivanje sistema socijalnog dijaloga i prava na jednakost. Pristojan rad kao sinteza međunarodnih standarda rada, čija je osnovna intencija da se rad, odnosi na radu i sveukupni kvalitet zaposlenja sagleda uz primjenu šireg spektra standarda rada doprinijeće usaglašavanju domaće regulative, ekstenziji ljudskih prava, naročito izgradnji kulture rada i odnosa na radu, koja je sine qua non razvoja industrijske demokratije (Perić, 2013: 344).

U (post)tranzicionim zemljama Jugoistočne Evrope, ostvarivanje pomenutih ciljeva se odvija u okviru neoliberalne globalizacije koja ih udaljava od socijalne pravde i evropskog socijalnog modela. Na probleme u (post)tranzicionim zemljama ukazuje i izvještaj Svjetske komisije o socijalnoj dimenziji globalizacije (koju je osnovao MOR), u kome se ističe da je stvaranje pravedne i uključive globalizacije prioritet svugdje u svijetu, da su njene prednosti za mnoge daleko dok su rizici stvarni, da globalizacija nije ispunila svoje jednostavne i legitimne težnje za dostojnim poslom i boljom budućnosti (World Commission on the Social Dimension of Globalization, 2004). U tom smislu, promjena radnog prava u pravcu uspostavljanja individualnih i kolektivnih radnih odnosa sličnih odnosima u zemljama članicama EU, može se posmatrati i kroz stav da proces tranzicije nije završen ako nisu dostignuti evropski standardi, odnosno evropski socijalni model. Evropska komisija je u Bijeloj knjizi o socijalnoj politici (1994) definisala evropski socijalni model kao vrijednosti koje uključuju demokratiju i individualna prava, slobodno kolektivno pregovaranje, tržišnu ekonomiju, jednake mogućnosti za sve i državu blagostanja i solidarnosti. U (post)tranzicionim zemljama postoji nesklad između uticaja globalizacije na sadržaj i zaštitu navedenih vrijednosti, i prihvatanja da se primjene međunarodni

standardi rada i ljudskih prava, obezbjede unutrašnji i vanjski nadzor nad primjenom ovih standarda, unutrašnja i međunarodna zaštita ljudskih prava.

Pored različitih naučnih stavova o uticaju globalizacije na promjene (radnog) prava u (post)tranzicionim zemljama, preovlada stav da su globalizacija i evropska integracija osnovni činioci reforme pravnog poretka u ovim zemljama, da vode pravnoj povezanosti i sličnosti unutrašnjeg prava sa pravom zemalja EU, da na obilježja domaćeg (radnog) prava utiču obilježja komunitarnog (radnog) prava. Kako je konstatovano, obe komponente radnog prava jedinstvenog po predmetu regulisanja i titularima prava i obaveza: međunarodna i unutardržavna moraju činiti logičan, sveobuhvatan, međusobno povezan i neprotivrječan sistem pravnih akata i u njima ustanovljenih načelnih rješenja (Paravina, 2003: 37). Značajnom uticaju komunitarnog prava pogoduje njegova fleksibilnost koja omogućava da razne zemlje mogu prilagoditi svoje pravo zahtjevima evropskog prava. EU podstiče aktivnosti zemalja članica u određenim oblastima, kao što su unapređenje radne sredine, uslovi rada, zastupanje kolektivnih interesa zaposlenih, socijalna sigurnost i socijalna zaštita radnika, integracija lica isključenih sa tržišta rada, itd. (novelirani Sporazum o Evropskoj zajednici, čl. 137). Kako je podvučeno u literaturi, pravno dejstvo akata komunitarnog prava uslovljeno je ciljem koji se želi postići. To nije „unifikacija“, već „harmonizacija“ koja se sastoji u tome da se obezbjedi da u svim pitanjima iz nadležnosti EU propisi država članica nameću slične obaveze građanima svih tih država i minimum obaveze u svakoj državi (Jašarević, 2005: 465). Ali, globalizam izaziva antiglobalizam, a nepovoljne socijalne posljedice izazivaju otpor aktuelnom procesu globalizacije, kao što i druge pojave tog značaja izazivaju svoju suprotnost i otpor. Sve veći otpor uticaju aktuelnog procesa globalizacije pokazuje da je koncept nacionalne države zadržao svoj značaj, a posebno u okolnostima kada se među članicama EU pojavljuju različiti stavovi o položaju članica i organizaciji Unije, kao i težnje ka obnovi nacionalnih vrijednosti. Na odnose između članica utiču i značajane razlike u pogledu uticaja zemalja članica na rad Savjeta ministara, Evropske komisije i Evropskog parlamenta, a koji se pojavljuju kao donosioci evropskog prava, pri čemu je uticaj (post)tranzicionih zemalja članica EU manji u odnosu na uticaj „starih“ članica. Pored toga, postoji problem legitimiteta vlasti od strane EU. Kako se navodi, za vršenje vlasti kao što je ograničena vlast EU nad državama članicama u oblastima delegirane nadležnosti, a na osnovu njihovog voljnog pristanka, postavljaju se ista pitanja koja se

postavljaju i za vršenje vlasti moderne države, odnosno za opravdanje njenog postojanja i djelovanja: o legitimitetu i ulozi naroda (množina) u izboru i vršenju vlasti, ili drugačije rečeno, pitanje o primjeni demokratije u vršenju vlasti koja je delegirana EU, a koje je u najužoj vezi sa ulogom birokratije, odnosno dometom primjene birokratskog načela i elemenata u njenoj institucionalnoj organizaciji (Lukić, 2015: 321).

Na usklađivanje radnog prava pored navedenih činilaca, te perspektive i dostignutog stepena pridruživanja svake zemlje pojedinačno, značajno utiče razvoj prava EU. U traženju odgovora na pitanje o daljem toku usklađivanja domaćeg (radnog) prava sa (radnim) pravom EU, javlja se neizvjesnost u pogledu prilagođavanja evropskog prava i prava zemalja članica EU ekonomskim, tehničkim, tehnološkim, informatičkim i drugim globalnim promjenama. Kako je konstatovano, praksu razvijenih zemalja članica EU u pogledu promjene načina odvijanja radnih odnosa karakteriše velika inovativnost, a poslednjih godina u evropskim zemljama su i "fleksibilne" forme rada koje su za nas još uvijek relativna novina, u stvari donekle iscrpljene, te se uvode oblici rada koji su za sada nepoznati i u mnogim evropskim zemljama, pa i sama EU nema jasnu politiku u toj oblasti (Jašarević, 2015: 2). Na značaj pitanja o uticaju radnog prava EU na usklađivanje radnog prava, ukazuje i sam nastanak komunitarnog radnog prava: počev od Pariskog samita EEZ (1972) došlo je do napuštanja stava *laissez-faire* prema materiji radnog i socijalnog prava (uvjerenja da će funkcionisanje zajedničkog tržišta samo po sebi dovesti do poboljšanja i ujednačavanja uslova života i rada radnika). Javila se očigledna potreba da se naglasi da Evropa predstavlja "nešto više od zajedničkog tržišta i uklanjanja carinskih barijera", čime su stvoreni uslovi za razvoj komunitarnog radnog prava (Obradović, 2005: 693). Kao značajni primjeri prilagođavanja promjeni uslova u kojima se obavlja rad mogu se navesti "fleksibilizacija rada", korišćenje informatičkih tehnologija, zaštita radnopravne sigurnosti „zviždača“ („uzbunjivača“) u cilju borbe protiv korupcije.

Uspostavljanje i razvoj informacionog društva, a koje se može opisati kao postindustrijski privredni i društveni oblik u kome korišćenje informacija i znanja ima centralnu ulogu i čini stalno rastući udio u društvenom proizvodu (Vasković, 2014: 34), pokazuje da od niza pretpostavki na međunarodnom i evropskom nivou koje značajno utiču na svijet rada i kapitala, poseban značaj pripada korišćenju informatičkih tehnologija. Uticaj globalizacije na razvoj radnog prava ne može se odvojiti od promjena u svijetu rada i kapitala koje su posljedica korišćenja ovih tehnologija, a u osnovi kojih je pojava da

informaciona privreda u industrijskim zemljama predstavlja posebnu privrednu granu koja nadmašuje klasične industrijske grane po obrtu i rastu. Procesi globalizacije i evropske regionalizacije kao dijela tog procesa, naslonjeni su na korišćenje informatičkih tehnologija. Globalna upotreba ovih tehnologija pred socijalne partnere i druge subjekte kolektivnih radnih odnosa stavlja zahtjev da ih koriste kako bi poboljšali međusobnu komunikaciju. Socijalni partneri su upućeni da koriste ove tehnologije kako bi obezbijedili propisani i očekivani nivo obavještenosti i komunikacije u cilju ostvarivanja prava na informisanje kao kolektivnog prava radnika na učešće u upravljanju, informisanje i odlučivanje. Upotreba informatičkih tehnologija omogućava stalno, blagovremeno međusobno informisanje i komunikaciju o problemima ekonomskog i socijalnog razvoja i na osnovi toga uspostavljanje međusobnog povjerenja. Ono se može graditi kroz upotrebu informatičkih tehnologija budući da one omogućavaju stalno informisanje o ekonomskom i socijalnom razvoju, nasuprot marginalizaciji informisanja radnika i potcjenjivanju socijalnog dijaloga (Mirjanić, 2017: 15). Korišćenje informatičkih tehnologija ubrzava promjene u svijetu rada, ali radno zakonodavstvo ne uređuje način upotrebe ovih tehnologija za informisanje subjekata radnih odnosa, informisanje i međusobnu komunikaciju socijalnih partnera, i ono predstavlja predmet kolektivnih ugovora i autonomnih opštih akata.

Razvoj novih informatičkih tehnologija je omogućio novi koncept rada na daljinu. Kako se navodi, u pitanju je koncept po kome se sve više uspostavljaju radni procesi koji imaju globalni karakter, i sve veći broj ljudi radi za kompanije u drugim zemljama i na drugim kontinentima. Podaci potvrđuju da se u cijelom svijetu permanentno uvećava broj poslova i broj ljudi koji se bave ovakvom vrstom poslova. Pojava ove specifične društvene grupe otvara čitav niz pitanja – redefinisanja pojma radnog mjesta, procesa rada, radne discipline, međuljudskih odnosa u procesu rada (Marinković, Marinković, 2015: 313).

Uvođenje novih instituta u oblasti individualnog radnog prava, kao što su na primjer, zaštita radnopravne sigurnosti “uzbunjivača”, pokazuje kako je za razvoj radnog prava važno pitanje povezivanja radnopravne zaštite radnika koji otkriju korupciju i borbe protiv korupcije. Usljed spoljnog uticaja, u (post)tranzicionim zemljama u regionu postepeno preovladava stav da je neophodno posebnim zakonom urediti zaštitu lica koja prijave ili otkriju informacije o korupciji kod poslodavca suprotnih javnom interesu. To pokazuje činjenica da su neke zemlje u regionu donijele zakon koji za predmet regulisanja ima zaštitu

radnopravnog statusa uzbunjivača ili su odredbe o tome ugradile u zakon o radu ili zakon o državnim službenicima.¹ Zakonsko regulisanje zaštite prava uzbunjivača po uzoru na zakone u pojedinim evropskim državama može iz nove zakonodavne prakse prerasti u normativni trend u regionu. Zaštita radnopravnog statusa zaposlenih koji otkriju informacije o korupciji i drugim nezakonitim radnjama kod poslodavca je obezbjeđena u okviru zaštite prava koja pripada svim zaposlenim i bez zakonskog regulisanja zaštite uzbunjivača, ali postepeno preovladava stav da ta zaštita nije dovoljna. Rizik od korupcije je pojačan u onim sredinama gdje nije pružena odgovarajuća zaštita uzbunjivača (Mirjanić, Čošabić, 2016: 97).

3. Značaj saradnje socijalnih partnera

Razvoj radnog prava u posmatranim zemljama prati neslaganje i sukob između zakonskih odredbi i odnosa u svijetu rada uspostavljenih na osnovu tih odredbi, kao što je na primjer, slučaj između odredbi o kolektivnim pravima i kolektivnih radnih odnosa (industrijskih odnosa). Postojanje značajnih razlika, pa i suprotnosti između sadržaja zakona, odnosno autonomnih izvora prava i njihove primjene, predstavlja veliki problem za učešće (post)tranzicionih zemalja u procesu evropske integracije. Sklad između donošenja i primjene zakona i drugih pravnih propisa predstavlja obavezu u procesu usklađivanja unutrašnjeg prava sa pravom EU. Sporazumi o stabilizaciji i pridruživanju koje su zemlje u regionu pojedinačno zaključile sa članicama EZ, sadrže obavezu usklađivanja i efikasnog provođenja prava. Pokazalo se da je lakše promijeniti pravne propise nego ponašanje i pravnu svijest individualnih i kolektivnih subjekata radnih odnosa ili na drugi način obezbjeđiti njihovo ponašanje prema propisima. Kako se navodi, poslednja proširenja koja su uključila zemlje Jugoistočne Evrope ukazala su da u odnosu na harmonizaciju propisa veću pažnju zahtijeva njihovo sprovođenje i sudska kontrola tih procesa. Realno stanje u nekim novim državama članicama je pokazalo da ne postoje potrebni uslovi za primjenu usvojenih pravnih tekovina EU, što je ukazalo da tok pregovora mora da prati paralelni proces izgradnje stabilnog i operativnog administrativnog i sudskog kapaciteta države (Vukadin, 2015: 197). Pretpostavka da bi se umanjilo neslaganje između normi i svijeta rada jeste saradnja između institucija vlasti i socijalnih

1 Zakon o zaštiti uzbunjivača ("Sl. glasnik Republike Srbije", br. 128/2014); Zakon o zaštiti lica koja prijavljuju korupciju u institucijama Bosne i Hercegovine ("Sl. glasnik Bosne i Hercegovine" br. 100/13); Zakon o sprječavanju korupcije („Sl. list Crne Gore“), br. 53/14.

partnera u zakonodavnoj djelatnosti na način prisutan u evropskim zemljama: Zakon kao izvor prava (u socijalnoj državi) karakteriše i osobenost postupka donošenja – u postupku donošenja obezbjeđuje se učešće socijalnih partnera u okviru tripartitnih institucija poput socijalno-ekonomskih savjeta, i tako zakon kao izvor prava dobija dodatnu legitimnost – pored legitimnosti zakonodavnog organa (u zemlji političke demokratije), pridodaje se legitimnost industrijske demokratije, zasnovane na tripartitnom konsenzusu reprezentativnih socijalnih partnera i države (Lubarda, 2013: 83). Razvoj i unapređenje socijalnog dijaloga i drugih oblika djelovanja socijalnih partnera u (post)tranzicionim zemljama Jugoistočne Evrope je važno pitanje i stoga što je pod uticajem neoliberalne globalizacije prisutno udaljavanje od evropskog socijalnog modela. U periodu tranzicije i pored nastojanja da se ublaže posljedice tranzicije razvojem tripartitnih institucija, dolazi do krize kolektivnog radnog prava, odnosno socijalnog dijaloga, pošto se u ovim zemljama često prihvatao koncept neoliberalizma (uticaja američkog modela u uslovima globalizacije) (Lubarda, 2012: 168). Stoga je izgleda nezamjenljiva saradnja institucija vlasti i socijalnih partnera da bi se obezbjedio razvoj radnog zakonodavstva uz uvažavanje ciljeva radnog prava, kao i da se izbjegne velika učestalost izmjena i dopuna zakona.

Pored saradnje u procesu izrade i tokom postupka donošenja zakona, reprezentativni sindikati i udruženja poslodavaca kroz tripartitni socijalni dijalog, ali i van njega mogu da zajedno sa drugim predstavnicima radnika i poslodavaca učestvuju u rješavanju ekonomskih i socijalnih problema. Pitanje socijalnih posljedica tranzicije u (post)tranzicionim zemljama regiona još nije riješeno, i suočavanje sa socijalnim nezadovoljstvom zbog toga utiče na značaj socijalnog dijaloga. Kako je istaknuto, socijalni dijalog daje najveće efekte upravo zahvaljujući svojoj širini, razuđenosti i demokratičnosti. On treba da prožima sve nivoe: od preduzeća do nacionalnog nivoa. Sem toga, iako se naziva „dijalogom“, ova forma demokratskog djelovanja uključuje sve zainteresovane aktere u društvu – počev od preduzeća i lokalnih zajednica do najvišeg državnog nivoa, a ima širi demokratski sadržaj od tripartizma sa kojim se često poistovjećuje (Jovanović, 2006: 31). U tom smislu, od socijalnih partnera se očekuje kompetentnost, sposobnost i volja da se kroz dijalog bore za interese onih koje predstavljaju i da kreativno učestvuje u daljim promjenama radnog zakonodavstva. Ali, promjene u radnom zakonodavstvu koje pružaju normativnu osnovu za socijalni dijalog, kako pokazuje pravna praksa, prati nedostatak volje

i sposobnosti socijalnih partnera da rješavaju ekonomske i socijalne probleme, i rizik od socijalnih konflikata usljed velikih socijalnih razlika. Stoga, pred radno zakonodavstvo se postavlja pitanje kako ustanoviti primjenljiv pravni osnov za uspostavljanje socijalnog dijaloga, partnerstva i tripartizma u kolektivnim radnim odnosima i radnopravnu sigurnost radnika. U osnovi ovog pitanja je problem kako obezbjediti garanciju za primjenu ekonomsko-socijalnih prava i ustanoviti procese putem kojih će se ovi principi i prava ostvarivati (Mirjanić, 2006: 105).

4. Umjesto zaključka

U (post)tranzicionim zemljama koje nastoje da postanu članice EU, razvoj radnog prava u pravcu normativne ugradnje međunarodnih i evropskih standarda rada odvija se pod uticajem procesa neoliberalne globalizacije. Da promjene međunarodnog i evropskog radnog prava značajno utiču na promjene radnog prava u (post)tranzicionim zemljama pokazuje i uvođenje novih instituta kao što su zaštita radnopravne sigurnosti "uzbunjivača", zaštita prava radnika u slučaju promjene poslodavca, rad na daljinu vezan za korišćenje informatičkih tehnologija, mirno rješavanje radnih sporova itd. Aktuelni proces se razlikuje od globalizacije kao postepenog istorijskog procesa uspostavljanja svjetske zajednice dijelom posredstvom međunarodnog prava, uključujući i međunarodno radno pravo. Ova razlika ukazuje na značaj kreativnog pristupa izradi programa razvoja radnog zakonodavstva, učešća socijalnih partnera u postuku donošenja zakona značajnih za ekonomski i socijalni položaj radnika (zaposlenih) i poslodavaca. Saradnja socijalnih partnera međusobno i sa institucijama vlasti je pretpostavka za promjenu i primjenu radnog zakonodavstva u pravcu zaštite ciljeva radnog prava kao što su socijalna pravda i radno-socijalni mir. Tok daljeg razvoja domaćeg radnog prava zavisi od prilagođavanja evropskom radnom pravu i uticaja uporednog radnog prava zemalja članica EU, kao i od prilagođavanja evropskog radnog prava u zemljama članicama EU najvažnijim promjenama u svijetu rada i kapitala, a taj proces je neizvjestan.

Literatura/References

- Vasković, V. (2014). *Elektronsko poslovanje u javnoj upravi – eGovernment*. Beograd: Beogradska poslovna škola
- Vodič za primjenu Zakona o radu. (2014). Beograd: Paragraf
- Vukadin, E. (2015). Uloga harmonizacije prava sa pravom Evropske unije u procesu evrointegracija, Zbornik radova *Odnos prava u regionu i prava Evropske unije*. Istočno Sarajevo.
- International labour organization, World Commission on the Social Dimension of Globalization. *A Fair Globalization: Creating Opportunities for All*. (2004)
- Jašarević, S. (2005). Radno pravo Srbije i Evropske unije. *Pravni sistem Republike Srbije – usaglašavanje sa pravom Evropske unije*, Pravni fakultet u Nišu. 459–478.
- Jašarević, S. (2/2015). Nove forme rada u Evropskoj uniji i Srbiji. *Radno i socijalno pravo*. 1–22.
- Jovanović, P. (2006). Putevi i stranputice industrijske demokratije u Srbiji, *Tendencije u razvoju radnog prava*. 18–34.
- Lubarda, B. (2012). *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
- Lubarda, B. (2013). *Uvod u radno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
- Lukić, R. (2015). Demokratsko versus birokratsko u institucionalnoj strukturi Evropske unije, Zbornik radova *Odnos prava u regionu i prava Evropske unije*, Istočno Sarajevo.
- Marinković, D., Marinković, V. (2015). *Enciklopedija industrijskih odnosa*, Beograd: Službeni glasnik
- Mirjanić, Ž. (2006). Razvoj zakonskog uređivanja radnih odnosa u Bosni i Hercegovini i posebno u Republici Srpskoj. *Tendencije u razvoju radnog prava*, Maribor 97–106.
- Mirjanić, Ž. (2014). Značaj socijalnog dijaloga u procesu usklađivanja domaćeg prava sa pravom Evropske unije. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 3/68. 129–142.
- Mirjanić, Ž. (2014). *Pisanje i donošenje zakona*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci

Mirjanić, Ž. (2015). Harmonizacija radnog prava Republike Srpske, *Odnos prava u regionu i prava Evropske unije*. 283–296.

Mirjanić, Ž., Čošabić, J. (2016) Protection of whistleblower's employment status, *International Scientific Conference on Economic and Social Development – The Legal Challenges of Modern World*. 97–107.

Mirjanić, Ž. (2017). Influence of technologies to social actors, *Proceedings 9th International Scientific Conference* 14–21.

Obradović, G., (2005) Prava zaposlenih u slu čaju promene poslodavca u pravu Srbije i Evropske unije, *Pravni sistem Republike Srbije – usaglašavanje sa pravom Evropske unije*. 693–694.

Paravina, D. (2003). Moguće perspektive radnog prava naše zemlje u tekućoj deceniji. *Radno i socijalno pravo*. 34–42.

Perić, S. (2013). *Pristojan rad – rad dostojan čovjeka*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Prištini (sa privremenim sjedištem u Kosovskoj Mitrovici).

Željko Mirjanić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Banja Luka

INFLUENCE OF GLOBALISATION ON LABOUR LAW IN (POST)TRANSITIONAL COUNTRIES

Summary

The subject matter of this research is the influence of the current globalization and harmonization of labour law within the European integration as part of the globalization process which is reflected in changes in the field of labour law in (post) transitional countries. The current stage of labour law development is based on the harmonization of labour law with the European Union labour law, the concept of social market economy and the change of the labour world under the impact of the concept of neoliberal globalization. The analyses shows that the idea of globalization as organized, gradual historical process of establishing world community, partly through international law (including international labour law), differs from the idea of neoliberal globalization commenced in the 1980s. The course of further development of national labour law depends on the adjustment of European labour law and labour law in the EU member states to the most important changes in the world of labour and capital. It further points to the importance of a creative approach to making labour legislation development programs and developing labour legislation in general.

The analysis first addresses the question whether the changes of labour law are predominantly the consequence of adjustment to global or national economic and social circumstances. The analysis shows that the changes of international and European labour law, due to globalization, mostly affect the changes of labour law in (post)transitional countries. That view is also supported by the tendency of introducing new institutes in the area of individual labour law, such as: protection of labour security of 'whistleblowers', protection of workers' rights in case of change of employer, or protection in the area of collective bargaining, such as inter alia: ensuring the representativeness of social partners, institutionalization of peaceful labour dispute resolution and settlement, and others.

Keywords: *globalization, labour law, harmonization of labour law, 'whistleblower'.*

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

originalni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1878083C

UDK: 339.54

Rad primljen: 01.04.2018.

Rad prihvaćen: 03.05.2018.

NAČELO NACIONALNOG TRETMANA U FUNKCIJI ZABRANE DISKRIMINACIJE „SLIČNIH“ PROIZVODA U OKVIRU OPŠTEG SPORAZUMA O CARINAMA I TRGOVINI**

Apstrakt: U sistemu Opšteg sporazuma o carinama i trgovini (GATT) načelo nacionalnog tretmana sadržano je u članu III. U ovom članu artikulisan je princip da je zabranjena primena mera za regulisanje unutrašnjeg tržišta na način koji za rezultat ima dodeljivanje zaštite domaćim, a diskriminaciju uvezenih proizvoda. Opisani opšti pravni princip je bliže uređen u članu III:2 GATT-a kojim se definišu uslovi primene načela nacionalnog tretmana na unutrašnje poreze i druge nadoknade. Prva rečenica člana III:2 odnosi se na zabranu diskriminatornog tretmana „sličnih“ uvezenih proizvoda putem opterećivanja unutrašnjim porezima. Primena nacionalnog tretmana na „slične“ proizvode uslovljena je dvostepenim kumulativnim testom kojim se utvrđuje konzistentnost mere unutrašnjeg oporezivanja sa odredbom člana III:2. Ovaj dvostepeni test generisan u praksi rešavanja sporova pred panelima za rešavanje sporova u okviru Svetske trgovinske organizacije podrazumeva pozitivan odgovor na sledeća pitanja: a) da li su uvezeni proizvodi i domaći proizvodi „slični“ u kontekstu prve rečenice člana III:2; b) da li je uvezeni proizvod „opterećeniji“ i više oporezovan unutrašnjim taksama nego što je to slučaj sa domaćim proizvodima. Ukoliko je odgovor na oba pitanja pozitivan, postoji kršenje načela nacionalnog tretmana u smislu prve rečenice člana III:2. GATT-a.

Ključne reči: Nacionalni tretman, Opšti sporazum o carinama I trgovini, Svetska trgovinska organizacija.

* pepi@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, br. 179046, koji sprovodi Pravni fakultet u Nišu, a finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

1. Načelo nacionalnog tretmana u sistemu Opšteg sporazuma o carinama i trgovini: predmet, svrha i modaliteti zabranjene diskriminacije

U sistemu Opšteg sporazuma o carinama i trgovini načelo nacionalnog tretmana sadržano je u odredbi člana III nazvanom „Nacionalni tretman u domaćem oporezivanju i propisima“. Prilikom interpretacije ovih odredaba od značaja su i napomene uz član III GATT-a (e. „Note AD Article III“) sadržane u Aneksu I Opšteg sporazuma o carinama i trgovini (e. „Notes and Supplementary Provisions“). Odredbom člana III:1 predviđeno je da „*strane ugovornice priznaju da se takse i ostale domaće dažbine, kao ni zakoni, uredbe i zahtevi koji se odnose na prodaju, puštanje u promet, kupovinu, transport, distribuciju ili iskorišćavanje proizvoda na unutrašnjem tržištu, niti domaći propisi o količinama koje propisuju mešanje, preradu ili korišćenje izvesnih proizvoda u određenim količinama ili srazmerama, neće primenjivati na uvozne proizvode ili domaće proizvode kako bi se na taj način vršila zaštita nacionalne proizvodnje*“.

Načelo nacionalnog tretmana zabranjuje direktno ili indirektno opterećivanje proizvoda sa teritorije države članice uvezenih na teritoriju druge države članice, putem poreskih ili drugih domaćih dažbina.¹ Takođe, načelo nacionalnog tretmana primenjuje se u odnosu na tretman robe i primenu propisa vezanih za distribuciju i korišćenje proizvoda iz jedne države članice uvezenih na teritoriju druge države članice, uz izuzetak vezan za mogućnost primene različitih tarifa u domaćem transportu. Primena ovog izuzetka uslovljena je zahtevom da različite transportne tarife budu zasnovane na kriterijumu ekonomske isplativosti, a ne poreklu proizvoda.²

1 „Proizvodi sa teritorije ma koje strane ugovornice, uvezeni na teritoriju ma koje druge strane ugovornice, neće biti direktno niti indirektno opterećivani porezima ili drugim domaćim dažbinama bilo koje vrste, koje su više od poreza i dažbina koji se direktno ili indirektno naplaćuju na slične domaće proizvode. Nijedna strana ugovornica neće inače primenjivati poreze ili ostale domaće dažbine na uvezene ili domaće proizvode na način koji je protivan principima izloženim u prvom stavu“ (čl. III:2 GATT-a).

2 „Proizvodi sa teritorije bilo koje strane ugovornice uvezeni na teritoriju bilo koje druge strane ugovornice, neće uživati nepovoljniji tretman od tretmana koji uživaju slični proizvodi domaćeg porekla kada su u pitanju zakoni, uredbe, i propisi koji se odnose na prodaju, puštanje u promet, kupovinu, transport, distribuciju i korišćenje ovih proizvoda na domaćem tržištu. Odredbe ovog stava ne zabranjuju primenu različitih tarifa u domaćem transportu ako se ove zasnivaju isključivo na

Kroz praksu GATT-panela, kao i panela i Apelacionog tela Svetske trgovinske organizacije, vidljiva je težnja da se na jedinstven način formuliše svrha načela nacionalnog tretmana u sistemu Opšteg sporazuma o carinama i trgovini.

U tom cilju zauzet je stav da je cilj načela nacionalog tretmana da spreči diskriminaciju uvezenih u odnosu na domaće proizvode, pri čemu je vremenska razdelnica od kada zabrana diskriminacije nastupa momenat kada je roba „ušla“ na tržište druge države članice.³

Takođe je prepoznat značaj i mogućnost da se, ne samo merom, već i načinom njene primene, diskriminišu uvezeni u odnosu na proizvode domaćeg porekla: „Svrha člana III jeste da se osigura da mere na unutrašnjem tržištu ne budu primenjivane na uvezene ili domaće proizvode na način koji za rezultat ima zaštitu domaćeg proizvodnje“.⁴

2. Dualizam člana III:2 GATT-a: razlika u primeni načela nacionalnog tretmana na „slične“ i „direktno konkurentske“ proizvode

Član III:1 Opšteg sporazuma o carinama i trgovini artikuliše opšti pravni princip da je zabranjena primena mera za regulisanje unutrašnjeg tržišta, na način koji za rezultat ima dodeljivanje zaštite domaćim, a diskriminaciju uvezenih proizvoda. Odredba člana III:1 vodič je za razumevanje i interpretaciju specifičnih odredaba sadržanih u članu III:2 i u ostalim odredbama člana III.⁵

ekonomičnom iskorišćavanju prevoznih sredstava, a ne na poreklu proizvoda“ (čl. III:4. GATT-a).

3 U sporu „Italia-Agricultural Machinery“, GATT panel je u tvrdio sledeće: „Namera kreatora sporazuma bila je da se, jednom kada pređe carinu uvezeni proizvod tretira na isti način kao i proizvod domaćeg porekla. U suprotnom, ukoliko takvog jednakog tretmana nema, trebalo bi smatrati da je odobrena indirektna zaštita domaćem proizvodu“. Predmet spora bila je mera kojom se ustanovljavaju posebni uslovi za nabavku „na kredit“ poljoprivrednih mašina proizvedenih u Italiji. Stav GATT panela bio je da se takvim kreditiranjem krši član III GATT-a 1947. Videti: GATT Report of the Panel, „Italian Discrimination against Imported Agricultural Machinery“, <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/italianmachinery.pdf> §11.

4 Videti: GATT Report of the Panel, „United States-Section 337 of the Tariff Act of 1930“ (dalje i: „US-Section 337“), <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/sec337.pdf>, §5.10.

5 Videti: Appellate Body Report, „Japan - Taxes on Alcoholic Beverages II“, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/japan-alcohol\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/japan-alcohol(ab).pdf), §111.

Opisani opšti pravni princip iz člana III:1 elaboriran je bliže u članu III:2 (kojim se definišu uslovi primene načela nacionalnog tretmana na unutrašnje poreze i druge nadoknade) i članu III:4 (kojim se uređuje zabrana diskriminacije uvezenih u odnosu na domaće proizvode u pogledu distribucije robe, s izuzetkom tarifa za prevoz).

Član III:2 karakterističan je po činjenici da obaveza nediskriminacije, sadržana u ovom članu, ima dualni karakter.

Prva rečenica člana III:2 („*Proizvodi sa teritorije ma koje strane ugovornice, uvezeni na teritoriju ma koje druge strane ugovornice, neće biti direktno niti indirektno opterećivani porezima ili drugim domaćim dažbinama bilo koje vrste, koje su više od poreza i dažbina koji se direktno ili indirektno naplaćuju na slične domaće proizvode*“) odnosi se na zabranu diskriminatornog tretmana „sličnih“ uvezenih proizvoda putem opterećivanja unutrašnjim porezima.

Druga rečenica člana III:2 („*Šta više, nijedna strana ugovornica neće inače primenjivati poreze ili ostale domaće dažbine na uvezene ili domaće proizvode na način koji je protivan principima izloženim u prvom stavu*“) tiče se zabrane diskriminacije opterećivanjem unutrašnjim porezima „direktno konkurentnih proizvoda“ ili „proizvoda kojima se domaći proizvod može direktno supstituisati“ (e. „directly competitive or substitutable product“). Formulacije „direktno konkurentni proizvodi“ i „direktno supstitutabilni proizvodi“ (kojima se mogu supstituisati domaći proizvodi koji nisu predmet poreskih opterećenja) nisu sadržane u samom tekstu člana III:2, već u *Addendum*-u uz član III:2, sadržan u Aneksu 1 Opšteg sporazuma o carinama u trgovini. Ova činjenica, međutim, ne oduzima pravni značaj navedenih formulacija: stav apelacionog tela je da *Addendum* ima jednak pravni status sa drugom rečenicom člana III:2, u smislu da su obe formulacije bile predmet jedinstvenih pregovora država članica i da su usvojene istovremeno, te se stoga moraju čitati u kongruenciji.⁶ U nastavku sledi izlaganje o dva modaliteta zabrane diskriminacije iz člana III:2 Opšteg sporazuma o carinama i trgovini: modalitetu zabrane diskriminacije sličnih proizvoda i modalitetu zabrane diskriminacije „direktno supstitutabilnih“ proizvoda.⁷

6 Ibidem, str. 24.

7 Na ovom mestu valja ukazati terminološki značaj termina „supstitu tabilni“. Naime, s ama form ulacija „supstitutabilnost“ znači „podobnost da se bude supstituisan“ (obuhvata, dakle, i samu mogućnost supstitucije). Njome se indicira mogućnost da se odnos dva proizvoda, koji u konkretnom vremenskom intervalu nije supstitutabilan, ali ima potencijal i kapacitet da to postane u budućnosti,

2.1. Načelo nacionalnog tretmana kao instrument zabrane diskriminacije „sličnih“ proizvoda

Primena načela nacionalnog tretmana na „slične“ proizvode, definisana prvom rečenicom člana III:2 („Proizvodi sa teritorije ma koje strane ugovornice, uvezeni na teritoriju ma koje druge strane ugovornice, neće biti direktno niti indirektno opterećivani porezima ili drugim domaćim dažbinama bilo koje vrste, koje su više od poreza i dažbina koji se direktno ili indirektno naplaćuju na slične domaće proizvode“), uslovljena je dvostepenim kumulativnim testom kojim se utvrđuje konzistentnost mere unutrašnjeg oporezivanja sa odredbom člana III:2.

Ovaj dvostepeni test, utvrđen od strane apelacionog tela u sporu „Canada-Periodicals“, sadrži sledeća pitanja:

- da li su uvezeni proizvodi i domaći proizvodi „slični“ u kontekstu prve rečenice člana III:2;
- da li je uvezeni proizvod „opterećeniji“ i više oporezovan unutrašnjim taksama nego što je to slučaj sa domaćim proizvodima.

Ukoliko je odgovor na oba pitanja pozitivan, postoji kršenje načela nacionalnog tretmana u smislu prve rečenice člana III:2. GATT-a.⁸

smatra odnosom „supstitu tabilnosti“ i „direktno konkurentnosti“ u smislu druge rečenice člana III:2 GATT-a.

8 Videti: Appellate Body Report, „Canada-Certain-Measures Concerning Periodicals“ (dalje i: „Canada-Periodicals“), [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/canada-periodicals\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/canada-periodicals(ab).pdf), str. 20. Predmet analize apelacionog tela bilo je da li tzv. „split run“ periodika uvezena iz inostranstva i domaća periodika koja nema „split run“ karakter, jesu „slični“ proizvodi u smislu prve rečenice člana III:2 GATT-a. „Split run“ periodika uključuje određeni broj kopija koje sadrže reklamni deo, pri čemu takve reklame nisu uklju čene u ostatak izdanja; primer ovakve periodike je edicija magazina iz SAD koja sadrži reklame namenjene kanadskom tržištu, ali mu je sadržina identična onoj koju ima izdanje za druge države osim Kanade (videti objašnjenja na: <http://www.thefreedictionary.com/split+run>). Poreski zakon Kanade („Excise Tax Act“) nametao je posebno opterećenje „split run“ edicije, u iznosu od 80 procenata vrednosti svih reklamnih oglasa sadržanih u toj ediciji. Apelaciono telo opovrglo je stav panela da je uvezena „split run“ periodika sličan proizvod sa domaćom periodikom koja nema „split run“ karakter i isključila nekonzistentnost sa prvom rečenicom člana III:2 GATT-a. Međutim, apelaciono je telo našlo da postoji nesaglasnost mere sa drugom rečenicom člana III:2 GATT-a, te da se radi o „direktno konkurentnim“ i „direktno supstitabilnim“ proizvodima. Videti: „Canada-Periodicals“, Summary of Disputes, http://www.wto.org/english/tratop_E/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds31sum_e.pdf.

2.1.1. U Opštem sporazumu o carinama i trgovini izostaje definisanje koncepta „sličnog proizvoda“ u kontekstu primene načela nacionalnog tretmana iz prve rečenice člana III:2. Stoga su paneli i apelaciono telo u većem broju izveštaja razmatrali domet i karakteristike ovog koncepta.

Mera koja je u sporu „Japan-Alcoholic Beverages II“ bila predmet ispitivanja u svetlu primene prve rečenice člana III:2 GATT-a predviđala je sprovođenje unutrašnjeg poreza na alkoholno piće „saki“. Visina i uslovi nametanja ovog poreza bili su identični za uvezene i proizvode domaćeg porekla. Stoga, *prima facie* diskriminacije nema: isti proizvodi tretiraju se identično, bez obzira da li se radi o domaćim ili uvezenim proizvodima. Navedenom merom, međutim, uveden je unutrašnji porez na votku kao alkoholno piće, opet po kriterijumu neutralnom u odnosu na poreklo (e. „origin neutral“): za svu votku važila je i primenjivala se ista poreska stopa, bez obzira da li je uvezena ili domaćeg porekla. Uzrok spora je bila činjenica da je unutrašnji porez za votku bio znatno viši nego onaj koji se plaćao za saki. Stoga su Kanada, Evropska zajednica i SAD osporile ovu meru Japana pozivanjem na kršenje odredbe člana III:2 GATT-a (mera je uvedena jedinstvenim zakonom „Japanese Liquor Tax Law“). Od panela je zahtevano da kao prejudicijelno pitanje utvrdi da li su saki i votka „slični“ proizvodi u smislu prve rečenice člana III:2 GATT-a: ukoliko je to slučaj, oporezivanje votke po stopi višoj nego što je to saki suprotno je obavezi poštovanja načela nacionalnog tretmana, utvrđenoj navedenim stavom.

Apelaciono telo koje je postupalo u sporu „Japan-Alcoholic Beverages II“ podržalo je stav panela da bi prvu rečenicu člana III:2, odnosno kriterijum oporezivanja „sličnih“ proizvoda, trebalo interpretirati usko (striktno). Osnov navedenog stava bila je činjenica da druga rečenica člana III:2 („*Nijedna strana ugovornica neće inače primenjivati poreze ili ostale domaće dažbine na uvezene ili domaće proizvode na način koji je protivan principima izloženim u prvom stavu*“), predviđa mogućnost ispitivanja saglasnosti mere u pitanju sa načelom nacionalnog tretmana u situacijama kada proizvodi na koje se mera odnosi nisu „slični“ u smislu prve rečenice člana III:2. Apelaciono telo se stoga saglasilo sa panelom da se, *a contrario*, prva rečenica člana III:2 („*Proizvodi sa teritorije ma koje strane ugovornice, uvezeni na teritoriju ma koje druge strane ugovornice, neće biti direktno niti indirektno opterećivani porezima ili drugim domaćim dažbinama bilo koje vrste, koje su više od poreza i dažbina koji se direktno ili indirektno naplaćuju na slične domaće proizvode*“) ima interpretirati striktno: u suprotnom polje

primene prve rečenice člana III:2 proširilo bi se na mere koje potpadaju pod dejstvo druge rečenice člana III:2 (koja se ne odnosi na slične, već na širu kategoriju „direktno konkurentnih proizvoda“ ili „proizvoda kojima se domaći proizvod može direktno supstituisati“).⁹

Obrazloženje apelacionog tela je u skladu sa tendencijom izraženom u Izveštaju radne grupe za usaglašavanje graničnih carina (e. „Report of the Working Party on Border Tax Adjustment“). U pogledu koncepta „sličnog“ proizvoda u GATT-u 1947 (dakle, ne isključivo u odnosu na koncept „sličnog proizvoda“ iz prve rečenice člana III:2 GATT-a), Radna grupa je zaključila da interpretacija ove formulacije mora biti zasnovana na „*in concreto*“ analizi, te pravičnoj proceni različitih elemenata na kojima se bazira tvrdnja ili negacija postojanja „sličnosti“ proizvoda. Kao kriterijume od koristi za analizu postojanja sličnosti navedeni su: krajnja namena proizvoda na konkretnom tržištu; potrošačke navike koje variraju od države do države; osobine, priroda i kvalitet proizvoda.¹⁰

Pristup radne grupe prihvaćen je od strane GATT panela koji su rešavali sporove nakon 1970. godine,¹¹ ali i u „STO eri“. Međutim, u praksi apelacionog tela naglašeno je da primena kriterijuma radne grupe može uključiti i druga merila za prosuđivanje postojanja „sličnosti“ proizvoda u režimu GATT-a 1947: u krajnjem, prilikom utvrđivanja činjenice „sličnosti“ paneli „*imaju dužnost da prosuđuju u skladu sa najboljim znanjem, što neizbežno uključuje element individualnog, diskrecionog rasuđivanja*“.¹²

9 Videti: Appellate Body Report, „Japan-Alcoholic Beverages II“, *op. cit.*, str.19.

10 Videti: „1970 Report of the Working Party on Border Tax Adjustments“, BISD 18S/97, §18 (dalje i: „Izveštaj radne grupe“). Radna grupa je dodala da je kriterijum nedefinisan i da ima osnova da se teži njegovom preformulisanoj, ali i da se nije usaglasila oko mogućeg alternativnog definisanja.

11 Videti: GATT Report of the Panel, „EEC-Animal Proteins“, <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/eecproteins.pdf>, str. 4-5; GATT Report of the Panel, „Spain Unroasted Coffee“, *op. cit.*, str. 6; GATT Report of the Panel, „Japan-Custom Duties, Taxes and Labelling Practices on Imported Wines and Alcoholic Beverages“ (dalje i: „Japan Alcoholic Beverages I“), <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/japanliquor.pdf>, str. 5; GATT Report of the Panel, „US-Superfund“, <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/superfund.pdf>, str. 13, tač. 5.

12 Videti: Appellate Body Report, „Japan-Alcoholic Beverages II“, str. 20-21. Apelaciono telo koje je postupalo u ovom sporu se, međutim, nije složilo sa stavom panela (§6. 22. izveštaja), po kome je pitanje razlike između „sličnih“ proizvoda u smislu prve rečenice člana III:2 GATT-a i direktno konkurentnih odnosno „supstitu tabilnih“ proizvoda u smislu druge rečenice člana III:2, „arbitrarna odluka“: prema apelacionom

U „STO eri“ ima primera kada su paneli i apelaciono telo išli „in extenso“ – u odnosu na uslove navedene u Izveštaju radne grupe. U kriterijume za ustanovljavanje „sličnosti“ proizvoda uključeno je i pitanje da li se radi o proizvodima koji potpadaju pod identičnu tarifnu klasifikaciju. Apelaciono telo je u svom izveštaju u sporu „Japan-Alcoholic Beverages II“ smatralo da uniformna klasifikacija u tarifnoj nomenklaturi GATT-a (Harmonizovani sistem: „HS“¹³) može biti od pomoći u definisanju sličnosti. Istovremeno je upozorilo na potrebu opreznosti prilikom korišćenja tarifnih stavova u ovom kontekstu jer u određenim slučajevima formulisanje tarifnih stavova je preširoko i ne odražava neophodnu „sličnost“ proizvoda sadržanih u tim stavovima. Ovo upozorenje apelaciono je telo obrazložilo činjenicom da „Harmonizovani sistem“ sadrži listu koncesija datih u skladu sa članom II GATT-a 1994, te da, na primer, mnoge od nerazvijenih država i zemalja u razvoju u svoje liste uključuju proizvode koji se nalaze u različitim glavama i tarifnim naslovima Harmonizovanog sistema (apelaciono telo navelo je primer da mnoge od ovih država imaju široko formulisane obaveze u odnosu na nepoljoprivredne proizvode). Tako je Jamajka za najveći deo nepoljoprivrednih proizvoda predvidela carinsku tarifu od 50%. Korišćenje takvog klasifikovanja kao isključivog kriterijuma za utvrđivanje „sličnosti“ proizvoda je „besmisleno“.¹⁴

telu, ta odluka mora biti zasnovana na karakteristikama proizvoda u konkretnom slučaju, a ne na arbitrarnom prosuđivanju. Videti Appellate Body Report, „Japan Alcoholic Beverages II“, str. 21.

13 „Harmonizovani sistem“ (e. „Harmonized Commodity Description and Coding System“-HS) je nomenklatura robe koju je razvila Međunarodna carinska organizacija (e. „World Customs Organization“), u formi šestocifrenog digitalnog koda koji omogućava svim državama da robu klasifikuju na uniforman način. Više od 200 država, te carinskih i ekonomskih unija, koje predstavljaju preko 98% svetske trgovine koristi ovaj sistem. To čine i sve države članice Svetske trgovinske organizacije (Dayong, 2008: passim). Više o Konvenciji kojom je usvojen ovaj sistem videti na: http://www.wcoomd.org/home_wco_topics_hsoverviewboxes_tools_and_instruments_hsconvention.htm.

14 Videti: Appellate Body Report, „Japan-Alcoholic Beverages II“, str. 22. Ipak, kriterijum tarifne klasifikacije korišćen je kao dopunski u sporu „US-Mexico Taxes on Soft Drinks“. Panel koji je odlučivao u ovom sporu primenio je kriterijume iz „Izveštaja radne grupe o usklađenosti graničnih poreza“, uz dodatak kriterijuma mesta proizvoda u „Harmonizovanom sistemu“. Razmatrajući ove faktore, panel je zaključio da šećer dobijen od šećerne trske (e. „cane sugar“) i iz šećerne repe (e. „beet sugar“) jesu slični proizvodi u smislu prve rečenice člana III: 2 GATT-a, u situacijama kada se koriste kao zaslađivači u proizvodnji bezalkoholnih pića i sirupa. Videti: Report of the Panel, „Mexico-Tax Measures on Soft Drinks and other Beverages“ (Mexico Taxes on Soft Drinks“, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/mexico-sweetenertax\(panel\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/mexico-sweetenertax(panel).pdf)), §8. 29; 8. 36.

Sporovi rešavani u „GATT eri“ analizirali su različite faktore koje su strane u sporu koristile kao argumente za tvrdnje da se radi ili ne o „sličnim“ proizvodima u smislu prve rečenice člana III:2 GATT-a. Tako je kriterijum tzv. „metoda obrade i proizvodnje“ (e. „Proces and Production Method-PPM“) odbačen kao irelevantan za utvrđivanje sličnosti proizvoda u smislu prve rečenice člana III:2 GATT-a. Naime, GATT panel koji je postupao u sporu „U.S-Malt Beverages“ smatrao je da nacionalno zakonodavstvo koje predviđa posebnu poresku povoljnost za robu koju proizvode mala i srednja preduzeća, vrši diskriminaciju robe koju proizvode velike firme. Time se krši obaveza nediskriminacije iz prve rečenice člana III:2: proizvodi velikih preduzeća tretiraju se manje povoljno nego slični proizvodi malih i srednjih (po pravilu domaćih) firmi. Dakle, za panel je „PPM“ metod bio irelevantan kao kriterijum utvrđivanja sličnosti proizvoda: mada je postojala razlika u „PPM“ metodu (mala i srednja preduzeća u odnosu na velike preduzeća) primenjenom u funkciji kriterijuma za ustanovljavanje različitog nivoa oporezivanja, sličnost je ipak utvrđena i ustanovljena diskriminacija u smislu prve rečenice člana III:2 GATT-a 1947.¹⁵

Za izveštaj GATT panela u sporu „U.S-Malt Beverages“ je, međutim, značajno da je kao elemenat za utvrđivanje sličnosti proizvoda u smislu prve rečenice člana III:2 GATT-a, uveo i kriterijum „regulatorne namere“ (e. „regulatory intent“), koji se u praksi GATT/STO izveštaja naziva i kriterijumom „cilja i rezultata“ (e. „aim and effect test“) (Wille, 1997: passim). Suština ovog pristupa bila je da se, prilikom utvrđivanja da li su proizvodi „slični“ u smislu prve rečenice člana III:2 GATT-a, u razmatranje moraju uzeti i razlozi zbog kojih postoji različit tretman proizvoda. Dakle, ispitivanje sličnosti mora početi od pretpostavke da svrha člana III nije da se države spreče *a priori* od uvođenja različitog tretmana „sličnih“ proizvoda: cilj ovog člana je da se takvo razlikovanje u tretmanu „sličnih“ proizvoda ne sprovodi u cilju ustanovljavanja povoljnijeg položaja domaćeg (a time i diskriminacije uvoznog) sličnog proizvoda.¹⁶

U konkretnom slučaju, predmet spora bio je povlašćeni tretman koji su pravni sistemi nekih država SAD (Misisipi, Ohajo, Mičigen i Roud Ajland) obezbedili vinu koje je proizvedeno od naročitog tipa grožđa koje raste samo na jugoistoku Sjedinjenih Američkih Država i u regionu Mediterana. Panel je smatrao da ovakvo razlikovanje

15 Videti: GATT Report of the Panel, GATT Report of the Panel, „US-Malt Beverages“, <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/usmaltbeverages.pdf>), §5. 26.

16 Videti: GATT Report of the Panel, „US-Malt Beverages“ §5.24-5.25.

daje povoljniji tretman lokalnim proizvođačima vina koji imaju mogućnost da proizvode vino od „povlašćenih“ tipova grožđa: u isto vreme, time se vrši diskriminacija u odnosu na druge proizvođače. Kako u carinskoj tarifi i kategorijama robe u poreskom zakonodavstvu ovakva razlika tretmana nije bila prisutna, GATT panel je smatrao da se razlika u tretmanu vina načinjenog od različitih tipova grožđa ne može smatrati opravdanom, te da se vina imaju smatrati „sličnim“ proizvodima u kontekstu prosuđivanja usaglašenosti mere koja je bila predmet spora (zakona koji su predviđali preferencijalni tretman za vina proizvedena od naročite vrste grožđa), sa prvom rečenicom člana III:2 GATT-a. Pri tome je GATT panel naveo da SAD nisu iznele nijedan argument o određenoj regulatornoj svrsi ovakvog razlikovanja, osim cilja podrške i subvencioniranja malih lokalnih proizvođača. Ova svrha je po sebi suprotna cilju člana III GATT-a, uključujući i prvu rečenicu njegovog stava 2: sprečavanje diskriminacije između uvezenih i domaćih proizvoda. *A contrario*, da su SAD razliku u tretmanu obrazložile određenom drugom regulatornom namerom (pri čemu se GATT panel uzdržao od spekulacija kakva bi ta namera mogla biti), takva bi mera mogla biti opravdana, a proizvodi se ne bi imali smatrati „sličnim“ u kontekstu prve rečenice člana III:2 GATT-a, niti bi postojala diskriminacija u smislu zabrane kršenja načela nacionalnog tretmana. U ovom tumačenju leži osnov za tvrdnju da je GATT panel suštinski usvojio kriterijum „regulatorne namere“ kao legitimnu odbranu od tvrdnji da mera u pitanju nije u saglasnosti sa načelom nacionalnog tretmana iz prve rečenice člana III:2 GATT-a.¹⁷

Opcija koju je iznedrio GATT panel u sporu „US-Malt Beverages“ prihvaćena je u punoj meri u izveštaju GATT panela u sporu „US-Taxes on Automobiles“. Predmet spora bila je mera SAD kojom su nametnute određene akcize za prodaju vozila skupljih od 30.000 američkih dolara. Evropska zajednica kao tužilac u ovom sporu smatrala je da su automobili, bez obzira da li su skuplji ili jeftiniji od 30.000 američkih dolara, „slični“ proizvodi u kontekstu prve rečenice člana III:2 GATT-a, te da je stoga mera u pitanju suprotna navedenoj odredbi Opšteg sporazuma o carinama i trgovini 1947. Evropska zajednica je smatrala da su za utvrđivanje sličnosti proizvoda u smislu člana III:2 GATT-a, od značaja kriterijumi poput krajnje namene robe, fizičkih karakteristika i

17 Pri tome je GATT panel ustvrdio da, čak i da se smatralo da postoji opravdanje u kontekstu odgovarajuće regulatorne namere koja ekskulpira državu čija je mera osporena, u konkretnom slu čaju ova vina bi se smatrala „direktno konkurentnim“ odnosno „s upstitt u tabilnim“ proizvodima u smis lu druge rečenice člana III:2. Videti: US-Malt Beverages, §5.26.

mesta u klasifikaciji „Harmonizovanog sistema“. Sa druge strane, SAD su smatrale da pitanje „sličnosti“ proizvoda u smislu primene prve rečenice člana III:2 GATT-a mora biti rešeno pozivanjem na kriterijum „regulatornog cilja“: proizvodi se imaju smatrati „sličnim“, a mera koja ih različito tretira diskriminatornom, ukoliko se primenjuje u cilju protekcionizma domaće industrije. Ovaj pristup prihvatio je i GATT panel u sporu „US-Taxes on Automobiles“: regulatorna namera je kriterijum koji uvek mora biti element ispitivanja saglasnosti mere sa zahtevom prve rečenice člana III:2 GATT-a (zahtevom da se domaći proizvodi ne mogu tretirati povoljnije nego „slični“ uvezeni proizvodi). U konkretnom slučaju, GATT panel smatrao je da akciza u formi „takse na luksuz“ nije implementirana da bi se obezbedila zaštita domaćim proizvođačima automobila, te da vozila iznad i ispod 30.000 američkih dolara ne bi trebalo da se smatraju „sličnim“ proizvodima u smislu prve rečenice člana III:2 GATT-a.¹⁸ GATT panel naveo je da svrha Opšteg sporazuma o carinama i trgovini jeste da snizi ili otkloni barijere u međunarodnoj trgovini, „a ne da harmonizuje regulatorni tretman proizvoda unutar nacionalnih okvira. Stoga se prva rečenica člana III:2 GATT-a ne može interpretirati na način koji sprečava državu da sprovodi različite mere, ukoliko takvo razlikovanje nema za cilj ustanovljavanje zaštite za domaće proizvode“.¹⁹

STO paneli i apelaciono telo izričito su odbili primenu kriterijuma „regulatorne namere“ koji su promovisali GATT paneli u sporovima „US-Malt Beverages“ i „US-Taxes on Automobiles“. Takvo izričito odbijanje sadržano je u izveštaju panela u sporu „Japan-Alcoholic Beverages II“ iz 1996. godine. Ovo odbacivanje „regulatorne namere“ kao relevantnog kriterijuma za utvrđivanje sličnosti proizvoda iz člana III:2 Opšteg sporazuma o carinama i trgovini 1994. zasnovano je na više argumenata.

Prvi je tumačenje da osnov primene testa „cilja i rezultata“ jeste formulacija člana III:1 GATT-a (da strane ugovornice priznaju da se „takse i ostale domaće dažbine.....neće primenjivati na uvozne proizvode ili domaće proizvode kako bi se na taj način vršila zaštita nacionalne proizvodnje“ – e. „so to afford protection to domestic production“). Kako ova formulacija nije prisutna u prvoj rečenici člana III:2 GATT-a, ovaj kriterijum („zaštita nacionalne proizvodnje“, koji je u srži testa „regulatorne namere“: a contrario, ako takva zaštita nije cilj mere, nema

18 Značajno je, međutim, napomenu ti da ovaj izveštaj, sačinjen 11. oktobra 1994. godine (dakle, par meseci pre stupanja na snagu Sporazuma o osnivanju STO) države ugovornice GATT-a nikada nisu usvojile. (Meier, 1997: 262-266).

19 Видети: GATT Report of the Panel, „US-Taxes on Automobiles“, §5. 8.

kršenja člana III:1) ne može biti relevantan za utvrđivanje „sličnosti“ proizvoda u smislu ispitivanja uslova saglasnosti mere sa načelom nacionalnog tretmana iz prve rečenice člana III:2.

Drugo, usvajanje principa „regulatorne namere“, odnosno „cilja i rezultata“, imalo bi za rezultat da alokacija tereta dokazivanja bude na tužiocu, koji ne samo da bi morao da dokazuje postojanje različitog tretmana koji je uveden osporenim merom (rezultat mere), već i pravopolitički cilj koji iza te mere stoji. Utvrđivanje ovakvog, neretko teško prepoznatljivog cilja je „*probatio diabolica*“.

Treće, proces utvrđivanja cilja mere usložnjava pluralitet pravno- političkih opravdanja koja stoje iza mere čija se saglasnost sa prvom rečenicom člana III:2 ispituje: definitivan sud o preovlađujućem cilju morao bi da uključi analizu pripremnih dokumenata, legislativnih akata, ispitivanje legislatora etc. Pristup ovim dokumentima i mogućnost dobijanja navedenih podataka je znatno otežan, gotovo nemoguć u obimu neophodnom za dobijanje odgovarajućeg i osnovanog zaključka o određenoj regulatornoj svrsi ispitivane mere.

Četvrto, usvajanje pristupa koji „regulatornu nameru“ prihvata kao legitimno opravdanje za različit tretman proizvoda (čime se isključuje mogućnost da se ovi proizvodi smatraju „sličnim“ u smislu primene zabrane diskriminacije kršenjem obaveze poštovanja načela nacionalnog tretmana iz prve rečenice člana III:2 GATT-a), obesmisli bi listu izuzetaka od primene odredaba GATT-a, sadržanu u članu XX: naime, ova lista ima karakter „*exempli causa*“, i primena testa „cilja i rezultata“ značila bi da država uvek može da se pozove na „regulatornu nameru“ kao opravdanje za diskriminaciju „sličnih“ proizvoda. Time bi se zaobišla primena člana XX GATT-a i omogućilo državi da odstupi od odredaba Opšteg sporazuma o carinama i trgovini, bez obaveze ispunjenja uslova sadržanih u preambuli člana X X. Na taj način bi se sprečilo ostvarivanje regulatorne svrhe ovog člana (člana XX GATT-a).²⁰

Apelaciono telo koje je razmatralo izveštaj panela u sporu „Japan-Alcoholic Beverages II“ podržalo je odbijanje panela da primeni test regulatorne namere, odnosno test „cilja i rezultata“ kao kriterijuma ustanovljavanja „sličnosti“ proizvoda, a u svrhu ispitivanja uslova za primenu zabrane diskriminatornog tretmana (ustanovljene obavezom poštovanja načela nacionalnog tretmana iz prve rečenice člana III:2 GATT-a).²¹

20 Videti: Report of the Panel, „Japan-Alcoholic Beverages II“, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/japan-alcohol\(panel\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/japan-alcohol(panel).pdf), §6.17-6.18.

21 Videti: Appellate Body Report, „Japan-Alcoholic Beverages II“, *op. cit.*, str. 32.

2.1.2. U odnosu na drugi uslov čije je ispunjenje neophodno da bi se smatralo da je mera u pitanju suprotna prvoj rečenici člana III:2 GATT-a (uslov da je uvezeni proizvod „opterećeniji“ i više oporezovan, direktno ili indirektno unutrašnjim porezima nego što je to slu čajsa domaćim proizvodima) otvorena su dva pitanja.

Prvo je: šta se smatra direktnim ili indirektnim oporezivanjem putem unutrašnjih poreza ili domaćih naknada u smislu prve rečenice člana III:2;

Drugo je pitanje kada se smatra da su ovi porezi veći od onih koji se primenjuju i važe za domaće, „slične proizvode“.

Kada se radi o „unutrašnjim porezima i naknadama“ iz prve rečenice člana III:2 GATT-a, navedena formulacija (e. „Internal taxes or other internal charges of any kind“) obuhvata poreze i namete bilo koje vrste koji važe na unutrašnjem, nacionalnom tržištu. Ove nadoknade uključuju porez na dodatu vrednost i akcize. U ove nadoknade nisu uključeni porez na dohodak i nadoknade koje se plaćaju prilikom uvoza.

Širini obuhvaćenih poreza i naknada čija se saglasnost procenjuje u svetlu prve rečenice člana III:2 GATT-a doprinosi i formulacija koja u ove poreze i naknade uključuje i namete koji se primenjuju „direktno“, ali i „indirektno“ na slične uvezene proizvode. Primer „indirektnih“ poreza i nadoknada su fiskalna i druga davanja nametnuta u odnosu na finalni proizvod: sirovine i poluproizvodi od kojih se takav proizvod pravi predmet su indirektnog oporezivanja (predmet direktnog oporezivanja je finalni proizvod).²² Paneli i apelaciono telo potvrdili su ovaj pristup prisutan u izveštajima panela iz „GATT ere“. Panel koji je postupao u sporu „Mexico-Taxes on Soft Drinks“ zauzeo je stav da nekonzervirani šećerni zaslađivači, činjenicom da se bezalkoholna pića posebno oporezuju kada se u njihovoj proizvodnji takvi zaslađivači koriste, jesu predmet „indirektnog“ oporezivanja.²³

U praksi GATT panela ima i primera kada se određena novčana obaveza nije smatrala unutrašnjim porezom ili dažbinom u smislu prve rečenice člana III:2 GATT-a.

Tako je GATT panel koji je postupao u sporu „EEC-Animal Feed Proteins“ zauzeo stav da osiguranje, odnosno garantni depozit koji daje kupac

22 Videti: GATT Report of the Panel, „Japan-Alcoholic Beverages I (Japan-Custom Duties, Taxes and Labelling Practices on Imported Wines and Alcoholic Beverages)“, *op. cit.* §5. 8.

23 Videti: Report of the Panel, „Mexico-Taxes on Soft Drinks (Mexico-Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages)“, §8. 45.

biljnih proteina, a čiji je iznos ostajao organima Evropske zajednice ukoliko takav kupac ne ispuni obavezu da kupi određenu količinu mleka u prahu, nije poreska obaveza u smislu prve rečenice člana III:2 GATT-a. Panel je smatrao da je obaveza uplate garantnog depozita samo mehanizam za sprovođenje zahteva za kupovinu određene količine mleka u prahu: stoga predmet ispitivanja konzistentnosti sa odredbama GATT-a ne treba da bude taj separatan zahtev (zahtev za uplatu garantnog depozita), već mera kojom se utvrđuje obaveza ove kupovine.²⁴

Takođe, GATT panel koji je postupao u sporu „U.S-Tobacco“, smatrao je da odredbe relevantnog zakona SAD kojim se predviđa obaveza plaćanja bespovratnih naknada za procenu tržišta, kao i obaveza pribavljanja dodatnih količina domaćeg sirovog i sušenog duvana, ne mogu biti kvalifikovane kao unutrašnji porezi ili naknade u smislu prve rečenice člana III:2 GATT-a. Ove odredbe imale su u konkretnom slučaju karakter kaznene odredbe zbog nepoštovanja zahteva za „lokalnim učešćem“, odnosno kupovinom određene količine domaćeg duvana. Bez takvog zahteva, obaveza plaćanja bespovratne nadoknade za procenu tržišta nema sopstveni i samostalni razlog postojanja.²⁵ Dakle, kazneni finansijski nameti nisu „unutrašnji porez ili nadoknada“ u smislu prve rečenice člana III:2 GATT-a. Ovakva regulativa predmet je analize u svetlu saglasnosti sa odredbom člana III:4 Opšteg sporazuma o carinama i trgovini, koja je validan pravni osnov njenog ispitivanja.

Za prosuđivanje da li određena mera ima karakter „unutrašnjeg poreza ili naknade“, u smislu prve rečenice člana III:2 GATT-a, bez značaja je proklamovani regulatorni cilj mere čija se saglasnost sa relevantnom odredbom analizira.²⁶ Paneli i apelaciono telo STO ne ostavljaju mogućnost da se država članica oslobodi odgovornosti za kršenje obaveze iz prve rečenice člana III:2 pozivanjem na određeni pravnopolitički cilj: karakter mere procenjuje se prema njenom stvarnom dejstvu na unutrašnje tržište i tretman „sličnih“ domaćih i stranih proizvoda. Primer ovakvog pristupa je stav STO panela u sporu „Argen-

24 Videti: GATT Report of the Panel, „EEC-Animal Feed Proteins“, §4. 4.

25 Videti: GATT Report of the Panel, „U.S-Tobacco (United States-Measures Affecting the Importation, Internal Sale and Use of Tobacco). Predmet ispitivanja bile su četiri mere koje se tiču trgovine duvanom: „Domestic Marketing Assesment“-DMA; „Budget Deficit Assesment“-BDA; „No Net Cost Assesment“-NNCA; „Inspection Fee Provisions“. Videti: <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/ustobacco.pdf>, §80.

26 Videti: Report of the Panel, „Argentina-Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather“, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanel/argentina-bovinehides\(panel\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanel/argentina-bovinehides(panel).pdf) (dalje i: „Argentina-Hides and Leather“), §11.144.

tina-Hides and Leather“. Naime, panel je odbio tvrdnju Argentine da mera koja je bila predmet spora ima za pravno-politički cilj ostvarivanje višeg nivoa efikasnosti poreske administracije, te da se kao takva ne može supsumirati pod prvu rečenicu člana III:2 GATT-a. Panel je smatrao da su „države članice slobodne da, poštujući limite utvrđene članom III:2, administriraju i sakupljaju unutrašnje poreze na način koji smatraju odgovarajućim“.²⁷ Ukoliko se, međutim, takvo administriranje i prikupljanje sprovodi u formi unutrašnje nadoknade i primenjuje na proizvode, ove mere moraju biti u skladu sa članom III:2. Panel je smatrao da bi suprotan stav o isklju čivanju mera poreske administracije iz polja delovanja prve rečenice člana III:2 suštinski omogućio evaziju od primene zabrane diskriminatornog tretmana u odnosu na slične proizvode (zabrane predviđene članom III GATT-a).²⁸

Prva rečenica člana III:2 sankcioniše ne samo više namete i unutrašnje poreze kojima je opterećena uvezena u odnosu na domaću robu: navedena odredba krši se i merama kojima se sprečava da uvezeni proizvod bude distribuiran na određeni način koji bi omogućio da porez koji se na njegov promet plaća bude manji, ili da se izbegne. U ovom slučaju suštinski se radi se o plaćanju višeg nivoa poreza u odnosu na nivo koji bi se plaćao na proizvod iz uvoza da takve diskriminatorne mere nema.²⁹

Drugo pitanje na koje je neophodno odgovoriti da bi se smatralo da je ispunjen drugi uslov postojanja suprotnosti mere u pitanju sa prvom rečenicom člana III:2 GATT-a³⁰ (uslov da je uvezeni proizvod „opterećeniji“ i više oporezovan, direktno ili indirektno, unutrašnjim porezima nego što je to slučaj sa domaćim proizvodima), jeste definisati kada i pod kojim uslovima se ima smatrati da su unutrašnji porezi i druge nadoknade viši od poreza i nadoknada koje se primenjuju i važe za „slične“ domaće proizvode.

Iz prakse panela i apelacionog tela najpre se može zaklju čiti da je isključen uslov „*de minimis*“: za postojanje „*in excesso*“ unutrašnjih poreza i nameta nevažan je intenzitet koji su ove mere imale na trgovinu (e. „Trade Effect Test“), te stoga nema osnova za primenu „*de minimis*“ standarda

27 Pri tome je panel uputio na ograničenje koje u ovom smislu nameće član X:3a) GATT-a, koji predviđa da svaka država članica ima obavezu da na „jednoobrazan, nepristrasan i pravičan način primenjuje sve svoje uredbe, zakone i administrativne odluke.“

28 Videti: Report of the Panel, „Argentina-Hides and Leather“, *op. cit.*, §11.144.

29 Videti: GATT Report of the Panel, „US-Malt Beverages“, *op. cit.*, §5. 21. i 5. 22.

30 Prvi je uslov da se radi o „sličnim proizvodima“; videti izlaganje supra u ovoj tački.

kao kvalifikatornog kriterijuma (suprotan stav omogućio bi da pod udar zabrane iz prve rečenice člana III:2 GATT-a ne potpadnu mere čiji je efekat na trgovinu zanemarljiv). Razlog isključenja kriterijuma „*de minimis*“ leži u regulatornom cilju člana III: njime se štiti očekivanje država članica o postojanju jednakosti mogućnosti na tržištu (e. „equal competitive relationship“) za uvezenu i domaću robu. Stoga je irelevantno da li je efekat koji različiti porezi imaju na obim uvoza proizvoda „sličnih“ domaćim značajan, manje značajan i da li ga uopšte ima.³¹

Isključenje „*de minimis*“ kriterijuma ne odnosi se samo na efekat koji viši porezi za uvezenu robu (u odnosu na poreze na „slične“ domaće proizvode) imaju na obim uvoza. Ono se prostire i na pitanje „vremenskog“ okvira mere. Tako je panel koji je postupao u sporu „Argentina-Hides and Leather“ odbio da prihvati argument kojim je Argentina pravdala stav da mera kojom je uveden viši nivo poreza za uvezene proizvode ne krši normu prve rečenice člana III:2. GATT-a (argument Argentine bio je da je osporena mera važila samo trideset dana, te da je imala „*de minimis*“ trgovinski efekat).³²

U izveštaju panela u sporu „Argentina-Hides and Leather“ sadržan je i princip da se utvrđivanje „*in excesso*“ oporezivanja uvezenih u odnosu na domaće proizvode određuje na bazi stvarnog, a ne nominalnog poreskog opterećenja. Panel je ovakav stav obrazložio podsećanjem da je „*svrha prve rečenice člana III:2 GATT-a da obezbedi jednakost uslova konkurencije uvezenih i sličnih domaćih proizvoda*“. Navedena odredba se, dakle, ne tumači u svetlu visine poreskih stopa *per se*. Umesto toga, analiza saglasnosti mere sa zahtevom prve rečenice člana III:2 Opšteg sporazuma o carinama i trgovini mora da obuhvati istraživanje da li i u kom obimu mera u pitanju utiče na jednakost uslova konkurencije uvezenih i sličnih domaćih proizvoda. Stoga osnov takve analize mora biti upoređivanje stvarnih, a ne samo nominalnih poreskih opterećenja. Stav je panela da bi suprotan pristup omogućio da *de jure* nema diskriminacije, a da *de facto* (i pored formalno jednakih poreskih stopa), uvezeni proizvodi budu oporezovani „*in excesso*“ u odnosu na slične domaće proizvode.

Panel je svoj stav ilustrovao mogućnošću da se ista poreska stopa obračunava različitim metodom za ustanovljavanje poreske osnove.³³ Pri tome se pozvao na izveštaj GATT panela u sporu „Japan-Alcoholic Beverages I“, *po kome* „*u evaluaciji postojanja ili nepostojanja diskriminacije na osnovu različitih poreskih opterećenja, u obzir moraju biti uzete ne samo poreske*

31 Videti: Appellate Body Report, „Japan-Alcoholic Beverages II“, *op. cit.*, str. 16.

32 Videti: Report of the Panel, „Argentina-Hides and Leather“, *op. cit.*, §11.245.

33 Videti: Report of the Panel, „Argentina-Hides and Leather“, §11.182-11.183.

*stope, već i metod oporezivanja (da li se radi o direktnom oporezivanju finalnih proizvoda ili indirektnom oporezivanju putem različitog nivoa poreskih nameta na sirovine korišćene tokom proizvodnje³⁴), kao i pravila o prikupljanju poreza, poput metoda definisanja osnove obračuna poreske stope“.*³⁵

Ekstenzivno tumačenje pojma „višeg nivoa poreza i nadoknada od onog koji se primenjuje i važi za slične domaće proizvode“ ilustruje i stav panela u već navedenom sporu „Argentina-Hides and Leather“. Naime, ni činjenica da država uvećane poreske namete na uvezene proizvode (namete koji važe u određenim okolnostima), kompenzuje takvim (čak i višim) poreskim opterećenjima u odnosu na domaće proizvode³⁶, ne oslobađa je odgovornosti zbog kršenja obaveze iz prve rečenice člana III:2 Opšteg sporazuma o carinama i trgovini. Ovakvo balansiranje nije dozvoljeno: obaveza poštovanja zahteva iz prve rečenice člana III:2 odnosi se na svaku pojedinačnu uvoznu transakciju, a ne na uvoz robe u jednu državu posmatran kao celina. U konkretnom slučaju, Argentini kao tuženoj strani nije pomogla ni činjenica da su porezi na domaću robu (primenjivani samo u određenim okolnostima), bili 4%, odnosno za procenat viši nego što su to bili nameti na uvezenu robu (primenjivani u okolnostima kada za domaću robu takva poreska opterećenja ne važe i za koje je utvrđeno da su protivni zabrani iz prve rečenice člana III:2 GATT-a).³⁷

Države članice koje su zemlje u razvoju, u načelu isklju čuju obavezu poštovanja principa nacionalnog tretmana u odnosu na najveći broj sektora usluga. Čak i u slu čaju da je prihvaćena primena načela nacionalnog tretmana, takva obaveza praćena je brojnim i ekstenzivnim ogranićenjima.³⁸

34 Videti: Report of the Panel, „Mexico-Taxes on Soft Drinks (Mexico-Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages)“, §8. 45 i izlaganje *supra* u ovoj tački.

35 Videti: GATT Report of the Panel, „Japan—Alcoholic Beverages I“, §5.8.

36 Reč je o nametima koji za domaću robu važe pod drugim okolnostima nego što su one u kojima su uvedeni uvećani nameti za uvezenu robu.

37 Videti: Report of the Panel, „Argentina-Hides and Leather“, §11. 260. Stav o „partikularnom“ karakteru procene saglasnosti mere sa prvom rečenicom člana III:2 GATT-a, prisutan je i u stavovima panela iz „GATT ere“. Tako je GATT panel koji je postupao u sporu „United States-Measures Affecting the Importation Internal Sale and Use of Tobacco“ izričito naglasio da „svaka funta duvana uvezena u SAD mora da ima tretman ne manje povoljan u odnosu na unutrašnja poreska opterećenja duvana domaćeg porekla“; videti: GATT Report of the Panel, „US-Tobacco“, *op. cit.*, §98.

38 Lista ogranićenja i uslova koje države članice postavljaju za priznanje nacionalnog tretmana u odnosu na pružaoce usluga iz drugih država članica dostupna je na sajtu STO. Videti: www.wto.org/english/tratop_e/serv_commitments_e.htm.

Literatura/References

Dayong, Y. (2008). The Harmonized System - Amendments and Their Impact on WTO Members' Schedules. *WTO Staff Working Paper*. No. ERSD-2008-02. 1-25.

Wille, S. B. (1997). *Recapturing a Lost Opportunity: Article III:2 GATT 1994 Japan- Taxes on Alcoholic Beverages 1996*. Harvard Law School.

Meier, M. (1997). GATT, WTO, and the Environment: To What Extent Do GATT/WTO Rules Permit Member Nations to Protect the Environment When Doing So Adversely Affects Trade. *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y.* 8. 241-280.

Predrag Cvetkovic, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University in Nis

**NATIONAL TREATMENT PRINCIPLE AS AN INSTRUMENT FOR
PREVENTION OF DISCRIMINATION IN CASE OF “LIKE” PRODUCTS“
IN THE GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE**

Summary

In the system of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), the principle of national treatment is contained in Article III. This article articulates the principle which stipulates that the measures for regulation of internal market shall not be applied with the ultimate result of granting the protection to domestic products by discrimination of imported ones. The foregoing principle is more thoroughly regulated in Article III: 2 of the GATT, which defines the conditions for applying the principle of national treatment to internal taxes and other remunerations. The first sentence of Article III: 2 concerns the prohibition of discriminatory treatment of “like” imported products by imposing internal taxes. The application of national treatment to “like” products is conditioned by a two-step cumulative test which aims to determine the consistency of the internal taxation measure with the provision of Article III: 2. This test, generated in the practice of dispute settlement system established within the World Trade Organization, includes the following questions: a) whether imported products and domestic products are “like” in the context of the first sentence of Article III: 2; and b) whether the imported product is more burdened with internal taxes than domestic products. If the answers to both questions are positive, there is a violation of the principle of national treatment (within the meaning of the first sentence of GATT Article III: 2).

Key words: National Treatment, General Agreement on Tariffs and Trade, World Trade Organization.

Dr Miloš Prica,*
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1878103P

UDK: 340.12
Rad primljen: 01.04.2018.
Rad prihvaćen: 11.05.2018.

JEDINSTVO PRAVNOG PORETKA KAO USTAVNO NAČELO I ZAKONSKO UREĐIVANJE OBLASTI PRAVNOG PORETKA – UJEDNO IZLAGANJE O UNUTRAŠNJEM PRAVNOM SISTEMU**

Apstrakt: U članku se razmatra pravni osnov i značaj primene jedinstva pravnog poretka kao ustavnog načela prilikom zakonskog uređivanja različitih oblasti pravnog poretka. Polazeći od jurisprudencije Ustavnog suda Republike Srbije o sadržini i domašaju primene načela jedinstva pravnog poretka, u članku smo izložili pravni osnov i karakteristike odnosa između sistemskih, opštih i posebnih zakona naspram zakonskog prava kao sistema, pri čemu se u radu posebna pažnja posvećuje utvrđivanju razlike između zakonskog prava kao sistema, unutrašnjeg pravnog sistema i pravnog poretka. Pri tome smo, osim jedinstva pravnog poretka kao ustavnog načela, sledili i gledište o lučenju zakona u materijalnom smislu od zakona u formalnom smislu, kao i razliku između neposredne i supsidijarne primene opšteg zakona. U sledstvu naučne kritike normativističkog poimanja pravnog sistema, u članku je predočena skica naše teorije o unutrašnjem pravnom sistemu – zasnovane na pravnim oblicima.

Ključne reči: jedinstvo pravnog poretka kao ustavno načelo, sistemski zakon, opšti zakon, poseban zakon, zakon u materijalnom smislu, zakon u formalnom smislu, neposredna primena opšteg zakona, supsidijarna primena opšteg zakona.

* pricamilos@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, br. 179046, koji sprovodi Pravni fakultet u Nišu, a finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

1. Pravni poredak, pravni sistem i zakonsko pravo kao sistem

Za pristaše normativističkog gledišta – koje je opšteprihvaćeno u našoj pravnoj književnosti – pravo je prvenstveno sistem pravnih normi, pri čemu se stvaranje prava i pravno uređivanje vide kao konkretizacija opštih pravnih normi. Naše je mišljenje da pravo prevashodno predstavlja poredak subjekata i njima imanentnih pravotvoračkih izvora, sledstveno čemu pravna norma predstavlja jedan pored drugih elemenata pravnog poretka. Šmit je značenje pravnog poretka razumeo bolje od drugih: „Za mišljenje konkretnog poretka, „poredak“, takođe pravno, nije u prvom redu pravilo ili zbir pravila, nego je, obrnuto, pravilo samo sastavni deo i sredstvo poretka. Shodno tome, mišljenje normi i mišljenje pravila jeste ograničeni, i to izvedeni, deo celokupnog i potpunog pravnonaučnog zadatka i rada. Norma ili pravilo ne stvaraju poredak; naprotiv, ona samo na tlu i u okviru nekog datog poretka ima izvesnu regulativnu funkciju s jednom relativno malom merom u sebi samostalnog, od stanja stvari nezavisnog važenja. Za čisto normativistički metod, naprotiv, karakteristično je što normu ili pravilo (nasuprot odluci ili konkretnom poretku) izoluje i apsolutizuje, proglašavajući ga objektivnim i neličnim – uzvišenim.“ (Šmit, 2003: 9-10).

Kategorijalna determinisanost prava poretkom uistinu je rezultat postojanja različitih institucionalnih poredaka pod okriljem države kao pravno-političke zajednice, pri čemu na videlo izlazi neraskidiva povezanost između pravnog poretka i poredaka u pitanju.¹ Generalno

1 Država je trojstvo: prostorne zajednice, osnovnog institucionalnog poretka javne vlasti i pripadajuće im teritorije. Gledano prema spolja, teritorijalnost je važno obeležje države, imajući u vidu da se u odnosu na državu kao osnovni prostorni poredak javlja samo jedna država kao osnovna institucija (suverena država), oličena u vrhovnoj vlasti na datoj teritoriji. No gledano iznutra, još je važniji nivo identiteta između države kao institucije i prostorne zajednice, a taj odnos se pre svega prepoznaje kroz duhovno-teleološku sadržinu javnog poretka, izraženu u jedinstvu i natkriljujućoj snazi objektivnog duha. Treba poći od toga da državu kao osnovni prostorni poredak oličava prostorna zajednica uokvirena delatnošću i duhom svojih gradivnih subjekata. Zajednica u pitanju ima svoje gradivne subjekte (čoveka kao imaoca slobode, naciju, porodicu, građansko društvo i dr.), svi oni su povezani istorijskom sudbinom i prožimajućim dejstvom objektivnog duha, što je temelj na kome izrasta duhovno-teleološka sadržina javnog poretka jedne prostorne zajednice. Na delu je ideja o neograničenom trajanju, ideja države kao subjekta istorije. Stoga, da bi se razumela i ispravno postavila doktrina o pravnoj državi, moralo bi se podrazumevati postojanje triju institucionalnih poredaka. To su: 1) prostorna zajednica kao institucionalni poredak, 2) institucionalni poredak državne vlasti i 3) institucionalni poredak javne vlasti (institucionalni javni poredak kao ovaploćenje ideje vladavine prava). Država kao institucija

uzevši, pravni poredak je ustrojstvo jedne pravno-političke zajednice i bivstvo pravno uređenih odnosa između subjekata različitih institucionalnih poredaka, determinisanih pravnim principima i pravnim normama na temelju kojih se ostvaruje delatnost dotičnih subjekata. Sprečiti samovolju subjekata institucionalnih poredaka – osnovni je smisao postojanja pravnog poretka, dočim stvaranje pravnih pravila ne može do kraja predstavljati konkretizaciju opštih pravnih normi, imajući u vidu nužnost da konkretno pravno uređivanje u materijalnom smislu bude i van zakona i iznad zakona.

U našoj pravnoj književnosti uvrežilo se poimanje pravnoga sistema kao hijerarhijskog (neposrednog) sistema i pravnonaučnog sistema. Tako, Vukadinović veli da pravni sistem postoji kao „faktički“, pod kojim autorka podrazumeva sistem viših i nižih pravnih normi, i „naučni“ – koji predstavlja sistematizaciju normi po „obeležjima svoga sadržaja tj. vrsti društvenih odnosa koji su njima regulisani.“ (Vukadinović, 2014: 25-34). S druge strane, Aksić uočava postojanje pojmovne dimenzije važećeg prava, ali sopstveno gledište o razlici između sistema prava i pravnog sistema Aksić izlaže u kordinatama normativističkog poimanja prava. (Aksić, 2000-2001:187-207). Normativističko poimanje prava nema u vidu razlikovanje pravnog poretka i pravnog sistema,² pri čemu

(političko-pravna zajednica) je trojstvo navedenih institucionalnih poredaka. (Prica, 2016: 23-26; 33-40).

2 Razlikovanje poretka i sistema je od ogromnog značaja i u pogledu pojmovnog sagledavanja državne i javne vlasti. Da bi se objasnio odnos između države i prava, saobrazno doktrini o vladavini prava, ključ leži u razlikovanju centralističke i univezalističke determinacije te u lučenju jedinstva vlasti od podele vlasti. Centralistička determinacija („određivanje celine elementima“) je izraz stalne organske i funkcionalne povezanosti organa državne vlasti – oličenje ideje državnog jedinstva („statične ideje države“). Ta veza se ne uspostavlja pravom i pravo ne može u celosti da odredi njen tok. Ovde se može govoriti o institucionalnom poretku u državne vlasti i državi kao organskom sistemu. Opštost i nadlični karakter državne službe očituje ideju državnog jedinstva. U funkcionalnom smislu, radi se o starateljsko-upravnoj funkciji vlade i organa državne uprave, i tok njihove delatnosti, duhovne i fizičke, ne može se pravom u celosti zauzdati. Ocena celishodnosti leži u biću te vlasti, kao odraz potrebe reagovanja na iracionalno i nepredvidljivo u životu države i prostorne zajednice. (Petrović, 1980: 49-99.) Premda se delatnost u pitanju ispoljava u pogledu svih ciljeva pravnoga poretka, naročiti naglasak stavlja se na zaštitu teritorijalne celovitosti, javnog reda i mira i javne bezbednosti, što je prvoredni državni cilj i razlog postojanja starateljsko- upravne funkcije (bića državne vlasti). Moto centralističke determinacije je jedinstvo vlasti, u organskoj ravni, i ius inspectionis, u funkcionalnoj. Ovde je nužno ispoljavanje državne vlasti, osobito u pogledu fizičke delatnosti – kada važi pretpostavka legalnosti, ocena celishodnosti i neposredna izvršivost preduzetih

u delu pravnoga sistema dotično gledište gleda na pravo kao na pravnu normu a pod pravnim sistemom podrazumeva sistem pravnih normi. Takvo gledište, nije osnovano, iz nekoliko razloga.

Prvo, opšte pravne norme u pravno-logičkom smislu jesu konkretizovani pravni stavovi proizašli iz pravnih odredaba (ustavnih, zakonskih i podzakonskih), važeći za neodređeni broj slučajeva i neodređeni broj lica, pri čemu je važno utvrditi prirodu odnosa između opštih pravnih normi, pravnih objekata, pravnih predmeta i delatnosti subjekata pravnog poretka. Tako posmatrano, postoje pravni objekti u pogledu kojih se opšte pravne norme javljaju kao dovršeno i precizirano pravno biće, tako da subjektivna prava, pravne dužnosti ili delatnost subjekta neposredno iz opštih pravnih normi proizlaze (to su generalne pravne situacije). S druge strane, nije mali broj pravnih predmeta u pogledu kojih opšte pravne norme kao stav trebanja – „ono što treba da bude“ – ne predstavljaju dovršeno i potpuno precizirano pravno biće, pri čemu postoje pravni predmeti u pogledu kojih opšta pravna norma ne važi kao primarno pravno biće (dispozitivne pravne norme) ili zakonske norme važe kao pravni okvir koji „ograničava i ne ograničava“ delatnost subjekta pravnog poretka (npr. fizička delatnost policije povodom obezbeđivanja javnog reda i mira). Iz navedenog proizlazi da pravno pravilo kao precizirani konkretizovani pravni stav („pravno jest“) u odnosu na pravni predmet može proizlaziti iz opšteg pravnog akta ali i iz individualnog pravnog akta, što je osnova za otkrivanje i uobličavanje pravnih situacija, kao pravnih oblika koji izražavaju precizirana i dovršena pravna bića u pravnom poretku. U pogledu pravnog sistema, to dakako znači da se sistematizovati jedino mogu pravna pravila kao precizirani pravni stavovi, sledstveno čemu opšte pravne norme mogu predstavljati predmet sistematizacije samo kada imaju svojstvo pravnih pravila u navedenom značenju.

državnih radnji. (Šmit, 2001: 307; 322.). Sudska kontrola delatnosti vlade i uprave nužno je ograničena, što znači da podela vlasti dolazi više kao posledica nego kao proklamovani cilj. Polazeći od svega navedenog, valjalo bi razlikovati teoriju države od teorije pravne države. Univerzalistička determinacija („određivanje elemenata celinom“) je povezivanje subjekata pravom, što je osnova teorije o pravnoj državi. Za razlik u od centralističke determinacije, moto univerzalističke determinacije nije jedinstvo vlasti, već podela vlasti. Za razliku od ideje sistema kod centralističke determinacije, kod univerzalističke determinacije na delu je ideja poretka. Primerice, institucionalni poredak lokalne samouprave (u pogledu izvornog delokruga) i institucionalni poredak državne vlasti spaja univerzalistička determinacija, tako da (de)centralistička determinacija postoji samo u pogledu poverenih poslova. (Prica, 2016: 36-40).

Pravne situacije su pravni oblici zasnovani na pravnim pravilima u narečenom smislu, iz kojih neposredno proizlaze subjektivna prava, pravne dužnosti te delatnost subjekata pravnoga poretka. Pravne situacije se, prema sadržini, dele na generalne (opšte), specijalne (posebne) i individualne pravne situacije.³ Bez pravnih situacija razumevanje prava nije moguće niti pak postojanje objektivnog prava, iz dva razloga. Prvo, budući da pravne situacije predstavljaju precizirana (dovršena) pravna bića, kao ispravan put sistematizacije u pravu se može slediti jedino onaj koji se temelji na pravnim situacijama, a ne na pravnim normama. Drugo, pravne situacije omogućavaju da se odrede granice zakonodavčeve vlasti, u pogledu zabrane retroaktivnog dejstva zakona, a osobito u pogledu neposrednog dejstva zakona. Povrh toga, s obzirom na to da se pravne situacije ne uspostavljaju samo konkretizacijom opštih pravnih normi, neosnovano je pravni poredak predstavljati u obliku piramide pravnih normi poređanih po kriterijumu pravne snage, što je gledište svojstveno pristalicama normativističkog poimanja prava.⁴ Baš naprotiv, pravni poredak je nalik jednom velikom mnoštvu vodotokova, u stalnom toku ukrštanja i vezivanja generalnih, specijalnih i individualnih pravnih situacija, čime se otkrivaju pravni instituti kao sistemi pravnih situacija, što znači da je pravni institut najneposrednije ispoljavanje sistematizacije prava u pravnom poretku.⁵

3 Primera radi, *habitatio* (lična slu žbenost) ustanovljena na osnovu ugovora o kupoprodaji, stavlja plodou živaoca u individualnu pravnu situaciju, pri čemu je sadržina situacije u pitanju regulisana zakonom i predstavlja generalnu pravnu situaciju. Plodou živalac u ovome slu čaju svoju situaciju s uprotstavlja svima (opšte pravno dejstvo), zakon može da promeni sadržinu dotične situacije, ali zakon situaciju ne može da ukine, što je dokaz njenog individualnog karaktera. Osim toga, promena prava svojine na nepokretnosti neće u ticati na promenu situacije o kojoj govorimo, ali pravo dopušta da titular prava svojine i plodouživalac uglave prestanak dotične slu žbenosti. Iz toga proizlazi da je u tom slu čaju na delu jedna specijalna pravna situacija. (Prica, 2016: 66-78).

4 Pristalice normativističkog poimanja prava polaze od imperativne sadržine opšte pravne norme, podrazumevajući da je imperativ nu žni sastojak sadržine pravne norme, što se ne bi moglo reći za norme („obećavajuće pravne norme“) koje pod određenim uslovima priznaju subjektivna prava – bez istovremenog u temeljenja pravnih dužnosti. Odavde dolazi da je u potonjem slu čaju imperativ podloga pravne norme, „naredba njenog važenja“, ali nije deo njene sadržine. (Petrović, 1980: 76.)

5 Recimo, privatna svojina na nepokretnosti se u pravnom poretku, po prirodi stvari, ispoljava kao sistem pravnih situacija. Osnovna svojinska ovlašćenja i osnovna stvarnopravna ovlašćenja predstavljaju generalnu pravnu situaciju, ali titolarevo pravo svojine na nepokretnosti, proisteklo iz ugovora o kupoprodaji, predstavlja individualnu pravnu situaciju, pri čemu pravni režim svojine na određenoj

Saglasno predočenom, načelo zakonitosti nema jednak domašaj u svim oblastima pravnog poretka. Delatnost najviših državnih organa može da bude iznad zakona (npr. zaključivanje međunarodnog ugovora), donošenje zakona samog je izraz političke ocene celishodnosti jednog od tih organa, ali delatnost u pitanju ne bi smela da ide iznad ustava, čime se održava pravni poredak. Dalje, tipičan građanskopravni ugovor ne predstavlja konkretizaciju zakonskih normi, sledstveno čemu dotični ugovor u materijalnom smislu stoji van zakona, ali svojim dejstvom ugovor ne sme da povredi imperativne zakonske norme, što je pravilo u korist očuvanja pravnog poretka. Osim toga, fizička delatnost policije naspram očuvanja javnog reda i mira vezana je zakonskim normama, ali delatnost u pitanju usled svojih svojstava ne predstavlja konkretizaciju zakonskih normi pa se ne bi moglo govoriti o sistemu pravnog uređivanja. Dakle, samo kada se jezgro konkretnog pravnog uređivanja nalazi u zakonskoj normi i pod uslovom da u pogledu tog uređivanja važi potpuna pravna vezanost, ispravno je govoriti o postojanju sistema, što u stvari znači da se u različitim oblastima pravnog poretka razvijaju različiti sistemi zakonskoga prava. Povezanost između sistema zakonskog prava ostvaruje se u meri razvijanja ustavnosti, jednakosti pred zakonom i pravnih načela vladajućih u različitim oblastima pravnog poretka.

Naučno posmatrano, pravni poredak sadrži sastavne gradivne entitete, bez kojih je nezamisliva prodornost pravnonaučne analize stvaranja i konkretizacije prava.⁶ Pri tome, stvaranje prava se ne može razumeti dok se u obzir ne uzme razlika između „pravnostatičkog“ i „pravno- dinamičkog“ bića pravnoga poretka. Pravna načela, pravni standardi, pravne norme i pravna pravila sačinjavaju regulativnu pravnu građu, dok se kao pravotvorački izvori (kauza i unutarnja koncepcija pravnih akata) javljaju razumska interpretacija pravnih pravila i pravnih principa, politička ocena celishodnosti, upravna ocena celishodnosti i slobodna volja. Kada stvaranje pravnih pravila očituje kontinuitet nastojanja pripadnika pravničkog staleža i poslenika pravne nauke

nepokretnosti podrazumeva čitav snop generalnih, specijalnih i individualnih pravnih situacija. (Prica, 2016: 86-101).

6 To su: 1) pravni subjekt, 2) subjektivno pravo, 3) pravna dužnost, 4) pravni objekt, 5) pravni predmet; 6) pravni akt, 7) državna radnja, 8) pravna radnja, 9) pravne činjenice. U odnosu na pravni poredak, svi pomenuti elementi imaju (konstitutivni značaj, pa bi bilo posve pogrešno pomenu te elemente smeštati u hijerarhijsku tabelu jer bi to bilo isto kao kada bi se u smislu ljudskoga organizma ocenjivalo prevashodstvo desne ruke u odnosu na levu ruku, ond. krvotoka u odnosu na nervni sistem i sl. Materiju pravnog uređivanja, po našem mišljenju, sačinjavaju pravna dobra i pravni interesi.

u pravcu sistematsko-teleološke interpretacije prava – što je odlika pravno razvijenih evropskih pravnih poredaka – sistematizacija prava zapravo vodi ka prepoznavanju pravnih oblika, kao višeg stupnja razvijenosti tehnike pravnog uređivanja. Naše mišljenje je da tehnika pravnog uređivanja podrazumeva sledeće pravne oblike: 1) neposredne dinamičke: opšti pravni akti, individualni pravni akti, državne i pravne radnje, i 2) neposredne statičke: pravne stvari, pravne situacije i pravni instituti.

Odavde proizlazi da pravni poredak podrazumeva odnos između primarnih i sekundarnih pravnih oblika, što znači da postojanje primarnih i sekundarnih pravnih normi nije dovoljno za očuvanje pravnog poretka.⁷ Za pravni poredak podjednako su važna pravna pravila o apsolutnim pravnim dužnostima i pravna pravila koja predviđaju garantovanu suštinu subjektivnih prava. Drugačije kazano, jednako su za pravni poredak važne generalne pravne situacije (krivičnog zakonika) o apsolutnim pravnim dužnostima (kojima se postiže pravna zaštita osnovnih pravnih dobara) i generalne pravne situacije (neposredna primena ustavnih normi o ljudskim pravima) kao osnovni pravni statusi i zajemčena suština subjektivnih prava, a iste su važnosti pravna pravila koja sankcionišu povredu apsolutnih pravnih dužnosti i pravna pravila o sankciji za povredu zajemčenih subjektivnih prava. Za pravni poredak doista su dalje važna pravila o identifikaciji pravotvoračkih izvora i načinima stvaranja prava, pravila o nadležnosti i delatnosti državnih organa i imalaca javnih ovlašćenja, pravila o rešavanju sukoba između subjekata pravnog poretka te pravna pravila o hijerarhiji opštih pravnih akata. Suština je da se pod okriljem tako postavljenog pravnog poretka razvija mnoštvo različitih sistema pravnih pravila. Odnos primarnih i sekundarnih datosti pravnoga poretka može se razumeti samo kada se, pored pravnih normi i pravnih pravila, uzimaju u obzir pravne stvari i pravne situacije kao oblici tehnike pravnoga uređivanja. U tom smislu, generalne pravne situacije o apsolutnim pravnim dužnostima su primarne, krivična stvar kao predmet krivičnog postupka je sekundarna, ali su norme zakonika o krivičnom postupku od primarnog značaja za

⁷ Rasprava o primarnim i sekundarnim pravnim normama nesumnjivo ima karakter prodorne pravnonaučne misli, ali je dotična rasprava – budući ukotvljena međ normativističkim strujama pravne misli – uspela samo dostići tačku sa koje se vidi smisao razlikovanja pravnog poretka i pravnog sistema. (Jering, 1998: 152-153.); Hart, 2013: 140-141 idd); (Bobio, 1988: 69 idd); (Kelzen, 1951, str. 71). U našoj pravnoj književnosti poglavito je razmatrana pravno-logička (logičko-semantička) struktura pravne norme bez ulaženja u analizu različitih oblasti pravnog poretka. (Lukić, 1958, 80-99); Visković, 1981, 165-182).

postojanje pravnog poretka. Isto tako, posebne (specijalne) pravne situacije privatnog prava su primarne, parnična stvar je sekundarna, ali su dispozitivne norme obligacionog zakonodavstva od primarne važnosti za postojanje pravnog poretka itd. Povrh svega toga, kao dokaz nemogućnosti razmatranja odnosa primarnog i sekundarnog u pravnom poretku samo u svetlu pravnih normi – služe pravna načela, imajući u vidu da su pravna načela primarna u odnosu na pravne norme, što ćemo docnije pokazati na primeru jedinstva pravnog poretka kao ustavnog načela.

Umajući sve ovo u vidu, razvijenost jednog pravnog poretka uslovljena je obrazovanjem tzv. unutrašnjeg pravnog sistema (Larenz, 1991: 457; Canaris, 1983: 48; Petrović, 2015: 154), do čega dolazi na tačkama susretanja suprotstavljenih entiteta i sistema pod okriljem pravnoga poretka. Unutrašnji pravni sistem se poglavito razvija u judikaturi, kao jedan pravnonaučni sistem izražen pravnim stavovima i pravnim shvatanjima sa zračućim dejstvom na pravnu svest u pravnom poretku.⁸

Pravni sistem je totalitet pravnih stavova, pravnih shvatanja i pravnih pojmova etabliranih u (duhovnim) oblastima pravnog poretka. Stvaranje pravnih pojmova naspram pravnog poretka dolazi kao rezultat delatnosti pravnih naučnika, s jedne strane, delatnosti u sistemu univerzitetskog pravničkog obrazovanja, s druge, i pripadnika pravničkog staleža u regulativnom pravnom poretku, s treće strane. Uopšteno uzevši, pravna svest je tačka ukrštanja pomenutih sistema, a odnos sistema u pitanju podleže različitim metodima i ciljevima. U kakvoj su vezi pravni poredak i unutrašnji pravni sistem, to zavisi od prirode i domašaja neposrednog prisustva pravne nauke u procesu stvaranja i konkretizacije prava. U idealnom obliku, pravnonaučnom delatnošću se izgrađuje unutrašnji sistem pravnih stavova, pravnih shvatanja i pravnih pojmova

⁸ Razvoj evropskih kontinentalnih pravnih poredaka u periodu nakon Francuske revolucije obeležava nastojanje da se razvije jurisprudencija, što je u stvari izraz potrebe da stvaranje i primenu prava obogati pravno mišljenje, da bi se iznad pojedinačnog razumelo opšte odn. da bi se iza pojedinosti otkrile celine. Te celine zapravo su pravni pojmovi. Neposredna zastupljenost pravnog mišljenja u procesu stvaranja i primene prava je temelj na kojem i teorijska jurisprudencija podiže svoju pojmovnu zgradu. Pravno mišljenje ne mora u znatnoj meri biti neposredno zastupljeno u regulativnom pravnom poretku, može unu tadržavno pravo funkcionisati kao tok stvaranja i primene pravnih normi, ali postavka o značaju pravnog mišljenja u procesu pravnog uređivanja je ogledalo postojanosti prava, pa samim tim i njegove razvijenosti. To što danas govorimo o nemačkom i francuskom pravu kao „zračućim kontinentalnim pravnim poretcima“, manjim delom razlog je u neposrednom u ticaju materijalnog i procesnog prava na druge pravne poretke, a mnogo je više razlog tome snaga nemačke i francuske jurisprudencije, osobito one nastale u sudskim presudama, što je jasan pokazatelj značaja pravne svesti i pojmovne sfere prava.

u okviru pravnog poretka. Drugim rečima, u tom slučaju razvoj pravne svesti uticaće da se unutrašnji pravni sistem razvije kao čvrsto jezgro pravnog poretka. Pri svemu tome, veoma je važno razlikovati metode i ciljeve univerzitetskih pravnih disciplina u razumevanju pravnih pojmova i metode i ciljeve pravnonaučnog razumevanja pravnih pojmova.⁹

Iz dojakošnjih razmatranja bilo bi važno zaključiti da postoji nekoliko dimenzija pravnoga sistema, pod okriljem pravnog poretka ili u čistoj pravnonaučnoj ravni. Prvo, najjači izraz pravnog sistema pod okriljem pravnog poretka jeste ustavnopravni sistem: utemeljen na ustavu u formalnom

⁹ To se najbolje može videti na primeru tzv. pravnih granica, koje su važna karakteristika univerzitetskog pravnog obrazovanja ali su, s druge strane, pravne grane nesaglasne prirodi pravnonaučnog razmatranja pozitivnog prava. Pravne grane jesu deo sistema univerzitetskog pravnog obrazovanja, kao izraz potrebe da se materija prava prikaže analitički – po svojim bitnim sastavnim delovima. Sledstveno tome, postoje pravne nastavne discipline, usredsređene na jezgro pravnih pojmova. No, pojmovi nastali u sledstvu pravno-obrazovne didaktike, zbog svog obima i misaone dubine, ne mogu se smatrati pravnonaučnim pojmovima, jer se pravnonaučna misao mora kretati u kontra smeru, od analize ka sintezi, kako bi se pravni pojmovi – podeljeni i stavljeni pod okrilje nastavnih predmeta – sagledali u totalitetu kao delovi jedinstvenih pravnih pojava. Drugim rečima, fakultetsko pravno obrazovanje nužno zahteva da se pravne pojave podele u delove, te da se delovi stave pod okrilje različitih pravnih predmeta, dok pravna nauka nastoji da pravnu pojavu sagledava u totalitetu – dajući pojam pravne pojave kao celine. U središtu pažnje univerzitetskih pravnih disciplina leže samo jezgra pravnih instituta, dočim pravna nauka istražuje celinu pravnih instituta. Imajući to u vidu, nije u prirodi stvari da se pravnonaučno saznavanje prava omeđi domašajem univerzitetske pravne discipline. Štaviše, zbog pravnoj nauci imanentne težnje ka sintezi prvorednih pojmova i pravnih pojava pravnoga poretka, obrazovanje drugorednih pravnih pojmova zahteva neizostavno ulaženje u sve pravne oblasti, razume se i u biće državnog života i državnih ciljeva. Stoga bi bilo neophodno odbaciti stepenasto obrazovanje pravnog sistema oličeno u tzv. piramidalnoj strukturi pravnoga sistema, „odozdo“ ka „vrhu“, pri kojem gledištu se pravni pojmovi stavljaju u okvir linerano postavljenih uzlaznih i nizlaznih linija, tako što se niži pravni pojmovi ulivaju u više pravne pojmove: ugovor (pravni institut), obligaciono pravo (pravna grana), privatno pravo (pravna oblast), pravni sistem kao totalitet i vrh pojmovne piramide. Dotično stanovište ide za tim da na isti način utvrdi strukturu pravne nauke: specijalna pravna nauka (nauka obligacionog prava), viša pravna nauka (privatnopravna nauka) te opšta teorija prava kao opšta pravna nauka. Po nama, pravni institut stoji u srži pravnonaučnog saznavanja prava, dočim je neodrživo stanovište o tzv. piramidalnoj strukturi pravnog sistema. Jer obrazovanje pravnog instituta kao pravnog pojma po pravilu iziskuje ulaženje u sve regione prava i države. Važno je imati u vidu da i pravni institut može izražavati pojmovne linije različitih stepena. Pomenu te pojmovne linije nije moguće u tvrditi ukoliko bi se sledila dotična „piramidalna struktura pravnog sistema“ (pravne nauke).

smislu i ustavnosti čija se sadržina oblikuje i razvija autoritetom sistematsko-teleološke interpretacije Ustavnog suda. Drugo, pravni sistem u neposrednom obliku počiva na pravnim pravilima kao dovršenom i preciziranom pravnom biću i njegov izraz su pravni instituti kao sistemi pravnih situacija. Treće, pravni sistem je drugo ime za unutrašnji pravni sistem pravnih stavova, pravnih shvatanja i pravnih pojmova usvojenih i opšteprihvaćenih u procesu stvaranja i konkretizacije prava – u sudskoj jurisprudenciji i pravnoj svesti subjekata pravnog poretka. Naposletku, izraz pravnoga sistema svakako jesu različiti sistemi zakonskog prava koji se uspostavljaju u različitim oblastima pravnoga poretka (građansko zakono-davstvo, krivično zakonodavstvo, upravno procesno zakonodavstvo i dr.), kao sistemi ukorenjeni na različitim pravnim principima, što će potvrditi naša kasnija analiza odnosa između sistemskih, opštih i posebnih zakona.

U čistoj pravnonaučnoj ravni, pravna književnost i pravna svest jesu prebivalište pravnog sistema kao celine pravnih pojmova zastupljenih na određenom pravnom području. Tako gledano, pravni sistem je odrednica kojom se označava duhovno pregnuće usredotočeno na spoznaju i teorijsko razumevanje prava, sledstveno čemu se pod pravnim sistemom u narečenom smislu podrazumeva totalitet pravnih pojmova zastupljenih u jurisprudenciji i pravnoj svesti područja jedne pravno-političke zajednice ili šire – pod okriljem porodica više pravnih poredaka koji pripadaju istom tzv. velikom pravnom sistemu. Uz to, pravni sistemom bi bilo ispravno označavati postignuće celovitog teorijskog sagledavanja prava, kao odgovarajuće teorijske postavke sistematizovanih pravnih pojmova jednog pravnog mislioca. Naša teorijska postavka, u tom smislu, ističe značaj pravnih oblika, pod kojim podrazumevamo: 1) pravne stvari (zakonske, političke, građanske, upravne i sudske) (Prica, 2016: 52-66, 2) pravne situacije (generalne, specijalne i individualne) (Prica, 2016: 66-78) i 3) pravne institute (neposredne i više) (Prica, 2016: 78-82). Pravnonaučni sistem se otkriva i izgrađuje na temelju pravnih oblika, kao sistem pravnih situacija i pravnih instituta – njihovih osnovnih i posebnih oblika.¹⁰

10 Bili toga svesni ili ne, poimanje prava suštinski je uslovljeno pravnom svešću pravnika, to jest, poimanjem pravnika o načinu na koji se pravo uobličuje – stvara i primenjuje, pa u tom smislu svest pravnika može da bude i ispod i iznad formalnih izvora prava. Niži nivo razvijenosti prava javlja se kao čisto normativističko gledište, stavljeno u čvrst okvir formalnih izvora prava, po kojem je pravo isto što i pravna norma. Pri pomenu toj doktrini istinsko pravno mišljenje se gotovo i ne prepoznaje, a delatnost pravnika je u slu žbi zakonodavne tehnike, i to je pravilo koje va ži u trima ranije pomenu tim sistemima. Viši nivo razvijenosti prava

Naše će nastojanje biti da u produžetku pokažemo da zakonsko pravo svojstvo sistema polučuje zahvaljujući pravnim načelima i gradivnim pravnim pravilima, pri čemu se odnos između različitih sistema zakonskog prava neposredno uspostavlja putem sistematsko-teleološkog ispitivanja međusobnog uticaja zakonskih normi i pravnih principa vladajućih u različitim oblastima pravnog poretka. Pritom, predmet razmatranja biće i međusobni odnos između zakona važećih u istoj oblasti pravnog poretka, iz čega će proizaći zaključak o postojanju sistemskih (osnovnih) zakona, opštih zakona i posebnih zakona u pravnom poretku. Upravo različite kategorije zakona u istoj oblasti pravnog poretka – imajući u vidu da se zakoni ne mogu stavljati u hijerarhijsku tabelu pravne snage – belodano svedoče nemogućnost uobličjenja pravnog sistema kao sistema pravnih normi razvrstanih prema kriterijumu njihove pravne snage.

2. Jedinstvo pravnog poretka kao ustavno načelo u jurisprudenciji Ustavnog suda Republike Srbije i zakonsko pravo kao sistem. Sistemski, opšti i posebni zakoni

U pravnom poretku savremene države na snazi je velika kriza zakonskog prava i zakonodavstva, u istoj meri u kojoj postoji kriza parlamentarne predstavničke demokratije. Usled pokroviteljstva političkih stranaka nad državom i snažno nabujale stranačke protekcije, upitno je postojanje zakona kao izraza opšte volje te i zbiljska utemeljenost zakona u materijalnom smislu. Petrović je s tim u vezi izrekao znakovitu misao: „...one stranke Zapada koje danas drže vlast ili imaju izgleda da dođu na vlast, zbog svoje neoliberalne orijentacije (sve su to stranke „levog“ i „desnog“ „centra“) ne razlikuju se više u pogledu shvatanja sadržine opšteg dobra, no ipak dovoljno u pogledu sredstava njegovog ostvarivanja, da bi okupile biračke mase ...i mogle da ostvare bitnu funkciju demokratije u pravnoj državi s difuznom vlašću – što veću cirkulaciju profesionalnih političara uz istovremenu nepromenljivost glavnih nosilaca indirektno vlasti.“ (Petrović, 2010: 292-293)

Pravno posmatrano, razvijanje koncepta tzv. intervencionističke pravne države ishodovao je značajne promene u pogledu pojma zakona,

dolazi kao kontinuitet nastojanja pravnog staleža i poslanika pravne nauke u pravcu sistematsko-teleološke interpretacije prava, što je pu t koji dovodi do saznanja da je norma jedan pored drugih regulativnih sastojaka pravnoga poretka, a sistematizacija regulativnih sastojaka vodi ka prepoznavanju pravnih oblika i njihovih u žih i širih celina.

njegove prirode i sadržine zakonskog pravnog uređivanja. Prvo, u poretku „liberalne pravne države“ (nastaje krajem 18. i u svom izvornom obliku bitiše do Velikoga rata) podrazumevalo se postojanje zakona u materijalnom smislu, dok se danas u pravnom poretku javljaju zakoni u formalnom smislu, koji u suštinskom značenju ne mogu da budu izraz opšte volje i opšteg dobra.¹¹

Zakon u materijalnom smislu jeste pravna norma ili pravni propis, određenje onoga „što po pravu treba da bude za svakoga“. (Šmit, 2011: 314). „Opšta i apstraktna pravna odredba je zakon u materijalnom smislu. Individualna i konkretna pravna odredba je zakon u formalnom smislu ako proishodi od zakonodavnoga organa. S tačke materijalnoga stanovišta, ona je, prema okolnostima, upravni ili sudski akt.“ (Petrović, Prica, 2014:11). Kod pojma zakona u formalnom smislu – zakon je forma kojom se u pogon stavljaju konkretizovane zapovesti u posebnim slučajevima. Laband kaže: „Državne radnje jesu, tako, obično operacije koje mogu da se sastoje od čitavoga lanca pojedinih radnji. I težište ne leži na završnim karikama tog lanca, kojima se konačno postiže uspeh, nego na inicijalnoj radnji koja sve ostale ima za posledicu. Državna se radnja s toga može izvršavati dugim nizom naredaba koje se unutar samoga upravnog aparata dalje razgranavaju, presađuju, preobražavaju u detaljne propise, podstiču dopunske pravilnike nižih mesta itd., da bi se tek u završnoj tački preokrenule u radnje koje razvijaju delovanje prema spolja...Jedan zakon koji nalaže izgradnju kakvoga kanala, kakve železnice, jedne tvrđave, ili naređuje podizanje određenoga zajma, početak je kompleksa radnji kojima treba da se postigne određeni uspeh, i zbog toga je, u materijalnom smislu, upravni akt.“ (Laband, 1911: 180; Petrović, 2010: 60).

Drugo, u današnjim pravnim poretcima došlo je do prihvatanja i snažnog širenja doktrine o neposrednom zakonskom uređivanju u svim oblastima pravnog poretka, čime načelo zakonitosti u materijalnom smislu potiskuje građansko društvo i autonomiju subjekata prostorne zajednice, sledstveno čemu se sužava polje autonomnog definisanja pravnih stavova pod okriljem građanskoga društva. U poretku „liberalne pravne države“

11 Karakter posebnog zakona i zakona u formalnom smislu ima Zakon o podsticanju građevinske industrije Republike Srbije u uslovima ekonomske krize („Sl. glasnik RS“, br. 45/10, 99/11 i 121/12). Ustavni sud je razmatrao ustavnost dotičnoga zakona, našavši da njegovim odredbama nije u činjena povreda jedinstva pravnog poretka naspram pravnih načela Zakona o javnim nabavkama („Službeni glasnik RS“, br. 116/08). I UZ-1061/2010 od 13.03.2013. godine. Karakter posebnog zakona u narečenom smislu ima Zakon o uvrđivanju javnog interesa i posebnim postupcima eksproprijacije i izdavanja građevinske dozvole radi realizacije projekta „Beograd na vodi“ („Sl. glasnik RS“ br. 34/2015 i 103/2015), čije ćemo odredbe razmatrati u zasebnom članku.

takvo stanje se ne bi moglo ni zamisliti, nekmoli prihvatiti, osobito imajući u vidu da je donošenje građanskih zakonika zamišljeno kao ovaploćenje autonomije građanskog društva, a postojanje građanskog društva i danas predstavlja neophodnu pretpostavku, ne samo za slobodan razvoj ličnosti i slobodu uopšte, već i za spontano ispoljavanje javnosti – prevashodno u postupku donošenja zakona. Uostalom, oblikovanje javnosti u narečenom smislu predstavlja uslov za postojanje demokratskog društva!

Naposletku, usled snažne proliferacije propisa (zakona i podzakonskih akata), u pravnim poretcima savremenih država pravnu snagu zadobija mnoštvo zakonskih normi i zakona različitih, pri čemu je u velikom broju današnjih država na delu nepostojanost zakonskog prava, imajući u vidu da se postojeći zakoni podvrgavaju režimu stalnog nestajanja i nastajanja (izmenama i dopunama). S obzirom na to, osim kriterijuma pravne snage u odnosu opštih pravnih akata, kao veoma važno se nametnulo pitanje međusobnog odnosa zakona u istoj ili različitim oblastima pravnog poretka. Zakoni se ne mogu smeštati u hijerarhijsku tabelu pravne snage, dočim je veoma važno odreći mogućnost ispoljavanja samovolje zakonodavca. Upravo onemogućavanje samovolje zakonodavca – koja se može ostvariti lakše u odnosu na bilo koju drugu u pravnom poretku – te vezivanje zakonodavca ustavnošću ali i drugim pravnim principima – predstavlja osnovu za doktrinarnu izgradnju jedinstva pravnog poretka kao ustavnog načela.

Ustavni sud Republike Srbije (dalje: Ustavni sud) je pravni stav vezano za jedinstvo pravnog poretka kao ustavno načelo zauzeo u svojoj Odluci IUZ-231/2009 od 22. jula 2010. godine („Službeni glasnik RS”, broj 89/10).¹²

Pravni stav Ustavnog suda glasi: „Polazeći od odredbe člana 4. stav. 1. Ustava koja utvrđuje načelo jedinstvenog pravnog poretka, kao jedan od osnovnih principa na kojima počiva ustavnopravni sistem Republike Srbije, Ustavni sud ukazuje da iako važeći pravni sistem u Republici ne pravi razliku između tzv. organskih, osnovnih ili drugih zakona koji imaju jaču pravnu snagu od ostalih, „običnih“ zakona, što ima za posledicu da, saglasno odredbi člana 167. Ustava, Ustavni sud nije nadležan da ceni međusobnu saglasnost zakona, ustavno načelo jedinstva pravnog poretka nalaže da osnovni principi i pravni instituti predviđeni zakonima kojima se na sistemski način uređuje jedna oblast društvenih odnosa budu

¹² U pitanju je pravni predmet u kojem je Ustavni sud ustanovio da je izmenama i dopunama Zakona o javnom informisanju („Sl. glasnik RS“ br. 71/09) nastupila povreda jedinstva pravnog poretka na štetu sistema zakonskog u ređivanju privrednih prestupa proisteklog Zakona o privrednim prestupima („Sl. glasnik RS“ br. 101/2005). IUZ-231/2009 od 22. 07. 2010. godine.

ispoštovani i u posebnim zakonima, osim ako je tim sistemskim zakonom izričito propisana mogućnost drugačijeg uređivanja istih pitanja.¹³

Zanimljivo je navesti da stanovište Ustavnog suda kritikuju Petrov i Simović (Petrov, Simović, 2014: 124-125), dočim se s naše strane pomenuto stanovište ocenjuje kao veoma važno za funkcionisanje pravnog poretka, zakonskog prava kao sistema i unutrašnjeg pravnog sistema. Pri tome je važno razlikovati ispitivanje odnosa između zakona koji regulišu različite oblasti pravnog poretka, od situacije kada se ispituje odnos između zakona u istoj oblasti pravnog poretka.

Sistemski zakoni su oni zakoni koji na celovit način uređuju jednu oblast pravnog poretka, dok posebni zakoni to ne čine. Ustavni sud je stao na pravno stanovište da „ustavno načelo jedinstva pravnog poretka podrazumeva međusobnu usklađenost svih pravnih propisa u okviru pravnog sistema Republike Srbije, što načelno isključuje mogućnost da se zakonom kojim se uređuje jedna pravna oblast mogu menjati, odnosno dopunjavati pojedina zakonska rešenja sadržana u zakonu kojim se uređuje druga pravna oblast“ (IUZ – 225/2005 od 19.4.2012.). U predloženom značenju, jedinstvo pravnog poretka u postupku ocene ustavnosti može podrazumevati sistematsko-teleološko ispitivanje dvaju (sistemskih) zakona iz različitih oblasti pravnog poretka, što je jedna situacija, dok druga situacija podrazumeva ispitivanje odnosa između sistemskog (osnovnog) zakona koji je uredio oblast pravnog poretka na celovit način i zakona koji prema sistemskom stoji u odnosu posebnog prema opštem. Poseban zakon prema opštem zakonu može stajati u režimu pravne podređenosti ali i u režimu pravne upućenosti, iz čega proizlazi razlika između neposredne i supsidijarne primene opšteg zakona. Jedan sistemski zakon prema drugom sistemskom zakonu može stajati u odnosu posebnog zakona prema opštem zakonu ali samo u smislu pravne upućenosti, nipošto u režimu pravne podređenosti. Navedene činjenice čine opravdanim upotrebu triju izraza za označavanje pravnog karaktera zakona: (1) sistemski (osnovni) zakon, (2) opšti zakon i (3) poseban zakon.

Vežanost obimom rasprave ne dopušta nam da izložimo sve odluke Ustavnog suda, s tim da je ovde važno osloniti se na jurisprudenciju Ustavnog suda onoliko koliko je potrebno za razumevanje smisla jedinstva pravnog poretka kao ustavnog načela. U pogledu odnosa između zakona iz različitih oblasti pravnog poretka, Ustavni sud je, rukovodeći se ustavnim načelom jedinstva pravnog poretka, utvrđenog odredbama člana 4 stav 1 i člana 194 stav 1 Ustava, ispitivao odnos odredaba člana 38a Zakona o porezima na imovinu („Službeni glasnik RS“, br. 26/01, 45/02, 80/02 i 135/04) I pravnih pravila

¹³ IUZ-225/2005 od 19. 04. 2012. godine.

Zakona o osnovama svojinskopравnih odnosa („Službeni glasnik RS“, br. 6/80 i 36/90) i („Službeni glasnik RS“, broj 29/06). U ovom pravnom predmetu, postavilo se pitanje odnosa između dvaju zakonskih sistema, imajući u vidu da su utvrđivanje i naplata poreza na imovinu, na celovit način regulisani potpuno odvojeno predmetnim Zakonom o porezima na imovinu, saglasno ovlašćenju iz čl. 97 tačka 6 Ustava, prema kome Republika Srbija uređuje i obezbeđuje poreski sistem, dok su uslovi za sticanje prava svojine i ostala pravila o prenosu prava svojine na nepokretnostima uređena na sistematski način, Zakonom o osnovama svojinskopравnih odnosa kojim se uređuju svojinski odnosi, saglasno ovlašćenju iz člana 97 tačka 7 Ustava. U ovoj pravnoj stvari Ustavni sud je ustanovio povredu jedinstva pravnog poretka – odredbama jednog sistemskog zakona na štetu osnovnih pravnih principa i pravnih pravila drugog sistemskog zakona, sa sledećim obrazloženjem: „Na osnovu rezultata celokupnog postupka sprovedenog pred Ustavnim sudom utvrđeno je da se osporenom odredbom člana 38a Zakona o porezima na imovinu kojom je propisano da se upis prava na nepokretnosti u zemljišnim, katastarskim i drugim javnim knjigama ne može vršiti bez dokaza o plaćenom porezu na prenos apsolutnih prava, odnosno plaćenom porezu na nasleđe i poklon propisuje, mimo uslova propisanih Zakonom o osnovama svojinskopравnih odnosa, dodatni uslov za sticanje prava svojine na nepokretnosti i na taj način ograničava Ustavom zajemčeno pravo na imovinu utvrđeno odredbama člana 58. Ustava. ...kako je osporenom odredbom člana 38a Zakona o porezima na imovinu propisan još jedan uslov koji treba da se realizuje u vremenskom intervalu između zaključenja punovažnog ugovora i upisa u javne knjige – a to je plaćanje poreza na prenos apsolutnih prava, Ustavni sud oceljuje da je takvim propisivanjem uskraćeno pravo kupcu da izvrši upis prava svojine u javne knjige i tako postane vlasnik predmetne nepokretnosti.“¹⁴

Uz to, utvrđivanje postojanja povrede načela jedinstva pravnog poretka u odnosu na jedan sistem zakonskog prava može opredeliti da se u postupku ocene ustavnosti razmatraju odredbe nekoliko (sistemskih) zakona.¹⁵

14 I Uz-225/2005, od 8.6.2012. godine. Pažnje je zaslužno obrazloženje Ustavnog suda u predmetu ocene odnosa Zakona o radiodifuziji i Zakona o zaštiti nacionalnih manjina: I Uz-27/2011, od 6.11.2013.

15 Reč je o pravnom predmetu ocene ustavnosti Zakona o kinematografiji, u kojem je Ustavni sud razmatrao odnos odredaba nekoliko zakona: Zakona o kinematografiji („Sl. glasnik RS“ br. 99/2011 i 2/2012), Zakona o kulturi („Sl. glasnik RS“, br. 72/09), Zakona o elektronskim komunikacijama („Sl. glasnik RS“, br. 44/10) i Zakona o radiodifuziji („Sl. glasnik RS“, br. 42/02, 97/04, 76/05, 79/05, 62/06, 85/06, 86/06 – I 41/09), kojom prilikom je Ustavni sud ustanovio povredu jedinstva pravnog poretka, u činjenju odredbama Zakona o kinematografiji. IUZ-128/2012 od 03.04.2014. godine.

U pogledu odnosa posebnog zakona prema opštem zakonu, Ustavni sud je u više navrata razmatrao režim pravne podređenosti posebnog zakona prema opštem (sistemskom) zakonu. Osnovno gledište Ustavnog suda tim povodom glasi: „...da bi određeni zakon sadržavao posebna pravila i pravne izuzetke u odnosu na sistemske zakone u određenoj oblasti, zakonodavac sa stanovišta Ustava i pravnog poretka Republike Srbije mora preispitati u postupku propisivanja tih posebnih pravila i pravnih izuzetaka ispunjenost određenih preduslova. To je, pre svega, postojanje opravdane potrebe i legitimnog cilja na kome se zasniva odstupanje od opštih, sistemskih pravnih pravila u određenim uspostavljenim društvenim odnosima u konkretnoj oblasti. Dalje, precizno se mora sagledati da li se posebna pravila i pravni izuzeci u potpunosti oslanjaju na sistemska pravila, tako da se u celini posmatrano opšta pravila iz sistemskog zakona mogu nesmetano primeniti na sva pitanja koja nisu obuhvaćena i posebno uređena na izuzetan, poseban način. I na kraju, mora se sagledati i da li su posebna pravila i pravni izuzeci u skladu sa Ustavom i celokupnim pravnim sistemom Republike Srbije. Samo na taj način može se uspostaviti odnos tzv. sistemskih zakona i tzv. posebnih zakona koji uređuju posebna pravila i izuzetke na način koji ne ugrožava jedinstvo pravnog poretka, pravnu sigurnost i ostvarivanje Ustavom zajemčenih prava i sloboda.“¹⁶ Predočeno gledište je veoma značajno, posebno imajući u vidu da se kao poseban može usvojiti zakon u formalnom smislu, koji po sebi nije neustavan. Zato je važno da poseban zakon bude saglasan kako Ustavu tako i sistemskom (osnovnom) zakonu jer u protivnom nije moguće obezbediti jednakost pred zakonom i očuvanje pravnog poretka.

Odnos opšteg (sistemskog) i posebnog zakona, Ustavni sud je razmatrao u postupku ocene odredbe člana 3 stav 1 Zakona o visini stope zatezne kamate („Službeni glasnik SRJ“, br. 9/01), u delu primene tzv. konformne metode. Ocena je Ustavnog suda u ovome predmetu bila da navedena odredba nije u saglasnosti sa Ustavom, imajući u vidu njenu nesaglasnost sa osnovnim pravnim načelima Zakona o obligacionim odnosima (“Službeni list SFRJ”, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i “Službeni list SRJ, br.31/93), čime je povređeno jedinstvo pravnog poretka kao ustavno načelo. Obrazloženje Ustavnog suda glasi: „...Ustavni sud nalazi da je odredbom člana 279. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima zabranjeno da se na dospelu, a neisplaćenu ugovorenu ili zateznu kamatu, kao i na druga dospela povremena novčana davanja obračunava zatezna kamata, izuzev kada je to zakonom određeno. Međutim, u situaciji kada se zatezna kamata obračunava konformnom metodom za obračunski period koji je duži od

16 IUz-27/2011 od 6. 11. 2013. godine.

perioda za koji je propisana stopa zatezne kamate, u praksi se tada dospela kamata za period propisane kamatne stope pripisuje glavnom dugu i tako čini osnovicu za obračun kamate u narednom periodu po važećoj kamatnoj stopi za taj mesec. Ovakva primena konformne metode u materiji obračuna zatezne kamate znači da pripisivanje kamate glavnici predstavlja u pomenutim slučajevima obračun kamate na kamatu, što je suprotno načelu anatocizma propisanog odredbom člana 279. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima. ...Sve u svemu, Ustavni sud je zaključio da se osporenim odredbom Zakona o visini stope zatezne kamate suspenduje generalno pravilo iz Zakona o obligacionom odnosima o zabrani anatocizma u materiji obračuna kamata, a isključuje se i primena drugih osnovnih pravnih načela sadržanih u Zakonu o obligacionim odnosima (načelo monetarnog nominalizma, načelo limita kamate, zabrane zloupotrebe prava), kao i drugih opštih pravnih principa i temeljnih vrednosti zaštićenih Ustavom (princip vladavine prava, socijalne pravde, pravne sigurnosti i dr.), čime se povređuje načelo jedinstva pravnog poretka...“¹⁷

Kao veoma važno u ispitivanju jedinstva pravnog poretka kao ustavnog načela, Ustavni sud uzima odredbe opšteg (sistemskog) zakona koje dopuštaju mogućnost da se posebnim zakonom pojedina pitanja po prirodi stvari drugačije urede. To, međutim, ne sprečava Ustavni sud da odredbe posebnog zakona ne podvrgne sistematsko-teleološkoj oceni naspram pravnih principa i gradivnih pravnih pravila opšteg zakona. Uzimajući navedeno u obzir, ilustrativan je izvod iz obrazloženja jedne odluke Ustavnog suda: „Ustavni sud je stao na stanovište da, iako je članom 1. stav 2. Zakona o državnim službenicima propisano da se pojedina prava i dužnosti državnih službenika u pojedinim državnim organima mogu posebnim zakonom urediti i drugačije ako to proizlazi iz prirode njihovog posla, osporeno rešenje iz čl. 38. Zakona ne može predstavljati ovakvo zakonom dopušteno odstupanje od sistemskih rešenja, jer se, u konkretnom slučaju ne radi o određenim pravima i dužnostima državnih službenika koja proizlaze iz specifične prirode posla državnog organa u kome su zaposleni, već o regulisanju načina prestanka rada na položaju državnih službenika u ministarstvima i posebnim organizacijama u određenom vremenskom periodu, bez obzira na prirodu poslova koje obavljaju.“¹⁸ S tim u vezi, Ustavni sud je u jednoj odluci obelodanio veoma važan pravni stav u pogledu ispitivanja zakonskog osnova za donošenje posebnog zakona: „...imajući u vidu da ustavno načelo jedinstva pravnog poretka nalaže da osnovni principi i pravni instituti predviđeni

17 I Uz - 82/2009 od 27. jula 2012. godine.

18 IUz-920/2012 od 27.03.2014.

zakonima kojima se na sistemski način uređuje jedna oblast društvenih odnosa budu poštovani i u posebnim zakonima, pa i u slučaju kada je sistemski zakonom izričito propisana mogućnost drugačijeg uređivanja istih pitanja:“ (podvukao M.P.); (I Uz-17/2011 od 25. juna 2013. godine). Odavde proizlazi da Ustavni sud u ispitivanju jedinstva pravnog poretka kao ustavnog načela ne sledi samo jezičko tumanjenje, već prevashodno koristi sistematsko-teleološku analizu dejstva pravnih pravila posebnog zakona u odnosu na pravne principe i gradivna pravila opšteg zakona.

Došlo smo do tačke sa koje se može uočiti da zakonsko pravo svojstvo sistema polučuje zahvaljujući pravnim načelima i gradivnim pravnim pravilima, pri čemu se odnos između različitih sistema zakonskog prava neposredno uspostavlja putem sistematsko-teleološkog ispitivanja međusobnog uticaja zakonskih normi i pravnih principa vladajućih u različitim oblastima pravnog poretka. Upravo različite kategorije zakona u istoj oblasti pravnog poretka – imajući u vidu da se zakoni ne mogu stavljati u hijerarhijsku tabelu pravne snage – belodano svedoče nemogućnost uobličavanja pravnog sistema kao sistema pravnih normi razvrstanih prema kriterijumu njihove pravne snage. Jedinstvo pravnog poretka kao ustavno načelo, vlastiti smisao crpe iz potrebe obezbeđivanja da različiti sistemi zakonskog prava ne ugroze ustavnost, jednakost pred zakonom i pravna načela vladajuća u različitim oblastima pravnog poretka, što bi trebalo da obezbedi očuvanje pravnog poretka. S druge strane, jedinstvo pravnog poretka kao sistematsko-teleološko povezivanje zakona, konkretizacijom pravnih načela u istoj ili različitim oblastima pravnog poretka, predstavlja samo polazište za izgradnju unutrašnjeg pravnog sistema. Jer, uobličavanje unutrašnjeg pravnog sistema se postiže sistematsko-teleološkim povezivanjem pravnih situacija u tipičnim pravnim predmetima, definisanjem pravnih (supstancijalnih) stavova i pravnih (teleoloških) shvaćanja.

Primerice, zakon o eksproprijaciji je sistemski (opšti) zakon koji uređuje zasnivanje nekoliko pravnih instituta, a samo jedan od tih instituta (eksproprijacija u materijalnom smislu) ostaje u pravnom režimu normiranom odredbama zakona o eksproprijaciji. Tako, službenosti u opštem interesu (administrativne službenosti) se uspostavljaju u postupku eksproprijacije ali se službenosti u pitanju nadalje upodobljavaju pravnom režimu službenosti, koji uređuje Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa, kao opšti zakon za sve službenosti u pravnom poretku. To znači da administrativne službenosti prema tipičnim građanskopravnim službenostima stoje u odnosu posebnog pravnog

instituta prema opštem pravnom institutu. S druge strane, na zakup u opštem interesu, koji se zasniva u postupku eksproprijacije, ne može se primeniti pravni režim zakupa kao pravnog instituta proisteklog iz Zakona o obligacionim odnosima, imajući u vidu da je naš sistemski zakon o obligacionim odnosima isključio mogućnost primene svojih odredaba na zakupe uređene posebnim propisima (čl. 568 Zakona o obligacionim odnosima). Dakle, administrativni zakup je poseban pravni institut koji ne može prema tipičnom građansko-pravnom zakupu stajati u odnosu posebnog pravnog instituta prema opštem pravnom institutu. Pravničko rezonovanje koje ovde sledimo očituje sistematsko-teleološko tumačenje pravnih predmeta i njihovo povezivanje prema pravnom osnovu, do kojeg povezivanja se ne bi moglo doći samo putem jezičkog tumačenja njihovog zakonskog osnova.

Jedan sistemski zakon može u pravnom poretku stajati prema drugom sistemskom zakonu u odnosu posebnog zakona prema opštem zakonu – samo u režimu pravne upućenosti odn. supsidijarne primene drugog sistemskog (opšteg) zakona. Takav primer nudi nam Zakon o opštem upravnom postupku („Sl. glasnik RS“ br. 18/2016) koji predviđa (čl. 26) supsidijarnu primenu odredaba Zakona o obligacionim odnosima vezano za pravni režim upravnih ugovora, a razlog upućivanja na sistemski zakon o obligacionim odnosima jeste popunjavanje pravnih praznina u uređivanju upravnog ugovora kao posebnog pravnog instituta. Budući da se Zakonom o opštem upravnom postupku povodom upravnih ugovora utelovljuje sudska zaštita u upravnom sporu, ratio legis je da se upravni ugovor razvija kao samostalan pravni institut, pod okriljem imperativnih zakonskih normi u različitim oblastima pravnog poretka i sa supsidijarnom primenom Zakona o obligacionim odnosima. Razume se, na upravnom i građanskom pravosuđu je zadatak neposrednog doktrinarnog definisanja upravnog ugovora kao pravnog instituta – otkrivanjem i definisanjem tipičnih pravnih predmeta (pravnih stvari) i pravnih situacija – na tromeđi zakonskog uređivanja upravnih ugovora između (1) materijalno-pravnih zakonskih odredaba o upravnim ugovorima u različitim oblastima pravnog poretka, (2) odredaba Zakona o opštem upravnom postupku i (3) odredaba Zakona o obligacionim odnosima.

S druge strane, Zakon o opštem upravnom postupku ima karakter opšteg procesnog zakona sa neposrednom primenom u svim upravnim oblastima, pri čemu se ovim zakonom precizira osnov za donošenje posebnih zakona: „(1) Ovaj zakon primenjuje se na postupanje u svim upravnim stvarima. (2) Pojedina pitanja upravnog postupka mogu posebnim zakonom da se urede samo ako je to u pojedinim upravnim oblastima neophodno, ako je to u sa-

glasnosti sa osnovnim načelima određenim ovim zakonom i ne smanjuje nivo zaštite prava i pravnih interesa stranaka zajemčenih ovim zakonom.“ (čl. 3 Zakona o opštem upravnom postupku – „Sl. glasnik RS“ br. 18/2016).¹⁹ To znači da u ovom primeru važi režim pravne nadređenosti opšteg zakona nad posebnim zakonima.²⁰ Oдавde dalje proizlazi da se odnos između Zakona o opštem upravnom postupku i posebnih zakona koji regulišu upravne oblasti ne ispituje samo u postupku ocene ustavnosti i zakonitosti,²¹ već je na ispitivanje toga odnosa, u sledstvu neposredne primene opšteg zakona, pozvan svaki donosilac upravnog akta, a osobito Upravni sud prilikom rešavanja tzv. upravnih sporova. Razlog tome je u činjenici da naš važeći Zakon o opštem upravnom postupku ima neposrednu primenu – u pogledu opštih pravnih načela i garantovanog nivoa zaštite prava i pravnih interesa stranaka – u svim upravnim oblastima i svim upravnim stvarima, sledstveno čemu je pogrešno govoriti o supsidijarnoj primeni opšteg procesnog zakona u upravnim oblastima. U čemu je nevolja u našem pravnom poretku vezano za odnos opšteg i posebnih zakona u upravnim oblastima? U tome što Upravni sud ne razvija jurisprudenciju, definisanjem pravnih stavova i pravnih shvatanja u tipičnim pravnim predmetima odnosa pravnih pravila opšteg zakona i posebnih zakona. Premda je predmet judikature Upravnog suda više od dve stotine posebnih zakona iz mnogobrojnih oblasti pravnog poretka (upravnih oblasti), ne može se izdvojiti jedno obrazloženje presude ovoga suda usredotočeno na konkretnu analizu odnosa opšteg procesnog zakona i posebnih zakona. To uistinu znači da se u nas ne može govoriti o postojanju unutrašnjeg pravnog sistema u delu procesnog upravnog zakonodavstva, pri čemu stanje nije bolje ni u drugim oblastima pravnog

19 Primer dopuštenog odstupanja od odredaba Zakona o opštem upravnom postupku nudi nam Zakon o eksproprijaciji („Sl. glasnik RS“ br. 53/95...20/2009, 55/2013), normirajući u čl. 36 da korisnik eksproprijacije može da odustane od predloga za eksproprijaciju do pravosnažnosti rešenja, uprkos tome što se čl. 98 Zakona o opštem upravnom postupku predviđa da stranka može odustati od zahteva dok ne bude obavешtena o rešenju drugostepenog organa.

20 Pri tome, jedan sistemski zakon može upu titi na neposrednu primenu drugog sistemskog zakona vezano za pravno uređivanje tačno određenih pitanja (videti čl. 83 Zakona o narodnoj banci Srbije („Sl. glasnik RS“ br. 72/2003...40/2015). U pogledu neposredne i supsidijarne primene opšteg zakona, zanimljivo je videti odredbe čl. 4 Zakona o inspekcijском nadzoru („Sl. glasnik RS“ br. 36/2015).

21 Ustavni sud je ocenio neustavnom odredbu člana 20 stav 12 Zakona o eksproprijaciji („Slu žbeni glasnik RS“, br. 53/95, 23/01 i 20/09), kao nesaglasnu sa opštim pravnim načelima Zakona o opštem upravnom postupku („Slu žbeni list SRJ“, br. 33/97 i 31/01 i „Slu žbeni glasnik RS“, br. 30/10), čime je nastupila povreda jedinstva pravnog poretka u oblasti uređenja upravnog postupka (I Uz-17/2011 od 25. juna 2013. godine).

poretka – zbog niskog nivoa zastupljenosti jurisprudencije u procesu stvaranja i konkretizacije prava. Odavde proizlazi naša zaključna konstatacija: da vladavina prava nije moguća bez neposredne zastupljenosti pravne nauke u pravnom poretku jer se bez pravnonaučne delatnosti (jurisprudencije) u pravnom poretku ne može postići konkretizacija prava i povezivanje pravnih oblika pod okriljem unutrašnjeg pravnog sistema. Posebno su najviši sudovi pozvani da unapređuju pravnu svest subjekata pravnog poretka – kao glasonoše zračćih pravnih stavova i pravnih shvatanja, u pravcu obrazovanja unutrašnjeg pravnog sistema kao jezgra pravnog poretka. Uzimajući navedeno u obzir, jedinstvo pravnog poretka kao ustavno načelo je samo polazište i neophodna pretpostavka za obrazovanje unutrašnjeg pravnog sistema, pri čemu se obrazovanje unutrašnjeg pravnog sistema može ostvariti isključivo putem neposredno zastupljene jurisprudencije u pravnom poretku – usmerene na otkrivanje i definisanje pravnih oblika, kao najvišeg nivoa razvijenosti tehnike pravnog uređivanja različitih oblasti pravnog poretka.

Literatura/References

- Aksić, S. (2000-2001). „Pojam pravnog sistema», *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1-3, 187-207.
- Bobio, N. (1988). *Eseji iz teorije prava*, Split.
- Visković, N. (1981). *Pojam prava*, Split.
- Vukadinović, G. (2014). „Načela pravnog sistema”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4, 25-34.
- Vuksanović, V. (1931). *O pojmu pravnog poretka*, doktorska disertacija, Beograd.
- Jering, R. (1998). *Cilj u pravu*, Podgorica.
- Canaris, C-W. (1983). *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwicklung am Beispiel des deutschen Privatrechts*, 2. Aufl., Berlin 1983.
- Kelzen, H. (1951). *Opšta teorija države i prava*, Beograd.
- Laband, P. (1911). *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5. Aufl., II, 1911.
- Larenz, K. (1991). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York etc. 1991.
- Lukić, R. (1958). *Teorija države i prava*, Beograd, 1958.

Petrov, V. Simović, D. (2014). „Četiri pitanja iz novije ustavne prakse u Republici Srbiji”, *Pravna riječ*, 39, 117-127.

Petrović, M. (1980). *Pravna vezanost i ocena celishodnosti državni vlasti i organa*, Savremena administracija, Beograd.

Petrović, M. (2010). *Nauka o upravljanju kao pretpostavka upravne politike*, 2. ispravljeno izdanje, Niš.

Petrović, M. u saradnji sa Prica, M. (2014). *Posebno upravno pravo sa međunarodnim upravnim pravom*, Niš.

Petrović, M. (2015). „Pravni poredak u poimanju Radomira D. Lukića i utemeljenje trijalističko-teleološke teorije prava”, *Zbornik radova: Naučno nasleđe Radomira D. Lukića*, SANU, Beograd, 135-157.

Prica, M. (2016). *Eksproprijacija kao pravni institut*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

Hart, H. (2013). *Pojam prava*, Beograd.

Šmit, K. (2001). *Legalnost i legitimnost, Karl Šmit i njegovi kritičari*, Beograd.

Šmit, K. (2003). *Tri vrste pravnonaučnog mišljenja*, Dosije, Beograd.

Miloš Prica, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**THE UNITY OF LEGAL ORDER AS A CONSTITUTIONAL PRINCIPLE
AND STATUTORY REGULATION OF THE LEGAL ORDER, WITH
REFERENCE TO THE INTERNAL LEGAL SYSTEM**

Summary

The article examines the legal base and the importance of applying the unity of the legal order as a constitutional principle in the statutory regulation of various areas of the legal order. Relying on the jurisprudence of the Constitutional Court of the Republic of Serbia on the content and scope of application of the principle of unity of the legal order, the article elaborates on the legal grounds and prominent characteristics underlying the relations between systemic, general and special laws as compared to statutory law as a system. In particular, the author focuses on establishing the distinction between statutory law as a system, legal system and legal order. Besides focusing on the unity of the legal order as a constitutional principle, the author observed the doctrinal standpoint on differentiation between substantive laws and formal (procedural) laws, as well as the distinction between direct and subsidiary application of the general law.

The unity of the legal order as a constitutional principle draws its own purpose and meaning from the need to ensure that different statutory law systems do not endanger constitutionality, equality before the law, and legal principles governing different areas of the legal order, which should ultimately provide for the preservation of the legal order. On the other hand, the unity of the legal order as a systematic and teleological correlation of laws, established by specifying the legal principles in the same or different areas of the legal order, is only a starting point for the construction of the internal legal system. In effect, the internal legal system is shaped by establishing systematic and teleological correlations between legal situations in typical legal cases, defining legal (substantive) standpoints and legal (teleological) perceptions.

With reference to the scientific criticism of the normative concept of the legal system, the article provides an outline of the Serbian legal theory on the internal legal system, which is based on legal forms.

Key words: *unity of legal order as a constitutional principle, systemic law, general law, special law, substantive law, formal (procedural) law, direct application of general law, subsidiary application of general law.*

Dr Gabrijela Mihelčić,*
Vanredna profesorka Pravnog fakulteta,
Sveučilište u Rijeci, Hrvatska
Dr Maša Marochini Zrinski,**
Docentkinja Pravnog fakulteta,
Sveučilište u Rijeci, Hrvatska

pregledni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1878127M

UDK: 340.12:341.24
Rad primljen: 27.03.2018.
Rad prihvaćen: 19.05.2018.

UTJECAJ KONVENCIJSKIH NAČELA TUMAČENJA NA POJEDINE GRAĐANSKOPRAVNE INSTITUTE (ODABRANA PITANJA)

Apstrakt: Autorice u radu promatraju utjecaj pojedinih načela tumačenja Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda kojima se služi Europski sud za zaštitu ljudskih prava i dovode ih u vezu s odabranim institutima građanskog prava. Riječ je o načelima: autonomnog koncipiranja pojmova, živućeg instrumenta (evolutivnog tumačenja), učinkovitosti i s tim u vezi polja slobodne procjene država i pozitivnih obveza država. Navedeno je na koji način su tumačenja Konvencije u skladu s ovim načelima utjecala na vindikacijsku i negatorijsku zaštitu.

Ključne riječi: autonomno koncipiranje pojmova, živući instrument, učinkovitost, polje slobodne procjene, pozitivne obveze, vindikacijska zaštita, negatorijska zaštita.

1. Uvod

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje u tekstu: Konven- cija ili EKLJP)¹ i praksa Europskog suda za zaštitu ljudskih prava (dalje u tekstu: Europski sud ili Sud) značajno su utjecale na nacionalne pravne sustave država ugovornica usprkos činjenici što Sud nije žalbena instancija i intervenira samo kada je nacionalna praksa arbitrabilna i neusklađena s Konvencijom. Jedan je od razloga jest što se Sud koristi načelima i metodama tumačenja kreiranim specijalno za tumačenje Konvencije.

* gabrijela@pravni.rs

** mmarochini@pravni.rs

1 Narodne Novine, dalje u tekstu: NN, Međunarodni ugovori, dalje u tekstu: MU, br. 18/97, 6/99 - pročišćeni tekst, 8/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06 i 2/10.

U nekim je slučajevima već sama odluka o izboru načela ili metode vrlo važna. U teoriji se vidi više pristupa (Schabas, 2017: 33–53; Merrills, 1990; Mowbray, 2005; Linderfalk, 2010; Bates, 2010; Mahoney, 1990; Omejec, 2013: 1183–1546; Popović, 2011; Bianchi *et al.*, 2015). Jedan od njih je pravno-filozofski gdje, ponajprije, treba izdvojiti stajališta Letsasa (Letsas, 2007; 2010) i Dzehtsiraoua (Dzehtsiraou, 2011; 2015).

Naime, oko tumačenja Konvencije te izbora načela i metoda ne postoji konsenzus. Prije svih, treba spomenuti najpoznatijeg kritičara jednog važnog načela-načela evolutivnog tumačenja, suca Scaliu. Njegovo je stajalište da se odluke o općim vrijednostima ne bi trebale prepustiti vijeću, nedemokratskim putem izabраниh, sudaca (Scalia, 2009: 12). Mahoney naglašava i to što „otvorena jezična struktura (engl. *opened textured language*) kao i općenito struktura Konvencije Sudu ostavlja (pre)veliku diskreciju (Mahoney, 1998: 2). Međutim, unatoč kritikama, polazeći od toga da se Konvencijom štite temeljna ljudska prava, Sud od početka inzistira na njezinu učinkovitost² i evolutivnom tumačenju kao živućeg instrumenta.³

U radu se promatraju načela tumačenja kojima je ostvaren utjecaj na pojedine građanskopravne institute. Riječ je o načelima: autonomnog tumačenja konvencijskih pojmova, evolutivnog tumačenja (živućeg instrumenta), učinkovitosti (iz kojeg proizlaze pozitivne obveze država ugovornica) te polja slobodne procjene država. U njihovom je ishodištu jedno ključno načelo, načelo teleološkog tumačenja⁴ koje je, ponajprije, sadržano u odredbi čl. 31. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora (1969.)⁵ kao općem pravilu o tumačenju.

2. Nekoliko crtica o načelu teleološkog tumačenja

Najprije treba reći da se usprkos značaju načela teleološkog tumačenja Sud rijetko na njega poziva, kao ni na čl. 31. BK,⁶ a zapravo, niti na samu Bečku konvenciju.

2 *Soering protiv UK*, zahtjev br. 14038/88, od 7. 7. 1989., § 87.

3 *Loizidou protiv Turske*, zahtjev br. 15318/89, od 18. 12. 1996., § 71, i *Tyrer protiv UK*, zahtjev br. 5856/72, od 25. 4. 1978., § 31.

4 Prema Viskoviću, ciljno odnosno teleološko tumačenje jest glavni način razumijevanja pravnih normi. Dva su odgovora na pitanje što je ciljno tumačenje. Prvi, prema kojem ciljnim tumačenjem treba „tražiti ono što su normotvorci htjeli postići normama (subjektivno ciljno tumačenje), dok je drugi kako bi ciljno tumačenje trebalo tražiti one ciljeve koje društvo postavlja u vrijeme primjene norme, neovisno o tome što su tom normom htjeli postići normotvorci (objektivno ciljno tumačenje).“ (Visković, 2006: 249–253).

5 NN MU 16/93, dalje u tekstu: BK ili Bečka konvencija.

6 Za detaljnije o pravilima tumačenja sadržanim u Bečkoj konvenciji i evolutivnom tumačenju, vidi Bjorge, 2015: 189–204.

To ne znači da se njima ne služi. Pogleda li se odredba čl. 31. st. 1. BK vidljivo je da govori o „... tumačenju u dobroj vjeri prema uobičajenom smislu izraza iz ugovora u njihovu kontekstu i u svjetlu predmeta i svrhe ugovora.“ Kada se promatra u vezi s ostalim stavcima vidi se da traži pri tumačenju imati u vidu uobičajeni smisao nazivlja u ugovoru i svrhovito ih tumačiti. Waibel smatra da je Bečkom konvencijom smanjeno postojeće nesuglasje oko tumačenja međunarodnih ugovora i omogućen idiosinkrazijski pristup njihovoj interpretaciji u granicama širokih interpretativnih načela (Waibel, 2011: 573). Brownlie, pak, kaže da je niz pravila i načela njome ponuđenih, u biti, općenite naravi, čak, i kontradiktorno (Brownlie, 2003: 602).

Neovisno, razvoj načela i metoda tumačenja kojima je oblikovana praksa Europskog suda i te kako je oslonjen na Bečku konvenciju. U njezinoj odredbi čl. 31. st. 3. podst. b) i c) riječ je o tzv. naknadnoj praksi u primjeni ugovora i sporazumu o njegovu tumačenju te mjerodavnim pravilima međunarodnog prava primjenjivim na odnos stranaka. Baš pozivom na tu praksu (sukladno čl. 31. st. 3. podst. b) BK) došlo se do najvažnijeg načela tumačenja Konvencije – kao živućeg instrumenta. Odnosno tumačenja Konvencije u skladu s dosegnutim stupnjem društvenog razvoja (pravnim, socijalnim, gospodarskim i dr.). S druge strane, odredba čl. 31. st. 3. podst. c) BK predstavlja temelj za pozivanje Suda na: europski konsenzus (ili njegov izostanak),⁷ zajedničke vrijednosti,⁸ pravila međunarodnog prava odnosno međunarodne ugovore⁹ (pa i kada ih države ugovornice nisu ratificirale).¹⁰ *Summa summarum*, iako se Sud rijetko poziva na Bečku konvenciju i tek iznimno tumači Konvenciju pozivajući se na čl. 31 i/ili 32.

7 *S.H. i ostali protiv Austrije*, zahtjev br. 57813/00, od 3. 11. 2011.

8 Primjerice kao kada se prihvaća posebna zaštita manjina odnosno prepoznaju njihove posebne potrebe za zaštitom. Dobar je primjer potreba zaštite Roma kao manjine koja treba takvu zaštitu vidi, npr. presudu Velikog vijeća u predmetu *Oršuš protiv Hrvatske*, zahtjev br. 15766/03, [V V] od 16. 3. 010.

9 Poput Konvencije o pravima djeteta, NN, MU, br. 12/93, dalje u tekstu: KPD, Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece, dalje u tekstu: Haška konvencija, (Haška konvencija je objavljena u Sl. l. bivše SFRJ, MU, br. 7/91). Notifikacijom o sukcesiji Republika Hrvatska je postala strankom Haške konvencije 8. listopada 1991. (NN, MU, br. 4/94)) te Europske socijalne povelje (Zakon o potvrđivanju Europske socijalne povelje, Dodatnog protokola Europskoj socijalnoj povelji, Protokola o izmjenama Europske socijalne povelje i Dodatnog protokola Europskoj socijalnoj povelji, NN br. 15/02).

10 Vidi presudu *Ž.B. protiv Hrvatske*, zahtjev br. 47666/13, od 11. 7. 2017. gdje se Sud pozvao na Istanbulsku konvenciju koju Republika Hrvatska još nije ratificirala, kao i vrlo značajnu presudu *Marckx protiv Belgije*, zahtjev br. 6833/74, od 13. 6. 1979. gdje se Sud pozvao na dvije Konvencije koje Belgija nije ratificirala (jednu je potpisala, dok drugu nije niti potpisala).

BK¹¹ (koji uključuju naprijed rečeno),¹² to njima ne oduzima važnost. Najvažnijim razlogom zbog kojeg se Sud (navodno) ne koristi Bečkom konvencijom jest što je na njezinu temelju razvio svoja načela i metode tumačenja.

3. Načelo autonomnog tumačenja pojmova

3.1. Općenito

S primjenom načela autonomnog tumačenja pojmova započeto je još 1976.¹³ autonomnim koncipiranjem konvencijskih pojmova. Riječ je o specifičnom načelu tumačenja Konvencije prema cilju i svrsi, davanjem konvencijskim pojmovima autonomnog značenja neovisno o nacionalnom.

Zadaća načela jest osigurati jedinstvenu primjenu konvencijskih pojmova unutar nacionalnih pravnih sustava država ugovornica. Do povrede konvencijskih prava, naime, može doći i onda kada izgleda da su pružena sva jamstva za zaštitu određenog prava. Međutim, davanjem pogrešnog značenja određenom pojmu, u biti mu je uskraćena zaštita. S druge strane, Sud ide tako daleko da određenim pravima daje suprotno značenje od onog koje su autori Konvencije imali u vidu i tako ulazi u polje stvaranja prava. Primjerice, u predmetu *Young, James i Webster protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁴ rečeno je da pravo na udruživanje obuhvaća i negativnu slobodu udruživanja. No, usprkos tomu uloga načela autonomnog tumačenja pojmova izrazito je velika.¹⁵ U tekstu koji slijedi osvrnuti će se na

11 Odredba čl. 32. BK i naslov iznad njega glase: "Dopunska sredst va tumačenja Na dopunska sredst va tumačenja, uključujući pripremne radove i okolnosti pod kojima je ugovor sklopljen, može se pozivati da bi se potvrdio smisao koji proistječe iz primjene Članka 31, ili da bi se odredio smisao kad je tumačenje prema Članku 31: (a) dvosmisleno ili nejasno; ili (b) dovodi do ishoda koji je očito besmislen ili nerazuman."

12 Vidi presudu *Magyar Helsinki Bizottság protiv Mađarske*, zahtjev br. 18030/11, [V V] od 8. 11. 2016., odluku *Banković i drugi protiv Belgije i drugih*, zahtjev br. 52207/99, [V V] od 12. 12. 2001. te presudu *Johnston i drugi protiv Irske*, zahtjev br. 9697/82, od 18. 12. 1986. Detaljnije kod Marochini, 2014: 63-84 i Letsas, 2010. Vidi, s druge strane, npr. presudu u predmetu *Mamatkulov i Askarov protiv Turske*, zahtjevi br. 46827/99 i 46951/99, od 4. 2. 2005. gdje je Sud naglasio kako „Sud ponavlja da članak 31. stavak 1. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora propisuje da ugovori trebaju biti tumačeni u dobroj vjeri u svjetlu njihovog cilja i svrhe, te u skladu s načelima djelot vornosti.“ Dakle, u kojoj se Sud izravno pozvao na odredbe Bečke konvencije zajedno sa načelom učinkovitosti.

13 *Engel protiv Nizozemske*, zahtjevi br. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, od 23. 11. 1976.

14 Zahtjevi br. 7601/76 i 7806/77, od 13. 8. 1981.

15 Vidi, npr. *Pajić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 68453/13, od 23. 2. 2016. gdje je rečeno da istospolna zajednica spada u koncept „kako privatnog života, tako i obiteljskog života“

određena pitanja koja ovo načelo dovode u vezu s nekim građanskopravnim institutima.

3.2. Autonomni koncepti

3.2.1. Pojam doma

Jedno od intrigantnijih autonomnih tumačenja jest ono koje je Sud ponudio u vezi s pojmom doma.¹⁶ Naime, u kontekstu prava na poštovanje doma iz čl. 8. Konvencije dano mu je značenje koje se razlikuje od pojma nekretnine za stanovanje u našem pravu. Prema Sudu, „... dom će uobičajeno biti mjesto, fizički definirano područje, gdje se razvijaju privatni i obiteljski život.“¹⁷ Može biti i mjesto namjeravanog života,¹⁸ a može obuhvatiti i poslovne prostore.¹⁹

Očito je riječ o širokoj interpretaciji gdje su pod pojam doma svrstane različite vrste nekretnina po namjeni i vrsti, ali i stvari općenito (npr. romske čerge). Suština je što se dom i njegov pojam koncipiraju u faktično-funkcionalnom smislu i tako štite. Ocjena o dva važna pitanja – je li riječ o domu i treba li ga štiti, ovisi o okolnostima konkretnog slučaja. O tomu je bilo riječi u puno predmeta²⁰ kao, npr. i u predmetu *Orlić protiv Hrvatske*²¹ gdje se kaže da „... pojam dom u smislu čl. 8. Konvencije nije ograničen na one prostorije koje su u zakonitom posjedu ili su zakonite izgrađene. Dom je autonomni koncept koji ne ovisi o klasifikaciji u domaćem pravu. Predstavljaju li neke konkretne prostorije dom koji privlači zaštitu čl. 8. st. 1. Konvencije ovisit će o činjeničnim okolnostima, posebice o postojanju dovoljnih i trajnih veza s konkretnim mjestom ... Tako je pitanje treba li

s obzirom na autonomnost pojmova i evolutivnu narav njihova tumačenja a neovisno o nacionalnom shvaćanju te kako je došlo do diskriminacije na temelju seksualne orijentacije podnositeljice imajući u vidu da se prema Zakonu o strancima (NN br. 79/07 i 36/09, dalje u tekstu: ZS) osobe u izvanbračnoj zajednici smatraju članovima uže obitelji dok su osobe u istospolnoj zajednici iz njega potpuno isključene.

16 Autorice su opširno pisale o zaštiti prava na poštovanje doma i objavile rezultate svog istraživanja u: Mihelčić, Marochini, 2014: 163–192. i Mihelčić, Marochini, 2014: 200–213.

17 *Oluić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 61260/08, od 20. 5. 2010., § 44.

18 *Gillow protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 9063/80, od 24. 11. 1986., § 46.

19 Npr. *Niemietz protiv Njemačke*, zahtjev br. 13710/88, od 16. 12. 1992., u kojoj se kaže: „... što se tiče riječi dom koja se pojavljuje u engleskom tekstu čl. 8. Konvencije Sud primjećuje da određene države ... prihvaćaju da taj izraz obuhvaća i poslovne prostorije. Takvo je tumačenje, štoviše, u potpunoj suglasnosti s francuskim tekstom jer riječ ‘domicile’ ima širu konotaciju nego riječ dom i može se proširiti, primjerice i na ured [30].“

20 Vidi u radovima navedenim u bilješci 18. detaljan pregled prakse Suda.

21 Zahtjev br. 48833/07, od 21. 6. 2011., § 54.

neku nekretninu klasificirati kao dom činjenično pitanje i ne ovisi o zakonitosti posjeda na temelju domaćeg prava.“

Određujući pojam doma u navedenom smislu, zaštita koja mu je pružena razlikuje se od tradicionalne zaštite prava vlasništva (na nekretnini za stanovanje) od oduzimanja ili uznemiravanja ili, pak, zbog smetanja posjeda. Sud zahtjeva od država ugovornica da zaštite svakoga u njegovu domu, čak i kada je u njemu bez pravne osnove i neovisno je li vlasnik (ipak, uz ispunjenje određenih pretpostavki). Gleda se postojanje neposredne i trajne veze s prostorom, ali se, ipak, svaki prostor u kojem se boravi ne smatra domom.²² Ovakav pristup posebnu kompleksnost pokazao je kada se radilo o vindikacijskoj zaštiti koju u našem pravu uređuju čl. 161. do 168. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.²³ Naime, zabilježeni su slučajevi kada je vlasniku uskraćena zaštita, pa time i onemogućeno iseljenje koje bi se provelo u ovršnom postupku radi ispražnjenja i predaje nekretnine (primjenom čl. 255. do 259. Ovršnog zakona)²⁴ onoga tko je bez pravne osnove uživao vlasnikovu nekretninu. Ilustracije radi, jedan od zaključaka predsjednika građanskih odjela najvišeg suda (Vrhovnog suda Republike Hrvatske, dalje u tekstu: VS ili Vrhovni sud) i drugostupanjskih sudova jest da se dom u vindikacijskim parnicama definira prema faktično- funkcionalnom kriteriju (Zaključak 1. 1.2.).²⁵

3.2.2. Pojam imovine/vlasništva

Jednako je zanimljivo tumačenje koje je dano u vezi s vlasništvom/imovinom. I taj je pojam autonomno koncipiran i ima svoje konvencijsko značenje.²⁶ I o nje-

22 Sud je rekao: „... Pojam doma Sud tumači dinamički, međutim vodeći brigu o namjerama stvaratelja Konvencije, kao i o zdravom razumu (*common sense*)... postojanje trajne i neposredne veze s entitetom o kojem je riječ ... moguće je da je veza s tim entitetom u toj mjeri smanjena da se prestaje postavljati kakvo posebno pitanje u smislu 8. Konvencije... Nadalje, iako nije nužno da je podnositelj vlasnik doma kako bi (dom) ušao u doseg čl. 8. Konvencije, činjenica da je podnositelj ranije bio vlasnik može biti relevantna... odnosno imati određena razumna očekivanja...u kojem podnositelj zahtjeva nikada nije imao nikakav posjed nekretnine koja je bila u vlasništvu tvrtke). Pojam dom ne može se interpretirati ni kao sinonim pojma obiteljskih korijena (*family roots*), koji je neodređen i afektivan koncept...“ *Demopoulos i drugi protiv Turske*, zahtjevi br. 46113/99, 3843/02,13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, odluka od 1. 3. 2010., § 136.

23 NN br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15 - pročišćeni tekst i 94/17, dalje u tekstu: ZV.

24 NN br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16 i 73/17, dalje u tekstu: OZ.

25 VS, Su-IV-264/15 od 17. rujna 2015. http://www.vsrh.hr/custompages/static/HRV/files/Zakljucci/VSRH_GO_Su_246-2015_2015-09-17.pdf posjećeno 24. ožujka 2018.

26 Autorice su se bavile i ovim pitanjem te objavile rezultate svog istraživanja u: Mihelčić, Marochini Zrinski, 2017: 955–982.

mu je Sud govorio u puno predmeta, a jedan od ilustrativnijih jest *Gaćeša protiv Hrvatske*.²⁷ U njemu se kaže kako „... vlasništvo može biti ‘postojeće vlasništvo’ ili ‘imovina’ uključujući potraživanja za koja podnositelj može tvrditi da ima barem ‘legitimno očekivanje’ (koje mora biti konkretnije naravi od same „nade“) tj. da će se ostvariti „djelotvorno“ uživanje prava vlasništva.“ Očito se radi o autonomnom konvencijskom pojmu koji je teško poistovjetiti s našim pojmom prava vlasništva (vidi čl. 30. *et seq.* ZV), čak i s pojmom imovine. On obuhvaća jedan sasvim poseban vid – zaštitu postojeće imovine (pokretne i nepokretne), prema Omejec, „... ekonomske interese vezane uz poslovanje tvrtke, dionice i udjele u tvrtkama, intelektualno vlasništvo, potraživanja i dugove, ugovorna prava, buduće prihode, legitimna očekivanja te pravo na mirovinu i druga socijalna prava *ad personam*.“ (Omejec, 2013: 957)

Jednako kao što je to slučaj i s pojmom doma, tako je i autonomna koncepcija ovog pojma ostavila trag na neke klasične institute građanskog prava. Između ostalog, zanimljivo je vidjeti kako je ref lektirala na ugovor o najmu stana za koji je u hrvatskom pravu važno kazati da ga obilježava jedna posebna kategorija – zaštićenih najmoprimaca i sve vezano uz tu domenu. U predmetima koji su se pojavili pred Sudom²⁸ u vezi ugovora o najmu stana sa zaštićenim najmoprimcima došlo je do konfrontiranja prava na poštovanje doma iz čl. 8. st. 1. Konvencije na koje su se pozivali najmoprincipi i onog iz čl. 1. Protokola 1. uz Konvenciju, na koje su se pozivali najmodavci (vlasnici). Dakle, radilo se o dvije skupine predmeta. Među „vlasničkim“ ključan je bio *Sergej Statileo protiv Hrvatske*²⁹ nakon kojeg su uslijedila još tri slična predmeta.³⁰ U drugoj su skupini oni u kojima su zaštićeni najmoprincipi tvrdili da im je na različite načine, pored povreda prava na poštovanje doma iz čl. 8. Konvencije, povrijeđeno i pravo s naslova čl. 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju. U prvoj se skupini predmeta odlučivalo i o tome je li država prekoračila svoje polje slobodne procjene.

3.2.3. Pravo na život u zdravoj životnoj sredini

Primjer još jednog autonomnog koncipiranja konvencijskih pojmova jest i tumačenje prava na poštovanje privatnog života tako da ono danas obuhvaća i pravo

27 Zahtjev br. 43389/02, odluka od 1. 4. 2008., str. 7.

28 Vidi u radu navedenom u bilješci 28. detaljan pregled prakse Suda.

29 Zahtjev br. 12027/10, od 10. 7. 2014.

30 *Bego i dr. protiv Hrvatske*, zahtjevi br. 35444/12, 35576/12, 41555/12, 41558/12 i 48914/12, od 15. 11. 2016.,

Mirošević-Anzulović protiv Hrvatske, zahtjev br. 25815/14, od 4. 10. 2016., *Gošović protiv Hrvatske*, zahtjev br. 37006/13, od 4. 4. 2017.

na život u zdravoj životnoj sredini.³¹ Riječ je o pravu koje je i samo svojevrsni fenomen. Naime, primjenom autonomnog tumačenja pojma privatnog života (iako Sud nije sklon njegovu definiranju upravo kako bi si pridržao mogućnost da ga evolutivno tumači) i doma te njihovim evolutivnim tumačenjem, omogućena je zaštita prava na život u zdravoj životnoj sredini kroz zaštitu prava iz čl. 8. Konvencije o čemu će biti više govora u nastavku.

4. Evolutivno tumačenje pojmova/načelo živućeg instrumenta

4.1. Općenito

Načelo živućeg instrumenata (evolutivnog tumačenja pojmova) jedno je od najvažnijih načela tumačenja. Riječ je o tumačenju Konvencije „u svjetlu današnjih uvjeta“ i zahtjevu da se ona „razvija tumačenjima Suda“ (Wildhaber, 2004: 84). Potreba da se Konvencija evolutivno tumači tj. kao „živi instrument kojeg je potrebno prilagoditi trenutnim zahtjevima društva“ (Tyrrer, § 31), proizlazi iz njezine uloge „ugovora“ kojim se štite temeljna ljudska prava, s jedne strane. S druge, primjena tog načela omogućuje fleksibilizaciju zaštite prava zajamčenih Konvencijom (Dzehtsirou, 2011: 1731). Konciznije, načelo evolutivnog tumačenja omogućuje Sudu da slijedi dinamiku društvenih promjena. (Varju, 2009: 172). Takav pristup najprije je bio problematiziran, čak i od samih sudaca kao nedopušteni sudački aktivizam.³² Danas nije tako i načelo evolutivnog tumačenja opće je prihvaćeno načelo, ali to ne znači da i nadalje nije predmetom rasprava.³³

U konvencijskom smislu, brojni autori smatraju primjenu načela opravdanom, a razloge zbog kojih Sud navodi da se služi tim načelom – legitimnima (Dzehtsirou, 2011: 1730–1746; Letsas, 2013: 106–141; Theil, 2017: 587–614). Afirmativni pristup naglašava da je jedino njime (evolutivnim načelom) moguće zadržati učinkovitost prakse Europskog suda imajući u vidu vrijeme od donošenja Konvencije i brojne promjene. U suprotnom bi Konvencija „stagnirala“ (Dzehtsirou, 2011: 1732). Za razliku od zagovornika, kritičari³⁴ primjene -

31 Autorice su se bavile ovim pitanjem i objavile rezultate svog istraživanja u: Mihelčić, Marochini, 2018 (u objavi).

32 Sudac Fitzmaurice u presudi Tyrrer. Zanimljiv komentar „o tumačenju kao igri u kojoj pojedini suci pobjeđuju a pojedini gube,“ s posebnim osvrtom na stajališta suca Fitzmauricea i presudu Tyrrer, može se naći u Bianchi, 2016: 39.

33 Vidi stavove, ponajprije britanskih pravnika: Lord Sumption, ‘The Limits of Law’ (27th Sultan Azlan Shah Lecture, 20. 11. 2013), posjećeno 6. ožujka 2017 ili primjerice Hoffmann, 2009. Već je *supra* spomenut sudac Fitzmaurice koji je bio najveći kritičar korištenja doktrine živućeg instrumenta među sucima Europskog suda.

34 Najveće kritike primjeni evolutivnog tumačenja od strane sudaca mogu se pronaći u izdvojenim mišljenjima suca Fitzmauricea, dok se od recentnijih kritičara može izdvojiti

načela živućeg instrumenta temeljnu dvojbu vide u legitimitetu Europskog suda da ga primjenjuje. Pitanje legitimiteta polazi od dvije premise. Prema prvoj, praksa koja nastaje primjenom evolutivnog tumačenja pokazuje da se uloga Suda mijenja, da Sud dobiva zakonodavnu funkciju koja mu nije dana, „zaobilaženjem suverenog pristanka država ugovornica“ (Dzehtsirou, 2011: 1735). S druge strane, smatra se da je primjena načela protivna konzistentnosti prakse, pravnoj sigurnosti i predvidljivosti, a posebice, što je često slučaj, kada Sud njegovu primjenu ne opravda postojanjem europskog konsenzusa.

Stoga je pitanje o europskom konsenzusu u kontekstu načela živućeg instrumenta osobito važno. O njemu se puno raspravljalo i ponuđena su različita objašnjenja potrebe njegova postojanja. Koncept europskog konsenzusa referira se na razinu ujednačenosti zakonodavnog okvira država članica Vijeća Europe o određenoj temi.³⁵ Predstavlja uporište legitimnog rada Suda i (prema afirmativnim stajalištima) proizlazi iz same Konvencije i to njezina čl. 46. koji kaže: „Visoke se ugovorne stranke obvezuju da će se podvrgnuti konačnoj presudi Suda u svakom sporu u kojem su stranke.“ Međutim, a to jest i jedan od prigovora, ovim nije odgovoreno na pitanje granica u kojima se Sud trebao kretati kod evolutivnog tumačenja.

Ipak, pitanje svih pitanja jest: „Jesu li stranke Sudu dale *carte blanche* za tumačenje Konvencije?“ Svakako, da nisu. Međutim, smatra Letsas, povjerile su mu mandat (engl. *legal mandate*) za institucionalnu zaštitu povrijeđenih temeljnih ljudskih prava i to „ne onih za koja se misli da ih čovjek ima, već koja zapravo ima.“ Na Sudu je da donese odluku o takvom (trenutnom) stanju (ljudskih) prava, a ona treba biti obrazložena u dobroj vjeri i oslonjena na načela koja opravdavaju (od Suda usvojenu) razinu zaštite ljudskih prava te, kao i svaka druga sudska odluka, sukladna načelima koja čine razumljivu i koherentnu viziju pravde.³⁶

To je okosnica opravdanosti primjene evolutivnog tumačenja: dužnost Suda da stvori koherentan skup načela permanentnim usklađivanjem, mijenjanjem i oblikovanjem opsega i značenja konvencijskih prava. Ključan je pojam koherentnosti, a svako široko tumačenje prava iz Konvencije legitimno je predstavlja li, u dobroj vjeri, primijenjena načela koja se konzistentno koriste.

lord Hoffman koji, zapravo, potpuno odbacuje evolutivno tumačenje kao legitimno. Sudac Fitzmaurice najpoznatiji je po svojim kritikama evolutivnog tumačenja Konvencije, i to u dvije presude ključne za ovo tumačenje: *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 4451/70, od 21. 2. 1975. i *Tyler*. Vidi također: Hoffmann, 2011: 7,8.

35 Council of Europe, Human Rights Education for Legal Professionals, Interpretative mechanisms of ECHR case-law: the concept of European consensus, <https://www.coe.int/en/web/help/article-echr-case-law>, posjećeno 6. ožujka 2018.

36 Ovo Dworkin zove integritetom, cjelovitošću (Dworkin, 1986), prema Letsas, 2013: 140.

Od navedenog Letsasovog stajališta, životniju ulogu ima stajalište Dzehtsiroua koje se zadržava na postojanju europskog konsenzusa. No, kako će se vidjeti, Sud zahtjev za europskim konsenzusom koristi diskrecijski, pa je, zapravo, bio tražen samo na početku primjene načela živućeg instrumenta.³⁷ Nakon 2000. polako se napušta, a više se ne inzistira niti na međunarodnom konsenzusu. Sada se govori o tzv. međunarodnom trendu. Kako god, ovo pitanje označeno je najvećom dvojbom povezanom s legitimitetom i pravnom nesigurnošću koju projicira.

Potrebno je naglasiti da Sud, premda nije vezan svojom praksom, zbog razloga pravne sigurnosti, predvidljivosti i konzistentnosti ne bi trebao od nje odstupati ne ponudi li valjane razloge.³⁸ Takvi su, prema stajalištima njega samoga: razvoj prava, društvene promjene i tehnološki napredak. Dzehtsirou naglašava dužnost Suda da pronade ravnotežu između promjena i konzistentnosti kako bi sačuvao svoj legitimitet. Odnosno, da udovolji zahtjevu da Konvencija i praksa evoluiraju na predvidljiv i konzistentan način (Dzehtsirou, 2011: 1714) za što je najbolji put konsenzus europskih država i njime uvjetovana primjena načela evolutivnog tumačenja.³⁹ Na taj bi način Sud osigurao svoj legitimitet za primjenu ovog načela, a što u nekim predmetima priznaje i sam Sud.⁴⁰

4.2. Utjecaj evolutivnog tumačenja na pravo na život u zdravoj životnoj sredini i veza s negatorijskom zaštitom od imisija

Kako je kazano osobitu ulogu evolutivno tumačenje imalo je u vezi s pravom na život u zdravoj životnoj sredini. Prvi od predmeta⁴¹ u kojem je njegova primjena promatrana zbog povrede prava na život u zdravoj životnoj sredini bio je *Powell i Rayner protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.⁴² U njemu se radilo o situaciji koja bi najviše nalikovala zaštiti prava vlasništva od uznemiravanja imisijama

37 Kada je započeo primjenjivati načelo živućeg instrumenta premda ni tada nije dao razloge zbog kojih to čini, Sud se, kao što je rečeno, pozivao na europski konsenzus kao, npr. u predmetima *Tyrer, Marckx i Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (zahtjev br. 7525/76, od 22. 10. 1981.).

38 *Mamatkulov and Askarov, Vilho Eskinen i drugi protiv Finske*, zahtjev br. 63235/00, od 19. 4. 2007.; *Cossey protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 10843/84, od 27. 9. 1990.

39 Iako, postoji i tzv. „nedemokratski“ pristup, prema kojemu zaštita ljudskih prava ne bi trebala ovisiti o suglasnosti ili čak zakonodavnoj suglasnosti većine zemalja ugovornica s obzirom da Sud treba postavljati opće standarde i ispuniti svoju ulogu „vanjskog čuvara“, što ne može ako traži europski konsenzus za primjenu evolutivnog tumačenja. Vidi Letsas, 2004: 304 i Benvenisti, 1999: 852.

40 *A, B i C. protiv Irske*, zahtjev br. 25579/05, od 16. 12. 2010.

41 Vidi u radu navedenom u bilješki 33. detaljniji pregled prakse Suda.

42 Zahtjev br. 9310/81, od 21. 2. 1990.

(negatorijskoj imisijskoj zaštiti, vidi čl. 167. u vezi čl. 110. ZV). Podnositelji su se žalili zbog buke i njezina štetna utjecaja te, pored ostalih povreda, isticali i povredu prava na mirno uživanje vlasništva/imovine iz čl. 1. Protokola 1. uz Konvenciju (§ 28). Povredom tog prava Sud se nije osobito bavio, budući da je štetne utjecaje prekomjerne buke promatrao u okviru povreda čl. 8. Konvencije (netipično za naše pravo). S tim što je smatrao da do povrede nije došlo ističući pri tomu široko polje procjene ostavljeno konkretnoj državi. Na ovom se odmah vidi razlika između zaštite koja se od štetnih utjecaja na okoliš i životnu sredinu pruža pravu na život u zdravoj životnoj sredini i naše vlasničkopravne zaštite od imisija. Nastavlja se kroz određenje samog pojma štetnih utjecaja s obzirom na imisije i posebne uzročne konvencijske veze. Zaštita pravu na život u zdravoj životnoj sredini ne pruža se u okvirima susjedskih odnosa (vidi čl. 100. do 113. ZV), niti s obzirom na nekretninu, a segment koji se tiče naknade štete traži da je država povrjeđujući svoje obveze (pozitivne ili negativne) povrijedila zaštićeno pravo (najčešće, kao i ovdje, iz čl. 8. Konvencije).

5. Načelo učinkovitosti (pozitivnih obveza država)

5.1. Općenito

Načelo učinkovitosti počiva na zahtjevu da se pravima iz Konvencije osigura „djelotvorna i učinkovita,“ a ne „teoretska i iluzorna“ zaštita. Kako bi se ostvarila, državama ugovornicama nameću se brojne pozitivne obveze. Omejec stoga smatra da je iz načela učinkovitosti moguće izvesti tri nova „... načelo impliciranih prava i impliciranih ograničenja, načelo zabrane zlouporabe prava i zabrane zlouporabe ograničenja te načelo pozitivnih obveza“ (Omejec, 2013: 1205–1216). Ne ulazeći detaljnije, za bit načela učinkovitosti može se kazati da uključuje zahtjev prema kojem se usklađenost nekog nacionalnog uređenja s Konvencijom ne može ostvariti samo zabranom određenih ponašanja, već je zbog zaštite prava pojedinca potrebno da država ugovornica poduzme kakve pozitivne radnje. Dakle, temeljna ideja je da se državama nametnu pozitivne obveze. Pitanje nametanja obveza u uskoj je vezi s primjenom načela autonomnog tumačenja pojmova i evolutivnog tumačenja, budući da ista za sobom povlače brojne pozitivne obveze država.

Načelo učinkovitosti prvi je put primijenjeno u predmetu *Golder* i već onda je pobudilo kontroverze, budući da je pravo na pošteno suđenje iz čl. 6. Konvencije tumačeno tako da uključuje i pravo na pristup sudu (zanemarujući namjeru autora Konvencije). Naglašeno je da „... je pravo pristupa sudu element koji je svojstven pravu iz čl. 6. st. 1. toč. 1. Konvencije ... (što) nije široko tumačenje koje nameće nove obveze državama ugovornicama: ono se temelji na samim

odredbama prve rečenice čl. 6. st. 1. ...uzimajući u obzir ciljeve i svrhu Konvencije, zakonodavni ugovor i opća načela prava (§ 36).” Pri tomu su odbijeni prigovori države ugovornice koja se pozivala na ono što je prethodilo Konvenciji (nacrtu Konvencije, franc. *travaux préparatoires*) te na Bečku konvenciju.

5.2. Utjecaj načela učinkovitosti na pravo na poštovanje doma

Načelo učinkovitosti zajedno s načelima slobodne procjene i autonomnih koncepata ključno je za tumačenje pojma doma i zaštitu prava na poštovanje doma. Predmeti u kojima su se pojavile povrede prava na poštovanje doma mogu se podijeliti u tri skupine (Mihelčić, Marochini, 2014: 163–192), a s aspekta pozitivnih obveza države ključna je druga (u prvoj su predmeti u kojima je država povrijedila Konvenciju miješanjem u pravo na poštovanje doma, a u trećoj specifični predmeti koji, iako ulaze u opseg pozitivnih obveza država, nisu smatrani dopuštenima jer se od država tražilo da pruže dom podnositeljima). U tu skupinu (nama zanimljivu) ulaze predmeti u kojima je država propustila zaštititi pravo na poštovanje doma podnositelja ugroženo od drugih pravnih subjekata.⁴³ Osim pozitivnih obveza država u ovim predmetima do izražaja su došle i tzv. horizontalne obveze država. Primjerice, povreda se sastojala u tomu što je država propustila učinkovito provesti ovrhu na temelju sudske odluke zbog zaštite posjeda.

Osim ovih, toj skupini pripadaju i predmeti u kojima su državna tijela provodeći nacionalne propise „ostavila“ podnositelje bez doma, a sami su propisi zbog njihova utjecaja na pravo na poštovanje doma predmet ispitivanja pred Europskim sudom. Sudu nije presudno je li riječ o domu (nekretnini za stanovanje) u pravnom smislu i dovoljno je da se radi o domu u faktičnom značenju. Zbog njegove zaštite ispitivala se razmjernost nacionalnih mjera (propisa, odredbi), čak i kada su podnositelji stanovali u domu bez pravne osnove (i nađene su povrede).⁴⁴

Međutim, unatoč tomu što zbog zaštite prava na poštovanje doma Sud državama nameće brojne pozitivne obveze, ne čini ovo neograničeno. Vidljivo je to u onim predmetima u kojima je usprkos dužnosti države da zaštititi dom podnositelja i pruži mu odgovarajući zakonodavni okvir kazano da država, ipak, nema obvezu i pružiti dom podnositeljima. Ovo je najnovija skupina predmeta u kojoj se na podlozi prava na poštovanje doma pojavljuje jedna nova socijalno-ekonomska dimenzija zaštite ljudskih prava.⁴⁵ Međutim, Sud ih (zahtjeve za pružanje doma) još uvijek proglašava nedopuštenima.

43 *Pibernik protiv Hrvatske*, zahtjev br. 75139/01, od 4. 3. 2004., *Cvijetić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 71549/01, od 26. 2. 2004., *Kunić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 22344/02, od 11. 1. 2007.

44 Ovi predmeti prikazani su *infra* kada se govori o polju slobodne procjene države.

45 *Burton protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 31600/96, odluka od 10. 9. 1996., *Marzari protiv Italije*, zahtjev br. 36448/97, odluka od 4. 5. 1999., *O'Rourke protiv Ujedinjenog*

5.3. Utjecaj načela učinkovitosti na pravo na život u zdravoj životnoj sredini

Jedan aspekt pozitivnih obveza predstavlja dužnost države ugovornice uspostaviti takav zakonodavni okvir koji omogućava učinkovitu zaštitu prava iz čl. 8. Konvencije, a u to ulazi i dužnost odgovarajućeg reguliranja svakog miješanja. Može biti uključena i dužnost poduzimanja određenih mjera u svrhu zaštite konvencijskih prava (Omejec, 2013: 944). U kontekstu čl. 8. Konvencije i prava na život u zdravoj životnoj sredini, naime, Sud je jasno naglasio da su njime državama nametnute brojne pozitivne obveze. One mogu biti vertikalne traži li se od država ugovornica da poduzmu pozitivne mjere kako bi pojedincu omogućile uživanje prava, ili horizontalne, kada je država dužna da zaštititi pojedince od djelovanja drugih pojedinaca koji im se miješaju u zaštićeno pravo. Mogu biti i negativne i, nerijetko, Sud kaže da je teško odrediti o kojoj se vrsti obveze radi. No, ključan je zahtjev da se, neovisno o vrsti obveze, postigne pravična ravnoteža između javnog interesa i prava pojedinca (o ovom se govori u vezi s poljem slobodne procjene).⁴⁶

Glede pozitivnih obveza koje se tiču prava na život u zdravoj životnoj sredini može se izdvojiti ona da se poduzmu mjere protiv štetnih utjecaja na okoliš i životnu sredinu koji utječu na uživanje privatnog života i doma podnositelja. Pa, radi li se uistinu o takvom (štetnom) utjecaju koji se procjenjuje u svakom pojedinom predmetu provjerava se kriterijem minimalnog stupnja ozbiljnosti koji ovisi o okolnostima predmeta, npr. intenzitetu ili trajanju utjecaja, posljedicama koje ima za pojedinca te općem kontekstu (engl. *general environmental context*) (Manual on Human Rights and the Environment, 2006: 14).

Primjer kada država ugovornica nije ispunila svoju pozitivnu obvezu je predmet *Cuenca Zarzoso protiv Španjolske*⁴⁷ u kojem je utvrđeno da „... usprkos propisima o maksimalno dopuštenoj razini buke država nije podnositeljima osigurala uživanje prava na poštovanje privatnog života i doma.“ „Zgodan“ detalj je da je u ovom predmetu jasno istaknuta razlika između pozitivne i negativne obveze države (za razliku, npr. od predmeta *Lopez Ostra* u kojem Sud nije bio tako odlučan). Sud je naglasio i to da je osnovna svrha Konvencije jamčiti prava „... koja su praktična i učinkovita, a ne teoretska ili iluzorna (§ 51).“

Nužnost ovakve zaštite naglašena je i u nekim hrvatskim predmetima koji su se ticali prava na život u zdravoj životnoj sredini,⁴⁸ dok je, npr. pozitivna obveza

Kraljevstva, zahtjev br. 39022/97, odluka od 26. 6. 2001.

46 *Lopez Ostra protiv Španjolske*, zahtjev br. 16798/90, od 9. 12. 1994., § 51.

47 Zahtjev br. 23383/12, od 16. 1. 2018., § 54.

48 *Oluć*, § 47.

države da zaštiti podnositelje od buke neovisno o polju slobodne procjene istaknuta u predmetu *Dees protiv Mađarske*⁴⁹ (kada nije postignuta pravična ravnoteža interesa podnositelja i korisnika ceste s koje dolazi buka i ostale smetnje).⁵⁰

Za razmjere ove analize, posebno treba istaknuti veliku diskreciju koju Sud u procjeni širine slobodnog pola procjene ima provjeravajući okolnosti svakog pojedinog slučaja, a što se kosi sa zahtjevom pravne sigurnosti. Naime, iako primjenom analiziranih načela Sud tumači Konvenciju tako da štiti pravo na život u zdravoj životnoj sredini, ostavljajući državama polje slobodne procjene, ne daje jasne kriterije kada ga bezrezervno štiti.

5.4. Polje slobodne procjene

Iako bi se polje slobodne procjene država trebalo ticati primjene Konvencije, njime je u praksi omogućena određena diskrecija prilikom odlučivanja o opsegu pojedinih konvencijskih prava čime se ušlo u domenu tumačenja Konvencije. U praksi Suda se polje slobodne procjene razvilo u namjeri da se državama ugovornicama omogući određena autonomija, ali u granicama koje jamče ispunjenje obveza iz Konvencije (Greer, 2005: 5) te, da bi se razvila metoda tumačenja za „... razgraničenje lokalnog od onog temeljnog u mjeri da podrazumijeva jednake zahtjeve prema svim državama bez obzira na njihove međusobne razlike“ (Mahoney, 1998:1).

Jedan od ciljeva primjene polja slobodne procjene jest i naglašavanje supsidijarne uloge Suda u zaštiti temeljnih prava, a obično se koristi kao načelo sudačke samoregulacije dopuštajući državama da u određenoj mjeri ograniče konvencijska prava. Njegova širina, međutim, varira, pa u nekim slučajevima može biti suženo, a u drugima ne. Ono što je problematično jest da se unaprijed ne može zaključiti hoće li polje slobodne procjene biti suženo ili ne. Unatoč tomu, Sud se poljem slobodne procjene poslužio odlučujući o brojnim pitanjima. Npr. u predmetima koji su se odnosili na različita prava i odredbe Konvencije kao: čl. 15., čl. 8.- 11., čl. 2. Protokola 1. uz EKLJP, čl. 14., čl. 1. Protokola 1. uz EKLJP te čl. 6. (Marochini, 2014: 70). Polje slobodne procjene najčešće se primjenjuje, zapravo, kada Sud ispituje je li postignuta pravična ravnoteža između pojedinačnog i javnog interesa.

49 Zahtjev br. 2345/06, od 9. 11. 2010.

50 Pitanje povrede čl. 8. Konvencije zbog buke i vibracija koje trpe podnositelji pojavilo se i u predmetima *Grimkovskaya protiv Ukrajine*, zahtjev br. 38182/03, od 21. 7. 2011. u kojem je također Sud utvrdio povredu čl. 8 Konvencije te *Bor protiv Mađarske*, zahtjev br. 50474/08, od 18. 6. 2013. Izvor buke bila je željeznička stanica.

5.4.1. Utjecaj polja slobodne procjene na pravo na poštovanje doma

Najavljena pitanja koja su se ticala polja slobodne procjene u vezi povreda prava na poštovanje doma vide se iz predmeta *Cvijetić* u kojem se radilo o neizvršenju sudskih odluka o iseljenju trećih osoba iz doma podnositeljice. Ispitujući povrede zaštićenog prava Sud je rekao da "... granice između pozitivnih i negativnih obveza države prema čl. 8. Konvencije nije lako precizno definirati. No, primjenjiva su načela, ipak, slična. Pri utvrđivanju postoji li ili ne postoji takva obveza potrebno je uzeti u obzir pravičnu ravnotežu koju valja uspostaviti između općih interesa i interesa pojedinca, a u oba konteksta država uživa određenu slobodu procjene ... Sud ponavlja da njegova zadaća nije zamijeniti nadležne hrvatske vlasti u određivanju najprimjerenijih načina za ovrhu domaćih presuda, već mu je zadaća preispitati, na temelju Konvencije, odluke koje su vlasti donijele u vršenju svoje ovlasti. Sud će stoga ispitati je li Hrvatska postupajući u predmetu podnositeljice zahtjeva prekršila svoju pozitivnu obvezu iz čl. 8. Konvencije (§§ 48–49)."

U predmetu *Bjedov protiv Hrvatske*⁵¹, u kojem su podnositelji tražili zaštitu prava na poštovanje doma (u kojem su bili bez pravne osnove), Sud je uvažavajući činjenicu da su u navedenom stanu stvorili dom ponovio da je mjerodavna načela za procjenu nužnosti miješanja u pravo na poštovanje doma već postavio u predmetu *Connors protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.⁵² U tom je predmetu dao temeljne smjernice o određivanju polja slobodne procjene države polazeći od kriterija radi li se o nekom od temeljnih konvencijskih prava (koja nije moguće ograničavati), ili ne. Ovo, ipak, treba uzeti s potrebnim oprezom jer, zapravo, do kraja definirani kriteriji nisu dani. U spomenutom predmetu *Connors* Sud naglašava kako "...sloboda procjene nužno mora biti prepuštena nacionalnim tijelima koja su zbog svog izravnog i neprekidnog kontakta, u boljem položaju procijeniti lokalne potrebe. Ova će se sloboda razlikovati u skladu s prirodom predmetnog prava, njegovoj važnosti za pojedinca te prirodi djelovanja koje se ograničava kao i cilju koji se želi postići tim ograničenjem. Sloboda procjene bit će manja kada je pravo odlučno da bi pojedinac učinkovito uživao temeljna prava ... S druge strane, kod primjene društvenih ili gospodarskih politika postoji široko polje slobodne procjene kao npr. radi li se o urbanističkim pitanjima." Sud je također naveo da će "... u područjima poput stanovanja koja igraju ključnu ulogu u socijalnoj sigurnosti i gospodarskoj politici suvremenih društava poštovati prosudbu nacionalnog zakonodavca o tomu što je u općem interesu, osim ako je očigledno bez razumnog temelja." Valja napomenuti, međutim, da je Sud naglasio kako se ovo odnosi na pitanja vezana uz povredu čl. 1. Protokola br. 1. uz Konvenciju, a ne čl. 8. EKLJP koji se tiče "... prava od ključnog značaja za identitet pojedinca,

51 Zahtjev br. 42150/09, od 29. 5. 2012.

52 Zahtjev br. 66746/01, od 27. 5. 2004., § 82.

njegovo samoodređenje, fizički i moralni integritet, održavanje odnosa s zajednicom te sređen i siguran položaj u zajednici ... U slučajevima u kojima su se opći društveni i gospodarski i politički čimbenici pojavili u kontekstu samog čl. 8. Konvencije, opseg slobode procjene ovisi o okolnostima konkretnog predmeta s posebnim naglaskom na stupanj miješanja u osobnu sferu podnositelja zahtjeva.”

5.4.2. Utjecaj polja slobodne procjene na pravo na mirno uživanje vlasništva/imovine

Sve što je rečeno kod utjecaja polja slobodne procjene na pravo na poštovanje doma moglo bi se ponoviti i ovdje kod analize utjecaja na pravo na mirno uživanje vlasništva/imovine. No, ključno je sadržano u citiranom odjeljku predmeta koji je netom naveden, a isto je vidljivo, primjerice u predmetu *Statileo* u kojem se provjeravala povreda odnosno zaštita prava na mirno uživanje vlasništva/imovine iz čl. 1. Protokola 1. uz Konvenciju u kontekstu tvrdnji podnositelja o povredama njegova prava kao najmodavca zbog iznosa zaštićenih najamnina. U ovom je predmetu rečeno: “... Iako je Sud, mnogo puta naveo da u područjima kao što je stanovanje države nužno imaju široku slobodu procjene ova sloboda procjene bez obzira kako značajna bila nije neograničena i njezina provedba, čak, i u kontekstu najsloženije reforme države ne može dovesti do posljedica koje su protivne standardima Konvencije ... Sud ne pronalazi zahtjeve općeg interesa koji bi mogli opravdati tako sveobuhvatna ograničenja podnositeljevih vlasničkih prava i nalazi da u konkretnom predmetu nije postojala pravedna raspodjela socijalnog i financijskog tereta koji je nastao kao posljedica reforme u stambenom sektoru. Umjesto toga, na podnositelja zahtjeva kao najmodavca stavljen je nerazmjeran i pretjerani pojedinačni teret, budući da je morao snositi većinu socijalnih i financijskih troškova stambenog zbrinjavanja zaštićenog najmoprimca (§ 143).”

5.4.3. Utjecaj polja slobodne procjene na pravo na život u zdravoj životnoj sredini

Ipak, najveći problemi s određenjem polja slobodne procjene države, odnosno kriterijima njegova sužavanja pojavljuju se u predmetima u kojima je bila riječ o zaštiti prava na život u zdravoj životnoj sredini. Važnu ulogu u tomu ima činjenica što samo pravo nije zajamčeno Konvencijom već se razvilo praksom Suda primjenom svih onih načela tumačenja o kojima se govorilo. Budući da se relevantne pretpostavke za njegovu zaštitu procjenjuju u svakom pojedinom slučaju, a bez jasnih kriterija o širini polja slobodne procjene država, jasno je da to podriva pravnu sigurnost. Naime, iako je evolutivnim tumačenjem započeta zaštita prava na život u zdravoj životnoj sredini i očekivati bi bilo da je u međuvremenu stabilizirana, nije uvijek tako. Najčešće je to zbog diskrecionog

postuliranja polja slobodne procjene država. Možda najbolji primjer za to kako odsustvo jasnih kriterija može ugroziti pravnu sigurnost jest predmet *Hatton protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁵³, u kojem se radilo o štetnom utjecaju buke iz zračne luke Heathrow na poštovanje privatnog života i doma podnositelja. Jedna od podnositeljica (Ruth Hatton) čak se preselila u drugi dio grada.

Odluke Vijeća i Velikog vijeća znatno su se razlikovale. Vijeće je, naime, smatralo da je povrijeđen čl. 8. Konvencije, jer nije postignuta pravična ravnoteža između javnog interesa – ekonomske dobrobiti i prava oštećenih pojedinaca na poštovanje privatnog života i doma. Presuda je donesena uz tri izdvojena mišljenja (od kojih je jedno bilo suglasno presuđenju). Sutkinja Greve smatrala je da je Sud nedopustivo suzio polje slobodne procjene države po pitanjima okoliša i zdrave životne sredine, a koje bi u takvim slučajevima trebalo biti široko jer zahvaća veći broj ljudi (a ne pojedinca) te, jer se radi o ekološkim pravima nove generacije, a ne predmetu odlučivanja po Konvenciji. Veliko vijeće, pak, nije smatralo da se radi o povredi. Između ostalog, zaključilo je kako odluka kojom je uveden novi sustav noćnih letova zadovoljavajuće optimizira prava pojedinaca i javni interes (ekonomsku dobrobit). Stoga, po njegovoj ocjeni, država nije prekoračila svoje polje slobodne procjene, ostvarena je pravična ravnoteža prava pojedinaca na poštovanje privatnog života i doma i interesa zajednice u cjelini te nije bilo temeljnih postupovnih propusta. U zajedničkom izdvojenom mišljenju, za razliku od većine sudaca Velikog vijeća, suci Costa, Ress, Türmen, Zupančič i Steiner smatrali su da čl. 8. Konvencije nije pravilno tumačen tj. nije tumačen evolutivno kao dotada te da presuda odstupa od postojeće prakse.

6. Zaključak

Načela i metode tumačenja kojima se Sud služi prilikom tumačenja Konvencije imaju važan utjecaj i na pojedine građanskopravne institute. Značajna uloga među njima pripada načelu autonomnog tumačenja. Autonomni koncepti konvencijskih pojmova, naime, vode tomu da Sud pojmovima iz Konvencije daje autonomno tumačenje neovisno o njihovu značenju na nacionalnoj razini. To čini kako bi osigurao jedinstvenu primjenu konvencijskih pojmova i sačuvao njihovo izvorno konvencijsko značenje. Jedno od intrigantnijih autonomnih tumačenja jest ono koje je Sud ponudio u vezi s pojmom doma u kontekstu zaštite prava na poštovanje doma kojem je, koristeći ovo načelo, dao značenje u faktičnom, a ne pravnom značenju. Povodom takvog koncipiranja pojma doma i njegove zaštite u hrvatskoj sudskoj praksi preispitane su pretpostavke vindikacijske zaštite. U okviru ovog načela zanimljiva su i tumačenja koja je Sud ponudio u vezi s pojmom vlasništva/imovine i njegovom zaštitom. Ni ono nema

53 Zahtjev br. 36022/97, od 2. 10. 2001., te [V V] od 7. 3. 2003.

obilježja koja ga karakteriziraju u domaćem uređenju. Primjer autonomnog koncipiranja konvencijskih pojmova je i pravo na život u zdravoj životnoj sredini. Ono je i na samoj konvencijskoj razini specifično, budući da je nastalo autonomnim tumačenjem pojma privatnog života i doma te njihovim evolutivnim tumačenjem čime je kreirana njegova zaštita u okviru čl. 8. Konvencije.

Slijedeće promatrano načelo bilo je ono evolutivnog tumačenja pojmova (načelo živućeg instrumenta). Njegova je zadaća omogućiti potrebnu mjeru fleksibilizacije prilikom zaštite konvencijskih prava. Njegova najveća kvaliteta – mogućnost prilagodbe duhu vremena, istodobno je i najveći nedostatak, budući da vodi nepredvidljivosti sudskih odluka. Primjenjujući ga, Sud, naime, nedovoljno obrazlaže razloge koji ga vode i time ugrožava pravnu sigurnost. Najprimjetnije je u predmetima koji su se ticali prava na život u zdravoj životnoj sredini, a čija se zaštita može uspoređivati sa našom negatorijskom zaštitom od imisija.

Posljednje načelo koje je promatrano jest načelo učinkovitosti (pozitivnih obveza država) i s tim u vezi polja slobodne procjene država. Ono proizlazi iz potrebe da prava koja su predviđena i štite se Konvencijom uživaju djelotvornu i učinkovitu zaštitu. S tim se ciljem državama ugovornicama nameću brojne pozitivne obveze. Pitanje nametanja pozitivnih obveza usko je povezano s načelima o kojima je prije bilo riječi – autonomnog tumačenja pojmova i evolutivnog tumačenja, i sva za sobom povlače brojne pozitivne obveze država. Kada je u pitanju pravo na poštovanje doma, primjena načela učinkovitosti, slobodne procjene i autonomnog koncepta ključna je za tumačenje samog pojma doma i zaštitu prava na njegovo poštovanje. Iz kuta pozitivnih obveza država ključni su se pokazali oni predmeti u kojima je država propustila zaštititi pravo na poštovanje doma ugroženo zbog djelovanja trećih ili uslijed nedjelovanja državnih tijela. Jedan aspekt pozitivnih obveza jest i dužnost uspostavljanja odgovarajućeg zakonodavnog okvira što uključuje odgovarajuće uređenje svakog eventualnog miješanja. Što se tiče polja slobodne procjene država, u praksi Europskog suda razvijeno je s ciljem da se državama omogući određena autonomija, a njegova širina varira i to je najproblematičnije, budući da u nekim slučajevima može biti suženo, a u drugima ne. Kada će se to dogoditi nije jasno uređeno i upravo se u odsustvu tih kriterija krije najveći problem. U vezi s pravom na poštovanje doma vidi se u predmetima iz kojih je kao opći zaključak moguće navesti onaj o tomu radi li se o nekom od temeljnih konvencijskih prava ili ne. Ovo, međutim, treba prihvatiti s određenom mjerom opreza, jer se sloboda procjene „daje“ u skladu s prirodom predmetnog prava, njegovom važnosti za pojedinca i ciljem koji se želi postići ograničenjem, a manja je kada je riječ o prvo navedenom slučaju. Što, zapravo, vrijedi i kada se radi o utjecaju polja slobodne procjene na pravo na mirno uživanje vlasništva/imovine. Najveći problem, pak, krije se i ovdje kod prava na zdravu životnu sredinu, a posebno odmaže sve ono što je za to pravo naprijed rečeno.

Literatura/References

- Bates, E. (2010), *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, OUP, Oxford
- Benvenisti, E. (1999), Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards, 31 *Journal of International Law and Politics* 843.
- Bianchi, A . *et alt* (Eds.) (2015), *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Bjorge, E. (2015) The Vienna Rules, Evolutionary Interpretation and the Intentions of the Parties in Bianchi, A . *et alt* (Eds.), *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, str. 189–204.
- Brownlie, I. (2003), *Principles of Public International Law*, OUP, 6. izd., Oxford.
- Dzehtsiarou, K., (2015) *European consensus and the legitimacy of the European court of human rights*. CUP, Cambridge.
- Greer, S. (2005), *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Human Rights files No. 17, CoE Publishing, Strasbourg.
- Hoffmann, L. Lord (2009), 'The Universality of Human Rights' 125 *Law Quarterly Review* 416.
- Letsas, G. (2010), Strasbourg's interpretative ethic: lessons for the international lawyer, *The European Journal of International Law* Vol. 21 no. 3, 509–541
- Letsas, G. (2004), The truth in autonomous concepts: how to interpret the ECHR, 15 *European Journal of International Law* 279
- Letsas, G. (2013), The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy u? A. Føllesdal, A., B. Peters, & G. Ulfstein (Eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context* (Studies on Human Rights Conventions, Cambridge: Cambridge University Press, str. 106–141.
- Linderfalk, U. (2010), *On the Interpretation of Treaties, The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer Netherlands, 2010
- Letsas, G. (2007), *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, OUP, Oxford
- Mahoney, P. (1990), Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin, 11 *Hum.Rts.L.J.* 57

Mahoney, P. (1998), Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism, 19 (1) Human Rights Law Journal, Kehl am Rhein. 1

Mahoney, P. (1998), The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice, 19(1) Hum.Rts.L.J. 1

Manual on Human Rights and the Environment (2006), Principles Emerging from the case-law of the European Convention on Human Rights, CoE Publishing.

Marochini, M. (2014), The interpretation of the European Convention Human Rights, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 51, br. 1, str. 63–84.

Merrills, J.G.(1990), *The development of international law by the European Court of Human Rights*, MUP, Manchester

Mihelčić, G., Marochini, M. (2014), Koneksitet ostvarenja vindikacijskog zahtjeva na nekretnini i tzv. prava na poštovanje doma, Zbornik PFR, (1991) v. 35, br.1. str. 163–192.

Mihelčić, G., Marochini, M. (2014), Reforma ovrhe na nekretnini u hrvatskom pravu u svjetlu konvencijskog prava, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 12, Mostar, 2014., str. 200–213.

Mihelčić, G., Marochini Zrinski, M. (2017), Utjecaj zaštite konvencijskih prava na ugovor o najmu stana, XIII. Majsko savjetovanje: Uslužno pravo, Pravni fakultet Kragujevac, Srbija, str. 955–983.

Mihelčić, G., Marochini Zrinski, M. (2018), Suživot negatorijske zaštite od imisija i prava na život u zdravoj životnoj sredini, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci (u postupku objave)

Mowbray, A. (2005), The Creativity of the European Court of Human Rights, 5 Hum. Rts. L. Rev. 57

Omejec, J. (2013), *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasburški acquis*, Novi informator, Zagreb

Popović, D. (2011), *The Emergence of the European Human Rights Law, An Essay on Judicial Creativity*, Eleven International Publishing, Utrecht

Schabas, W. A. (2017) , *The European Convention on Human Rights, A Commentary*, OUP, Oxford.

Theil, S. (2017). Is the 'Living Instrument' Approach of the European Court of Human Rights Compatible with the ECHR and International Law?. *European Public Law*, 23 (3), 587–614.

Varju, M. (2009), Transition as a concept of European human rights law, (2009) European Human Rights Law Review 170.

Visković, N. (2006), *Teorija prava i države*, Birotehnika, Zagreb

Dzehtsiarou, K. (2011). European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights. German Law Journal, 12, 1730–1745.

Waibel, M. (2011), Demystifying the Art of Interpretation, 22 (2) EJIL, str. 571–588.

Wildhaber, L. (2004), The European Court of Human Rights in Action, 21 Ritsumeikan Law Review 83.

Gabrijela Mihelčić, LL.D.

Associate Professor, Faculty of Law, University of Rijeka

Maša Marochini Zrinski, LL.D.

*Assistant Professor, Faculty of Law, University of Rijeka
Republic of Croatia*

**THE IMPACT OF THE ECTHR INTERPRETATIVE METHODS
AND PRINCIPLES ON SELECTED CIVIL LAW INSTITUTES**

Summary

In this article, the authors examine the impact of interpretative methods and principles, as developed by the European Court of Human Rights, when interpreting the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, by interconnecting them to selected civil law institutes. Those methods and principles are: the autonomous concept, the living instrument doctrine (the evolutive interpretation), the doctrine of effectiveness and, in this regard, the margin of appreciation and positive obligations of states. The article shows how the interpretation of the Convention, in accordance with these methods and principles, influenced actio negatoria and vindication complaint.

Key words: *the autonomous concept, the living instrument doctrine, the doctrine of effectiveness, margin of appreciation, positive obligations, actio negatoria, vindication complaint.*

Živko Kulić, PhD,*
Full Professor,
Faculty of Law, Megatrend University
Goran Milošević, PhD,**
Full Professor,
Faculty of Law, University of Novi Sad
Luka Baturan, PhD,**
Senior Assistant,
Faculty of Law, University of Novi Sad

pregledni naučni rad
doi:10.5937/zrpfmi1878149K

UDK: 331.105.24(497.11)
Rad primljen: 17.12.2017.
Rad prihvaćen: 04.03.2017.

LABOUR MARKET AND COLLECTIVE BARGAINING IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Abstract: *Despite proclaimed equality and parity of subjects in a labour market, workers are actually a weaker party within the system of collective bargaining. Their position in negotiations and negotiating of work and employment terms cannot be made equal with the position of the holders of capital, particularly in cases of collective bargaining with an employer. Along with the rising level of collective bargaining, the position of labour/ trade union negotiating party gets stronger as well. The union power comes to the fore less when bargaining at the level of employer than at the sectoral or national level. At the higher levels of collective bargaining, the unions are more successful in protecting the rights and interests of workers. The process of collective bargaining influences the labour market as well. This influence is particularly noticeable in small or insufficiently developed economies, such as the economy of Serbia.*

Key words: *union, employee, employer, collective bargaining, collective agreement, regional development.*

* zivko.kulic@yahoo.com

** gmilosevic@pf.uns.ac.rs

*** lbaturan@pf.uns.ac.rs

1. Introduction

Efficiency,¹ growth,² development,³ stability⁴ and justice⁵ are the basic goals of economic policy that countries may set for themselves. Among these goals is often a tradeoff effect, which means that achieving one goal excludes the achievement of another. One of the basic economic problems existing in Serbia nowadays is high unemployment rate and low wage rates. In order to achieve full employment, it is necessary to achieve gross domestic product growth that would enable to employ the existing working age population which is currently unemployed. One of the assumptions of economic growth is to enable efficient use of available resources, i.e. productive⁶ use of every factor of production. This, among other things, means the possibility to achieve the highest production value possible from one unit of work used, in other words to achieve the set level of production with the cheapest labour possible.

Economic efficiency and growth require the most flexible legal framework so that the subjects in the market (employers and workers) would harmonize their relationship in the easiest manner. However, if observed from the point of view of Serbia, this could mean easy layoffs of the already employed workers and lowering the wage rates which are in the existing conditions already so low that they bring into question the possibility to meet the bare necessities of life, which is often considered unjust and politically unacceptable. In such a situation, there is a huge pressure of the electorate on political management for these problems to be alleviated and solved as much as possible.

Achieving economic and other set goals, among other things, means good relationship between employers and employees. Unfortunately, these relations are not always satisfactory, which is negatively reflected both on individual and organizational success. This is why it is very important for labour disputes, involving disputes and disagreements between employers and employees, to

1 Economic efficiency means optimum use of available resources.

2 Economic growth is an increase in the scope and value of production which is measured by gross domestic product.

3 Economic development is a dynamic process that in addition to economic growth and structural changes in economy includes also the changes in income distribution which contribute to the increase of standard of living.

4 Economic stability refers to a situation in which gross domestic product is stable or is growing along with high employment rate and low inflation rate.

5 There is no universally applicable definition of justice. In economic theory justice is most often observed alternatively as a socially acceptable outcome of distribution or the process of distribution.

6 Productivity is the ratio of the total output product and engaged input of factors of production.

be settled in a peaceful and democratic manner in accordance with the law. Collective bargaining is one of key preconditions to settle the relations between the representatives of labour and the representatives of capital in a sustainable and mutually acceptable manner. Collective bargaining thus creates necessary assumptions for successful overcoming of tensions and possible differences between social partners, and more permanent preservation of social peace in the interest of all parties concerned.

The negotiations between workers and employers can be conducted on a wide range of topics depending on specific needs and interests of negotiating parties. These are the questions most often related to trade union security, preservation of social peace, participation of employees and employment terms and conditions (wages, salaries, working hours, vacations and leaves of absence, transfer to another workplace, training of employees, promotion system, forced leave of absence, layoffs, safety at work, work discipline, disciplinary and material responsibility, and alike). The subject of bargaining and collective-agreement regulations can also include other important matters in accordance with the law and interests of the representatives of labour and capital, respectively.

Collective bargaining is conducted between employers and employees in order to reach a collective agreement which regulates the conditions of labour and employment. It operates at all levels of union and employment organization and operation, in other words, from the level of employer or the unit of local self-government up to the highest national level. Although the International Labour Organization calls for the collective bargaining to spread to include all employers and all employees, the fact is that it has not yet happened in many countries, including Serbia.

The existing condition in the field of collective bargaining in the Republic of Serbia is not satisfactory, although it is somewhat more favourable than it used to be in the past. The reasons for this are both objective and subjective. Some can be eliminated in a relatively easy and fast manner, but others cannot. This is why it is very important to recognize them properly and to find the appropriate solutions to overcome them with the participation of all interested parties.

2. Labour Market Equilibrium

In order to examine the economic effects of a legal standard regulating the system of collective bargaining, we should go back to the beginning and examine the basic mechanisms of labour market functioning. Economic analysis will then focus on the influence of legal and other regulations in the field of collective bargaining on employers and their businesses, particularly from the point of view of labour allocation.

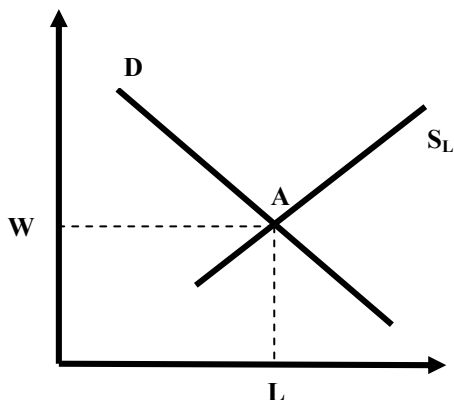
Correlation and intertwining of production functions now, more than ever before, require to include a man and his intellectual and other potentials into the working process. Human labour is of crucial significance for achieving a company's projected goals. However, no matter how perfect human labour is, it has its limitations. There is a natural limit of human endurance. A man can work from 12 to 16 hours a day, after which he needs to rest. As a conscious and rational being, man makes work-related decisions as well as the decisions on the place of work. As a rule, the level of earnings or salary influences this decision, particularly in poor societies such as ours. Higher monthly income means more favourable working conditions and vice versa (Milošević, 2016: 251).

Natural limitation and socio-economic working conditions influence the supply of labour. The labour supply curve is upward sloping. Among other things, this means that, in case of higher wages, the unemployed strive to find a job as soon as possible, while the employed are interested in working more hours than usual. Contrary to this, in case of lower wages the employed are less interested in longer working hours, and the unemployed are interested in seeking jobs. Labour supply is also influenced by demographic factors, real wage level, the measures of social policy, trade union organizing, the condition of social partnership and other factors (Milošević, 2016: 251).

Unlike the labour supply curve, the labour demand curve is downward sloping. Labour demand is determined by the employers. They include manufacturers who combine production factors (work, capital and natural resources) and transform them into useful forms (products, outputs) in order to maximize their own profit. For them, the labour price is a significant parameter value which is formed in the market when demand and supply meet. This is why the employer decides only on the scope of production at the given labour price. What's more, he hires additional personnel until marginal product of labour (or marginal revenue) becomes equal with marginal cost (Baturan, Maksimović, Đuričić, 2014: 386-387).

The demand for human resources depends largely on productivity of work and the price of labour. The demand for labour is derived in the same way as the demand for any other resource since it depends on the demand for a product or service in whose manufacturing or rendering it participates. Accordingly, the labour demand depends on the productivity of work in manufacturing a certain product and the market value (price) of that product (the more productive the labour and the more expensive the product of such labour, the greater and more certain the demand for such labour or product, as a rule).

Figure 1: Labour market equilibrium



Labour market equilibrium is established at the point where labour supply (S_L) and labour demand curves (D_L) intersect (Figure 1). The point of equilibrium (A) represents equilibrium level of wage (W). At that level, labour supply and demand are in equilibrium: all those seeking jobs are employed and all positions are filled (Begović, Labus & Jovanović, 2011: 467). If the wage is above the equilibrium level, the manpower supply exceeds the demand; in other words, the labour supply exceeds the demand, and the demand for labour is less than optimum. This means that there is excess supply of labour. In other words, this means that the problem of unemployment occurs.⁷ In such a situation, there is a possibility to increase wage in order to improve the position of both employers and employees to the mutual benefit.

3. Significance of Collective Bargaining

At the competitive market of production factors, in order to make an optimum choice, the employer is required to select the most desirable set of factors. The employer wants an optimum choice, i.e. such a combination of production factors (labour, capital, natural resources) which will provide the highest benefit within a given budget limit. However, in real life, the labour market is not perfect since there are limitations both on the side of supply and on the side of demand, respectively. In addition to economic issues, the questions relating to labour have a significant political dimension since workers make a considerable part of the electorate. This is why they use their trade union,

⁷ Contrary to this, if the wage is below the level of equilibrium, there is shortage of the employees. This shortage can most efficiently be eliminated by the increase of wage up to the level of equilibrium.

political and other organizations to exert pressure on the politicians in order to get certain privileges they would not get in the market otherwise. Employers do the same thing. Although according to the Constitution the economic system in Serbia is based on free market,⁸ although everyone has equal legal status on the market,⁹ although all acts are prohibited that restrict free competition by creating or abusing monopolistic or dominant status,¹⁰ the fact is that the impact of market economy on social and economic status of the employed is actually reflected on, or is achieved through, the dialogue between trade unions and employers.¹¹

Labour supply, among other things, is also influenced by labour organizing into trade unions. On the side of the labour demand, there are employers, or associations of employers. The presence of trade unions and employers' associations imposes the need for a dialogue and collective bargaining, which, according to the opinion of some authors, primarily in the field of economic sciences, is contrary to the model of perfect competitive labour market. The second question is whether it is always like this, first of all because the things must be observed within a wider context.

Collective bargaining is conducted in order to reach a collective agreement on employment and to regulate the matters which are considered key assumptions for providing social peace and stable economic conditions. In the negotiating process, negotiating parties make efforts to reach compromises and mutually acceptable solutions regarding the issues negotiated about. However, such efforts do not always lead to the desired result. Since the interests of the negotiating parties are basically mutually opposed, compromise solutions are not easy to achieve. There are occasional disputes between the negotiating parties over how certain matters are regulated. The experts, particularly legal experts, most often consider such disputes as collective labour disputes or industrial disputes (Kulić, 2003: 132).

During negotiations, negotiating parties attempt to solve disputed matters in an informal way. The principle of informal negotiations encourages efficiency, considering that the representatives of labour and capital are given the possibility to solve disputed matters on their own, i.e. to reduce transaction costs at the satisfactory level. Solving disputes in such a way makes it possible to avoid complicated and, often, hardly understandable procedural rules characteristic for collective labour disputes using formal methods. In addition, it should be

8 Constitution, Art. 82 par. 1

9 Constitution, Art. 84 par. 1

10 Constitution, Art. 82 par. 2

11 Constitution, Art. 82 par. 3

noted that informal methods help in faster overcoming of disputes between employers and employees, which is particularly important in the negotiating process.

If the disputed issues are not resolved in an informal manner, the disputing parties are left the possibility to try to resolve them by formal methods. Resolving the disputed matters by formal methods is most often institutionalized. Such dispute resolution between the capital owners and employees provides greater security in protection of their collective rights and interests and contributes to further humanization of production relations.¹² Collective bargaining and collective agreements provide for more rights and more favourable employment terms and conditions to the benefit of the employed in comparison with the rights and conditions determined by the law. The lower the level of collective agreement concluded, the higher the rights provided by it, for which reason it is very important to conduct negotiations at all levels at which collective agreements are concluded or may be concluded.

Successful collective bargaining and concluding of collective agreements is not only in the interest of the employed but also in the interests of employers. This is also confirmed by the fact that concluding the collective agreement contributes to: a) more permanent preservation of social peace; b) reducing tensions between partners; c) increasing work satisfaction and motivation for work; d) increasing work productivity and savings; e) increasing work results, etc.

These reasons point to the importance of creating legal and other necessary assumptions for further strengthening and improvement of the collective bargaining system in Serbia. It is in the interest of not only employers and the employed but also in the interest of the society as a whole. Besides constant strengthening of social partnership and tripartite cooperation, this entails other corresponding assumptions, both legal and economic, as well as educational, sociological, psychological, and others.¹³

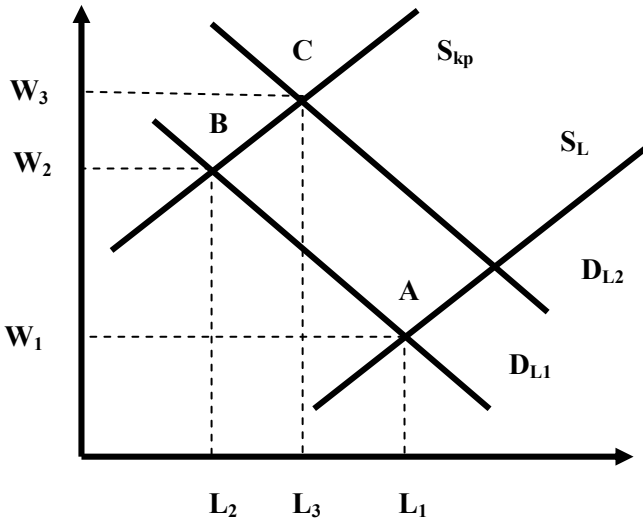
12 Collective bargaining is the basis of social dialogue as one of key preconditions of successful and uniform development of a contemporary society. Without collective bargaining there is no real social partnership. If collective agreements are lacking, there is neither industrial nor political democracy too.

13 In connection with this, we shall further elaborate the difficulties that participants in collective bargaining negotiations most often face in Serbia, in order to contribute to their thorough comprehension and faster overcoming in the interest of employers, the employed, state and society as a whole.

4. Collective Bargaining and Partnership Equilibrium in the Labour Market

It is evident that employees (as individual) as well as trade unions play an active role in the process of collective bargaining. Therefore, labour supply curve of the workers organized in a trade union is not individual but collective labour supply curve. Negotiating power of workers increases through collective bargaining, which is why it is logical to conclude that collective bargaining as a rule provides for more rights and more favourable employment conditions for the employees than the rights and conditions provided for by individual negotiations. This is exactly why the collective labour supply curve is always and only above the individual labour supply curves (Veselinović, 2010: 180). The relationship between individual (S_i) and collective (S_{kp}) labour supply curves and the influence of collective bargaining on the equilibrium at labour market are shown in Figure 2.

Figure 2: Collective bargaining and labour market equilibrium



When there is no collective bargaining, the equilibrium in the labour market is established at W_1 wage. In that case, the number of employed workers stops at level L_1 , as previously explained. The differences in national regulations related to the system of collective bargaining, as a rule, contribute to achieving various effects on the equilibrium established in the labour market observed from both qualitative and quantitative point of view.

If the legal solutions contained in the collective agreement do not provide for redistribution of income but only make the process of individual negotiations easier, which is not always the case, then collective bargaining does not influence the allocation of labour in the market. On the contrary, the solutions drafted in such a way only lower the transaction costs of negotiations. Such (“flexible”) solutions enable the contracting parties to harmonize their rights and obligations in direct negotiations in an easier and better way, adapting their relations to market economic conditions.

However, using the system of collective bargaining, the state often attempts to redistribute resources from workers to employers, and vice versa. Such solutions impose to the employers various obligations regarding workers, including the obligations which they would not have to agree to in individual negotiations. Due to legal limitations, both employers and workers are not always able to adequately adapt to market conditions, which disturbs the allocation of labour as a factor of production.

Such (“inflexible”) system of collective bargaining often produces artificial growth of wages from equilibrium level (W_1) to a higher level W_2 . The growth of wages (as wage rates paid by the employers) contributes to (artificial) improvement of material position of the employees. However, this mostly worsens the position of employers, who consequently decrease their labour supply by adapting it to new market conditions (the new level of demand is marked by S_{kp} curve on the graph).

The new equilibrium is established at point B. Supply and demand are equalized at lower level (L_2). The difference between L_2 and L_1 represents the increase of unemployment which is the result of the nature and result of collective bargaining. All in all, it can be concluded that opportunity costs, which occurred in order to improve the position of the employees, worsen the position of employers as well as the position of a part of workers who most often lose jobs.

Economic analysis of market labour equilibrium in the conditions of collective bargaining with unchanged demand leads to the following conclusions:

- Market labour equilibrium is above individual labour equilibrium (W_2 wage is above W_1 wage);
- Employment is lower in relation to employment under the conditions of individual negotiations (employment L_2 is below L_1);
- Increase of unemployment (difference between L_2 and L_1) means that the workers who were part of collective bargaining system (workers who lost jobs) are forced to seek jobs (such state of affairs leads to increased supply of labour and drop of wages, and the collective bargaining provides for

more favourable employment conditions and better wages than the conditions and wages determined by the employment contract, i.e. the system of individual negotiations);

- Individual labour supply is below collective supply which is influenced by trade unions.
- If the increase of labour demand in the market results due to the conditions of collective bargaining, various processes occur, or they may occur:
- There is an increased number of negotiating options for trade unions, so that the expected outcome of negotiations is more favourable as compared with individual position of labour;
- Labour market equilibrium is above individual labour equilibrium (W3 wage is above W1 wage);
- Employment shows a tendency of growth (from L2 it grows to L3), depending on negotiating power of trade unions and labour demand.

5. Collective Bargaining in the Republic of Serbia as a Factor of Optimum Resource Allocation

Labour legislation of the Republic of Serbia envisages relatively good and flexible solutions related to the system of collective bargaining. Such solutions provide for economic and other subjects in the market to achieve efficient allocation of labour as a production factor.

A collective agreement must not contain provisions which give less rights or set less favourable employment conditions than the rights and conditions determined by the law.¹⁴ And vice versa, a collective agreement can stipulate only more favourable employment conditions (which, among other things, have impact on increased wage rates paid by the employer). However, what is important is that according to the solution contained in the Labour Act, the employer is obliged to bargain.¹⁵ There is not a single provision that forces him to conclude a collective agreement and give more rights to the workers than he wants or can bear.

According to the solutions contained in the Serbian labour-law regulations, the participants in collective bargaining are obliged to bargain but not to conclude a collective agreement. Negotiating parties cannot be forced to accept certain solutions during negotiations, nor to conclude a collective agreement. Whether

14 Labour Law, Art. 8, par. 1.

15 According to Article 254, paragraph 1 of the Labour Law, "the participants in the procedure of concluding a collective agreement shall be obliged to bargain".

the agreement will be concluded or not, and what provisions it will contain, depends on their needs and interests, and this rule must be respected. Such a solution is largely favourable in terms of achieving economic efficiency since it enables both workers and employers to harmonize directly their needs and interests in the best manner possible. If there is a mutual interest, employers will be able to find common grounds with workers within the existing institutional framework. It is obvious that the obligation to participate in negotiations does not imply transaction costs¹⁶ on the part of employers who, as they see things, do not have particular interest in concluding a collective agreement. Namely, a transaction cost does not exist because the law does not provide for any sanction for such a behaviour. However, considering that the Labour Act does not prescribe sanctions for such an action by the employer, it can be argued that even this "obligation" is not the obligation which will be sanctioned in case it is not fulfilled.¹⁷ Legal regulations are such that they do not request to punish the negotiators who are not willing for some reasons to conclude a collective agreement, even though they participate in collective bargaining. In such a situation, the employer regulates the conditions of work and employment independently, taking into account the legitimate rights, interests and expectations of the employees.

Economic analysis of the Labour Act presents a dilemma regarding the issue of allocation efficiency in terms of Article 257 of the Act. Under this Article, the Government has the possibility to determine that a collective agreement or some of its provisions also apply to employers who are not members of the employers' association which is a participant in the collective agreement. The Government may make such a decision in order to achieve the economic and social policy, in order to ensure equal working conditions which represent the minimum rights of employees, or to mitigate the differences in earnings in a particular branch, group, subgroup, or activity which significantly affect the social and economic position of employees, consequently resulting in unfair competition, provided that the collective agreement whose effect is being extended obligates employers who employ more than 50% of the employees in a particular branch, group, subgroup, or activity.¹⁸

16 Costs related to transactions, in other words the activity or a set of activities necessary to do in order for a certain product or service to transit the boundaries of an organization or a part of organization are called transaction costs (costs of transition).

17 If they do not conclude a collective agreement, the participants in collective bargaining negotiations can set up arbitration in order to solve the disputed matters. However, if the agreement is not concluded even after the arbitration has been set up, no one will bear consequences of such a decision.

18 The provisions of Article 257, paragraphs 1 and 2 of the Labour Law, prescribe that at the request of an employer or an association of employers the Government may decide that

According to one standpoint, this solution is inadequate because it disrupts the principles of free decision-making, the rule of competitiveness, the right to choice, and free market operation. It further entails disrupting the conditions of work and business operations, which is of vital importance for work and functioning of economic and other subjects in every country. Such a legal solution results in providing more favourable position to certain legal subjects (as a rule, provided by the state) and destabilizing competitive subjects, which disrupts the optimum resource allocation.

According to another standpoint, the authority of the Government to decide if the collective agreement or some of its provisions are also applicable to the employers who are not members of the employers' association which is a participant in the collective agreement is a good solution. The proponents of this standpoint consider that in certain periods, when there is evidently no equilibrium in labour market, the state must use its measures to regulate the market. In the conditions of disrupted market regularity, which results in unfair competition and destruction of social status of employees, not a single state or Government can allow themselves such a luxury to let economic flows in the market ensue without their interference. The state measures are not aimed at devastating the economic environment; in fact, they establish standards to support certain flows which would re-establish the disrupted equilibrium in the labour market in the interest of not only the employees but also the society as a whole. In this way, the state establishes the system of optimum resource allocation. When the equilibrium in the market is re-established, there will be no more need for excessive interference of the state in market economic conditions.

6. Problems Significant for the Labour Market, most Frequently Faced by the Participants in Collective Bargaining in Serbia

Although in the last fifteen years there have been certain improvements of the system of collective bargaining in Serbia, the fact is that there are still problems that the negotiating parties encounter almost on a daily basis. Their existence makes negotiating process complicated and difficult, including partially even the conclusion or the application of collective agreements as well, which is not in the interest of either employers or employees. There are multiple reasons for such a condition but, basically, they include:

a collective agreement from Article 257 of the Law will not be applied to some employers or associations of employers in the part related to earnings and compensation of earnings. Pursuant to the provisions of Article 258, paragraphs 1 and 2 of the Law, an employer or association of employers may submit a request for exemption from implementation of a collective agreement with the extended effect, should due to financial and business results they be unable to implement the collective agreement.

- the problems occurring during the negotiating process;
- the problems pertaining to the conclusion of a collective agreement;
- the problems during the implementation and interpretation of a collective agreement, and
- the problems related to the participants in collective bargaining, or conclusion of a collective agreement, both on the side of employers and on the side of employees (organization, representation, autonomy, number of participants, etc.)

6.1. The problems occurring during the negotiating process

The system of collective bargaining is based on the negotiating process. For this reason, it is very important for the negotiations to be conducted in the right manner and in good faith. Unfortunately, this is not always the case. The problems most often occurring during negotiations are as follows:

- disagreements on initiation of collective bargaining;
- dilemmas about the structure, number of participants and *modus operandi* of a negotiation board; and
- vagueness related to the participation, status and role¹⁹ of the founders in collective bargaining.

1) *Disagreements on initiation of collective bargaining* are rather frequent. The reasons for this most often include: a) vagueness regarding which party should initiate, i.e. start the negotiation process; b) disputes related to drafting the collective agreement, whose content should be negotiated (for instance, who should draft it: a collective bipartite body, the initiator of the procedure, each party respectively, or an independent expert body), or disputes regarding the use of the existing or earlier text of a collective agreement as a starting point for negotiations; c) disputes on the venue and time of negotiating meetings: the venue where negotiations are conducted should be “a neutral ground”, and the negotiating process should be conducted during or at the expense of working hours and not during free time of the employees.

2) *Dilemmas about the content, number of participants and modus operandi of a negotiation board* are particularly pronounced and very current topic for both

¹⁹ Participation of founders in collective bargaining, or concluding of a collective agreement in Serbia is a relevant matter only in case the negotiations are conducted in order to conclude a separate collective agreement for public enterprises, for-profit corporations founded by a public enterprise and public services, or a collective agreement with employers for such enterprises, corporations and public services.

negotiating parties at all negotiating levels. Such dilemmas are especially highlighted if a negotiating party includes several participants, i.e. several representative trade unions and/or several representative associations of employers.²⁰ The dilemmas exist because there is a lack of legal regulations pertaining to the structure of a negotiating board and representation in it, the number of negotiating board members and manner of work of a negotiating board.

3) *Vagueness related to the participation, status and role of the founders in the collective bargaining* which is conducted in order to conclude a collective agreement with employers for public enterprises, corporations founded by a public enterprise and public services result from the fact that these matters are not regulated in a satisfactory manner.

6.2. The problems regarding the conclusion of a collective agreement

Various problems may occur regarding the conclusion of a collective agreement. As a rule, they boil down to three questions as follows: a) Can a collective agreement be concluded in case some of participants in collective bargaining agree to it, and some of them disagree with it? b) Can the collective agreement be concluded in case a certain number of matters is not harmonized, so that its provisions regulate only the harmonized matters? c) Is the founder the signatory to a collective agreement?

1) *The question concerning the possibility of concluding a collective agreement in case where only some participants in collective bargaining agree to it* deserves special attention. The courts in Serbia mostly have negative opinion on this issue, which is among other things due to the fact that there are no legal solutions that would oblige them to act otherwise. Although there are reasons which could be used to justify such stance and practice, the fact is that the arguments suggesting the need for different even opposite reasoning and acting are stronger, more rational and closer to life needs.²¹

The way out from the said state of affairs should be sought in determining the rules according to which a collective agreement could be concluded even in case one or more participants in negotiations disagree with it, naturally, on condition that participants in negotiations interested in its conclusion gather the majority of membership, i.e. enjoy a higher degree of representation than

20 They are not relevant for employer's side only if negotiations are conducted in order to conclude a collective agreement at the employer's seat of business.

21 The stated approach among other things starts from the number of members, i.e. the degree of representation of participants in negotiations. For instance, the participant with the lowest percentage of membership without rational and justified reasons blocks the negotiating process, thus making it impossible to reach a positive outcome.

the participants who are opposed to the conclusion of the collective agreement. This is even more so if they do not have reasonable, rational and objectively acceptable reasons to act like this. It would be the best if such rules, at least the basic ones, are prescribed by the law.

2) *Dilemma related to the possibility to conclude a collective agreement in case a certain number of matters are not harmonized* so that its provisions would regulate only the harmonized matters. Collective agreement can always be concluded to cover the matters that are harmonized, especially if the number of the unharmonized matters is inconsequential, and if it is estimated that their harmonization would not last long. Once these matters are harmonized, it is possible to conclude a new collective agreement or make an annex to the existing one concluded earlier.²²

3) *The founder is a signatory to the collective agreement*, but not every agreement. This matter does not deserve much attention considering that it is closely regulated by the Labour Act. Regardless of whether the founder appears as an independent negotiating party or in the role of one of participants in negotiations at the employer's party, the founder is one of the participants in concluding a collective agreement. Consequently, he is also one of the signatories to the agreement, which cannot be questioned.²³

6.3. The problems during the implementation and interpretation of a collective agreement

There are numerous problems during the implementation and interpretation of collective agreements in practice. They most often relate to disagreements regarding the amount, manner of calculation and schedule of payment of wages or salaries, their compensation, and other income of employees. There are thousands of arbitrations, court and other proceedings or disputes regarding such questions. The disputes usually arise due to various interpretations and wrong implementation of provisions referring to the manner of calculation of compensation for overtime work, night shifts, work hours during state holidays or other

22 The number of collective agreements which can be concluded at the level of employer as well as at higher levels of collective bargaining is not limited, which additionally supports the presented attitudes and assessments.

23 Pursuant to the provisions of Articles 246 and 247 of the Labour Act, a founder is an independent negotiating party and one of the participants in concluding, i.e. signing a collective agreement in case a separate collective agreement is concluded for public companies, corporations established by the public company and public services, and one of the participants in concluding a collective agreement at an employer, i.e. one of the participants in its signing, if a collective agreement is concluded at an employer relating to public companies, corporations established by the public company and public services.

non-working days, work in shifts, payment of jubilee prizes, subsidies for the use of annual leave, charges for meals at work, travelling expenses, etc. The number of disputes could be considerably reduced if the participants in concluding a collective agreement would be more precise in defining their relationship, and if the legal norms would be clearer, more specific and more comprehensive, which is not always easy to achieve.

7. Instead of a Conclusion

Collective bargaining is a dynamic process which leads to the agreement between employees (trade unions) and employers on wages, salaries, benefits, holidays and other conditions of labour and employment. Negotiations are conducted between two parties, i.e. between the representatives of the employer and the employees. Depending on the level at which a collective agreement is concluded, they can be conducted at the level of the employer, at the level of a unit of territorial autonomy or local self-government, at the level of economic branch or activity, at the national level and at the international level. The participants in negotiations endeavour to protect the interests of their negotiating party to the maximum. Trade union representatives represent the interests of their members, trying to get the best solutions acceptable for the employees. On the other hand, the employers' representatives represent the interests of the owners of capital, fighting for the solutions acceptable for them.

The negotiating philosophy implies high level of independence and autonomy of negotiating subjects, but also willingness to find compromises acceptable for both sides. Readiness to seek and find such solutions results from economic and social reality, negotiating maturity and responsibility of social partners. To a certain extent, negotiating philosophy implies a relative balance of negotiating power which should be provided by labour legislation, but which should also be fought for and achieved by social partners in their everyday relations.

The instruments of collective bargaining in Serbia have been improved over time and valuable negotiating experience has also been gained. Negotiating parties manage the negotiation process better than ever before. The members of negotiating teams know what they want and they approach negotiations with more knowledge and skills, which was not the case in the 1990s, for instance. Therefore, the positive shifts are visible in all segments of collective bargaining, which is an encouraging and very significant fact.

Yet, there is a need to overcome and improve the existing state of affairs in the area of collective bargaining in Serbia. Among other things, it implies implementation of certain measures to change things for the better. Such measures include:

- 1) Amendments in the field of labour legislation (adopting new or amending and supplementing the existing laws) in order to overcome the said problems, dilemmas, or for the purpose of closer and more comprehensive regulation of the said issues;
- 2) Using more possibilities related to conclusion of agreements on association of trade unions, or associations of employers, in order to fulfil the condition on representation and participation in collective bargaining, i.e. conclusion of a collective agreement pursuant to the provisions of Article 249 of the Labour Act;
- 3) Using more possibilities related to conclusion of agreements on regulating earnings, compensation of earnings and other income of employees, pursuant to Article 250 of the Labour Act (not only in case a trade union is not established at an employer but also in case the trade union is established but not acknowledged as a representative one);²⁴
- 4) Greater and more frequent involvement of conciliators in the process of collective bargaining in order to provide expert and other possibly required assistance to negotiating parties, and ensure further affirmation of basically preventive conciliating mission in order to improve negotiating process, increase effects of collective bargaining and reduce disputes between employers and employees;²⁵
- 5) Establishing permanent tripartite or multipartite body at the level of the Republic of Serbia, for the purpose of monitoring the implementation of regulations on social partnership and collective bargaining, and harmonizing practice in this important field of social life;²⁶
- 6) Greater media and other support to the efforts aimed at accomplishing the envisaged goals and tasks in the interest of employers, employees, the state and the society as a whole.

24 The provision of Article 250 para. 1 of the Labour Act is illogical and incomplete. It excludes the possibility to conclude an agreement to regulate earnings, compensations of earnings and other income of employees if there is a trade union of any kind at an employer, regardless of the fact that it is not representative. The envisaged goals cannot be fulfilled completely if the existing wording is not expanded to include the employers where there is one or more (small) non-representative trade unions, which is often the case in practice.

25 The possibility of conciliator's participation in collective bargaining should be additionally strengthened and recognized, both by legal regulations and in another appropriate manner.

26 Multipartite character of the proposed body is maybe more acceptable because in addition to the representatives of state, employers and employees it could also include neutral experts, as well as other possible subjects who could contribute to its successful operation with their knowledge and experience in the interest of all parties involved.

References

Text-books, Monographs and Scientific Articles

Baturan, L., Maksimović B. & Đuričić, J. (2014): Jednakost plaćanja muške i ženske radne snage za jednak rad, *Zbornik radova Pravo i društvena stvarnost*, vol. II, Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

Begović B., Labus M. & Jovanović A. (2011): *Ekonomija za pravnike* (3rd edition). Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Kulić Ž. (2003): *Upravljanje ljudskim resursima sa organizacionim ponašanjem*, Beograd.

Milošević G. (2016), *Osnovi ekonomije*, Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

Veselinović P. (2010), *Ekonomija*, Beograd.

Legislation

Ustav Republike Srbije (Constitution of the Republic of Serbia), *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 98/2006.

Zakon o radu (Labor Act), *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014.

Dr Živko Kulić,

*Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet Megatrend*

Dr Goran Milošević,

*Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Novom Sadu*

Dr Luka Baturan,

*Asistent sa doktoratom Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Novom Sadu*

TRŽIŠTE RADA I KOLEKTIVNO PREGOVARANJE U REPUBLICI SRBIJI

Rezime

I pored proklamovane ravnopravnosti i jednakosti subjekata na tržištu rada, radnik je faktički slabija strana u sistemu kolektivnog pregovaranja. Zbog svog ekonomskog, materijalnog i socijalnog položaja u društvu, nje gova pozicija u procesu pregovaranja i ugovaranja uslova rada i zaposlenja ne može se izjednačiti s pozicijom vlasnika kapitala, naročito u slučajevima kolektivnog pregovaranja na nivou poslodavca. S povećanjem nivoa kolektivnog pregovaranja pojačava se i pozicija radničke, odnosno sindikalne pregovaračke strane. Snaga sindikata manje dolazi do izražaja na nivou preduzeća nego na granskom i nacionalnom nivou. Na višim nivoima kolektivnog pregovaranja sindikat uspešnije štiti prava i interese svog članstva i radnika u celini.

Ključne reči: *sindikat, zaposleni, poslodavac, kolektivno pregovaranje, kolektivni ugovor, regionalni razvoj.*

Dr Dragan Jovašević,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Nišu

pregledni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1878169J

UDK: 343.224-053.6:343.24(497.11)
Rad primljen: 13.02.2018.
Rad prihvaćen: 03.04.2018.

KAZNA MALOLETNIČKOG ZATVORA **Zakonodavstvo, teorija i praksa Srbije**

Apstrakt: U sistemu krivičnih sankcija koje nadležni sudovi izriču maloletnim učiniocima krivičnih dela razlikuju se: 1) vaspitne mere, 2) mere bezbednosti i 3) kazna maloletničkog zatvora. Pored krivičnih sankcija, naše maloletničko krivično pravo na osnovu relevantnih međunarodnih standarda predviđa i alternativne, diverzione mere u vidu vaspitnih naloga. Vaspitne mere su osnovna, najbrojnija i najznačajnija vrsta maloletničkih krivičnih sankcija. One se izriču redovno, po pravilu, svakom maloletniku, i mlađem i starijem, kada su ispunjeni zakonom propisani uslovi. Slično, ali nikada samostalno, prema maloletnicima se mogu izricati i sve mere bezbednosti koje uopšte poznaje naše krivično pravo, osim mere zabrane vršenja poziva, delatnosti i dužnosti.

Budući da i maloletnici vrše teška krivična dela, često sa elementima nasilja i u kontinuitetu, to sva savremena krivična zakonodavstva, pa i zakonodavstvo Srbije predviđaju posebnu vrstu kazne – kaznu maloletničkog zatvora. Pored ove kazne, neka zakonodavstva predviđaju i druge vrste kazni koje se mogu izreći maloletnim učiniocima krivičnih dela. Kazna maloletničkog zatvora je jedina vrsta kazne koja se može izreći maloletnom učiniocu krivičnog dela u Srbiji. Ona ima elemente i represije (jer se sastoji u oduzimanju slobode za određeno vreme) i prevencije (popravljanje i prevaspitanje maloletnika). Ova kazna se izriče izuzetno, samo starijem maloletniku, koji je učinio teško krivično delo, ako se u konkretnom slučaju svrha krivičnog zakonodavstva – zaštita društvenih vrednosti – ne može ostvariti primenom vaspitnih mera. Sud u ovom slučaju donosi presudu kojom izriče kaznu maloletničkog zatvora i određuje vreme njenog trajanja od jedne do pet, a izuzetno do deset godina.

Ključne reči: zakon, maloletnik, krivično delo, kazna, krivica, zatvor.

* jovas@prafak.ni.ac.rs

1. Uvod

Maloletničko krivično pravo (Simović, et al, 2013: 7–14) predviđa tri osnovne vrste krivičnih sankcija koje se mogu izreći od strane suda maloletnim u činiocima krivičnih dela, na način, u postupku i pod uslovima koji su predviđeni zakonom. To su: a) vaspitne mere, b) kazna maloletničkog zatvora i v) mere bezbednosti. To su zakonom predviđene mere društvene reakcije prema maloletnim u činiocima krivičnih dela koje izriče viši (ranije okružni) sud u cilju zaštite društva od kriminaliteta kroz vaspitanje, prevaspitanje i pravilan razvoj maloletnika.

Vaspitne mere su osnovna vrsta maloletničkih krivičnih sankcija, odnosno osnovne mere društvene reakcije na maloletnički kriminalitet. One se izriču redovno, po pravilu, uobičajeno u zakonom predviđenom sudskom postupku¹. Mogu se izreći svim maloletnim učiniocima krivičnih dela (kako mlađim, tako i starijim maloletnicima), a pod određenim uslovima i mlađim punoletnim licima. Smisao primene ovih mera jeste da se maloletniku obezbedi prioritetno vaspitanje ili tačnije prevaspitanje (tzv. socijalizacija), uz što manje elemenata prinude (Đorđević, Đorđević, 2016: 114–116).

Uvođenje vaspitnih mera u sistem krivičnog prava prekinulo je dugu, više-vekovnu tradiciju isključivog kažnjavanja mladih delinkvenata i dece, istina, redukovanim kaznama koje su inače izricane i punoletnim (odraslim) u činiocima krivičnih dela. Tako, maloletnici sada prestaju da budu „zločinci u malom“ i postaju posebna kategorija učinilaca krivičnih dela. Supsidijarno, i to samo izuzetno kada su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi i kada sud dođe do uverenja da se svrha maloletničkih krivičnih sankcija ne može ostvariti primenom vaspitnih mera, sud može starijem maloletniku izreći posebnu vrstu kazne – kaznu maloletničkog zatvora. No, ova se kazna može izreći samo starijem maloletniku kao učiniocu teškog krivičnog dela. Znači, kazna maloletničkog zatvora se nikada ne izriče obavezno, ne može se izreći svakom maloletnom licu i ne može se izreći za svako učinjeno krivično delo.

1 Licu koje je u momentu izvršenja krivičnog dela bilo mlađe od 16 godina mogu se izreći samo vaspitne mere bez obzira što je u momentu donošenja odluke imao preko 16 godina (rešenje Okru žnog suda u Požarevcu K ž. 356/98 od 2. septembra 1998).

2. Primena kazni prema maloletnim učinocima krivičnih dela

Iako sva savremena krivična zakonodavstva u sistemu krivičnih sankcija predviđaju više različitih vaspitnih mera koje se primenjuju prema maloletnim u činocima krivičnih dela, time ipak nije isključena potreba za njihovim kažnjavanjem (Singer, 1998: 212–216). Uostalom, i sam istorijski razvoj maloletničkog krivičnog prava pokazuje da su od najstarijih vremena prema maloletnicima primenjivane različite vrste i mere kazni (Novoselec, 2004: 106–107). Takva je situacija i danas. Te kazne su u početku bile iste one koje su zakoni propisivali prema punoletnim licima kao učinocima krivičnih dela, da bi se tek kasnije, posle donošenja Napoleonovog Krivičnog zakonika iz 1810. godine (i naročito pod uticajem sociološke škole krivičnog prava), prema maloletnicima primenjivale posebne vrste kazni koje su specifične samo za ovu kategoriju učinilaca krivičnih dela (Mrvić Petrović, 2005: 185–188).

U sistemu savremenog maloletničkog krivičnog prava preovladavaju dva sistema kažnjavanja maloletnih učinilaca krivičnih dela (Čejović, 2002: 559–563).

Prema prvom sistemu prema maloletnicima se za u činjeno krivično delo izriču kazne koje se inače izriču i punoletnim licima. Pri tome se „maloletnički uzrast“ u činoca dela ceni kao olakšavajuća ili kao ublažavajuća okolnost (doduše, fakultativnog karaktera). Ovakvo rešenje danas usvajaju krivična zakonodavstva: Ruske Federacije, Švedske, Norveške i Ukrajine. No, takvo rešenje je poznavalo i naše ranije krivično zakonodavstvo koje je bilo u primeni do 1959. godine, kada je noveliran Krivični zakonik FNR Jugoslavije iz 1951. godine.

Prema drugom sistemu prema maloletnicima se primenjuju posebne vrste kazne – kazna maloletničkog zatvora. Ovakvo je rešenje danas u primeni u zakonodavstvu: Srbije, Crne Gore, Makedonije, Hrvatske, Austrije, Italije, Švajcarske, Nemačke, Finske i Bosne i Hercegovine.

Primena kazni prema maloletnim u činocima krivičnih dela je opravdana, pravična i logična jer se i među njima javljaju lica koja pokazuju visok i kontinuiran stepen vaspitne zapuštenosti, koji često, obično u dužem vremenskom periodu, u povratu vrše teška krivična dela, često sa elementima nasilja, sa prouzrokovanim teškim posledicama (Babić, Marković, 2008: 505–511). Tako danas brojna krivična zakonodavstva poznaju u strukturi krivičnih sankcija kojima se nastoji postići efikasna, kvalitetna i zakonita zaštita i obezbeđenje najznačajnijih društvenih dobara i vrednosti i kaznu maloletničkog zatvora

kao posebnu vrstu kazne lišenja slobode (Grozđanić, Škorić, 2009: 175). Istina, u teoriji (Horvatić, 2003: 174) se mogu naći i takva shvatanja prema kojima postoji samo jedna kazna zatvora (kao vrsta krivične sankcije) koja se može javiti u više oblika (formi) kao što su: a) kazna zatvora, b) kazna dugotrajnog (ili doživotnog) zatvora, v) kazna „kućnog“ zatvora i g) kazna maloletničkog zatvora (Selinšek, 2007: 264–266).

3. Kazna maloletničkog zatvora

3.1. Izricanje kazne maloletničkog zatvora

Maloletnički zatvor je jedina vrsta kazne u sistemu maloletničkih krivičnih sankcija u Republici Srbiji (čl. 28–38 Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica² – ZOMUKD iz 2005. godine). To je posebna vrsta kazne koja se sastoji u oduzimanju slobode kretanja starijem maloletnom u činiocu težeg krivičnog dela za u sudskoj odluci određeno vreme i njegovom smeštanju u određenu ustanovu (Stojanović, Perić, 1996: 51–55). Po formi je to kazna lišenja slobode koja je slična kazni zatvora koju sud izriče punoletnim učinocima krivičnih dela. Ali po sadržini, karakteru i ciljevima koje treba da postigne, ova je kazna bliska sa vaspitnim merama.

U Republici Srbiji kazna maloletničkog zatvora je hibridna krivična sankcija koja je po svojoj formi kaznena mera sa izraženim elementima represije, ali je po sadržini, suštini i cilju koji treba da ostvari vaspitna mera. U domaće krivično pravo je ova kazna uvedena novelom Krivičnog zakonika FNRJ iz 1959. godine³ (iako je i pre toga pod određenim uslovima bilo moguće kažnjavanje čak i mlađeg maloletnika). Ova kazna se može izreći ako su ispunjena dva osnovna uslova iz člana 28 ZOMUKD (Mrvić Petrović, 2005 : 188) : a) subjektivni uslov – krivica starijeg maloletnika kao učinioca krivičnog dela tj. lica koje je u vreme izvršenja krivičnog dela navršilo šesnaest godina, a nije navršilo osamnaest godina (Horvatić, 2003 : 174) i b) objektivni uslov – izvršenje krivičnog dela za koje je u zakonu propisana kazna zatvora preko pet godina.

Pored njih, potrebno je ispunjenje i dva dopunska uslova:

a) da visok stepen krivice starijeg maloletnika sa kojim je izvršio krivično delo ne opravdava izricanje vaspitne mere u konkretnom slučaju.

2 „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 85/05.

3 „Službeni list FNRJ“, broj 30/59.

To je stepen krivice iznad uobičajenog, normalnog, prosečnog stepena svesne i voljne upravljivosti učinioca prema izvršenom krivičnom delu. Da li postoji visok stepen krivice starijeg maloletnika, predstavlja faktičko pitanje koje sud utvrđuje u svakom konkretnom slučaju⁴ i

b) da zbog prirode i težine učinjenog krivičnog dela nije opravdano izreći vaspitnu meru. Težina krivičnog dela znači postojanje jačeg obima i većeg intenziteta povrede (a izuzetno i konkretnog ugrožavanja) zaštićenog dobra. To ukazuje na obim i intenzitet prouzrokovane posledice krivičnog dela. U sudskoj praksi je ovaj uslov utvrđivan na sledeće načine (Jovašević, 2013: 118–121): „teške posledice“ dela ne proizilaze isključivo iz takvih posledica koje su nastale za oštećenog i njegovu imovinu, već i iz ostvarenih okolnosti koje im daju takav karakter (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kžm. 20/94 od 27. maja 1994); pri opredeljenju da izrekne kaznu maloletničkog zatvora umesto vaspitne zavodske mere, sud treba da ceni objektivne uslove za izricanje, teške posledice dela, ličnost maloletnika, njegov raniji život i pobude iz kojih je delo izvršio (presuda Vrhovnog suda Srbije Kžm. 42/2000 od 5. septembra 2000). Ali, ovu okolnost treba ceniti i u sklopu vrste napadnutog dobra i potrebe društva da obezbedi njegovu efikasnu i kvalitetnu zaštitu, što ukazuje na prirodu krivičnog dela. U pravnoj teoriji je sporno kako treba tumačiti ovaj uslov u slučaju „pokušanog krivičnog dela kada posledica dela po prirodi ovog instituta izostaje“ (Stojanović, 2000: 354).

Dopunski uslovi ukazuju na izuzetan karakter primene kazne maloletničkog zatvora čak i u slučaju kada su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi. Za izricanje kazne maloletničkog zatvora potrebna je i ocena suda, zasnovana na izvedenim ličnim i materijalnim izvorima dokaza, da u konkretnom slučaju ne bi bilo opravdano izreći vaspitnu meru. Znači, maloletnički zatvor je kazna supsidijarnog karaktera čija je primena uvek fakultativna. Kada su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi, sud starijem maloletniku odmerava kaznu maloletničkog zatvora u granicama zakonom propisane kazne za učinjeno krivično delo imajući u vidu svrhu maloletničkog zatvora i uzimajući u obzir sve okolnosti (olakšavajuće i otežavajuće), a naročito: a) stepen zrelosti maloletnika i b) vreme koje je potrebno za njegovo vaspitavanje i stručno osposobljavanje (član 30 ZOMUKD). Pri tome sud ne može izreći kaznu maloletničkog zatvora u trajanju dužem od propisane kazne za učinjeno

4 Bitno smanjenje u računljivosti u vreme izvršenja krivičnog dela iskazuje se u visokom stepenu krivice kao jednog od uslova za izricanje kazne maloletničkog zatvora (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kžm. 72/95 od 22. avgusta 1995).

krivično delo, ali on pri tome nije vezan za najmanju meru propisane kazne – za posebni minimum (Jovašević, 2011: 123–131).

3.2. Karakteristike kazne maloletničkog zatvora

Osnovne karakteristike kazne maloletničkog zatvora u domaćem krivičnom pravu jesu sledeće (Lazarević, Vučković, Vučković, 2004: 246–250):

1) to je najteža vrsta maloletničke krivične sankcije i jedina vrsta kazne koja se može izreći maloletnom učiniocu krivičnog dela u Republici Srbiji, doduše sa dva ograničenja: a) ova se kazna ne može izreći svakom maloletniku (već samo starijem maloletniku – dakle, licu uzrasta od 16 do 18 godina u vreme izvršenja krivičnog dela) i b) ova se kazna ne može izreći za svako učinjeno krivično delo, već samo za teže delo za koje je u zakonu propisana kazna zatvora preko pet godina (Petrović, Jovašević, Ferhatović, 2016: 189–194),

2) to je sankcija kojom se ostvaruju ciljevi specijalne i generalne prevencije, budući da se njenom primenom vrši pojačani uticaj na maloletnog učinioca da ubuduće ne vrši krivična dela, kao i na druge maloletnike da ne vrše krivična dela,

3) dva su uslova za izricanje maloletničkog zatvora: a) izvršeno krivično delo i b) krivica učinioca ispoljena u visokom stepenu. To je jedina maloletnička sankcija za čije izricanje je sud obavezan da utvrđuje postojanje i stepen krivice učinioca (Jovašević, Mitrović, Ikanović, 2017: 289–293),

4) kazna maloletničkog zatvora se odmerava po posebnim pravilima, među kojima poseban značaj imaju subjektivne okolnosti vezane za ličnost učinioca i objektivne okolnosti vezane za prirodu i težinu učinjenog krivičnog dela,

5) kazna maloletničkog zatvora se izriče u trajanju od šest meseci do pet godina. Ova se kazna uvek izriče na pune godine i mesece. No, pored ovog opšteg maksimuma, Zakon poznaje još jedan maksimum – od deset godina. Maloletnički zatvor u trajanju do deset godina se može izreći u dva slučaja: a) kada je učinjeno krivično delo za koje je u zakonu propisana kazna zatvora od dvadeset godina ili teža kazna i b) kada su učinjena u sticaju najmanje dva krivična dela za koja je u zakonu propisana kazna zatvora teža od deset godina. Pri tome je Zakon postavio ograničenje prema kome se kazna maloletničkog zatvora ne može izreći u trajanju koje je duže od zakonom propisane kazne zatvora za učinjeno krivično delo,

6) za krivična dela u sticaju⁵ maloletnički zatvor se izriče po posebnim pravilima. To su sledeća pravila: a) ako stariji maloletnik učini više krivičnih dela u sticaju, a sud nađe da za svako krivično delo treba izreći kaznu maloletničkog zatvora, odmeriće po slobodnoj oceni za sva dela u sticaju jednu kaznu maloletničkog zatvora u zakonom određenim granicama, b) ako sud nađe da za neko krivično delo u sticaju koje je učinio stariji maloletnik treba izreći vaspitnu meru, a za neko delo kaznu maloletničkog zatvora, tada će sud za sva dela u sticaju izreći samo jednu kaznu maloletničkog zatvora, v) ako sud za krivična dela u sticaju utvrdi kaznu zatvora i kaznu maloletničkog zatvora, tada izriče jedinstvenu kaznu zatvora shodno pravilima za odmeravanje kazne za dela u sticaju učinjena od punoletnih lica (sistem asperacije – član 60, stav 4 Krivičnog zakonika⁶) i g) ako sud nađe da za neko krivično delo u sticaju treba izreći vaspitnu meru, a za neko delo kaznu zatvora, tada izriče samo kaznu zatvora. Na isti način sud postupa i kada odmerava kaznu osuđenom licu (ako se posle izrečene osude utvrdi da je osuđeni pre ili posle njenog izricanja izvršio drugo krivično delo),

7) kazna maloletničkog zatvora ne povlači pravne posledice osude koje se sastoje u zabrani sticanja određenih prava (Karamitrov, 1981: 176–178),

8) lice kome je izrečena kazna maloletničkog zatvora sud može uslovno otpustiti sa daljeg izdržavanja kazne pod sledećim uslovima (Jovašević, 2016: 221–226): a) ako je maloletnik izdržao trećinu izrečene kazne, ali ne pre nego što je proteklo šest meseci. Ovo su znatno blaži uslovi za davanje uslovnog otpusta nego što Krivični zakonik (posle novele iz septembra 2009. godine) traži za davanje uslovnog otpusta osuđenom punoletnom licu (kada se zahteva izvršenje najmanje dve trećine izrečene kazne) i b) ako se na osnovu postignutog uspeha u izvršenju izrečene kazne maloletničkog zatvora može očekivati da će se maloletnik na slobodi dobro ponašati i da neće vršiti krivična dela. Uz dati uslovni otpust sud može maloletniku da odredi i neku od mera pojačanog nadzora, uz mogućnost primene jedne ili više posebnih obaveza. Ovako dati uslovni otpust se može opozvati iz razloga, na način i pod uslovima kao što se on opoziva i u slučaju izrečene kazne zatvora punoletnom učiniocu krivičnog dela (Radulović, 2010: 89–93),

5 Izricanje kazne maloletničkog zatvora primenom odredaba o sticaju kao i za punoletna lica, predstavlja povredu krivičnog zakona (rešenje Vrhovnog suda Srbije K žm. 524/97 od 14. novembra 1997).

6 „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 i 94/16.

9) zastarelost izvršenja izrečene kazne maloletničkog zatvora nastupa ako je proteklo: a) deset godina od osude na maloletnički zatvor u trajnju preko pet godina, b) pet godina od osude na maloletnički zatvor u trajanju preko tri godine i v) tri godine od osude na maloletnički zatvor u trajanju do tri godine,

10) podaci o osudi na kaznu maloletničkog zatvora mogu se dati samo zakonom izričito određenim organima i to: a) sudu, javnom tužiocu i organu unutrašnjih poslova u vezi sa krivičnim postupkom koji se vodi protiv lica koje je ranije bilo osuđeno, b) organu koji učestvuje u postupku davanja amnestije, pomilovanja, rehabilitacije ili odlučivanja o prestanku pravnih posledica osude, kao i v) organima starateljstva kad je to potrebno za vršenje poslova iz njihove nadležnosti,

11) ako za vreme trajanja vaspitne mere sud izrekne starijem maloletniku kaznu maloletničkog zatvora, u tom slučaju vaspitna mera prestaje sa izvršenjem kada osuđeni započne sa izdržavanjem izrečene kazne. Ako pak za vreme trajanja vaspitne mere sud izrekne punoletnom licu kaznu maloletničkog zatvora ili kaznu zatvora u trajanju od najmanje jedne godine, vaspitna mera prestaje kada ovo lice započne sa izdržavanjem kazne a, ako je izrečena kazna maloletničkog zatvora ili zatvora u kraćem trajanju, sud će u presudi odlučiti da li će se posle izdržane kazne nastaviti sa izvršenjem vaspitne mere ili će se potpuno obustaviti njeno izvršenje (Škulić, 2011: 189–194),

12) lice kome je izrečena kazna maloletničkog zatvora ne može za vreme njenog izvršenja da vrši izborne funkcije u državnim organima, organima teritorijalne autonomije, organima lokalne samouprave, organima upravljanja, poslovnim organima ili drugim organima u preduzećima ili drugim organizacijama koje posluju državnom imovinom, odnosno organizacijama kojima je zakonom povereno vršenje određenih javnih ovlašćenja,

13) evidenciju o izrečenim kaznama maloletničkog zatvora vodi viši sud koji je sudio u prvom stepenu i

14) osuda na kaznu maloletničkog zatvora podleže rehabilitaciji (zakonskoj i sudskoj) na isti način, pod istim uslovima i u identičnom postupku koji su propisani za osude punoletnog lica.

3.3. Izvršenje kazne maloletničkog zatvora

Kazna maloletničkog zatvora se izvršava shodno odredbama čl. 137–145 ZOMUKD u kazneno-popravnom zavodu za maloletnike.

Osuđena lica kaznu izdržavaju zajedno, a odvojeno samo kada to zahteva zdravstveno stanje osuđenog ili potreba osiguranja bezbednosti i održavanja reda i discipline u kazneno-popravnim zavodu. Kazna izrečena ženskim licima se izvršava u posebnom odeljenju kazneno-popravnog zavoda za žene.

U ovim zavodima osuđena maloletna lica mogu da ostanu do navršene dvadeset treće godine života. Ako do ovog uzrasta lice ne izdrži izrečenu kaznu u potpunosti (a ne bude pušteno na uslovni otpust), upućuje se u kazneno-popravni zavod za punoletna lica. Izuzetno, osuđeni stariji maloletnik koji je u međuvremenu navršio dvadeset tri godine života može ostati u kazneno-popravnim zavodu za maloletnike u dva slučaja: a) ako je to potrebno radi završavanja njegovog školovanja ili stručnog osposobljavanja ili b) ako mu je do potpunog izdržavanja kazne ostalo vreme do šest meseci, ali najduže do navršene dvadeset pete godine života.

4. Primena kazne maloletničkog zatvora u pravosudnoj praksi

O efikasnosti primene najteže vrste maloletničkih krivičnih sankcija – kazne maloletničkog zatvora prema maloletnim učiniocima krivičnih dela u neposrednoj praktičnoj primeni najbolje govore statistički podaci o vrsti i meri izrečenih pojedinih vrsta sankcija na području Republike Srbije u periodu 2006–2016. godine, a prema zvaničnim statističkim pokazateljima Republičkog zavoda za statistiku Republike Srbije⁷. U periodu primene novog maloletničkog krivičnog zakonodavstva u Srbiji do danas (2006–2016. godine) analizirali smo vrstu i meru izrečenih krivičnih sankcija prema maloletnim učiniocima krivičnih dela, a prema različitim kriterijumima. Ova analiza je podeljena u nekoliko delova.

⁷ Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 491, Beograd, 2009; Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 505, Beograd, 2009; Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 513, Beograd, 2010; Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 528, Beograd, 2010; Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 547, Beograd, 2012; Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 559, Beograd, 2012; Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 577, Beograd, 2013; Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 589, Beograd, 2014; Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 604, Beograd, 2015; Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 618, Beograd, 2016. i Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 630, Beograd, 2016.

4.1. Regionalna zastupljenost izrečenih kazni maloletnog zatvora

Na prvom mestu smo analizirali obim i dinamiku primene pojedinih maloletničkih krivičnih sankcija prema regionalnoj zastupljenosti u Republici Srbiji.

Tabela 1. *Izrečene maloletničke krivične sankcije za područje Beograda u periodu 2006–2016. godine.*

Godina	Ukupno maloletnika	Mal. zatvor	%	Vaspitne mere	%
2006.	402	4	0,99	398	99,00
2007.	243	0	0	243	100
2008.	444	5	1,13	439	98,87
2009.	273	4	1,47	269	98,53
2010.	201	1	0,50	200	99,50
2011.	343	4	1,17	339	98,83
2012.	427	0	0	427	100
2013.	405	2	0,49	403	99,51
2014.	313	1	0,32	312	99,68
2015.	278	2	0,72	276	99,28
2016.	249	3	1,20	246	98,80

Iz navedenih podataka o broju (obim i dinamika) prijavljenih maloletnih učinilaca krivičnih dela, odnosno izrečenim sankcijama (politika izricanja sankcija od strane sudova) prema maloletnicima u periodu 2006–2016. godine na području Višeg suda u Beogradu možemo zaključiti sledeće:

1) broj prijavljenih maloletnih u činilaca krivičnih dela pokazuje nejednaku raspodeljenost po posmatranim godinama. Tako se on kreće od 402 prijavljena maloletnika u toku 2006. godine, od kada se beleži rast, na 444 prijavljena lica u toku 2008. godine, da bi posle toga ovaj broj prijavljenih maloletnih učinilaca krivičnih dela do kraja posmatranog perioda opadao, tako da je najmanji broj ovih lica bio evidentiran u toku 2010. godine – „svega“ 201 maloletno lice,

2) kazna maloletničkog zatvora je prema maloletnim u činiocima krivičnih dela na području Beograda u posmatranom periodu izricana simbolično. Tako se broj izrečenih kazni prema maloletnicima (starijim maloletnicima) kretao od minimalnih 0,32% u toku 2014. godine ili 0,49% u toku 2013. godine do maksimalnih 1,47% u toku 2009. godine ili 1,20% u toku poslednje posmatrane 2016. godine. Interesantno je da ova kazna nije izrečena nijednom u toku 2007. i 2012. godine i

3) vaspitne mere su ubedljivo najčešće izricane maloletničke krivične sankcije (koje se izriču i mlađim i starijim maloletnicima) na području Beograda. U 100% slučajeva ove mere su izrečene 2012. godine, kada su primenjene prema svih 427 prijavljenih maloletnika, odnosno 2007. godine, kada su izrečene u odnosu na sva 243 prijavljena maloletnika. Najmanje je vaspitnih mera izrečeno 2009. godine i to 98,53% ili 2016. godine – 98,80%.

Tabela 2. *Izrečene maloletničke krivične sankcije za područje Vojvodine u periodu 2006–2016. godine.*

Godina	Ukupno maloletnika	Mal. zatvor	%	Vaspitne mere	%
2006.	442	9	2,04	433	97,96
2007.	655	4	0,61	651	99,39
2008.	722	3	0,42	719	99,58
2009.	655	0	0	655	100
2010.	558	0	0	558	100
2011.	702	1	0,14	701	99,86
2012.	615	1	0,16	614	99,84
2013.	919	2	0,22	917	99,78
2014.	825	2	0,24	823	99,76
2015.	749	3	0,40	746	99,60
2016.	864	0	0	864	100

Slična je situacija i u pogledu broja prijavljenih maloletnih učinilaca krivičnih dela, odnosno izrečenih sankcija prema maloletnicima u periodu 2006–2016. godine na području Vojvodine, gde je, inače, zabeležen i najveći broj maloletnika kao učinilaca krivičnih dela. Navedeni podaci pokazuju sledeće:

1) broj prijavljenih maloletnih u činitelja krivičnih dela pokazuje nejednaku raspodeljenost po posmatranim godinama. Tako se on kreće od minimalno prijavljena 442 maloletnika u toku 2006. godine (broj je gotovo identičan maksimalnom broju maloletnika kao u činitelja krivičnih dela u Beogradu, koji je 2008. godine iznosio 444 lica), od kada se beleži konstantan rast do maksimalnih 919 prijavljenih maloletnika u toku 2013. godine ili 864 prijavljena maloletna učinioca krivičnih dela u toku 2016. godine,

2) kazna maloletničkog zatvora je prema maloletnim u činiocima krivičnih dela i na području Vojvodine u posmatranom periodu izricana simbolično. Tako se broj izrečenih kazni prema starijim maloletnicima kretao od minimalnih 0,14% u toku 2011. godine ili 0,16% u toku 2012. godine do maksimalna 2,04% u toku 2006. godine, pri čemu treba istaći da ova kazna nije izrečena nijednom prijavljenom maloletniku u toku 2009, 2010. i 2016. godine i

3) vaspitne mere su najčešće izricane maloletničke krivične sankcije i na području Vojvodine. U 100% slučajeva ove mere su izrečene 2009. godine, kada su primenjene prema svih 655 prijavljenih maloletnika, odnosno 2010. godine, kada su izrečene u odnosu na svih 558 prijavljenih maloletnika ili 2016. godine, kada su izrečene prema sva 864 prijavljena maloletna učinioca krivičnih dela. Najmanje je vaspitnih mera izrečeno 2006. godine i to u 97,96% prijavljenih slučajeva.

Tabela 3. Izrečene maloletničke krivične sankcije za područje Šumadije i Zapadne Srbije u periodu 2006–2016. godine.

Godina	Ukupno maloletnika	Mal. zatvor	%	Vaspitne mere	%
2006.					
2007.					
2008.					
2009.					
2010.	492	3	0,61	489	99,39
2011.	784	1	0,13	783	99,87
2012.	790	1	0,13	789	99,87
2013.	789	1	0,13	788	99,87
2014.	488	2	0,41	486	99,59
2015.	547	3	0,55	544	99,45
2016.	523	6	1,15	517	98,85

Iz navedenih podataka o prijavljenim maloletnim učiniocima krivičnih dela, odnosno vrsti izrečenih krivičnih sankcija prema maloletnicima u periodu 2010–2016. godine (jer podaci nisu vođeni za period 2006–2009) na području Šumadije i Zapadne Srbije zaključujemo sledeće: 1) broj prijavljenih maloletnih u činilaca krivičnih dela takođe i u ovom regionu pokazuje nejednaku raspodeljenost po posmatranim godinama. Tako se on kreće od minimalno prijavljena 492 maloletnika u toku 2010. godine do maksimalnog broja od 790 prijavljenih lica u toku 2012. godine ili 789 lica u toku 2013. godine, od kada beleži pad do kraja posmatranog perioda, 2) kazna maloletničkog zatvora je prema maloletnim učiniocima krivičnih dela u ovom regionu u posmatranom periodu izricana izuzetno retko. Tako se broj izrečenih kazni prema maloletnicima kretao od jedne izrečene kazne u toku 2011, 2012. i 2013. godine, što je iznosilo 0,13% prijavljenih maloletnika, dve izrečene kazne u toku 2014. godine ili tri izrečene kazne u toku 2010. i 2015. godine i 3) vaspitne mere su najčešće izricane maloletničke krivične sankcije i na području Šumadije i Zapadne Srbije, gde su u posmatranom periodu izricane od minimalnih 98,85% slučajeva u toku 2016. godine do 99,87% u toku 2011, 2012. i 2013. godine.

Tabela 4. Izrečene maloletničke krivične sankcije za područje Južne i Istočne Srbije u periodu 2006–2016. godine.

Godina	Ukupno maloletnika	Mal. zatvor	%	Vaspitne mere	%
2006.					
2007.					
2008.					
2009.					
2010.	389	1	0,26	388	99,74
2011.	461	7	1,52	454	98,48
2012.	470	0	0	470	100
2013.	535	3	0,56	532	99,44
2014.	408	1	0,25	407	99,75
2015.	352	1	0,28	351	99,72
2016.	396	0	0	396	100

I konačno područje Južne i Istočne Srbije pruža zanimljivije podatke o broju prijavljenih maloletnika za različita krivična dela, te o vrstama krivičnih sankcija koje su prema njima izricali nadležni viši sudovi. Naime, iz navedenih podataka u periodu 2010–2016. godine zaključujemo sledeće: 1) broj prijavljenih maloletnih učinilaca krivičnih dela se kretao od minimalnog broja od 389 maloletnika u toku 2010. godine do maksimalnog broja od 535 prijavljena lica u toku 2013. godine, 2) kazna maloletničkog zatvora je prema maloletnim u činiocima krivičnih dela u ovom regionu izuzetno retko izricana, pa se broj izrečenih kazni kretao od: nijedne izrečene kazne u toku 2012. godine (od 470 prijavljenih lica) i 2016. godine (od 396 prijavljenih lica), dok je ova kazna samo jednom izricana u toku 2010, 2014. i 2015. godine, a tri puta samo u toku 2013. godine. Najčešće je kazna maloletničkog zatvora, i to sedam puta, izrečena u toku 2011. godine od ukupno 461 prijavljenog lica i 3) vaspitne mere su i na ovom području najčešće izricane maloletničke krivične sankcije. Njihov udeo u strukturi sankcija prema maloletnicima se kretao od 100% u toku 2012. i 2016. godine do minimalnih 98,48% u toku 2011. godine.

4.2. Izrečene kazne maloletničkog zatvora za pojedine vrste krivičnih dela

Da bi izlaganje o efikasnosti u zakonu propisanih kazni maloletničkog zatvora bilo potpuno, na ovom mestu ćemo analizirati vrste krivičnih dela za koje su uopšte kazne maloletničkog zatvora i izricane u Republici Srbiji u periodu 2006–2016. godine. Naime, ove kazne, kao vrsta maloletničkih krivičnih sankcija, najčešće su izricane za krivična dela protiv: a) života i tela, b) imovine, v) bezbednosti javnog saobraćaja i g) javnog reda i mira. Pri tome je uočljivo da su one najčešće izricane uglavnom za krivična dela sa elementima nasilja (osim kada se radi o saobraćajnim delima), a to su upravo i krivična dela za koja je u Zakoniku propisana kazna zatvora preko pet godina, što inače predstavlja formalni uslov, pri diskrecionom odlučivanju suda, za izricanje ove kazne.

4.2.1. Krivična dela protiv života i tela

Prvo ćemo analizirati politiku izricanja maloletničkih krivičnih sankcija za maloletnike kao učinioce krivičnih dela protiv života i tela (krvni delikti) uopšte, a potom za sledeća krivična dela: a) ubistvo i b) teško ubistvo.

Tabela 5. *Izrečene maloletničke krivične sankcije za krivična dela maloletnika protiv života i tela u periodu 2006–2016. godine.*

Godina	Ukupno kriv. dela	Kriv. dela protiv života i tela	Kazna mal.		Vaspitne	
			zatlora	%	mere	%
2006.	1.076	158	6	3,80	152	96,20
2007.	1.166	198	4	2,02	194	97,98
2008.	1.237	202	6	2,97	78	38,62
2009.	1.111	170	6	3,53	71	41,76
2010.	970	133	0	0	73	54,89
2011.	1.311	184	6	3,26	75	40,76
2012.	1.318	176	1	0,57	77	43,75
2013.	1.554	184	5	2,72	80	43,48
2014.	1.209	120	2	1,67	55	45,83
2015.	1.182	136	2	1,47	67	49,26
2016.	1.249	141	1	0,71	64	45,39

Kriminalitet maloletnika u periodu 2006–2016. godine na području Republike Srbije je bio zastupljen u relativno velikoj meri. Taj se broj kretao do 1.076 prijavljenih maloletnih učinilaca svih krivičnih dela u toku 2006. godine od kada raste, da bi svoj maksimum dostigao (a što proizilazi iz tabela 5–7) 2013. godine sa 1.554 prijavljena maloletnika, s izuzetkom 2010. godine, kada je zabeležen najmanji broj maloletnih učinilaca krivičnih dela od 970 prijavljenih lica. U istom periodu je i visok udeo maloletnika kao učinilaca krivičnih dela protiv života i tela (koji se kretao od 10 do 15%), zavisno od analizirane godine. Tako se maloletnici kao učinioci „krvnih“ delikata javljaju od minimalnih 120 prijavljenih lica u toku 2014. godine do maksimalna 184 lica u toku 2011. i 2013. godine, odnosno 198 maloletnika u toku 2007. godine i najviše 202 prijavljena maloletnika u toku 2008. godine.

Tabela 6. *Izrečene maloletničke krivične sankcije za izvršena krivična dela ubistva od strane maloletnika u periodu 2006–2016. godine.*

Godina	Ukupno kriv. dela	Ubistvo	Kazna mal.		Vaspitne	
			zatlora	%	mere	%
2006.	1.076	2	2	100	0	0
2007.	1.166	17	4	23,53	13	76,47
2008.	1.237	13	0	0	13	100

2009.	1.111	2	2	100	0	0
2010.	970	0	0	0	0	0
2011.	1.311	3	3	100	0	0
2012.	1.318	0	0	0	0	0
2013.	1.554	2	2	100	0	0
2014.	1.209	1	1	100	0	0
2015.	1.182	1	1	100	0	0
2016.	1.249	1	1	100	0	0

Tabela 7. Izrečene maloletničke krivične sankcije za izvršena krivična dela teškog ubistva od strane maloletnika u periodu 2006–2016. godine.

Godina	Ukupno kriv. dela	Teško ubistvo	Kazna mal.		Vaspitne	
			zatlvara	%	mere	%
2006.	1.076	8	6	75,00	2	25,00
2007.	1.166	1	1	100	0	0
2008.	1.237	1	1	100	0	0
2009.	1.111	4	4	100	0	0
2010.	970	0	0	0	0	0
2011.	1.311	1	1	100	0	0
2012.	1.318	0	0	0	0	0
2013.	1.554	3	3	100	0	0
2014.	1.209	0	0	0	0	0
2015.	1.182	1	0	0	0	0
2016.	1.249	1	0	0	1	100

Za „krvne“ delikte uopšte, što je iznenađujuće jer se radi o teškim krivičnim delima nasilja protiv života i tela drugih lica sa zaprećenim teškim kaznama zatlvara, kazna maloletničkog zatlvara je izricana retko – od nijedne izrečene kazne u toku 2010. godine (od 970 prijavljenih lica), preko 0,57% u toku 2012. godine do maksimalna 3,53% (u toku 2009. godine od 170 prijavljenih maloletnika) ili 3,80% u toku 2006. godine (od 158 prijavljenih lica). Za „krvne“ delikte i kod maloletnih lica su preovlađujuće vrste izrečenih krivičnih sankcija vaspitne mere koje su izricane u prve dve analizirane godine u izuzetno visokom procentu od 96,20% u toku 2006. godine ili 97,98% u toku 2007. godine, da bi potom njihov udeo pao čak i ispod polovine svih izrečenih

sankcija u odnosu na broj prijavljenih maloletnika. Tako je minimalan broj vaspitnih mera izrečen 2008. godine – „samo“ 38,62% ili 2011. Godine – 40,76% do maksimalnih 54,89% u toku 2010. godine.

U posmatranom periodu maloletnici su se retko javljali kao učinioci krivičnog dela ubistva: nijednom u toku 2010. i 2012. godine, jednom u toku 2014, 2015. i 2016. godine do maksimalnih trinaest lica (od 1.237 prijavljenih maloletnika) u toku 2008. godine ili sedamnaest prijavljenih lica (od ukupnog broja od 1.166 lica) u toku 2007. godine. No, ono što iznenađuje jeste činjenica da osim 2007. godine, kada je kazna maloletničkog zatvora izrečena u 23,53% slučajeva, u svim ostalim posmatranim godinama su maloletnim u činiocima krivičnog dela ubistva izricane isključivo kazne maloletničkog zatvora. Gotovo je identična situacija i sa maloletnim učiniocima krivičnog dela teškog ubistva, gde se oni retko javljaju kao učinioci: nijednom u toku 2010, 2012. i 2014. godine, jednom u toku 2007, 2008, 2011, 2015. i 2016. godine do najviše osam puta u toku 2006. godine. U svim posmatranim godinama za ovo najteže krivično delo je svim prijavljenim maloletnicima izricana jedino kazna maloletničkog zatvora, osim 2006. godine, kada je ova kazna izrečena u 75% slučajeva.

4.2.2. Imovinska krivična dela

U pogledu strukture izrečenih krivičnih sankcija maloletnim u činiocima imovinskih krivičnih dela situacija je u Srbiji u analiziranom periodu nešto drugačija. Dok je broj prijavljenih maloletnih lica koja su učinila „krvni“ delikt maksimalno 202 (2008. godine), činjenica je da se maloletnici češće javljaju kao u činioci krivičnih dela protiv imovine od minimalnih 536 lica u toku 2010. godine (od 970 prijavljenih maloletnika, što znači u oko 60% slučajeva) do maksimalna 903 lica u toku 2013. godine (od ukupno prijavljenih 1.554 lica, što ukazuje da na imovinska krivična dela otpada 3/5 ukupnog kriminaliteta maloletnika). O tome nam govore podaci sadržani u tabelama 8–11, gde smo analizirali obim i dinamiku sledećih krivičnih dela: a) teške krađe, b) razbojničke krađe i v) razbojništva kao najčešće izvršavanih krivičnih dela maloletnika.

Tabela 8. Izrečene maloletničke krivične sankcije za krivična dela protiv imovine od strane maloletnika u periodu 2006–2016. godine.

Godina	Ukupno kriv. dela	Kriv. dela protiv imovine	Kazna mal. zatvora	%	Vaspitne mere	%
2006.	1.076	667	8	1,20	659	98,80
2007.	1.166	708	22	3,11	686	96,89
2008.	1.,237	722	6	0,83	273	37,81
2009.	1.111	584	10	1,71	234	40,07
2010.	970	536	3	0,56	221	41,23
2011.	1.311	707	7	0,99	294	41,58
2012.	1.318	722	1	0,14	277	38,37
2013.	1.554	903	3	0,33	376	41,64
2014.	1.209	652	2	0,31	297	45,56
2015.	1.182	674	5	0,74	339	50,30
2016.	1.249	672	5	0,74	345	51,34

Tabela 9. Izrečene maloletničke krivične sankcije za izvršena krivična dela teške krađe od strane maloletnika u periodu 2006–2016. godine.

Godina	Ukupno kriv. dela	Teška krađa	Kazna mal. zatvora	%	Vaspitne mere	%
2006.	1.076	224	1	0,45	223	99,55
2007.	1.166	325	14	4,31	311	95,69
2008.	1.,237	130	2	1,54	128	98,46
2009.	1.111	143	10	0,70	133	93,00
2010.	970	100	3	3	97	97,00
2011.	1.311	156	4	2,56	152	97,45
2012.	1.318	Nema podataka				
2013.	1.554	196	3	1,53	193	98,47
2014.	1.209	172	1	0,58	171	99,42
2015.	1.182	Nema pod.				
2016.	1.249	Nema pod.				

Iz navedenih statističkih pokazatelja proizilazi zaključak da je kazna maloletničkog zatvora retko izricana za imovinska krivična dela (od jedne do deset osuda) ili od 0,31% u toku 2014. godine do maksimalnih 3,11% u toku 2007. godine, kada su izrečene čak 22 kazne maloletničkog zatvora. I za imovinska krivična dela preovladavaju vaspitne mere prema maloletnicima u visokom procentu od 98,80% u toku 2006. godine ili 96,89% u toku 2007. godine, od kada njihovo izricanje beleži drastičan pad na „svega“ 37,81% u toku 2008. godine ili 51,34% u toku 2016. godine.

Sa izuzetkom 2012, 2015. i 2016. godine, kada nema podataka o izvršenim krivičnim delima teške krađe od strane maloletnika, ovo su najčešće izvršavana imovinska krivična dela od 100 prijavljenih maloletnika u toku 2010. godine (od ukupno 970 lica) do 196 lica u toku 2013. godine (od prijavljena 1.554 lica). Iako se radi o teškom i često izvršavanom krivičnom delu maloletnika, sledi da im je i kazna maloletničkog zatvora često izricana od 0,45% u toku 2006. godine do maksimalna 3% u toku 2010. godine ili čak 4,31% u toku 2007. godine. I vaspitne mere su za ovo delo najčešće izricane krivične sankcije čiji se udeo kretao od 93% u toku 2009. godine do 99,55% u toku 2006. godine.

Tabela 10. *Izrečene maloletničke krivične sankcije za izvršena krivična dela razbojničke krađe od strane maloletnika u periodu 2006–2016. godine.*

Godina	Ukupno kriv. dela	Razbojnička krađa	Kazna mal. zatvora	%	Vaspitne mere	%
2006.	1.076	0	0	0	0	0
2007.	1.166	1	0	0	1	100
2008.	1,237	0	0	0	0	0
2009.	1.111	0	0	0	0	0
2010.	970	0	0	0	0	0
2011.	1.311	0	0	0	0	0
2012.	1.318	0	0	0	0	0
2013.	1.554	0	0	0	0	0
2014.	1.209	0	0	0	0	0
2015.	1.182	2	0	0	2	100
2016.	1.249	57	0	0	57	100

Tabela 11. *Izrečene maloletničke krivične sankcije za izvršena krivična dela razbojništva od strane maloletnika u periodu 2006–2016. godine.*

Godina	Ukupno kriv. dela	Razbojništvo	Kazna mal. % zativa	Vaspitne mere	%
2006.	1.076				
2007.	1.166	133	7	126	94,73
2008.	1.,237	66	3	63	95,45
2009.	1.111	22	3	19	86,36
2010.	970	12	0	12	100
2011.	1.311	Нема података			
2012.	1.318	24	1	23	95,83
2013.	1.554	24	1	23	95,83
2014.	1.209	23	0	23	100
2015.	1.182	13	1	12	92,31
2016.	1.249	48	1	47	97,92

Iako u javnosti preovladava mišljenje da maloletnici često vrše imovinska krivična dela nasilja, podaci o krivičnom delu razbojničke krađe u posmatranom periodu to demantuju. Tako je ovo krivično delo izvršeno od maloletnika samo u toku 2015. godine u dva slu čaja (od 1.182 prijavljena maloletnika) ili maksimalno u 57 slučajeva u toku 2016. godine (od 1.249 prijavljenih maloletnika), pri čemu su u svim slučajevima učinocima izrečene vaspitne mere. No, takav se zaključak ne može izvesti kada se radi o krivičnom delu razbojništva koje je najčešće izvršavano prve dve analizirane godine: u toku 2006. godine od strane 133 maloletnika ili 2007. godine od strane 66 maloletnika, od kada i broj izvršenih ovih krivičnih dela beleži drastičan pad na 22 prijavljena lica u toku 2008. godine do „svoga“ devet prijavljenih lica u toku 2016. godine. Za ovo je krivično delo maloletnicima kazna maloletničkog zatvora izricana od 2,08% u toku 2015. godine do 13,69% u toku 2008. godine ili čak 22,22% u toku 2016. godine, s tim što 2009. i 2013. godine nije izrečena nijedna kazna ove vrste. I na kraju, i za krivično delo razbojništva su vaspitne mere najčešće izricane krivične sankcije čiji se udeo kretao od 77,78% u toku 2016. godine do 86,36% u toku 2008. godine.

4.2.3. „Saobraćajna“ krivična dela

U određenom udelu je kazna maloletničkog zatvora u periodu 2006–2016. godine izricana maloletnicima i za krivična dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja od minimalnih 1,89% u toku 2009. godine (kada je izrečena jedna kazna u odnosu na 1.111 prijavljeno lice) do maksimalnih 5,56% u toku 2015. godine, dok u toku 2008, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014. I 2016. godine nije izrečena nijedna kazna ove vrste, iako je u posmatranim godinama prijavljeno od 970 do 1.554 maloletnih učinilaca krivičnih dela. I za ova krivična dela preovladavaju vaspitne mere u obimu od maksimalno 95,83% u toku 2006. i 95,65% u toku 2007. godine do 30–60% izrečenih vaspitnih mera maloletnim u činiocima saobraćajnih krivičnih dela.

Tabela 12. Izrečene maloletničke krivične sankcije za izvršena krivična dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja od strane maloletnika u periodu 2006–2016. godine.

Godina	Ukupno kriv. dela	Kriv. dela protiv bezb. jav. saobr.	Kazna mal.		Vaspitne	
			zatvora	%	mere	%
2006.	1.076	48	2	4,17	46	95,83
2007.	1.166	46	2	4,35	44	95,65
2008.	1.,237	51	0	0	29	56,86
2009.	1.111	53	1	1,89	31	58,49
2010.	970	34	0	0	21	61,76
2011.	1.311	52	0	0	25	48,08
2012.	1.318	43	0	0	23	53,49
2013.	1.554	62	0	0	23	37,10
2014.	1.209	28	0	0	14	50,00
2015.	1.182	18	1	5,56	9	50,00
2016.	1.249	16	0	0	5	31,25

Tabela 13. *Izrečene maloletničke krivične sankcije za krivična dela ugrožavanja javnog saobraćaja izvršena od strane maloletnika u periodu 2006–2016. godine.*

Godina	Ukupno kriv. dela	Ugrožavanje javnog saobraćaja	Kazna mal. zatvora	%	Vaspitne mere	%
2006.	1.076	45	2	4,44	43	95,56
2007.	1.166	45	2	4,44	43	95,56
2008.	1.,237	29	0	0	29	100
2009.	1.111	32	1	3,13	31	96,88
2010.	970	21	0	0	21	100
2011.	1.311	0	0	0	0	0
2012.	1.318	23	0	0	23	100
2013.	1.554	0	0	0	0	0
2014.	1.209	0	0	0	0	0
2015.	1.182	10	1	10	9	90
2016.	1.249	0	0	0	0	0

Kazna maloletničkog zatvora je izuzetno retko izricana za najčešće saobraćajno krivično delo – ugrožavanje javnog saobraćaja. Tako je ova kazna izrečena samo jednom u toku 2015. godine (od deset prijavljenih lica) ili u toku 2009. godine (od 32 prijavljena maloletnika), a dva puta u toku 2006. i 2007. godine, dok u ostalim analiziranim godinama ova najteža kazna za maloletnike nije uopšte izricana. I kod saobraćajnih krivičnih dela preovladavaju vaspitne mere.

4.2.4. *Krivična dela protiv javnog reda i mira*

Kada se analiziraju podaci o izvršenim krivičnim delima sa elementima nasilja, a protiv javnog reda i mira, uočava se veoma mali broj maloletnika kao njihovih u činilaca. Tako su se od 1.000 do 1.500 krivičnih dela, koliko su, zavisno od analizirane godine vršili maloletnici, samo u malom broju javljala krivična dela protiv javnog reda i mira. Taj se broj kretao od minimalnih 46 prijavljenih lica u toku 2007. godine do maksimalnog 201 lica u toku 2014. godine. U posmatranom periodu kazna maloletničkog zatvora za ova krivična dela, najčešće sa elementima nasilja, izuzetno je retko izricana: samo jednom u toku 2015. i 2016. godine i dva puta u toku 2007. godine, dok su ostalih godina učiniocima ovih dela isključivo izricane vaspitne mere.

I konačno, za krivično delo nasilničko ponašanje, za koje se u javnosti smatra da ga najčešće vrše maloletnici i to u grupama, interesantno je ukazati na sledeće dve činjenice: a) ova se krivična dela izuzetno retko vrše u odnosu na ukupan kriminalitet maloletnika. Taj se broj kretao od devet krivičnih dela u toku 2008. godine do najviše 68 dela koja su prijavljena u toku 2015. godine, dok u toku 2007. i 2014. godine ovo krivično delo uopšte nije evidentirano i b) za krivično delo nasilničko ponašanje maloletnicima su izuzetno retko izricane kazne maloletničkog zatvora – samo jednom u toku 2015. i 2016. godine, dok su u ostalim godinama i za ovo delo izricane vaspitne mere.

Tabela 14. *Izrečene maloletničke krivične sankcije za krivična dela protiv javnog reda i mira u periodu 2006–2016. godine.*

Godina	Ukupno kriv. dela	Kriv. dela protiv jav. reda i mira	Kazna mal. zatvora	%	Vaspitne mere	%
2006.	1.076	Nema podataka				
2007.	1.166	46	2	4,35	44	95,65
2008.	1,237	76	0	0	16	21,05
2009.	1.111	118	0	0	48	40,68
2010.	970	95	0	0	42	44,21
2011.	1.311	160	0	0	84	52,50
2012.	1.318	157	0	0	68	43,31
2013.	1.554	201	0	0	80	39,80
2014.	1.209	174	0	0	83	47,70
2015.	1.182	144	1	0,69	78	54,17
2016.	1.249	162	1	0,62	88	54,32

Tabela 15. *Izrečene maloletničke krivične sankcije za izvršena krivična dela nasilničkog ponašanja od strane maloletnika u periodu 2006–2016. godine.*

Godina	Ukupno	Nasilničko	Kazna mal.		Vaspitne	
	kriv. dela	ponašanje	zatvora	%	mere	%
2006.	1.076	Nema podataka				
2007.	1.166	0	0	0	0	0
2008.	1.237	9	0	0	9	100
2009.	1.111	44	0	0	44	100
2010.	970	30	0	0	30	100
2011.	1.311	67	0	0	67	100
2012.	1.318	58	0	0	58	100
2013.	1.554	59	0	0	59	100
2014.	1.209	0	0	0	0	0
2015.	1.182	68	1	1,47	67	98,53
2016.	1.249	76	1	1,32	75	98,68

5. Zaključak

Sledeći standarde sadržane u nizu univerzalnih i regionalnih međunarodnih dokumenata donetih u poslednje vreme, Republika Srbija je 2005. godine donela poseban Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica. Tako je sveobuhvatno u jednom zakonskom tekstu u celini uređen (materijalni, procesni i izvršni) pravni položaj maloletnika kao učinilaca krivičnih dela, odnosno maloletnika kao žrtava krivičnih dela. U tom cilju naša država je izvršila kodifikaciju maloletničkog krivičnog prava na sličan način kao što su to učinile poslednjih godina i druge evropske države: Austrija, Italija, Švajcarska, Francuska, Finska, Nemačka, Hrvatska, Makedonija, Crna Gora i Bosna i Hercegovina i dr.

Maloletničko krivično pravo, ne samo naše države, već i pravo niza savremenih država predviđa tri vrste maloletničkih krivičnih sankcija: a) vaspitne mere, b) kaznu maloletničkog zatvora i v) mere bezbednosti. To su zakonom predviđene mere društvene reakcije prema maloletnim učiniocima krivičnih dela koje izriču zakonom određeni viši sudovi u cilju zaštite društva od kriminaliteta kroz vaspitanje,

prevaspitanje i pravilan razvoj maloletnika. Supsidijarno, umesto vaspitnih mera samo starijim maloletnicima i to samo izuzetno kada su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi i kada sud dođe do uverenja da se svrha maloletničkih krivičnih sankcija ne može ostvariti primenom vaspitnih mera, sud može izreći posebnu vrstu kazne – kaznu maloletničkog zatvora. Ovo je izuzetna mera koju primenjuju sudovi prema starijim maloletnicima kao učiniocima teških (uglavnom nasilničkih, imovinskih ili krvnih) krivičnih dela, sa visokim stepenom krivice.

Analizom statističkih pokazatelja iz pravosudne prakse Republike Srbije u periodu 2006–2016. godine o efikasnosti primene kazne maloletničkog zatvora možemo zaključiti sledeće: a) maloletnici se javljaju kao učinioci krivičnih dela u obimu od 970 do 1.500 slučajeva (od 80.000 do 100.000 uopšte prijavljenih krivičnih dela u Republici Srbiji), b) maloletnici su najčešće učinioci krivičnih dela protiv života i tela (ubistvo, teško ubistvo), imovine (teška krađa, razbojnička krađa i razbojništvo), bezbednosti javnog saobraćaja (ugrožavanje javnog saobraćaja) i javnog reda i mira (nasilničko ponašanje), v) kada se radi o krivičnim delima protiv života i tela, maloletnicima je retko izricana kazna maloletničkog zatvora (od 0,57% u toku 2012. godine do 3,80% u toku 2006. godine), dok je za ubistvo ova kazna izricana svim prijavljenim maloletnicima (u toku 2006, 2009, 2011, 2013, 2014, 2015. i 2016. godine), odnosno za teško ubistvo (u toku 2007, 2008, 2009, 2011. i 2013. godine), g) za imovinska krivična dela je izricana kazna maloletničkog zatvora u obimu od 0,31% u toku 2014. godine do 3,11% u toku 2007. godine, s tim što za razbojničku krađu ova kazna nije izrečena nijednom, a za razbojništvo je izricana čak u 22,22% slučajeva u toku 2016. godine (dok u toku 2009. i 2013. godine nije izrečena nijednom), a za tešku krađu je kazna maloletničkog zatvora izricana u rasponu od 0,45% u toku 2006. godine do 4,31% u toku 2007. godine, d) za krivična dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja kazna maloletničkog zatvora je izricana u rasponu od 1,89% u toku 2009. godine do 5,56% u toku 2015. godine i đ) za krivična dela protiv javnog reda i mira kazna maloletničkog zatvora je izricana simbolično – jednom u toku 2015. i 2016. godine, odnosno dva puta u toku 2007. godine, dok u ostalim godinama nije evidentirana u kaznenoj politici nadležnih sudova za maloletnike.

Literatura/References

- Babić, M., Marković, I. (2008). *Krivično pravo. Opšti dio*. Banja Luka: Pravni fakultet.
- (2009). Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 491. Beograd. (2009). Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 505. Beograd. (2010). Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 513. Beograd. (2010). Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 528. Beograd. (2012). Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 547. Beograd. (2012). Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 559. Beograd. (2013). Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 577. Beograd. (2014). Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 589. Beograd. (2015). Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 604. Beograd. (2016). Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 618. Beograd. (2016). Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 630. Beograd. Grozdanić, V., Škorić, M. (2009). *Uvod u kazneno pravo. Opći dio*. Rijeka: Pravni fakultet.
- Đorđević, M., Đorđević, Đ. (2016). *Krivično pravo*. Beograd: Projuris. Jovašević, D. (2011). *Maloletničko krivično pravo*. Niš: Pravni fakultet. Jovašević, D. (2013). *Praktikum za krivično pravo. Opšti deo*. Niš: Pravni fakultet.
- Jovašević, D. (2016). *Krivično pravo. Opšti deo*. Beograd: Dosije. Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2017). *Krivično pravo. Opšti deo*. Banja Luka: Univerzitet Apeiron.
- Karamitrov, Đ. (1981). *Izvršavanje na vaspitnite merki i kazneta maloletnički zatvor vo SR Makedonija*. Skoplje: Združenije za penologija na Makeodnija.
- Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2004). *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*. Cetinje: Obod.
- Mrvic Petrović, N. (2005). *Krivično pravo*. Beograd: Službeni glasnik.
- Novoselec, P. (2004). *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb: Pravni fakultet.

Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2016). *Krivično pravo 2*. Sarajevo: Pravni fakultet.

Radulović, Lj. (2010). *Maloletničko krivično pravo*. Beograd: Pravni fakultet.

Simović, M. et al. (2013). *Maloljetničko krivično pravo*. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet.

Singer, M. (1998). *Kaznenopravna odgovornost i zaštita mladeži*. Zagreb: Narodne novine.

„Službeni glasnik Republike Srbije“. Br. 85.2005.

„Službeni glasnik Republike Srbije“. Br. 85.2005, 88.2005, 107.2005, 72.2009, 111.2009, 121.2012, 104.2013, 108.2014 i 94.2016.

„Službeni list FNRJ“. Br. 30.1959.

Stojanović, Z., Perić, O. (1996). *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije i Krivični zakon Crne Gore sa objašnjenjem*. Beograd: Službeni list.

Stojanović, Z. (2000). *Krivično pravo. Opšti deo*. Beograd: Službeni glasnik.

Horvatić, Ž. (2003). *Kazneno pravo. Opći dio*. Zagreb: Pravni fakultet. Čejović, B.

(2002). *Krivično pravo. Opšti deo*. Beograd: Službeni list. Škulić, M. (2011).

Maloletničko krivično pravo. Beograd: Službeni glasnik.

Dragan Jovašević, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

JUVENILE PRISON SENTENCE: Law, theory and practice in Serbia

Summary

The system of criminal sanction imposed by competent courts on juvenile criminal offenders comprises: 1) educational measures, 2) security measures, and 3) juvenile prison sentence. In addition to criminal sanctions, on the basis of relevant international standards, our juvenile criminal law envisages alternative or diversion measures in the form of educational or correctional orders. Educational measures are the basic, most numerous and most important type of juvenile criminal sanctions. As a rule, they are regularly imposed on every juvenile offender (both younger and older juvenile), provided that the legally prescribed requirements are satisfied. Similarly, a juvenile may be subject to all other security measures envisaged in the Serbian criminal legislation, except for the prohibition of performing professional duty and activity, but they are never imposed on their own.

Given that juveniles may also commit serious crimes, often involving elements of violence and progression, all contemporary criminal legislations (including the Serbian law) prescribe a juvenile prison sentence as a special kind of punishment for juvenile offenders. In addition, some jurisdictions provide other types of penalties that can be imposed on juvenile criminal offenders.

Juvenile prison sentence is the only kind of punishment that can be imposed on a juvenile offender in Serbia. It entails elements of both repression (the offender's imprisonment and deprivation of liberty for a period of time) and prevention (correction and education of minors). This punishment is only imposed on an older juvenile who has committed a serious crime (felony) and in exceptional cases, if the protection of social values as the primary purpose of criminal law cannot be achieved by applying corrective measures. In such a case, the competent court delivers a judgment imposing a juvenile prison sentence for a specific period of time, ranging from one to five years, and exceptionally up to ten years.

Keywords: *criminal law, juvenile, crime, penalty, culpability, prison.*

Dr Dejan R. Vučetić,*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

pregledni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1878197V

UDK: 342.9
Rad primljen: 01.04.2018.
Rad prihvaćen: 03.05.2018.

O GLOBALNIM TRENDOVIMA U KODIFIKOVANJU UPRAVNOG POSTUPANJA**

Apstrakt: Na početku rada autor ukazuje na prevaziđenost standardne udžbeničke podele država u tri grupe prema tome da li su izvršile kodifikaciju upravnog postupanja ili ne, s obzirom na činjenicu da je veliki broj država kodifikovao (opšti) upravni postupak. U radu su analizirane najnovije promene u ovoj vrlo dinamičnoj oblasti radi utvrđivanja opštih obrazaca, zajedničkih karakteristika i specifičnosti propisa o opštem upravnom postupku u savremenim državama. Tom prilikom rad posebno ukazuje na opštu prihvaćenost termina upravni akt, ali i na razlike u njegovoj sadržini u pojedinim pravnim sistemima. Izvršena je identifikacija i analiza pojedinih, manjih trendova, kao što je usložnjavanje upravne procedure po uzoru na sudsko postupanje, te najnoviji otkloni od ovog trenda, zatim sve veća prisutnost upravnog ugovaranja i drugih oblika alternativnog rešavanja upravnih stvari, kao i sve veće insistiranje na principu participacije građana u upravnom postupku. Cilj analize jeste da dâ odgovor na pitanje u kom pravcu se kreću najnoviji propisi u ovoj oblasti.

Ključne reči: opšti upravni postupak, upravno pravo, upravna delatnost, upravni akt, organi uprave.

* dvucetic@prafak.ni.ac.rs

** Ovaj članak je rezultat rada u okviru projekta pod nazivom „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, finansiranom od strane Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije (referentni broj 179046). Rad je saopšten na međunarodnoj naučnoj konferenciji „Globalizacija i pravo“, koja je održana 21. i 22. aprila 2017. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu.

1. Uvod

S obzirom na karakteristike izvora upravnog prava (Dimitrijević 2016: 34, Milkov 2012: 50–51), tj. na činjenicu da su oni jako brojni, dinamični i najčešće nekodifikovani vrlo je teško primeniti komparativni metod prilikom izučavanja upravnog prava. Situacija je, donekle, drugačija kada je upravni postupak u pitanju. Naime, jedino u ovoj oblasti se kodifikuju (prikupljaju, sređuju, sistematizuju i povezuju) procesne norme po kojima postupa obavezni subjekat upravno-pravnog odnosa (organ državne uprave ili nosilac poverenih javnih ovlašćenja), pa je njihovo komparativno proučavanje i poređenje, bar na prvi pogled, jednostavnije.

U udžbenicima iz upravnog prava u Srbiji¹ i dalje dominira podela država prema tome da li su, i kako, ako jesu, sprovele kodifikaciju upravnih procedura. Prema toj podeli, prvu grupu čine one države koje su upravni postupak u potpunosti kodifikovale. Drugu grupu čine države tzv. mešovitih sistema, koje imaju (nekodifikovane) procesne propise koji se odnose na upravu, dok su u treću grupu svrstavane one malobrojne države koje uopšte nemaju procesne upravne propise (Dimitrijević 2016: 311–313, Milkov 2017: 78–80, Lilić 2013: 435–438 i dr.). Međutim, broj država koje su izvršile kodifikaciju upravnog postupka je danas u tolikoj meri narastao da se slobodno može reći da takva podela ne odgovara stvarnom stanju stvari. Zato bi, po nekim autorima, bilo bolje porediti države prema karakteru njihovih zakona o opštem upravnom postupku (u daljem tekstu: ZUP, ili samo zakon), pri čemu bi se one delile u dve velike grupe – one sa zakonima koji teže modernijim rešenjima i one sa klasičnim zakonima proistekle iz birokratske kulture svojih država (Kovač 2017: 99). Na tom tragu je i novija stručna literatura iz ove oblasti od koje naročito izdvajamo knjigu *Kodifikacija upravnog postupka* (Codification of Administrative Procedure) iz 2014. godine u kojoj su, pod uredništvom Žana Bernara Obija (Jean Bernard Auby), prikazani upravni postupci velikog broja država iz svakog od velikih pravnih sistema (Australija, Kanada, Kina, Hrvatska, Češka, Danska, Estonija, Finska, Francuska, Nemačka, Grčka, Izrael, Holandija, Norveška, Paragvaj, Poljska, Portugal, Švedska, Švajcarska, Sjedinjene Američke Države). Rukovođeni pre svega podacima iz navedene knjige pokušaćemo da identifikujemo zajedničke tačke u zakonima o upravnom postupku savremenih država. Naš “pokušaj” karakteriše drugačija sistematika građe, bliža srpskom čitaocu, kao i poređenja sa srpskim upravnim postupkom. Prva takva tačka je svakako upravni akt kao najčešći “rezultat” (ne i jedini) sprovedene upravne

1 Ovakva podela postoji i u udžbenicima upravnog prava pisanim u doba nekadašnjih Jugoslavija.

procedure. Potom, pokazaćemo da većina zakona o opštem upravnom postupku sadrži i odredbe koje su i materijalnog, a ne isključivo procesnog karaktera. Pojedini autori tvrde da takve norme u procesnim propisima treba izbegavati, jer to narušava njegovu logičku strukturu i smisao. U vezi sa tim je, posledično, i činjenica da se u savremenim ZUP-ovima dosta proširilo upravno ugovaranje, te sporazumi kao mogući ishod upravne procedure, kao i da se sve više insistira na građanskoj participaciji u vršenju upravne delatnosti.

Sve u svemu, takav pristup predmetu istraživanja mogli bismo nazvati “odozdo na gore” (ili “bottom up”) pristup proučavanju ove materije, koji se dosta razlikuje od, u naučnoj i stručnoj literaturi, trenutno dominantno prisutnog pristupa koji bi mogli da nazovemo i “odozgo na dole” (ili “top down”) pristup izučavanju ove materije. Ovaj drugi pristup primat daje proučavanju različitih normi međunarodnog prava, međunarodnih organizacija, pre svega evropskih, zbog snažnog uticaja koji one imaju na nacionalne pravne poretke i njihovo upravno-procesno pravo. U pojedinim, ranijim radovima primenjivali smo takav pristup (Vučetić, 2014: 176–178), a svakako ćemo to činiti i u budućnosti. Do tada zainteresovanog čitaoca upućujemo na tekst “Evropeizacija upravnog prava” u knjizi *Upravna država – Maks Plankovi priručnici iz evropskog javnog prava* (Bogdandy, Cassese, 2017: 631–673) i na Model pravila upravne procedure koji je izradila Istraživačka mreža za Upravno pravo Evropske unije (*ReNeual*), koji je odlično obrađen u knjizi *ReNeualova pravila o administrativnom postupku EU* (Craig, Hofmann, Schneider, Ziller, 2017).

Na kraju ovog, uvodnog izlaganja, a pre nego što pređemo na analizu konkretnih pitanja, treba istaći nekoliko opštevažućih činjenica. Prvo, ono što i površna analiza različitih zakonskih tekstova o upravnom postupku pokazuje jesu ogromne razlike u obimu, institutima koje obrađuju, godinama usvajanja, itd. Zbog toga ćemo u nastavku rada pokušati da identifikujemo najznačajnije institute nacionalnih upravnih procedura. Drugo, istorijsku “dominaciju”, odnosno uticaj austrijskog Zakona, posle Drugog svetskog rata zamenila je “dominacija” nemačkog i ZUP-a Sjedinjenih Američkih Država. I treće, pravi “talas” usvajanja zakona o upravnom postupanju usledio je nakon 90-ih godina prošlog veka, u nekadašnjim komunističkim državama (Craig, Hofmann, Schneider, Ziller, 2017: 2).

2. Opservacije o pojedinim sadržinskim specifičnostima

2.1. Principi upravnog delovanja

Većina zakona o opštem upravnom postupku, upravno-procesnu delatnost razvija počevši od određenih pravnih principa. Oni su obično "oslonjeni" na temeljni državni dokument – Ustav, iz čijih postavki se dalje razvijaju. Dakle, osnovne postavke tih principa obično se nalaze u najvišim pravnim dokumentima svake od država, ali se potom dalje ponavljaju i(ili) razrađuju zakonima o opštem upravnom postupku. Navešćemo nekoliko takvih najviših pravnih vrednosti, sadržanih u ustavima pojedinih država, koje se uzimaju kao polazne tačke za dalje normiranje upravne procedure.

U Ustavu Sjedinjenih Američkih Država to je princip odgovarajućeg (redovnog) pravnog puta (due process). Isti princip se, verovatno pod uticajem američkog ustava, može pronaći i u paragvajskom i brazilskom ustavu (Auby, 2014: 11). Čitaoca zainteresovanog da se detaljnije upozna sa sadržinom ovog principa u kontekstu upravnog prava upućujemo na klasik D. Dž. Galigana *Redovni pravni put i pravične procedure: studija administrativnih procedura* ("Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures") iz 1996. godine.

Sa druge strane, u evropskim državama se sve više javlja princip dobre uprave (prisutan u finskom Ustavu, i italijanskom – "buon andamento"), kao refleksija trenutno dominantne doktrine istog imena po kojoj se vrši reforma javne uprave u evropskim državama. U tom smislu od značaja je i odredba člana 103 španskog Ustava prema kojoj javna uprava treba objektivno da ostvaruje opšti interes, i da deluje u skladu sa principima efikasnosti, hijerarhije, decentralizacije, dekoncentracije i koordinacije, u potpunoj podređenosti zakonu (Auby, 2014: 12).

Kada su konkretni zakoni o opštem upravnom postupanju u pitanju oni se međusobno razlikuju prema broju principa upravnog delovanja koje ustanovljavaju. Tako italijanski Zakon u svom članu 1 navodi sledeće principe: zakonitosti, ekonomičnosti, delotvornosti, nepristrasnosti, javnosti i transparentnosti, a upravno-procesne norme moraju biti "u skladu sa modalitetima koji su predviđeni ovim Zakonom i drugim odredbama kojima se uređuje pojedinačni postupak, kao i principima koji se odnose na pravni poredak Zajednice" (Auby, 2014: 14). Komparativno posmatrano najveći broj eksplicitnih principa upravnog postupanja se može naći u poljskom ZUP-u. To su sledeći principi:

“1) načelo vladavine prava (zakonitosti), 2) princip objektivne istine, 3) načelo uzimanja u obzir društvene javnosti i pravičnog interesa stranke, 4) načelo zaštite legitimnih očekivanja, 5) načelo pružanja informacija, 6) načelo saslušanja stranaka, 7) načelo objašnjenja legitimnih razloga delovanja (obrazloženja), 8) princip brzine i jednostavnosti postupka, 9) princip mirnog rešavanja slučajeva u kojima postoje stranke sa kontradiktornim interesima, 10) načelo pisanosti, 11) princip dvostepenog postupka, 12) princip nepromenljivosti pravosnažnih odluka, 13) načelo sudske kontrole usklađenosti upravne odluke sa zakonom” (Auby, 2014: 15). Za poljskim Zakonom svakako ne zaostaje ni srpski Zakon iz 2016. godine koji eksplicitno navodi sledeća načela upravnog postupanja: načelo zakonitosti i predvidivosti, načelo srazmernosti, načelo zaštite prava stranaka i ostvarivanja javnog interesa, načelo pomoći stranci, načelo delotvornosti i ekonomičnosti postupka, načelo istine i slobodne ocene dokaza, načelo prava stranke na izjašnjavanje, načelo samostalnosti, pravo na žalbu i prigovor, načelo pravosnažnosti rešenja i načelo pristupa informacijama i zaštite podataka. Obi (Auby) navodi princip srazmernosti (proporcionalnosti) kao vrlo rasprostranjen princip koji se (osim u našem i drugim državama bivše Jugoslavije) može naći i u nemačkom, švedskom i Zakonu o opštem upravnom postupku Sjedinjenih Američkih Država.

2.2. Norme materijalno-pravnog karaktera

Više nije tako retka pojava da se norme zakona o opštem upravnom postupku ograničavaju na regulisanje čisto procesnih pitanja. Sve je češća praksa “izletanja” u materijalno pravna pitanja. Radi se o proširenju obima ove vrste opštih pravnih akata na niz novih pitanja sa ciljem uspostavljanja “*kvalitativnih standarda administrativnog ponašanja uopšte*” (Auby, 2014: 3). Danas se u ovoj vrsti zakona mogu naći i norme o sukobu interesa, kojima su pojedini zakonodavci posvetili čitava poglavlja svojih ZUP-ova (Norveška). Pored Norveške, ovakve norme sadrži i srpski Zakon, austrijski, švedski, poljski, čileanski i tajvanski zakoni. Materijalno-pravnim normama treba pridodati i odredbe o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja koje su, u najvećem broju slučajeva, regulisane posebnim zakonom. Izuzetak je italijanski Zakon koji je ovom pitanju posvetio posebnu glavu (V) pod nazivom “Pristup upravnim dokumentima”. Uprkos tome što sistem upravnog prava u sebi sadrži i norme o odgovornosti uprave (pored onih o organizaciji, delatnosti i kontroli rada uprave) zakoni o opštem

upravnom postupku uglavnom ne sadrže norme tog tipa. Izuzetak je španski Zakon koji detaljnije reguliše ta pitanja (čl. 139–144).

2.3. Norme organizacionog karaktera

Na ovom mestu se kao prvo postavlja pitanje subjekata koji primenjuju ZUP. Iako je nama to normalno, nemaju sve države pojam imalaca javnih ovlašćenja niti se u svim državama koje imaju ZUP privatnim subjektima mogu poveriti javna ovlašćenja koja se realizuju po pravilima upravne procedure.

Poljski Zakon reguliše hijerarhijske odnose između centralnih organa državne uprave i organa jedinica dekoncentracije (Auby 2014: 7). Grčki i španski Zakon sadrže norme o delegaciji nadležnosti sa jednog organa uprave na drugi. U ovu grupu normi spadaju i norme o koordinaciji aktivnosti više organa uprave radi pružanja usluga – španski i italijanski Zakon posebno regulišu mogućnost ugovorne saradnje organa uprave u cilju boljeg pružanja usluga korisnicima (Auby, 2014: 10). Takođe, ovde treba pridodati i norme o rešavanju sukoba nadležnosti (kakve postoje npr. u srpskom i poljskom Zakonu) ali i svih drugih sukoba koji se mogu pojaviti među organima uprave. Ovo pitanje je naročito bitno u složenim državama poput Nemačke i Španije pa ga njihovi zakoni naročito detaljno regulišu (Auby, 2014: 10).

Dalje, pod uticajem germanske pravne tradicije, zakoni o upravnom postupanju po pravilu regulišu samo eksterno delovanje uprave – delatnost usmerenu ka spolja. Takva je situacija i sa srpskim Zakonom. Međutim, postoje i zakoni koji sadrže pravila internog postupanja uprave kao što je recimo češki Zakon (Auby, 2014: 9). U tom kontekstu treba tumačiti i odredbu člana 11 španskog Zakona koja postavlja principe za formiranje organa uprave (Auby, 2014: 10). U ovu grupu normi možemo ubrojati i one koje preciziraju organizaciju i način donošenja odluka kolektivnih organa. Takve norme sadrže, pored srpskog i zakona bivših jugoslovenskih republika, i grčki, španski i švedski zakon.

2.4. Norme posebnih upravnih postupaka

Neki od ZUP-ova normiraju jedan tip (algoritam) procedure za sve situacije, dok kod drugih to nije slu čaj. U prvom slu čaju se ostavlja posebnim propisima da vrše dopunu opštih pravila postupka (npr. švedski upravni postupak). U drugoj grupi zakona se predviđa nekoliko vrsta postupaka u zavisnosti od materija na koje se odnose (SAD, Nemačka,

Španija, Čile i dr.). Najčešće se radi o pitanjima iz poreske materije, urbanog planiranja (Nemačka), socijalnog osiguranja, policijskog i carinskog procesnog prava. Ali u ovaj krug su ponekad uključeni i malo "neobičniji" postupci poput delatnosti diplomatsko-konzularnih predstavništava (Poljska), rada vojne uprave i dr. (Auby, 2014: 7). Norveški ZUP čak propisuje posebnu proceduru za situaciju kada je država u ratu ili pod pretnjom rata. Najčešće se ove posebne materije dalje razrađuju posebnim zakonima, kao što je i kod nas slučaj, ali je očigledno, prema mišljenju zakonodavaca tih država, bilo potrebno da se neka pitanja dodatno "učvrste" bazičnim, osnovnim ZUP-om.

Uopšte uzev nacionalni zakonodavci su pitanju odnosa posebnih upravnih procedura i pravila opšteg upravnog postupka pristupili iz tri osnovna ugla (Auby, 2014: 11–13). U nastavku ćemo obraditi svaki od ta tri pristupa.

2.4.1. Potpuna odvojenost u primeni

Ovaj prvi pristup se još naziva i "nepropustljivost" (Auby, 2014: 12). ZUP i posebni zakoni se primenjuju u potpunosti ali odvojeno. Auby kao primer navodi situaciju u Estoniji i njen ZUP. Prema odredbi člana 112 estonskog Zakona, on će se primenjivati u posebnim materijama samo ukoliko je to "dozvoljeno" posebnim zakonom kojim je određena upravna oblast regulisana. Međutim, sudska praksa je kasnije "dopunila" ovo pravilo, zahtevom da se ono primenjuje samo u situacijama u kojima poseban zakon ima isti nivo "specifičnosti" kao i opšti zakon. Ukoliko je taj nivo "niži" onda se ZUP može primeniti i bez direktne "dozvoljavajuće" norme u posebnom zakonu (Auby, 2014: 13).

2.4.2. Supsidijarnost ZUP-a

Ovo je nama dobro poznato pravilo – norme ZUP-a imaju supsidijaran karakter u odnosu na norme posebne upravne procedure i primeniće se na ona (procesna) pitanja koja nisu regulisana zakonom o opštem upravnom postupku (Milovanović, Cucić 2015: 96). Prisutno je i u švedskom, a što je još bitnije i nemačkom ZUP-u. Ovaj princip se može pronaći i u posebnoj varijanti kada se primenjuje samo u određenim materijama, na primer poreskoj (Španija).

2.4.3. Komplementarna primena

U ovakvim situacijama primeniće se norme i opšteg i posebnog zakona u koliko takva, kombinovana primena stvara, normativnu "dodatnu vrednost"

(Auby, 2014: 12). Ovakvo pravilo normirano je odredbom člana 1 čileanskog Zakona o opštem upravnom postupku. U kontinentalnim pravnim sistemima se može naći u portugalskom, švajcarskom i finskom Zakonu o opštem upravnom postupku. U Finskoj se, na primer, komplementarno primenjuju ZUP i Zakon o lokalnoj samoupravi.

Pojedini upravno-pravni poreci kombinuju napred navedena tri “bazična” pristupa, odnosno odstupaju od njihove primene u čistom obliku. U Češkoj, npr. postoji primena potpune odvojenosti, isključenosti od primene ZUP-a, u pojedinima materijama, kao izuzetak od pravila njegove supsidijarne primene. Komplementarnost primene se nekada vezuje ne za specifičnost materije (primenom resornog principa) već za specifičnost organa koji primenjuju ZUP kao što je, na primer, slučaj u Sjedinjenim Američkim Državama, gde je propisano da se ZUP i posebne upravne procedure primenjuju od strane određenih organa ili organizacija uprave. Takođe, u vezi sa ovim je i pitanje da li organi uprave imaju slobodu (marginu) da “manevrišu”, odnosno da prilagođavaju proceduru stepenu kompleksnosti slučaja koji rešavaju. To uglavnom nije slučaj, ali se suprotna pravila mogu pronaći u estonskom, tajvanskom i portugalskom zakonu o opštem upravnom postupku. Na primer, u ovom poslednjem, portugalskom, mnoge odredbe Zakona o opštem upravnom postupku su fakultativnog karaktera, pa organi mogu odstupati od njihove primene ukoliko procene da nisu prilagođene činjenicama slučaja (Auby, 2014: 13).

2.5. Norme o upravnim ugovorima

Veliki broj zakona o opštem upravnom postupku reguliše pitanje upravnih ugovora. U tu grupu spadaju: Srbija, Hrvatska, Češka, Finska, Estonija, Nemačka, Grčka i Tajvan (Auby, 2014: 9). Obično je ovaj institut šturo regulisan i svodi se na pitanja nadležnosti za njihovo zaključivanje. Sam postupak njihovog zaključivanja (putem javnih nabavki ili na drugi način) je regulisan drugim zakonima. Donekle je tako i u Srbiji i srpskom pravu (Petrović, Prica 2016: 694–699; Tomić, 2017: 258–263).

3. Opservacije o pojedinim procesno-pravnim specifičnostima

3.1. Različita shvatanja pojma upravni postupak

U nekim ZUP-ovima, naročito anglosaksonskih država, nije baš najjasnije šta se podrazumeva pod upravnom procedurom, odnosno sadržina tog pojma odstupa od njegovog kontinentalno-pravnog poimanja.

Naime, u tim državama taj pojam u sebe uklju čuje i postupak koji se vodi pred kvazisudskim upravnim instancama koje se još nazivaju i administrativni tribunali (Kavran, 1996: 324–329). Zakon o upravnom postupku Sjedinjenih Država spada u tu grupu. U njemu se u osnovi pravi razlika između dve vrste “upravnih” postupaka. U prvoj vrsti su ona pravila po kojima se donose upravni propisi (rulemaking), a u drugoj ona po kojima se rešava, odnosno “presuđuje” (adjudication rules). Obe ove vrste postupaka se dele na dve podvrste – formalnu i neformalnu (Auby, 2014: 16). U državama kontinentalnog pravnog sistema situacija je jasna. Izuzetak je Švedska, čiji ZUP, doduše u različitim poglavljima, reguliše i upravnu i upravno-sudsku proceduru (Auby, 2014: 2). Pojedini zakoni sadrže i norme po kojima se izriču sankcije (odredba člana 127 španskog Zakona), premda to navodimo uslovno, jer je pitanje da li se u upravnom postupku mogu izricati sankcije u klasičnom smislu.

Takođe, zakoni o opštem upravnom postupku se mogu grubo gledano podeliti u dve velike grupacije. U prvoj su oni koji su upravnu proceduru normirali po ugledu na sudski (parnični) postupak, i na drugu grupu u koju se mogu svrstati svi ostali zakoni. Naš, srpski Zakon, je u ovoj prvoj grupi zakona koji detaljno regulišu sve faze upravnog postupanja i čak se, uz hrvatski, navodi kao primer zakona koji posebno detaljno regulišu upravnu proceduru (Auby, 2014: 14). U nastavku ćemo obraditi čisto procesne norme takvih zakona o opštem upravnom postupku.

3.2. Specifičnosti upravnih procedura normiranih po ugledu na sudske postupke

3.2.1. Pokretanje postupka

Svi zakoni se po pitanju normi o načinu pokretanja postupka mogu podeliti u dve grupe u zavisnosti od toga kakav se odgovor dobija na pitanje “ko može pokrenuti upravni postupak?”. One u kojima se postupak pokreće samo po službenoj dužnosti i povodom zahteva stranke (nemački Zakon), i one po kojima se postupak pokreće po službenoj dužnosti i zahtevom stranke (srpski, poljski, španski i dr.).

3.2.2. Stranka i njena procesna pozicija

Oni zakoni koji procesni algoritam normiraju po ugledu na (kvazi)sudsku proceduru obično određuju pojam stranke i njenih prava i dužnosti. Osim srpskog Zakona (Tomić, Milovanović, Cucić, 2017: 20) pojam stranke je definisan i u austrijskom, norveškom i drugim zakonima. Najdetaljniju

definiciju stranke daje tajvanski Zakon u odredbi člana 20, i ona obuhvata više kategorija lica: podnosioca zahteva i kontrarnu stranku (adverse party), pasivnu stranku – lice koje je u nadležnosti organa uprave; suprotnu stranu u upravnom ugovoru zaključenom sa organom uprave; lice kome je izdato administrativno uputstvo;² lice koje podnese peticiju organu uprave i svako drugo lice koje prema tom zakonu može da učestvuje u upravnom postupku (Auby, 2014: 19). Prema odredbi člana 23 istog Zakona, status stranke organ može priznati i trećim zainteresovanim licima.

Krug prava koja su priznata stranci “varira” kako u pogledu prava tako i u pogledu njihove razrade pojedinim zakonima. Obično su im zakonopisci posvetili jedno ili više poglavlja (Danska čak tri). Među njima je naročito značajno pravo stranke da bude informisana o svim relevantnim elementima slučaja, da ima pristup informacijama koje su od (javnog) značaja za postupak u kome učestvuje; odnosno pravo stranke da se izjasni o činjenicama slučaja i da o njima da izjavu (Portugal).

3.2.3. Dokazna sredstva

Pravilo je da zakoni koji detaljno normiraju upravnu proceduru po ugledu na sudsku sadrže i precizne odredbe o utvrđivanju činjenica, o dokaznim sredstvima i dokaznom postupku. Sa tim u vezi treba istaći da najveći broj takvih zakona usvaja princip po kome je teret dokazivanja na organu uprave, kada se radi o postupcima kojima se stranci nameću ponašanja, odnosno obaveze. Takvo gledište simbolizovano je u odredbi člana 24 nemačkog Zakona, prema kojoj je organ taj koji utvrđuje koje se činjenice imaju uzeti kao dokazane i na koji način, i tom prilikom nije vezan dokaznim sredstvima koja su stranke predložile svojim podnescima ili koja su stranke priložile uz zahtev. U srpskom, bivšim jugoslovenskim, austrijskom, poljskom, norveškom i drugim zakonima nalazi se standardan “set” dokaznih sredstava koja se mogu koristiti kako bi se utvrdile činjenice slučaja – svedoci, veštaci, izjave stranke, usmena rasprava, isprave i uviđaj (Auby, 2014: 20).

3.2.4. Stvarna i mesna nadležnost za vođenje upravnog postupka.

Iako se ovo pitanje može posmatrati i kao materijalno, odnosno sadržinsko – neki upravni postupci ga ipak regulišu i to na dva osnovna načina. Prvo, prema odredbama o nadležnosti ustanovljava se pravilo koji organ će biti nadležan da postupa u konkretnoj upravnoj stvari. U grupu

² Ostaje nejasno da li je ovo tzv. administrativno upu tstvo zapravo garantni akt u smislu srpskog ZUP-a.

zakona koji poseduju norme kojima regulišu ovo pitanje spadaju srpski, bivši jugoslovenski, poljski i tajvanski. Tom prilikom se posebna pažnja posvećuje i pitanjima određenja mesne nadležnosti. Pojedini zakoni tim normama pridodaju i norme o rešavanju sukoba nadležnosti. Obi (Auby) posebno izdvaja i zakone koji pored pitanja stvarne i mesne nadležnosti regulišu i pitanja funkcionalne nadležnosti (koji službenik će u okviru nadležnosti organa uprave biti zadužen da rešava u konkretnoj vrsti upravnih stvari). Kao primere za ovu vrstu zakona on navodi hrvatski i italijanski zakon (Auby, 2014: 18).

3.2.5. Drugi procesni "detalji"

Norme o kvazi-sudećim upravnim procedurama u sebi obično sadrže i detaljno regulisanje rokova – koji su ponekad duži od onih koji predviđa srpski ZUP (60 dana). Naime, italijanski Zakon ostavlja rok od 90 dana organu da odluči u postupku, a sličan rok daje i španski Zakon – 3 meseca (Auby, 2014: 20). Neki od zakona detaljno regulišu jezik na kome se postupak ima voditi, odnosno postupanje sa zahtevima koji nisu podneti na zvaničnom službenom jeziku (Nemačka – odredba člana 23, Španija odredba člana 36).

Ova vrsta zakona obično sadrži i odredbe o punomoćnicima i zastupnicima stranaka, razgledanju i kopiranju spisa predmeta, zapisnicima, troškovima postupka (i o tome ko ih snosi) i taksama koje pojedina lica imaju pravo da naplaćuju.

3.2.6. Posledice nezakonitosti u postupanju

Pojedini zakoni pokušavaju da ublaže preterano insistiranje na procesnim detaljima koje je posledica ugledanja na sudske procedure – naročito kada je u pitanju korišćenje procesnih nedostataka kao razloga za poništavanje odluka organa uprave. U tom smislu treba tumačiti i odredbu člana 46 nemačkog Zakona koja kaže da se poništavanje upravnog akta ne može tražiti samo zbog povrede procesnih pravila upravnog postupka ili mesne nadležnosti, ukoliko je očigledno da te povrede nisu imale uticaja na odluku o glavnoj stvari. Slična rešenja se mogu naći i u italijanskom i estonskom Zakonu.

3.3. Ishod upravnog postupka

3.3.1. Upravni akti i/ili akti uprave

Pojam upravnog akta je, matematičkim jezikom rečeno, najmanji (komparativni) zajednički sadržalac većine zakona o upravnom postupku. Interesantno je da je to tako i kada su u pitanju države koje pripadaju potpuno različitim pravnim sistemima – npr. anglosaksonskom i kontinentalnom. Međutim, i površna analiza ovog pojma u različitim zakonima ukazuje na razlike u njegovoj sadržini. Zato je potrebno da se ukaže na one najznačajnije.

Prva takva razlika tiče se činjenice da li pojam upravnog akta u sebe uključuje i opšte pravne akte uprave ili ne. Do pozitivnog odgovora na ovo pitanje može se doći analizom zakona Sjedinjenih Američkih Država, Norveške, Finske, Portugala i dr. (Auby, 2014: 8). U zakonima ovih država često se regulišu obe vrste akata. Mi ćemo u daljem radu opšte upravne akte (upravne propise) nazivati aktima uprave prema standardno prihvaćenoj podeli u srpskoj književnosti upravnog prava. Tako se, na primer, u norveškom Zakonu o opštem upravnom postupku jedno poglavlje odnosi na opšte akte uprave, a tri poglavlja na pojedinačne akte uprave (Auby, 2014: 8). Međutim, i komparativno se javlja dilema gde je granica između pojedinačnih i opštih pravnih akata uprave. To je naročito slučaj kod tzv. generalnih upravnih akata.

Sa druge strane, nalazi se skup država (u koje spada i Srbija) koje na sadržaj pojma upravnog akta gledaju uže, tako što u njega uključuju samo pojedinačne pravne akte. Tipični predstavnici te grupe država su Nemačka, Češka, Holandija, Poljska, Švedska i dr. I ovde se, takođe, postavlja pitanje koji sve akti ulaze u krug upravnih akata koje treba regulisati ZUP-om? Interesantno je da ZUP-ovi pojedinih država (npr. Češka) u krug upravnih akata ubrajaju i akte "čisto interne sadržine", odnosno različita mišljenja, akte komunikacije, upozorenja, preporuke i druge pravno neobavezujuće akte.

Kod analize regulisanja upravnih akata potrebno je ukazati na značaj normi o njihovoj sadržini. Komparativna istraživanja su pokazala da oni po pravilu moraju obavezno da sadrže obrazloženje (motive) zašto je odlučeno kao u dispozitivu rešenja (npr. nemački Zakon – član 39, norveški – član 24, poljski – član 107, srpski, španski, švedski i dr.). Iako većina ZUP-ova predviđa da se odluka mora doneti u pisanoj formi postoje i izuzeci od tog pravila, kao što su norveški (član 23) i španski (član 55) zakon. Norveški ZUP normira da će se odluka doneti u pisanom

obliku izuzev ako, iz praktičnih razloga, to ne predstavlja naročito "problem" za upravni organ (Auby, 2014: 22). Pojedini ZUP-ovi se posebno bave pitanjem javnosti donetih odluka (grčki – član 18–19, nemački – član 41, norveški – član 27, španski – član 52).

3.3.3. Sporazum

Najdrastičnija razlika u odnosu na klasično shvatanje upravne procedure tiče se mogućih načina za okončanje upravnog postupka. Naime, nemački ZUP u odredbi člana 54 predviđa da se postupak može okončati i sporazumom, a ne samo jednostranom izjavom volje autoritativne strane u upravno-pravnom odnosu. Tom odredbom nemački ZUP normira da organ može umesto da donese upravni akt zaključiti sporazum javnog prava sa licem kome je "namenjeno donošenje upravnog akta". Slična odredba nalazi se i u španskom i poljskom ZUP-u (Auby, 2014: 21).³ I italijanski ZUP predviđa da je upravni postupak moguće okončati i drugačije, a ne samo upravnim aktom. Način okončanja su metod – "procedimento" i mera – "provvedimento" (Auby, 2014: 14).

3.3.4. Ćutanje uprave

U svim pravnim sistemima česta je situacija u kojoj uprava i njeni organi ostaju nemi na traženja stranaka. Komparativno posmatrano taj "problem" zakoni o opštem upravnom postupku rešavaju na nekoliko različitih načina. Prvi je da, u slučaju da organ ne odluči u propisanom roku, stranka stiče pravo da se, upotrebom odgovarajućeg pravnog sredstva, obrati drugom (uobičajeno višem) organu da odluči u njenoj stvari. Drugi je da stranka, u slučaju tzv. administrativne "inercije" stiče pravo da se obrati sudu kako bi se organ uprave "primorao" da donese odluku. Ono što je izazvalo dosta polemika u stručnoj javnosti, a problema u praksi, jeste pravilo "ćutanje znači saglasnost" (Dimitrijević, 2015). Ovog pravilo je refleksija odredbe člana 42 nemačkog Zakona o upravnom postupku koja kaže da će se, po isteku roka za odlučivanje, zahtev smatrati odobrenim (fiktivno odobrenje) "ako je to propisano zakonom, i ako je zahtev dovoljno jasno sadržinski definisan" (Auby, 2014: 23). Ono što se ne uzima u obzir prilikom analize ove pravne norme jeste da nemački zakonodavac u ovoj situaciji nije uspostavio jedno opšte pravilo pozitivnog ćutanja uprave, već da je prepustio posebnim zakonima da ga rešavaju u zavisnosti od specifičnosti pojedinih upravnih materija. Prema Obiju isto pravilo sadržano je i u španskom (odredba člana 42) i

3 Po srpskom zakonu postupak se okončava sporazumom u slučaju "poravnanja".

u italijanskom Zakonu (odeljak 20). Postoje zakoni, kao što je čileanski, na primer, koji istovremeno regulišu obe situacije (i pozitivnog i negativnog ćutanja uprave). Takođe, treba istaći da pravilo ponašanja u slučaju ćutanja uprave u nemačkom pravu ne može biti kompletno ako se u obzir ne uzme odredba člana 42 Zakona o upravnom sudu koja kaže da se od suda može tražiti da “naredi” organu uprave da odluči u određenoj stvari donošenjem odgovarajućeg akta. Slično rešenje poznaju i drugi zakoni.

3.4. Žalba

Većina zakona kojima se reguliše upravno postupanje predviđa i pravo žalbe stranke. Ovo pravo je obično ograničeno na pojedinačne situacije i ne može se koristiti protiv upravnih propisa, što je i logično (takvu žalbu zabranjuje norveški zakon). Pravila o žalbi su, po pravilu, vrlo detaljna i uključuju sledeća pitanja: kome se podnosi žalba (drugostepeni organ, ali to može biti i nezavisni organ, odnosno upravni sudija), rok za izjavljivanje žalbe (koji se kreće od dve nedelje do jednog meseca); suspenzivno dejstvo žalbe (koje ponekad može biti pitanje odluke nadležnog organa, kao što je to slučaj u švedskom Zakonu); reformatio in melius, itd. (Auby, 2014: 24–25).

3.5. Ovlašćenja organa višeg stepena (izmena, ukidanje ili poništavanje prvostepene odluke)

U ovoj oblasti ima najmanje sličnosti između ZUP-ova različitih nacionalnih pravnih sistema. Praktično svaka država za sebe razvija ovu oblast upravnog-procesnog prava, u čemu značajnu ulogu u celom procesu ima upravna i sudska praksa, a ne samo zakoni o upravnom postupku (Auby, 2014: 25). Zbog toga ćemo ovom prilikom navesti samo neke specifičnosti koje mogu biti interesantne iz ugla jednog srpskog stručnjaka u ovoj oblasti.

Prva takva osobenost jeste da u pojedinim pravnim sistemima odluku kojom je stranka stekla neko pravo nije moguće ukloniti iz pravnog poretka, odnosno da je to moguće u činiti samo “zaobilaznim” putem, preko sudske grane vlasti (npr. Paragvaj). Interesantno je rešenje koje sadrži italijanski Zakon u odeljku 21 (Auby, 2014: 25), a tiče se uklanjanja zakonitih rešenja iz pravnog poretka. Naime, prema tom rešenju ukoliko dođe do promene javnog interesa organ uprave može poništiti odluku, ali će morati da nadoknadi štetu stranci koju takvo poništavanje direktno pogađa. Takođe, veliki broj zakona sadrži odredbe o ponavljanju

postupka, koje kao razloge za ponavljanje uključuju prevarno ponašanje (Austrija, Poljska), nenadležnost (Poljska) ili očiglednu pogrešnost (Švedska).

3.6. Učešće građana u upravnom postupanju

Na savremene zakone o opštem upravnom postupku u velikoj meri utiče i razvoj tzv. participativne demokratije ili, da budemo precizniji, doktrina dobre uprave (Koprić, Musa, Lalić Novak, 2011: 1521–1538), čiji je sastavni deo princip participacije, i što je još važnije transparentnost upravnih procedura, sa kojom je u ovoj situaciji neraskidivo povezan. U svojoj najužoj varijanti princip participacije (učesća građana) je u tesnoj vezi sa svojstvom stranke u upravnom postupku, i svodi se na pravo (trećih, zainteresovanih) lica bez svojstva stranke da učestvuju u postupku. U srpskoj upravnoj praksi se često dešava da ta lica, tzv. pravni interesenti, uopšte nemaju saznanja da su pokrenuti i vođeni postupci čiji će kasniji ishod ugroziti njihove interese (Milkov 2014: 92). Zato u članu 41 finskog Zakona o upravnom postupku piše da će, ako odluka o nekom pitanju može imati značajan uticaj na životne ili radne uslove drugih lica, a ne samo stranke, organ takvim licima pridržati mogućnost da dobiju informacije o osnovama i ciljevima razmatranja tih upravnih stvari i dati im priliku da izraze svoje mišljenje o toj stvari.

Naravno, ovo pitanje postaje mnogo značajnije kod onih upravnih postupaka koji sadrže norme kojima se reguliše i normativna upravna delatnost – donošenje opštih akata uprave. U tom smislu je naročit, neki bi rekli “svetao”, primer Zakona o upravnom postupku Sjedinjenih Američkih Država (procedura davanja obaveštenja i komentara), ali i zakoni Brazila, Portugala i, ponovo, Finske (u kojoj se prema odredbama posebnih zakona o pojedinim “upravnim stvarima” građani mogu izjašnjavati i na referendumu)!

U zakonima koji su usvajani posle 1980. godine sve je приметnije regulisanje upotrebe informatičke tehnologije u komunikaciji organa i stranaka u upravnom postupku. U tom smislu, jedini izuzetak predstavlja grčki Zakon (Auby, 2014: 17). Prema odredbi člana 10 čileanskog Zakona to je i jedan od principa za vođenje upravnog postupka. Prema odredbi paragrafa 13 austrijskog Zakona, stranke svaki upravni postupak mogu pokretati elektronskim pismom – mejlom. U tom smislu i srpski Zakon (kao i hrvatski nešto pre njega) na dosta savremen način razrađuje ovo pitanje (Milovanović, Cucić 2015: 95; Koprić, 2011: 51).

4. Zaključak

Na kraju rada pokušaćemo da sumiramo trendove koji su prisutni u normiranju upravnih procedura. Na prvom mestu treba istaći da se istorijsko klatno skoro do kraja pomerilo u pravcu kodifikacije upravnog postupka i da veliki broj država, i, što je još bitnije, skoro sve sa “zračćim” pravnim porecima, imaju kodifikovan upravni postupak, ili su blizu njegove kodifikacije. Čak i one države koje nemaju kodifikovanu upravnu proceduru, poput Francuske, polako počinju da “popuštaju” pod uticajem različitih društvenih faktora i grupa. Tako je u Francuskoj posebna vladina komisija – Commission Superieme de Codification, počela sa izradom nacрта ZUP-a.

Možda bi se moglo reći da sada klatno polako počinje da se pomera u suprotnom pravcu – dekodifikacije upravne procedure. Naime, u Danskoj je započeo proces dekodifikacije upravnog postupanja (Auby, 2014: 26), a postoje i gledišta koja ističu argument “nepotrebnosti” upravnog kodifikovanja u doba postojanja pravnih baza podataka, zahvaljujući kojima je lako pristupiti svim propisima koji se imaju primeniti u jednoj upravnoj stvari.

U svakom slu čaju, i države sa višegodišnjom, pa i višedecenijskom tradicijom kodifikovanja upravne procedure prolaze kroz proces promene svojih zakona o upravnom postupku. Toga smo bili svedoci u prethodnih nekoliko godina i u Srbiji, jer je 2016. godine Narodna skupština usvojila novu verziju Zakona o opštem upravnom postupku (“Sl. glasnik RS”, br. 18/2016). Kao što smo videli, opšte mesto, topos, svih kodifikacija upravnog procesa svakako je upravni akt, kao krajnje ishodište te vrste procesa. Problem je, međutim, što taj pojam ima dosta različitu, amorfnu sadržinu u zavisnosti od konkretnog zakona koji se analizira. Dalje, klasične, nešto starije ZUP-ove odlikuje ugledanje na sudske procedure i vrlo detaljne (neki bi rekli možda i previše) procesne norme i standardni instituti procesnog prava. U tu grupu zakona možemo svrstati i srpski. Međutim, noviji zakoni osim upravnog akta normiraju i druge, alternativne metode za okončanje upravnog postupka, poput sporazumevanja sa strankom. Kao instituti koje sadrže ZUP-ovi “novije generacije” najčešće se javljaju i upravni ugovori. A sve više se insistira i na povećanoj ulozi građana u vršenju upravnih poslova. Pojava ovih “netipičnih” upravnih procesnih instituta posledica je doktrinarnih zaokreta u reformisanju celokupne javne uprave u savremenim državama, i to pre svega doktrine novog javnog menadžmenta i doktrine dobre uprave. Naš zakonodavac je, možemo reći,

oprezno zakoračio u tom pravcu. Na primer, predvideo je niz novih instituta, ali je njihovu konačnu implementaciju u praksi ostavio za trenutak kada se oni budu bliže regulisali posebnim zakonima.

Dakle, kodifikacija je sve drugo samo ne statičan proces koji se završava jednom kada bude donet zakon o opštem upravnom postupku. Ti procesi su evolucija samog pravnog sistema i posledica su problema u praksi koji su ukazali na nedostatke u prethodnim verzijama zakona, ali ponekad imaju i eksterne, vanpravne uzroke.

Literatura/References

Auby J.B. (Ed.). (2014). *Codification of Administrative Procedure*. Bruxelles: Bruylant.

Von Bogdandy, A., Cassese, S. (Eds.). (2017). *The Max Planck Handbooks in European Public Law: The Administrative State (Vol. 1)*. Oxford University Press.

Vučetić D. (2014). Evropska upravno-procesna pravila i opšti upravni postupak Republike Srbije. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 68. 175–186.

Galligan D.J. (1996). *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*. Oxford University Press.

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

Dimitrijević, P. (2016). *Upravno pravo – opšti deo*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

Kavran D. (1996), Tribunali i javni ispitni postupak u anglosaksonskom pravu. *Aktuelna pitanja jugoslovenskog procesnog zakonodavstva*. 319–329.

Koprić, I. (2011). Zakon o općem upravnom postupku i tehnološko unaprjeđenje uprave. *Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu*, 57, 43–75.

Koprić, I., Musa, A., & Novak, G. L. (2011). Good administration as a ticket to the European administrative space. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 61, 1515–1555.

Kovač, P. (2017). *Innovative Administrative Procedure Law: Mission Impossible?* NISPAcee Journal of Public Administration and Policy, 10(2), 93–117.

Lilić, S. (2013). *Upravno pravo i upravno procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Milkov, D. (2012). *Upravno pravo, I (uvodna i organizaciona pitanja)*. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

Milkov, D. (2014). O potrebi usklađivanja srpskog upravnog postupka sa pravom Evropske unije. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 68. 83–96.

Milkov, D. (2017). *Upravno pravo, II (upravna delatnost)*. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

Milovanović D., Cucić V. (2015). Nova rešenja Nacrta zakona o opštem upravnom postupku u kontekstu reforme javne uprave u Srbiji. *Pravni život br. 10*. 95–269.

Petrović M., Prica M. (2016). Upravni ugovor kao problem pravne nauke i pozitivnog prava. *Ljudska prava – između ideala i izazova sadašnjosti: zbornik radova*. Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet. 687–700.

Tomić, Z. (2017). Upravni ugovori – elementi pravnog režima u Srbiji. *Pravni život br. 10*. 249–269.

Tomić Z., Milovanović D., Cucić V. (2017). *Upravni postupak: priručnik za polaganje državnog stručnog ispita*. Beograd: Sužbeni glasnik.

Craig, P. P., Hofmann, H., Schneider, J. P., Ziller, J. (Eds.). (2017). *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*. Oxford University Press.

Dejan Vučetić, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš, Serbia

ON GLOBAL TRENDS IN THE CODIFICATION OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Summary

In this paper, the author points to the outdated textbook classification of states into three groups, according to whether they have carried out the codification of administrative procedure or not. The first group includes the states that have administrative procedures fully codified. The second group comprises the states with the so-called mixed systems, which have uncodified procedural regulations related to the administration, while the third group contains a few states that do not have administrative procedural regulations at all. The author analyzes recent changes in this highly dynamic field in order to specify general patterns, common characteristics and peculiarities of regulations of general administrative procedure in contemporary states. The paper especially points to the general acceptance of the concept of administrative act but also underscores the differences in its content in various legal systems. The author has identified and analyzed some smaller standalone trends, such as: the increasing complexity of administrative procedures along the lines of judicial procedures, and the most recent deviations from this trend; the increasing presence of administrative contracting and other forms of alternative dispute resolutions of administrative matters; and the growing insistence on the principle of citizens' participation in administrative proceedings. The goal of the analysis is to determine the degree of influence of the Global and European administrative law on the national regulations, to explore the activities of certain expert organizations bringing together a number of experts in the field of comparative administrative law, and to discuss the course of the latest regulations in this area.

Keywords: *general administrative procedure, administrative law, administrative activity, administrative act, administrative bodies.*

Dr Marija Ignjatović,*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

pregledni naučni rad
doi:10.5937/zrpfmi18782171

UDK: 347.155(37)
Rad primljen: 01.04.2018.
Rad prihvaćen: 18.05.2018.

CAPACITAS IURIDICA I STATUS FAMILIAE U RIMSKOM PRAVU**

Apstrakt: Pitanje pravne sposobnosti nije uvek imalo jednak tretman u svim periodima razvoja ljudskog društva. Dok se u savremenom pravu, polazeći od osnovnih ljudskih prava i sloboda, smatra da svako stiće pravnu sposobnost činom rođenja i da su svi ljudi jednaki po rođenju, bez obzira na pol i rasu, pitanje pravnog subjektiviteta različito je bilo tretirano u društvima različitih istorijskih epoha. U robovlasničkom periodu, na definisanje pravnog subjektiviteta uticalo je niz faktora. U rimskoj državi nije bilo svejedno da li se neko lice rađalo kao slobodno ili kao rob, zatim da li je lice rođeno kao Rimljanin (*cives*), ili kao Latin ili peregrin. Takođe, nije bilo svejedno da li je jedno lice po rođenju dobijalo status lica sui iuris, ili status lica alieni iuris. U zavisnosti od toga da li je jedno lice pripadalo statusu građanstva, statusu slobode ili je bilo posmatrano kroz porodični status, pristupalo se definisanju pitanja pravne i poslovne sposobnosti lica u okviru rimske države. U ovom radu posvetiće se posebna pažnja pitanju pravne sposobnosti fizičkih lica u okviru porodičnog statusa, status familiae.

Ključne reči: *capacitas iuridica* (pravna sposobnost), *status familiae*, *cives*, *Latini*, *peregrini*, *lica sui iuris* i *alieni iuris*.

* marija@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 od 2013. do 2018.

1. Uvod

Pitanje pravne sposobnosti (*capacitas iuridica*) spada u red jako složenih pitanja rimskog prava. Složenost ovog pitanja, u prvom redu, uslovljena je samim karakterom države kakva je bila rimska. Imajući u vidu robovlasnički karakter rimske države, svi stanovnici rimske države delili su se na slobodne i robove (Stanojević, 2009: 31). Tokom rimske istorije navedenim kategorijama stanovnika dodata je bila i kategorija oslobođenika, grupa ljudi koji su nekada bili u statusu roba, a kojima je još za života dodeljivan status slobode (*status libertatis*).

Istorijiski razvoj rimske države (gotovo punih trinaest vekova), širenje i jačanje, praćeno je bilo permanentnim promenama u društvenoj strukturi, koje nisu dopuštale jasnu definiciju pravne sposobnosti, kao što je to slučaj u savremenom pravu. Permanentne promene uticale su i na definisanje pitanja pravne sposobnosti, koje je više bilo opisnog karaktera uz navođenje konkretnih prava koja su činila sadržinu pravne sposobnosti svake kategorije stanovnika ponaosob.

Pa tako, osnivanjem rimske države puna pravna i poslovna sposobnost bila je privilegija samo vladajućeg sloja stanovnika, patricijske aristokratije. Pripadnicima pokorenih okolnih plemena i doseljenicima (plebejcima) bila je priznata samo ograničena pravna i poslovna sposobnost. To je bio period kada je Rim predstavljao praktično monolitno gentilno društvo, zasnovano na *ager gentilitius* i na vrlo širokoj porodičnoj zajednici gentila, koja je podrazumevala ravnopravnost većine gentila, patricija. Vremenom se formirao sloj plebejaca, slobodnih ali siromašnih u poređenju sa patricijima, lišenih učešća u korišćenju zajedničke zemlje i u političkoj organizaciji patricija. Jačanje tog sloja, koji je učestvovao u ratovima zajedno sa patricijima, sa jedne strane, i raslojavanje samog sloja patricija, sa druge strane, narušili su nekadašnje jedinstvo i izazivali su sukobe, pre svega između dva društvena sloja, patricija i plebejaca (Maškin, 1977: 7). To je uslovalo viševjekovnu borbu mnogobrojnog plebejskog sloja, ali bez ekonomske moći, za pitanje svog pravnog subjektiviteta. Borba je okončana donošenjem *Lex duodecim tabularum* (Nikolić, Đorđević, 2011: 41),¹ koji je pravno izjednačio patricije i plebejce, čineći od njih vladajući sloj (*cives*), za razliku od ostalih naroda (Latina, peregrina i robova), kojima je bila ograničena pravna i poslovna sposobnost, dok robovi dugo, sve do

1 Zakon XII tablica bio je početak rimskog prava kakvog znamo i danas, a njegove odredbe obuhvatale su celokupno područje prava, uključujući i javno pravo (*fons omnis publici privatque est iuris*). Izvorni tekst nije ostao sačuvan, ali u kasnijim spisima postoji mnoštvo citata, što je omogućilo rekonstrukciju samog teksta Zakona.

perioda principata nisu ni bili priznavani za subjekte prava, već su se tretirali objektima prava, *instrumentum vocalia*.²

Sa razvojem rimske države, u periodu republike, pravno-ekonomski promet nužno je uticao da se menja i pristup samom pitanju pravnog subjektiviteta i da se ono definiše na način koji odgovara novonastalim promenama. Država je definisala pitanje pravne sposobnosti, i dodeljivala ju je samo Rimljanima (*cives*) tako što su navođena četiri prava koja su je karakterisala kao potpunu pravnu sposobnost: *ius suffragii* (aktivno biračko pravo), *ius honorum* (pasivno biračko pravo), *ius conubii* (pravo na zaključenje punovažnog braka) i *ius commercii* (pravo da zaključuju sve pravne poslove po *ius civile*).

Sa druge strane Rimljani, ceneći važnost okolnih naroda i njihov značaj za dalji razvoj i unapređenje same rimske države, utvrđivali su sadržinu prava koja su činila njihovu pravnu sposobnost. Pa su, tako, Latinima, za koje su smatrali da su im jako blizak narod, priznavali *ius suffragii* (aktivno biračko pravo) i *ius commercii* (pravo da zaključuju sve pravne poslove po *ius civile*), ali ne i *ius honorum* (pasivno biračko pravo), onemogućavajući ih da u rimskoj državi budu birani za najviše počasti. Uskraćivanjem prava *ius conubii* (pravo na zaključenje punovažnog braka), onemogućavali su im zaključivanje punovažnog braka sa Rimljankama, čime bi ih sprečavali u ostvarivanju onih prava koja bi im punovažni rimski brak doneo. Na taj način, nedvosmisleno su im stavljali do znanja da su *cives* dominantan narod sa punom pravnom sposobnošću.

Kada je bio u pitanju *capacitas iuridica* peregrina (slobodnih građana rimske države koji su živeli po svom lokalnom pravu), situacija je bila još kompleksnija. Staro rimsko *ius civile* važilo je i obavezivalo samo rimske građane. „Pravo rimskih građana (*ius civile*) bilo je ponosna baština Rimljana i nije se moglo tek tako proširivati i na strance“ (Ignjatović, 2012: 328). Tradicionalno rimsko pravo (*ius civile*) nije se moglo primenjivati, iako su ga Rimljani priznavali i peregrinima, ali samo *de facto*, dok se ono *de iure* nije moglo primeniti na strance (*hostes*) ili kasnije peregrine. Da bi se prevazišao problem, uvedena je bila služba peregrinskog pretora, koji je imao zadatak da rešava sporove u kojima su obe strane ili samo jedna bile stranci. U tim sporovima pretor je primenjivao pravne norme nastale upotrebom pravnih sredstava od strane gradskog pretora, koje je on unosio u svoje edikte. Pored uvođenja posebnog postupka sa pismenom formulom, on je stvarao i materijalno-pravne norme, po kojima su se takvi sporovi rešavali. Te pravne norme činile su ono

2 U doba principata priznato im je bilo pravo na život, kao i pravo na porodicu.

što su Rimljani nazivali *ius gentium* ili pravo naroda (Ignjatović, 2012: 329). Na taj način bio je priznat pravni subjektivitet i peregrinima i omogućeno im je bilo zaključivanje pravnih poslova sa Rimljanima.³ Ovo je bio način ne samo da se ublaži strogost starog *ius civile*, već i da se u okviru postojećih pravnih normi stvori mogućnost za sagledavanje i zaštitu prava svih stanovnika rimske države, drugim rečima priznavanje pravnog subjektiviteta i pripadnicima drugih naroda u okviru rimske države. Tako su Latini u I veku pre nove ere, a peregrini u III veku nove ere, bili izjednačeni sa Rimljanima (*cives*) u pogledu pitanja pravne sposobnosti.⁴

Umesto do tada ustaljene podele stanovnika na *cives* i one koji su bili obuhvaćeni statusom slobode (*status libertatis*), polazeći od kriterijuma pravne sposobnosti svi ljudi, u okviru rimske države, delili su se na: senatorski red (*nobiles*) i konjički red (*ordo equester*) sa jednakom pravnom i poslovnom sposobnošću.

U doba dominata, s obzirom na prilike u državi i pojavu elemenata feudalizacije, pitanje pravnog subjektiviteta dobilo je staleški karakter. Koloni su bili vezani za zemlju, a zanatlije i niži službenici za svoja zanimanja (*humiliores*); samo su *honestiores*, pripadnici višeg društvenog sloja, imali punu pravnu i poslovnu sposobnost.

S obzirom na složenost i specifičnost pitanja koji se u radu obrađuje, neophodno je bilo da se u uvodu da kratki pregled razvoja instituta pravne sposobnosti u okviru rimske države, a u cilju razumevanja samog predmeta rada koji će isključivo biti posvećen pitanju pravne sposobnosti u okviru porodičnog statusa.

3 Tako se, primera radi, razvio neformalni zajam, nas uprot formalnom zajmu, umesto mancipovane kupovine razvila se neformalna kupovina i prodaja. Sa druge strane, ovim pu tem su i neki strani pravni običaji i ustanove, kao npr. pismenost ugovora, grčke odredbe o pomorskom zajmu (*foenus nauticum*) ulazile u rimsko prvo i oslobađale ga strogog formalizma.

4 Naravno da ovo izjednačenje u pogledu pravnog s ubjektiviteta nije u činjeno iz posebno h umanih razloga. Ovde pre svega dolazi do izražaja pragmatični du h Rimljana. Imajući u vidu ovu činjenicu kao i stanje u državi u periodu principata (slabljenje državne blagajne *aerarium*), 212. godine je donet Karakalin edikt, kojim su svi stanovnici rimske države stekli isti pravni subjektivitet, odonsno bio im je priznat status građanstva. Kada se ima u vidu da je plaćanje poreza bila obaveza svih *cives*, jasno je iz koje pobude proizilazi priznavanje građanstva i jedanki tretman u okviru pravne sposobnosti.

2. *Capacitas iuridica i status familiae*

Da pitanje pravne sposobnosti spada u red jako složenih pitanja rimskog prava, govori i to da ono nije samo bilo uslovljeno napred navedenim činjenicama, već je zavisilo i od toga kakvog je porodičnog statusa bilo jedno lice: da li je samim činom rođenja dobijalo status lica *sui iuris* ili status lica *alieni iuris*. *Tria enim sunt quae habemus: libertatem, civitatem et familiam* (*libertas, civitas i familia*, pored čina rođenja bile su tri osnove na kojima je počivala pravna sposobnost, odnosno pravna personalnost (*caput*) pojedinih fizičkih lica) (Milosavljević, 1899: 96).

Polazeći od činjenice da je samo starešina porodice (*pater familias*) imao punu pravnu i poslovnu sposobnost i da su sva ostala lica u okviru porodice njemu bila potčinjena, vršena je gradacija pravne sposobnosti u okviru porodičnog statusa. Tako je ona u punoj meri bila priznavana samo licima koja su u okviru porodice imala status lica *sui iuris*. Pri tom, i kada je o ovim licima bilo reči, prilikom određivanja pravne sposobnosti, vodilo se računa i o drugim okolnostima koje su u velikoj meri uticale na nju, kao što su: pol, životna dob, stanje zdravlja, religija, domicil, srodstvo, zakonitost rođenja i građanska čast.

3. Pravni položaj deteta

Na regulisanje pravnog položaja deteta, u prvom redu, uticala je činjenica da li je dete bilo rođeno kao slobodno ili kao rob, što je bila nužna posledica samog karaktera rimske robovlasničke države (Ignjatović, 2015: 606). Potom, da li je dete rođeno kao Latin ili peregrin, da li je bilo rođeno u zakonitom braku ili konkubinatu, i, na kraju, da li je bilo rođeno za života oca ili po njegovoj smrti. U zavisnosti od navedenih okolnosti pristupalo se definisanju pravnog subjektiviteta deteta.

Prema jednom od fudamentalnih koncepata rimske porodice, kao što je žena, pravno gledano, postojala samo preko muškarca, koji bi je priznavao za ćerku, suprugu, majku, tako je i dete faktički i pravno postojalo tek po priznanju od strane oca porodice (*pater familias*).

Sa druge strane, pravni subjektivitet deteta nije bio nužno određen rođenjem, već je na njega uticalo niz faktora (u prvom redu da li je dete moglo da se proglasi naslednikom na temelju pola ili ne). Tako, izuzetno, dete je moglo da stekne pravni subjektivitet i pre čina rođenja, jer je važilo pravilo da se onaj koji je u utrobi jednako štiti kao i da je među

ljudskim bićima (Malenica, 1997: 117).⁵ U redovnim okolnostima, da bi dete bilo pravom priznato, i da bi moglo da uživa pravnu zaštitu, kao prethodno pitanje nametalo se da li ga je otac porodice priznao ili ne za svoje, što je pak podrazumevalo da je reč o detetu rođenom u zakonitom braku. Tako Gaj u prvoj knjizi Institucija navodi: „Takođe, pod našom su vlašću i naša deca, rođena u zakonitom braku. Ovo je pravo karakteristično za rimske građane; teško da postoje ljudi koji imaju toliku vlast nad svojom decom kakvu mi imamo“ (Stanojević, 2009: 45). To je dalje značilo da ovaj princip nije važio za dete rođeno u vanbračnoj zajednici. Ukoliko je dete bilo rođeno u konkubinatu, dobijalo je status majke i jedino je nju moglo da nasledi. Do promene ovog pravila došlo je u doba Konstantina, kada je uvedena ustanova pozakonjenja koja je pružila mogućnost izjednačavanja bračne sa vanbračnom decom, naknadnim priznanjem od strane oca (Ignjatović, Kitanović, 2013: 657–667).⁶

Dakle, pravna sposobnost deteta zavisila je od toga da li je otac priznao dete za svoje ili ne. Pri rođenju, pri vrlo simboličnom običaju, novorođenčad, muška i ženska – polagana su pred noge oca. On bi – bez objašnjenja ili opravdanja – priznavao dete za svoje time što bi ga podizao, ili bi ga odbacio, ostavljajući ga gde jeste. Prihvaćeno dete sticalo je pravnu sposobnost i postajalo je član *familia*.⁷ Nad detetom se, po priznanju, uvodila vlast *ius vitae ac necis*, slična onoj koju je imao gospodar nad svojim robom (Yaron, 1962: 243). To je dalje značilo da je detetu, ovim putem, priznavana pravna sposobnost, ali ograničena, jer je u isto vreme dolazilo pod vlast oca porodice kao lice *alieni iuris* (lice koje živi po tuđem pravu).⁸ Kao lice koje je živelo pod tuđim pravom, dete je, na samom

5 *Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur* Sec. Paulus – D. 1, 5, 7.

6 U Justinijanovom pravu, pozakonjenje se moglo izvršiti i carskim reskriptom i to u onim slučajevima kada brak sa konkubinom nije bio omogućen iz određenih razloga ili kada je bio nepoželjan zbog njene „nedostojnosti“. U tom slučaju, otac deteta je mogao da zahteva od imperatora bilo peticijom ili testamentom, da dete bude ozakonjeno ukoliko otac nije imao nikakvih zakonskih problema.

7 Nepriznato dete je bacano u reku da umre od gladi. Većina odbačene dece bile su devojčice, ali neka su bila i bolesni i zdravstveno slabi dečaci. Međutim, u praksi se, najčešće, događalo da je novorođenče ostavljano na mesto gde bi slučajni prolaznik mogao da ga nađe i prisvoji. Takvo dete obično je bilo tretirano kao rob, iako je imalo status slobodnog građanina. Ovo pravilo bilo je na snazi sve do 374. godine kada je, najverovatnije pod uticajem hrišćanske vere i u čenja, odbacivanje dece bilo strogo zabranjeno.

8 Kao lice koje je živelo po tuđem pravu, detetu nije bilo priznavano pravo *ius commercii* u početku rimske istorije, čak i u slučaju kada bi ono steklo punoletstvo sa navršениh 12, odnosno 14 godina života.

početku rimske istorije, bilo tretirano i kao lična svojina *pater familias*, što potvrđuje i činjenica da je u slučaju kidnapovanja deteta on imao na raspolaganju klasične imovinskopravne lekove, iste kao i vlasnik stvari. Tako je mogao da traži vraćanje deteta putem *rei vindicatio* i da tuži za odštetu prema *furtum* postupku. Sa druge strane, otac porodice mogao je da proda dete u ropstvo, ukoliko je ono izvršilo kakav delikt.

Kada je bilo u pitanju pravo *ius conubii*, pravo na zaključenje punovažnog braka, prava dece, ili bolje rečeno želje dece, u velikom su zavisile od volje oca porodice, a u izuzetnim slučajevima od volje brata (*filius familias*), kada otac nije bio živ. U početku, prava oca porodice bila su velika, jer je on mogao da prinudi dete na zaključenje braka, kao što je mogao da ga prinudi i da taj brak prekine (Ignjatović, 2009: 105).⁹

U doba republike, sa širenjem rimske države i sa liberalizacijom partnerskih odnosa, pravo oca porodice gubi svoj izvorni karakter. Javila se potreba za sužavanjem obima pravne sposobnosti *pater familias*, u korist lica *alieni iuris*.¹⁰ U Paulovom ediktu u knjizi 35 ističe se: „Do braka ne može da dođe, ako nije u saglasnosti svih onih koji učestvuju u tom činu, pa tako i onih pod čijom vlašću su oni koji brak zaključuju“ (D. 23.2.2).¹¹

Sve napred navedeno odnosilo se na lica koja su u okviru porodičnog statusa imala položaj lica *alieni iuris*, dok kada su u pitanju bila lica *sui iuris* (lica koja su živela po svom pravu), pitanje pravne sposobnosti bilo je drugačije definisano. Naime, položaj ovih lica, kako je to ranije istaknuto, mogla su da steknu lica i pre samog čina rođenja, ako se primenjivala fikcija o nerođenom detetu. Na temelju ove fikcije

9 Čerka pod očinskom vlašću nije mogla da raskine brak, dok je lice *alieni iuris*. Pravo kasnog Carstva takođe je poštovalo ovo pravilo. Čerka je ostajala prinuđena na očev izbor, čak i nakon njegove smrti, kada je ona postajala lice *sui iuris*. Pravo na raskid braka imala su lica koja su i ugovarala brak. U zavisnosti od toga koje lice je raskidalo brak, razlikovali su se *divortium* i *repudium*, kao dobrovoljni raskidi braka. Iako su i jedan i drugi način imali za krajnji cilj istu posledicu, ipak su postojale i razlike. Tako je *repudium*, za razliku od *divortium*, bio definisan kao raskid ili razvod do koga je dolazilo jednostranom izjavom volje jednog od verenika, odnosno bračnih drugova, za razliku od *divortium*, kod koga je brak bio razveden samo uz saglasnost obeju strana (*divortium mutuo consensu*) ili bar bez krivice druge strane (*divortium bona gratia*).

10 Iako je u ovom periodu otac zadržavao pravo za sebe da da saglasnost za zaključenje braka.

11 Sa druge strane, sužavanje obima pravne sposobnosti oca porodice u korist lica koja su živela po njegovom pravu, dovelo je do toga da su lica *alieni iuris*, pa čak i robovi mogli da istupaju u pravno-ekonomskom prometu i da u ime i za račun oca porodice zaključuju određene pravne poslove.

naslednikom se moglo proglasiti i nerođeno dete, ako je to bilo u njegovom interesu. Kako je pitanje imovine i njenog očuvanja bilo od velikog interesa za samu rimsku državu, a imajući u vidu činjenicu da žene, supruge, nisu imale naslednih prava u odnosu na muževe, u interesu je bilo da se pravni subjektivitet prizna i nerođenom detetu.¹² U tom slučaju po rođenju dete je dobijalo status lica *sui iuris*, jer nije imalo oca porodice, bilo da je on umro ili poginuo, pri čemu se sve do punoletstva ovakvom licu imenovao tutor, iz razloga nedozrelosti (Ignjatović, 2007:17).

Kada je bilo reči o punoletnom licu *sui iuris*, staro rimsko pravo smatralo je da su ova lica potpuno pravno sposobna. Međutim, donošenjem *Lex Plaetoria* uvedena je posebna vrsta zaštite i nad ovim licima sve do njihove dvadeset pete godine života (Ignjatović, 2007: 21). Naime, praksa je pokazala da su vrlo često ova lica bila žrtve manipulacije u okviru prava *ius commercii* od strane iskusnih trgovaca, pa je to bio razlog za uvođenje posebne vrste zaštite u vidu specijalnih zastupnika (staratelja). Ali ovaj vid zaštite važio je samo za lica koja su već do punoletstva bila pod tutorstvom, odnosno nije mogla da se primeni na lica *puberes sui iuris*, jer je važilo pravilo da ona ne mogu da se stavljaju pod starateljstvo protiv svoje volje, osim izuzetnih slučajeva. U Justinijanovom pravu zauzet je bio stav da potpuna pravna sposobnost nastupa sa navršenih dvadeset pet godina života (*aetas legitima, perfecta*), a sve do tog perioda *puberes sui iuris* su lica sa ograničenom pravnom sposobnošću ili se stavljaju pod starateljstvo.

Takođe, stanje zdravlja lica *sui iuris*, nije uticalo na priznavanje pravnog subjektiviteta, ali je moglo da utiče na ograničenje pravne sposobnosti. To se, u prvom redu, odnosilo na pravo *ius commercii*, ukoliko su to bila lica rođena sa određenim telesnim nedostacima (slepi, gluvi, nemi, gluvonemi). Zbog nedostataka jednog ili više čula za vršenje onoga što se prilikom zaključivanja pojedinih pravnih poslova od njih zahtevalo (kao npr. izgovaranje svečanih reči, postavljanje pitanja i dr.), nisu bila u mogućnosti da steknu punu pravnu sposobnost (Milosavljević, 1899: 100). Takođe, u ovu kategoriju lica ubrajala su se i ona lica koja su bila fizički i duševno zdrava, ali kod kojih je volja bila u abnormalnom stanju (rasipnici). Na kraju, u ovu kategoriju lica ubrajala su se i lica sa određenim duševnim nedostacima.

12 Da bi se primenila ova fikcija, neophodno je bilo da se ispune i odgovarajući interesi: da se dete rodi živo, da od smrti/pogibije oca nije proteklo više od devet kalendarskih, odnosno deset lunarnih meseci i da dete nije monstrum.

Kada je bio u pitanju uticaj religije na *capacitas iuridica sui iuris* lica, u prvo vreme, religija nije imala nikakav uticaj na ovo pitanje. Međutim, sa donošenjem Karakalinog edikta, 212. godine nove ere, sastav lica koja su se nazivala građanima rimske države bio je heterogen. To je uslovalo razliku između pagana i starosedelaca, Hrišćana i Jevreja. Tako da je, sve do perioda Konstantina, bilo različito tretirano pitanje pravne sposobnosti ovih lica (u prvom redu jeretnika, koji su imali ograničenu pravnu sposobnost u pogledu nasleđivanja).¹³ Kada su Jevreji bili u pitanju, uskraćivano im je bilo pravo *ius conubii* sa hrišćanima.

Na kraju, trebalo bi istaći da je i samo zanimanje (*professio*) *sui iuris* lica uticalo na obim pravne sposobnosti. Tako npr. kada je vojnik bio u pitanju, odstupalo se od svih zakonom predviđenih uslova kod testamentarnog nasleđivanja. Sa druge strane, profesija određenih lica (glumci, krčmari, prodvodadžije), bila je razlog ograničenju i smanjenju obima pravne sposobnosti.

Sve napred navedeno odnosilo se na muška lica *sui iuris*, dok su za ženska lica *puberes sui iuris* važila druga pravila, jer je pol igrao bitnu ulogu prilikom definisanja pitanja pravne sposobnosti.

4. Pravni položaj žene

Da bi se shvatio i razumeo pravni položaju žene u rimskoj državi i uopšte u rimskom društvu, neophodno je ne samo poznavanje rimske pravne istorije, pravnih propisa, već bi se slobodno moglo reći, i posedovanje pravne pronicljivosti, imajući u vidu osetljivost ovog pitanja kao i nesklad između pravnih propisa i realnog života.

Generalno posmatrano, vrlo često se zauzima stav da je žena u Rimu bila ograničeno pravno sposobna. Razlika u polovima imala je za posledicu da je žena proglašavana potpuno pravno nesposobna u domenu javnog prava, pa joj je samim tim bilo uskraćeno pravo kako na pasivno tako i na aktivno učešće u političkom životu države (*ius suffragii* i *ius honorum*). Takođe, često se ističe da je žena, imajući u vidu njenu pravnu sposobnost, bila izjednačavana sa decom. Ona je, kako to većina autora navodi, bila do udaje podređena ocu i potčinjena očinskoj vlasti, a od udaje mužu, koji je mogao da je proda, napusti ili čak ubije u slučajevima kada nije ostvarila osnovne tri životne funkcije (domaćica, majka, životna naslada) (Obrenić, 2008: 26). Međutim, postavlja se pitanje da

13 Sa druge strane, donatisti i apostati bili su u potpunosti lišeni pravne sposobnosti.

li je ispravno da se ovako posmatra i da li možda generalizacija na ovom polju dovodi do određenih pogrešnih zaključaka o pravnom položaju žene u okviru rimske države.

Činjenica je da je u rimskom društvu položaj žene bio daleko nepovoljniji u odnosu na muškarca. Ovu činjenicu nesporno potvrđuje i Papinijan u prvoj knjizi *Digesta*, gde navodi: „U mnogim odredbama našeg prava lošiji je položaj žene nego muškarca“ (Malenica, 1997: 117). Iako nesporno da žena nije imala pravni subjektivitet kakav je imao muškarac, i da je različito sagledavana njena pravna, pa i poslovna sposobnost, tokom više razvojnih faza rimskog prava, njena uloga u rimskom društvu bila je i te kako zapažena, što je i dovelo do toga da je pred sam kraj rimske istorije pravom bila priznata za pravno i poslovno sposobno lice (Bogunović, 2012: 540).

Kao i kada je bilo reči o položaju deteta, i na položaj žene u rimskom društvu uticao je sam razvoj rimske države. Tako, u periodu predklasičnog prava, u starom pravu, pre svega u važećim aktima, bio je afirmisan muškarac na račun žene. To međutim, nije značilo da pitanje pravnog statusa žene nije bilo definisano. Pravni položaj žene bio je regulisan mnogim aktima. Počev od *Leges regiae* (kraljevskih zakona), pa preko *Lex duodecim tabularum* (Huseinspahić, 2011: 219), nastojalo se da se istakne da je žena u potčinjenom položaju u odnosu na muškarca, i da kao takva nema aktivno i pasivno biračko pravo, a da zbog urođene lakomislenosti ne može ni da učestvuje u pravnom prometu. Jedino pravo koje je ženi bilo priznavano je pravo na zaključenje punovažnog braka, kako bi se stvorili uslovi za ostvarenje osnovne životne funkcije, biološke reprodukcije.¹⁴

Ovako strogo definisan pravni status žene u starom pravu nije značio da je žena u realnom životu bila manje cenjena, nezapažena ili pak surovo kažnjavana u izvesnim situacijama, kako to navode odredbe *Leges regiae*. “Istovremeno, prema vladajućim shvatanjima, ona je skoro apsolutno pravno podređena muškarcu i obespravljena. Taj raskorak se nije mogao objasniti nekim posebnim duhovnim svojstvima Rimljana. U stvari, raskorak je samo prividan; u doba donošenja Zakona XII tablica tog raskoraka nije ni bilo. On je rezultat kasnijih pogleda i interpretacija u odnosu na staro rimsko pravo. Iako postoji izvestan prioritet muškarca, sadržina instituta koji, direktno ili indirektno, dotiču status žene

14 Mišljenja sam da je ovo pravo rezultat prethodnih perioda kada je žena tretirana ne kao ljudsko biće, već kao božanstvo, jer ju je priroda u činila obdarenom rađanjem. Otuda je žena bila izuzetno poštovana i cenjena. Na muškarcu je bilo da u čestvuje u svim ostalim oblastima društvenog života i da doprinosi ostvarivanju ove ženine privilegije.

bila je drugačija od one koja im se kasnije pripisuje. Raskorak se pojavljuje tek iz perspektive jednog potpuno izmenjenog društva, sasvim izmenjene strukture prava, izmenjenih odnosa između polova (obeležениh izrazitim antifeminizmom) i drugačijih vladajućih shvatanja. Taj raskorak je više rezultat neadekvatnog tumačenja starih propisa i prevelike vere u autentičnost svih sačuvanih odredaba; a neke među njima, posebno iz okvira takozvanih *Leges regiae*, skoro je sigurno, ne pripadaju vremenu kojem se pripisuju” (Jovanović, 1998: 159).

Naime, još u staroj patrijarhalnoj porodici pravila se razlika između žene koja je ponela epitet *matrona* (*mater familias*) i ostalih žena. *Matrona* je bila žena koju su čestitost i moralnost razlikovale od ostalih žena (Burns, 2007: 5). Kao prva među ženama, ona je bila nosilac *castitas* (moralna čistota), kao što je *pater familias* bio nosilac *auctoritas* (vlast, zapovest, ugled, dostojanstvo) (George, 2005: 41). *Matrona*, ukoliko je bila pripadnica vladajućeg sloja, imala je izuzetno velika ovlašćenja unutar domaćinstva. Potrebe stalnog ratovanja i širenja novonastale države primoravale su muškarca da bude često odsutan od kuće. U tom slučaju poslove upravljanja imovinom i zaključivanje raznih pravnih poslova bilo je poveravano ženi (matroni). Tako da je, već u petom veku pre nove ere, žena mogla da se pojavi u ulozi vlasnika zemljišta, pisca testamenta i mogla je samostalno da istupa u postupku pred sudom.¹⁵ Upravo ova činjenica demantuje opšte prihvaćeno shvatanje da je žena u periodu starog prava bila manje cenjena i kao takva tretirana kao građanin drugog reda. Sinovi su bili ti koji su bili pozvani da rade na ugledu i dostojanstvu porodice prateći oca u ratnim ohodima, dok su ćeri bile jako cenjene i uvažavane.¹⁶

Sa druge strane, ako je bilo reči o emancipovanoj ženi, licu *sui iuris*, ona je mogla samostalno da upravlja svojom imovinom. U tom slučaju, njoj je određivan najpre tutor, a potom i staratelj, koji je budući da je reč o zdravoj i poslovno sposobnoj osobi, samo nadgledao poslove koje je ona sklapala. Pri tom, on je više brinuo o imovini, kako ne bi došlo do njenog umanjenja usled zaključenja kakvog štetnog pravnog posla. To je dalje značilo da se tutor/staratelj nije mešao u njen privatni život niti je uticao na izbor bračnog druga. U pogledu nasleđivanja ćerka je jednako učestvovala zajedno sa sinom. Ukoliko bi ostavilac umro bez testamenta, onda je ona jednako nasleđivala prema *intestatus* sa svojom

15 Vikipedija, Žene u antičkom Rimu //sh.wikipedia.org/wiki/%C5%BDene_u_anti%C4%8Dkom_Rimu, pristup: 13. 3. 2018.

16 Vikipedija, Žene u antičkom Rimu //sh.wikipedia.org/wiki/%C5%BDene_u_anti%C4%8Dkom_Rimu, pristup: 13. 3. 2018.

braćom, iako je ovo pravo pokušalo da se ograniči tokom drugog veka pre nove ere. U tom kontekstu potrebno je istaći da položaj *filiae loco*, nije, kako to neki autori tumače, izraz njene podređenosti ocu porodice, već da je reč samo o položaju žene u naslednom pravu i to skoro jednakom kao i položaju muškarca. „Ovaj izraz najpre određuje da u okviru naslednog prava kćeri nasleđuju jedanko kao i sinovi“ (Huseinspahić, 2011: 223). Za života oca ćerka je bila dužna da ga poštuje, da mu bude odana, pa čak i kasnije ukoliko bi došlo do njene udaje.¹⁷

Poseban položaj u društvu imale su žene vestalke, device, koje su služile u hramu boginje Veste, pa su samim tim bile oslobođene vlasti oca porodice (Bujuklić, 2006: 581). Kao emancipovane žene, prekidale su vezu sa svojom agnatskom porodicom, i bile su potpuno samostalne (nije im dodeljivan tutor). Mogle su samostalno da sastavljaju testament još za života oca i da samostalno sklapaju pravne poslove. U društvu su uživale veliki ugled, jer su pre svega, bile zadužene za očuvanje „večite vatre“, što je u ono vreme simbolizovalo rimsku državu (Bujuklić, 2006: 580). Po završenoj službi, koja je trajala 30 godina, ostajale su da žive po svom pravu kao lica *sui iuris*.

Sa širenjem rimske države, u periodu pozne republike, dolazi do povlačenja jasne razlike u pravnom položaju žene i muškarca. „Poslije Punskih ratova, kada se veliko bogatstvo Mediterana slilo u Rim, dolazi do određenih društvenih diferencijacija. Muškarci napreduju u okviru plaćeničke vojske, zauzimajući istaknute položaje u državi, a od žena se traži da ostanu kod kuće, da predu vunu i odgajaju decu“. Međutim, i u ovom periodu žena nije bila lišena određenih prava. To je, naročito, postalo vidljivo sa liberalizacijom muško-ženskih odnosa, sa slabljenjem vlasti oca porodice i sa sve većom emancipacijom dece. Talas sve приметne emancipacije dece je imao je za posledicu i to da je u periodu principata sve veći značaj davan *affectio maritalis*, volji bračnih drugova za zaključenje braka. Sa smanjenjem uloge oca porodice došlo je i do širenja obima pravne sposobnosti lica *alieni iuris*, što je obuhvatilo i ženu koja je sve više dobijala ovlašćenja u okviru *ius commercii*.¹⁸ Pa su

17 Obaveza poštovanja roditelja i kasnijeg izdržavanja, ako to roditelji nisu bili u stanju iz zdravstvenih razloga, jednako je važila i za mušku decu. Tako da i u tom pogledu nije bilo razlike među polovima.

18 „Jedno od najčudnijih obeležja toga doba“, primetio je francuski k lasični filolog Gaston Boissier, „jeste što su žene bile uklju čene u vođenje poslova i tržišne špekulacije isto kao i muškarci. One upravljaju imanjima, investiraju novac, daju i uzimaju zajmove... tokom principata, doneti su bili zakoni koji su ohrabrivali pripadnike viših slojeva da se upuste u pomorsku trgovinu i u brodogradnju. Poznato je da su i žene iz viših slojeva posedovale velike poslovne korporacije i da su njima

tako zakoni donošeni u periodu principata oslobađali ženu kažnjavanja za preljubu ukoliko bi vodila neki posao ili ukoliko bi imala svoju radionicu.

Ovde je neophodno istaći da je nakon donošenja Avgustovog *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (*lex marita*) bila određena i posebna grupa žena kojima je zakon uskraćivao mnogobrojna prava, pa čak koje je i strogo kažnjavao, iz razloga što se smatralo da je njihovo zanimanje izraz narušavanja osnovnog principa čednosti i smernosti (kurtizane, plesačice, glumice, podvodačice ključeva, krčmarice, kći krčmara) (Ignjatović, 2016: 537). Sa druge strane, u periodu principata, poseban ugled uživale su žene koje su bile „prve dame“ (žene princepsa). One su svojim ponašanjem, čašću i vernošću trebale da budu uzor svakoj ženi.

U postklasičnom periodu vidno se menja uloga i položaj žene u rimskom društvu. Zapravo, ova promena nije bila rezultat nekih bitnih promena postklasičnog perioda, već bi se moglo reći da je to bio jedan dug proces koji se završio ili koji je doveo do potpunog pravnog uobličjenja pravnog položaja žene, pa samim tim i njene pravne sposobnosti u periodu postklasičnog rimskog prava.

Najpre je do ovih promena došlo u okviru ustanove tutorstva. Naime, još je Gaj u drugom veku nove ere u svojim Institucijama istakao da ne vidi nikakvog razloga za postojanje i dalje ustanove tutorstva nad ženama (Stanojević, 2009: 93). Ukidanje tutorstva nad ženama koje je usledilo mnogo godina nakon Gaja (444. g. n. e.) donelo je oslobađanje žene u pogledu prava *ius comrecii*, koje joj je sve do tada, *de iure*, bilo uskraćivano uz navođenje ženine lakomislenosti kao glavnog razloga za nepriznavanje ovoga prava u okviru *capacitas iuridica*.¹⁹ Takođe liberalizacija muško-ženskih odnosa, do koje je došlo u periodu principata, dovela je do približavanja žene muškarcu, jer se prilikom samog čina zaključenja braka najveća pažnja poklanjala postojanju *affectio maritalis* oba buduća supružnika, a ne volji *pater familias*, sa jedne strane, i budućeg supružnika, sa druge, kako je to bio slučaj u prethodnom pririodu (Ignjatović, 2009: 71). Takođe, uvođenje novog oblika braka *matrimonium sine manu* u drugom veku nove ere²⁰ u

upravljalje. Vikipedija Žene u antičkom Rimu //sh.wikipedia.org/wiki/%C5%BDene_u_anti%C4%8Dkom_Rimu, pristup: 13. 3. 2018.

19 Zalaganje Gaja za ukidanje tu torstva nad ženama bio je jedan od razloga zašto se neki romanisti u pokušaju da rasvetle Gajevu ličnost trude da dokažu da je verovatno i sam Gaj bio žena koja se krila iza muškog pseudonima u cilju širenja pravne nauke, jer ko bi se sa toliko žara i bolje zalagao za ukidanje ustanove tutorstva do same žene.

20 *Matrimonium sine manu* mogli su da zaklju če i vojnici koji su imali građanska prava sa ženama koje nisu bile građanke.

mnogome je poboljšao položaj žene koja je stupala u brak donoseći svoj miraz, na koji se gledalo kao na njenu ličnu imovinu (*parapherna*), kojom je ona samostalno raspolagala i koja joj je bila izvesna garancija da će moći sebe da izdržava i u slu čaju eventualnog razvoda braka. Na ovu imovinu u toku trajanja bračne zajednice muž nije imao pravo *ius abutendi*, koje je bilo karakteristično za *matrimonium cum manu*. Potom, s obzirom na činjenicu da je ćerka i dalje ostajala agnatski srodnik sa svojom biološkom porodicom zaključenjem braka *matrimonium sine manu*, pružilo joj je mogućnost da nasleđuje zajedno sa sinovima, odnosno da ima naslednih prava prema svome ocu. Ovo je dovelo, doduše, i do određenih poteškoća koje su uklonjene uvođenjem dve senatske odluke (*SC Orfitianum* i *SC Tertulianum*), čime je uklonjen nedostatak agnatskog srodstva koji je onemogućavao uzajamno nasleđivanje majke i njene dece.

Naravno da najviše pažnje u romanističkoj nauci privlači pitanje postojanja samostalnog ženinog pekulijuma i da li je to bio onaj isti pekulijum koji su mogli imati sinovi i robovi, usled smanjenja obima pravne sposobnosti oca porodice. O ovom pitanju se ne može sa sigurnošću definisati stav, već se može samo naslućivati iz pojedinih pravnih tekstova. Tako, primera radi, Gaj navodi da su žene (bilo slobodne ili robinje) imale pravo na tužbu za zaštitu pekulijarne imovine, naročito u onim slučajevima ako su bile krojačice ili tkalje ili ako su obavljale bilo koju privrednu delatnost. Filolog Gaston Boissier navodi da su žene bile uključene u vođenje poslova i tržišne špekulacije, isto kao i muškarci. ...“One su mogle da upravljaju imanjima, investiraju novac, daju zajmove i uzimaju zajmove. Među Ciceronovim poveriocima nalazimo jednu ženu, a među njegovim dužnicima njih dve. Prema tome, žene nisu mogle vršiti zvanične državne funkcije, ali su se mogle baviti biznisom. Čak ni u bogatim krugovima žene nisu sedele skrštenih ruku, već su često davale novac na zajam ljudima iz istog staleža, koji nisu morali ići lihvaru. Kada je Plinije Mlađi razmišljao o tome da kupi jedno imanje, uračunao je kao garanciju i zajam od svoje svekrve. Žene su finansirale i javne radove o čemu svedoče natpisi iz Carskog perioda”.²¹ Žene su se mogle baviti zemljoradnjom isto kao i muškarci. Takođe, mnogi vladari donosili su zakone koji su ohrabivali žene iz viših slojeva da se upuste u trgovinu ili brodogradnju. Svi ovi navodi iako direktno ne govore o postojanju pekulijuma žene, upućuju na zaključak da je žena mogla da poseduje pekulijum i da je mogla da se bavi istim onim poslovima kao i muškarci.

21 Vik iped ija, Žene u a n t i čkom Rim u, pris t u p: ht t ps://sh.w ik ipedia .org/wiki/%C5%BDene_u_anti%C4%8Dkom_Rimu, pristup: 13. 3. 2018.

Na kraju, priznavanje hrišćanstva za religiju u četvrtom veku, donelo je do značajne promene u pravnom položaju žene, gde ona počinje da se tretira kao lice sa punom pravnom i poslovnom sposobnošću.

5. Zaključak

Na osnovu svega napred izloženog može se jasno zaključiti da je pitanje pravne sposobnosti bilo jako kompleksno u okviru rimskog prava. Na ovo pitanje u prvom redu uticalo je da li je jedno lice bilo rođeno kao slobodno ili kao rob, potom da li je bilo *cives*, Latin ili peregrin, da li je bilo rođeno u zakonitom braku ili u konkubinatu i na kraju, ako je bilo rođeno u zakonitom braku, da li je u okviru porodičnog statusa imalo položaj lica koje živi po svom pravu ili položaj lica koje živi po tuđem pravu. Potom, pol je igrao bitnu ulogu prilikom određivanja obima pravne sposobnosti lica, pa tako nije bilo svejedno da li je bilo reči o pravnoj sposobnosti žene ili muškarca. U početku nastanka rimske države *pater familias* je imao dominantnu ulogu u okviru *status familiae*, pa je samim tim, kao lice koje živi po svom pravu, imao punu pravnu i poslovnu sposobnost. Svi članovi njegove porodice (žene, deca i robovi) bili su njemu potčinjeni i on je nad njima imao pravo *ius vitae ac necis*. To je dalje značilo da su ovim licima u okviru pravne sposobnosti priznavana samo određena prava (deci, u prvom redu sinovima, pravo na nasleđivanje, a ćerki/ženi pravo na zaključenje punovažnog braka). Sa razvojem rimske države, nakon Drugog punskog rata, dolazi do postepenog slabljenja uloge *pater familiasa* i do smanjenja obima njegove pravne sposobnosti, a u korist lica *alieni iuris* i robova. Sa daljim razvojem države i liberalizacijom muško-ženskih odnosa dolazi i do poboljšanja položaja žene u rimskom društvu. Postepenim oslobađanjem, najpre u okviru prava *ius conubii*, došlo je i do širenja obima pravne sposobnosti žene i u okvirima prava *ius commercii*, što je uslovalo da je žena mogla da učestvuje u mnogim poslovnim transakcijama isto kao i muškarci, ali nikada nije mogla da učestvuje i u okviru *ius honorum*, nije mogla da vrši značajne državne poslove. Međutim, iako je bila lišena ovoga prava, u istoriji Rima ostaće zabeleženi tragovi o istaknutoj ulozi žene u vršenju uticaja na obavljanje najviših državnih počasti, a naročito uticaj na izbor naslednika prestola. Sa razvojem hrišćanstva i njegovim priznavanjem za zvaničnu religiju došlo je do bitnih promena u definisanju pitanja pravne sposobnosti žene u rimskom društvu, pa se na nju od tog perioda počinje da gleda kao na lice sa punom pravnom i poslovnom sposobnošću.

Literatura/References

- Bogunović, M., Žena u rimskom pravu – subjekat ili objekat prava?, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2012, Novi Sad, 2012.
- Bujuklić, Ž., Forum Romanum, rimska država, pravo, religija i mitovi, Beograd, 2006.
- George, M., Family Imaginary and Family Values in Roman Italy, The Roman Family in the Empire, Rome, Italy and Beyond, New York, 2005.
- Ignjatović, M., Zaštita ljudskih i manjinskih prava u doba rimske republike, Zbornik radova Pravnog fakulteta „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, LXII, br. 2, 2012, Niš, 2012.
- Ignjatović, M., Osvrt na pravni položaj deteta u rimskom pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, br.70, Niš, 2015.
- Ignjatović, M., Lex Iulia de maritandis ordinibus (lex marita) kao mera kontrole u bračnom zakonodvstvu imperatora Avgusta, Zbornik radova Pravnog fakulteta „Legal, social and political control in national, international and EU law“, Niš, 2016.
- Ignjatović, M., Predbračni imovinsko-pravni odnosi u rimskom i u savremenom pravu (doktorska disertacija), Pravni fakultet „Justinijan Prvi“, Skoplje, R. Makedonija, odbranjena 4. 2. 2009. godine.
- Ignjatović, M., Starateljstvo nad maloletnicima – nekad i sad, Zadužbina Andrejević, Beograd, 2007.
- Jasper Burns, Great Women of Imperial Rome: Mothers and Wives of Caesares, New York, 2007.
- Jovanović, M., Facta universitatis – series: Law and Politics, vol. 1, br. 2, Niš, 1998.
- Malenica, A., Justinijanova digesta, prava knjiga, Beograd, 1997. Maškin, M. A., Istorija starog Rima, Beograd, 1977.
- Nikolić, D., Đorđević, A., Zakonski tekstovi starog i srednjeg veka, Niš, 2011.
- Milosavljević, Ž., Rimsko privatno pravo, Beograd, 1899.
- Obrenić, D., Pravo glasa žena, Beograd 2008.
- Stanojević, O., Gai Institutiones, Beograd, 2009.
- Stojčević, D., Romac, A., Dicta et regule iuris, str. 295, Beograd, 1989.
- Huseinspahić, A., Tutela mulierum i pravni položaj žene, Anali Pravnog fakulteta u Zenici, br. 8/ 2011, Zenica, 2011.

Marija Ignjatović, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

CAPACITAS IURIDICA AND STATUS FAMILIAE IN ROMAN LAW

Summary

The question of legal capacity has not always had an equal treatment in all periods of the development of human society. In modern law, relying on the fundamental human rights and freedoms, it is considered that everyone acquires legal capacity at birth and that all people are equal at birth, regardless of their gender and race. However, the question of legal capacity had quite a different treatment in different societies in different historical periods. For instance, in the slave-holding society, a number of factors had an influence on defining one's legal capacity. Thus, in Roman slave-holding society, it was very important whether a person was born as a free citizen or a slave, and whether a person was born as a Roman citizen (cives), a Latin or a Peregrinus. In addition, it was important whether a person was given the status sui iuris or alieni iuris at birth. In Roman law, the issue of one's legal and contractual capacity largely depended on the person's social status, i.e. whether he was legally recognized as a citizen, a freeman, or through his/her family status. In this paper, special attention will be paid to the issue of legal capacity of natural persons within the family status (status familiae).

Key words: *capacitas iuridica (legal capacity), status familiae, cives, Latini, Peregrini, subjects sui iuris and alieni iuris.*

Dr Sanja Marjanović,* Docent
Pravnog fakulteta, Univerzitet
u Nišu

pregledni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1878235M

UDK: 341.241
Rad primljen: 30.12.2017.
Rad prihvaćen: 18.05.2018.

MEĐUNARODNO OSTVARIVANJE IZDRŽAVANJA ČLANOVA PORODICE – BIRAJUĆI IZMEĐU KONVENCIJE UN (1956) I HAŠKE KONVENCIJE (2007)**

Apstrakt: Globalizacija i povećano kretanje ljudi izazov su za međunarodno privatno pravo. Usled toga, valjano pravno uređenje prekograničnih slučajeva iziskuje veći stepen međunarodne saradnje. U materiji izdržavanja, ova potreba je dovela do partnerstva dve svetske organizacije koje su se, svaka na svoj način, bavile navedenim pitanjem – Haške konferencije za međunarodno privatno pravo i Ujedinjenih nacija. Rezultat te saradnje je Haška konvencija o međunarodnom ostvarivanju izdržavanja dece i drugih članova porodice (2007) koja zamenjuje, u odnosima država ugovornica, Konvenciju Ujedinjenih nacija o ostvarivanju alimentacionih zahteva u inostranstvu (1956). Imajući u vidu da je Republika Srbija članica samo Konvencije UN, u radu se razmatra potreba ratifikacije Haške konvencije.

Ključne reči: obaveze izdržavanja, Konvencija o ostvarivanju alimentacionih zahteva u inostranstvu, Haška konvencija o međunarodnom ostvarivanju izdržavanja dece i drugih članova porodice.

1. Uvod

Usled masovnih preseljenja ljudi tokom Drugog svetskog rata, materija izdržavanja našla se u žiži međunarodnog privatnog prava (u svetskim razmerama) naročito sredinom pedesetih godina prošlog veka. U tom periodu, Haška konferencija za međunarodno privatno pravo donosi prvu u nizu svojih konvencija o ovom pitanju (1956).¹

* sanja@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 od 2013. do 2018.

Iste godine, i Ujedinjene nacije usvajaju Konvenciju o ostvarivanju alimentacionih zahteva u inostranstvu (dalje: Njujorška konvencija). Ubrzo je konvenciju ratifikovala i bivša Jugoslavija, te ona i danas obavezuje Republiku Srbiju.² U međuvremenu, novi talas (ovog puta ekonomskih) migracija, iniciran stvaranjem Evropske ekonomske zajednice, a potom i Evropske unije, doveo je u pitanje efikasnost ove konvencije. Kako Ujedinjene nacije nisu raspolagale pouzdanim podacima, podržale su nameru Haške konferencije da ispita delotvornost Njujorške konvencije. Ovo stoga što je Haška konferencija otpočela rad na novoj konvenciji, te je prvo trebalo utvrditi opravdanost takvog poduhvata.³ Partnerstvo te dve svetske organizacije dovelo je 2007. godine do usvajanja Haške konvencije o međunarodnom ostvarivanju izdržavanja dece i drugih članova porodice (dalje: Haška konvencija). Pristupanjem Evropske unije Haškoj konvenciji 2014. godine, ona je postala i deo *acquis communautaires*. Sem toga, za sada se 30 ugovornica Njujorške konvencije (od ukupno 64) obavezalo i Haškom konvencijom.⁴ S obzirom da je Republika Srbija, kao država kandidat za članstvo u EU, obavezana samo Njujorškom konvencijom, važno je utvrditi značaj ratifikacije Haške konvencije. Zato najpre treba pojasniti osnovne karakteristike obeju konvencija i njihov međusobni odnos (2). Potom se razmatra eventualni uticaj Haške konvencije na odredbe o nadležnosti Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (dalje ZRSZ)⁵, kao i značaj dvostranih ugovora koje srpski sudovi primenjuju na priznanje odluka o izdržavanju (3). Naposletku, čine se određene sugestije u slučaju ratifikacije (4).

1 Haška konvencija o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja dece (*Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children*).

2 *Sl. list FNRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, 2/60.

3 Pelichet Michel. *Note on the operation of the Hague Conventions relating to maintenance obligations and of the New York Convention on the Recovery Abroad of Maintenance*. Preuzeto 11. 03. 2017. http://www.hcch.net/upload/wop/maint_rptMPE.pdf.

4 Ove ugovornice obuhvataju: 23 države EU (Bugarska, Latvija, Litvanija i Malta su ugovornice samo Haške konvencije, a Danska samo Njujorške konvencije), zatim, Bosna i Hercegovina, Brazil, Kazahstan, Crna Gora, Norveška, Turska i Ukrajina. Inače, Haška konvencija trenutno ima 38 ugovornica.

5 *Sl. list SFRJ*, 43/82 i 72/82 - ispr., *Sl. list SRJ*, 46/96 i *Sl. glasnik RS*, 46/2006.

2. Osnovne karakteristike Njujorške i Haške konvencije i njihov međusobni odnos

2.1. Glavne odlike i nedostaci Njujorške konvencije

Iako je Njujorška konvencija u pogledu otvorenosti za ratifikaciju globalni međunarodni instrument, njen domašaj je ograničen. Ona ne unifikuje norme o nadležnosti, merodavnom pravu ili priznanju i izvršenju odluka o izdržavanju, već samo uspostavlja mehanizam *administrativne saradnje* otpremnih i posredničkih organa država ugovornica. Odgovore na ostala pitanja (nadležnost, merodavno pravo, priznanje i izvršenje odluka) daju nacionalni propisi ovih država ili, eventualno, drugi međunarodni ugovori na snazi između države poverioca i države dužnika izdržavanja. Iako deluje da je konvencija jednostavna za primenu,⁶ to ne garantuje uvek i efikasnu pravnu zaštitu.

Posledice nedovoljne preciznosti Njujorške konvencije dolaze do izražaja već u pogledu *odredbe o polju primene*. Naime, konvencijski mehanizam se pokreće ako poverilac i dužnik izdržavanja potpadaju pod nadležnost različitih država ugovornica. Tada *poverilac* svoj zahtev za meritorno odlučivanje ili priznanje odluke o izdržavanju podnosi otpremnom organu države u kojoj živi, koji ga onda prosleđuje posredničkom organu države pod čiju nadležnost potpada dužnik. O zahtevu se dalje odlučuje u skladu sa normama međunarodnog privatnog prava države suda (čl. 6, st. 3).

Ovakva koncepcija odaje utisak da konvencijski sistem stoji na raspolaganju poveriocu izdržavanja, dok se isto ne može sa sigurnošću tvrditi ukoliko postupak pokreće *dužnik*.⁷ U tom smislu, Njujorška konvencija pominje i postupak izmene odluke o izdržavanju u članu 8, ali bez dodatnog preciziranja. Time su otvorena vrata za njenu neujednačenu primenu s obzirom da države različito tumače ovu odredbu, u zavisnosti od toga ko pokreće postupak. U slučajevima kada to čini poverilac, nedoumica nema. Nasuprot tome, ako je tužilac dužnik, pojedine države nastavljaju da primenjuju Njujoršku konvenciju,⁸ dok druge to ne

6 Tim pre što Njujorška konvencija ima samo 21 član.

7 „Svrha ove konvencije je da olakša ostvarivanje izdržavanja na koje neko lice... poverilac, koje se nalazi na teritoriji jedne od Strana ugovornica, polaže pravo...od nekog drugog lica...dužnik, koje potpada pod jurisdikciju druge Strane ugovornice.“ Čl. 1, st. 1 Njujorške konvencije.

8 Na primer, Austrija, Maroko, Poljska i Švajcarska. Permanent Bureau. *Report on and Conclusions of the Special Commission on Maintenance Obligations of April 1999*. Preuzeto 20. 03. 2017. http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999concl_e.pdf.

čine,⁹ smatrajući da bi ovakvo postupanje bilo u suprotnosti sa ciljem konvencije.¹⁰ U ovu poslednju grupu spada i Republika Srbija.¹¹ Međutim, pravo dužnika na pristup pravdi ne može zavisiti od različitih *tumačenja* jedne iste konvencije. Ovo tim pre što u materiji izdržavanja i inače preovlađuje princip *in favorem creditoris*, unapred pomerajući ravnotežu između interesa poverioca i dužnika u korist poverioca kao slabije strane.¹² Ali, to ne znači da dužnik može biti lišen pravne zaštite. Time bi se kršile odredbe o pravu na pravično suđenje Evropske konvencije o ljudskim pravima¹³ i o jednakom položaju stranaka pred sudom Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima¹⁴ (Schmidt, 2000: 665).

Drugi nedostatak Njujorške konvencije odnosi se, paradoksalno, na njeno najveće dostignuće – sistem *centralnih organa* (otpremni i posrednički organi). U odgovorima na upitnik Haške konferencije, države su ukazale da ovaj sistem ne ispunjava uvek svoju svrhu.¹⁵ Pojedine države

9 Na primer, Irska, Hrvatska i Luksemburg. Permanent Bureau. *Report on and Conclusions of the Special Commission on Maintenance Obligations of April 1999*. Preuzeto 20. 03. 2017. http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999concl_e.pdf.

10 Njujorška konvencija treba da „olakša ostvarivanje izdržavanja na koje neko lice...poverilac...polože pravo...od nekog drugog lica...” (čl. 1).

11 Prema podacima dobijenim od Ministarstva finansija Republike Srbije (Odsek za zaštitu imovine i ostvarivanje alimentacionih zahteva u inostranstvu) kao otpremnog organa, suprotna praksa bi bila protivna navedenom čl. 1 Njujorške konvencije.

12 U materiji merodavnog prava, na ovom principu počivaju kolizione norme Haškog protokola o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja, *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, 1/2013. Videti Živković, 2013: 83–87.

13 Čl. 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Sl. list SCG - Međunarodni ugovori*, 9/2003, 5/2005 i 7/2005, *Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori*, 12/2010 i 10/2015.

14 Čl. 14 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, 7/71.

15 Od država koje su detaljnije navodile probleme u saradnji, izdvajamo sledeće:

Australija – loš rad posredničkih organa pojedinih država ugovornica; *Belorusija* – nema dovoljno podataka o otpremnim organima drugih država, pri čemu ni sam depozitar ne raspolaže svim informacijama; *Francuska* – loša primena ili potpuna neprimena Njujorške konvencije u pojedinim državama, nepotpuna dokumentacija; *Belgija* – nepotpuni podaci koji se dobijaju od drugih država; *Nemačka* – centralni organi su se žalili da njihova pitanja često ostaju bez odgovora ili se upuću ju podnosiocu zahteva koji ne može na njih da odgovori; *Iraska* – nepotpuni podaci o postupcima i uslovima za njihovo pokretanje u drugim državama ugovornicama; *Izrael* – loša komunikacija sa pojedinim državama i kašnjenja sa dokumentacijom; *Italija* – označavanje više organa kao otpremnih i posredničkih komplikuje postupak; *Novi*

su, iskoristivši nedorečenost njenih odredaba, uslovljavale primenu konvencije postojanjem meritorne odluke o obavezi izdržavanja (koju sada treba samo priznati).¹⁶ Slično tome, razmimoilaženja postoje i povodom prava javnopravnog organa na regres.¹⁷

Naredni problem tiče se *nepostojanja unifikovanih pravila o minimumu prava na besplatnu pravnu pomoć*. Prema konvenciji, ovo pravo pripada samo poveriocu, u istom obimu kao i državljanima ili rezidentima države suda (čl. 9). Takva odredba neopravdano pravi razliku između poverilaca istog ili sličnog finansijskog stanja, u zavisnosti od toga u kojoj državi pokreću postupak. Kada je reč o deci kao najugroženijoj kategoriji, većina država na njih primenjuje opšta pravila (koja važe za sve poverioce).¹⁸

Iako se ne bi moglo tvrditi da Njujorška konvencija ne funkcioniše dobro u svim slučajevima, navedeni nedostaci ipak navode na zaključak da je materiju izdržavanja potrebno sveobuhvatnije urediti. To čini Haška konvencija.

Zeland – ne postoje standardizovani obrasci za dokumenta koja se šalju; *Škotska* – nedovoljno informacija o neophodnim dokumentima i postupku u drugim državama; *Švajcarska* – postupci za ostvarivanje izdržavanja su često neefikasni čak i za niže iznose izdržavanja i previše dugo traju. Permanent Bureau. *Extracts from the Responses to the November 1998 Questionnaire on Maintenance Obligations, Prel. Doc. No 3 of April 1999*. Preuzeto 20. 03. 2017. <http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999pd3.pdf>.

16 Francuska, Belorusija, Mađarska, Izrael, Italija, Monako, Maroko, Rumunija, Slovačka. Finska je navela da je postupanje centralnih organa najefikasnije kada postoji odluka, a UK traži odluku samo za izdržavanje supružnika. Permanent Bureau. *Extracts from the Responses to the November 1998 Questionnaire on Maintenance Obligations, Prel. Doc. No 3 of April 1999*. Preuzeto 20. 03. 2017. <http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999pd3.pdf>.

17 Na javnopravne organe Njujoršku konvenciju ne primenjuju, na primer, Izrael, Meksiko, Monako, Novi Zeland, Rumunija i Šri Lanka. Permanent Bureau. *Compilation of responses to the 2002 Questionnaire concerning a new global instrument on the international recovery of child support and other forms of family maintenance, Prel. Doc. No 2 of April 2003*. Preuzeto 20. 03. 2017. https://assets.hcch.net/upload/wop/maint_pd02.pdf.

18 Austrija, Belorusija, Belgija, Češka, Finska (ako su obaveze izdržavanja deteta i supružnika sadržane u istoj odluci), Nemačka, Mađarska, Irska, Izrael, Italija, Luksemburg, Maroko, Meksiko, Monako, Holandija, Norveška, Poljska, Rumunija, Šri Lanka, Švedska, Švajcarska, UK (Engleska i Vels i Škotska). Permanent Bureau. *Extracts from the Responses to the November 1998 Questionnaire on Maintenance Obligations*. Preuzeto 20. 03. 2017. <http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999pd3.pdf>.

2.2. Glavne odlike Haške konvencije

Haška konvencija se prvenstveno odnosi na *izdržavanje dece do navršene 21. godine od strane roditelja* i, u određenom obimu, na *izdržavanje supružnika*. Naime, ako se zahtev za priznanje i izvršenje odluke o izdržavanju supružnika podnosi *uz zahtev za izdržavanje deteta*, Haška konvencija se u potpunosti primenjuje i na izdržavanje supružnika. U suprotnom, na ove zahteve se ne primenjuju odredbe o saradnji centralnih organa (glave II i III konvencije). Međutim, države ugovornice imaju mogućnost da davanjem odgovarajućih izjava prošire primenu cele konvencije i na izdržavanje supružnika, ali i na bilo koju drugu obavezu porodičnog izdržavanja, predviđenu nacionalnim pravima (čl. 2, st. 1).

U pogledu *centralnih organa*, Haška konvencija efikasnije uređuje njihovu saradnju. Za razliku od Njujorške, koja uvodi dva centralna organa (otpremni i posrednički), Haška konvencija obavezuje države da odrede jedan centralni organ. Dužnosti centralnih organa su *do detalja* uređene, kako u međusobnoj komunikaciji, tako i u odnosu na stranke (glave II i III konvencije). Jedna od njihovih vrlo značajnih obaveza odnosi se na pružanje pomoći detetu u sporovima za utvrđivanje očinstva ili materinstva ako od toga zavisi ostvarivanje izdržavanja (čl. 6, st. 2, tač. h).

Takođe, *uslovi za priznanje* su unifikovani, čime se uspostavlja diplomatska uzajamnost sa onim ugovornicama koje time uslovljavaju priznanje (što Njujorška konvencija nije kadra da obezbedi).¹⁹

Prednosti Haške konvencije u odnosu na Njujoršku mogu se detaljnije objasniti na primeru prava stranaka na tzv. efikasan pristup postupcima.

2.2.1. Pravo poverioca na efikasan pristup postupcima

Odredbe o pravu na efikasan pristup postupcima u svim fazama ostvarivanja izdržavanja, uključujući i postupak po pravnim lekovima,

19 Kao što je, na primer, slučaj sa Norveškom (Permanent Bureau of the Hague Conference. Extracts from the Responses to the November 1998 Questionnaire on Maintenance Obligations. Preuzeto 20. 03. 2017. <http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999pd3.pdf>), Švedskom (<http://www.domstol.se/Funktioner/English/Legal-proceedings/Contentious-cases/Foreign-judgments/>) i Finskom (Ikonen Jussi. *Comparative study of „residual jurisdiction“ in civil and commercial disputes in the EU: National report for Finland*. Preuzeto 21. 11. 2017. http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_juris_finland_en.pdf). Ove države su ugovornice i Njujorške i Haške konvencije. Budući da Njujorška konvencija ne unifikuje uslove za priznanje, ne uspostavlja se diplomatska uzajamnost za priznanje odluka.

ključna su rešenja Haške konvencije (Borrás et al. 2014: 72–74).²⁰ Tako, poverilac može pokrenuti postupak za *meritorno odlučivanje* o izdržavanju, uklju čujući i izmenu odluke. Sem toga, može tražiti i *priznanje i izvršenje odluke*, kao i *prinudno izvršenje* već priznate odluke (čl. 10, st. 1, tač. a) i b). U poslednjem slučaju, predmet postupka izvršenja može biti i odluka treće države, priznata u državi izvršenja (Borrás et al. 2014: 54). Poveriocu stoji na raspolaganju pomoć centralnih organa i onda kada traži da država *izvrši sopstvenu odluku*. Takođe, on može da pokrene i postupak za *ponovno meritorno odlučivanje* ako je priznanje odbijeno zbog nepoštovanja pravila indirektna nadležnosti, prava na odbranu ili prevarnog postupanja stranke koje je uticalo na odluku čije se priznanje traži.²¹

Kada je reč o *besplatnoj pravnoj pomoći*, Haška konvencija standardizuje ovo pravo. Pod pravnom pomoći podrazumeva se savetovanje, zastupanje i oslobođenje od troškova postupka.²² Ona se garantuje deci mlađoj od 21 godine u postupku priznanja i/ili izvršenja odluke (ukoliko zahtev podnose preko centralnih organa).²³ Reč je o privilegovanoj kategoriji poverilaca koja na pravnu pomoć može da računa nezavisno od svog materijalnog stanja (Beaumont, 2009: 516–517). Države ugovornice moraju obezbediti navedeni minimum prava, ali ga, u skladu sa svojim mogućnostima, mogu i povećati. Nasuprot tome, pravna pomoć se može uskratiti u postupku meritornog odlučivanja ako je zahtev očigledno neosnovan, uklju čujući i pravni lek (*merits test*).²⁴ Izuzetno, države koje nisu voljne da garantuju pravnu pomoć deci *a priori*, mogu prethodno proveriti njihovu finansijsku situaciju.²⁵ Ovaj test procene sredstava (*child-centered means test*) ima ograničen domašaj, lišavajući pomoći samo izrazito dobrostojeću decu i ne očekuje se njegova česta primena (Borrás et al. 2014: 398–399).²⁶

20 Čl. 14 Haške konvencije.

21 Čl. 10, st. 1 u vezi čl. 22, tač. b) i e) Haške konvencije.

22 Čl. 3, st. 1, tač. c) Haške konvencije.

23 Čl. 15, st. 1 Haške konvencije.

24 Čl. 15, st. 2 Haške konvencije.

25 Čl. 16 Haške konvencije.

26 Država koja daje ovakvu izjavu (nema recipročno dejstvo), dostavlja detaljne podatke o kriterijumima ovog testa Stalnom birou Haške konferencije Lortie, Groff. *Practical Handbook for Competent Authorities: the 2007 Hague Child Support Convention, the 2007 Hague Protocol on Applicable Law (Maintenance) and the 2009 European Union Maintenance Regulation*. Preuzeto 20. 03. 2017. <http://www.hcch.net/upload/hb38en.pdf>.

U svim ostalim slučajevima, pravo poverioca na besplatnu pravnu pomoć može biti uslovljeno navedenim testovima, dok se u postupku priznanja ili izvršenja pravna pomoć garantuje (i to barem u istom obimu) ako je podnosilac zahteva već ostvario ovo pravo u državi porekla odluke.²⁷

2.2.2. Pravo dužnika na efikasan pristup postupcima

Za razliku od poverioca, dužnik može pokrenuti samo postupak za *izmenu* odluke ili za njeno *priznanje*, koje treba da *ograniči ili obustavi postupak izvršenja* (čl. 10, st. 2).²⁸ Sa svoje strane, pokretanje postupka za *izmenu* odluke o izdržavanju²⁹ podleže pravilu o *zadržavanju nadležnosti suda države uobičajenog boravišta poverioca*.³⁰ Ukoliko je odluka doneta u ovoj državi, a poverilac nije promenio uobičajeno boravište, dužnik mora pokrenuti postupak u toj istoj državi. Ova odredba je *jedina konvencijska norma o direktnoj nadležnosti* (Beaumont, 2009: 532) odnosno *jedina norma o negativnoj direktnoj nadležnosti* (Borrás, 2012: 111). Zadržavanje nadležnosti nije apsolutno i izuzeci štite pravo dužnika na pristup pravdi ili su pak posledica njegovog i poveriočevog sporazuma (Beaumont, 2009: 534). U tom smislu, promena uobičajenog boravišta poverioca povlači promenu nadležnosti. Isto važi i ako sud ne može da zasnuje nadležnost za izmenu odluke ili odbija da to učini.³¹ Rezultat je identičan i povodom novog meritornog odlučivanja nakon što je priznanje odluke odbijeno u drugoj državi ugovornici.³² Naposljetku,

27 Čl. 17, st. 1 Haške konvencije.

28 U slučaju kada dužnik pokrene postupak za *priznanje* postojeće odluke, on mora da dokaže postojanje pravnog interesa već u samom zahtevu, tako što pojašnjava na koji način bi priznanje ograničilo izvršenje te odluke. Primera radi, naš Zakon o izvršenju i obezbeđenju ne dozvoljava izvršenje u delu u kome bi iznos duga premašio dve trećine iznosa zarade, penzije ili naknade zarade odnosno jednu polovinu ako je njihov iznos jednak ili manji od iznosa minimalne zarade (čl. 258, st. 1 Zakona o izvršenju i obezbeđenju, *Sl. glasnik RS*, 106/2015 i 106/2016). Na osnovu ove odredbe, dužnik bi mogao da traži priznanje sa jasnim interesom da će postupak izvršenja biti ograničen.

29 Pravni interes dužnika u tvrđuje se na osnovu konkretne izmene koja zahtevom traži (npr. smanjenje iznosa izdržavanja ili izmena uslova plaćanja). Permanent Bureau. *Draft Practical Handbook for caseworkers under the 2007 Child Support Convention, Prel. Doc. No 4 of August 2009*. Preuzeto 20. 03. 2017. https://assets.hcch.net/upload/wop/maint_pd04e2009.pdf

30 Čl. 18, st. 1 Haške konvencije.

31 Član 18, stav 2, tač. c) Haške konvencije.

32 Čl. 18, st. 2, tač. d) Haške konvencije.

zadržavanje nadležnosti prestaje i u slučaju prorogacije nadležnosti,³³ kao i pristanka poverioca na nadležnost suda druge države.³⁴

Što se tiče *prava dužnika na besplatnu pravnu pomoć*, ono zavisi od već pomenutih testova procene sredstava (*means test*) i osnovanosti zahteva (*merits test*). Ako je dužnik uživao pravnu pomoć u postupku meritornog odlučivanja, onda ima pravo na nju i u postupku priznanja te odluke, bar u istom obimu koji se u državi priznanja odobrava za slučajeve bez inostranog elementa. Time se dužniku *garantuje minimum prava* na besplatnu pravnu pomoć.³⁵

2.3. Odnos Njujorške konvencije i Haške konvencije

Osobenost Haške konvencije ogleda se u činjenici da se njome, u odnosima država ugovornica, stavlja van snage Njujorška konvencija (iako je reč o konvenciji druge međunarodne organizacije). Ovakvo neuobičajeno rešenje uslovljeno je pomenutim partnerstvom Haške konferencije i Ujedinjenih nacija.

Na osnovu kratkog određenja iz čl. 49 Haške konvencije, čini se da je odgovor o hijerarhijskom odnosu ovih konvencija jednostavan. Naime, Haška konvencija zamenjuje Njujoršku konvenciju između država koje su ugovornice obeju, *u meri u kojoj se njihova polja primene poklapaju*. Međutim, Haška konvencija dopušta državama ugovornicama da *menjaju njeno polje primene* putem rezervi i izjava. Zbog toga se u kontekstu ove konvencije može, s jedne strane, govoriti o *objektivnom polju primene*, pod kojim se podrazumeva izdržavanje dece mlađe od 21 godine od strane roditelja i, u određenom obimu, izdržavanje supružnika. S druge strane, postoji i *subjektivno polje primene*, određeno rezervama i izjavama, specifično za svaku državu ugovornicu.

Države mogu rezervom *suziti polje primene* konvencije (*ratione personae*) na decu mlađu od 18 godina.³⁶ Nasuprot tome, davanjem odgovarajućih izjava moguće je i *proširiti polje primene*, kako *ratione materiae*, tako i *ratione personae*. One države koje smatraju da izdržavanje dece „od kolenke pa do groba“ (Martiny, 1994: 142) nije preterano, mogu proširiti polje primene *ratione personae* i na decu stariju od 21 godine. Proširivanje *ratione materiae* podrazumeva bilo koju obavezu izdržavanja koja proističe iz porodičnih

33 Čl. 18, st. 2, tač. a) Haške konvencije.

34 Član 18, stav 2, tač. b) Haške konvencije.

35 Čl. 14, st. 4 Haške konvencije.

36 Čl. 2, st. 2 Haške konvencije.

odnosa, krvnog srodstva, braka ili tazbinskog srodstva.³⁷ Treba imati u vidu da se rezervom ograničava primena svih odredaba konvencije, dok se sistem izjava može odnositi na sve ili samo pojedine odredbe (npr. samo priznanje i izvršenje ili samo meritorno odlučivanje). U svakom slučaju, rezerve i izjave imaju *recipročno dejstvo* (Borrás et al. 2014: 21–22).

Stoga, države ugovornice obeju konvencija mogu i dalje između sebe primenjivati Njujoršku konvenciju u delu u kome se *subjektivna* polja primene Haške konvencije ne poklapaju.³⁸

3. Uticaj Haške konvencije na zakonske odredbe o nadležnosti i značaj dvostranih ugovora

Eventualna ratifikacija Haške konvencije otvara pitanje usklađenosti normi ZRSZ-a o nadležnosti u odnosu na konvencijski sistem indirektna nadležnosti. Takođe, nedoumica postoji i u pogledu značaja dvostranih ugovora kojima je Srbija već obavezana u pogledu priznanja i izvršenja odluka o izdržavanju.

3.1. Konvencijske i zakonske odredbe o nadležnosti

Budući da države nisu mogle da postignu konsenzus u pogledu direktne nadležnosti,³⁹ Haška konvencija je jednostrana konvencija (*convention simple*),⁴⁰ koja uređuje samo sistem indirektna nadležnosti.⁴¹ To znači da se i dalje primenjuju nacionalne norme država ugovornica o direktnoj nadležnosti. Srazmerno međusobnim razlikama, one mogu učiniti saradnju manje ili više uspešnom (Duncan, 2010: 222). Ipak, unifikacija indirektna nadležnosti ima veći značaj nego što bi se na prvi pogled reklo. Ona prećutno određuje *prihvatljive osnove* direktne nadležnosti u materiji izdržavanja, povlačeći granicu u odnosu na prekomernu nadležnost.

37 Čl. 2, st. 3 Haške konvencije.

38 Primera radi, Ukrajina je stavila rezervu kojom je ograničila polje primene Haške konvencije na decu mlađu od 18 godina, dok je Norveška proširila deo o izvršenju na decu do 25. godine. Obe države su ugovornice i Njujorške konvencije. Norveška u odnosu na Ukrajinu može da primeni Njujoršku konvenciju u pogledu obaveze roditelja prema detetu starijem od 18, a mlađem od 21 godine.

39 Nadležnost domaćeg suda za meritorno odlučivanje o zahtevu.

40 Beaumont, 2009: 532.

41 Nadležnost stranog suda za donošenje odluke čije se priznanje traži.

Konvencijski kriterijumi indirektne nadležnosti mogu se podeliti u tri kategorije. Prva se odnosi na osnove nadležnosti za sve sporove o izdržavanju, druga grupa se tiče sporova o izdržavanju deteta, dok u treću spadaju kriterijumi koji se u ovom poslednjem slučaju ne primenjuju.

3.1.1. Kriterijumi indirektne nadležnosti koji se primenjuju na sve sporove o izdržavanju

U zajedničke osnove indirektne nadležnosti spadaju: uobičajeno boravište tuženog, uobičajeno boravište poverioca, pristanak tuženog na nadležnost i atrakcija nadležnosti u statusnim sporovima ili sporovima o roditeljskoj odgovornosti.

Što se tiče kriterijuma *uobičajenog boravišta tuženog*, njemu se nema šta prigovoriti budući da sledi klasični princip *actor sequitur forum rei*.⁴² Slično tome, i *pristanak tuženog* (izričit ili prećutan) čest je osnov međunarodne nadležnosti.⁴³ Iz ugla našeg prava, morala bi biti prihvatljiva oba ova kriterijuma, uz par napomena. Najpre, ZRSZ za opštu nadležnost predviđa *prebivalište tuženog*,⁴⁴ dok se uobičajeno boravište uopšte ne pominje. U takvim okolnostima, ako tuženi ima prebivalište u Srbiji, naš sud treba da proveri da li je i uobičajeno boravište ovog lica u našoj državi i da to navede u obrazloženju odluke. Međutim, ako tuženi nema prebivalište u Srbiji, to ne znači da nema ni uobičajeno boravište u Srbiji. Zato sud mora posebno utvrditi uobičajeno boravište tuženog, čak i ako nadležnost zasniva na nekom od kriterijuma posebne nadležnosti.⁴⁵ U pogledu *pristanka tuženog*, ZRSZ isključuje prorogaciju u materiji izdržavanja, te samim tim ni ovaj kriterijum nije dopušten (Dika, Knežević, Stojanović, 1991: 193). Bez obzira na to, navedena odredba našeg zakona ne može biti prepreka za priznanje odluke druge države ugovornice. Kao prvo, nadležnost našeg suda u sporovima o izdržavanju nije isključiva. Drugo, ne bi bilo povrede

42 Čl. 20, st. 1, tač. a) Haške konvencije.

43 Čl. 20, st. 1, tač. b) Haške konvencije.

44 Čl. 46, st. 1 ZRSZ.

45 Kriterijumi posebne nadležnosti za sporove o izdržavanju su: prebivalište deteta kao tu žioca, zajedničko srpsko državljanstvo tu žioca i tu ženog, srpsko državljanstvo deteta kao maloletnog tu žioca (bez obzira gde imaju prebivalište), srpsko državljanstvo tu žioca sa prebivalištem u Srbiji, prebivalište tu žioca u Srbiji „u trenu tku suđenja“ (ako je poslednje zajedničko prebivalište supru žnika bilo u Srbiji), srpsko državljanstvo tu žioca koji ima prebivalište u Srbiji ili postojanje imovine tu ženog u Srbiji iz koje se može naplatiti izdržavanje. Čl. 67, st. 1, tač. 1, 2 i 3; čl. 67, st. 2 i 3 i čl. 68 ZRSZ.

ni javnog poretka budući da je u savremenom međunarodnom privatnom pravu (ograničena) autonomija volje prodrła u materiju izdržavanja i više nije neuobičajena.⁴⁶

Kada je reč o kriterijumu *uobičajenog boravišta poverioca*,⁴⁷ Konvencijom je dozvoljena mogućnost rezerve,⁴⁸ koja nema recipročno dejstvo.⁴⁹ Odluka se čak i tada može priznati na osnovu tzv. „činjenične povezanosti“, odnosno ako su okolnosti slučaja takve da bi pravo države priznanja *mutatis mutandis* omogućilo zasnivanje nadležnosti svog suda (čl. 20, st. 3 Konvencije). Što se tiče našeg prava, kriterijum uobičajenog boravišta poverioca ne može se kritikovati jer se temelji na tradicionalnom principu *in favorem creditoris*. S obzirom da ZRSZ ne predviđa ni ovaj osnov nadležnosti, važe iste napomene kao i povodom uobičajenog boravišta tuženog. U slu čaju da je druga država stavila rezervu na uobičajeno boravište poverioca, odluka našeg suda eventualno bi mogla proći test „činjenične povezanosti.“

U pogledu atrakcije nadležnosti povodom *statusnih sporova* i sporova o *roditeljskoj odgovornosti*, državljanstvo samo jedne od stranaka nije dozvoljeni osnov nadležnosti prema Haškoj konvenciji.⁵⁰ ZRSZ se uklapa u navedeno pravilo budući da se uz domaće državljanstvo stranke uvek traži još neki kriterijum (najčešće prebivalište ili boravište u Srbiji) ili je pak reč o zajedničkom srpskom državljanstvu stranaka (čl. 61, 63–66 ZRSZ).

3.1.2. Kriterijumi indirektne nadležnosti koji se primenjuju kada je dete poverilac

Uobičajeno boravište deteta predstavlja dodatni „most“ u slučaju rezerve na kriterijum uobičajenog boravišta poverioca (Borrás et al. 2014: 89). Za

46 Tako je, recimo, u čl. 4 Regulative EU o izdržavanju (*Council Regulation No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations*, OJ L 7, 10. 01. 2009) predviđena izričita prorogacija za sve sporove o izdržavanju, osim za decu do navršene 18 godine. Teško je zamisliti da Viši sud u Srbiji odbije priznanje odluke suda države članice EU koji je, primenjujući Regulativu, zasnovao nadležnost na osnovu sporazuma o nadležnosti ili prećutnog pristanka tu ženog (čl. 5 Regulative).

47 Čl. 20, st. 1, tač. c) Haške konvencije.

48 Ovaj kriterijum je problematičan prvenstveno iz ugla Sjedinjenih Američkih Država zato što se ne zasniva na dovoljno čvrstoj vezi tuženog i suda. Bruch, 1994: 1054.

49 Čl. 62, st. 1 Haške konvencije.

50 Čl. 20, st. 1, tač. f) Haške konvencije.

priznanje odluke o izdržavanju dece u ovom slučaju dužnik mora u nekom trenutku živeti sa detetom u državi porekla odluke. Najčešće će biti reči o roditelju čija obaveza, *usled razvoda braka ili prestanka vanbračne zajednice*, dobija sudski epilog. Druga situacija, kada on nije živio u zajednici sa detetom, pretpostavlja da je dužnik u nekom trenutku ipak boravio u državi porekla odluke i u njoj izdržavao dete. To će, pre svega, biti onda kada roditelji nisu bili u braku ili vanbračnoj zajednici. S obzirom da ZRSZ predviđa prebivalište deteta kao tužioca (čl. 67, st. 1, tač. 1), postupanje suda bi bilo isto kao i povodom uobičajenog boravišta poverioca, odnosno tuženog. Ukoliko to nije moguće, nadležnost bi se, u zavisnosti od okolnosti, mogla zasnovati preko pravila o atrakciji nadležnosti povodom *roditeljske odgovornosti* ili *statusnih sporova* (sporovi o očinstvu ili materinstvu).

3.1.3. Kriterijumi indirektne nadležnosti koji se ne primenjuju na decu kao poverioce

Jedini kriterijum indirektne nadležnosti koji se ne primenjuje na decu kao poverioce predstavlja izričita prorogacija nadležnosti.⁵¹ Ova odredba je identična pravilu ZRSZ-a o zabrani sporazuma o nadležnosti u sporovima o izdržavanju (čl. 49, st. 3 ZRSZ).

3.2. Odnos Haške konvencije i dvostranih ugovora u pogledu priznanja i izvršenja odluka

Što se tiče sistema priznanja odluka o izdržavanju prema dvostranim ugovorima Srbije i država koje su obavezane i Haškom konvencijom, oni se mogu podeliti na tri kategorije. U prvoj je ovo pitanje regulisano *opštim odredbama* o priznanju, predviđenim u brojnim ugovorima o pravnoj pomoći u građanskim stvarima (Bugarska, čl. 42–48;⁵² Kipar, čl. 22–26;⁵³ Mađarska sa

51 Čl. 20, st. 1, tač. e) Haške konvencije.

52 Ugovor o uzajamnoj pravnoj pomoći između FNR Jugoslavije i NR Bugarske, *Sl. list FNRJ – dodatak*, 1/1957.

53 Ugovor između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Republike Kipar o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*, 2/86.

izmenama i dopunama, čl. 56–66;⁵⁴ Poljska, čl. 49–58;⁵⁵ Rumunija, čl. 50–58;⁵⁶ Češka i Slovačka, čl. 50–60;⁵⁷ Bosna i Hercegovina, čl. 26–27 i 29–31;⁵⁸ Crna Gora, čl. 26–28 i 30–32⁵⁹). U drugu grupu spadaju ugovori posvećeni *samo priznanju i izvršenju odluka u građanskoj i trgovačkoj materiji*. I tada se na priznanje odluka o izdržavanju primenjuju opšte odredbe (ugovori sa Grčkom⁶⁰ i Francuskom⁶¹). Treću čine ugovori posvećeni *priznanju i izvršenju odluka o izdržavanju* (ugovori sa Austrijom⁶² i Belgijom⁶³). Premda Haška konvencija, u načelu, ne utiče na dvostrane ugovore (čl. 51), njihova rešenja se teško mogu porediti sa konvencijskim. Naime, svi ovi dvostrani ugovori (sem sa Bugarskom)⁶⁴ podrazumevaju istovremenu (kombinovanu) primenu i Njujorške konvencije. To je moguće zato što Njujorška konvencija ne vrši unifikaciju, te je dopunjuju odredbe dvostranih ugovora. Međutim, čak ni ovaj kombinovani sistem ne može se porediti sa Haškom konvencijom po efikasnosti, prvenstveno zbog toga što ne obezbeđuje sveobuhvatnu procesnu zaštitu poverioca i dužnika.

54 Ugovor o uzajamnom pravnom saobraćaju između SFR Jugoslavije i NR Mađarske (1968) sa izmenama i dopunama, *Sl. list SFRJ – dodatak* br.3/1968; izmene i dopune – *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*, 1/1987.

55 Ugovor o pravnom saobraćaju u građanskim i krivičnim stvarima između FNR Jugoslavije i NR Poljske, *Sl. list FNRJ – dodatak*, 5/1963.

56 Ugovor o pravnoj pomoći između FNR Jugoslavije i Rumunske Narodne Republike, *Sl. list FNRJ – dodatak*, 8/1961.

57 Ugovor o regulisanju pravnih odnosa u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima između SFR Jugoslavije i Čehoslovačke, *Sl. list SFRJ – dodatak*, 13/1964.

58 Ugovor između Srbije i Crne Gore i Bosne i Hercegovine o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*, 6/2005 i *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, 13/2010.

59 Ugovor između Republike Srbije i Crne Gore o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, 1/2010.

60 Sporazum između Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Kraljevine Grčke o uzajamnom priznavanju i izvršavanju sudskih odluka, *Sl. list FNRJ – Dodatak*, 6/60.

61 Konvencija između Vlade Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Vlade Republike Francuske o priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, 7/72.

62 Sporazum između Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Republike Austrije o uzajamnom priznavanju i izvršenju odluka o izdržavanju, *Sl. list FNRJ – Dodatak*, 2/63.

63 Konvencija između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Kraljevine Belgije o priznanju i izvršenju sudskih odluka o izdržavanju, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 45/76.

64 Bugarska nije ugovornica Njujorške, već samo Haške konvencije.

4. Zaključak

Konvencija o pravima deteta obavezuje države da zaključuju međunarodne ugovore kojima se štiti pravo deteta na izdržavanje, posebno u prekograničnim slučajevima (čl. 27).⁶⁵ Haška konvencija je, iako ne isključivo, u značajnoj meri okrenuta zaštiti upravo ovog prava deteta, i to više nego Njujorška konvencija. Prednosti Haške konvencije su očigledne, počev od prava na efikasan pristup postupcima i besplatnu pravnu pomoć, do uspostavljanja diplomatske uzajamnosti u pogledu priznanja i izvršenja, kao i precizno uređenog sistema saradnje centralnih organa. Zato ne čudi što su i Ujedinjene nacije, kao tvorci i Njujorške konvencije i Konvencije o pravima deteta, dale „zeleno svetlo“ za već objašnjenu odredbu o hijerarhijskom odnosu. Ratifikacija Haške konvencije značila bi da Srbija unapređuje ispunjenje svojih obaveza iz Konvencije o pravima deteta. S obzirom da je Haška konvencija i deo *acquis communautaires*, ratifikacija je, u slučaju države kandidata, očekivana. Uz to, ovo bi bio i prvi ugovor u materiji izdržavanja između Srbije i Sjedinjenih Američkih Država.

Kada je reč o Njujorškoj konvenciji, ona bi, s jedne strane, nastavila da važi između Srbije i država koje nisu ugovornice Haške konvencije. Radi se o državama sa kojima, sem par izuzetaka, Srbija nema toliko učestali pravni saobraćaj.⁶⁶ S druge strane, zbog uspostavljanja dvostrukog koloseka (kada je druga država obavezana i Haškom konvencijom), od praktičnog je značaja da centralni organi za Hašku konvenciju i Njujoršku konvenciju budu isti. Ovo zato što njihova uloga podseća na zadatak skretničara koji treba pravilno da uputi ili primi zahteve za ostvarivanje izdržavanja prema jednoj ili drugoj konvenciji, u zavisnosti od toga koja se u konkretnom slučaju primenjuje. S obzirom da Njujorška konvencija predviđa sistem dva centralna organa, problem se, za potrebe Haške, svodi na odabir jednog od njih. U slučaju Republike Srbije, to bi trebalo da bude Ministarstvo finansija.

65 *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*, 15/90 i *Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori*, 4/96 i 2/97.

66 U pitanju su Argentina, Australija, Ažir, Burkina Faso, Barbados, Belorusija, Brazil, Ekvador, Danska, Makedonija, Izrael, Maroko, Meksiko, Monako, Novi Zeland, Filipini, Šri Lanka, Švajcarska, Surinam, Tunis, Urugvaj, Čile, Kabo Verde, Centralna Afrička Republika, Kolumbija, Gvatemala, Haiti, Kazahstan, Kirgistan, Liberija, Moldavija, Nigerija, Pakistan, Sveta stolica i Sejšeli.

Što se tiče eventualnih primedbi u odnosu na kriterijume indirektna nadležnosti Haške konvencije, pre bi se moglo konstatovati da rešenja ZRSZ-a ne idu u korak sa savremenim međunarodnim privatnim pravom.⁶⁷

Iako bi se poteškoće, kao što smo videli, mogle (u određenoj meri) prevazići tumačenjem, usvajanje novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu Srbije⁶⁸ rešilo bi ovakve probleme. Tada bi svi osnovi nadležnosti bili u potpunosti usklađeni sa sistemom indirektna nadležnosti Haške konvencije.⁶⁹ Štaviše, tek bi se za kriterijume nadležnosti novog Zakona moglo sa sigurnošću tvrditi da ne prekoračuju prag prekomerne nadležnosti. Dalje osavremenjivanje sistema međunarodnog privatnog prava Srbije moralo bi biti okrenuto Haškoj konvenciji i usvajanju novog Zakona. Drugim rečima, ako nam je tesna postojeća nacionalna ili međunarodna cipela, ne treba oklevati da se nađe nova i bolja.⁷⁰

Literatura/References

Beaumont, P. (2009). International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of the Reverse Subsidiarity. *RabelsZ.* 3 (2009). 509–546.

Borrás, A. (2012). The limit on proceedings in maintenance claims: an example of the compatibility between the European instruments and the 2007 Hague Convention. *International Family Law.* (March 2012). 110–114.

Borrás, A. Degeling, J. with the assistance of William Duncan and Philippe Lortie, *Explanatory Report on the Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance.* Preuzeto 20. 03. 2017. <http://www.hcch.net/upload/expl38.pdf>

Bruch, C. (1994). Statutory Reform of Constitutional Doctrine: Fitting International Shoe to Family Law. *UC Davis Law Review.* (28)1994. 1047–1058.

67 Za detaljnu analizu normi ZRSZ o nadležnosti u materiji izdržavanja i njihove nedostatke videti Marjanović, 2013: 401–405.

68 Konačna verzija Nacrta poslata je Ministarstvu pravde pre više od 3 godine (jula meseca 2014. godine) ,<http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon-o-medjunarodnom-privatnom-pravuradna-verzija.html>.

69 U tom smislu, Nacrt novog Zakona predviđa: uobičajeno boravište t u ženog, uobičajeno boravište poverioca, zajedničko državljanstvo poverioca i du žnika, prorogaciju nadležnosti suda Srbije (sem za izdržavanje dece do 18. godine), prećutni pristanak tu ženog i atrakciju nadležnosti (čl. 13 i čl. 107–109 Nacrta).

70 Delimično parafrazirajući reči američke au torke Bru h. Bruch, 1994: 1058.

Council Regulation No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations

Dika, M. Knežević, G. Stojanović, S. (1991). *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*. Beograd: Nomos

Duncan, W. (2010). Future developments in International Family Law. U Boele-Woelki K, Einhorn, T, Girsberger, G, S. Symeonides (eds). *Convergence and divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*. The Hague: Eleven International Publishing & Schulthess. 221–242.

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*. Br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005, *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*. Br. 12/2010 i 10/2015

Haška konvencija o međunarodnom ostvarivanju izdržavanja dece i drugih članova porodice (2007)

Haška konvencija o merodavnom pravu za obaveze izdržavanje dece (1956)

Haški protokol o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja. *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*. Br. 1/2013

Konvencija između Vlade Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Vlade Republike Francuske o priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima. *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*. Br. 7/72

Konvencija između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Kraljevine Belgije o priznavanju i izvršenju sudskih odluka o izdržavanju. *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*. Br. 45/76

Konvencija o ostvarivanju alimentacionih zahteva u inostranstvu. *Sl. list FNRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*. Br. 2/60

Konvencija o pravima deteta. *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*. Br. 15/90 i *Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori*. Br. 4/96 i 2/97

Lortie, Ph. Groff, M. *Practical Handbook for Competent Authorities: the 2007 Hague Child Support Convention, the 2007 Hague Protocol on Applicable Law (Maintenance) and the 2009 European Union Maintenance Regulation*. Preuzeto 20. 03. 2017. <http://www.hcch.net/upload/hb38en.pdf>

Martiny, D. (1994). *Maintenance Obligations in the Conflict of Laws. Recueil des Cours*. The Hague: The Hague Academy of International Law

Marjanović, S. (2013). Međunarodna nadležnost za sporove o izdržavanju u međunarodnom privatnom pravu Srbije *de lege lata* i *de lege ferenda*. *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*. 65(2013). 399–418.

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima. *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*. Br. 7/71

Nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije. <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon-o-medjunarodnom-privatnom-pravuradna-verzija.html>

Pelichet Michael. *Note on the operation of the Hague Conventions relating to maintenance obligations and of the New York Convention on the Recovery Abroad of Maintenance*. Preuzeto 11. 03. 2017. http://www.hcch.net/upload/wop/maint_rptMPe.pdf

Permanent Bureau. *Draft Practical Handbook for caseworkers under the 2007 Child Support Convention, Prel. Doc. No 4 of August 2009*. Preuzeto 20. 03. 2017. https://assets.hcch.net/upload/wop/maint_pd04e2009.pdf

Permanent Bureau. *Compilation of responses to the 2002 Questionnaire concerning a new global instrument on the international recovery of child support and other forms of family maintenance, Prel. Doc. No 2 of April 2003*. Preuzeto 20. 03. 2017. https://assets.hcch.net/upload/wop/maint_pd02.pdf

Permanent Bureau. *Report on and Conclusions of the Special Commission on Maintenance Obligations of April 1999*. Preuzeto 20. 03. 2017. http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999concl_e.pdf

Permanent Bureau. *Extracts from the Responses to the November 1998 Questionnaire on Maintenance Obligations*. Preuzeto 20. 03. 2017. <http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999pd3.pdf>

Schmidt, E. G. (2000). Equal Treatment of the parties in international maintenance cases. U Basedow, J. et al. (eds). *Private Law in International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr*. The Hague: T.M.C. Asser Press. 657–666.

Sporazum između Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Kraljevine Grčke o uzajamnom priznavanju i izvršavanju sudskih odluka. *Sl. list FNRJ – Dodatak*. Br. 6/60

Sporazum između Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Republike Austrije o uzajamnom priznavanju i izvršenju odluka o izdržavanju. *Sl. list FNRJ – Dodatak*. Br. 2/63

Ugovor o uzajamnom pravnom saobraćaju između SFR Jugoslavije i NR Mađarske sa izmenama i dopunama. *Službeni list SFRJ – dodatak*. Br. 3

(1968); izmene i dopune, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*. Br. 1 (1987)

Ugovor o regulisanju pravnih odnosa u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima između SFR Jugoslavije i Čehoslovačke. *Službeni list SFRJ – dodatak*. Br. 13 (1964)

Ugovor o pravnom saobraćaju u građanskim i krivičnim stvarima između FNR Jugoslavije i NR Poljske. *Službeni list FNRJ – dodatak*. Br. 5 (1963)

Ugovor o pravnoj pomoći između FNR Jugoslavije i Rumunske Narodne Republike. *Službeni list FNRJ – dodatak*. Br. 8 (1961)

Ugovor o uzajamnoj pravnoj pomoći između FNR Jugoslavije i NR Bugarske. *Službeni list FNRJ – dodatak*. Br. 1 (1957)

Ugovor između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Republike Kipar o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima. *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*. Br. 2/86

Ugovor između Srbije i Crne Gore i Bosne i Hercegovine o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima. *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*. Br. 6/2005 i *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*. Br. 13/2010

Ugovor između Republike Srbije i Crne Gore o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima. *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*. Br. 1/2010

Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja. *Sl. list SFRJ*. br. 43/82 i 72/82 - ispr., *Sl. list SRJ*. Br. 46/96 i *Sl. glasnik RS*. Br. 46/2006

Zakon o izvršenju i obezbeđenju. *Sl. glasnik RS*. Br. 106/2015 i 106/2016

Živković, M. (2013). O primeni Haškog protokola o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja u međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije. *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*. 65 (2013). 79–94.

Sanja Marjanović, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

FAMILY MAINTENANCE IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW: Choosing between the UN Convention (1956) and the Hague Convention (2007)

Summary

Globalization and increased movement of people are a challenge for Private International Law. A proper legal regulation of cross-border dispute cases requires a higher degree of international cooperation. In the context of maintenance, it has generated the partnership of two world organizations, the Hague Conference on Private International Law and the United Nations, each of which has been dealing with this matter in its own way. The result of this cooperation is the Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance (2007) which, in terms of relations between the Contracting States, replaces the United Nations Convention on the Recovery of Maintenance Abroad (1956). Bearing in mind that the Republic of Serbia is a member state of the 1956 UN Convention only, the paper discusses the need to ratify the 2007 Hague Convention.

*As compared to the New York Convention, the Hague Convention brings multiple benefits, including: the right to an effective access to procedures, the right to free legal assistance, establishment of diplomatic reciprocity regarding the recognition and enforcement of foreign decisions, well-organized and precisely regulated system of cooperation between the central authorities. Given that the Hague Convention has become part of *acquis communautaries*, the Serbian ratification of the Hague Maintenance Convention is even more significant.*

Keywords: *maintenance obligations, UN Convention on the Recovery of Maintenance Abroad, Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Family Maintenance.*

Ivan Sokolov*, Ph.D.

Associate Professor,

European Higher School of Economics and Management

Plovdiv, Bulgaria

pregledni naučni rad

doi:10.5937/zrpfni1878255S

UDK: 336.02:352

Rad primljen: 30.03.2018.

Rad prihvaćen: 18.04.2018.

LOCAL FINANCIAL INVESTMENT POLICY

Abstract: For decades, while reforming their administrative system, EU countries have put their emphasis on the development and strengthening of local self-government. In the framework of the large-scale decentralization policy, physical and institutional boundaries of local development are established and the local self-government units are vested with full statutory powers and responsibilities deemed specifically theirs. The constitutions of the countries in Europe are the main source of law regulating the local self-government and governance.

Keywords: local self-government, municipal investment policy, public and private property, investment risk.

1. Introduction

Municipal investment policy is defined as a system of elements (funds) and mechanisms for their implementation that ensure the achievement of certain investment objectives and tasks in the development of the municipality. It is related to an efficient investment expenditure in order to increase the technical, technological and organizational level of the municipal economy, ensuring high quality production at low cost, optimal assortment and strong market positions. It is built on the basis of objective analysis and assessment of the municipal economy as a whole, the state of the social and technical infrastructure, as well as the ecological status of the municipality. It is aimed at creating conditions for placement of national and international investments.

2. Financing of local public investment projects:

Sources and institutionalization

The financing of investment programs and projects in Bulgaria is done in two ways: *decentralized and centralized.*

* i.sokolof@abv.bg

At this stage, the subject of *decentralized* financing are currently the municipalities. District administrations have very limited financial powers, restricted only to the management of the financial resources needed for their own building and operation. Municipalities have better-developed administrative structures with more experience in managing and implementing investment programs and projects.

The collective management scheme implemented through the will and decisions of the municipal councils sometimes hinders the purposeful implementation of the complex and wide-ranging programs for development of the municipalities as well as for the realization of projects of inter-municipal and regional interest.

Centralized financing of investment programs and projects is carried out through the central executive authorities: ministries, agencies and other structures with national competences. Primarily, projects of socio-economic importance exceeding the local interests, such as projects whose beneficiaries are several municipalities or districts, are financed. A significant part of the regional projects are financed by:

- Ministry of Regional Development and Public Works (in the field of road infrastructure, drinking water supply, cross-border cooperation, etc.);
- Ministry of Agriculture (in the field of irrigation and water engineering);
- Ministry of Environment and Water (in the field of wastewater treatment and waste management);
- Ministry of Labour and Social Policy (in the field of social welfare).

In most cases, investment programs and projects are financed on a mixed basis, from various internal or external sources.

In compliance with the provisions of the Municipal Debt Act, the Ministry of Finance maintains a Central Register of Municipal Debt. The register is a guarantee of publicity of information, and it is in compliance with the transparency requirements for the disposal of public funds.

2.1. Internal sources and forms of their provision

2.1.1. State budget

The state budget funds are channeled for the implementation of programs and projects through central executive authorities and through municipalities. The state budget finances municipal projects and programs through targeted subsidies for capital expenditure, determined annually in the State Budget Act. Target subsidies are provided under certain conditions prescribed in the State

Budget Act. These are first and foremost the requirements for preferential provision of sites in certain sectors (e.g. drinking water supply, health and welfare, education and environmental protection) as well as sites with the highest degree of construction completion (with the closest term of commissioning). In addition to targeted subsidies, the Bulgarian financial legislation regulates the possibility of granting budget subsidies, which represent a certain variety of subsidies and are granted under certain conditions. For the time being, this form of budget support is not applied in practice, although it is particularly suited to a targeted government impact on the implementation of certain programs. A specific way of program financing from the budget is the allocation of funds for the construction, reconstruction and overhaul of sites from the fourth-class road network.

2.1.2. Own funds of the municipalities

According to their origin, these funds are of two types: the municipality's own budget and own extra-budgetary funds. They are allocated and directed for the implementation of programs and projects by decision of the local self-government bodies - the municipal councils.

The main extra-budgetary source are the proceeds from the privatization of municipal sites. Obviously, over time, this source will lose its significance as the base of this revenue will increasingly narrow. In this situation, the importance of own budget resources for the realization of the municipal investment policy will increase.

The possibilities for financing investment projects with own funds from the municipal budgets do not depend only on the efforts of the local authorities. They are a function of the state's policy on strengthening the economic foundations of local self-government by providing more and more stable own revenues in municipal budgets, providing significant amounts of regular revenue.

2.1.3. Centralized public extra-budgetary funds

Funding from these sources is usually done on an individual basis, on a competitive basis, in compliance with a set of requirements, criteria and indicators.

2.1.4. Private financial resources

Private capital participation should be sought in areas with economic returns (e.g. in the development of: tourism, commercial activities, entertainment, leisure and sports activities, and expanding health and education services against pay, etc.). In many countries, reliance is being placed on mixed funding, including both private and public funds,

for the effective implementation of certain development projects. Appropriate instruments in this regard are public-private partnerships.

2.1.5 External sources and forms of their provision

Bulgaria's accession to United Europe marks the start of a new stage in the implementation of local investment policy and in the financing of municipal programs and projects. As a member of the European Union, Bulgaria has the opportunity to make use of the Structural Funds and the other financial instruments of the Union.

The municipalities are the main beneficiaries in the absorption of the Euro-funds under two operational programs (OPs): OP "Regional Development" and OP "Environment". Projects are financed that relate to:

- investments in road infrastructure;
- investments in water supply and sewerage systems;
- investments in environmental infrastructure, including waste treatment infrastructure;
- investment in tourism infrastructure.

The municipalities have the opportunity to participate in a limited number of operations under OP "Human Resources Management" (mainly with social projects targeting vulnerable groups) and OP "Administrative Capacity" (mainly as target groups for capacity building rather than direct beneficiaries).

How far these opportunities will be used as a positive development impetus depends to a large extent on the initiative and adaptability of the municipalities to the new conditions.

2.2. Quantitative measures and comparability with other EU Member States

Share of local investment in total public investment (as of May 2015, Eurostat)
The indicator gives an idea of the distribution of investment between levels of government in the public sphere. The share of the capital expenditure of the municipalities in Bulgaria compared to the total amount of the public investments increased sharply during the period under review, reaching 64% in 2014. This puts it in the first place, ahead of all the unitary states in the EU, including those with long-standing traditions such as France, Italy, the Netherlands. All of this is happening against the backdrop of the overall decline in this indicator in other European countries. Countries above the EU-28

average are the Czech Republic, Poland, Romania and Slovenia, and in the last places are the usual countries without Portugal, which (with a 45% share) is immediately above the EU average of nearly 45%.

2.3. Institutional organization

The successful formation and implementation of the municipal investment policy depends on:

- the availability of *administrative and managerial personnel* to plan, organize, account and control the implementation of municipal investment programs;
- the availability of *organizational and technical conditions* for the development and evaluation of effective projects;
- the existence of *organizational and management experience* of administrative staff to prepare the overall investment-related procedure;
- the availability of *practical knowledge in the implementation of the existing legislation*, which can lead the investment initiative to a concrete realization.

In this regard, it is necessary to know the different stages of the investment policy related to the established procedures for:

- *exploration* and design under the Spatial Planning Act;
- environmental impact *assessment* according to the Environmental Protection Act;
- the cost-benefit *assessment* requiring specialized knowledge of the profitability assessment methodologies;
- the rate of return of the investment; annual operating costs; social cost of the investment, etc.;
- *programming* and planning of investment expenditures from state and municipal budgets and extrabudgetary funds according to the Law for the Structure of the State Budget and the Municipal Budgets Act;
- *subsidizing* programs and projects from: the European Union Structural Funds (via the National Operational Programs); national plans and programs in the fields of economic development, social and regional policy, agriculture and rural regions, etc.
- *preparation* of tender procedures (knowledge of international practice and rules);
- *award* of public procurement under the Public Procurement Act;

- *individualization and disposition of immovable property in accordance with the State Ownership Act, the Municipal Property Act, the Concessions Act, the Specialized Laws on Roads, Waters, Energy and Energy Resources, Telecommunications, Civil Aviation, etc .;*
- *change of destination of agricultural land and land from the forest fund;*
- *observance of the rules on building supervision and state acceptance of buildings and facilities, as well as requirements for the delivery of machinery, equipment, etc.*

Municipalities should institutionalize their investment policy in order to create a working model for identifying investment needs at municipal and urban level, for planning capital expenditure in the long-term perspective and for assessment of the available local and potential external financial resources.

The municipal investment policy can be organized and coordinated by a branch deputy mayor or the municipality's chief financial officer responsible for:

- *conducting* the entire investment process and coordinating the participants in it;
- *coordinating* the budget and investment programs of municipal companies (projects partly or wholly financed by the municipal budget);
- *exercising* control over the work of the municipal investment service;
- *submitting* a preliminary draft (project) of the capital investment program and the capital budget for the budget year concerned;
- *cooperation* with civil society structures;
- *monitoring* the policy and drafting recommendations for its improvement.

An important moment in the implementation of the municipal investment policy is the administration of the capital budgeting process. It may be carried out by a steering group established by a decision of the municipal council. It is recommended that the group includes the mayor of the municipality and the chairman of the municipal council, representatives of the municipal administration, the municipal council, representatives of the civil society, and business structures.

The main functions of the steering group are related to:

- *consideration* of the submitted proposals for investment projects;
- *analysing* the organizational, technical and financial capabilities for the implementation of a project;
- *setting* the priorities for evaluating the investment projects;

- *assessment* of municipal investment projects in accordance with accepted methodology;
- *approving* projects for preparatory stage and proposing projects for inclusion in the investment plan;
- *drafting* a proposal for the one-year capital budget (the investment program for the forthcoming year) and its presentation to the municipal council;
- *coordination* of possible sizes and sources of financing with the financial unit that prepares the financial forecast;
- annually *updating* the CIP (Competitiveness and Innovation Programs).

An important task of the steering group is to organize and control the preparation of a complete inventory of all sites - public and private municipal property. The document should cover public buildings and facilities, including roads and infrastructure to provide utilities (e.g. plumbing and sewerage systems, treatment plants, landfills).

The inventory identifies the needs for overhaul, reconstruction or replacement of individual infrastructure sites and facilities, as well as the need to build new ones. The document should contain information about:

- *the life cycle* of the existing sites and facilities, including the year of their construction, acquisition and entry into service;
- *the cost* of acquisition;
- *the degree of coverage* on the territory of the municipality with the relevant service (e.g. the water supply level with drinking water) or the degree of satisfaction with a particular public service as a percentage of the need;
- *the capacity of the site* (the facility) in the relevant unit of measurement;
- *the physical state* of the existing sites and facilities (good, medium, poor) and the date of the last improvement;
- *the rate of use* (low, medium, high) and the planned year/date for new investment expenditure;
- *the indicative value* of a possible new investment expenditure.

Another task of the steering group is to identify and analyse: the progress made on capital projects undergoing technical implementation; the amount of funds that will be needed for absorption in the coming years; the state of unfinished projects. The results of this analysis should be presented in a report to the draft

of the capital budget and the capital investment program submitted to the municipal council for consideration and approval.

Each municipality has a structural unit that administers the investment process. Typically, this is a capital investment department that has the following functions:

- *collection and verification* of application forms (project proposals);
- *establishing* the compliance of the investment strategy projects and the long-term development plan of the municipality;
- *identifying* the links and relationships between new projects and those under implementation; the capital investment program and the investment projects of the municipal enterprises;
- *cooperating* with: the relevant departments or units (internal or external to the municipality) involved in the implementation of projects and the monitoring of the investment activity; external investors, in connection with some necessary adjustments and agreements;
- *assisting* the Steering Group to provide the necessary data and material.

Municipal investment projects may be *initiated and submitted* by:

- the mayor or his deputies;
- the municipal council (chairman, deputy chairpersons, municipal councillors, permanent or temporary committees);
- representatives of schools, sports units, contractors of municipal services;
- municipal companies that have investment intentions and which are financed or co-financed by the municipal budget;
- inhabitants of the municipality (usually represented by civilian groups);
- local non-governmental organizations, public institutions and other local community representatives;
- representatives of the local business.

The institutional organization of each *particular investment project* is based on the document "Strategy for the management of human resources in the project".

It is obligatory for each investment project to draw up a list of the *participants in the project*, the possible participants being the following:

- first level spending unit (FLSU);
- second level spending unit (SLSU);

- municipal council, mayor of the municipality;
- investor;
- project manager (obligatory for projects worth more than BGN 1 000 000);
- management team (obligatory for projects worth more than BGN 10 000 000);
- main contractor and subcontractors;
- suppliers;
- designers;
- representatives of state institutions - ministries, agencies etc.
- owners of the immovable property on which the site will be built;
- initiators;
- users of the project product;
- public groups of the population;
- competitors;
- other interested persons (related to the direct benefits of the project).

The functions of the individual participants may overlap. In such a case, they must be described in an explanatory note to the document.

The organizational structure represents the organizational relationship between the different project participants. The main factors to be taken into account when developing the organizational structure are the specialized division of labour and the volume of work performed.

The job description is developed only for projects worth over BGN 10 000 000. The purpose of the job description is to clearly distinguish the positions, responsibilities, obligations and competencies of the individual project participants. The content of the job description is standard.

For projects worth over BGN 1 000 000, it is obligatory to determine the *working hours* of the individual project participants. This is necessary in order to achieve a coordinated implementation of the activities over time as well as to calculate the duration of the work.

The matrix of distribution of responsibilities between project participants is presented in the following table.

Table 1. Matrix of distribution of responsibilities between participants in an investment project

Participants in the project	Works in the project		
	Work 1	Work 2	Work N
Participant 1	X		
Participant 2		X	X
Participant 3	X		X
	X	X	X
Participant N		X	X

The participants in the project are shown in the vertical direction. The horizontal direction indicates the main works to be performed. Against each participant it is noted which of the main activities he/she is responsible for.

3. Selection, evaluation and impact of investment projects financed by public funds

Exemplary criteria for the evaluation of *strategic* investment projects are presented in the following table

Table 2. Exemplary criteria for the evaluation of strategic investment projects

Evaluation criteria	Definition / explanation	Maximum points	Percentage of weight (%)
1	2	3	4
Priority in the strategy/plan for development of the municipality	Ranking of the project among the priorities in the municipal strategy documents: from 10 for the highest rated project to 0 for a project ranked at a lower priority level	0-10	up to 100%
Safety	The extent to which the project eliminates, prevents or reduces immediate security dangers	0-10	up to 100%
Delegated obligations	The extent to which the project has been delegated by an institution such as MoF or MoEW, etc.	0-10	up to 100%
Economic impact	The extent to which the project strengthens economic development in the municipality by protecting the environment or directly or indirectly contributing to the tax base	0-10	up to 100%

Efficiency	The extent of capital expenditure efficiency	0-10	up to 100%
Degree of readiness of the project	Existence of a preliminary study and technical and economic justification of the project	0-10	up to 100%
Maintaining the current level of services	The extent to which the project is needed to enable the municipality to continue to provide one or more services at the current level	0-10	up to 100%
Improving the service	The extent to which the project contributes to improving the quality of existing services	0-10	up to 100%
Adding services	The extent to which the project increases the quantity of existing services	0-10	up to 100%
Impact on the operating budget	Projects that reduce future operating expenditure receive a positive score from 0 to 10. Projects that have no impact on operating expenditure are rated 0. Projects that increase operating income receive a rating between 0 and 10.	0-10	up to 100%
Public support	The extent to which the project has broad and / or strong support from the public and is consistent with the strategic or other long-term plans of the municipality	0-10	up to 100%
Reliability of financing	The extent to which project financing sources are involved (including co-financing, public-private partnership)	0-10	up to 100%
Maximum percentage			up to 100%

Each member of the Steering Group gives a quantitative assessment of the projects for each criterion on a scale adopted according to a specific methodology. The resulting individual assessment is final and not subject to change until the next evaluation procedure. Once they have been prepared, the individual assessments of all project criteria are provided to the Chairman of the Steering Group.

For each evaluation criterion a scale of 0-5-10 points (0 - minimum score, 10 - maximum) is used. The rating scale for each criterion is divided at the following intervals:

- rating 0: no impact or negative impact on the relevant criterion;
- rating to 2: low impact on the relevant criterion;

- rating to 5: good impact;
- rating to 7: strong impact;
- rating 10: clearly expressed high impact.

After the evaluations have been received on all criteria and on all projects, the projects should be ranked in descending order.

The Chairman of the Steering Group informs the mayor in writing of the results of the project evaluation. Upon completion of the evaluation process, each project receives a final digital evaluation. This evaluation is a criterion for the decision to include the projects in the annual investment program of the municipality.

For smaller municipal *software* projects, it is advisable to select no more than 4-7 criteria. It is also appropriate to adopt a simpler evaluation scale (rating from 0 to 6).

4. Conclusion

Although in 2007 the municipalities in the country were given the power to determine local taxes within specific limits, according to the Local Taxes and Fees Act, and subsequently these limits were extended, local finance problems were not solved. The revenues of the municipalities did not increase substantially and their structure was not changed.

Deficits increased significantly over a period of time, reaching more than 15% of municipal own revenues - totaling over BGN 500 million in 2010. The increased deficits and the decreased revenues led to an increase in the municipal debt. At the end of 2011, this debt amounted to BGN 950 million, with the foreign debt, albeit slightly exceeding the domestic debt. The subsequent reduction of the deficit was due to its funding, mostly domestic.

At the beginning of 2016 the total arrears of the municipalities were about BGN 160 million.

The financial local independence is not available due to the fact that only about 10% of the budget revenues are from local taxes. Rare are the cases of higher own revenues, mainly due to fees.

Local budgets are being fed mainly by transfers from the central budget, from non-tax revenues/ municipal property and local taxes/ and tax revenues.

A system where the direct and indirect taxes enter in the State budget as the main source of revenue for the central budget, followed by the drawing up of other budgets and the distribution of funds, is not a basis for financial local

independence. In the case of a major failure in the revenues of municipalities or insurance institutions, the central budget provides insufficient funds, and the deprivation of such funds implies even less maneuverability. This suggests that the timing of remission of taxes to the municipalities is postponed.

There have been no significant changes in local taxes and fees in recent years. The most frequent are the changes to the patent tax for retail trade, and the most common is the fee for municipal waste for non-residential property of legal entities. For example, garbage fee has been reduced more times (58) than it has been increased (48) for the entire period 2013-2015 (IME). These changes did not lead to an increase in revenue.

Relying mostly on subsidies and transfers, many municipalities are in financial difficulties, leading to the attachment of their accounts and lack of the ability to make payments. According to the data of the National Association of the Municipalities of the Republic of Bulgaria, about 60-70 municipalities are facing serious financial difficulties as of January 2016. In practice, every fourth municipality is threatened.

With regard to investments in municipalities, the following conclusions ensue:

- *First*, the level of local taxes and fees is largely a consequence of the availability or lack of investment and working business, and in the largest economic centres the levels of local taxes and fees remain relatively high, while they are relatively low in the less developed areas.
- *Second*, neither high local taxes and fees repulse investors to start a business and the population to settle in areas with a relatively high tax burden, nor low local taxes and fees manage to attract entrepreneurs and migrants to less developed areas.

The real problems of local finances will not be resolved by changing one law, but the bill on amending the Public Finance Act is a step forward in this direction. The main changes are as follows:

- municipalities will be able to open financial recovery procedures and take measures to achieve financial sustainability and stability of local finances.
- municipalities will be able to raise taxes and local fees.
- temporary interest-free loans will be granted for the purpose of implementing the municipal financial recovery plan with a fixed reimbursement period.

The development of the Ministry of Finance's IT infrastructure and the significant results of its implementation at local level is also a step forward. More

than 200 municipalities use the software of the Ministry of Finance for processing local taxes and fees. This infrastructure also allows full exchange of data between municipalities and MoF.

With a free personal identification code (PIC), which anyone can obtain from the tax administration at their place of residence, citizens will be able to check their tax account with the National Revenue Agency (NR A) and their local tax and duty obligations without needing digital signature. The service started as pilot in Sofia Municipality and Veliko Tarnovo municipality and gradually covered other municipalities using the MoF system.

Expectations for local finance stability are related to the implementation of tighter financial policies by municipalities, reduction of transfers from the central budget, local authority powers in terms of tax and fee increases, opening of financial recovery procedures by the municipalities themselves, and granting interest-free loans from the state budget with strict regulations for repaying them.

References

- European Charter for Local Self-Government, Prom. State Gazette, issue No 28, 1995
- Local Self-Government and Local Administration Act, State Gazette, issue No.77 of 17.09.1991.
- Public Finance Act, Prom., State Gazette, issue No.15 of 15.02.2013, in force since 1.01.2014.
- Constitution of the Republic of Bulgaria and Program for its realization
- Angelova, St., Eneva, M., Markov, A., and Savov, E., Guide for the Management of the Municipal Budget Process, LGI, S., 2006
- Alexiev, Ya., Local Tax Policy as a Provocateur of Change, IME, S, 2015
- Brown, S. and Jackson, P., Public Sector Economics. Adapted version under the general editing of G. Manliev, S. PSSA, 1998
- Velikova, M. Financial decentralization in the spheres of manifestation of local self-government. Announcements of the Union of Scientists - Varna, Series "Humanities" 2/2005, 1 / 2006g.
- Inel, B. Model of Debt Financing Capacity for Bulgarian Municipalities, S., 2005.
- Naydenov, L., Macroeconomic Effects of Fiscal Decentralization, S. Tax Practice magazine, Issue No. 6, 2010

Popova T. and Nenkova, P., Fiscal Decentralization. S., 2010

Council for decentralization of government, Strategy for Decentralization, GD, 2011

Clark, T. N. & L. Fergusson. City Money, Columbia University Press, New York, 1983

Damodaran, D. Estimating risk free rates. Working paper on <http://stern.nyu.edu/~adamodar/>

Ott, K.A. Citizen's Guide to the Budget. Zagreb, 2009

Finance in Europe: Balancing the Budget and Controlling Debt, Studies in Fiscal Federalism and State-Local Finance Series, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2002

Web sites:

<http://www.nispa.sk/>

<http://www.nambr.org/>

<http://stars.coe.fr>

<http://www.frlg.bg>

Dr Ivan Sokolov,
Vanredni profesor,
Visoka evropska škola za ekonomiju i menadžment, Sofija

FINANSIJSKA I INVESTICIONA POLITIKA LOKALNIH SAMOUPRAVA

Rezime

Razvoj lokalnih politika može se definisati kao kompleksni plan koji obuhvata zajedničke ciljeve i prihvatljive postupke za njihovo sprovođenje od strane nadležnog organa lokalnih vlasti. Realizacija ovih politika se ne sme razmatrati odvojeno od finansijskih sredstava kojima raspolaže lokalna samouprava. Ako jačanje demokratije znači jačanje lokalne samouprave, u finansijskom smislu to označava postojanje sistema finansiranja mesnih organa vlasti koji će biti i efikasan i pravičan.

U ovom istraživanju postavljamo probleme i zadatke tematskog dometa, koji se fokusira na dva glavna smera u politikama lokalnih samouprava, a to su: lokalna finansijska politika i lokalna investiciona politika. Prikazane su osnovne teorijske i metodološke koncepcije u oblasti finansijske decentralizacije, filozofije i logike novih metoda i tehnika upravljanja, kao što i mnogolikost predlaganih praktičnih rešenja u skladu sa specifičnim socijalnim, ekonomskim, razvojnim i rukovodnim politikama, odnosima između različitih vlasti i ostalim karakterističnim parametrima u razvoju pojedinih opština.

Ključne reči: lokalna samouprava, opštinska investiciona politika, javna i privatna imovina, investicioni rizik.

Dr Zoran Kesić,*
Docent na Kriminalističko-policijskom
univerzitetu,
Departman kriminalistike
Beograd

pregledni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1878271K

UDK: 351.74:343.9
Rad primljen: 05.04.2018.
Rad prihvaćen: 28.05.2018.

POJAM „POLICIJSKOG NASILJA“**

Apstrakt: *Smisao pisanja ovog rada pronalazimo u potrebi pojašnjenja izuzetno kompleksne i nadasve delikatne pojave, u naučnoj i stručnoj literaturi poznate kao „policijsko nasilje“. Tim pre što u domaćoj literaturi do sada nije bilo dovoljno reči o ovom problemu, bar ne u smislu njegovog empirijskog sagledavanja. Imajući u vidu da definisanje predmeta istraživanja predstavlja prvi i neizostavni korak na putu do spoznaje pokazatelja proučavane pojave, činilo nam se važnim da u ovom radu razmotrimo sam pojam „policijskog nasilja“. Težnja nam je bila da na taj način bar delimično otklonimo određene nedoumice u tumačenju ove pojave, ali i da ujedno povećamo zainteresovanost naučne javnosti za istraživanje nasilja policije u našem društvu, ali ne samo u vidu teorijske analize, već i kroz njegovo empirijsko istraživanje. Potreba za tim prevashodno proizlazi iz činjenice da u našim uslovima do sada nisu u dovoljnom broju sprovedene takve naučne studije kojima bi se sistemski i sveobuhvatno istražilo nasilje policije, tako da su brojni pokazatelji njegove pojave i obima uglavnom rezultat nagađanja i slobodnih procena.*

Ključne reči: *policija, prinuda, sila, nasilje.*

* zoran.kesic@kpa.edu.rs

** Rad je rezultat naučnoistraživačkog projekta pod nazivom *Kriminalitet u Srbiji i instrumenti državne reakcije*, koji finansira i realizuje Kriminalističko-policijska akademija iz Beograda. Ciklus naučnih istraživanja 2015–2019. godina. Rukovodilac projekta je prof. dr Biljana Simeunović Patić.

1. Uvod

Zaštita ljudskih prava i sloboda svih građana je ono što demokratija prevashodno očekuje od policije. Činjenica je, međutim, da u srži policijske delatnosti stoji jedna velika protivrečnost. S jedne strane, za policiju se, zbog njene suštinski autoritarne delatnosti, može reći da predstavlja anomaliju u demokratskom društvu, jer svojim radom ozbiljno zadire u sferu ljudskih prava, dok je, s druge strane, njeno postojanje neminovnost, jer ono obezbeđuje poštovanje tih istih ljudskih prava i sloboda. U tom smislu je svakako najindikativnije „policijsko nasilje“,¹ tačnije nezakonita upotreba sredstava prinude u postupanju policije, ili, da budemo još precizniji, prekoračenje i zloupotreba ovog policijskog ovlašćenja.

Zaokupljenost naučne i stručne javnosti problemom nasilja policije dokazuje sve veći broj naučnih studija i monografskih dela u kojima se obrađuju teme kao što su brutalnost, tortura i nezakonita lišenja života pri postupanju policije, odnosno policijska ubistva. Iako se većina tih istraživanja i dalje sprovodi na području anglosaksonskih zemalja, a pre svega u SAD, u poslednje vreme je povećano interesovanje za proučavanje ovih pojava i u našem regionu, uz primetan fokus autora ka analiziranju pravnih aspekata nasilja policije, odnosno nezakonite upotrebe sredstava prinude.² Zbog izuzetnog značaja normativnog (pravnog) aspekta za razumevanje policijskog nasilja u ovom radu ćemo se osvrnuti i na ovaj segment konkretnih pojava. S druge strane, potrebno je imati u vidu da nasilje policije ne predstavlja samo pravni problem. Zapravo, ovde je reč o veoma složenoj pojavi, čije razmatranje zahteva jedan širi naučni pristup, kao što je recimo onaj koji se neguje unutar kriminološke perspektive, a koja preferira empirijsko istraživanje.

Međutim, potrebno je imati u vidu da brojne specifičnosti policijskog nasilja (npr. svojstvo izvršioca, okolnosti pod kojima se takvi postupci preduzimaju) čine istraživanje ove pojave naročito izazovnim, ali i problematičnim.

1 Nesporno je da nasilje predstavlja univerzalnu kategoriju. Shodno tome, izraz „policijsko nasilje“ koristimo prevashodno kako bi ovu pojavu izdvojili iz opšteg konteksta i da bi kroz njeno nezavisno sagledavanje mogli spoznati specifičnosti ispoljavanja nasilja u radu policije. Istina, korišćenje formulacije policijsko nasilje (nasilje policije) na našem području se uglavnom vezuje za medijski prikaz konkretne pojave, dok se u naučnim i stručnim radovima ona retko pojavljuje, iako je u svetu to gotovo uobičajena praksa.

2 Od predstavnika naučne javnosti iz našeg regiona smatramo da su naročiti doprinosi u sagledavanju ovog segmenta upotrebe sredstava prinude u postupanju policije dali Dragan Arlov, Goran Vučković, Željko Nikač, Gojko Šetka, Miroslav Žaberl, Petar Veić i Marijan Šuperina.

Pritom, pored problema praktične prirode, istraživači ovog fenomena mogu se susresti i sa određenim konceptualnim ograničenostima, posebno u smislu definisanja predmeta istraživanja. Poznato je da teorijsko i radno definisanje predstavlja prvi i neizostavni korak na putu do što objektivnijih pokazatelja proučavane pojave. Tačnije, precizno i nedvosmisleno definisanje je ključni preduslov uspešnosti samog istraživanja. Otuda i naša težnja da u ovom radu preispitamo konkretan pojam i na taj način iznađemo što prihvatljivije određenje, a koje bi predstavljalo bitan oslonac u definisanju predmeta istraživanja nekih budućih studija o nasilju policije.

2. Razmatranje „policijskog nasilja“ u kontekstu opšteg pojma nasilja i njemu bliskih pojava

Činjenica je da sama reč nasilje (engl. *violence*)³ ima negativan prizvuk i da nas, shodno tome, njen izgovor prevashodno asocira na nešto loše, protivpravno, kriminalno. Ovakav rezon je doduše i očekivan ako uzmemo u obzir da se nasilje obično predstavlja kao izraz agresivnosti, shvaćene kao ispoljavanje napadačkog ponašanja (lat. *aggressio*), i to pre svega kao vid fizičke agresije – primenjuje se kako bi se povredila neka osoba ili uništilo neko dobro (Ninčić, 2014: 204).

Posmatrajući pojmove agresije i nasilja u ovom kontekstu stičemo utisak da je reč o sinonimima, što svakako nije tačno. Naime, nisu sva agresivna ponašanja ujedno i nasilnička. Štaviše, agresivno ponašanje pojedinca predstavlja samo jedan segment pojma agresije, čije značenje je zapravo znatno šire. Tako, na primer, Milosavljević pod agresijom smatra „društvene pojave u kojima se suprotstavljeni interesi, stavovi, ciljevi ili vrednosti nekih pojedinaca, društvenih grupa ili globalnih društava razrešavaju silom.“ (Milosavljević, 2003: 224).

Dvosmislena upotreba reči agresija u bogatoj literaturi o toj temi izazvala je mnogo zbrke. Kako bi sprečio eventualne zabune u uvodu svoje studije o ljudskoj destruktivnosti From (*Fromm*) ističe razliku između defanzivne (reaktivne) agresije, za koju koristi pojam *benigna agresija*, dok destruktivnost i okrutnost, shvaćene kao ljudske sklonosti ka uništavanju i težnji za apsolutnom vlašću, predstavlja izrazom *maligna agresija* (Fromm, 1989a: 11).

3 Koren ove reči potiče od latinskog izraza *vis*, što znači „snaga“ ili „krepkost“, i odlikuje ljudsko biće naprasitog i brutalnog karaktera. Ono definiše i odnos snaga u kojem postoji težnja da se drugi potčini ili izloži sili (Mišamble, 2015: 13).

Imajući u vidu uobičajene povode i okolnosti pod kojima se policijska prinuda koristi, ona uglavnom predstavlja reaktivnu agresiju, posедуjući time prevashodno benigni karakter. Pritom, od svih vidova benigne agresije, koje From iznosi u svojoj tipologiji (vid. Fromm, 1989b: 11–45), za našu raspravu su naročito interesantni sledeći:

- *pseudoagresija* – slučajna, nenamerna agresija, tj. agresivan čin kojim izvršilac povređuje drugu osobu, iako nije imao nameru naneti nikakvu štetu;
- *instrumentalna agresija* – predstavlja adaptivni tip agresije, čiji je cilj postizanje onoga što je neophodno ili poželjno. Cilj nije destrukcija kao takva. Ona služi samo kao instrument za dostizanje stvarnog cilja i
- *konformistička agresija* – podrazumeva razne činove agresije koji su bili izvedeni ne zato što je agresora nagonila želja za uništavanjem, već zato što mu je rečeno da tako učini, te je smatrao svojom dužnošću poslušati naređenje.

U literaturi smo naišli na još jednu distinkciju u čijoj svetlosti je moguće sagledati i sam pojam nasilja policije. Naime, polazeći od specifične „paradigme nasilja“ Džok Jang (JockYoung) pravi razliku između dva vida ove pojave – prvo je prosocijalno nasilje i ono predstavlja odgovor na drugo antisocijalno nasilje. Pritom, kako objašnjava ovaj autor, „iako se smatraju normativno različitim, manifestacije prosocijalnog i antisocijalnog nasilja se u stvarnosti ne mogu razlikovati.“ (Young, 2007: 168). Ovakvo tumačenje implicira zaključak kako se ne moraju baš svi postupci koji u sebi sadrže elemente nasilja (agresiju, silu, prinudu), posmatrati u negativnom kontekstu. Svesna ove činjenice, Katarina Vilijams (Katarine Williams) proširuje uobičajeno poimanje nasilničkog ponašanja, ukazujući kako ono uključuje i dela kod kojih je primena prinude legalna, te kako bi se izbegli nesporazumi predlaže uvođenje pojma kriminalno nasilje (navedeno prema: Ignjatović, 2003: 260).

Ako uzmemo u obzir činjenicu da pripadnici policije poseduju pravo na upotrebu sredstava prinude, a koja u osnovi imaju nasilan karakter, onda bi nam se logičnim činio zaključak da su policijski službenici ovlašćeni da se u radu koriste nasiljem. Međutim, da li je baš tako? Postoje, doduše, shvatanja kako se između pojma nasilja i pojma sile, pa i pojma prinude, može staviti znak jednakosti. U tom smislu je interesantno sledeće objašnjenje: „Primena sile prema subjektu koji je izložen jačoj sili nameće trpljenje delovanja sile. (...) Kako bi izbegao

štetne posledice sile, subjekt se mora povinovati zahtevanom, na sili nametnutom ponašanju – dakle nasilju.“ (Tančić, D., Jeftić-Šarčević, 2014: 360).

Istina je da između sile i nasilja postoje izrazite sličnosti, pa čak i značajna podudaranja (posebno ako ih posmatramo u kontekstu upotrebe fizičke snage). Međutim, za Stojanovića nema dileme kako ova dva pojma ipak treba razlikovati, a kao razloge za to on navodi sledeće:

- sila kao oblik prinude uvek je usmerena na određen cilj, a to je delovanje na volju pasivnog subjekta, dok kod nasilja, kao radnje izvršenja, to nije nužno. Štaviše, nasilje može biti samo sebi cilj;
- sam izraz nasilje ima negativan prizvuk, tj. govori o nečemu što je nedozvoljeno, protivpravno, dok sila predstavlja termin koji je, sam po sebi, vrednosno neutralan i
- silu može predstavljati i najneznatnije korišćenje fizičke snage, dok je kod nasilja neophodna upotreba osetnije, znatnije fizičke snage (Stojanović, 2014: 2–3). U tom smislu je vredno pomenuti da Volter (Volter) definiše nasilje kao „destruktivnu stranu sile“ (Gaćinović, Bajagić, 2014: 305).

Pored ove distinkcije u literaturi se pravi razlika između nasilja i prinude. Tako je, na primer, u delima Slobodana Jovanovića primetno objašnjenje da „nasilje predstavlja svaku primenu sile suprotno važećim zakonima i ustavu, dok je prinuda legalna primena sile.“ (navedeno prema: Tančić, D., Jeftić-Šarčević, 2014: 361). Doduše, prinuda u sebi sadrži elemente nasilja, budući da ima potencijal ugrožavanja života i telesnog (fizičkog) integriteta lica prema kom se preuzima. Shodno ovom tumačenju, policijska prinuda se obično svodi na dve osnovne komponente:

- fizičku – sadržana u primeni fizičke snage i materijalnih sredstava pogodnih za telesno povređivanje i
- smrtonosnu – premda smrt može biti prouzrokovana i primenom nekih drugih sredstava ova komponenta policijske prinude se uglavnom ograničava na vatreno oružje, budući da kod njegove upotrebe postoji najveća izvesnost smrtnog ishoda.

Prilikom razmatranja policijske prinude posebno treba imati u vidu da ona predstavlja jedno od zakonom predviđenih ovlašćenja policije,⁴

4 Važno je istaći kako nemaju svi pripadnici policijske profesije „privilegiju“ da u radu koriste prinudu, već samo oni službenici policije sa statusom ovlašćenog službenog lica.

što znači da su njeni oblici, kao i uslovi i način upotrebe, regulisani pravnim normama.⁵ Pravni karakter prinude, kako ističe Milosavljević (1997: 206), ogleda se u njenom cilju i uslovima za primenu. U zavisnosti od karakteristika pojedinačnih sredstava prinude,⁶ za svakog od njih se posebno definiše i zakonski uređuje konkretna namena. Otuda su i razlozi za upotrebu sredstava prinude u postupanju policije brojni (savladavanje otpora, odbijanje napada, sprečavanje samopovređivanja itd.), s tim da za upotrebu vatrenog oružja očekivano važe najstroža pravila i ograničenja.

Osnovna svrha policijske prinude je u neposrednoj vezi sa izvršavanjem zakonom propisanih dužnosti i zadataka policije. U tom smislu, čak i najblaži vid prinude, upotrebljen bez službenog osnova, predstavlja nezakonito postupanje policije. Po toj logici, kada pripadnici policije koriste sredstva prinude mimo propisane svrhe, odnosno na nedozvoljen način, onda više ne možemo govoriti o legalnom već o protivpravnom postupanju, a koje je u ovom slučaju opredmećeno u činu nasilja, a pre svega u tzv. prekomernoj sili (engl. *excessive force*) – „upotreba veće sile nego što je razumno i neophodno, odnosno sile koja nije odgovarajuća u datoj situaciji.“ (Miller, 2004: 31).

To dalje implicira zaključak kako je za razumevanje policijskog nasilja neophodno razmotriti granice do kojih se upotreba sredstava prinude smatra razumnom (neophodnom, legalnom), a čijim prekoračenjem se ona zapravo treba tumačiti kao preterana (nepotrebna, nelegalna), a time i kao nasilničko ponašanje u pravom smislu te reči. Značajnu pomoć u tome pružaju nam normativni standardi u regulisanju ove oblasti i postojeća načela (principi) upotrebe sredstava prinude.

5 Nasuprot ove pravom dopuštene i na zakonu utemeljene prinude stoji nedozvoljena (protivpravna) prinuda, a koja je u našem pravnom sistemu predviđena kao posebno krivično delo /Vid. čl. 135 Krivičnog zakonika Republike Srbije, *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016/.

6 Potsećanja radi, naš zakonodavac je stavio na raspolaganje pripadnicima policije sledeća sredstva prinude: 1) fizička snaga; 2) raspršivač sa nadražujućim sredstvom; 3) elektromagnetna sredstva; 4) sluzbeni psi; 5) sredstva za vezivanje; 6) specijalna vozila; 7) sluzbeni psi; 8) sluzbeni konji; 9) sredstva za zaprečavanje; 10) uređaji za izbacivanje mlazeva vode; 11) hemijska sredstva; 12) posebne vrste oružja i sredstava i 13) vatreno oružje /čl. 105 Zakona o policiji, *Službeni glasnik RS* br. 6/16i 24/18/.

3. Sagledavanje pojma „policijskog nasilja“ u kontekstu osnovnih načela upotrebe sredstava prinude

Imajući u vidu nasilan karakter i težinu posledica koje mogu biti prouzrokovane sredstvima prinude, sasvim je očekivana potreba demokratskih društava da se ovo ovlašćenje policije što više ograniči, kako formalno-pravno tako i brojnim principima. Težnja je da se time ujedno ovaj segment postupanja policije usaglasi sa najvažnijim međunarodno- pravnim izvorima u ovoj oblasti,⁷ na šta takođe podsećaju Nikač i Leštanin (2017: 196) u svojoj analizi normativnih rešenja konkretne oblasti. Polazeći od ustavne odredbe kako je svako dužan da poštuje slobode i prava drugih i da je odgovoran za to, Jugović (2008:78) opravdano ukazuje na protivrečnu prirodu policijske prinude u demokratskim društvima, upozoravajući kako upravo zbog toga njeno korišćenje povlači za sobom specifičnu kontrolu, koja uključuje utvrđivanje pravnog osnova i razloga za upotrebu.

Koliko je zapravo reč o delikatnom segmentu postupanja policije možda najbolje svedoči činjenica da su u našem *Zakonu o policiji* regulisanju upotrebe sredstava prinude posvećena čak 24 člana.⁸ Pored toga, u pitanju je jedino ovlašćenje čija primena je regulisana posebnim pravnim aktom,⁹ dok se uslovi i načini primene ostalih ovlašćenja uglavnom sagledavaju u okviru jedinstvenog propisa. Takođe, za razliku od drugih ovlašćenja policije, kod upotrebe sredstava prinude zakonodavac s pravom insistira na strožim uslovima primene. Pritom se obično ističe kako je policijski službenik dužan da prilikom upotrebe sredstava prinude, pored poštovanja opštih uslova za primenu ovlašćenja, uvaži još neke principe – neophodnost, uzdržanost, humanost, postupnost, proporcionalnost.¹⁰ Ovi uslovi se dodatno pooštavaju u slučaju upotrebe vatrenog oružja, budući da ovaj segment policijske prinude predstavlja najozbiljniju pretnju osnovnom i najvažnijem pravu svakog čoveka – pravu na život.

Nesumnjivo jedno od najvažnijih načela rada policije je zakonitost, na čije poštovanje su policijski službenici, zbog same prirode njihove funkcije,

7 Vid. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* br. 09/03 i br. 05/05; Deklaracija o policiji, *Rezolucija 690* (1979), Parlamentarne skupštine Saveta Evrope; Evropski kodeks policijske etike, *Preporuke* (2001) 10.

8 Vid. od člana 105 do člana 129 Zakona o policiji.

9 Pravilnik o tehničkim obeležjima i načinu upotrebe sredstava prinude, *Službeni glasnik RS* br. 19/07, 112/08 i 115/14.

10 čl. 105 Zakona o policiji.

posebno obavezani. Budući da su zaduženi za sprovođenje zakona, od pripadnika policije se s pravom očekuje da budu primer njegovog poštovanja, odnosno da svaki njihov postupak bude utemeljen na zakonu. Dosledna primena principa zakonitosti u radu policije, kako ističe Vasiljević (2012: 125), obezbeđuje ravnotežu između, s jedne strane njenih ovlašćenja i, s druge strane, sloboda i prava čoveka i građanina.

Drugim rečima, princip zakonitosti bi trebalo da obezbedi da policija primenjuje ovlašćenja radi zaštite bezbednosti ljudi i ostvarivanja njihovih prava i sloboda, ali istovremeno i da zaštiti te iste slobode i prava građana od eventualnih nezakonitih postupaka policije. Pravilo po kom svaka policijska radnja mora biti zakonom dopuštena i u zakonskim granicama primenjena posebno je važno u slučaju sredstava prinude, budući da se njihovom upotrebom prava i slobode građana mogu najeksplicitnije ugroziti. Polazeći od načela zakonitosti, Lok (Locke) izvodi zaključak kako „korišćenje sile u svrhe koje nisu dozvoljene zakonom, odnosno bez zakonite potrebe, čini prekomernu silu“ (Locke,1996: 130).

Nesporno je da upotreba sredstava prinude treba da bude pravno osnovana, odnosno da njeno korišćenje ima zakonitu svrhu. U tom smislu, bitan momenat u ocenjivanju prikladnosti upotrebljene sile predstavlja postojanje ometanja ili sprečavanja izvršenja službenog zadatka, ali i postojanje jasne pretnje, koja se manifestuje u vidu realne opasnosti (po život građana ili samog policajca) ili u vidu ugrožavanja sigurnosti (štićenog objekta i ljudi koji se u njemu nalaze). To, međutim, nije dovoljan razlog da upotrebu sredstava prinude automatski smatramo legitimnom.

Zapravo, njena upotreba mora biti neophodna u datom momentu, kako bi se nesmetano izvršila konkretna službena radnja ili, kako se navodi u samom zakonu: „Polijski službenik sredstva prinude upotrebiće samo ako se na drugi način ne može izvršiti zadatak.“¹¹ Drugim rečima, neophodnost upotrebe sredstava prinude podrazumeva da zakonit cilj (svrhu) nije bilo moguće ostvariti nenasilnim metodama. Dakle, policijski službenici bi trebalo da se oslanjaju na prinudu samo u izuzetnim prilikama, odnosno kada njena upotreba nema adekvatnu alternativu u datom trenutku.¹² Na osnovu toga neki autori izvode

11 čl. 105, st. 2 Zakona o policiji.

12 Stoga je od naročite važnosti da pripadnici policije raspolažu sa što više alternativnih izbora upotrebi sile, kad god i gde god je to moguće, posebno ukoliko znamo da se s manje nasilja često mogu postići isti, pa čak i bolji rezultati.

zaklju čak kako je „policajska sila izuzetno (vanredno), a ne redovno sredstvo izvršavanja zadataka“ (Subošić, Mijalković, 2012: 238).

Sledeći princip upotrebe sredstava prinude, ali i jedna od važnih preporuka policijskim službenicima, odnosi se na uzdržanost u korišćenju sile. Smatra se da bi, čak i kad su ispunjeni zakonski uslovi za primenu ovog ovlašćenja, policijski službenici trebali da se uzdrže od upotrebe sredstava prinude ukoliko je to u datim okolnostima moguće. Ovo posebno važi za situacije u kojima su ispunjeni uslovi za upotrebu vatrenog oružja. Važnost ovog principa ogleđa se, pre svega, u činjenici da se njegovim poštovanjem minimizira šteta po život i zdravlje ljudi, ali i po materijalna dobra. U britanskoj policiji su očigledno posebno vodili računa o poštovanju principa uzdržanosti prilikom kreiranja politike upotrebe vatrenog oružja, o čemu svedoči naglasak na proceni rizika, pregovaranju i deeskalaciji koja vodi do predaje – policajac se upućuje na tzv. „dugo igranje“ (engl. *playing it long*) (Punch, 2010: 63).

Postoje, međutim, situacije u kojima se sredstva prinude moraju upotrebiti, odnosno kada prinuda nema adekvatnu alternativu. Ipak, i u tim situacijama postupanje policijskog službenika mora biti usklađeno sa postojećim principima, a pre svih sa principom postupnosti. Činjenica je da pripadnici policije raspolažu pravom na upotrebu raznovrsnih sredstava prinude, kako po prirodi i tehničkim karakteristikama tako i po posledicama koje mogu biti prouzrokovane njihovom primenom. Iza ovoliko raspoloživog arsenala policijske prinude treba, između ostalog, prepoznati težnju zakonodavca da službenicima policije pruži mogućnost prilagođavanja vrste i količine prinude rešavanju različitih problemskih situacija, vodeći računa da u trenutku intervencije biraju sredstvo prinude koje će prouzrokovati najmanje posledica. Koristeći se logikom postupnosti u primeni ovog ovlašćenja, preporučljivo je krenuti od najblažeg sredstva prinude (fizičke snage) i po potrebi postepeno povećavati intenzitet prinude, koristeći teži oblik (sredstvo). U suprotnom, ne primenjujući prinudu prema zahtevanom kontinuitetu, policijski službenik povećava izvesnost nastanka prekomerne sile.

U objašnjenju nezakonite upotrebe sile mnogi autori se pozivaju na princip srazmernosti (proporcionalnosti), kao što to na primer čini Adams (Adams) na sledeći način: „Intenzitet upotrebljene sile treba biti proporcionalan pretnji i ograničen na najmanju količinu koja je neophodna za ostvarivanje legitimne policijske akcije. Svaka sila upotrebljena preko ove ravnoteže je preterana.“ (Adams, 1996: 63).

Od svih principa koje policijski službenik mora da ima u vidu prilikom donošenja odluke da upotrebi sredstva prinude imperativ primene proporcionalne sile ga stavlja verovatno u najveće iskušenje. Najpre treba naglasiti da određivanje raspona u primeni sredstava prinude ne daje policajcima jasne indikacije kako da postupe u svakoj prilici u kojoj se nađu, ali im svakako može pomoći da prilagode različite nivoe sile grupama problemskih situacija, čime u stvari sam raspon predstavlja svojevrsnu smernicu u korišćenju raspoloživih sredstava prinude.

4. Određivanje pojma „policijskog nasilja“ u zavisnosti od načina definisanja kriterijuma prekomerne sile

Problem u definisanju „policijskog nasilja“ predstavlja činjenica što je u mnogim okolnostima granica između propisne i nepropisne sile prilično zamučena. Tamo gde je sila neophodna, rasuđivanjem se mora odrediti koju vrstu sile i u kojoj količini je razumno primeniti. Kad god se takve odluke moraju doneti, a posebno kad je odlučivanje prepušteno diskrecionoj oceni policijskih službenika, greške su veoma moguće (vid. Bikarević, 2016). Pored toga, iako je izbor adekvatnog sredstva prepušten na volju samom policajcu, tj. njegovoj ličnoj proceni, činjenica je da taj izbor ipak ne zavisi isključivo od donosioca odluke, već i od brojnih spoljnih faktora na koje policijski službenik uglavnom ne može da utiče.

Sve to nas dovodi do zaključka kako se linija razdvajanja između razumne i preterane sile može lako povući u pravnim propisima, ali da u praksi to nije uvek lako izvesti. To je dodatno otežano nepostojanjem univerzalnih kriterijuma u ocenjivanju prikladnosti korišćenja svih nivoa sile kojima policija raspolaže. Tako je, na primer, ocenjivanje opravdanosti upotrebe vatrenog oružja bitno olakšano činjenicom da je korišćenje krajnje sile jasno svedeno na konkretne problemske situacije, dok je razliku između opravdane i preterane upotrebe fizičke snage znatno teže identifikovati.

Stvari dodatno komplikuju postojeće razlike u kategorisanju i tumačenju prirode upotrebljene sile, posebno između onog ko primenjuje silu i onog ko tu silu trpi. Tako na primer, „građani pod prekomernom silom neretko smatraju i verbalno zlostavljanje i grubost policajaca u ophođenju.“ (Lersch, Mieczkowski, 2005: 554). Nasuprot njima, policijski službenici su skloni definisanju vlasititih kriterijuma za upotrebu sile, a koji su često suprotni od zvaničnih. Ilustracije radi, Vestli (Westley) je ustanovio da gotovo 40% ispitanih policajaca upotrebu prekomerne sile

ne smatra nezakonitom ukoliko joj je cilj održavanje ili uspostavljanje narušenog policijskog autoriteta (navedeno prema: Chan, 1997: 20).

Iskustva ranijih analiza ove problematike nam govore da sagledavanje policijskog nasilja bitno zavisi od načina definisanja kriterijuma preterane sile. U tom smislu je vredno pomenuti da je Vrhovni sud SAD, postupajući po slučaju *Graham v. Connor* 1989. godine, doneo odluku da prilikom definisanja prekomerne sile primenu sile bilo koje vrste treba preispitivati u odnosu na sledeće faktore:

- postojanje trenutne pretnje za policajca od strane osumnjičenog;
- ozbiljnost prestupa osumnjičenog;
- postojanje aktivnog otpora hapšenju;
- namera bekstva od strane osumnjičenog (Champion, 2001: 54). Istraživanje nasilja policije Rajs (Reiss) je zasnovao na sledećim kriterijumima:
 - ako je policajac fizički napao građanina, a onda ga nije uhapsio (pravilna upotreba sile podrazumeva hapšenje);
 - ako se građanin koji je uhapšen nije ni rečima ni delima suprotstavio policajcu (sila bi se trebala upotrebiti samo ako je neophodna za sprovođenje hapšenja);
 - ako je policajac, makar i postojalo opiranje prilikom hapšenja, mogao s lakoćom savladati građanina na neki drugi način;
 - ako je veliki broj policajaca bio prisutan i mogao pomoći u savladavanju građanina;
 - ako je prekršilac bio vezan (imao „lisice“ na rukama) i nije pokušao da pobegne ili se nasilno suprotstavi;
 - ako se upotreba sile nastavila i nakon što je prekršilac savladan (navedeno prema: Alpert, Dunham, 2004: 22).

Micući (Micucci) i Gom (Gomme) su se prilikom istraživanja fokusirali na kriterijume po kojima sami pripadnici policije određuju neko ponašanje kao prekomernu silu. Po njima takva sila se dešava kada se koristi:

- *van ravnoteže* (npr. oštrije ili češće nego što je opravdano ponašanjem osumnjičenog);
- *suviše emotivno* (npr. ponašanje policajca je van kontrole);

- *slučajno* (npr. sila se ne fokusira na odgovarajuća lica i/ili realizaciju specifičnih ciljeva) (Micucci, Gomme, 2005: 493).

Interesantno mišljenje zastupaju Geler (Geller) i Toh (Toch) smatrajući prekomernom silom i „učestalu upotrebu sile od strane istih policajaca, čak i ako svaki incident izgleda opravdano“ (Geller, Toch, 1996: 293). Iako takve okolnosti ne bi trebalo tumačiti kao preteranu silu (makar u njenom pravnom smislu), one se ipak mogu povezati s tom pojavom. Naime, policajac koji u radu često koristi sredstva prinude nesumnjivo izlaže sebe, ali i druge riziku od neželjenih posljedica – u fizičkom, emocionalnom, profesionalnom, ali i zakonskom pogledu. Istina je da se neki policajci češće nalaze pred iskušenjem da koriste silu (npr. rade u nasilnom okruženju), ali ne treba zaboraviti da često pribegavanje nasilnim metodama vremenom može postati osoben stil rada.

5. Zaključak

Sumirajući prethodno izlaganje mogli bismo zaključiti kako nasilje policije predstavlja, pre svega, ishod prekoračenja upotrebe sredstava prinude, tačnije primene ovog ovlašćenja na način koji nije saglasan pravilima o njegovoj upotrebi. Iako je preporučljivo da zbog raznovrsnosti i fluidnosti problemskih situacija pravni osnov za primenu policijskih ovlašćenja generalno, pa i sredstava prinude, mora biti dovoljno elastičan, neophodno je da on istovremeno bude omeđen jasnim granicama, a sve kako bi se sprečilo slobodno tumačenje i primena ovlašćenja po ličnom nahođenju. Otuda bi prekomernu silu mogli tumačiti i kao upotrebu sredstava prinude preko propisane granice, odnosno u obimu većem od dozvoljenog i neophodnog za izvršenje legitimnog policijskog zadatka.

Prateći ovu logiku Ignjatović definiše prekomernu silu razmatrajući sam momenat (trenutak) u kom je došlo do prekoračenja, razlikujući pritom dve situacije: 1) *od trenutka započinjanja intervencije pređene su granice u kojima je primena sredstava prinude dozvoljena* (npr. policijski službenik je upotrebio vatreno oružje iako je, shodno principima proporcionalnosti ili srazmernosti, konkretnu problemsku situaciju mogao rešiti upotrebom blažeg sredstva prinude) i 2) *do ekscesa u primeni sredstava prinude je došlo u toku zakonito započete akcije* (npr. policijski službenik nastavlja sa upotrebom fizičke snage i nakon što je prestala potreba za tim, tačnije iako su zakonski uslovi za korišćenjem sile u međuvremenu prestali) (Ignjatović, 2015: 164).

Za razumevanje složene prirode policijskog nasilja, međutim, nije dovoljno problem posmatrati samo u kontekstu prekoračenja ovlašćenja, već i kao izraz njegove zloupotrebe, a koja podrazumeva korišćenje sile u svrhe koje uopšte nisu dozvoljene. Ilustracije radi, iznuđivanje priznanja od osumnjičenog uz upotrebu fizičke snage se može smatrati zloupotrebom sredstava prinude. Naime, u ovoj situaciji ne samo da se nisu stekli zakonski uslovi za upotrebu sredstava prinude, već u datim okolnostima (saslušanje osumnjičenog) i u takve svrhe (priznanje izvršenja delikta) korišćenje prinude policijskim službenicima nije ni dozvoljeno. U tom smislu je vredno podsetiti da zloupotreba ovlašćenja predstavlja namerno kršenje pravila kojim se reguliše policijska dužnost, odnosno „ponašanje koje je rukovođeno jasnom namerom“ (Alpert, Noble, 2009: 245). To dalje implicira zaključak kako sam čin zloupotrebe treba posmatrati isključivo kao plod umišljaja, za razliku od prekoračenja ovlašćenja, koje može i često jeste posledica nehata.

Ono što izaziva određene nedoumice jeste motiv koji pokreće policijskog službenika da zloupotrebi ovlašćenja. Istina je da se takvim ponašanjem uglavnom teži ostvariti lični interes, najčešće opredmećen u materijalnoj koristi. Ipak, koristoljublje nije jedini motiv koji uslovljava zloupotrebu ovlašćenja. Iza takvog postupka može se, na primer, kriti i osveta, kao prioritetan motiv policijskog službenika, zbog čega se zloupotreba može tumačiti i kao zlonamerno ponašanje, u pravom smislu te reči. Izvesno je, međutim, da motivacija za zloupotrebu ovlašćenja ponekad prevazilazi lično zadovoljstvo. Tako, na primer, policajac može zloupotrebiti sredstva prinude motivisan „plemenitim razlogom“ (engl. *noble cause*), a koji se u praksi uglavnom svodi na zaštitu sigurnosti građana ili suzbijanje konkretnog zločina (vid. Crank, Flaherty, Giacomazzi, 2007; Kesić, 2017).

Policijska etika nas uči da su policajci „ljudi zakona“ koji uvek moraju poštovati pravila. U literaturi smo, međutim, naišli na drugačiju perspektivu policijske etike, baziranu na „vrednosno zasnovanom donošenju odluka“ (engl. *value-based decision making*). U jednom od objašnjenja ovog koncepta ističe se kako „većina policajaca smatra da bi svoja ovlašćenja trebalo da koriste za dobrobit građana, čak i ako pravila moraju ponekad biti prekršena da bi se to uradilo“ (Crank, Caldero, 2010: 22). Sudeći po tome, čak i nasilničko ponašanje pripadnika policije može biti podstaknuto moralnim imperativom i utilitarističkim idealom policijske profesije, tj. ostvarenjem plemenitog cilja. U tom smislu, zaštita građana od kriminalnih pojava, naročito njenih najopasnijih vidova, mogla bi se okarakterisati kao jedan od najvrednijih ciljeva.

Međutim, bez obzira koliko je plemenit i vredan konkretan cilj, ne sme se izgubiti iz vida da neka ponašanja jednostavno nisu prihvatljiva da bi se taj cilj postigao. Ovo pravilo posebno važi u kontekstu rada policije, čiji položaj i uloga u društvu je čine jednim od ključnih subjekata pravnog sistema, ali i kroz čije delovanje se možda najeksplicitnije manifestuje koliko se zapravo poštuju principi vladavine prava u jednom društvu. Stoga, iako sprovođenje pravde po doktrini „cilj opravdava sredstvo“ može biti primamljivo, službenici policije moraju biti svesni da nijedan cilj nije toliko vredan da bi radi njegovog ostvarenja oni mogli i trebali da posegnu ka nezakonitim sredstvima, a posebno ne tako ekstremnim kao što je nasilje. Oni bi zapravo morali uvek imati u vidu kako ne mogu i ne smeju posedovati identitet ili moć koja je izvan ili iznad zakona, jer kako da očekuju od drugih da poštuju zakon kad ni oni sami to ne čine.

Literatura/References

Adams, K. /1996/: Measuring the Prevalance of Police Abuse of Force—in: *Police Violence: Understanding and Controlling Police Abuse of Force* (eds. Geller W.A. Toch H.), New Haven: Yale University Press, 52–93.

Alpert, G.P. Dunham, R. (2004): *Understanding Police Use of Force – Officers, Suspects and Reciprocity*, New York: Cambridge University Press.

Alpert, G.P. Noble, J. (2009): Lies, True Lies, and Conscious Deception: Police Officers and the Truth, *Police Quarterly* 2 (XII), 237–254.

Bikarević, D. (2016): Diskreciona ocena policije kroz prizmu upotrebe sredstava prinude – u: *Evropske integracije – pravda, sloboda i bezbednost* – tom 3 (ur. Kolarić, D.), Beograd: Kriminalističko-policijska akademija, 193–210.

Vasiljević, D. (2012): *Zakonitost uprave i diskreciona ocena*, Beograd: Kriminalističko-policijska akademija.

Gaćinović, R. Bajagić, M. (2014): Pojmovno određenje moći, sile i nasilja – u: *Nasilje u Srbiji – uzroci, oblici, posledice i društvene reakcije* – tom 1 (ur. Kolarić, D.), Beograd: Kriminalističko-policijska akademija, 301–310.

Geller, W.A.Toch, H. (1996): Understanding and Controlling Police Abuse of Force –in: *Police Violence: Understanding and Controlling Police Abuse of Force* (eds. Geller W.A. Toch H.), New Haven: Yale University Press, 292–328.

Ignjatović, Đ. (2003): Kriminološki aspekti delikata nasilja – u: *Delikti nasilja* (ur. Radovanović D.), Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 259–269.

Ignjatović, Đ. (2015): *Kriminologija* – dvanaesto izdanje, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Jugović, S. (2008): Obeležja upravnih ovlašćenja policije – policijskih ovlašćenja, *NBP – Nauka, Bezbednost, Policija* 2(XII), 73–81.

Kesić, Z. (2017): Abuse of Noblecause in policing – risk factors and consequences – in: *Archibald Reiss Days – Thematic Conference Proceedings of International Significance – Vol. 2* (ed. Simeunović-Patić, B.), Belgrade: The Academy of Criminalistic and Police Studies, 329–339.

Lersch, K. Mieczkowski, T. (1996): Who are the Problem - Prone Officers? – An Analysis of Citizen Complaints, *American Journal of Police* 3(XV), 23–44.

Locke, H. (1996): The Color of Lawand the Issue of Color: Race and the Abuse of Police Power –in: *Police Violence: Understanding and Controlling Police Abuse of Force* eds. Geller W.A. Toch H.), New Haven: Yale University Press, 129–149.

Miller, L. (2004): Good Cop – Bad Cop: Problem Officers, Law Enforcement Culture, and Strategies for Success, *Journal of Police and Criminal Psychology* 2(XIX), 30–48.

Milosavljević, B. (1997): *Nauka o policiji*, Beograd: Policijska akademija.

Milosavljević, M. (2003): *Devijacije i društvo*, Beograd: Draganić. Micucci, A.J.

Gomme, I.M. (2005): American police and subculture support for the use of excessive force, *Journal of Criminal Justice*, 5(XXXIII), 487–500.

Mišambled, R. (2015): *Istorija nasilja – Od kraja srednjeg veka do danas* (orig. Robert Muchembled, Une historie de la violence – De la fin du Moyen Age a nos jours, Paris 2008 – prevela sa francuskog Tamara Valčić Bulić), Novi Sad: Akademsko knjižica.

Nikač, Ž., Leštanin, B. (2017): Novi Zakon o policiji i primena sredstava prinude, *Vojno delo* 1(LXIX), str. 191–209.

Ninčić, Ž. (2014): Nasilje kao obrazac ponašanja u Srbiji – u: *Nasilje u Srbiji – uzroci, oblici, posledice i društvene reakcije* – tom 2 (ur. Kolarić, D.), Beograd: Kriminalističko-policijska akademija, 203–212.

Punch, M. (2010): *Shoot to Kill – Police accountability, fire arms and fatal force*, London: Policy Press.

Stojanović, Z. (2014): Krivičnopravni pojam nasilja – u: *Nasilje u Srbiji – uzroci, oblici, posledice i društvene reakcije* – tom 1 (ur. Kolarić, D.), Beograd: Kriminalističko-policijska akademija, 1–8.

Subošić, D. Mijalković, S. (2012): Doprinos policijskog pregovaračkog tima zaštiti ljudskih prava u posebnim bezbednosnim situacijama, *Temida* 1(XV), 231–252.

Tančić, D. Jeftić-Šarčević, N. (2014): Nasilje i sila prema shvatanjima Slobodana Jovanovića – u: *Nasilje u Srbiji – uzroci, oblici, posledice i društvene reakcije* – tom 2 (ur. Kolarić, D.), Beograd: Kriminalističko- policijska akademija, 360–367.

Fromm, E. (1989a): *Anatomija ljudske destruktivnosti – prva knjiga* (orig. *The Anatomy of Human destructiveness*, New York, 1973, prevod: Gvozden Flego i Vesna Marčec-Beli), Zagreb: Naprijed.

Fromm, E. (1989b): *Anatomija ljudske destruktivnosti – druga knjiga* (orig. *The Anatomy of Human destructiveness*, New York, 1973, prevod: Gvozden Flego i Vesna Marčec-Beli), Zagreb: Naprijed.

Crank, J. Flaherty, D. Giacomazzi, A. (2007): The noblecause: An empirical assessment, *Journal of Criminal Justice* 1 (XXXV), 103–116.

Crank, J., Caldero, M. (2010): *Police Ethics: The Corruption of Noble Cause*, Cincinnati: Routledge.

Champion, D. (2001): *Police Misconduct in America*, Santa Barbara: ABC Clio.

Chan, J. (1997): Promene u policijskoj kulturi, *Izbor* br. 1, 9–30.

Young, J. (2007): *The Vertigo of Late Modernity*, London: SAGE Publications Ltd.

Pravni akti

Deklaracija o policiji, *Rezolucija 690 (1979), Parlamentarne skupštine Saveta Evrope*.

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* br. 09/03 i br. 05/05. Evropski kodeks policijske etike, *Preporuke (2001) 10*.

Krivični zakonik Republike Srbije, *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

Pravilnik o tehničkim obeležjima i načinu upotrebe sredstava prinude, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 19/2007, 112/2008 i 115/2014.

Zakon o policiji, *Službeni glasnik RS* br. 6/16 i 24/18.

Dr Zoran Kesić,

Assistant Professor,

Academy of Criminalistic and Police Studies, Zemun

CONCEPT OF „POLICE VIOLENCE“

Summary

The purpose of this paper is to clarify an extremely complex phenomenon which is in the scientific and professional literature known as police violence. It is justified by the fact that this issue has not been sufficiently discussed in local literature, particularly in the context of scientific-theoretical and empirical research on this phenomenon. Having in mind that the theoretical and working definition of the subject matter of this research is the first and indispensable step in understanding the indicators of the phenomenon under consideration, the author first considers the conceptual definition of police violence in an endeavour to remove, at least partly, certain ambiguities and increase the interest of the academic community to research this phenomenon, not only in the form of theoretical analysis but also through empirical research in Serbian society. The need for such research primarily stems from the fact that there is an insufficient number of empirical studies that would systematically and comprehensively research the phenomenon of police violence in Serbia. Consequently, numerous indicators of this phenomenon and its extent are mainly the result of assumptions and arbitrary assessment.

Keywords: *police, coercion, force, violence.*

RADNOPRAVNA ZAŠTITA DOJILJA U PRAVU REPUBLIKE SRBIJE I EVROPSKE UNIJE

Apstrakt: Radnopravna zaštita dojilja u pravu Republike Srbije i Evropske unije značajna je s aspekta očuvanja njihove bezbednosti i zdravlja na radnom mestu, kao i u pogledu zaštite i unapređenja zdravlja deteta. Mere koje uređuju prava i obaveze dojilje na mestu rada imaju za cilj da omoguće uspostavljanje ravnoteže između zahteva profesionalne i privatne prirode, odnosno efikasno ispunjenje poslovnih obaveza i laktacijskih aktivnosti. Usled rizika od pojave posredne ili neposredne diskriminacije na radnom mestu žene koja doji, posebna pažnja posvećuje se antidiskriminacionim merama, koje treba da onemoguće uskraćivanje garantovanih prava u praksi. Uspešnom kombinovanju dojenja i zaposlenja mogu da doprinesu i faktori poput: podrške i informisanosti poslodavca i drugih zaposlenih, fleksibilizacije rada, kao i normativnog uređivanja predmetne oblasti od strane poslodavca.

Ključne reči: radnopravna zaštita dojilja, radno pravo Republike Srbije, radno pravo Evropske unije.

1. Značaj radnopravne zaštite dojilja

Svetska zdravstvena organizacija preporučuje da sa dojenjem treba da se otpočne tokom prvih sati nakon rođenja deteta, pa sve do navršenih šest meseci, kada se nastavlja dojenje komplementarno sa adekvatnom hranom, a sve do navršene dve godine ili duže. (WHO, 2017) Većina dece na svetu se ne doji prema preporukama (samo 40% dece do uzrasta od šest meseci se doji isključivo majčinim mlekom), čime se propuštaju vitalne koristi za zdravlje. Na odluku majke da doji uticaj imaju ekonomski faktori, poput tendencija da se u što kraćem vremenskom periodu vrati na posao i da ne narušava proces rada, korišćenjem pauza za dojenje ili drugih benefita usmerenih ka podršci porodici sa decom. Isto tako, na majke obeshrabrujuće utiču i brojni socijalni faktori, poput nedostatka

zdravstvene i konsultativne podrške (o prednostima i značaju dojenja), kao i neadekvatno postupanje poslodavaca. (UNICEF, WHO, 2017: 2 i 8) Samim tim, razmatranjem radnopravne zaštite dojilja u pravu Republike Srbije i Evropske unije utvrdiće se: potrebe za legislativnom intervencijom u cilju poboljšanja radnopravnog statusa zaposlene žene koja doji, kao i mere koje poslodavci mogu da preduzmu u praksi, radi inkluzije dojilja na mestu rada i pružanja podrške dojenju.

Kombinovanje rada i dojenja je jednostavnije ukoliko zaposlena obavlja rad od kuće, međutim, ukoliko to nije slučaj, već rad obavlja u prostorijama poslodavca kod kog postoji organizovani dnevni boravak dece, zaposlena dojenje može da realizuje preuzimanjem i vraćanjem deteta u dnevni boravak. (Fein, Mandal, Roe, 2008: 61) Zaposlena koja živi blizu mestu rada dojenje može da vrši i tako što ode do kuće da bi dojila svoje dete ili eventualno do obdaništa gde dete boravi za vreme trajanja radnog vremena i da se u okviru garantovane pauze vrati na posao. Ukoliko je poslodavac obezbedio prostorije za laktacijske aktivnosti, organizovana patronažna služba, član porodice ili dadilja mogu dovesti dete na mesto rada zaposlene radi dojenja u terminima kada može da koristi pauzu i odvoditi nakon toga. Međutim, ako zaposlena nema mogućnosti da u vreme pauze ode do kuće ili obdaništa deteta, odnosno ne postoji organizovani patronažni sistem dovođenja i odvođenja deteta ili nije moguće organizovati porodični ili transport od strane dadilje, zaposlena će koristiti pauze za izmlazanje mleka. Dobijeno mleko zaposlena će čuvati na adekvatnom i hladnom mestu i u ovom slučaju dete će se hraniti korišćenjem flašice. (ACAS, 2013: 9)

Postoje indikacije da majke prestaju da doje iz razloga što moraju da se vrate na posao usled nedostatka adekvatnih odredbi koje bi im pružile zaštitu na radnom mestu. S druge strane, radnopravna zaštita dojilja na radnom mestu može da ima pozitivan uticaj na učešće majke na tržištu rada: dojilja bi se s odsustva radi nege deteta vratila ranije na mesto rada, čime bi se izbegao negativni uticaj na napredovanje u karijeri i ostvarivanje veće zarade. Zaposlene odustaju od dojenja i ukoliko je ova praksa marginalizovana na radnom mestu, odnosno ako su dojilje diskriminisane po ovom osnovu, usled nedostatka društvene i kolegijalne podrške i davanja prioriteta posvećenosti poslu umesto uspostavljanju ravnoteže između profesionalnog i privatnog života zaposlene. S druge strane, značajna je i edukacija dojilja o njihovim pravima i obavezama, kao i o prednostima i značaju dojenja, jer i pored postojanja normativne uređenosti i praktične implementacije predmeta razmatranja, zaposlene mogu da izaberu da ne koriste ove mere iz straha da

ne utiču negativno na dalji razvoj svoje karijere, usled percepcije da se smanjuje produktivnost korišćenjem pauza za dojenje. (Vaganay, Canónico, Courtin, 2016: 9 i 10)

Obezbeđivanje podrške majkama da doje nakon povratka na posao može da im pomogne da odgovore izazovima na radnom mestu i porodičnim obavezama i na taj način smanje psihičke i fizičke zdravstvene probleme, samim tim i odsustva s posla, a da povećaju učinak na radnom mestu i životnu satisfakciju. Konflikt između porodičnih i profesionalnih obaveza može da dovede i do napuštanje posla od strane zaposlene koja doji. (Vaganay, Canónico, Courtin, 2016: 12)

Na povećanje broja dojilja na radnom mestu pozitivno može da utiče kombinovanje regulative iz predmetne oblasti sa ostalim programima podrške porodici. Evidentni benefiti simbioze rada i dojenja ogledaju se u poboljšanju kvaliteta zdravlja majke i deteta, povećanju participacije žena na tržištu rada, redukciji konflikta između profesionalnih i porodičnih obaveza i povećanju nivoa životne satisfakcije, što u krajnjoj liniji dovodi do boljeg radnog učinka i kvalitetnijeg obavljanja roditeljskih obaveza. Na strani poslodavca (i pored prisutnih troškova koji se vezuju za naknadu za korišćenje pauze za dojenje ili skraćenje radnog vremena, odnosno za uređenje prostorija za laktacijske aktivnosti) kombinovanje rada i dojenja dovodi do boljeg radnog učinka, usled satisfakcije zaposlene zbog uspostavljene ravnoteže sa porodičnim obavezama i smanjenja broja odsustva zaposlene zbog narušavanja njenog ili zdravlja deteta, što nadalje smanjuje i zdravstvene troškove. U društvenom kontekstu jasna regulativa, koja precizno definiše prava i obaveze zaposlene i poslodavca u pogledu rada i obavljanja laktacijskih aktivnosti, dovodi s jedne strane do smanjenja pojave diskriminacije, a s druge strane do promocije načela jednakog tretmana i mogućnosti u zaposlenju i zanimanju. (Vaganay, Canónico, Courtin, 2016: 17 i 18)

Zaposlene treba da budu obaveštene o: njihovim pravima u vezi sa bezbednošću i zdravljem na radu; odredbama koje uređuju noćni i prekovremeni rad; pauzama za dojenje i modalitetima njihovog korišćenja; skraćanju radnog vremena ili implementaciji fleksibilnog rada; iznosima naknada koje im pripadaju, kao i o strategijama za vraćanje na posao. Informacije iz predmetne oblasti treba da budu blagovremeno (obično u prenatalnom periodu) dostupne svim zaposlenima. Isto tako, od posebnog značaja je i podrška poslodavca zaposlenoj koja može da se manifestuje dostavljanjem informacija ostalim zaposlenima o značaju radnopravne zaštite dojilja, koristima za zdravlje majke i deteta, benefitima za

poslovanje i značaju podrške i poštovanja prema zaposlenim dojiljama. Menadžerski kadar svoj doprinos može da izrazi kroz organizaciju procesa rada koji će podrazumevati aktivnu participaciju zaposlenih dojilja (na primer, organizovanjem sastanaka u terminima kada zaposlena dojilja ne koristi pauze za dojenje, tako da može aktivno da učestvuje u decizionističkim procesima na radnom mestu). Fleksibilni oblici rada mogu da podrazumevaju rad sa nepunim radnim vremenom, deljenje posla (*job sharing*), rad od kuće ili odsustvo bez naknade i mogu da budu od posebnog značaja za dojilje, jer olakšavaju tranzicioni period od odsustva do integracije u procesima rada. (ILO, 2012: 15–17)

Od posebnog značaja za unapređenje položaja zaposlenih koje doje je normativno uređivanje podrške laktacijskog procesa na radnom mestu od strane poslodavca. Početne premise u aktu poslodavca treba da budu njegova odlučnost da podrži i promoviše dojenje na radnom mestu, obuhvatajući zahteve zaposlenih (obim prava, način, mesto i vremenski period korišćenja, uključujući i pitanje naknade) usklađene sa uslovima rada. Ovaj akt poslodavca trebalo bi da bude blagovremeno dostupan zaposlenima na isti način kao i drugi akti koji regulišu radnopravni status, uz opšte informacije o pravima na porodiljsko i odsustvo radi nege deteta i drugim merama za pomirenje poslovnih i porodičnih obaveza. Isto tako, neophodni su mehanizmi koji bi osigurali sprovođenje ovog akta, kao i redovno nadgledanje i evaluaciju, kako bi se procenila njegova delotvornost i potreba za izmenama i dopunama. Zaposleni u ljudskim resursima, rukovodeći kadar, neposredno nadređena lica dojiljama, kao i ostali zaposleni treba da budu obučeni za praktičnu implementaciju akta poslodavca, jer se kao prepreka u primeni javlja postojanje negativnih stavova o dojenju na radnom mestu i nedostatak razumevanja i podrške. (Galtry, Annandale, 2003: 4 i 5)

2. Radnopravna zaštita dojilja u pravu Republike Srbije

Zaštita žena utemeljena je na shvatanju da su „slabije“ (psiho) fizičke konstitucije u odnosu na muškarce i da im je potrebna posebna zaštita od štetnog dejstva uslova rada, posebno u kontekstu obavljanja teških poslova, podzemnih radova, odnosno poslova koji podrazumevaju noćni ili prekovremeni rad. (Jovanović, 2015: 1460). U pravu Republike Srbije zaposlena žena koja doji dete uživa posebnu zaštitu po osnovu materinstva u pogledu poslova koji su štetni za njeno i zdravlje deteta, u odnosu na noćni i prekovremeni rad (posredno u okviru instituta preraspodele radnog vremena), a od posebnog značaja je i obaveza poslodavca da obezbedi

pravo na pauze u toku rada ili skraćenje dnevnog radnog vremena. Međutim, potrebno je da se istakne da se u savremenoj radnopravnoj literaturi ukazuje na to da ne postoji osnov za posebnu zaštitu žena od rizika koji identično ugrožavaju oba pola, te se predmetna zaštita isključivo vezuje za ostvarivanje materinstva, odnosno za period trudnoće i dojenja.

Zaštita dojilja obezbeđena je Konvencijom Međunarodne organizacije rada broj 183 o zaštiti materinstva, kojom je predviđeno pravo na jednu ili više dnevnih pauza ili dnevno smanjenje radnih sati radi dojenja deteta. Pauze radi dojenja ili smanjenja radnih sati računaju se kao radno vreme i u skladu s tim dojilja prima naknadu.¹ Preporukom Međunarodne organizacije rada broj 191 o zaštiti materinstva predviđeno je da u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom i praksom (nakon izdavanja lekarskog nalaza ili druge odgovarajuće potvrde), učestalost i dužina pauza za dojenje deteta treba da budu prilagođeni potrebama u svakom konkretnom slučaju. Isto tako, ukoliko postoje uslovi, uz saglasnost poslodavca i dojilje, treba da se dozvoli korišćenje pauza za dojenje na početku ili na kraju radnog dana. Preporukom Međunarodne organizacije rada broj 191 utvrđena je i potreba da se, u skladu sa mogućnostima poslodavca, obezbede prostorije za dojenje pod adekvatnim higijenskim uslovima na radnom mestu ili u njegovoj blizini.²

Posebna zaštita materinstva podrazumeva zabranu da žena za vreme dojenja radi na poslovima koji su štetni za njeno i zdravlje deteta (na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa), a posebno na poslovima koji zahtevaju podizanje tereta ili na kojima postoji štetno zračenje ili izloženost ekstremnim temperaturama i vibracijama. Zaposlena majka do navršene prve godine života deteta koje doji i o tome obavesti poslodavca ne sme da radi na radnom mestu za koje je nakon procene utvrđeno postojanje rizika po bezbednost ili zdravlje od izlaganja štetnostima i radnim uslovima. Zaposlena koja doji dete ne sme na radnom mestu da bude izložena opasnim hemijskim materijama, poput olova i njegovih derivata, ukoliko postoji opasnost od apsorpcije u organizam, a ne sme ni da obavlja podzemni rad u rudniku. Da bi se obezbedila adekvatna zaštita zaposlene koja doji, poslodavac je u obavezi da izvrši procenu svih rizika po bezbednost ili zdravlje i svih posledica na dojenje za sva radna mesta u radnoj okolini na kojima postoji mogućnost izlaganja

1 Čl. 10 Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 183 o zaštiti materinstva, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* br. 1/2010.

2 St. 7–9 Preporuke Međunarodne organizacije rada broj 191 o zaštiti materinstva, preuzeto 14. 05. 2018., http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R191

štetnostima, procesima ili radnim uslovima uz procene prirode, nivoa i trajanja izloženosti. Aktom o proceni rizika poslodavac utvrđuje modalitete i mere bilo za otklanjanje ili smanjenje rizika i o njegovoj sadržini i merama koje se preduzimaju u pismenoj formi³ obaveštava zaposlene koje doje i njihove predstavnike za bezbednost i zdravlje na radu.⁴ Ukoliko je zaposlena raspoređena na radnom mestu na kom postoji opasnost od ugrožavanja bezbednosti i zdravlja za vreme dojenja, poslodavac treba da joj obezbedi obavljanje drugih odgovarajućih poslova, a u slučaju nedostatka istih, da je uputi na plaćeno odsustvo. Zaposlena koja doji dete ne može da radi prekovremeno i noću, ukoliko takav rad može da prouzrokuje štetne zdravstvene posledice. Posebnu zaštitu u pogledu prekovremenog i noćnog rada zaposlena koja doji dete uživa pod uslovom da je nalazom nadležnog zdravstvenog organa konstatovana opasnost za njeno ili zdravlje deteta. Zaposlena koja doji dete posredno uživa zaštitu u okviru instituta preraspodele radnog vremena, po osnovu roditeljstva deteta do tri godine života. Naime, samo uz pisanu saglasnost zaposlenog roditelja sa detetom mlađim od tri godine života (koja kategorija obuhvata i zaposlene koje doje) poslodavac može da izvrši preraspodelu radnog vremena.⁵

Radnopravnu zaštitu uživa i zaposlena u kontekstu dojenja koja se vrati na rad pre isteka godinu dana od rođenja deteta. Napred navedena okolnost može da nastane u praksi i ukoliko otac umesto žene koristi pravo na odsustvo radi nege deteta. Korišćenje prava na dojenje deteta u toku dnevnog radnog vremena poslodavac može da realizuje na dva načina i to: obezbeđivanjem prava zaposlenoj ženi na jednu ili više dnevnih pauza u toku dnevnog rada u ukupnom trajanju od 90 minuta ili skraćanjem dnevnog radnog vremena u trajanju od 90 minuta, kako bi mogla da doji svoje dete, pod uslovom da radno vreme dojilje iznosi šest i više časova.⁶

Iz navedenog proizilazi da predmetno pravo pripada dojiljama koje rade sa punim radnim vremenom, kao i sa nepunim radnim vremenom, ukoliko njihov rad dnevno traje šest i više časova. Pogodnosti vezane za dojenje pripadaju i zaposlenim dojiljama koje rade skraćeno radno

3 Čl. 30, st. 3 Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu, *Sl. glasnik RS*, br. 101/2005, 91/2015 i 113/2017 - dr. zakon.

4 Čl. 2, st. 1, tač. 3), čl. 3, čl. 4 i čl. 5, st. 2 Pravilnika o merama za bezbedan i zdrav rad zaposlene žene za vreme trudnoće, porodilje i zaposlene koja doji dete, *Sl. glasnik RS*, br. 102/2016.

5 Čl. 89, st. 2, čl. 90 i čl. 92 Zakona o radu, *Sl. glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - odluka US i 113/2017.

6 Čl. 93a Zakona o radu, *Sl. glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - odluka US i 113/2017.

vreme na poslovima sa povećanim rizikom, s obzirom na to da imaju sva prava iz radnog odnosa kao da rade sa punim radnim vremenom. U teoriji kao nedostatak u formulaciji predmetnog prava ističe se vezivanje za period od godinu dana od rođenja deteta, čime su obuhvaćene samo žene koje su rodile prvo i drugo dete, a ne u potpunosti i žene koje su rodile treće i svako naredno dete, jer njima porodiljsko i odsustvo radi nege deteta traju dve godine. (Ivošević, Ivošević, 2016: 222 i 223) Pauza ili skraćeno radno vreme dojilja računaju se kao vreme rada, a naknada zaposlenoj po tom osnovu za vreme od 90 minuta koliko traje predmetno pravo isplaćuje se u visini osnovne zarade, uvećane za minuli rad.⁷ I pored toga što je umnogome poboljššan radnopravni položaj zaposlene koja doji, u praksi su prisutni brojni problemi pri ostvarivanju prava na pauzu u toku dnevnog rada, usled nepostojanja prostorije za podoj na radnom mestu ili u njegovoj blizini, kao i patronažne službe koja bi organizovala prevoz majke ili deteta radi dojenja, te se apeluje na poslodavce da omoguće praktičnu primenu regulisane posebne zaštite dojilja. (Radovanović, 2016: 258 i 259)

2.1. Zabrana diskriminacije zaposlene koja doji

Pitanje zaštite od diskriminacije na mestu rada žena koje doje zahteva posebnu pažnju antidiskriminacionog zakonodavstva, koje treba da onemogući poslodavce u uskraćivanju garantovanih prava. (Murtagh, Moulton, 2011: 222) U domaćem radnom zakonodavstvu u pogledu uslova za zapošljavanje i izbor kandidata, uslova rada i svih prava iz radnog odnosa, obrazovanja, osposobljavanja i usavršavanja, napredovanja na poslu i otkaza ugovora o radu, zabranjena je diskriminacija (neposredna i posredna), s obzirom na porodične obaveze i to ne samo u odnosu na zaposlena lica, već i u odnosu na kandidate za zaposlenje. Samim tim, u istoj ili sličnoj situaciji zaposlena žena koja doji ne može da bude stavljena u nepovoljniji položaj u odnosu na ostale zaposlene ili da bude obuhvaćena naizgled neutralnom odredbom, kriterijumom ili praksom koja je suštinski stavlja ili bi je stavila u nepovoljniji položaj u odnosu na druga zaposlena lica. Pored toga što su ništave odredbe ugovora o radu kojima se utvrđuje diskriminacija lica sa porodičnim obavezama, zaposlena koja doji, kao i one koje traže zaposlenje⁸ u slu čajevima

7 Čl. 93a, st. 2 Zakona o radu, *Sl. glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - odluka US i 113/2017.

8 Podaci o porodičnom statusu (uključujući i podatak da li kandidatkinja ima dete koje doji) spadaju u privatnu, intimnu sferu, tako da su poslodavci u postupku zapošljavanja ili radnog angažovanja onemogućeni da ih zahtevaju ili koriste, a propisana je i prekršajna novčana

diskriminacije mogu da pokrenu pred nadležnim sudom postupak za naknadu štete, a ukoliko u toku postupka u čine verovatnim da je izvršena diskriminacija na poslodavcu je teret dokazivanja da nije bilo ponašanja koje predstavlja diskriminaciju.⁹

3. Radnopravna zaštita dojilja u pravu Evropske unije

U pravu Evropske unije dojilje se percipiraju kao specifična rizična kategorija, tako da se preduzimaju mere u vezi sa zaštitom njihove bezbednosti i zdravlja na radu, odnosno procedure koje onemogućavaju da budu stavljene u nepovoljan položaj na tržištu rada u odnosu na ostale zaposlene. *Acquis communautaire* pored prava vezanih za porodiljsko odsustvo, ugovor o radu, uključujući redovnu isplatu zarada i naknada, kao i zaštitu od otkaza, podrazumeva i posebna pravila vezana za noćni rad dojilja.

Za razmatranje zaštite dojilja (u smislu nacionalnog prava i/ili prakse, koje o svom stanju obaveste poslodavca) u pravu Evropske unije od posebnog značaja je Direktiva 92/85/EEZ o uvođenju mera za podsticanje poboljšanja bezbednosti i zdravlja na radu. Predmetna direktiva podrazumeva obavezu poslodavca da vrši procenu svake opasnosti za bezbednost ili zdravlje dojilje i svih posledica na dojenje i da o rezultatima procene obavesti obuhvaćenu kategoriju žena. Procena opasnosti radnog mesta dojilje mora da sadrži specifično ispitivanje koje uzima u obzir individualnu situaciju zaposlene, kako bi se utvrdilo da li su izloženi opasnostima njeno ili zdravlje i bezbednost deteta.¹⁰ Ukoliko rezultati procene ukazuju na postojanje opasnosti za bezbednost i zdravlje dojilja ili posledice po dojenje, poslodavac preduzima potrebne mere koje se sastoje od privremene promene uslova rada i/ili radnog vremena, a ako to nije moguće, vrši se premeštaj na drugo radno mesto. Međutim, ukoliko je premeštaj dojilje na drugo radno mesto tehnički i/ili objektivno neizvodljiv ili ne može da se zahteva iz dokazano opravdanih razloga u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom i/ili praksom država članica Evropske unije, dodeljuje se odsustvo za ceo vremenski period koji je potreban da se obezbedi zaštita bezbednosti i zdravlja dojilje. Na

kazna (od 10.000 do 100.000 dinara za poslodavca sa svojstvom pravnog lica) za postupanje suprotno navedenom. Čl. 54, st. 1, tač. 3) Zakona o ravnopravnosti polova, *Sl. glasnik RS*, br. 104/2009.

9 Čl. 18–23 Zakona o radu, *Sl. glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - odluka US i 113/2017.

10 C-531/15 *Elda Otero Ramos v Servicio Galego de Saúde and Instituto Nacional de la Seguridad Social* od 19. oktobra 2017. ECLI:EU:C:2017:789

napred navedeni način postupa se i u slučajevima u kojima je zabranjeno izlaganje dojilja sredstvima i radnim uslovima koji predstavljaju rizik po njihovu bezbednost ili zdravlje. Odredbe Direktive 92/85/EEZ, koje predviđaju da je dojiljama zabranjen podzemni rad u rudniku i obavljanje poslova na kojima mogu da budu izložene opasnosti od apsorpcije olova ili njegovih derivata, u potpunosti su preuzete u domaćem pozitivnom pravu.

U pravu Evropske unije vrši se premeštaj na dnevni posao, odobrava odsustvo sa rada ili produženje porodiljskog odsustva, ukoliko se na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa utvrdi da je noćni rad štetan za bezbednost i zdravlje žene koja doji u periodu neposredno nakon porođaja. Isto tako, u komunitarnom pravu dojiljama se garantuju i prava vezana za ugovor o radu, uključujući redovnu isplatu plata i/ili prava na odgovarajuće naknade. U okviru instituta zabrane otpuštanja u pravu Evropske unije dojilje su zaštićene za vreme trajanja porodiljskog odsustva¹¹ (određuje se u saglasnosti sa nacionalnim zakonodavstvom i/ili praksom država članica i traje najmanje 14 nedelja neprekidno, koje se raspoređuju pre i/ili nakon porođaja).¹² Posebna pažnja posvećuje se informativnim i obrazovnim materijalima (u pisanom ili audio- vizuelnom obliku) koji se odnose na prehranu odojčadi, koji između ostalih treba da obuhvate i jasne informacije o koristima i prednostima dojenja, ishrani majki i pripremi za dojenje i održavanje laktacije, potencijalnim negativnim uticajima na dojenje uvođenjem parcijalnog hranjenja na bočicu, kao i o poteškoćama pri promeni odluke da se ne doji.¹³

11 Sud pravde Evropske unije istakao je da je u skladu sa Direktivom 92/85 nacionalni propis koji u okviru kolektivnog otpuštanja ne predviđa prioritet pri očuvanju radnih mesta ili premeštaju dojilja, ne isključujući mogućnost da države članice regulišu viši stepen zaštite. C-103/16 *Jessica Porras Guisado v Bankia SA and Others* od 22. februara 2018, ECLI identifier: ECLI:EU:C:2018:99.

12 Čl. 1–6, čl. 8, čl. 10 i čl. 11 Direktive Saveta 92/85/EEZ od 19. oktobra 1992. o uvođenju mera za podsticanje poboljšanja bezbednosti i zdravlja na radu zaposlenih trudnica, porodilja ili dojilja (deseta pojedinačna direktiva u smislu člana 16, stav 1 Direktive 89/391/EEZ), u daljem tekstu: Direktiva Saveta 92/85/EEZ - Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC), *Official Journal L 348*, 28/11/1992.

13 Čl. 15, st. 2 Direktive Komisije 2006/141/EZ od 22. decembra 2006. o hrani za novorođenčad i odojčad i izmeni Direktive 1999/21/EZ (Commission Directive 2006/141/EC of 22 December 2006 on infant formulae and follow-on formulae and amending Directive 1999/21/EC), *OJ L 401*, 30. 12. 2006.

U pravu Evropske unije prepoznata je i potreba da se zaposlenim roditeljima olakša usklađivanje porodičnih i profesionalnih obaveza, te je Direktivom 2010/18/EU stupio na snagu revidirani Okvirni sporazum o porodiljskom odsustvu, kojim se propisuju minimalni zahtevi od značaja i za radnopravni status dojlja poput: povratka na posao i mogućnosti da se na određeno vreme zatraži promena radnog vremena i/ili rasporeda i prava na odsustvo s posla zbog hitnih porodičnih razloga.¹⁴ Takođe, u kontekstu implementacije načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i zanimanja, pravo na povratak na svoje ili istovetno radno mesto, nakon porodiljskog odsustva uz pravo na poboljšanje radnih uslova predviđeno je Direktivom 2006/54/EZ.¹⁵

U većini država članica Evropske unije nacionalna legislativa o bezbednosti i zdravlju na radu u kontekstu zaštite materinstva primenjuje se i na dojlje, uz ograničen zaštitni period. Primera radi, u Francuskoj, ukoliko dojlja radi na radnom mestu na kom postoji utvrđeni rizik po bezbednost i zdravlje, poslodavac omogućava raspoređivanje na drugo kompatibilno radno mesto na period koji nije duži od mesec dana nakon njenog povratka sa postnatalnog odsustva.¹⁶ U slučaju potrebe radni uslovi privremeno mogu da se prilagode dojljama u Austriji, Bugarskoj, Češkoj, Hrvatskoj, Nemačkoj, Litvaniji, Letoniji, Irskoj, Holandiji, Poljskoj, Portugaliji, Rumuniji, Švedskoj, Grčkoj, Mađarskoj, Španiji, Slovačkoj, Sloveniji, na Kipru i Malti. Isto tako, za dojlje mogu da budu obezbeđena posebna prava, kao što je dojenje tokom radnog vremena, koje pravo, primera radi, u Holandiji obuhvata period do devet meseci deteta, u Irskoj dok dete ne navrší 6 meseci, a u Austriji ceo period

14 Klauzule 6 i 7 revidiranog Okvirnog sporazu ma o porodiljskom odsustvu koji su zaključili BUSINESS EUROPE, UEAPME, CEEP I ETUC, implementiranog Direktivom Saveta 2010/18/EU od 8. marta 2010. (Council Directive 2010/18/EU of 8 March 2010 implementing the revised Framework Agreement on parental leave concluded by BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC and repealing Directive 96/34/EC), *Official Journal of the European Union* L 68, 18. 3. 2010, 13–20.

15 Čl. 15 Direktive Evropskog parlamenta i Saveta 2006/54/EZ od 5. jula 2006. o implementaciji načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i zanimanja (Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation), *Official Journal of the European Union* L 204, 26. 7. 2006.

16 Čl. L1225-12 Zakonika o radu Francuske u daljem tekstu: Zakonik o radu Francuske (Code du travail). Preuzeto 10. 01. 2018. https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=5EA8936506B838C58CBC3906FA16CF22.tplgfr34s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006198527&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180110

dojenja. (Aumayr-Pintar, Cabrita, Fric, Torres, 2015: 38) U pravu Evropske unije pauza za dojenje regulisana je, primera radi, u Austriji, Belgiji, Bugarskoj, Irskoj, Letoniji, Rumuniji, Slovačkoj, Sloveniji, na Kipru, u Češkoj, Nemačkoj, Estoniji, Španiji, Hrvatskoj, Mađarskoj, Italiji, Litvaniji, Luksemburgu, Poljskoj, Portugaliji, Francuskoj, Švedskoj i Holandiji. (Vaganay, Canónico, Courtin, 2016: 6)

U Francuskoj pauza za dojenje u toku dnevnog rada traje jedan sat i podeljena je na dva perioda od trideset minuta, jedan tokom jutarnjeg rada, a drugi popodne. Period korišćenja pauze određuje se sporazumno, međutim ukoliko izostane dogovor između poslodavca i zaposlene koristi se na polovini radnog dana. Pauza za dojenje garantuje se do navršenja jedne godine života deteta i zaposlena može da je koristi u prostorijama poslodavca. Poslodavac koji zapošljava više od sto zaposlenih može u svojim prostorijama, ili u blizini istih, da obezbedi prostor za dojenje u kom slu čaj se period pauze od trideset minuta smanjuje na dvadeset minuta. Prostorije za dojenje treba da budu odvojene od mesta rada, ventilirane sa kontinuiranim obnavljanjem vazduha, opremljene prozorima ili drugim otvorima sa pokretnim okvirima direktno okrenutim ka spolja, prikladno osvetljene i sa adekvatnom temperaturom. Prostorije treba da imaju obezbeđenu dovoljnu količinu vode ili da budu smeštene u blizini umivaonika. Voda treba da bude na podesivoj temperaturi, a treba da se obezbede i odgovarajuća sredstva za čišćenje i sušenje. Prostor posvećen dojenju treba da bude zadovoljavajuće veličine i da ima mogućnost za smeštaj većeg broja dece, saglasno broju žena koje su zaposlene kod poslodavca. Naime, prostor posvećen dojenju treba da je visok najmanje 3 metra i da ima najmanje tri kvadratna metra površine po jednom detetu. U istoj prostoriji ne može da bude smešteno više od dvanaest krevca (kolevki), međutim, kada broj dece prevazilazi ovaj maksimum privremeno može da se odobri prekoračenje. Isto tako, prostorije za dojenje u Francuskoj treba da imaju obezbeđene uređaje za grejanje hrane i sedišta pogodna za dojenje, a potrebno je i da se u njima higijena održava na adekvatnom nivou i to svakodnevnim čišćenjem u terminima kada u njima nisu prisutna deca (podne i zidne obloge treba da budu od materijala koji omogućava efikasno održavanje). Potrebno je da se preduzimaju mere kako bi se osiguralo da nema pristup prostoriji za dojenje nijedna osoba, koja može biti uzrok kontaminacije. U ovoj prostoriji deca mogu da borave samo za vreme dojenja, a zabranjen je boravak dece koja su zaražena od prenosivih bolesti i infekcija u cilju sprečavanja kontaminacije i širenja zaraze.

Poslodavac obezbeđuje dečji krevet i posteljinu za svako dete u dovoljnoj količini da može da se zameni koliko je puta neophodno, a propisana je i obaveza održavanja čistoće i provetravanja u toku noći. Prostorije za laktacijske aktivnosti isključivo održava kvalifikovano osoblje, u dovoljnom broju. Vodi se i registar koji sadrži ime, prezime i datum rođenja svakog deteta, ime, adresu i profesiju majke, datum prijema, podatke o vakcinaciji i stanju deteta u vreme prijema (registar sa imenima prisutne dece vodi se na dnevnom nivou). Područje za dojenje nadgleda lekar kog je odredio poslodavac, uz obavezu dolaska najmanje jednom nedeljno i koji svoje opservacije upisuje u napred pomenuti registar. Naknade za angažovanje lekara i personala za čišćenje i održavanje prostorija za dojenje, kao i troškove za nabavku i održavanje opreme i sredstava snosi poslodavac, bez prava da zahteva doprinos od zaposlenih koje koriste ove prostorije i čija deca borave u njima.¹⁷

U državama članicama Evropske unije koje su regulisale pravo na pauzu za dojenje često kolektivni ugovori pružaju viši nivo zaštite zaposlenih dojilja u odnosu na zakonsko uređivanje. (Vaganay, Canónico, Courtin, 2016: 8) Primera radi, u Belgiji nacionalnim kolektivnim ugovorom predviđeno je pravo radno angažovanih dojilja na pauzu za dojenje ili izmlazanje mleka u trajanju do devet meseci života deteta. Predmetno pravo može da se koristi uz prethodno obaveštenje poslodavcu (u pisanoj formi), dato dva meseca unapred, koji period sporazumno može da se smanji. Pravo na pauzu za laktacijske aktivnosti odobrava se na osnovu dokaza o dojenju, koji po svom izboru dojilja na mesečnom nivou pribavlja iz konsultacijskog centra za odojčad ili nadležnog zdravstvenog organa. Za vreme trajanja predmetne pauze naknada dojilji obezbeđuje se od strane zdravstveno-invalidskog osiguranja, a ne od strane poslodavca. Za obavljanje laktacijskih aktivnosti dojiljama treba da se obezbede diskretne, dobro provetrene, osvetljene, čiste i adekvatno zagrejane prostorije u kojima bi mogle da se odmaraju u ležećem položaju. Prostorije rezervisane za dojenje i/ili izmlazanje mleka može zajednički da koristi i više poslodavaca, ukoliko je moguće realizovati ovaj modalitet funkcionisanja u skladu sa propisanim standardima (praktična implementacija standarda vezanih za izgled i opremljenost prostorija je predmet inspekcijske kontrole). Isto tako, prostor za laktacijske aktivnosti treba da bude u okviru prostorija gde se nalazi radno mesto dojilje ili u neposrednoj blizini, da se ne bi trošilo značajno vreme za odlazak i povratak na radno mesto. Neophodno je i da

17 Čl. L1225-30 - L1225-32, čl. R1225-5 - R1225-7 i čl. R4152-13 - R4152-28 Zakonika o radu Francuske.

su u samom prostoru dojiljama na raspolaganju i adekvatne električne instalacije (u cilju eventualnog korišćenja laktacijskih električnih uređaja). Međutim, ukoliko poslodavac nije u mogućnosti da u potpunosti obezbedi adekvatne prostorije za laktacijske aktivnosti, derogacija napred navedenih pravila ogleda se u mogućnosti da se poslodavac i dojilja dogovore o prostoriji koja će biti namenjena za obavljanje ovih aktivnosti, a koja može da bude i van prostorija poslodavca. Pauza za dojenje (računa se u radno vreme) iznosi 30 minuta, s tim da dojilja koja radi četiri ili više sati ima pravo na jednu pauzu u toku dnevnog rada, a ona koja radi najmanje sedam sati i 30 minuta ima pravo na dve pauze u toku dnevnog rada, koje može da koristi odvojeno ili objedinjeno. Od posebnog značaja su i odredbe koje dojilju štite od otkaza, jer poslodavac koji zapošljava ženu u laktacijskom periodu ne može jednostrano da prekine radni odnos od trenutka kada mu je podnet zahtev za korišćenje prava na pauzu do isteka perioda od mesec dana od dana isteka važnosti poslednjeg dokaza o dojenju.¹⁸

U radnom pravu Bugarske žena koja doji ima pravo na plaćeno odsustvo sa rada (sredstva obezbeđuje poslodavac) do uzrasta deteta od 8 meseci i to po jedan sat, dva puta u toku dnevnog rada ili uz njenu saglasnost dva sata odjednom. Nakon što dete navrší osam meseci, pravo na odsustvo iznosi jedan sat u toku dnevnog rada, a trajanje predmetnog prava vezuje se za procenu nadležnog zdravstvenog organa do kada je detetu neophodno dojenje. Dojilja koja radi sa skraćenim radnim vremenom (sedam ili manje sati) ima pravo na odsustvo u trajanju od jednog sata u toku dnevnog rada. U slučaju kada dojilja ima blizance ili prevremeno rođeno dete, pravo na odsustvo sa rada radi dojenja (dva puta dnevno ili uz saglasnost dojilje odjednom) iznosi 3 sata u toku dnevnog rada do 8 meseci života deteta i dva sata nakon što dete navrší osam meseci i to onoliko dugo koliko nadležni zdravstveni organ proceni da je neophodno, međutim ukoliko radi sa nepunim radnim vremenom do osam meseci uzrasta deteta odsustvo iznosi dva sata, a nakon ovog perioda po jedan sat dnevno.¹⁹

18 Čl. 3–6, čl. 9, čl. 10 i čl. 11, st. 1 Kolektivnog ugovora br. 80 od 27. novembra 2001. o uspostavljanju prava na pauze za dojenje, izmenjen kolektivnim ugovorom br. 80 od 13. oktobra 2010. (Convention collective de travail n° 80 du 27. novembre 2001. instaurant un droit aux pauses d'allaitement, modifiée par la convention collective de travail n° 80 bis du 13. octobre 2010) Preuzeto: 11. 01. 2018. <http://www.cnt-nar.be/CCT-COORD/cct-080.pdf>

19 Čl. 166 Zakona o radu Bugarske (Kodeksa na truda), *Държавен вестник*, br. 26/1986, 27/1986, 6/1988, 21/1990, 30/1990, 94/1990, 27/1991, 32/1991, 104/1991, 23/1992, 26/1992, 88/1992, 100/1992, Rešenje № 12 na KS na RB ot 20. 07. 1995. 69/1995, 87/1995, 2/1996, 12/1996, 28/1996, 124/1997, 22/1998, Rešenje № 11 na KS na RB ot 30.04.1998. 52/98, 56/98, 83/98, 108/98, 133/98, 51/99, 67/99, 110/99, 25/01, 1/02, 105/02, 120/02, 18/03,

U Hrvatskoj pojam „zaposlena koja doji dete“ podrazumeva zaposlenu majku do navršene prve godine života deteta koje doji, a koja je najkasnije 30 dana pre povratka na rad pisanim putem obavestila poslodavca o svom stanju (u kom roku je u obavezi da dostavi i pisanu potvrdu lekara specijaliste pedijatrije o dojenju deteta). Za vreme rada sa punim radnim vremenom do navršene prve godine života deteta, zaposlena ima pravo na pauzu za dojenje u trajanju od dva sata u toku dnevnog rada i to jednokratno ili dva puta dnevno u trajanju od po sat vremena. Korišćenje pauze za dojenje deteta računa se u radno vreme i zaposlena ima pravo na naknadu zarade, koja predstavlja pun iznos proračunske osnovice, obračunate na satnu osnovicu za mesec za koji se obračunava naknada.²⁰

4. Zaključak

Ekonomski interes poslodavca i zdravstveni interes zaposlene evidentni su u pomirenju kolizije između zahteva poslodavca da se radni zadaci obavljaju u kontinuitetu, da se ne remeti proces rada i da se ostvari efikasan učinak zaposlenih i prava dojilje da se vrati nakon porodiljskog odsustva na isto ili istovetno (jednako plaćeno) radno mesto, nastavi karijerni napredak i dalje profesionalno osposobljavanje i usavršavanje uz održavanje laktacijskog procesa. Samim tim, poučeni analiziranim iskustvom država članica Evropske unije u domaćoj regulativi i praksi potrebno je preduzimanje mera koje podstiču simbiozu radnih i laktacijskih aktivnosti koje će u krajnjoj liniji dovesti do ostvarivanja zahtevanih rezultata rada i očuvanja zdravlja zaposlene dojilje i deteta.

Pored adekvatnosti regulative koja uređuje zaštitu materinstva, a posebno duže trajanje porodiljskog i odsustva radi nege deteta uz zadovoljavajuće iznose naknada za povećanje stope dojenja značajna je i edukacija žena. Naime, potrebno je osnažiti i afirmisati edukativne programe o značaju dojenja za zdravlje majke i deteta i o pravima zaposlenih dojilja na radnom mestu, i to ne samo u okviru zdravstvenih organizacija, već i uz aktivnu participaciju nevladinog sektora. Isto

86/03, 95/03, 52/04, 19/05, 27/05, 46/05, 76/05, 83/05, 105/05, 24/06, 30/06, 48/06, 57/06, 68/06, 75/06, 102/06, 105/06, 40/07, 46/07, 59/07, 64/07, 104/07, 43/08, 94/08, 108/08, 109/08, 35/09, 41/09, 103/09, 15/10, 46/10, 58/10, 77/10, Rešenje № 12 na KS na RB ot 11.11.2010. 91/10, 100/10, 101/10, 18/11, 33/11, 61/11, 82/11, 7/12, 15/12, 20/12, 38/12, Rešenje № 7 na KS na RB ot 19.06.2012 g. – 49/12, 77/12, 82/12, 15/13, 104/13, 1/14, 27/14, 61/14, 54/15, 61/15, 79/15, 98/15, 8/16, 57/16, 59/16, 98/16 i 105/16).

20 Čl. 6, st. 1, tač. 12, čl. 19 i čl. 20, st. 3 Zakona o roditeljskim potporama, *Narodne novine* br. 85/08, 110/08, 34/11, 54/13, 152/14, 59/17.

tako, potrebno je intenzivirati dostupnost konsultativnih programa koji obuhvataju stručna medicinska lica (koja dojlje snabdevaju sa neophodnim informacijama o značaju i karakteristikama laktacijskih aktivnosti) i pravnike (koji čine dostupnim informacije o pravima i obavezama dojilja na radnom mestu). Neophodno je da poslodavci u skladu sa svojim prostorno-tehničkim i finansijskim uslovima primene mere koje će obuhvatiti aktivnu integraciju žena na radnom mestu za vreme trajanja dojenja, primera radi, obezbeđivanjem prostorija za dnevni boravak dece ili laktacijskih aktivnosti zaposlenih dojilja. Prostorija za laktacijske aktivnosti u kojoj mogu da donesu dete zaposlenoj u pauzama za dojenje treba da bude adekvatno pozicionirana (blizu radnog mesta dojilje i eventualno blizu toaleta), da ima mogućnost da zaposlena sedi u udobnoj stolici ili da odmori u ležećem položaju, da bude osvetljena, diskretna i privatna, tako da zaposlena može da obavlja ove aktivnosti bez uznemiravanja od strane ostalih zaposlenih, klijenata ili trećih lica. Neophodno je da prostorija za laktacijske aktivnosti sadrži sanitarne elemente (ukoliko nije blizu toaleta), radi održavanja higijene pre i nakon laktacije i da bude opremljena sa policama za odlaganje opreme (na primer, flašica i posuda za skladištenje mleka, ukoliko zaposlena ne doji dete već vrši izmlazanje mleka). Pored navedenog, prostorija treba da bude opremljena i električnim instalacijama (ukoliko zaposlena koristi električnu pumpicu ili sterilizator na paru) i uređajima (na primer, frižider za odlaganje mleka ili mikrotalasna peć, ukoliko zaposlena koristi mikrotalasni sterilizator).

Nakon razmatranja iskustva država članica Evropske unije, može da se konstatuje da je ključ uspeha u pomirenju zahteva procesa rada i prava žene na dojenje u doslednom poštovanju garantovanih prava zaposlenih dojilja i adekvatnom prilagođavanju mesta i uslova rada. Naime, poslodavci treba da obezbede praktičnu implementaciju regulisanih legislativnih normi koje se odnose na posebnu zaštitu materinstva i obu hvataju obavljanje poslova koji nisu opasni za bezbednost i zdravlje dojilje i deteta, ne zahtevaju podizanje tereta i na kojima ne postoji štetno zračenje ili izloženost ekstremnim temperaturama i vibracijama, a ako takvih poslova nema, da upute zaposlenu na plaćeno odsustvo. U cilju pomirenja poslovnih i porodičnih obaveza zaposlenih koje doje, potrebno je i poštovanje u praksi normi koje se odnose na pošteđu od prekovremenog i noćnog rada. Isto tako, celishodno je da poslodavci ulože napore i omoguće zaposlenim ženama koje doje adekvatnu integraciju na mestu rada, uz korišćenje garantovanih pauza za dojenje.

Literatura/References

- Aumayr-Pintar, C. Cabrita, J. Fric, K. Torres-Revenga, Y. (2015) Maternity leave provisions in the EU member states: duration and allowances. European foundation for the improvement of living and working conditions, Publications office of the European union, Luxembourg, 1-56, Preuzeto 11.02.2018. https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1525en.pdf
- Vaganay, A. Canónico, E. Courtin, E. (2016). Challenges of work-life balance faced by working families. *Publications office of the European union*, Luxembourg, 1-159. Preuzeto 10.02.2018. <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e07ff976-9ada-11e6-868c-01aa75ed71a1>
- Galtry, J. Annandale, M. (2003). Guidelines for supporting breastfeeding in the workplace, Equal employment opportunities contestable fund project, New Zealand, Preuzeto 11.02.2018. http://www.bfw.org.nz/data/media/documents/breastfeeding_guidelines.pdf, 1-17
- Ivošević, Z. Ivošević, M. (2016). *Komentar Zakona o radu*. Beograd: Službeni glasnik.
- Jovanović, P. (2015). Posebna radnopravna zaštita pojedinih kategorija radnika. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2015. 1459-1486.
- Radovanović, D. (2016). Radnopravni položaj zaposlene žene koja doji. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 72/2016. 247-261.
- Murtagh, L. Moulton, A. (2011). Working mothers, breastfeeding, and the law. *American journal of public health*. Vol 101, 2/2011, 217-223. Preuzeto 05.02.2018. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3020209/>
- Fein, S. Mandal, B. Roe, B. (2008). Success of strategies for combining employment and breastfeeding. *Pediatrics*, Vol. 122, 2/2008, 56-62. Preuzeto 09.02.2018. http://pediatrics.aappublications.org/content/122/Supplement_2/S56
- Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 183 o zaštiti materinstva, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* br. 1/2010.
- Preporuka Međunarodne organizacije rada broj 191 o zaštiti materinstva, Preuzeto: 14.05.2018. http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R191
- Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, *Sl. glasnik RS*, br. 101/2005, 91/2015 i 113/2017

Zakon o ravnopravnosti polova, *Sl. glasnik RS*, br. 104/2009.

Zakon o radu, *Sl. glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - odluka US i 113/2017.

Zakon o radu Bugarske (Kodeksa na truda), *Državen vestnik*, br. 26/1986, 27/1986, 6/1988, 21/1990, 30/1990, 94/1990, 27/1991, 32/1991, 104/1991, 23/1992, 26/1992, 88/1992, 00/1992.

Zakon o roditeljnim i roditeljskim potporama, *Narodne novine* br. 85/08, 110/08, 34/11, 54/13, 152/14, 9/17.

Direktiva Saveta 92/85/EEZ od 19. oktobra 1992. o uvođenju mera za podsticanje poboljšanja bezbednosti i zdravlja na radu zaposlenih trudnica, porodilja ili dojilja (deseta pojedinačna direktiva u smislu člana 16. stav 1. Direktive 89/391/EEZ) – (Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC), *OJ L 348*, 28/11/1992, 1-8.)

Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2006/54/EZ od 5. jula 2006. o implementaciji načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i zanimanja (Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation), *Official Journal of the European Union* L 204, 26.7.2006, 23–36.

Direktiva Komisije 2006/141/EZ od 22. decembra 2006. o hrani za novorođenčad i odojčad i izmeni Direktive 1999/21/EZ (Commission Directive 2006/141/EC of 22 December 2006 on infant formulae and follow-on formulae and amending Directive 1999/21/EC), *OJ L 401*, 30.12.2006, 1–33.

Direktiva Saveta 2010/18/EU od 8. marta 2010. o sprovođenju revidiranog Okvirnog sporazuma o porodiljskom odsustvu koji su zaključili BUSINESS EUROPE, UEAPME, CEEP I ETUC i o stavljanju van snage Direktive 96/34/ EZ (Council Directive 2010/18/EU of 8 March 2010 implementing the revised Framework Agreement on parental leave concluded by BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC and repealing Directive 96/34/EC), *Official Journal of the European Union* L 68, 18.3.2010, 13–20.

Zakonik o radu Francuske (Code du travail). Preuzeto 10.01.2018. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=5EA8936506B838C58CBC39>

06FA16CF22.tplgfr34s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006198527&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180110

Pravilnik o merama za bezbedan i zdrav rad zaposlene žene za vreme trudnoće, porodilje i zaposlene koja doji dete, *Sl. glasnik RS*, br. 102/2016.

Kolektivni ugovor br. 80 od 27 novembra 2001. o uspostavljanju prava na pauze za dojenje, izmenjen kolektivnim ugovorom br. 80 od 13 oktobra 2010 (Convention collective de travail n° 80 du 27. novembre 2001. instaurant un droit aux pauses d'allaitement, modifiée par la convention collective de travail n° 80 bis du 13. octobre 2010.) Preuzeto: 11.01.2018. [http:// www.cnt-nar.be/CCT-COORD/cct-080.pdf](http://www.cnt-nar.be/CCT-COORD/cct-080.pdf)

World Health Organization. Health topics – Breastfeeding. Preuzeto: 05.02.2018. [http:// www.who.int/topics/breastfeeding/en/](http://www.who.int/topics/breastfeeding/en/),

UNICEF, World Health Organization (2017). Tracking progress for breastfeeding policies and programmes - Global breastfeeding scorecard, Preuzeto: 01.02.2018.

<http://www.who.int/nutrition/publications/infantfeeding/global-bf-score-card-2017.pdf?ua=1>,

Advisory, Conciliation and Arbitration Service, Accommodating breastfeeding employees in the workplace (2013). Preuzeto: 01.02.2018. [http:// www.acas.org.uk/media/pdf/2/i/Acas-guide-on-accommodating-breastfeeding-in-the-workplace.pdf](http://www.acas.org.uk/media/pdf/2/i/Acas-guide-on-accommodating-breastfeeding-in-the-workplace.pdf),

International Labour Organization (2012). Maternity protection resource package from aspiration to reality for all, module 10: breastfeeding arrangements at work. Conditions of work and employment programme (TR AVAIL). Geneva. Preuzeto: 10.02.2018. [http:// mprp.itcilo.org/allegati/en/m10.pdf](http://mprp.itcilo.org/allegati/en/m10.pdf)

Dr Aleksandra Popović,

**LABOUR LAW PROTECTION OF BREASTFEEDING WOMEN IN THE
LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA AND THE EUROPEAN UNION**

Summary

Labour law protection of breastfeeding women in the law of the Republic of Serbia and the European Union is important in terms of preserving their safety and health at the workplace, as well as in terms of protecting and improving the health of the child. Measures that regulate the rights and obligations of breastfeeding women at the workplace aim to enable the establishment of a balance between the requirements of a professional and private nature, or an effective fulfillment of their professional obligations and lactation activities. Due to the risk of occurrence of direct or indirect discrimination in the workplace of a breastfeeding woman, special attention is given to anti-discrimination measures, which should prevent the denial of guaranteed rights in practice. There is a number of factors that may contribute to successfully combining employment and breastfeeding, such as: relevant information to and support of the employer and other employees, flexible working hours, and normative regulation of this area by the employer.

Key words: *Labour law protection of breastfeeding women, labor law of the Republic of Serbia, labor law of the European Union.*

SAZIVANJE SEDNICE SKUPŠTINE AKCIONARSKOG DRUŠTVA

Apstrakt: U radu su analizirane relevantne odredbe aktuelnog Zakona o privrednim društvima, koje definišu sazivanje skupštine akcionarskog društva uz primenu normativnog, uporednog (komparativnog) i delimično istorijskopravnog naučnog metoda. Utvrđeno je da samo akcionari mogu biti članovi skupštine akcionarskog društva i da se upravo oni, na odgovarajući način, pozivaju na skupštinu. Upravo zakonske odredbe koje se odnose na poziv, zatim zakonska mogućnost pobijanja odluka skupštine koje nisu sazvane u skladu sa zakonom i statutom društva, te zakonska pravila o mestu održavanja skupštine, opravdavaju opredeljenje autora za njihovo detaljnije razmatranje i analizu. Naime, ovako koncipirana pravila, nedvosmisleno povezuju imperativne odredbe zakona sa dispozitivnim odlukama organa, gde imperativno uređivanje odnosa u privrednom životu svedoči, kako o važnosti datih odnosa, tako i o zainteresovanosti same države da na principu uniformnosti uspostavi unutrašnje funkcionisanje privrednih društava. U radu je razmatrano i učešće na sednici elektronskim putem, kao izvesna novina koju je nametnulo informatičko doba i digitalna revolucija.

Ključne reči: akcionar, poziv, mesto, skupština.

1. Uvod

Skupština akcionarskog društva je jedini organ vlasnika koji je najširi i ujedno najznačajniji organ upravljanja. Skupština se sastaje od slučaja do slučaja i stoga ne predstavlja stalan organ akcionarskog društva, te se upravo po tome razlikuje od ostalih organa društva koji deluju u kontinuitetu, kao na primer odbor direktora ili nadzorni

* g.maricic@zsp.vladars.net

odbor. S druge strane, ovi odbori (odbor direktora ili nadzorni odbor) predstavljaju organe koji su profesionalno stručni, dok skupština to nije. Uzimajući u obzir navedeno, zakonodavac je propisao određene informacije koje sadrži poziv za skupštinu, podižući time ovu materiju na nivo zakonskih odredbi imperativnog karaktera. Ipak, to ne znači da poziv ne može sadržati i druge informacije i podatke, ako isti nisu u suprotnosti sa zakonom. Ovde se ne radi o ograničavanju slobode poslovnog odlučivanja organa društva, već o pokušaju države da obezbedi uslove i ambijent u kome će se na jedinstven način odvijati određene radnje unutar društva.

S obzirom na to da se poziv upućuje licima koja su akcionari društva, prvo će njima biti posvećena pažnja, a zatim će biti analiziran sam poziv za sednicu skupštine, kao i mesto održavanja iste. S tim u vezi neophodno je utvrditi ko su akcionari i ko ima pravo da učestvuje u radu skupštine.

Koliki je značaj zakonodavac dao sazivanju skupštine ukazuje i pravo akcionara na pobijanje odluke skupštine ako ta sednica skupštine društva nije bila sazvana u skladu sa zakonom i statutom. To pravo imaju isključivo akcionari koji su imali pravo na učešće u radu sednice skupštine.

Prema stanovištu teorije i inostrane sudske prakse povrede pravila o pripremi skupštine obuhvataju povrede normi o sazivanju i objavljivanju dnevnog reda skupštine. Tako na primer, ukoliko je netačno određeno mesto održavanja skupštine ono predstavlja osnov za rušljivost, a isti je slučaj i sa odlukama donetim na skupštini kada nije poštovan rok za sazivanje skupštine (Arsić, 2006: 18).

Primena novih informatičkih tehnologija uslovljava i usklađivanje pravne regulative, u konkretnom slučaju sa potrebama efikasnijeg i jeftinijeg sazivanja i održavanja sednica skupština, te su se i odredbe o sazivanju i održavanju skupštine akcionara neminovno prilagodile zahtevima informatičkog doba.

2. Akcionari – članovi skupštine

Što se tiče sastava skupštine i prava akcionara, nema bitnijih izmena u odnosu na prethodni ZPD¹ iz 2004. godine. Skupštinu akcionarskog društva uvek čine samo akcionari društva. Član skupštine ne može biti lice koje nije akcionar, čak ni ako bi skupština želela da tako

1 U daljem tekstu će se za Zakon o privrednim društvima koristiti skraćenica ZPD.

bude. U skladu sa navedenim zaklju čuje se da su članovi skupštine i fizička i pravna lica. S obzirom na to da pravna lica ne mogu fizički da učestvuju u radu skupštine, u njihovo ime će u radu učestvovati zakonski zastupnik ili punomoćnik. Pri tome on nije član skupštine, nego je član skupštine i dalje pravno lice, a njega zastupa fizičko lice. U radu skupštine zastupnik ili punomoćnik ima sva ovlašćenja koja ima i akcionar koga zastupa, s tim što on ta ovlašćenja vrši u ime zastupanog (Stefanović, Stanivuk, 2012: 302).

Ipak, iako prvi stav čl. 328 glasi: „Skupštinu čine svi akcionari društva“, Zakon dozvoljava da se statutom može utvrditi cenzus za lično učešće u radu skupštine, a koji ne može biti veći od 0,1% ukupnog broja akcija date klase. Akcionari koji ne poseduju utvrđeni kapital mogu se udružiti i imenovati zajedničkog punomoćnika, a mogu iskoristiti i mogućnost glasanja u odsustvu. Prilikom zasedanja skupštine, neophodno je utvrditi da li ona ima kvorum za rad, a tokom odlučivanja – i da li je odluka usvojena potrebnom većinom. Navedeno je potrebno utvrditi prema tome ko su akcionari, jer oni i čine skupštinu, i koliki im broj glasova pripada u skupštini. Akcionari su lica upisana kao vlasnici akcija prilikom osnivanja društva, što ne znači da su vlasnici akcija u vreme održavanja sednice skupštine. Najbolje i najispravnije rešenje bi bilo utvrditi ko su akcionari baš na dan održavanja sednice skupštine, ali je to praktično nemoguće. Naime, Centralni registar koji vodi evidenciju o akcionarima i akcijama praktično i može da dâ ovaj izvod na sam dan održavanja sednice, ali on ne mora biti tačan, jer je možda neposredno pred štampanje izvoda podnet zahtev za upis akcionara koji još nije „prošao“ kroz Registar. Kako bi se rešio problem preciznog utvrđivanja ko su akcionari, i kod nas² i u uporednom pravu je uobičajeno određivanje dana akcionara (Stefanović et al., 2012: 307). Odredbe čl. 331, koji se odnosi na način utvrđivanja dana akcionara, u potpunosti su usklađene sa evropskim direktivama.³ Za dan akcionara smatra se deseti dan pre održavanja sednice skupštine akcionarskog društva. Utvrđivanje spiska akcionara vrši se na osnovu izvoda iz jedinstvene evidencije akcionara u Centralnom registru hartija od vrednosti

2 U prethodnom ZPD bilo je propisano da se dan u tvrđenja akcionara određuje osnivačkim aktom preduzeća ili odlukom upravnog odbora, ukoliko se osnivačkim aktom propusti određivanje ovog datuma (*Zakon o privrednim društvima*, Službeni glasnik RS, br. 125/2004, čl. 286).

3 *Commission Directive 2007/39/EC, of 26 June 2007 amending Annex II to Council Directive 90/642/EEC as regards maximum residue levels for diazinon.*

(Čulinović, Hasić, 2001: 46).⁴ Relevantnost dana akcionara vidi se i iz pravila koje je propisano stavom 3 ovog člana, koji propisuje da akcionar sa ovog spiska koji posle dana akcionara prenese svoje akcije na drugo lice zadržava pravo da učestvuje u radu skupštine po osnovu tih akcija. Shodno navedenom a radi blagovremene informisanosti, predviđena je obaveza dostavljanja pomenutog spiska svakom akcionaru i to na njegov zahtev. Dostavljanje ovog spiska je dužan da izvrši odbor direktora, odnosno izvršni odbor kada je u pitanju dvodomno upravljanje društvom. U javnom akcionarskom društvu koje ima preko 10.000 akcionara izvršenje navedene obaveze vrši se na način predviđen stavom 5 ovog člana.⁵

3. Poziv za sednicu skupštine

Da bi akcionari mogli ostvariti svoje pravo na učešće u radu skupštine, kao prvo i osnovno, moraju biti pozvani na sednicu. Sam poziv mora da sadrži određene elemente koji su kao takvi propisani zakonom, dakle država ih je definisala na imperativni način, kao obavezan sadržaj poziva. Međutim, sa stanovišta međunarodne sudske prakse, kao i po vladajućem mišljenju u teoriji, sazivanje skupštine nije pravni posao, nego unutrašnji korporativni akt koji predstavlja unutrašnju meru upravljanja i poslovođenja, te se, posmatrajući sa te strane, može prigovoriti ovakvom rešenju u zakonu, uz uvažavanje svih motiva zakonodavca o uređenju date materije. U uporednom pravu, u pogledu načina informisanja akcionara o predstojećoj sednici ne postoje

4 Čl. 15 Direktive obavezu je države članice da odmah nakon implementacije Direktive moraju obavestiti Komisiju o datumu (danu) koji su odredile za utvrđivanje stanja u knjizi akcionara (tzv. *record date*) kako bi Komisija u službenom listu Evropske unije mogla objaviti listu datuma *record date* koje je odredila svaka zemlja članica. Takva lista objavljena je u *Official Journal of European Union C 285/1* od 21. 10.

2010. Na osnovu ovog spiska dolazi se do podatka da je u Nemačkoj *record date* 21. dan pre održavanja glavne skupštine, a primenjuje se samo na društva koja izdaju akcije na donositelja, dok je u Francuskoj *record date* 3. radni dan (ponoć) pre održavanja glavne skupštine. U Mađarskoj je *record date* 7. radni dan pre održavanja glavne skupštine, a u Austriji je *record date* kraj 10. dana pre održavanja glavne skupštine. Navedeno prema: Čulinović Herc, E., Hasić, T., Sudjelovanje dioničara u radu glavne skupštine dioničkog društva prema noveli Zakona o trgovačkim društvima, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 32, br. 1, str. 31–73, 2011; str. 46.

5 Čl. 331, st. 5 glasi: „Izuzetno od st. 4. ovog člana, u slučaju javnog akcionarskog društva koje ima preko 10.000 akcionara na dan akcionara, smatraće se da je društvo izvršilo obavezu iz tog stava ako akcionarima koji su podneli zahtev omogućili uvid u spisak iz st. 1. ovog člana u prostorijama društva počev od narednog radnog dana od dana akcionara pa do radnog dana koji prethodi danu održavanja sednice skupštine, o čemu je dužno da obavesti akcionare u pozivu za sednicu skupštine.“

uniformna rešenja, ali se mogu uočiti neke pravilnosti i tendencije. Tradicionalno se načini obaveštavanja akcionara o zakazanoj sednici razlikuju u zavisnosti od toga da li je akcionarsko društvo izdalo akcije na ime ili na donosioca (Zetsche, 2008: 289–336). Ukoliko su akcije na ime, pretpostavlja se da je društvu poznat identitet akcionara, te je zbog toga pravilo da se ovi akcionari individualno obaveštavaju, dok ukoliko akcije glase na donosioca, po prirodi stvari identitet akcionara je nepoznat, te je i individualno obaveštavanje nemoguće. Zbog toga je javni poziv jedino rešenje (Radović, 2010: 131).

Regulativa sazivanja skupštine po novom ZPD pokazuje da je usvojena koncepcija zasnovana na dva paralelna sistema sazivanja. Prvi sistem je zasnovan na klasičnom papirnom sazivanju skupštine, što podrazumeva individualni poziv preporučenom poštom, javni poziv u najmanje jednom visokotiražnom listu koji se distribuira na celoj teritoriji Republike Srbije i preuzimanjem materijala lično ili putem punomoćnika. Drugi sistem podrazumeva primenu elektronskih komunikacija, odnosno poziv imejlom, javni poziv objavljivanjem na internet stranici i preuzimanje materijala sa internet stranice društva.

Obavezna sadržina poziva za sednicu skupštine regulisana je čl. 335, st. 1. Naime, radi se o obaveznim elementima koji predstavljaju minimum njegove sadržine. Obavezni elementi su da poziv mora sadržati dan slanja poziva, mesto održavanja skupštine, vreme održavanja skupštine, predlog dnevnog reda, informacije o načinu na koji se mogu preuzeti materijali sednice, pouku o pravima akcionara u vezi sa u češćem u radu skupštine i obaveštenje o pravilima za njihovo ostvarivanje, obaveštenje o danu akcionara, te o formularu za sadržinu punomoćja.

Pod mestom održavanja sednice podrazumeva se navođenje tačne poštanske adrese – mesto, ulica i broj, a kao dopuna je moguće navođenje imena prostorije. Izbor prostorije je veoma važan jer ona mora imati dovoljan kapacitet za smeštaj procenjenog broja akcionara. Neophodno je da bude snabdevena određenom tehnikom, kao i da odgovara određenim bezbednosnim standardima.

Informacije o vremenu održavanja skupštine treba da sadrže tačno vreme početka rada sednice. Pri tome se mora voditi računa da vreme održavanja sednice bude uobičajeno, kako bi se donele odluke predviđene dnevnim redom, a i kako bi se omogućio dolazak i odlazak akcionara u istom danu, te se ukazuje da se skupština najranije sazove u osam časova.

Što se tiče obavezne sadržine koja se odnosi na predlog dnevnog reda, neophodno je ukazati na nedoslednost ovog zakonskog teksta. Naime, smatra

se da je neophodna naznaka o kojim tačkama dnevnog reda se predlaže da skupština donese odluku, kao i navođenje klase i ukupnog broja akcija na osnovu kojih se o toj odluci glasa, i većine koja je potrebna za donošenje odluka.

Obaveštenje o pravilima i pravima akcionara za njihovo učešće u radu skupštine mora biti precizno i jasno, a definisana pravila u skladu sa zakonom, statutom i poslovnikom o radu skupštine. Tako na primer, navedeno obuhvata minimalan broj akcija koje akcionar mora posedovati da bi lično učestvovao u radu skupštine (čl. 328, st. 3), mogućnost glasanja u odsustvu (čl. 340) itd.

Poziv za skupštinu mora da sadrži i podatke o danu akcionara (čl. 331) i to sa napomenom da samo lica koja su akcionari na taj dan imaju pravo da prisustvuju i učestvuju u radu skupštine. Kada su javna društva u pitanju potrebno je i obaveštenje iz st. 5 istog člana, ako je ispunjen uslov u pogledu broja akcionara. Neophodno je da obaveštenje o danu akcionara sadrži i podatke o pravu na predlaganje dnevnog reda i pravila za postavljanje pitanja uz navođenje rokova uz koje se isti mogu koristiti. Takođe, obaveštenje o danu akcionara mora sadržati i opis procedure o glasanju preko punomoćnika, kao i informaciju o načinu na koji društvo omogućava akcionarima dostavu obaveštenja o imenovanju punomoćnika.

Ukoliko je društvo propisalo obaveznu upotrebu formulara ista se sprovodi u skladu sa čl. 344 ZPD. U Japanu je uobičajena praksa da kompanija uz obaveštenje o održavanju skupštine akcionara šalje individualnim akcionarima blanko formular o imenovanju zastupnika koji akcionar treba da potpiše i vrati kompaniji. Ova praksa se uglavnom objašnjava potrebom za postizanjem kvoruma na skupštini, a ujedno se i organima upravljanja kompanijom obezbeđuje većinska podrška prilikom glasanja (Čejović, 2000: 104).

U pogledu roka za slanje poziva za skupštinu ZPD poznaje samo minimalni rok. U tom smislu poziv za redovnu skupštinu je neophodno poslati najkasnije 30 dana pre njenog održavanja (čl. 365, st. 2), a za vanrednu – najkasnije 21 dan pre održavanja sednice skupštine (čl. 373). Pitanje računanja roka je od velike važnosti zato što povreda pravila o rokovima za sazivanje skupštine predstavlja osnov za poništaj skupštinskih odluka koje su donete na toj skupštini. Što se tiče javnog objavljivanja poziva za skupštinu važe isti rokovi kao i kod individualnih poziva, bez obzira da li je u pitanju objavljivanje na internet stranici ili u dnevnom listu. Kada se poziv objavljuje u dnevnom listu merodavan je datum koji se nalazi u impresumu, a u slučaju objavljivanja na internet

stranici prisutna je specifičnost koja se odnosi na trajanje objavljivanja. Naime, za razliku od dnevnog lista u kojem je objavljivanje jednokratno, objavljivanje na internetu mora trajati do dana održavanja sednice (čl. 335, st. 5).

Ukoliko se radi o neodržavanju skupštine zbog nedostatka kvoruma zakonom je data mogućnost da se ista ponovi, odnosno da može biti ponovo sazvana sa istim dnevnim redom. Ponovljena sednica se može održati najkasnije 30 dana od dana kada je trebalo da se održi, a najranije 15 dana od neodržane sednice. Obaveštenje o održavanju ponovljene sednice upućuje se akcionarima najkasnije 10 dana pre dana predviđenog za održavanje ponovljene sednice. Ovaj dan može biti unapred određen u prvom pozivu za održavanje sednice skupštine, ali tako da taj dan ne može biti dan koji pada ranije od osmog dana niti kasnije od tridesetog dana, računajući od dana neodržane sednice. Dan akcionara za neodržanu sednicu važi i kao dan akcionara za ponovljenu sednicu (čl. 352).

Procedura za pristupanje sednici skupštine, u smislu određivanja načina na koji će se vršiti identifikacija akcionara i njihovih punomoćnika, uređena je odredbom čl. 350. Naime, ZPD akcionarskim duštvima nudi mogućnost da se opredele između dve opcije, što podrazumeva da društvo statutom ili poslovnikom skupštine odredi način na koji će identifikovati akcionare i njihove punomoćnike koji prisustvuju skupštini i učestvuju u njenom radu ili da se u aktima društva ne uredi ovo pitanje. U tom slučaju identitet lica koja pristupaju sednici biće utvrđen na osnovu odredbi st. 3 ovog člana koje glase:

- za fizička lica, uvidom u lični identifikacioni dokument sa slikom na licu mesta;
- za pravna lica, dokazom o svojstvu ovlašćenog lica tog pravnog lica i uvidom u lični identifikacioni dokument sa slikom na licu mesta.

Kada se radi o izmeni poziva, načelno se tretira kao novi poziv. Stoga ukoliko izmene obu hvataju važne promene u pogledu mesta i vremena održavanja skupštine, neophodna je primena procedure za sazivanje skupštine, i to pre svega u pogledu rokova za slanje poziva. Međutim, ovakav pristup ne važi ako se radi o neznatnim promenama, kao što je na primer pomeranje sednice za određeno vreme. U literaturi je zastupljen stav po kojem se pomeranje sednice za 30 minuta smatra manjom izmenom, kao i promena prostorije u kojoj se sednica održava (Arsić, 2013: 93–106).

4. Mesto održavanja skupštine

Pravilo je da se sednica skupštine održava u sedištu društva. Ipak, organ koji saziva sednicu (odbor direktora ili nadzorni odbor, u zavisnosti od toga da li je upravljanje društvom jednodomno ili dvodomno) ima pravo da odluči da se sednica skupštine održi i u nekom drugom mestu i to sa razlogom, odnosno radi lakšeg organizovanja sednice. Naročito je potrebno voditi računa o mogućim zloupotrebama zakazivanjem sednice na drugom mestu. Zakon ne predviđa nikakve sankcije samo zbog promene mesta održavanja sednice, ali ukoliko je akcionarima novo mesto na kojem je zakazana skupština nepristupačno, odnosno predaleko, te im je na taj način onemogućeno da prisustvuju sednici skupštine – dolazi do teških povreda prava akcionara. Naime, osnovno pravo akcionara jeste pravo na učešće u radu skupštine koje mu se ne može uskratiti i oduzeti.⁶ Odluke donete na sednici skupštine koja nije propisno sazvana ipak će biti punovažne ukoliko su svi akcionari prisustvovali sednici skupštine i ako niko nije prigovorio donošenju odluke.⁷ Drugačije rešenje bi bilo u potpunosti suprotno cilju zakonskih normi o pripremi i održavanju sednice skupštine, jer su one propisane upravo radi zaštite prava akcionara da prisustvuju sednici skupštine i učestvuju u donošenju odluka (Marković, Bajalović, 2012: 134).

Neugodnosti u vezi sa prisustvovanjem sednici koje su nastale kao posledica moderne strukture vlasništva mogu biti prevaziđene korišćenjem informatičke tehnologije (Samat, Hasani, 2015: 766). Pomoću nje se ljudi mogu susretati bez potrebe da svi zaista budu na jednom mestu, što bi pomoglo akcionarima a i kompanijama u smislu smanjivanja troškova. Međutim, upotreba tehnologije u organizovanju sednica skupštine ne znači samo praćenje trendova, nego zahteva planiranje i uzimanje u obzir mnogih faktora. U suprotnom, ako ne postoje adekvatni mehanizmi, vršenje prava akcionara putem elektronskih sredstava može da se pretvori u instrument koji stoji na raspolaganju organima upravljanja da ojačaju svoju moć i oslabe ili neutrališu stvarnu kontrolu akcionara kroz sednicu skupštine.

6 OECD principi korporativnog upravljanja ubrajaju pravo na učešće u radu skupštine i pravo glasa među osnovna prava akcionara (*OECD Principles of Corporate Governance* Paris 2004. par II).

7 I *Zakon o trgovačkim društvima Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15 u čl. 356, st. 2 propisuje da je odluka punovažna i ako se svi akcionari koji nisu prisustvovali sednici saglase sa odlukom.

Učešće na sednici elektronskim putem može se odvijati u nekoliko oblika i to:

- Sednice koje se održavaju na više mesta – multilokalne sednice. Akcionari su fizički prisutni na jednoj od njih, a posredstvom ekrana mogu da prate šta se dešava na drugoj lokaciji. Kako bi se ostvarila svrha sednice, komunikacija mora biti dvosmerna.
- *On line* sednica – sednica na kojoj postoji mogućnost da se učestvuje putem interneta. Navedeno znači da postoji regularna fizička sednica, a da je akcionari prate putem interneta ili da glasaju elektronskim putem. Učešće akcionara može biti i indirektno u slu čaju kada akcionar elektronskim putem daje instrukcije punomoćniku i direktno, kada glasa elektronskim putem.
- Virtuelne sednice – sednice koje se u potpunosti sprovode putem savremenih tehnologija, bez održavanja fizičke sednice. One mogu biti organizovane putem četa ili upotrebom slike i zvuka (Von der Crone).⁸

U pravu SAD, Delaver je bila prva država koja je upotrebila elektronsku komunikaciju u kompanijskom pravu, tako što je održavala virtuelne sednice. Preciznije, prvu virtuelnu sednicu je održala kompanija *In- forte* u aprilu 2001. godine, a postepeno su i druge kompanije počele sa usvajanjem ove prakse, tako da ih je 2014. godine bilo čak 53.

Odredbom čl. 341 ZPD akcionarima u Republici Srbiji je data mogućnost učešća u radu skupštine i elektronskim putem. Sam Zakon nudi nekoliko varijanti elektronske organizacije. Stavom 1 ovog člana predviđeno je da na autonomnoj osnovi statut ili poslovnik o radu skupštine⁹ može omogućiti učešće u radu skupštine i elektronskim putem:

- prenosom skupštine u stvarnom vremenu;

8 Von der Crone, H. C., *Die Internet Generalversammlung*, dostupno na: http://www.rwi.uzh.ch/lehre/forschung/alphabetisch/vdc/cont/Internet_Generalversammlung.pdf

9 Iako se u ovom stavu navodi da se na autonomnoj osnovi statutom ili poslovnikom o radu skupštine može omogućiti učešće u radu skupštine i elektronskim putem, smatramo da treba ukazati na odnos između statuta i poslovnika, jer iako oba akta predstavljaju autonomnu regulativu postoje značajne razlike među njima. Poslovnik o radu skupštine je procesni propis koji nema karakter statuta. Navedeno se vidi iz različitih regulativa koje se odnose na izmene ova dva akta, pre svega u pogledu većine za donošenje odluke. Neophodno je ukazati da je poslovnik o radu isključivo interni dokument društva, pa samim tim ima isključivo interno dejstvo. Ovaj akt se u hijerarhiji normi nalazi ne samo ispod zakona, nego i statuta.

- dvosmernim prenosom skupštine u stvarnom vremenu, putem kojeg se omogućava obraćanje akcionara skupštini sa druge lokacije;
- mehanizmom za glasanje elektronskim putem bilo pre, tokom ili posle sednice, bez potrebe da se imenuje punomoćnik koji je fizički prisutan na sednici.

Iz ugla današnjih mogućnosti, prenos u „stvarnom vremenu“ može da se tumači kao prenos preko internet stranice društva, što je besplatno ili košta zanemarljivo malo. Na ovaj način se omogućava akcionarima koji nisu fizički prisutni i koji nisu imenovali punomoćnika da prate sednicu. Ipak, ovo je samo jednosmerna komunikacija, jer akcionari ne mogu učestvovati u diskusijama niti mogu glasati. Stoga je zakonodavac predvideo i dvosmerni prenos skupštine u stvarnom vremenu, koji omogućava akcionarima kako učešće u diskusijama tako i glasanje.

Učešće u radu skupštine elektronskim putem može biti ograničeno usled potrebe identifikacije akcionara i sigurnosti elektronske komunikacije (st. 2), a predsednik skupštine ima obavezu da prekine sednicu skupštine ukoliko ustanovi da postoje smetnje u smislu st. 1, t. 1.

Sve snažnija profesionalizacija sastava skupštine, odnosno povećanje institucionalnih investitora i globalizacija kapitala i tržišta zahtevaju prihvatanje savremenih tehničkih sredstava koja olakšavaju prekogranično glasanje i odlučivanje bez održavanja fizičke sednice ili kombinovano (Vasiljević, 2011: 521). Međutim, pri tome je neophodno obezbediti pravna sredstva u cilju kontrole identiteta i odlučivanja u interesu akcionara. Bilo bi neophodno i ustanoviti i prilagoditi pravila postupka saziva skupštine, kvoruma i većine za odlučivanje savremenim potrebama brzine koju omogućuje tehnički razvoj, ali nikako ne treba zanemariti potrebu obezbeđenja pravne sigurnosti i sprečavanje zloupotrebe većine, a ponekad i manjine.

5. Zaključak

Na osnovu svega prethodno iznetog, moglo bi se rezimirati da je skupština akcionarskog društva najrelevantniji organ upravljanja, koju čine svi članovi, tj. svi akcionari društva.

Akcionar ima pravo da učestvuje u radu skupštine, a da bi prisustvovao sednicama skupštine on mora biti pozvan na odgovarajući način.

Koliki značaj se pridaje samoj skupštini kao organu društva i akcionarima, kao članovima skupštine, svedoči i činjenica da je i sam

zakonodavac, pa samim tim i država, zainteresovana da na imperativni način propiše postupak sazivanja skupštine, sadržinu poziva, način dostavljanja i sl. Međutim, nasuprot tome, možda treba razmotriti i nivo te obavezne regulative, odnosno da li se na takav način ugrožava autonomija i sloboda u odlučivanju organa društva, te da li to može biti u koliziji sa ustavnim načelima koja se tiču slobode preduzetništva koja se može ograničiti samo iz taksativno navedenih razloga (radi zaštite zdravlja ljudi, životne sredine i prirodnih bogatstava i radi bezbednosti Republike Srbije) (član 83 Ustava RS). Iako, po mišljenju autora, zakonska regulativa samo dodatno potvrđuje značaj ovog pitanja, možda se analizom različitih rešenja koja postoje u uporednoj sudskoj praksi i u teoriji može pronaći adekvatan odgovor ili, bolje, adekvatna mera u obaveznom regulisanju pitanja koja inače spadaju u domen autonomnog odlučivanja društva.

Više puta je navedeno i noveliranje odredbi zakona koje se tiču korišćenja savremenih informatičkih tehnologija. S obzirom na to, propisano je da se statutom ili poslovníkom o radu skupštine može omogućiti učešće u radu skupštine i elektronskim putem, ali u cilju efikasnijeg sazivanja i održavanja sednica skupština. Termin „može omogućiti“ neprecizno određuje kada će se to omogućiti i na koji način će organi društva o tome donositi odluku, pa se može zamisliti mnogo različitih situacija u praksi, bez preciznog opravdanja ovakve odluke. Otuda, trebalo bi dodatno prilagoditi i unaprediti pravni okvir koji se tiče upravo upotreba savremenih informacionih tehnologija u ovoj oblasti.

Takođe, vidljiva je i potreba osavremenjavanja aktuelnog ZPD, i to ne toliko zbog zahteva harmonizacije sa pravom Evropske unije, koliko zbog potrebe dostizanja sve univerzalnijih standarda korporativnog upravljanja na ovom planu.

Literatura/References

Arsić, Z., Sazivanje skuštine akcionarskog društva prema Zakonu o privrednim društvima iz 2011. godine, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, vol. 47, br. 2, str. 93–106, 2013.

Arsić, Z., Osnovi za rušljivost odluka skupštine akcionarskog društva, *Pravni život*, vol. 55, br. 11, str. 15–24, 2006.

Vasiljević M., Opšti (filozofskopravni) pogled na razvoj instituta upravljanja kompanijama u uporednom pravu i praksi, *Pravna riječ*, vol. 8, br. 28, str. 513–533, 2011.

Von der Crone, H. C., *Die Internet Generalversammlung*, dostupno na: http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/vdc/cont/Internet_Generalversammlung.pdf

Zakon o trgovačkim društvima Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15.

Zakon o privrednim društvima, Službeni glasnik RS, br. 36/11, 99/2011, 83/2014, dr. zakon i 5/2015.

Zetzsche, D., Shareholder passivity, cross-border voting and the shareholder rights directive, *Journal of Corporate Law Studies*, vol. 8, no. 2, pp. 289–336, 2008.

Marković-Bajalović, D., Ništavnost i/ili poboynost odluka skupštine akcionarskog društva, *Pravo i privreda*, vol. 49, br. 4–6, str. 132–148, 2012.

Radović, V., Informisanje akcionara pre sednice Skupštine akcionarskog društva, *Pravni život*, vol. 59, br. 11, str. 117–144, 2010.

Samat, N. H. A., Hasani, M. A., A legal perspective of shareholders' meeting in the globalised and interconnected business environment, *Procedia-Social and Behavioral Sciences*, no. 172, pp. 766–767, 2015.

Stefanović, S., Stanivuk, B., *Komentar Zakona o privrednim društvima: (sa priručnikom za praktičnu primenu)*, Beograd, Paragraf Co; Novi Sad, Paragraf Leks, 2012.

Ustav Republike Srbije, Službeni glasnik RS, br. 98/2006.

Commission Directive 2007/39/EC, of 26 June 2007 amending Annex II to Council Directive 90/642/EEC as regards maximum residue levels for diazinon

Čulinović Herc, E., Hasić, T., Sudjelovanje dioničara u radu glavne skupštine dioničkog društva prema noveli Zakona o trgovačkim društvima, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 32, br. 1, str. 31–73, 2011.

Čejović, P., Prava manjinskih akcionara u japanskom pravu, *Pravo i privreda*, br. 5–8, str. 101–110, 2000.

Goran Maričić, LL.D.,

*Joint Services Section of the Government of the Republic
of Srpska, Banjaluka Republic of Srpska, B&H*

CONVENING THE SESSION OF THE SHAREHOLDERS' MEETING

Summary

In this paper, the author analyzes relevant provisions of the applicable Company Act which define convening the session of the Shareholders' Meeting by using the normative, comparative and partly legal history method. It has been determined that only shareholders could be members of the Shareholders' Meeting, who are properly summoned to attend the sessions of the Meeting. The legal provision related to the invitation to attend the Meeting session, the legal possibility of refuting the decisions of the Meeting which was not convened pursuant to this Act and the company Statute, as well as the legal provisions on the place of convening the session justify the author's decision to analyze these issues in more detail. Namely, the envisaged rules unambiguously link the imperative legal provisions to the dispositive decisions of competent authorities, where the imperative regulation of economic relations bears witness not only about the relevance of given relations but also about the interest of the state itself to establish the internal operation of economic entities on the principle of uniformity. In this paper, the author also considers the participation in session via electronic means of communication, which is a kind of novelty imposed by the information age and digital revolution.

Keywords: *shareholders, summons, venue, meeting.*

II SUDSKA PRAKSA

Dr Anđelija Tasić,*
Docentkinja Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

naučna kritika
doi:10.5937/zrpfni1878323T

UDK: 347.91:347.951
Rad primljen: 01.04.2018.
Rad prihvaćen: 15.05.2018.

TERET DOKAZIVANJA U ANTIDISKRIMINACIONIM PARNICAMA NA PRIMERU ODLUKE VRHOVNOG KASACIONOG SUDA**

Apstrakt: Postupak u parnicama za zaštitu od diskriminacije, kao relativno nova vrsta posebnog parničnog postupka, i dalje predstavlja izazov kako za pravne teoretičare tako i za primenjivače prava. Imajući u vidu (nezavidan) položaj tužioca u antidiskriminacionim parnicama, zakonodavac je, sledeći primere dobre uporedne prakse, propisao pravila o preraspodeli tereta dokazivanja. Ipak, na primeru analizirane odluke Vrhovnog kasacionog suda, jasno je da nije dovoljno pažnje posvećeno razjašnjenju odredaba Zakona o zabrani diskriminacije. Konkretno, nije dat precizan odgovor na pitanja: ko šta i sa kakvim stepenom izvesnosti dokazuje u antidiskriminacionim parnicama? Ovaj rad ima za cilj kako da ponudi odgovor na postavljeno pitanje, tako i da ukaže na druga sporna pitanja, pre svih korelaciju između utvrđavnog i odštetnog zateva u antidiskriminacionim parnicama.

Ključne reči: antidiskriminacione parnice, teret dokazivanja, deklarativni zahtev, kondemnatorni zahtev, pravni interes.

* andjelija@prafak.ni.ac.rs

** Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ (broj projekta 179046), koji finansira Ministarstvo nauke, prosvete i tehnološkog razvoja.

1. Uvod ili O značaju odluka Vrhovnog kasacionog suda

Evropsko-kontinentalnu pravnu porodicu, kojoj pripada i pravni sistem Republike Srbije, karakterišu kodifikovana pravila utemeljena na rimskom pravu. U skladu sa čl. 145, st. 2 Ustava Republike Srbije¹, sudske odluke zasnivaju se na Ustavu, zakonu, potvrđenom međunarodnom ugovoru i propisu donetom na osnovu zakona. Ipak, praksa Vrhovnog kasacionog suda (u daljem tekstu i: VKS) od nesumnjivog je značaja za odlučivanje nižestepenih sudova. U nadležnost Vrhovnog kasacionog suda, između ostalog, spada odlučivanje o vanrednim pravnim sredstvima (čl. 30, st. 1 Zakona o uređenju sudova²) i obezbeđivanje jedinstvene sudske primene prava i jednakosti stranaka u sudskom postupku (čl. 31 ZUS). Sve odluke donete po vanrednim pravnim sredstvima objavljuju se na veb-strani VKS, a one bitne za praksu sudova i u posebnoj zbirci (čl. 33 ZUS). Zakon o parničnom postupku je, čak, propisao i mogućnost izjavljivanja posebne revizije i protiv one odluke protiv koje inače ne bi mogla da se izjavi revizija, a upravo kada je potrebno da se razmotre pravna pitanja od opšteg interesa ili ona u interesu ravnopravnosti građana, radi *ujednačavanja sudske prakse* (A.T), kao i ako je potrebno novo tumačenje prava (čl. 404 Zakona o parničnom postupku³)⁴.

Iako formalno ne predstavlja izvor prava, značaj prakse VKS ne može se, dakle, dovesti u pitanje⁵. Sudije VKS dužne su da prate promene pravnih propisa, pravilno tumače sve, pa i one propise koji još uvek zavređuju epitet „novih“ ili „nedovoljno primenjivanih“, i na taj način budu „svetionik“ sudijama nižestepenih sudova. Čak i kada je dispozitiv odluke neupitan, potrebno je pažljivo pristupiti izradi obrazloženja presude, budući da je njena važnost jasna i iz same odredbe čl. 374, st.

1 Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, 98/2006.

2 Zakon o uređenju sudova, *Sl. glasnik RS*, 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – dr. zakon, 78/2011 – dr. zakon, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – dr. zakon, 13/2016, 108/2016 i 113/2017, u daljem tekstu i ZUS.

3 Zakon o parničnom postupku, *Sl. glasnik RS*, 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014, u daljem tekstu i ZPP.

4 Pored revizije i posebne revizije, ujednačavanju sudske prakse služi i postupak za rešavanje spornog pravnog pitanja, koji se koristi kada je potrebno da se zauzme stav o spornom pitanju koje je od značaja za odlučivanje u većem broju predmeta pred prvostepenim sudovima (čl. 180–185. ZPP, opširnije: Tasić, 2013: 93–196).

5 Treba, ipak, naglasiti da ni VKS nije „imun“ na odlučivanje drugih sudova: „Pravno shvatanje Ustavnog suda je obavezujuće i onda kada je suprotno pravnom shvatanju Vrhovnog kasacionog suda, a nebitno je što je taj stav iskazan u obrazloženju njegovih odluka“ (Konačno pravno shvatanje usvojeno na sednici Građanskog odeljenja za radne sporove Apelacionog suda u Beogradu, održanoj 21. januara 2015. godine)

2, t. 12, prema kojoj, ukoliko je izreka presude nerazumljiva, ukoliko protivreči sama sebi ili razlozima presude ili ako presuda nema uopšte razloga ili u njoj nisu navedeni razlozi o bitnim činjenicama ili su ti razlozi nejasni ili protivrečni, to predstavlja apsolutno bitnu povredu odredaba parničnog postupka. „Obrazloženjem presude, presuda brani samu sebe“ (Gajinov, 2000: 326, navedeno prema Gojković, 2018: 221).

Predmet ovog rada jeste analiza odluke Rev 117/16, koju je Vrhovni kasacioni sud doneo 31. 8. 2016. godine.

2. Okolnosti slučaja

Prvostepeni postupak vođen je po tužbi⁶ tužioca koji je bio učesnik u ratu u rezervnom sastavu vojske SR Jugoslavije, u proleće 1999. godine. Tužilac je, na osnovu Pravilnika o naknadi putnih i drugih troškova u vojsci Jugoslavije⁷, bio ovlašćen na isplatu novčane naknade i preko Udruženja boraca podneo zahtev za isplatu. Za razliku od rezervista iz (nerazvijenih) opština Kuršumljia, Lebane, Bojnik, Žitorađa, Doljevac, Prokuplje i Blace, sa kojima je Vlada Republike Srbije zaključila sporazum 11. 1. 2008. godine⁸, tužilac je ostao uskraćen za namirenje ove naknade u celosti. Prvostepenom odlukom tužena, Republika Srbija bila je dužna da tužiocu isplati iznos od 200.000 dinara na ime naknade nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti, uz naknadu parničnih troškova. Žalba tužene odbijena je i prvostepena presuda potvrđena u celosti odlukom Apelacionog suda.⁹ Vrhovni kasacioni sud delimično je usvojio reviziju tužene u delu koji se odnosi na 120.000 dinara, a odbio u delu koji se odnosi na 80.000, nalazeći „da će se iznosom od 80.000 uspostaviti psihička ravnoteža koja je kod tužioca postojala pre utvrđene povrede prava, posebno imajući u vidu da ovaj iznos višestruko prevazilazi osnovno potraživanje na ime neisplaćenih ratnih dnevnica (6.185 dinara), pa dosuđivanje u većem iznosu ne bi odgovaralo cilju kome ova naknada služi“.

6 Odluka P 245/15 od 30. 6. 2015. godine Višeg suda u Beogradu.

7 Pravilnik o naknadi putnih i drugih troškova u vojsci Jugoslavije, *Vojni službeni glasnik*, br. 38/93, 23/93, 3/97, 11/97, 12/98, 6/99 i 7/99.

8 Zaključkom Vlade Republike Srbije broj 401-161/2008-1 od 17. 1. 2008. godine, odlučeno je da se ratnim vojnim invalidima i rezervistima iz navedenih sedam opština isplati novčana pomoć, uz uslov da su u vodili sudske postupe protiv Republike Srbije koji je pravnosnažno okončan presudom na osnovu odricanja.

9 Odluka Gž 5993/15 od 22.10.2015. godine Apelacionog suda u Beogradu.

Predmet ovog rada, međutim, nije analiza celokupne presude VKS. U radu se neće ceniti dispozitiv presude, ni sa aspekta osnovanosti zahteva za naknadu štete, ni sa aspekta dosuđene visine štete^{10, 11}. Fokus rada biće na obrazloženju sudske odluke, u delu koji se tiče dokazivanja postojanja diskriminacije i dokazivanja pričinjene štete.

Iz obrazloženja

„Revizijom se neosnovano ukazuje da je tužilac bio u obavezi da dokaže da je pretrpeo nematerijalnu štetu. Naime, diskriminacija predstavlja svako neopravdano pravljenje razlike ili nejednako postupanje, odnosno propuštanje (iskljućivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva), u odnosu na lica ili grupe kao i na članove njihovih porodica ili njima bliska lica, na otvoren ili prikriven način, a koji se zasniva na bilo kom osnovu (rasi, državljanstvu, nacionalnoj ili verskoj pripadnosti, jeziku, političkim ubeđenjima, polu, ...). Zaštita od diskriminacije predstavlja pravo ličnosti zagarantovano Ustavom RS (član 21), ali i Evropskom Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (član 1. Protokola 12. uz Evropsku Konvenciju), a od 07. 04. 2009. godine i Zakonom o zabrani diskriminacije. Povreda bilo kog prava ličnosti, pa samim tim i vršenje diskriminacije u odnosu na neko lice ili grupu

10 O postojanju diskriminacije u slučaju ratnih rezervista izjasnila se poverenica za zaštitu ravnopravnosti, u svom mišljenju i preporuci 802/2011 od 26. 7. 2011. U svom mišljenju, poverenica navodi da je Zaključkom Vlade Republike Srbije 05 broj: 401-161/2008-1 od 17. januara 2008. godine, povređeno načelo jednakih prava i obaveza, čime je izvršena diskriminacija na osnovu mesta prebivališta ratnih vojnih rezervista sa prebivalištem na teritoriji svih ostalih opština koje nisu navedene u Zaključku od 17. januara 2008. godine. Poverenica, dalje, donosi preporuku na osnovu koje bi Vlada Republike Srbije trebalo da preduzme sve neophodne mere kako bi omogućila ratnim vojnim rezervistima sa prebivalištem na teritoriji svih ostalih opština Republike Srbije ostvarivanje prava na novčanu naknadu pod uslovima pod kojima su to pravo, na osnovu Zaključka Vlade 05 br. 401-161/2008 od 17. januara 2008. godine, ostvarili ratni vojni rezervisti sa prebivalištem na teritoriji sedam nerazvijenih opština da o tome obavesti poverenicu u roku od 30 dana od dana prijema mišljenja i preporuke.

11 Evropski sud za ljudska prava takođe se bavio pitanjem diskriminacije ratnih rezervista. U slučaju Vučković i drugi protiv Srbije (predstavka broj 17153/11 i 29 drugih predstavki) sud je, u prvom stepenu, našao da postoji povreda čl. 14 u vezi sa čl. 1 Protokola 1.a da nema potrebe da se pritužbe prema čl. 1 Protokola br. 12 posebno razmatraju. Presudom Velikog veća Evropski sud za ljudska prava je, međutim, usvojio prethodni prigovor Vlade u vezi sa propustom podnosilaca predstavki da iskoriste domaće pravne lekove u vezi sa pritužbom koja se odnosi na diskriminaciju prema članu 14 Konvencije, zajedno sa članom 1 Protokola broj 1, i prema članu 1 Protokola broj 12, i shodno tome, zaključio da ne može da razmatra osnovanost ove pritužbe.

lica, predstavlja vid nematerijalne štete, jer kod diskriminiranih lica izaziva osećaj nepravde, neravnopravnosti u odnosu na druge građane, a često i osećaj podređenosti ili osećaj građana nižeg reda, što kod njih izaziva duševne bolove, a na osnovu čega su i ovlašćeni da zahtevaju zaštitu od diskriminacije pred nadležnim sudom. To dalje znači da su lica, koja ukazuju da je u odnosu na njih izvršena diskriminacija, u obavezi da pred sudom dokažu samo da su nejednako tretirani u odnosu na druga lica koja su u istoj ili sličnoj situaciji, dok je upravo tuženi, odnosno lice na čije se diskriminatorno ponašanje tužbom ukazuje, dužan da dokaže postojanje objektivnog i opravdanog razloga za različitost u postupanju (prema tim licima).“

3. Ko šta dokazuje i sa kojim stepenom izvesnosti?¹²

Ukoliko tužilac u čini verovatnim da je tuženi izvršio akt diskriminacije, teret dokazivanja da usled tog akta nije došlo do povrede načela jednakosti, odnosno načela jednakih prava i obaveza snosi tuženi (čl. 45, st. 2 Zakona o zabrani diskriminacije¹³). Tužilac, dakle, treba da učini verovatnim da je do diskriminacije došlo. Da bi taj stepen izvesnosti bio dostignut, smatra se da je potrebno da ima više razloga da se veruje da diskriminacija postoji nego da ne postoji (Vehabović, Izmirlija, Kadribašić, 2010: 113). Stepem izvesnosti mora biti takav da se postojanje diskriminacije čini verovatnijim nego da diskriminacije nije bilo, a ti izgledi se zasnivaju na dokazima na kojima se temelji postojanje verovatnoće da je došlo do diskriminacije (Pavlović, 2010: 200).¹⁴ *Ratio* uvođenja pravila o preraspodeli tereta dokazivanja u antidiskriminacionim parnicama je višestruk. Najpre, njime se štiti slabija stranka u postupku. To je, po pravilu, diskriminirano lice, jer ono često nema pristup informacijama od značaja za postupak dokazivanja¹⁵. Okolnost da ne može da predloži ili dođe u posed odgovarajućih dokaznih sredstava, u mnogome otežava njegovu poziciju. Sem toga, unošenjem

12 O dokazivanju u antidiskriminacionim parnicama opširnije: Petrušić, 2012: 266–273, Tasić, 2016: 269–321.

13 Zakon o zabrani diskriminacije, *Sl. glasnik RS*, br. 22/2009.

14 Navedeno prema Vehabović, Izmirlija, Kadribašić, 2010: 113. Ako se u postupku ne dokaže da je stavljanje u nepovoljniji položaj motivisano drugim, a ne nedopuštenim diskriminacijskim razlozima, prilikom donošenja odluke treba da se krene od toga da je diskriminacija dokazana (Grgić et al, 2009: 101).

15 U svrh u dokazivanja često se koriste i statistički podaci. O prednostima i nedostacima statističkih podataka, kao i važnosti pravilnog određivanja veličine uzorka opširnije Petrušić, 2014: 48.

odgovarajućih odredaba o preraspodeli tereta dokazivanja, Srbija ispunjava svoje obaveze na putu harmonizacije propisa sa propisima Evropske unije.¹⁶

Ono što tužilac, u konkretnom slu čaju, može da predoči sudu jeste činjenica da njega i lica koja se nalaze u istoj situaciji (uporednici) razlikuje određeno lično svojstvo (prebivalište) i da se prema njemu i licima čije je prebivalište u navedenim opštinama postupalo na različit način (za razliku od njih, on je ostao uskraćen za namirenje novčane naknade u celosti na ime učešća u ratu u rezervnom sastavu). Upravo su lično svojstvo, uporednik i različit tretman elementi na osnovu kojih se dokazuje diskriminacija. Ono što on ne može da dokaže jeste da je razlika u tretmanu upravo posledica ličnog svojstva koje poseduje, te, stoga, teret dokazivanja da usled navedene radnje nije došlo do povrede načela jednakih prava i obaveza snosi tuženi.

Dakle, utvrđivanje diskriminacije podleže posebnom režimu u pogledu pravila o teretu dokazivanja. Na sve ostalo se, međutim, primenjuju standardna pravila o teretu dokazivanja, sažeta u latinskoj maksimi *Probatio incumbit ei qui affirmat, non ei qui negat* (teret dokazivanja je na onome ko tvrdi da neka činjenica postoji, ne na onome ko to poriče, navedeno prema Petrušić, Adamović, 2012: 46). Ista pravila sadržana su i u Zakonu o parničnom postupku: Stranka koja tvrdi da ima neko pravo, snosi teret dokazivanja činjenice koja je bitna za nastanak ili ostvarivanje prava, ako zakonom nije drugačije propisano (čl. 231, st. 2 ZPP).

Budući da pravilima ZZD ništa drugo nije određeno, na naknadu štete nastalu kao posledica učinjene diskriminacije primenjuju se pravila Zakona o obligacionim odnosima^{17, 18}. Za pretrpljene fizičke bolove, za pretrpljene duševne bolove zbog umanjenja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, smrti bliskog lica, kao i za strah sud će, ako nađe da okolnosti slu čaja, a

16 Pravila o preraspodeli tereta dokazivanja nalaze se u Preambuli Direktive 97/80/ES o preraspodeli tereta dokazivanja u slu čajevima diskriminacije na osnovu pola, čl. 8 Direktive 2000/43/ES o implementaciji principa jednakog tretmana u postupanju nezavisno od rasnog ili etničkog porekla i čl. 10 Direktive 2000/78/ES kojom se u tvrduje opšti okvir za jednak tretman prilikom zapošljavanja.

17 Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka SRJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja, u daljem tekstu i ZOO.

18 Izu zev t u žbe čiji se za h tev odnosi na nakna d u štete u oba vida, za h tevi ostalih unekoliko se razlikuju od klasičnih kondemnatornih, osuđujućih zahteva (Palačković, 2011: 68).

naročito jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdava, dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade materijalne štete, kao i u njenom odsustvu. Prilikom odlučivanja o zahtevu za naknadu nematerijalne štete, kao i o visini njene naknade, sud će voditi računa o značaju povređenog dobra i cilju kome služi ta naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom (čl. 200 ZOO). U svetlu određivanja visine naknade štete važno je naglasiti da, ako se utvrdi da stranci pripada pravo na naknadu štete, na novčani iznos ili na zamenljivu stvar, a visina iznosa, odnosno količina stvari, ne može da se utvrdi ili bi mogla da se utvrdi samo sa nesrazmernim teškoćama, sud će visinu novčanog iznosa, odnosno količinu zamenljivih stvari da odredi po slobodnoj oceni (čl. 232 ZPP).

Dakle, kao i u svakom drugom slučaju kada se ističe odštetni zahtev, i u antidiskriminacionim parnicama postojanje i visina štete nije nešto što se podrazumeva, već nešto što se dokazuje. O obavezi dokazivanja postojanja štete zbog pretrpljene diskriminacije, eksplicitno se izjasnio i Apelacioni sud u Beogradu: „Ukoliko lice ne dokaže, shodno pravilima o teretu dokazivanja, da mu je zbog nekog ličnog svojstva povređeno neko ljudsko ili manjinsko pravo zajamčeno Ustavom, ne bi moglo da ostvari pravo na naknadu nematerijalne štete“ (Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž 1933/2013 od 27. 3. 2013. godine).

Sam akt diskriminacije ne predstavlja štetu niti svaki akt diskriminacije mora imati štetu za svoju posledicu (Boranijašević, 2015: 185).¹⁹ Upravo u toj činjenici leži jedan od razloga za propisivanjem mogućnosti da se istakne samo utvrđavni zahtev, a sve u skladu sa pravilima ZPP²⁰. Žrtva diskriminacije, katkad, nije pretrpela štetu diskriminatorским postupanjem. Ipak, ona (kao i drugi, zakonom propisani, aktivno procesno legitimisani subjekti) ima pravo da istakne zahtev kojim od suda traže da utvrdi da je tuženi diskriminatorски postupao prema tužiocu ili drugome (čl. 43, st.

1, t. 2). U teoriji se naglašava da je samostalна tužba za utvrđenje diskriminacije opravdana kada je žrtvi diskriminacije ta vrsta zaštite dovoljna, ali i kada „nijedan drugi zahtev, odnosno tužba ne dolaze u obzir, jer za njih potrebni uslovi nisu ispunjeni u datom slučaju“

19 Prema opštim pravilima Obligacionog prava, protivpravno je i ponašanje koje ne prouzrokuje štetu drugome, nego se svodi isključivo na kršenje pravne zabrane ili zapovesti (iniuria sine damno) (Radišić, 2014: 248).

20 Čl. 194, st. 4 ZPP: Tužba za utvrđenje povrede prava ličnosti može da se podnese bez obzira da li je postavljen zahtev za naknadu štete ili drugi zahtev, u skladu sa posebnim zakonom.

(Vodinelić, 2012: 227). Da „povreda bilo kog prava ličnosti, pa samim tim i vršenje diskriminacije u odnosu na neko lice ili grupu lica, predstavlja vid nematerijalne štete“, kako u komentarisanoj odluci VKS stoji, bilo bi izlišno izdvajati zahtev za naknadu nematerijalne štete kao poseban zahtev, kada se on, sudeći prema shvatanju VKS, već podrazumeva u okviru deklaratornog zahteva. Ili obrnuto, ako svako nejednako postupanje podrazumeva, ujedno, i obavezu diskriminatora da naknadi štetu, koji je onda razlog da utvrđavni zahtev bude izdvojen kao samostalni pravozaštitni zahtev u antidiskriminacionim parnicama? U tom slučaju ne bi postojao pravni interes da se samo utvrdi da je do diskriminacije došlo, budući da ne postoje dodatni uslovi koji treba da budu ispunjeni prilikom ocene da li je diskriminator dužan da naknadi štetu žrtvi. Jedino što bi bilo sporno jeste visina naknade. To bi, dalje, značilo, da svaki put kada sud utvrdi da je, na primer, osobama sa invaliditetom povređeno pravo na nediskriminaciju na taj način što im nije obezbeđen pristup biračkom mestu, usled nedostatka prilazne rampe, ili Romima jer na restoranu stoji natpis „Ciganima zabranjen ulaz“, njima, *a priori*, treba i dosuditi određeni novčani iznos na ime naknade štete.

U pogledu visine naknade štete, iz navedene odluke proizilazi da je sud, verovatno rukovodeći se čl. 232 ZPP, samostalno odredio visinu naknade štete, samo konstatujući da „Povreda bilo kog prava ličnosti, pa samim tim i vršenje diskriminacije u odnosu na neko lice ili grupu lica, predstavlja vid nematerijalne štete, jer kod diskriminiranih lica izaziva osećaj nepravde, neravnopravnosti u odnosu na druge građane, a često i osećaj podređenosti ili osećaj građana nižeg reda, što kod njih izaziva duševne bolove“. Međutim, da bi naknada nematerijalne štete bila dosuđena, potrebno je da bol koji žrtva trpi dostiže „određen, relativno visok stepen intenziteta i da predstavlja ozbiljno narušavanje njene psihičke ravnoteže“ (Stanković, 1998: 91). Da li svaki diskriminirani oseća duševni bol? Da li svaki diskriminirani oseća duševni bol istog intenziteta? Da li to treba da utvrdi veštak, čiji se nalaz i mišljenje mogu komentarisati i pobijati u samom postupku, ili sud, čija se odluka može pobijati samo pravnim lekovima?

4. Zaključak

Analizirana presuda VKS od velikog je značaja budući da kroz njeno obrazloženje može da se prati način tumačenja suda u pogledu pravila o preraspodeli tereta dokazivanja. Njen značaj je utoliko veći što je

ona, imajući u vidu različite faktore, poput činjenice da je o pravima ratnih rezervista odlučivao i Evropski sud za ljudska prava, konsekvenci za državu kao počinioca diskriminacije i društvene klime u kojoj je doneta, pod lupom naučne i stručne javnosti. Kako je u uvodu već navedeno, ovaj rad nije imao za cilj da komentariše dispozitiv presude, niti da ospori da je u konkretnom slučaju trebalo dosuditi naknadu štete žrtvama diskriminacije, već motive i razloge sadržane u obrazloženju odluke. Iz njega proizilazi da svaki akt diskriminacije nosi sa sobom i obavezu počinioca diskriminacije da žrtvi diskriminacije naknadi štetu, budući da svaki akt diskriminacije, neupitno i bez izuzetka, kod svake žrtve diskriminacije „izaziva osećaj nepravde, neravnopravnosti u odnosu na druge građane, a često i osećaj podređenosti ili osećaj građana nižeg reda, što kod njih izaziva duševne bolove“. Da je tako, zbog čega bi bilo moguće istaći samo zahtev za utvrđenje diskriminacije? Koliko je samo moralna satisfakcija važna kada svaka usvajajuća presuda podrazumeva i naknadu štete? Nakon dobijanja presude kojom se usvaja njen utvrđavni zahtev, žrtva diskriminacije bi mogla da pokrene novu parnicu u kojoj bi istakla odštetni zahtev. Kako, sudeći prema odluci VKS, ne postoje dodatni uslovi koji treba da budu ispunjeni da bi odštetni zahtev bio usvojen, jedino što bi u ovoj parnici bilo sporno jeste visina naknade štete.

Čini se, ipak, da ovakvo rezonovanje VKS nije odraz namera koje je zakonodavac imao izdvajajući utvrđavni zahtev kao samostalni pravozaštitni zahtev u antidiskriminacionim parnicama. Učinivši to, on je pokazao da prepoznaje mogućnost da ima diskriminacije bez štete, a da je i sama konstatacija suda, kroz donošenje deklaratorne presude, nekada jedino što žrtva može, a nekada i upravo ono što želi da dobije.

Literatura/References

Boranijašević, V. (2015), Postupak u parnicama za zaštitu od diskriminacije, U: *Pravni sistem i zaštita od diskriminacije – prva sveska*, Kosovska Mitrovica. 173–192.

Vehabović, F., Izmirlija, M., Kadribašić, A. (2010). *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije sa objašnjenjima i pregledom prakse u uporednom pravu*, Sarajevo.

Vodinelić, V. (2012). Sadržina građanskopravne zaštite od diskriminacije, U: *Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije*. Beograd. 220–240.

- Gajinov, M. (2000). Metodologija izrade presude u parničnom postupku. *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*. 2/2000.
- Gojković, S. (2018). Razumljivo i potpuno obrazloženje presude – obavezni standardi obrazloženog presuđivanja. *Pravo na obrazloženu sudsku presudu – obavezni standardi u sudskim postupcima (Zbornik radova)*. Sarajevo. 219–227.
- Grgić, A., Potočnjak, Ž., Rodin, S., Selanec, G., Šimonović Einwalter, T., Uzelac, A. (2009). *Vodič uz zakon o suzbijanju diskriminacije*. Zagreb.
- Petrušić, N. (2014). Upotreba statističkih podataka u antidiskriminacionim parnicama. *Pravni život: tematski broj. Pravo i načelo savesnosti i poštenja*. Beograd: Udruženje pravnika Srbije, 12 (2014). 33–50.
- Petrušić, N. (2012). Teret dokazivanja, U: *Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije*. Beograd. 266–273.
- Petrušić, N., Adamović, A. (urednice). (2012). *Latinske izreke, pravila i izrazi iz oblasti civilne procedure*. Niš.
- Palačković, D. (2011), Antidiskriminacione parnice, U: *Pravni sistem i društvena kriza – prva sveska*. Kosovska Mitrovica. 63–79.
- Pavlović, Š. (2009). *Komentar zakona o suzbijanju diskriminacije sa sudskom praksom, komplementarnim propisima, priložima i stvarnim kazalom*, Zagreb.
- Radišić, J. (2014). *Obligaciono pravo*. Niš.
- Stanković, O. (1998). *Naknada štete*. Beograd.
- Tasić, A. (2016). *Postupak u parnicama za zaštitu od diskriminacije (doktorska disertacija)*. Niš.
- Tasić, A. (2013). Instrumenti za ujednačavanje sudske prakse, *Pravni život: tematski broj. Pravo i dostojanstvo – Beograd: Udruženje pravnika Srbije*. 12 (2013). 93–106.
- Direktiva 97/80/ES o preraspodeli tereta dokazivanja u slučajevima diskriminacije na osnovu pola.
- Direktiva 2000/43/ES o implementaciji principa jednakog tretmana u postupanju nezavisno od rasnog ili etničkog porekla.
- Direktiva 2000/78/ES, kojom se utvrđuje opšti okvir za jednak tretman prilikom zapošljavanja.
- Pravilnik o naknadi putnih i drugih troškova u vojsci Jugoslavije. *Vojni službeni glasnik*. 38/93, 23/93, 3/97, 11/97, 12/98, 6/99 i 7/99.

Zakon o zabrani diskriminacije. *Sl. glasnik RS*. 22/2009.

Zakon o obligacionim odnosima. *Sl. list SFRJ*. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka SRJ i 57/89, *Sl. list SRJ*. 31/93 i *Sl. list SCG*. 1/2003 – Ustavna povelja.

Zakon o parničnom postupku. *Sl. glasnik RS*. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014.

Zakon o uređenju sudova. *Sl. glasnik RS*. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – dr. zakon, 78/2011 – dr. zakon, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – dr. zakon, 13/2016, 108/2016 i 113/2017.

Ustav Republike Srbije. *Sl. glasnik RS*. 98/2006.

Mišljenje i preporuka Poverenice za zaštitu ravnopravnosti 802/2011 od 26. 7. 2011.

Vučković i drugi protiv Srbije (predstavka broj 17153/11 i 29 drugih predstavki)

P 245/15 od 30. 6. 2015. godine, Viši sud u Beogradu.

Gž 5993/15 od 22. 10. 2015. godine, Apelacioni suda u Beogradu. Gž

1933/2013 od 27. 3. 2013. godine, Apelacioni sud u Beogradu. Rev

117/2016 od 31. 8. 2016. godine.

Andelija Tasić, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**BURDEN OF PROOF IN ANTIDISCRIMINATION CASES: CASE
LAW OF THE SUPREME COURT OF CASSATION**

Summary

Civil procedure in antidiscrimination lawsuits is a relatively new type of special litigation procedure, which still presents a challenge for both legal theoreticians and practitioners. Having in mind the position of the plaintiff in antidiscrimination proceedings, the legislator has prescribed the rules on shifting the burden of proof, following examples of good comparative practice. However, recent Supreme Court of Cassation case law shows that there is still room for clarifying certain provisions of the Anti-Discrimination Act. In particular, it is still questionable who proves what, and with which amount of certainty. In this paper, the author aims to answer this question and point out to other disputable issues, especially the correlation between the claim to establish discrimination and the claim for damage compensation.

Key words: *anti-discrimination lawsuits, burden of proof, claim to establish discrimination, damage compensation.*

III RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA

Marija Dragičević,*
Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

pregledni naučni rad
doi:10.5937/zrpfmi1878335D

UDK: 331.109(497.11)
Rad primljen: 13.10.2017.
Rad prihvaćen: 24.04.2018.

MOGUĆE IZMENE DOMAĆEG ZAKONODAVSTVA O SUDSKOM REŠAVANJU RADNIH SPOROVA PO UGLEDU NA NEMAČKI MODEL RADNOG SUDSTVA**

Apstrakt: Radni sporovi se u Republici Srbiji rešavaju pred sudovima opšte nadležnosti, prema pravilima opšte parnične procedure, uz malu specijalizaciju postupka, koja je na liniji njegovog ubrzanja, uz nešto šira ovlašćenja suda. U postupku u parnicama iz radnog odnosa, a naročito prilikom određivanja rokova i ročišta, sud je dužan da posebno vodi računa o potrebi hitnog rešavanja radnih sporova. Međutim, sudsku praksu rešavanja radnih sporova karakteriše neujednačenost i neefikasnost. Radni sporovi se ne završavaju brže od građanskopravnih, koji se, takođe, ne završavaju u razumnim rokovima. S tim u vezi, u radu je izvršena analiza nemačkog modela radnog sudstva, kao nesumnjivo jednog od najboljih modela rešavanja radnih sporova, s ciljem da se bolje sagledaju zakonska rešenja koja doprinose njegovom kvalitetu, a koja bi bila primenljiva i za naš pravosudni sistem. Na osnovu poređenja sa postojećim rešenjima u zakonodavstvu Republike Srbije, u radu je dat kraći prikaz mogućih izmena domaće regulative o sudskom rešavanju radnih sporova.

Ključne reči: radni sudovi, rešavanje radnih sporova.

* marijad@prafak.ni.ac.rs

** Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ (broj projekta 179046), koji finansira Ministarstvo nauke, prosvete i tehnološkog razvoja.

1. Uvod

Radnopravni odnosi predstavljaju posebnu grupu društvenih odnosa čiji su značaj i važnost opredeljeni značenjem koji ima sam rad za izgradnju zemlje, podizanje životnog standarda ljudi, za njihov svestrani razvitak, kao i za razvoj proizvodnih snaga, povećanje produktivnosti rada i porast društvenog blagostanja (Baltić, 1963: 10). Stoga su i radni sporovi od posebne važnosti za društvo. Po nekim autorima, to su najvažniji pravni sporovi u društvu, i to ne samo zbog toga što određena vrsta radnih sporova podrazumeva učešće većeg broja lica, već zbog same vezanosti ove vrste sporova za pitanje egzistencije, slobode i dostojanstva čoveka (Stojanović, 2007: 12). Ako se prihvati činjenica da je postojanje sporova u radnim odnosima neizbežno u svakom društvu, onda je stvaranje efikasnog sistema njihovog rešavanja cilj kojem se teži. Taj cilj je moguće ostvariti samo ako društvo ima adekvatne metode i institucije za rešavanje sporova. Jedna od mogućih metoda rešavanja radnih sporova je uvođenje sudova specijalizovanih za rešavanje radnih sporova. „Osnovni argument u prilog specijalizacije sudstva za radne sporove, uključujući i specijalizaciju postupka, je potreba da se postigne što veća efikasnost rešavanja radnih sporova – što je u interesu i poslodavaca i zaposlenih, uz što manje troškova postupka (naročito na strani zaposlenih), imajući u vidu niz specifičnosti ove vrste pravnih sporova, mnoštvo izvora heteronomnog i autonomnog prava, kao i međunarodnih izvora prava“ (Lubarda, 2013: 771–772).

Navedeni razlozi uticali su na opredeljenje autora da u svom radu, korišćenjem uporednopravnog metoda, izloži zakonsku regulativu, teorijska shvatanja i praksu rešavanja radnih sporova u SR Nemačkoj, kao državi koja ima dugu tradiciju i značajan uspeh u rešavanju radnih sporova. Značaj centralne teme rada proizilazi iz najmanje dva razloga. *Prvi razlog* je što SR Nemačka, bez sumnje, spada u red država koje imaju najbolje razvijen sistem rešavanja radnih sporova. Nemačko zakonodavstvo i praksu u rešavanju radnih sporova karakterišu duga tradicija, raznovrsnost metoda rešavanja, visok kvalitet u rešavanju istih i specijalizovano radno sudstvo (Stojanović, 2007: 28). Zbog navedenih, i brojnih drugih, karakteristika, nemački sistem radnog sudstva se često uzima kao ogledni primer na osnovu kojeg se koncipiraju pojedini sistemi radnog sudstva u svetu. *Drugi razlog* tiče se našeg pravosudnog sistema čije su glavne odlike neujednačenost sudske prakse i neefikasnost, te je u okviru reforme pravosuđa potrebno urediti i sistem sudskog rešavanja radnih sporova. Propisi o ostvarivanju prava i obaveza iz radnog odnosa, a među njima i propisi o zaštiti prava i radnim sporovima, prošli su u

Republici Srbiji kroz više različitih faza i sistema pravila. Moguća su različita poređenja i izvlačenje odgovarajućih zaključaka o budućem pravcu kretanja. Ipak, čini se da je za traženje odgovarajućih rešenja za novo zakonodavstvo u ovoj oblasti korisno imati izvesne analize, a naročito njihovo poređenje sa uporednopravnim rešenjima. Nedostatak potpunijih istraživanja u ovoj oblasti i zanemarivanje odgovarajućih uporednopravnih rešenja, adekvatnih i za naš socijalno-ekonomski ambijent, mogu kao rezultat imati nova nepotpuna i neadekvatna rešenja (Brajčić, 2001: 313). Polazeći od navedenog, autor je u radu nastojao da kroz analizu osnovnih karakteristika nemačkog sistema radnog sudstva prepozna zakonska rešenja koja doprinose njegovom kvalitetu, a koja bi bila primenljiva i u našoj zemlji.

2. Radni sudovi u Nemačkoj

„Nemačko zakonodavstvo i praksu u rešavanju radnih sporova karakterišu duga tradicija, raznovrsnost načina (metoda) rešavanja,¹ visok kvalitet u rešavanju istih i specijalizovano radno sudstvo, te su bili predmet proučavanja i preuzimanja od strane većeg broja država u svetu“ (Stojanović, 2007: 28)².

Uspostavljanje nezavisne nadležnosti radnih sudova u SR Nemačkoj je rezultat stalnog razvoja pravne politike. Već početkom 19. veka poslodavci su bili zainteresovani za osnivanje institucija koje bi mogle da rešavaju radne sporove uzimajući u obzir potrebe poslovne prakse (Schmidt, 2014: 5). Dok koreni nemačkog radnog sudstva datiraju iz 19. veka, stvarna polazna tačka njegovog razvoja je Zakon o radnim odnosima iz 1926. godine (Vranken, 2009: 112). Stupanjem na snagu ovog zakona, radni sudovi su dobili ekskluzivnu nadležnost za rešavanje radnih sporova (Weiss, 1994: 4). Međutim, Zakon o radnim odnosima se odnosio samo na osnivanje radnih sudova prvog stepena. Apelacioni sudovi su nastavili da budu deo redovne nadležnosti (Schmidt, 2014: 6).

U Trećem rajhu „nemački radnički front“ zamenio je sindikate i udruženja poslodavaca. Nadležnost radnog suda nad pitanjima kolektivnog radnog prava odmah je ukinuta, a zadržana je samo u individualnim radnim sporovima. Po završetku rata, radni sudovi su bili među prvim

1 Raznovrsnost metoda rešavanja radnih sporova je značajna osobenost i karakteristika nemačkog zakonodavstva i prakse. U SR Nemačkoj, radni sporovi se mogu rešavati internim putem (na radnom mestu, kod poslodavca), mirenjem, posredovanjem, arbitražnim mehanizmima, kao i sudskim putem (Waas, 2016: 137).

2 Slično i: Weiss, Simitis, Rydzy, 1984: 99.

institucijama koje su povratile svoje nadležnosti iz pretfašističkog perioda. Oni su stalno povećavali svoju nadležnost tokom pedesetih godina (Blankenburg, Rogowski, 1986: 70). Specijalizacija sudstva za rešavanje radnih sporova u svim instancama je izvedena Zakonom o radnim sudovima od 1953. godine (*Arbeitsgerichtsgesetz – ArbGG*), kojim je uređena organizacija, nadležnost i postupak pred radnim sudovima.³

Prema ovom zakonu, radni sudovi su dobili ekskluzivnu nadležnost u građanskim sporovima koji proizilaze iz kolektivnih i pojedinačnih ugovora o radu, sporovima koji se tiču nezakonitih aktivnosti u vezi sa štrajkom ili drugim oblikom individualnih sukoba, kao i pitanjem slobode udruživanja (Givry, 1968: 367). Radni sud je, takođe, ovlašćen da sudi u sporovima koji proizilaze iz postupka ustanovljavanja i funkcionisanja saveta zaposlenih i priznavanja prava na kolektivno pregovaranje. Navedeni zakon, koji je izvor pozitivnog zakonodavstva SR Nemačke, više puta je noveliran. Najnovije izmene izvršene su članom 2 Zakona o jačanju autonomije socijalnih partnera od 11. avgusta 2014. godine (*Tarifautonomiestärkungsgesetz*), kao i 23. decembra 2016. godine (Waas, 2016: 135). Pored navedenog, važan izvor prava u postupku pred radnim sudovima jeste i Zakon o ubrzanju postupka pred radnim sudovima (*Arbeitsgerichtbeschleunigungsgesetz*) (O. Davies, 1980–1981: 29; Hepple, Veneziani, 2009: 266–268; Weiss, 1994: 3–4; Blankenburg, Rogowski, 1986: 69–71; Stojanović, 2007: 28–29).⁴

3 Zakon o radnim sudovima SR Nemačke (*Arbeitsgerichtsgesetz* dalje u fusnotama *ArbGG*). Preuzeto 13. 7. 2017. ht tp://w w.w.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/arbogg/gesamt. pdf. Istovremeno sa institucionalizacijom specijalizovanog sudstva za zaštitu socijalno-ekonomskih prava u Saveznoj Republici Nemačkoj, pedesetih godina XX veka, ustanovljeno je specijalizovano radno i socijalno sudstvo u Demokratskoj Republici Nemačkoj, koje je bilo prilagođeno socijalističkom društvenom uređenju (Davies, 1980–1981: 43–45; Božović, 2015: 2026).

4 Interesantno je da, uprkos nespornoj činjenici izuzetne uspešnosti nemačkog sistema specija lizovanih ra dnih s udova, u SR Nemačkoj je vođena veoma oštra rasprava o reintegraciji radnih sudova u redovno sudstvo, uz postojanje posebnih odeljenja (panela, veća) koji bi bili nadležni za rešavanje radnih sporova. Ideja vodilja takvih promena je smanjenje troškova sudskog postupka. Zagovornici ove ideje uglavnom navode da bi se na navedeni način povećala unu trašnja mobilnost sudija, te bi se štednja troškova ostvarila kroz činjenicu da bi tada profesionalne sudije redovnog suda bile multifunkcionalne: prema potrebi bi sudile u građanskim, krivičnim, kao i radnim sporovima (Steenkamp, 2006: 23–24). Ovakve ideje, oživljene 2011. godine od strane ministarstva pravde, naišle s u na gotovo jedinstveno protivljenje stru čne javnosti (Aust-Dodenhoff, 2004: 24). Po oceni prof. Weiss-a, ovo bi dovelo do situacije da pojedinac specijalizovan za radno pravo i posvećen ovoj oblasti više ne bi bio zainteresovan da postane sudija. Tip sudije bi se promenio: većima bi predsedavali sudije generalisti, a ne specijalisti. Ovo bi bio veliki

2.1. Organizacija nemačkih radnih sudova

Odlika nemačkog sudskog sistema je visok stepen specijalizacije sudstva, što podrazumeva pet sudova specijalnih nadležnosti podjednakog statusa. To su, pored sudova opšte nadležnosti, i administrativni, finansijski, socijalni i radni sudovi. Svi sudovi specijalne nadležnosti su istog ranga i svaki je nezavisan od drugog (Schmidt, 2014:1).

Nemački sistem radnih sudova je trostepen. U okviru radnog sudstva postoje radni sudovi organizovani na nivou federalnih jedinica, apelacioni ili pokrajinski (zemaljski) radni sudovi, organizovani takođe na nivou federalnih jedinica, i Savezni radni sud (Weiss, 1987: 96).

U prvom stepenu sude *radni sudovi (Arbeitsgerichte – ArbG)*. Prvostepeni radni sudovi se osnivaju u federalnim jedinicama (pokrajinama). Radni sudovi sude u većima (panelima) koje čini nekoliko članova. Kod radnih sudova (kao i kod pokrajinskih) oni se nazivaju komorama (Weiss, 1987: 96). *Pokrajinski (zemaljski) radni sudovi (Landesarbeitsgerichte – LAG)* po pravilu su organizovani na nivou federalnih jedinica. Predstavljaju drugostepene sudove, koji donose odluke u postupku po izjavljenim žalbama na prvostepene odluke u radnim sporovima (Weiss, Schmidt, 2008: 193–194). *Savezni radni sud (Bundesarbeitsgerichte – BAG)* odlučuje u trećem stepenu, po izjavljenim vanrednim pravnim lekovima. Kao vrhovni sud za radne sporove, pored staranja o obezbeđenju pravičnosti u pojedinim sporovima, vrši i ujednačavanje jedinstvene sudske prakse u tim

g ubitak za radno s udstvo, prema mišljenju profesora Weiss-a. Zato, savet u je on, prilikom procene celishodnosti navedenog rešenja treba uzeti još neke okolnosti. Pre svega, činjenicu da između radnika/sindikata, na jednoj strani, i poslodavaca/ udru ženja poslodavaca, na drugoj strani, postoji načelni sporazum da vladavina prava treba da upravlja njihovim odnosima. Ot uda je uloga zakona i nadležnost radnih sudova za odlučivanje o radnom sporu nesporna. Drugo, u SR Nemačkoj je načelo tripartizma duboko vezano za opštu ekonomsku i socijalnu filozofiju i igralo je značajnu ulogu u donošenju odluka od socio-ekonomskog značaja. Tripartizam je karakteristika sistema industrijskih odnosa kao celine, pa i radnih sudova u kojima na određeni način participiraju socijalni partneri (Steenkamp, 2006: 23–24). Stoga su i odluke radnih sudova široko prihvaćene. Pored toga, u sistemu radnog sudstva proceduralne uloge su posebno oblikovane u skladu sa specifičnim karakteristikama radnog spora, te je specijalizovano sudstvo neophodno da bi se kompetentno stvaralo precedentno pravo, koje je uobičajeno u ovoj oblasti (Nielebock, 2004: 28). Zato se sindikati, udru ženja praktičara i profesori radnog prava, strogo protive ovakvim predlozima promena.

sporovima.⁵ Prvostepene i drugostepene radne sudove ne obavezuje sudska praksa Saveznog radnog suda, osim u slučajevima ukidanja nižestepenih presuda u konkretnim radnim sporovima. Ipak, sudska praksa je značajna za svakodnevni rad nižestepenih radnih sudova. Pokrajinski radni sudovi su uvek dužni da dopuste reviziju ili pravnu žalbu protiv pojedinih odluka, ako se iste razlikuju od prakse Saveznog radnog suda.⁶ Svoju nadležnost Savezni radni sud sprovodi preko više veća (senata) i tzv. Velikog veća (Weiss, 1994: 7).⁷

2.2. Sastav nemačkih radnih sudova

Svi radni sudovi u SR Nemačkoj, u skladu sa Zakonom o radnim sudovima, formirani su na principu tripartizma. Sudovi u sva tri stepena odlučuju u veću, koje se sastoji od profesionalnih sudija, kao predstavnika države, i sudija porotnika iz redova socijalnih partnera, tj. predstavnika radnika i poslodavaca (Windel, Tong-Shuan, 2012: 330).⁸

Prvostepeni i pokrajinski radni sudovi sude u veću koje čine tri sudije, pri čemu je predsednik veća profesionalni sudija, a druga dva člana su sudije porotnici, i to jedan iz reda poslodavaca i jedan iz reda radnika. Savezni radni sud sudi u veću od pet sudija, pri čemu su troje

5 Iako je za poslove upravljanja i službenog nadzora nad Saveznim radnim sudom nadležno Savezno ministarstvo za rad i socijalna pitanja u dogovoru sa Saveznim ministarstvom pravde, ovi radni zadaci su delegirani na predsednika Saveznog radnog suda (Shmidt, 2014: 19).

6 Savezni radni sud je od osnivanja 1957. godine do 1999. godine imao sedište u Kaselu. Nakon ponovnog ujedinenja Nemačke, Savezni radni sud je premešten u Erfurtu, u novembru 1999. godine, na odnovu odluke nemačkog Bundestaga (Weiss, Schmidt, 2008: 150).

7 Veliki senat radi na ujednačavanju sudske prakse, kako se ne bi dešavalo da se povodom istih pitanja u sudu zauzimaju različiti stavovi. Veće Saveznog radnog suda ima pravo da od Velikog senata zatraži mišljenje o određenim pitanjima značajnim za rešavanje određenog spora. Veliki senat je dužan da u razumnom roku da traženo mišljenje, trudeći se da ono bude argumentovano i na zakonu zasnovano. On može da odluči i bez usmene rasprave, ali ima ovlašćenja da raspravlja samo o pravnim pitanjima. Sastoji se od predsednika, po jednog profesionalnog sudije iz svakog veća, troje sudija porotnika imenovanih na predlog reprezentativnog sindikata i troje sudija porotnika imenovanih na predlog reprezentativnog udruženja poslodavaca, u skladu sa zakonom. Zbog ovakvog sastava, može se dogoditi da se, prilikom glasanja, glasovi članova Velikog senata podele, te je u toj situaciji zakonom propisano da je odlučujući glas predsedavajućeg (Weiss, Schmidt, 2008: 150).

8 Karijera profesionalnih sudija u nemačkim radnim sudovima je odvojena od sistema sudova opšte nadležnosti i po pravilu je usmerena ka napredovanju u okviru sistema radnog sudstva (Blakenburg, Rogowski, 1986: 69–71; Steenkamp, 2006: 23–24).

profesionalnih sudija (jedan od njih je uvek predsednik veća) i dvoje sudija porotnika.⁹

Profesionalne sudije i sudije porotnici su nezavisni u svom radu i ne mogu dobijati uputstva od bilo kog subjekta koji je učestvovao u postupku njihovog izbora, niti mogu biti opozvani.¹⁰ Prilikom odlučivanja u tripartitnom veću sve sudije imaju jednako pravo glasa, pa se odluke donose većinom glasova.

Imenovanje profesionalnih sudija. – Profesionalne sudije prvostepenog i pokrajinskog (zemaljskog) radnog suda, koje se posle tri godine rada imenuju na trajan, vremenski neodređen, mandat, zajednički biraju ministar rada i socijalnih pitanja i ministar pravde na nivou federalne jedinice, uz prethodno mišljenje/u češće Savetodavnog komiteta, koji ima tripartitni sastav – članovi komiteta koji predstavljaju radno sudstvo, članovi komiteta imenovani sa liste kandidata koju sačinjavaju sindikati radnika i udruženja poslodavaca (Weiss, Schmidt,

2008: 151).¹¹ Iz navedene procedure izbora sudija, u kojoj naglašenu ulogu imaju ministarstvo za rad i socijalni partneri, jasno je da kandidati za sudije radnih sudova povećavaju svoje šanse za izbor ukoliko imaju posebna znanja iz oblasti industrijskih odnosa (Vranken, 1988: 500–502; Weiss, 1994: 8). Profesionalne sudije Saveznog radnog suda imenuje predsednik SR Nemačke na zajednički predlog saveznog ministra za rad i socijalne poslove i Izbornog komiteta za savezne sudije, koji sačinjavaju u paritetnom broju ministri rada i socijalnih poslova federalnih jedinica i članovi koje bira savezni parlament, uz konsultovanje saveznog ministra pravde, kao i posebnog tela koje predstavlja interese profesionalnih sudija Saveznog radnog suda (ali bez prava na veto) (Weiss, Schmidt, 2008: 151). Za razliku od prava na određeno u češće u

9 Kako je Savezni radni sud nadležan da odlučuje o pravnim, a ne o činjeničnim pitanjima, posledično, profesionalni element ima u ovom sudu veći značaj nego u sudovima nižeg ranga koji odlučuju i o činjeničnim pitanjima (Weiss, Schmidt, 2008: 150).

10 Nezavisnost lica koja su izabrana da presuđuju u sudskim postupcima je ključni faktor u osiguranju donošenja pravilne odluke i njenog prihvatanja od strana u sporu. Član 97(1) Osnovnog zakona, deo 1 Zakona o ustavnim sudovima i deo 25 Zakona o nemačkom pravosuđu propisuju da sve sudije moraju biti nezavisne. Navedeno znači da u tumačenju i primeni pravnih propisa sudije ne smeju biti rukovođene nikakvim instrukcijama. Od njih se zahteva da odluke donose nezavisno i u okviru propisa. Ovo se odnosi ne samo na profesionalne, već i na sudije laike (Waas, 2016: 158).

11 Nakon isteka perioda od tri godine sudije se biraju trajno na sudijsku funkciju. Oni ne mogu biti opozvani. U drugi sud se mogu premestiti samo pod uslovom da se sa tim saglase, čak i ako bi premeštaj podrazumevao njihovo napredovanje (Weiss, 1994: 8).

postupku izbora profesionalnih sudija prvostepenog i drugostepenog suda, u postupku izbora profesionalnih sudija Saveznog radnog suda nisu predviđena participativna prava sindikata zaposlenih i udruženja poslodavca.

Imenovanje sudija porotnika. – Sudije porotnici prvostepenog i pokrajinskog radnog suda postavljaju se za period od pet godina, od strane ministra rada i socijalnih poslova odgovarajuće federalne jedinice sa liste odgovarajućih granskih sindikata i granskih udruženja poslodavaca na području radnog suda (Weiss, 1994: 9).

2.3. Nadležnost nemačkih radnih sudova

Radni sudovi u SR Nemačkoj nadležni su za rešavanje individualnih radnih sporova i pravnih kolektivnih radnih sporova, dok se interesni kolektivni radni sporovi rešavaju alternativnim metodama i metodama kolektivnog delovanja (industrijske akcije) (Weiss, 1994: 4–6).¹² Stvarna nadležnost radnih sudova je definisana pomoću kriterijuma postupka za rešavanje spora, pa se tako razlikuju sporovi koji se rešavaju u postupku donošenja presude i sporovi koji se rešavaju u postupku donošenja rešenja (Stojanović: 2007: 31).

Nemački radni sudovi odlučuju o individualnim radnim sporovima, kao vrste građanskih sporova posebne vrste, u postupku za donošenje presude, s tim da njihova nadležnost za rešavanje individualnih radnih sporova može biti isključiva ili izborna. Kolektivni radni sporovi se delimično rešavaju u postupku za donošenje presude, a delimično u postupku za donošenje rešenja.¹³

Posebno ovlašćenje radnih sudova u oblasti kolektivnih radnih odnosa jeste pravo na izdavanje privremene mere zabrane industrijske akcije

12 Ostali sudovi imaju samo nadležnost u pogledu marginalnih pitanja. Na primer, administrativni sudovi su nadležni ako državni slu žbenik odbije da prekine štrajk i dođe na posao. Opšti sudovi su nadležni za štrajk koji ne vode sindikati, već druga udruženja zaposlenih koja nemaju sposobnost da budu u česnici kolektivnog pregovaranja ili u slučaju sporova između sindikata i njihovih članova u vezi isklju čenja iz članstva (Neumann, 1993: 26).

13 Iako je broj kolektivnih radnih sporova koji se rešavaju pred nemačkim radnim s udovima znatno manji u odnos u na broj individua lnih ra dnih sporova, značaj post upanja radnih s udova u oblasti kolektivnog radnog prava je mnogo veći, iz razloga što sudovi svojim odlukama uobličavaju strukturu kolektivnog pregovaranja, kolektivnog delovanja i saodlu čivanja (Weiss, Schmidt, 1994: 157).

(Štrajka ili lokauta), ako sud proceni da bi pribegavanje industrijskoj akciji moglo izazvati nesrazmernu štetu.¹⁴

2.4. Stranke i njihovi zastupnici

Stranačku sposobnost u postupku pred radnim sudovima imaju zaposleni i poslodavci, ako je u pitanju individualni radni spor, odnosno sindikat i poslodavac, odnosno udruženje poslodavaca, ako je u pitanju kolektivni radni spor.¹⁵ Pored toga, u postupku pred nemačkim radnim sudovima stranačku sposobnost imaju i saveti zaposlenih, kao i najviši organi rada savezne države, odnosno najviši organi rada onih pokrajina u kojima su formirani sindikati ili udruženja poslodavaca (Weiss, Schmidt, 2008: 153; Weiss, 1994: 98; Brković, 2003: 98–99).

Stranke mogu pred radnim sudovima da vode postupak same ili preko zastupnika.¹⁶ Pred prvostepenim i drugostepenim sudovima stranke

14 Uprkos činjenici da su, prema Zakonu o radnim sudovima u SR Nemačkoj, sudovi ovlašćeni da spreče širenje industrijske akcije, u stvarnosti sudovi imaju samo minoran u ticaj na njihovo širenje. Stranke u industrijskom sukobu retko podnose zahtev za izdavanje privremene mere zabrane. Međutim, indirektni u ticaj sudova ne treba biti potcenjen, jer su strane u industrijskom sporu svesne da mogu tu žiti za naknadu štete nakon završetka akcije (Neumann, 1993: 28).

15 Za razliku od mnogih drugih zemalja, u SR Nemačkoj na strani zaposlenih kao stranka u postupku može se pojaviti ne samo sindikat već i zaposleni samostalno. Sindikati nemaju mogućnosti da spreče zaposlene da podnesu tužbu sudu. Ovo pravilo odgovara duboko ukorenjenoj filozofiji samostalnosti i dostojanstva zaposlenih, kao i jednakog tretmana svih pojedinaca. Uspeh zaposlenih na s udu, ipak, treba kritički sagledati. Dok je većina sudskih postupaka pokrenuta od strane zaposlenih, a ne poslodavaca, u preko 80% slu čaja tu žbe su podnete nakon prestanka radnog odnosa. Dok radni odnos još postoji zaposleni se plaše da tu že sudu. Bilo da su u pravu ili ne, postoji strah od revanšizma. Nema sumnje da bi se ovaj strah smanjio ako bi kolektivni zastupnici imali isklju čivu nadležnost za pokretanje sudskog postupka (Weiss, 1994: 9–10).

16 Prema *ArbGG* iz 1926. godine, advokatima je bilo zabranjeno da zastupaju stranke pred prvostepenim ra dnim s udom: samo s u predstavnici sindikata ima li to ovlašćenje. Pitanje ko bi trebalo da bude zastupnik stranaka pred radnim sudom je bilo predmet veoma žestoke debate za vreme Vajmarske republike. Sada je ova debata samo od istorijskog značaja. Prema članu 11 *ArbGG*-a advokati, kao i pravni zastupnici sindikata i udru ženja poslodavaca mogu biti zastupnici stranaka pred prvostepenim radnim sudom. Dok su pravni zastupnici udru ženja poslodavaca najčešće advokati, to nije slu čaj sa zastupnicima sindikata. Najčešće su to lica kojima sindikati nude posebne treninge i programe obuke da razviju svoja znanja potrebna za zastupanje stranaka pred sudom. U praksi se zastupanje od strane advokata povećava, dok se zast upanje od strane pravnih predstavnika sindikata smanju je (Weiss, Schmidt, 2008: 153).

u postupku mogu zastupati advokati i predstavnici sindikata ili udruženja poslodavca, kao i predstavnici saveza strukovnih udruženja, pod uslovom da je zastupnik ovlašćen statutom ili preko punomoćja stranke i da je stranka član tog udruženja ili saveza. Pred Saveznim radnim sudom stranke moraju da budu zastupane od strane advokata.¹⁷ Pravo zastupanja ima svaki advokat koji ima dozvolu za rad bilo kog nemačkog suda (Brković, 2003: 98).¹⁸

2.5. Postupak pred radnim sudovima

„U nemačkom zakonodavstvu nema definicije pojma radnog spora, već se određenje istog vrši na osnovu postupka rešavanja radnog spora“ (Stojanović, 2007: 31). Radni sudovi su nadležni za rešavanje pravnih radnih sporova. Razlikovanje između individualnih i kolektivnih radnih sporova, iako karakteristično za nemačko pravo, nije od značaja za radne sudove, budući da su isti nadležni i za jednu i za drugu vrstu sporova (Weiss, 1994: 4). Međutim, postoji nekoliko proceduralnih osobenosti u zavisnosti od toga da li je reč o individualnim ili kolektivnim radnim sporovima. U tom smislu, u *ArbGG*-u se pravi razlika između: 1) postupka za donošenje presude (*Urteilsverfahren*) u kome se odlučuje o individualnim radnim sporovima, i 2) postupka za donošenje rešenja (*Beschlussverfahren*) u kome se odlučuje o kolektivnim radnim sporovima (Stojanović, 2007: 31).¹⁹

Specifičnost nemačkog radnog zakonodavstva je postojanje niza rešenja koja za cilj imaju ubrzanje postupka, i to: načelo koncentracije postupka, nepostojanje instituta sudskog odmora, kraći rokovi za preduzimanje parničnih radnji u odnosu na opšti parnični postupak, privremene mere, zabrana vraćanja na novo suđenje u postupku po žalbi i prevremeno prinudno izvršenje. Poseban kvalitet nemačkom radnom sudstvu daje i visok stepen efikasnosti u rešavanju radnih sporova.²⁰ Ovome treba

17 Ovakvo zakonsko ograničenje je posledica pravila da Savezni radni sud odlučuje samo o pravnim, ali ne i o činjeničnim pitanjima (Weiss, Schmidt, 2008: 153–154).

18 Navedenim rešenjem nezadovoljan je Savezni radni sud jer se neretko dešava da advokati nemaju potrebna znanja iz oblasti radnog prava (Weiss, 1994: 98).

19 Čl. 23a *ArbGG*.

20 Efikasnost radnog sudstva potvrđuju statistički podaci: u 2012. godini više od 85% od 403.550 postupaka vođenih pred radnim sudovima je okončano u roku od 6 meseci. U svega 4% slu čaja je uložena žalba, a u 62% slu čaja postupak po žalbi je okončan u roku od 6 meseci (Izvor: Federalna statistička kancelarija „Ausgewählte Zahlen für die Rechtspflege“ Fachserie 10 Reihe 2.8, 2012; nav. prema: Schmidt: 2014: 13). U 2014. godini je pred radnim sudovima vođeno ukupno 381.965 postupaka. U

dodati i činjenicu da sudije posvećuju veliku pažnju proučavanju predmeta spora, pripremanju glavne rasprave, raspravljanju sa strankama i njihovim zastupnicima. Zbog navedenih karakteristika sistem radnog sudstva SR Nemačke se u novije vreme uzima kao ogledni primer i postaje model na osnovu kojeg su koncipirani pojedini sistemi radnog sudstva u svetu (Stojanović, 2008: 30).

Koncentracija postupka. – „Ideal postupka za donošenje presude jeste dobro pripremanje glavne rasprave kako bi, po mogućnosti, mogla da bude zaključena na jednom ročištu (načelo koncentracije postupka)“ (Božović, 2016: 84).²¹ Da bi takav ideal mogao da se ostvari neophodno je da se glavna rasprava temeljno i kvalitetno pripremi. Zbog toga su sudu, u tzv. pripremnom postupku, data široka ovlašćenja (načelo oficijelnosti), te sud ima mogućnosti da izvodi i dokaze koje stranke nisu predložile, kao i da od stranaka zahteva dodatna izjašnjenja i pojašnjenja. Ukoliko stranka u roku koji sud odredi ne dostavi dokaze odnosno dopune i objašnjenja u vezi sa tužbenim zahtevom, preti joj prekluzija. Sud će uvažiti zakasnele dopune, objašnjenja i dokaze, samo ako to ne bi prouzrokovalo produženje postupka ili ako stranka zakašnjenje naknadno opravda.²² Ako zaključenje rasprave na jednom ročištu, uprkos navedenom, nije moguće, sud će zakazati sledeće ročište u najkraćem mogućem roku (Weiss, Schmidt, 2008: 154–155).²³

Ubrzanje postupka. – Važnost ubrzane procedure je naglašena u nemačkom radnom zakonodavstvu.²⁴ U cilju ubrzanja postupka određeni rokovi su kraći. Tako, rok koji mora proteći između uručenja tužbe i prvog ročišta je sedam dana, dok je u parničnom postupku najmanje dve nedelje.²⁵ Presuda

368.223 slučajeve postupke su pokretali zaposleni, sindikati i saveti zaposlenih. Otpuštanje je bilo predmet spora u 201.354. slučaja. Samo 28.762 slučaja je okončano sudskom odlukom. Suprotno tome, 236.689 slučaja se završilo poravnanjem (bilo na sudu ili vansudski). U postupcima koji su se odnosili na postojanje radnopravnog odnosa, tj. u tvrdživanja zakonitosti rešenja o otkazu ugovora o radu, vreme okončanja postupka je bilo sledeće: 62.825 slučajeve je završeno za mesec dana, 90.342 slučaja je završeno u periodu do tri meseca i 21.461 slučaj u periodu od šest do dvanaest meseci. Samo je u 3.306 slučajeva postupak trajao više od dvanaest meseci (Izvor: Waas, 2016: 157).

21 Čl. 56 ArbGG.

22 Čl. 56/2 ArbGG.

23 Uprkos navedenom, u nemačkoj pravnoj teoriji se kao slabost postupka u radnim sporovima navodi da sud nema dovoljno mogućnosti da obezbedi koncentraciju postupka i pravovremeno tumačenje navoda stranaka u sporu.

24 Čl. 9 ArbGG.

25 Čl. 47/1 ArbGG.

se, po pravilu, objavljuje na ročištu na kojem se zaključuje rasprava, a samo u izuzetnim slučajevima sud može odložiti objavljivanje presude, ali za veoma kratak rok.²⁶ Osim toga, u radnom sudstvu ne postoji institut sudskog odmora, predlaganje novih dokaza pred pokrajinskim sudom je ograničeno, a pokrajinski sud ne može da vrati predmet nižem sudu na ponovni postupak zbog povrede pravila postupka.²⁷

Ročište za mirenje. – Sud je dužan da pre održavanja ročišta za glavnu raspravu zakaže posebno ročište za posredovanje (nagodbu, medijaciju, postizanje kompromisa), koje profesionalni sudija održava sam, bez sudija porotnika, i na kome sudija na suptilan način strankama iznosi svoje pravno shvatanje konkretnog predmeta spora. Pravna ocena sudije ima veliki uticaj na stranke, tako da se čak 30% sporova završi na ročištu za medijaciju (Weiss, Schmidt, 2008: 154).²⁸ Pokušaji sudije da stranke reše spor mirnim putem nastavljaju se kroz ceo sudski postupak. Kako bi izbegle troškove sudskog postupka i neizvesnosti u vezi sa svedocima i drugim vrstama dokaznih sredstava, stranke vrlo često postižu poravnanje u kasnijim fazama postupka, tek nakon što odrede koje dokaze planiraju da podnesu sudu (Blakenburg, Rogowski, 1986: 82; Burgess, Corby, Latreille, 4). I u ovoj fazi postupka sudija može, na osnovu svoje pravne ocene slu čaja, ponoviti mišljenje o tome kako se spor može rešiti, čime se obema strankama daje uvid u to kakvu odluku mogu očekivati (Blakenburg, Rogowski, 1986; 82).

Privremeno izvršenje. – Tužena strana u postupku ima pravo da tokom celog postupka postupi po tužbenom zahtevu tužioca, kako bi se započeti postupak okončao, a nastali spor prevazišao. Tim pre, takvo postupanje moguće je po donošenju prvostepene presude suda, čak i u slučaju da nije nastupila pravnosnažnost. Štaviše, u pojedinim slučajevima, presude radnih sudova, na zahtev oštećene strane, mogu se privremeno prinudno izvršiti, ako su za to ispunjeni svi zakonom predviđeni uslovi.

26 Čl. 60 ArbGG.

27 Rezultat ovakvih zakonskih rešenja je prilično visok procenat slu čajeva koji su rešeni relativno brzo. (Aaron, 2014: 25).

28 Godine 2012, na primer, čak 59% od svih slu čajeva (u proseku 234.920) rešeno je poravnanjem (Izvor: Savezno Ministarstvo za rad i socijalna pitanja – „Tätigkeit der Arbeitsgerichte (Deutschland), 2012.). Iz ovog razloga, ročište za poravnanje pred radnim sudovima je veoma dobro prihvaćeno od strane komentatora Zakona o radnim sudovima (vid. J. Francken, *Das Arbeitriht als Multi-Door Courthouse*, Neue Juristische Wochenschrift, vol. 59, br. 59, 2006, str. 1103–1107). Ipak, postoje i kritičari koji tvrde da s u u mnogim slu čajevima stranke skoro prisiljene od strane s udija da prihvate poravnanje (V. Rieble, Interview in *Impulse* (business magazine), 26. Jan., 2012); Nav. prema: Waas, 2016: 159.

Međutim, ako se tuženi protivi ovakvom načinu izvršenja, tvrdeći da bi mu se takvim izvršenjem nanele posledice koje se više ne bi mogle ispraviti, radni sud je dužan da proceni da li su ispunjeni svi uslovi za prinudno izvršenje. U slučaju da je protivljenje tužene strane po oceni suda osnovano, sud će u tekstu presude isključiti mogućnost privremenog prinudnog izvršenja (Brković, 2003: 119).²⁹

Zabrana povraćaja na novo suđenje. – U cilju ubrzanja postupka rešavanja radnih sporova, kao i što manjeg i bolje predvidivog troškovnog rizika, Zakonom o radnim sudovima je određeno da zbog povrede pravila postupka od strane radnog suda nije dopušteno vraćanje predmeta na ponovno suđenje. Povrede pravila postupka mogu nastati kada je sud prilikom preduzimanja neke radnje propustio da primeni neko procesno pravilo ili ga je pogrešno primenio.³⁰ Zakon o radnim sudovima određuje apsolutnu zabranu ukidanja prvostepenih presuda i vraćanje predmeta prvostepenom sudu na ponovni postupak. I u parničnom postupku u SR Nemačkoj viši sud ima ovlašćenja da o zahtevu, na osnovu nove javne rasprave, samostalno i konačno odluči, a ne da vraća prvostepenom sudu na ponovno suđenje. Ipak, za razliku od Zakona o radnim sudovima, Zakon o parničnom postupku dopušta da viši sud, u slučaju određenih težih povreda pravila postupka, može da pobijanu presudu ukine i predmet vrati prvostepenom sudu na ponovni postupak (Stojanović: 2007: 48).³¹

Troškovi postupka. – Sudske takse u radnim sporovima su dosta niže u odnosu na takse u parničnom postupku i doppevaju za plaćanje tek po okončanju postupka u svakom stepenu, te stranke nemaju obavezu da unapred uplate troškove postupka (predujam). Za određene kolektivne radne sporove takse se uopšte ne plaćaju (Schmidt, 2014: 16). Obračun vrednosti predmeta spora: kada je predmet spora postojanje, nepostojanje ili otkaz radnog odnosa, kao osnov se uzima iznos naknade za rad koju bi zaposleni

29 Čl. 62 ArbGG.

30 Čl. 68 ArbGG.

31 Takav je, na primer, slu čaj sa presudama pre čijeg donošenja sud nije uopšte sproveo meritoran postupak – odbacivanje tužbe, presuda zbog izostanka itd. Strogo određenje koje višem sudu u radnom sporu u celini zabranjuje da pobijanu presudu ukine i predmet vrati sudu na ponovni postupak u velikoj meri u tiče na ubrzanje toka i ekonomičnost postupka, kao veoma značajnim načelima rešavanja radnih sporova. Uprkos tome, ovo rešenje je u nemačkoj pravnoj teoriji bilo predmet česte kritike, naročito zbog toga što u određenim slu čajevima praktično znači da je stranka prikraćena za jednu instancu; Udo Isenhardt, *Das Berufungsverfahren, Festschrift zum 100 jaehrigen Bestehen des deutschen Arbeitsgerichtsverbandes*, Luchterhand, Berlin, 1994, str. 355; Nav. prema: Stojanović, 2007: 48.

ostvario da je radio u periodu od tri meseca, a sudske takse predstavljaju samo mali procenat ovog iznosa (Weiss, 1994: 14).

U postupku pred prvostepenim radnim sudom, stranka koja dobije spor nema pravo na naknadu troškova punomoćnika i troškova zbog utrošenog vremena (Waas, 2016: 157).³² U drugostepenom i trećestepenom postupku, stranka koja izgubi spor, mora platiti sudske troškove suprotne strane, pored sopstvenih. Pred drugostepenim sudom, zaposlenog koji je član sindikata može zastupati predstavnik sindikata, bez naknade. Članstvo u sindikatu, međutim, ne znači automatski ponudu zastupnika u ovoj fazi postupka. Sindikati odlučuju u svakom konkretnom slučaju da li su voljni da ponude besplatnu pravnu pomoć u postupku po žalbi. To zavisi od procene sindikata o šansama zaposlenog da uspe u sporu.³³

Postupak po pravnim lekovima. – Rok za izjavljivanje žalbe na odluke radnog suda iznosi mesec dana. U skladu sa izmenjenom regulativom, žalba je dozvoljena ako vrednost predmeta spora prelazi 600 evra, ako je u pitanju spor o postojanju radnog odnosa, i ako prvostepeni sud dozvoli žalbu (Weiss, Schmidt: 2008: 155). U poslednjem, trećem slučaju, reč je o tzv. dopuštenoj žalbi za koju važe ista pravila kao i za reviziju. Sud će žalbu dopustiti: ako je spor od principijelnog značaja; ako se radi o sporu o postojanju ili nepostojanju kolektivnog ugovora; ako je spor nastao povodom tumačenja kolektivnog ugovora čije se područje važenja proteže izvan oblasti nadležnosti radnog suda; ako je spor posledica sindikalne borbe, i ako prvostepena presuda odstupa od prakse prvostepenog suda ili bilo kojeg pokrajinskog radnog suda, pod uslovom da je presuda doneta u vezi sa istom strankom i da je stranka predložila njeno donošenje (Weiss, Schmidt, 2008: 155).³⁴

32 Svrha ovog pravila je da se minimizira finansijski rizik zaposlenog, koji bi, da nema ovog pravila, u slučaju da izgubi spor, bio obavezan da plati troškove zast upanja s uprotne strane. Međutim, postojanje ovog pravila može da u čini da uspeh u sporu izgleda prilično šuplje, posebno kada su troškovi postupka visoki. Praktično je, ipak, u ticaj ovog pravila za članove sindikata ublažen, s obzirom na to da sindikati često nude besplatnu pravu pomoć i zastupanje za svoje članove. To je za mnoge zaposlene glavni razlog zašto se u članuju u sindikat. Otuda sindikat funkcioniše kao osiguranje u slučaju spora (Weiss, 1994: 14, Waas, 2016: 141).

33 Razlog za ovakvo rešenje je jednostavan: sindikati ne žele da troše novac nepotrebno (Weiss, 1994: 14).

34 Ukoliko stranka nije u tužbi navela vrednost predmeta spora, u slučaju podnošenja žalbe u skladu sa čl. 64/1 *ArbGG*-a (dopuštenost žalbe kada je u pitanju vrednost predmeta spora), stranka je dužna da naknadno odredi i u dovoljnoj meri obrazloži njegovu vrednost (Čl. 64/5 *ArbGG*).

Protiv odluke pokrajinskog suda dozvoljeno je podnošenje vanrednog pravnog sredstva, revizije, kojom se pobija drugostepena odluka samo u pogledu pogrešne primene prava, a o dopuštenosti revizije odlučuje pokrajinski sud, čija se odluka pobija. Po pravilu, revizija se dopušta ako zahtev ima načelan značaj ili ako odluka pokrajinskog suda nije u skladu sa sudskom praksom Saveznog radnog suda, odnosno odlukom nekog od pokrajinskih sudova i ako trećestepeni sud još nije odlučio u srodnoj pravnoj stvari.³⁵

3. Opšte odlike sudskog rešavanja radnih sporova u Republici Srbiji

Domaću regulativu sudskog rešavanja radnih sporova karakteriše, najpre, nepostojanje sudova specijalizovanih za rešavanje radnih sporova, uprkos brojnim pozitivnim iskustvima drugih zemalja, stavu naučne i stručne javnosti, kao i tradiciji radnog sudstva u Srbiji.³⁶ Sudsku zaštitu prava iz radnog odnosa zaposleni ostvaruje pred sudovima opšte nadležnosti.³⁷ Stvarno nadležni sudovi za rešavanje radnih sporova u prvom stepenu su osnovni i viši sudovi. Drugostepeni sud u radnim sporovima je apelacioni sud, koji odlučuje o žalbama na odluke osnovnih i viših sudova. Prema Zakonu o uređenju sudova, predviđeno je obavezno formiranje odeljenja za radne sporove u okviru viših i apelacionih sudova, dok je u osnovnim sudovima formiranje posebnih odeljenja za radne sporove fakultativno.³⁸ U skladu sa navedenim, u pojedinim osnovnim sudovima se ne formiraju posebna odeljenja za radne sporove, već sve

35 Čl. 72 *ArbGG*. Takođe, predviđena je i tzv. preskočna revizija, kada se ista izjavljuje Saveznom radnom sudu direktno protiv prvostepene (Aaron, 2014: 25).

36 U Srbiji je još Zakonom o radnjama iz 1910. godine bilo predviđeno uvođenje sudova dobrih ljudi u svakoj varoši i većem industrijskom mestu za radnje i preduzeća. U literaturi se ističe da je sud dobrih ljudi imao veliki značaj i u ticaj u praksi (Perišić, 1958: 46). Pored toga, Ustavom od 1974. godine, kao posebni pravosudni organi, odvojeni od redovnog sudstva, uvedeni su sudovi udruženog rada, u čijoj je isključivoj nadležnosti, sve do društvene reforme 90-ih godina, bilo rešavanje radnih sporova na prostorima današnje Republike Srbije (Obradović, Kovačević Perić, 2016: 171).

37 Radne sporove mogu da rešavaju i privredni sud (sporovi između zaposlenog i poslodavca u stečaju) i upravni sud (upravni spor između državnog službenika i države kao poslodavca, kolektivni radni spor o zakonitosti rešenja ministra o reprezentativnosti sindikata ili udruženja poslodavaca, kao i sporove povodom prava iz socijalnog osiguranja). Čl. 11, 15 i 22 Zakona o uređenju sudova, *Sl. glasnik RS*, 116/08, 104/09, 101/10, 31/11 – dr. zakon, 78/11 – dr. zakon, 101/11 i 101/13.

38 Čl. 39 Zakona o uređenju sudova.

sudije građanskog odeljenja rešavaju određeni broj radnih sporova. U trećem stepenu postupka Vrhovni kasacioni sud, odlučujući o vanrednim pravnim lekovima. U okviru ovog suda ne postoji posebno odeljenje za radne sporove.³⁹ Ovakvo rešenje domaćeg zakonodavca je neprimereno, i to ne samo iz razloga potrebe postojanja posebnog senzibiliteta i specifičnih znanja sudija koji rešavaju radne sporove, već i zbog činjenice da radni sporovi čine značajan procenat ukupnog broja sporova koji se rešavaju u okviru građanskih odeljenja.

Druga značajna odlika sudskog rešavanja radnih sporova u našoj zemlji je da predstavnici radnika i poslodavaca nisu zastupljeni u okviru sudskih veća, odnosno predstavnici socijalnih partnera ne učestvuju u donošenju sudskih odluka ni u jednom od tri stepena rešavanja radnih sporova.⁴⁰

Domaći sudovi su nadležni za rešavanje individualnih radnih sporova i pravnih kolektivnih radnih sporova, što je uobičajeno rešenje u uporednopravnoj praksi. Međutim, specifičnost srpskog radnog sudstva jeste činjenica da je nadležno i za rešavanje interesnih radnih sporova⁴¹ (što nije često rešenje u uporednom pravu) i socijalnih sporova povodom prava na zdravstvenu zaštitu.

Kada je u pitanju postupak u parnicama iz radnog odnosa, glavna odlika je nedoslednost u prilagođavanju prirodi radnog spora. U zakonu postoje odredbe kojima se modifikuju pojedini procesni instituti, ali ove se odredbe primenjuju uporedo sa opštim pravilima parničnog postupka, tako da u praksi nisu dovele do nekog primetnog poboljšanja kvaliteta postupka rešavanja radnih sporova, niti do njegovog ubrzanja.

4. Mogući pravci izmene domaćeg zakonodavstva o sudskom rešavanju radnih sporova

Republika Srbija se nalazi na putu društvene transformacije koja podrazumeva i reformu zakonodavstva. Reformom parničnog procesnog prava učinjen je pokušaj da se postupak što više ubrza, postigne suđenje

39 U okviru Vrhovnog kasacionog suda postoji Krivično odeljenje, Građansko odeljenje sa specijalizovanim većem za upravnu materiju, Odeljenje za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku i Odeljenje sudske prakse. Vidi: čl. 26–42 Poslovnika o uređenju i radu Vrhovnog kasacionog suda, *Sl. glasnik RS*, 37/10, 51/14, 41/16 i 62/16.

40 Čl. 34–37. i čl. 437 Zakona o parničnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 72/11, 49/13 – odluka US, 74/13 – odluka US i 55/14.

41 Čl. 443 Zakona o parničnom postupku.

u razumnom roku, ostvari potpunija realizacija principa pravičnog suđenja i bolja koncentracija postupka, kao i da se otklone sva zakonska rešenja koja nisu u skladu sa evropskim pravnim standardima.⁴² Međutim, pored unapređenja efikasnosti opšteg parničnog postupka, neophodna je i izmena postupka rešavanja radnih sporova koja bi se temeljila na rešenjima koja su potvrdila svoju efikasnost u uporednom zakonodavstvu.

Posmatranjem nemačkog modela radnog sudstva, analiziranjem pretpostavki njegovog nastanka i razvoja, kao i brojnih pozitivnopravnih rešenja nemačkog radnog zakonodavstva, može se doći do zaključka da specijalizovano sudstvo za rešavanje radnih sporova ima brojne prednosti u odnosu na sudove opšte nadležnosti, a pre svega sa aspekta socijalnog mira, pravednosti, pravne sigurnosti i vladavine prava. SR Nemačka spada u red zemalja sa najbolje razvijenim sistemom rešavanja radnih sporova. Radno sudstvo u SR Nemačkoj je organizovano kao specijalizovano, trostepeno, sa nizom rešenja koja doprinose visokom stepenu efikasnosti u rešavanju radnih sporova. Zbog navedenih osobina nemački sistem radnog sudstva se često uzima kao primer po kome se treba ugledati, te su brojni sistemi radnog sudstva u svetu koncipirani upravo po nemačkom modelu. Međutim, opštepoznato je da svaka zemlja ima niz društveno-političkih i socijalno-ekonomskih osobenosti, pa nekritičko prihvatanje stranih rešenja često donosi više štete nego koristi. Iz tih razloga, prilikom inkorporacije određenih stranih rešenja, mora se voditi računa da predložene zakonske izmene ne ugroze osnovne pravopolitičke vrednosti i ciljeve i da se nekritički ne preuzmu rešenja koja su strana našoj pravnoj tradiciji, pravnoj kulturi i stanju naše pravne svesti. Posebno se mora voditi računa o kadrovskim i materijalnim mogućnostima sudstva, kao i mentalitetu kako sudija, tako i stranaka i njihovih zastupnika. Prilikom analize mogućnosti izmena domaćeg zakonodavstva o sudskom rešavanju radnih sporova po ugledu na nemački model radnog sudstva potrebno je najpre utvrditi načela uređenja radnog sudstva koja bi mogla biti zajednička za ove dve države, zatim utvrditi načela koja treba da budu stožer domaće institucionalizacije, te se zatim, uz uvažavanje svih navedenih faktora, odlučiti za pojedinačna funkcionalna rešenja prihvatljiva za našu zemlju.

42 Zakon o parničnom postupku, usvojen u Narodnoj skupštini Republike Srbije 26. septembra 2011. godine i objavljen u "Sl. glasniku RS", br. 71/11, predstavlja drugi po redu zakon kojim je u našoj državi uređen parnični postupak. Ovaj zakon, koji je donet po hitnom postupku, stupio je na snagu 1. februara 2012. godine, kada je prestao da važi Zakon o parničnom postupku iz 2004. godine ("Sl. glasnik RS", br. 125/04 i 111/09).

Organizacija srpskih radnih sudova. – U skladu sa napred navedenim, najpre je potrebno utvrditi da li stepen razvijenosti srpske privrede i broj stanovnika opravdava postojanje posebnih radnih sudova u našoj zemlji, kao što je to slučaj u SR Nemačkoj (Božović, 2016: 207–208). Imajući u vidu navedene kriterijume, čini se da za naš pravosudni sistem postoje dve opcije: da se u okviru sudova opšte nadležnosti formiraju posebna odeljenja za rešavanje radnih sporova ili da se uvedu posebni radni sudovi specijalizovani za rešavanje radnih sporova koji bi pratili, na primer, mrežu privrednih ili viših sudova, sa postojanjem jednog drugostepenog radnog suda. Razloga za i protiv i jedne i druge mogućnosti ima dosta. Čini se da je glavni argument u prilog prihvatanja prvog rešenja činjenica da bi na taj način bilo izbegnuto stvaranje duplih sudskih uprava (a time i uvećanje troškova), a da bi kroz obavezno osnivanje posebnih odeljenja pri svakom osnovnom sudu, adekvatan izbor sudija specijalizovanih za rešavanje radnih sporova i posebna pravila postupka mogle biti uvažene sve specifičnosti rešavanja radnih sporova koje su uslovile pojavu radnih sudova.

Sastav sudova. – U vezi sa navedenim, moguća je i izmena postojećeg rešenja, po kojem se domaće zakonodavstvo razlikuje od nemačkog, da predstavnici socijalnih partnera nisu uključeni u sastav sudskog veća. Za razliku od sudova opšte nadležnosti gde po pravilu sudi profesionalni sudija kao sudija pojedinac, a u slučaju suđenja u veću – sudije porotnici su iz redova običnih građana, koji nemaju posebna znanja iz oblasti radnog prava, za suđenje u odeljenjima za radne sporove, sudska veća treba da budu sastavljena od profesionalnih sudija i sudija porotnika iz redova udruženja radnika i poslodavaca. Ovakvim sastavom sudova koji rešavaju radne sporove postiže se specijalizacija, što doprinosi kvalitetu sudske zaštite. Empirijska istraživanja su pokazala da je u zemljama gde su angažovani sudije porotnici veća racionalnost i legitimitet sudskih odluka (Höland, 2010: 296–313). Sudije porotnici kombinuju znanje i praktično iskustvo. Njihovo učešće smanjuje rizik postojanja jednostranog pristupa i osigurava da profesionalne sudije moraju da objasne svoje rezonovanje, što doprinosi lakšem prihvatanju odluka i jačanju poverenja u sudstvo.

Ako osnivanjem posebnih odeljenja za radne sporove priznajemo posebnost radnim sporovima, neophodno je tu istu posebnost priznati i prilikom postupka izbora sudija koji rešavaju radne sporove. U tom smislu, po ugledu na nemačka rešenja, valjalo bi razmisliti o mogućnosti da se u sam postupak izbora profesionalnih sudija uključe i socijalni partneri (npr. preko Socijalno ekonomskog saveta) koji bi davali

prethodno mišljenje o kandidatima za sudije. S tim u vezi, uslov za izbor i vršenje sudijske funkcije profesionalnog sudije bi trebalo da bude kontinuirano stručno usavršavanje u domenu radnog i socijalnog prava, iz razloga što specifičnost radnih sporova zahteva i specifična znanja, kao i poseban senzibilitet sudija.

Nadležnost. – S obzirom na to da pozitivnopravno rešenje prema kome se interesni radni sporovi rešavaju u postupku pred sudom ne odgovara prirodi ove vrste sporova, sledeći pravac izmene pozitivnog zakonodavstva Republike Srbije bi trebalo da bude unošenje odredaba prema kojima bi sudovi trebalo da budu nadležni samo za rešavanje pravnih, ali ne i interesnih kolektivnih radnih sporova, budući da su za rešavanje ove vrste radnih sporova primerenije metode mirnog rešavanja.

Postupak. – Prilikom zakonskog uređivanja postupka sudskog rešavanja radnih sporova treba zadržati dobra rešenja iz parničnog postupka, kao što su pravila zasnovana na načelu hitnosti, ovlašćenje suda da po službenoj dužnosti određuje privremene mere, kraće rokove za donošenje odluke o određivanju privremene mere po predlogu stranke, kraće paricione rokove.⁴³ U preostalom delu, moguće je uvesti određene novine, koje bi predstavljale *lex specialis* u odnosu na opšte odredbe parničnog postupka.

Tako, poput rešenja u nemačkom pravu, a u skladu sa načelom dostupnosti suda, treba predvideti mogućnost da se tužba pred sudom nadležnim za rešavanje radnih sporova može podići i usmeno na zapisnik. U tom slučaju, službeno lice suda koje sačinjava zapisnik bi imalo ovlašćenja da upozorava stranku na formalne nedostatke tužbe, ali ne i na njenu materijalnu (ne)utemeljenost.

Odredbe domaćeg zakonodavstva o rešavanju radnih sporova predviđaju načelo hitnosti, ali ono što nedostaje domaćoj regulativi su odredbe kojima bi se donekle ograničilo načelo dispozicije stranaka u pogledu podnošenja zahteva i navođenja novoga, u cilju koncentracije postupka i njegovog okončanja na jednom ili malom broju ročišta. Konkretno rešenje, po ugledu na nemačko zakonodavstvo, može biti predviđanje pravila da će stranka biti prekludirana ukoliko u roku koji sud odredi ne dostavi dokaze, odnosno dopune i objašnjenja u vezi sa tužbenim zahtevom, a da sud može uvažiti zakasnele dopune, objašnjenja i dokaze, samo ako to ne bi prouzrokovalo produženje postupka ili ako stranka zakašnjenje naknadno opravda. Ovakvo rešenje traži i šira ovlašćenja suda u

43 Čl. 437–440 Zakona o parničnom postupku.

utvrđivanju činjenica kako ubrzanje postupka ne bi išlo na štetu istine u postupku. Stoga bi sudije koje rešavaju radne sudove, u skladu sa načelom oficijelnosti, trebalo da imaju šira ovlašćenja prilikom vođenja postupka u odnosu na sudije sudova opšte nadležnosti, gde preovlađuje načelo dispozitivnosti. Aktivna uloga sudija podrazumevala bi njihovu mogućnost da izdaju strankama obavezujuće naloge za dostavljanje dokaza, kao i mogućnost izvođenja dokaza koje stranke nisu predložile, ako je to potrebno za pravilno i potpuno utvrđivanje činjeničnog stanja.

Pored napred navedenog, a po ugledu na nemačko radno zakonodavstvo, postupak sudskog rešavanja radnih sporova bi valjalo urediti tako da prvenstveni zadatak suda bude postizanje kompromisa između stranaka. U tom smislu bi trebalo predvideti da ročište za mirenje, tj. ročište na kojem bi sud pokušao da spor među strankama reši nagodbom (poravnanjem), bude obavezna faza u postupku. U tom smislu bi, za razliku od pozitivnopravnog rešenja koje samo predviđa da će sud da upozna stranke sa njihovim pravom da spor mogu rešiti medijacijom, valjalo uvesti pravilo po kome bi sudija imao ovlašćenje da otvoreno raspravlja sa strankama o činjeničnim i pravnim pitanjima, iznoseći svoje stavove, uz maksimalno napregnuće da stranke spor reše poravnanjem, a opet ne prisiljavajući ih, jer poravnanje treba da bude rezultat njihove slobode volje.

Zanimljivo rešenje nemačkog zakonodavstva, o čijem uvođenju u našu regulativu bi valjalo razmisliti, jeste mogućnost da prvostepene presude kojima se poništava rešenje poslodavca o otkazu ugovora o radu i nalaže vraćanje zaposlenog na rad budu izvršne iako je protiv njih izjavljena žalba, osim ako poslodavac dokaže da bi izvršenjem pretrpeo nenadoknadivu štetu.

Pored navedenog, nemačko radno zakonodavstvo nudi još jedno rešenje, o čijem uvođenju u naš sistem sudskog rešavanja sporova valja razmisliti, uz analizu svih mogućih posledica njegove primene. Naime, po ugledu na nemačko, i u našem radnom sudstvu je moguće predvideti pravilo prema kome drugostepeni sud ne bi imao ovlašćenja da zbog povrede pravila postupka ukida prvostepene presude i predmet vraća na ponovno suđenje, već bi imao samo ovlašćenja da potvrdi ili preinači prvostepenu presudu ili pak otvori glavnu raspravu i donese odluku nakon zaključenja. Glavna prednost ovakvog rešenja bilo bi sprečavanje čestih situacija koje nastaju u praksi da drugostepeni sud zbog manjih procesnih manjkavosti ukidaju prvostepene presude i time nepotrebno produžavaju trajanje postupka. Međutim, zbog niza delikatnih situacija

koje mogu nastati prilikom konkretnog regulisanja ovog pitanja valja biti oprezan i predvideti precizna pravila i eventualne izuzetke.

Da bi sudski postupak rešavanja radnih sporova bio dostupan radnicima, kao ekonomski slabijoj strani, moguća su različita rešenja u smislu besplatnosti vođenja postupka ili jeftinijih procedura. Navedeno se, po ugledu na nemačko pravo, može postići smanjenjem sudskih taksi i odlaganjem njihovog plaćanja do pravosnažnog okončanja sudskog postupka.⁴⁴

5. Zaključak

Posmatranjem istorijata radnih sudova u SR Nemačkoj, od nastanka do njihove institucionalizacije kao visokospecijalizovanih sudova za rešavanje radnih sporova, te analiziranjem osnovnih karakteristika organizacije i nadležnosti ovih sudova, kao i glavnih obeležja sudskog postupka rešavanja radnih sporova, može se zaključiti da SR Nemačka, bez sumnje, ima jedan od najbolje razvijenih sistema rešavanja radnih sporova. Najznačajniji kvalitet u rešavanju radnih sporova u SR Nemačkoj je postojanje specijalizovanog trostepenog sudstva u ovoj izuzetno značajnoj društvenoj i pravnoj oblasti. Specijalizacija radnog sudstva u tri stepena (osnovni, pokrajinski i savezni nivo) omogućila je izuzetno kvalitetno i efikasno sudstvo u oblasti radnih odnosa. Efikasnost radnog sudstva se temelji na načelima ubrzanja postupka, koncentracije postupka, zabrane vraćanja predmeta na ponovno suđenje i aktivne uloge suda. Veoma je značajno da su u radnom sudstvu SR Nemačke u predlaganju i izboru sudija i određivanju sudskih veća u potpunosti zastupljeni interesi socijalnih partnera – sindikata, poslodavaca i države. Značajan kvalitet nemačkom radnom sudstvu daje i visok stepen efikasnosti u rešavanju radnih sporova, što potvrđuje činjenica da se u više od 50% slučajeva radni sporovi reše na prvom obaveznom ročištu za mirenje. Ovome treba dodati i činjenicu da sudije posvećuju veliku pažnju proučavanju predmeta spora, pripremanju glavne rasprave,

44 Kao mogući budući pravac izmene našeg zakonodavstva, vredi pomenuti i rešenje nemačkog radnog zakonodavstva, prema kome je, iz razloga efikasnosti, pravo podnošenja žalbe ograničeno, tj. žalba je bezuslovno moguća u sporovima čija vrednost prelazi određeni limit ili se tiče određene vrste sporova, dok u svim ostalim slučajevima sud može da dozvoli žalbu ako se radi o odstupanju od prakse vrhovnog suda ili o pitanju o kojem se viši sudovi nisu izjasnili. Međutim, uprkos potvrđenoj uspešnosti navedenog rešenja u nemačkoj sudskoj praksi, čini se da njegovo uvođenje u naš sistem sudskog rešavanja radnih sporova u ovom trenutku nije primereno našem mentalitetu i dostignu tom stepenu razvoja naše pravne svesti.

raspravljaju sa strankama i upoznavanju stranaka sa svojim stavovima o mogućnostima ishoda spora.

Zbog navedenih kvaliteta sistema rešavanja radnih sporova i druge su države (npr. Slovenija), po ugledu na SR Nemačku, formirale radno sudstvo kao specijalizovano, koristeći njeno bogato iskustvo u ovoj oblasti, čime se radno sudstvo u svetu razvija i sve više dobija na značaju. Imajući u vidu navedeno, kao i činjenicu da se Republika Srbija nalazi na putu društvene transformacije, koja obuhvata i reformu pravosudnog sistema, prilikom donošenja novih zakonskih rešenja posebnu pažnju treba posvetiti analizi i mogućnosti institucionalizacije određenih rešenja nemačkog sistema radnog sudstva, kao nesumnjivo najnaprednijeg sistema rešavanja radnih sporova.

Saglasno navedenom, domaće sudsko rešavanje radnih sporova, za razliku od aktuelnog, treba da se temelji na načelima tripartizma, specijalnog obrazovanja sudija, dostupnosti suda, mirnog rešavanja sporova, ubrzanja postupka i aktivne uloge sudija. Institucionalizacijim navedenih rešenja u domaći pravosudni sistem ujednačila bi se sudska praksa u oblasti radnih sporova i time ostvarila potpunija zaštita principa pravičnog suđenja, ubrzao bi se potupak rešavanja radnih sporova i postiglo suđenje u razumnom roku.

Literatura/References

Aaron, B. (2014). Labour Courts and Organs of Arbitration. U: Kahn-Freund, O. Hepple, B. (Prir.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. XV. Labour Law. Boston: Mohr Siebeck, Tubingen, Martinus Nijhoff Publishers. Chapter 16. 3–125.

Aust-Dodenhoff, K. (2004). Die Arbeitgerichtbarkeit: Auf dem Weg zur ordentlichen Gerichtsbarkeit? [The labour court jurisdiction: On its way to becoming part of the ordinary jurisdiction?]. *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*. Vol. 21. No. 24. 24–26.

Baltić, A. (1955). *Osnovi radnog prava FNRJ*. Beograd: Savremena administracija.

Blankenburg, E. Rogowski, R. (1986). German Labour Courts and the British Tribunal System. A Socio-Legal Comparison of degrees of Judicialisation. *Journal of Law and Society*. No. 1. Vol. 13. 67–92.

Božović, B. (2015). Sever i jug evropskog radnog i socijalnog sudstva. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. Br. 4. 2025–2046.

Božović, B. (2016). *Radni i socijalni sudovi – društvena uloga i opravdanost uvođenja u pravosudni sistem Republike Srbije*, doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Brajić, V. (2001). Ostvarivanje i zaštita prava na radu i po osnovu rada zaposlenih i radni sporovi, *Zbornik radova sa Savetovanja pravnika 4–8. jun 2001, Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*. Beograd: Udruženje pravnika Jugoslavije.

Brković, R. (2003). *Radni sud*. Kragujevac: Institut za pravne i društvene nauke Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

Burgess, P. Corby, S. Latreille, P. *Labour courts abroad*, Economic & Social Research Council, Lay Members as Judges in Employment Rights Cases.

Vranken, M. (1988). Specialisation and Labour Courts: A Comparative Analysis, *Comparative Labour Law Journal*. Vol. 9. No. 4. 497–525.

Vranken, M. (2009). *Death of Labour Law – Comparative Perspectives*, Melbourne: University Press.

Givry, J. De (1968). *Labour courts as channels for the settlement of labour disputes: an international review*. Geneva: International Labour Office. Vol. 6. 364–375.

Davies, O. (1980-1981). Social Courts in China and the German Democratic Republic, *Poly Law Review*. London. 43–45.

Lubarda, B. (2013). *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, drugo izdanje, Beograd: Pravni fakultet u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje.

Neumann, D. (1993). Federal Republic of Germany. U: Werner B. (Prir.). *European labour courts: Industrial action and procedural aspects*. Geneva: International Labour Office. 25–30.

Nielebock, H. (2004). Fünf oder ywei Gerichtsbarkeiten? [Five or two jurisdictions?]. *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*. Vol. 21. No. 1. 28–30.

Obradović, G. Kovačević Perić S. (2016). *Disciplinska odgovornost zaposlenih*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

Perišić, D. (1958). *Sudska zaštita prava iz radnih odnosa u FNRJ*. Beograd.

Steenkamp, A. (2006). *W[h]ither the Labour Courts? The Superior Courts Bill and the Future of the Labour Courts*, HeinOnline..27 Indus L.J. Juta 18.

- Shmidt, I. (2014). *The Federal Labour Court*. [Electronic version]. Preuzeto 13. 7. 2017. http://www.bundesarbeitsgericht.de/englisch/englische_version.pdf
- Stojanović, M. (2007). *Radni sporovi – SR Nemačka, Republika Italija, Republika Slovenija i Republika Srbija*, Kragujevac.
- Hepple, B. Veneziani, B. (2009). *The transformation of Labour Law in Europe*, Oxford-Portland.
- Höland, A. (2010). Ehrenamtliche Richterinnen und Richter in der Arbeitgerichtsbarkeit. U: Diederich, T. Le Friant, M. Nogler, L. Kezuka, K. Pfarr, H. (Prir.). *Individuelle und kollektive Freiheit in Arbeitsrecht*. Baden-Baden: Nomos. 296–313.
- Waas, B. (2016). German. U: Ebisui, M. Cooney, S. Fenwick, C. (Prir.). *Resolving Individual Labour Disputes - A comparative overview*. Geneva: International Labour Office.
- Weiss, M. (1994). Labour Dispute Settlement by Labour Courts in Germany. *Industrial Law Journal*. Vol. 15. Part 1. 1–19.
- Weiss, M. Schmidt, M. (2008). *Labour Law and Industrial Relations in Germany*. The Netherlands: Kluwer Law International.
- Weiss, M. (1987). *Labour Law and Industrial Relations in the Federal Republic of Germany*. The Netherlands: Kluwer Law International.
- Weiss, M. Simits, S. Rzydz, W., The settlement in Labour Disputes in the Federal Republic of Germany. U: *Industrial Conflict Resolution in Market Economies*. (Prir.) Hanami, T. Blanpain, R. Deventer: Kluwer Law International.
- Windel, P. A. Tong-Shuan, Y. (2012). *Is there a Need for Independent Labour Courts*. HeinOnline.. 7 NTU L. Rev. 319.
- Zakon o parničnom postupku. *Sl. glasnik RS*. Br. 72.2011, 49.2013 - odluka US, 74.2013 - odluka US i 55.2014.
- Zakon o radnim sudovima SR Nemačke (*Arbeitgerichtsgesetz - ArbGG*), <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/arbogg/gesamt.pdf>
- Zakon o uređenju sudova. *Sl. glasnik RS*. Br. 116.2008, 104.2009, 101.2010, 31.2011 - dr. zakon, 78.2011 – dr. zakon, 101.2011 i 101.2013.
- Poslovnik o uređenju i radu Vrhovnog kasacionog suda. *Sl. glasnik RS*. 37.2010, 51.2014, 41.2016 i 62.2016.

Marija Dragičević, LL.B.

Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

**POTENTIAL AMENDMENTS OF NATIONAL LEGISLATION
ON JUDICIAL SETTLEMENT OF LABOUR DISPUTES, BASED
ON THE GERMAN MODEL OF LABOUR JUDICATURE**

Summary

Upon examining the German model of labour judicature, analyzing the presumptions of its origin and development, and numerous positive-law solutions of German labour legislation, it can be concluded that the specialized judiciary for resolving labour disputes has numerous advantages in comparison to the courts of general jurisdiction, primarily from the aspect of social peace, fairness, legal safety and the rule of law. The Federal Republic of Germany falls into the group of countries with the best developed labour dispute resolution system. In FR Germany, labour disputes are adjudicated within a three-tiered system, which includes courts of special jurisdiction. Thus, labour judicature provides a range of solutions that contribute to a high level of efficiency in resolving labour disputes. The efficiency of labour judiciary is based on the principles of acceleration of the procedure, procedure concentration, prohibition of reversing the case for retrial, and an active role of the court. Due to these features, the German labor judicature system is often taken as an example which serves as a model for conceptualizing labor judiciary systems in other countries through the world. However, it is generally known that each country has a range of socio-political and socio-economic features. Thus, non-critical acceptance of peculiarities of foreign legislative solutions often leads to more damage than benefit. For this reason, when analyzing the potentials of the institutionalization of labour courts into the judicial system of the Republic of Serbia, it is first necessary to establish the principles of organization of labour judiciary which could be common to these two countries and, then, to establish the basic principles that could be used as the cornerstone of domestic institutionalization. Thereupon, on the basis of historical analysis of our labour judiciary as well as socio-political and socio-economic circumstances in our country, we should decide on individual operative solutions acceptable for our country.

Key words: labour courts, resolving labour disputes.

Miloš Radovanović,* Doktorand
Pravnog fakulteta, Univerzitet u
Beogradu

pregledni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1878361R

UDK: 341.645.2
Rad primljen: 25.11.2017.
Rad prihvaćen: 07.04.2018.

PODNOŠENJE AKCIONOG PLANA I AKCIONOG IZVEŠTAJA U POSTUPKU IZVRŠENJA PRESUDE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Apstrakt: Države članice Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda dužne su da izvršavaju presude Evropskog suda za ljudska prava. Nadzor nad izvršavanjem ove međunarodne obaveze vrši Komitet ministara Saveta Evrope. Ključna sredstva komunikacije između države i Komiteta ministara u postupku nadzora nad izvršenjem presuda jesu akcioni plan i akcioni izveštaj. Ovim aktima država obaveštava Komitet ministara o merama koje planira da preduzme ili koje je već preduzela, u cilju implementacije strazburške presude u nacionalni pravni sistem. Organi nadležni za donošenje propisa nisu posvetili dovoljno pažnje postupku nadzora nad izvršenjem presuda Evropskog suda za ljudska prava. Nadležnost za komunikaciju sa Komitetom ministara u tom postupku, a pre svega nadležnost za podnošenje akcionog plana i akcionog izveštaja, zbog toga nije uređena propisom. Aktivan pristup zastupnika Republike Srbije pred Evropskim sudom za ljudska prava sprečio je da ova pravna praznina izazove negativne posledice na ispunjenje međunarodnih obaveza Republike Srbije.

Ključne reči: Evropski sud za ljudska prava, Komitet ministara Saveta Evrope, izvršenje presuda Evropskog suda za ljudska prava, akcioni plan, akcioni izveštaj.

1. Uvod

Evropski sud za ljudska prava u Strazburu (dalje: ECHR) u svojoj praksi afimirisao je pravilo da bi postupak izvršenja presude koju je doneo sud trebalo smatrati sastavnim delom suđenja.¹ Važenje ovog načela nije

* milos@radovanovic.biz

1 Case EVT company v. Serbia [2007], ECHR, para. 46.

ograničeno samo na odluke nacionalnih sudova. Ono bi trebalo da se primenjuje i u pogledu presuda samog ECHR. Postupanje po presudama ECHR jedan je od puteva koji dovode do unapređenja sistema ljudskih prava u Evropi (Lambert Abdelgawed, 2008: 5). Države članice Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje: Konvencija) obavezne su da se povinuju svakoj presudi ECHR u kojoj su stranke.²

Sistem nadgledanja izvršenja, odnosno postupanja po presudama čini da sistem zaštite ljudskih prava pred ECHR zaista bude delotvoran. Na taj način u potpunosti je zaokružena pravna zaštita koju pojedinac može ostvariti pred ECHR (Plavšić, 2016: 344). Uredno izvršenje strazburških presuda ima veoma veliki značaj i za aplikanta koji je uspeo u sporu protiv države, ali i za razvoj domaćeg pravnog sistema u cilju prevencije sličnih povreda subjektivnih prava u budućnosti (Brakhuysen, Van Emmerik, 2003: 1).

Autor se u ovom radu bavi izvršenjem presuda ECHR, odnosno nadzorom nad izvršenjem presuda ECHR. Posebna pažnja biće posvećena akcionom planu i akcionom izveštaju postupku nadziranja izvršenja presuda ECHR. Autor će kritikovati domaće propise zbog toga što ne uređuju nadležnost za podnošenje akcionog plana i akcionog izveštaja, odnosno za zastupanje Republike Srbije u postupku nadzora nad izvršenjem presuda ECHR. U radu će se ukazati da je zastupnik Republike Srbije pred ECHR svojim aktivnim pristupom, a pre svega podnošenjem akcionih planova i izveštaja, uverio Savet Evrope da naša država u znatnoj meri ispunjava obavezu izvršenja strazburških presuda. Autor će ipak zaključiti da bi postojeći nedostatak u domaćem propisu trebalo otkloniti i navesti propis Republike Hrvatske kao primer na koji se može ugledati.

2. Komitet ministara u postupku nadzora nad izvršenjem presuda ECHR

ECHR (osim u određenim izuzecima) ne naznačava način na koji njegova presuda treba da bude izvršena.³ To znači da su države slobodne da procene koje mere treba preduzeti da bi presuda bila implementirana u nacionalni pravni sistem. ECHR jednostavno nema ovlašćenja da poništi, opozove ili

2 Čl. 46, st. 1 Konvencije.

3 Strazburški sud je kroz svoju praksu davno u činio jasnim da su njegove presude po svojoj suštini deklaratorne. V. Case Marck x v. Belgium [1979], ECHR, para. 58. Jedino deo presude kojim se nalaže isplata pravičnog zadovoljenja (*just satisfaction*) po svojoj prirodi nije deklaratoran.

modifikuje nacionalne zakone niti pojedinačne akte sudskih ili upravnih vlasti države članice (Forst, 2013: 5).

Sloboda država da izaberu način na koji će izvršiti presudu ECHR ipak nije apsolutna. Savet Evrope podelio je nadležnosti između ECHR, kome pripada sudska uloga, i Komiteta ministara, koji vrši izvršna ovlašćenja (Bussararin Ericson, 2016: 13). Konvencijom je propisano da Komitet ministara vrši nadzor nad izvršenjem presuda ECHR.⁴ Princip zajedničke odgovornosti država članica Saveta Evrope za poštovanje ljudskih prava, kao jedan od principa na kojima se zasniva sistem Konvencije, izražen je u postupku nadzora nad izvršenjem presuda. Nadležnost da nadgleda izvršenje presuda ECHR ima organ koji čine predstavnici država – Komitet ministara, a ne Sekretarijat Saveta Evrope (Lambert Abdelgawed, 2008: 32).⁵

Pravnosnažna presuda dostavlja se Komitetu ministara, koji nadgleda njeno izvršenje. Ako se u toku postupka po izjavljenoj predstavi postigne poravnanje (*friendly settlement*), ECHR skida predmet sa liste svojih predmeta odlukom koja sadrži kratak opis činjenica i postignutog poravnanja, a ta odluka se dostavlja Komitetu ministara, koji nadzire izvršenje poravnanja.⁶

Pravilima Komiteta ministara za nadzor nad izvršenjem presuda i prijateljskih poravnanja (*Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements*) propisano je da će Komitet ministara po prijemu pravnosnažne presude, kojom ECHR utvrđuje povredu Konvencije ili protokola uz nju, pozvati odgovornu državu (*respondent State*) da obavesti Komitet o merama koje je preduzela ili namerava da preduzme kako bi se povinovala presudi

4 V. čl. 46, st. 2 Konvencije.

5 Iako je Komitet ministara po svom sastavu jednu političko telo, on je svojim post upanjem na planu izvršenja presuda pokazao visok stepen efikasnosti i u materiji izvršenja presuda postupa upravo kao pravosudni organ (Popović, 2012: 428). Ministri spoljnih poslova država članica Saveta Evrope u praksi jednom godišnje imaju sednicu Komiteta ministara (*Session of the Committee of Ministers*). Redovne aktivnosti Komiteta ministara u sedištu Saveta Evrope obavljaju se na nivou zamenika ministara (*Ministers' Deputies*). Posebna vrsta sastanaka Komiteta ministara na nivou zamenika jes u sastanci posvećeni izvršenju presuda ECHR – *Human Rights (DH) meetings*. Ovi sastanci održavaju se po pravilu četiri puta godišnje. Sednica Komiteta ministara Saveta Evrope u 2017. godini održana je 19. maja u Nikoziji. U 2017. godini sastanci Komiteta ministara (na zameničkom nivou) posvećeni izvršenju presuda ECHR bili su zakazani za 7–10. mart, 6–7. jun, 19–21. septembar i 5–7. decembar.

6 V. čl. 39, st. 3 i 4 Konvencije.

ECHR.⁷ Komitet ministara, prilikom nadzora, trebalo bi da ispita da li je isplaćeno pravično zadovoljenje koje je dosudio ECHR. Kada je to potrebno, Komitet ministara ispitaće i da li su preduzete druge – nenovčane mere, neophodne radi izvršenja presude ECHR. Te mere mogu biti pojedinačne (*individual measures*) ili opšte (*general measures*). Cilj pojedinačnih mera je da utvrđena povreda prava prestane i da se, koliko je to moguće, oštećeno lice dovede u položaj koji je postojao pre nego što je do povrede došlo. Opšte mere preduzimaju se kako bi se sprečilo da u budućnosti dođe do sličnih povreda prava iz Konvencije.⁸

3. Pojam akcionog plana i akcionog izveštaja

Način, odnosno postupak u kome Komitet ministara vrši nadzor nad izvršenjem presuda ECHR postao je standardizovan. Radni metodi Komiteta ministara⁹ podrazumevaju da država obaveštava Komitet ministara o tome šta namerava da preduzme, odnosno šta je već preduzela, kako bi izvršila presudu ECHR, putem standardnih obrazaca – akcionog plana i akcionog izveštaja.¹⁰

Akcioni plan jeste dokument u kome se navode mere koje država planira da preduzme kako bi se izvršila presuda ECHR, doneta u postupku u kome je ta država bila stranka. U akcionom planu takođe bi trebalo da bude naveden okvirni rok (*indicative timetable*) u kome država namerava da preduzme planirane mere. Akcioni izveštaj jeste izveštaj kojim država obaveštava Komitet ministara o merama preduzetim u cilju izvršenja presude ECHR.¹¹ Država može u nekim slučajevima smatrati da su sve

7 Pravilo 6, st. 1. Pravila Komiteta ministara za nadzor nad izvršenjem presuda i prijateljskih poravnanja.

8 *Ibid*, st. 2.

9 Rađni metodi Komiteta ministara za nadzor nad izvršenjem presuda ECHR dostupni su na sajtu Odeljenja za izvršenja presuda ECHR (*Department for Execution of Judgments of European Court of Human Rights*). V. <http://www.coe.int/en/web/execution/rules-and-working-methods>, visited 20, November 2017.

10 U zaključcima zauzetim na Visokoj konferenciji Saveta Evrope održanoj 26–27. marta 2015. godine u Briselu, akcioni planovi i akcioni izveštaji pominju se kao „ključno sredstvo dijaloga između Komiteta ministara i država članica, koje takođe može doprineti unapređenju dijaloga sa drugim učesnicima, kao što su ECHR, nacionalni parlamenti i nacionalne institucije za ljudska prava.“ V. Council of Europe. High-Level Conference on the Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility, str. 141.

11 Council of Europe. Ministers' Deputies. *Information documents CM/Inf/DH(2009)29-rev, Action Plans- Action Reports Definitions and objectives*(dalje: Information documents CM/

potrebne mere već preduzete. Tada akcioni plan neće biti podnošen, već će odmah biti podnet akcioni izveštaj.¹²

Komitet ministara bi trebalo da bude obaveštavan o toku preduzimanja mera predviđenih akcionim planom, kao i eventualnim preprekama za preduzimanje tih mera. Država članica o tome obaveštava Komitet ministara novim, izmenjenim akcionim planom. Zato se može reći da je akcioni plan dokument koji se menja, koji evoluirá (*evolving document*). On se mora redovno uređivati i dopunjavati tokom procesa izvršenja presude ECHR. Trebalo bi da akcioni plan sadrži ažurne informacije o razvoju događaja, koji su se javili prilikom usvajanja i preduzimanja prvobitno planiranih mera.¹³ Menjanim, odnosno dopunjavanim akcionim planovima država Savetu Evrope pokazuje napredak postignut u postupku izvršenja presude ECHR.

Poslednja faza u „evoluciji“ jednog akcionog plana jeste akcioni izveštaj. Kada sve mere koje su opisane inicijalno podnetom akcionom planu, odnosno u akcionim planovima kojima je bio ažuriran inicijalni akcioni plan, budu preduzete, država članica će podneti akcioni izveštaj. Moglo bi se reći da poslednje ažuriranje akcionog plana akcioni plan pretvara u akcioni izveštaj.¹⁴

Akcioni planovi i akcioni izveštaji u jednom predmetu se ne isključuju. Oni se mogu i međusobno kombinovati kada postoji potreba za tim. (Omejac, 2012: 1933). U nekim slučajevima država može već prilikom prvog obaveštavanja Komiteta ministara da podnese akcioni izveštaj u kome prikazuje mere koje su već preduzete u cilju izvršenja presude ECHR. Istovremeno, država može podneti i akcioni plan koji predviđa mere koje tek treba da budu usvojene radi sprovođenja iste presude.¹⁵

Međunarodna obaveza države članice Saveta Evrope je da se povinuje presudi ECHR. Određeni obrasci pomažu Komitetu ministara da prati kako je država

Inf/DH(2009)29-rev, Action Plans – Action Reports Definitions and objectives).

12 Npr. Republika Srbija je ocenila da su preduzete sve potrebne mere da bi presuda ECHR u predmetu Anđelković protiv Srbije bila izvršena. Republika Srbija zbog toga u ovom predmetu Komitetu ministara nije podnosila akcioni plan, nego je 23. maja 2014. godine podnela direktno akcioni izveštaj.

13 Council of Europe, Department for the Execution of Judgments of ECHR, *Guide for the drafting of action plans and reports for the execution of judgments of the ECHR*, (dalje: Guide for the drafting action plans and reports), str. 3.

14 *Ibid.*

15 *Information documents CM/Inf/DH(2009)29-rev, Action Plans – Action Reports Definitions and objectives.*

to učinila. Bitno je da odgovorna država implementira presudu ECHR u svoj pravni sistem, tj. da isplati dosuđeno pravično zadovoljenje, da preduzme pojedinačne mere kako bi utvrđena povreda prava prestala i kako bi se oštećeno lice dovelo u situaciju koja je postojala pre učinjene povrede (u meri u kojoj je to moguće), te da usvoji opšte mere radi prevencije sličnih povreda u budućnosti. Da li će država u formi akcionog plana ili u formi akcionog izveštaja uveriti Komitet ministara da je to učinjeno, manje je bitno.

Obaveza države da izvrši presudu ECHR nesumnjivo jeste pravna obaveza koja proizlazi iz izričite odredbe Konvencije. Obaveza države da postupi po akcionom planu koji je sama podnela nema taj karakter. Akcioni plan nije pravno obavezujući dokument. Putem akcionog plana država izražava svoju neobavezujuću nameru da presudu izvrši na način određen u akcionom planu.¹⁶ Članica Saveta Evrope i nakon što u akcionom planu opiše planiranu strategiju kojom će presuda ECHR biti implementirana u nacionalni pravni sistem, ostaje slobodna da do te implementacije dođe nekim drugim putem. Država neće prekršiti svoje međunarodne obaveze ako u prvobitnom akcionom planu predvidi da će presudu ECHR izvršiti na jedan način, pa posle odluči da je ipak izvrši na neki drugi način.¹⁷ Ipak, uporno nepostupanje po akcionom planu, bez opravdanog razloga, može prerasti u povredu obaveze države da se povinuje presudi ECHR.

Opšti princip međunarodnog prava ljudskih prava jeste princip supsidijarnosti. Zaštita ljudskih prava po ovom načelu bi trebalo primarno da se obezbedi na unutrašnjem, a tek supsidijarno na međunarodnom planu. Državi članici treba da bude pružena mogućnost da sama otkloni eventualnu povredu konvencijskog prava, kao i sve posledice koje je ta povreda proizvela (Jakšić, 2006: 441). Akcioni plan i izveštaj jesu ključni elementi principa supsidijarnosti. Oni

16 *Ibid.*

17 Npr. u postupku izvršenja presude ECHR u predmetu Zorica Jovanović protiv Srbije, Republika Srbija je u akcionom planu podnetom 12. novembra 2014. godine predvidela da se navedena presuda ECHR izvrši pu tem osnivanja komisije odlukom Vlade, a u akcionom planu podnetom 9. januara 2015. godine predvidela je da način izvršenja te presude bude donošenje posebnog zakona (*lex specialis*). Upor. izmenjeni akcioni plan za izvršenje presude ECHR u predmet u Zorica Jovanović protiv Srbije podnet 12. novembra 2014. godine. Retrieved 20, November 2017, from [http://hudoc.exec.coe.int/eng#{\"EXECIdentifier\":\[\"DH-DD\(2014\)1358E\"\]}](http://hudoc.exec.coe.int/eng#{\) i Izmenjeni akcioni plan za izvršenje presude ECHR u predmetu Zorica Jovanović protiv Srbije, podnet 9. januara 2015. godine. Retrieved 20, November 2017, from [http://hudoc.exec.coe.int/eng#{\"EXECIdentifier\":\[\"DH-DD\(2015\)68E\"\]}](http://hudoc.exec.coe.int/eng#{\).

izražavaju odgovornost države članice da izvrši presudu ECHR i njenu slobodu da, pod nadzorom Komiteta ministara, izabere način na koji će to učiniti.¹⁸

Različite mere mogu biti potrebne radi izvršenja presude ECHR. One često imaju veliki uticaj na domaći pravni sistem. Ponavljanje pravnosnažno okončanog sudskog postupka, ako se odredi na osnovu presude ECHR, jeste pojedinačna mera za izvršenje te presude. To je mera koja ima veoma upečatljiv uticaj na princip *res judicata* u nacionalnom pravu (Lambert Abdelgawed, 2008: 18). Kao opšte mere za izvršenje presuda ECHR najčešće se pominju promena zakona i sudske prakse.¹⁹ Nekada će biti potrebno i preduzimanje mera faktičke prirode, kao što su npr. izgradnja odgovarajućih zatvora, postavljanje većeg broja sudija, obuka policijskih službenika i sl.²⁰

4. Rok za podnošenje akcionog plana i akcionog izveštaja

Obaveza izvršenja presude ECHR je безусловna. Nikakve formalnosti ne prethode nastanku obaveze države da postupi po presudi, kojom je ECHR utvrdio da je ta država učinila povredu konvencijskih prava. Obaveza države da se povinuje pravnosnažnoj presudi strazburškog suda izvire iz same činjenice da je presuda pravnosnažna. Postupak pred Komitetom ministara nije preduslov izvršenja presude, nego proces u kome se nadzire da li je ta obaveza ispunjena. Dužnost država da izvrši pravnosnažnu presudu ECHR nastaje pre no što se presuda dostavi Komitetu ministara. Stoga ni početak roka za podnošenje akcionog plana ili akcionog izveštaja nije vezan za dostavljanje presude Komitetu ministara.

Država je obavezna da podnese akcioni plan (ili akcioni izveštaj ako smatra da su potrebne mere već ispunjene) u roku od šest meseci od pravnosnažnosti presude ECHR. Ranije podnošenje je poželjno, naročito ako postoji potreba za hitnim preduzimanjem individualnih mera, ili ako je u samoj (pilot) presudi predviđen rok za preduzimanje određenih mera.²¹

18 Council of Europe. Ministers' Deputies. *Information documents CM/Inf/DH(2010)37, Supervision of the execution of judgments and decisions of ECHR: implementation of the Interlaken Action Plan – Modalities for a twin-track supervision system*, str. 10.

19 *Ibid*, str. 27–28.

20 *Ibid*, str. 31.

21 Guide for the drafting action plans and reports, str.10.

Rok za podnošenje akcionog plana, odnosno izveštaja, po svojoj pravnoj prirodi nije prekluzivan. Posledice za državu u vidu gubitka nekog prava neće nastupiti čak i ako ovaj rok protekne, a akcioni plan (ili akcioni izveštaj) ne bude podnet. Ipak, ovaj rok ne bi trebalo ignorisati. Kršenje roka za podnošenje akcionog plana ili akcionog izveštaja nije znak urednog izvršavanja međunarodnih obaveza. Propust države da blagovremeno podnese akcioni plan ne ukazuje na to da će presuda ECHR biti brzo izvršena. Takav propust može izazvati reakciju Saveta Evrope.

Odeljenje za izvršavanje presuda ECHR²² u slučaju nepoštovanja navedenog roka pismeno će pozvati organ odgovorne države da u dodatnom roku podnese akcioni plan ili akcioni izveštaj. Taj dodatni rok iznosi tri meseca, ako je reč o standardnom postupku nadzora nad izvršenjem presude ECHR, ili dva meseca, ukoliko je reč o predmetu u kome Komitet ministara nadzor vrši po pojačanoj proceduri. Prekoračenje dodatnog roka može biti razlog da Komitet ministara odluči da izvršenje presude, koje je bilo nadzirano po standardnom postupku, počne da nadgleda sa pojačnom pažnjom, tj. po pojačanoj proceduri.²³

Šestomesečni rok u komplikovanim slučajevima može biti suviše kratak za identifikovanje svih potrebnih mera. Nekada je potrebno duže vreme kako bi se odredilo koje to mere treba preduzeti da bi nedostatak u nacionalnom pravnom sistemu, otkriven presudom ECHR, bio otklonjen. Tada je neophodno u akcionom planu navesti korake koje treba preduzeti, kako bi se identifikovale mere potrebne za izvršenje presude ECHR. Takvi koraci su npr. osnivanje *ad hoc* radnih grupa, pomoć Sekretarijata Saveta Evrope, sastanci na visokom nivou, okrugli stolovi i sl. Potrebno je predvideti i rokove u kojima ovakve aktivnosti treba završiti (npr. rok u kome radna grupa treba da podnese izveštaj).²⁴

22 Poslove nadgledanja izvršenja presuda Komitet ministara obavlja uz pomoć Odeljenja za izvršenje presuda ECHR (*Department for Execution of Judgments of the ECHR*) (Lambert Abdelgawed, 2016: 342). Ovo odeljenje jeste organizaciona jedinica u okviru Generalnog direktorata za ljudska prava i vladavinu prava, tj. u okviru Sekretarijata Saveta Evrope. V. <https://rm.coe.int/16806bee46>, visited 20, November 2017.

23 Council of Europe. Ministers' Deputies. *Information documents CM/Inf/DH(2010)45 – Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Interlaken Action plan*, str. 4.

24 Council of Europe, Department for Execution of Judgments of ECHR, *Objective indicators of slowness in execution*, str. 2.

5. Nadležnost za podnošenje akcionog plana i akcionog izveštaja po propisima Republike Srbije

Organ odgovorne države podnosi Komitetu ministara akcioni plan ili akcioni izveštaj. Pozitivni propisi Republike Srbije ne određuju koji je taj organ. Čl. 13 Zakona o pravobranilaštvu²⁵ uređuje zastupanje Republike Srbije pred ECHR. Odredba st. 2 ovog čl. predviđa zastupnika Republike Srbije pred ECHR. Prema navedenoj odredbi, zastupnik Republike Srbije pred ECHR jeste zamenik državnog pravobranioca koji obavlja poslove zastupanja Republike Srbije pred ECHR.

Navedeni član zakona uređuje nadležnost za zastupanje Republike Srbije pred ECHR, ali ne i nadležnost za zastupanje pred Komitetom ministara. Nadležnost zastupnika Republike Srbije za podnošenje akcionih izveštaja i akcionih planova u postupku nadzora na izvršenjem presuda ECHR, ne može se izvesti iz Zakona o pravobranilaštvu. Ipak, sve akcione planove i akcione izveštaje dostavljene Komitetu ministara u postupku nadzora nad izvršenjem presuda od strane Srbije podneo je zastupnik Republike Srbije pred ECHR.

Pozitivnim propisima nije isključena nadležnost zastupnika Republike Srbije pred ECHR za zastupanje pred Komitetom ministara u postupku izvršenja presuda. Domaći zakoni nijednom drugom državnom organu ne stavljaju u delokrug podnošenje akcionih planova i akcionih izveštaja Komitetu ministara. Negativni sukob nadležnosti u ovoj materiji bio bi štetan za blagovremeno i uredno izvršenje presuda ECHR. Takav sukob nadležnosti državnih organa mogao bi dovesti i do kršenja međunarodnih obaveza Republike Srbije.

Nadležnost zastupnika pred ECHR da predstavlja Srbiju i pred Komitetom ministara u postupku nadzora nad izvršenjem presuda ranije se možda mogla izvesti iz čl. 6, st. 2 Uredbe o zastupniku Republike Srbije pred Evropskim sudom za ljudska prava.²⁶ Navedena podzakonska odredba glasila je: „Ako je presudom ECHR utvrđeno da je Republika Srbija prekršila Konvenciju, zastupnik se stara o izvršavanju presude. Isplata iznosa dogovorenog poravnanjem, ili naznačenog u presudi ECHR vrši se iz sredstava organa Republike Srbije čiji su akti prouzrokovali kršenje ljudskih prava.“ Uredba je prestala da važi stupanjem na snagu Zakona o pravobranilaštvu.²⁷

25 Zakon o pravobranilaštvu, *Sl. glasnik RS*, 55/14.

26 Uredba o zastupniku Republike Srbije pred Evropskim sudom za ljudska prava, *Sl. glasnik RS*, 61/06. (dalje: Uredba).

27 V. čl. 63 Zakona o pravobranilaštvu.

Postupak nadzora nad izvršenjem presuda ECHR, koji se vodi pred Komitetom ministara, nije bio u centru pažnje pisca Uredbe. Čl. 6 Uredbe u kome se (vrlo malo) pominje izvršenje presuda ECHR, prilično je neprecizan. Takvo normiranje bilo je veoma nesavršeno. Vlada prilikom donošenja Uredbe nije posvetila dovoljno pažnje postupku nadzora nad izvršenjem presuda ECHR. Izvesna pravna praznina u ovoj oblasti postojala je još u vreme važenja Uredbe.

Zakonodavac prilikom donošenja Zakona o pravobranilaštvu još manje pažnje je posvetio postupku nadzora nad izvršenjem presuda ECHR. Tačnije, zakonodavac je prilikom stavljanja Uredbe van snage potpuno prevideo da postoji postupak u kome Komitet ministara nadgleda kako države izvršavaju presude ECHR.

Postoji potreba da država opšti sa organima Saveta Evrope, pre svega sa Komitetom ministara, u cilju implementacije presuda ECHR u nacionalni pravni sistem. Zakonodavac nije bio svestan potrebe za tom komunikacijom, niti potrebe da neki državni organ u ime Republike Srbije tu korespondenciju vrši. Zakonodavno telo propustilo je da odredi koji će organ u ime Republike Srbije obavljati korespondenciju sa Komitetom ministara u postupku nadzora nad izvršenjem presuda ECHR, tj. organ koji će Komitetu ministara podnositi akcione planove i akcione izveštaje. Umesto da popuni pravnu prazninu koja je postojala u vreme važenja Uredbe, zakonodavac je tu pravnu prazninu još više produbio. Takvo normiranje ostavilo je mogućnost negativnog sukoba nadležnosti.

6. Postupanje zastupnika Republike Srbije pred ECHR

Zastupnik Republike Srbije pred ECHR pripremao je i podnosio akcione planove i izveštaje u postupku nadzora nad izvršenjem presuda, iako ga domaći propis na to ne obavezuje izričito. Zastupnik Republike Srbije nije kršio (prilično nesavršene) domaće propise u ovoj oblasti. On nije proširio svoje nadležnosti *contra legem*. Pre bi se moglo reći da je praksa zastupnika Republike Srbije u postupcima nadzora nad izvršenjem presuda ECHR popunila pravnu prazninu.

Implementacija presuda ECHR jeste obaveza države. Uspešno izvršavanje tog zadatka zahteva da u njega budu uključeni sudovi, legislatura, upravna vlast, a često i subjekti građanskog društva. Mogućnost da postupa u cilju izvršenja presude ECHR u nekom slučaju će biti na jednom telu, a u nekom drugom slučaju će biti na drugom telu unutar države. U većini

zemalja vlada je ključni državni organ za implementaciju presude ECHR (Anagnostou, Mungiu-Pippidi, 2014: 210).

Izvršavanje ovako kompleksnog posla prevazilazi moći jednog zamenika državnog pravobranioca – zastupnika Republike Srbije pred ECHR. On ne može obezbediti da najviši organi izvršne vlasti, zakonodavno telo i pravosuđe, implementiraju stavove ECHR.

Zastupnik Republike Srbije može prikupljati informacije od različitih subjekata i koordinirati njihov rad u cilju identifikacije mera koje su potrebne za izvršenje presude ECHR. Zastupnik Srbije pred ECHR, kao državni organ koji je najbolje upoznat sa praksom ECHR i Komiteta ministara, jeste najkompetentniji da proceni koje mere treba preduzeti da bi se postupak nadzora nad izvršenjem presude ECHR uspešno okončao. On može (u formi akcionog plana ili akcionog izveštaja) obavestiti organe Saveta Evrope, pre svega Komitet ministara, koje mere država u tu svrhu planira da učini i koje je već učinila. Zastupnik Republike Srbije pred ECHR nije nosilac ni političke ni sudske vlasti, pa je teško očekivati da on sam donese i sprovede mere potrebne radi uspešnog izvršenja presuda ECHR.

Zastupnik Republike Srbije pred ECHR, za razliku od zakonodavnog tela, bio je potpuno svestan postupka nadzora nad izvršenjem presuda ECHR i značaja koji u tom postupku imaju akcioni plan i akcioni izveštaj. Aktivni pristup zastupnika Republike Srbije predupredio je negativan sukob nadležnosti.

Podnošenjem akcionih planova i akcionih izveštaja, zastupnik Republike Srbije pred ECHR sprečio je da naša država prekrši dužnost izvršavanja strazburških presuda. Nedostaci u domaćem zakonu nisu se odrazili na ispunjavanje međunarodnih obaveza Republike Srbije. Statistički podaci koje je objavio Sekretarijat Saveta Evrope, odnosno Odeljenje za izvršenje presuda ECHR pokazuju da, počev od 2016. godine, Republika Srbija relativno uspešno izvršava strazburške presude i da se nadzor nad time efikasno sprovodi.²⁸

28 Komitet ministara je tokom 2016. godine u 111 slučaja ocenio da je Republika Srbija uspešno izvršila presude ECHR i odlučio da okonča nadzor u tim predmetima. Od 1. januara do 20. juna 2017. godine Komitet ministara je u 45 slučaja ocenio da je Republika Srbija uspešno izvršila presude ECHR i okončao nadzor nad njihovim izvršenjem. Da bi se shvatio stepen uspešnosti Srbije u izvršenju presuda ECHR u ovom periodu (1. januar 2016–20. jun 2017. godine) treba istaći podatak da je u istom periodu Komitetu ministara dostavljeno 39 presuda radi nadzora nad njihovim izvršenjem od strane Republike Srbije, kao i podatak da je tokom 2015. godine Komitet ministara samo u pet slučaja ocenio da je Republika Srbija uspešno izvršila

Interes međunarodne saradnje, evropskih integracija i podizanja standarda ljudskih prava u Republici Srbiji zahteva da naša država komunicira sa Savetom Evrope u postupku nadzora nad izvršenjem presuda ECHR. Akcioni plan i akcioni izveštaj jesu ključni elementi te komunikacije. Nije dovoljno da njihov značaj bude poznat samo zastupniku Republike Srbije pred ECHR. Važnost akcionog plana i akcionog izveštaja u postupku nadzora nad izvršenjem presuda ECHR trebalo bi da bude poznat i drugim državnim organima, pre svega onim najvišim, ali i stručnoj javnosti.

Međunarodne obaveze Republike Srbije ne bi trebalo da budu prepuštene entuzijazmu zastupnika pred ECHR. Radi urednog izvršenja obaveze postupanja po presudama tog suda, na duži rok u budućnosti, potrebne su norme koje jasno utvrđuju organ nadležan za podnošenje akcionih planova i akcionih izveštaja i ostalu korespondenciju sa Komitetom ministara. Taj organ naravno, može biti isti onaj koji je nadležan za zastupanje pred ECHR.

7. Nadležnost za podnošenje akcionog plana i akcionog izveštaja u uporednom pravu

U najvećem broju država isti organ je nadležan i da Komitetu ministara podnosi akcione planove i izveštaje i da zastupa državu u postupku pred ECHR. Taj organ je zastupnik države pred ECHR – državni agent (*Government Agent*). Međutim, u nekim zemljama ovaj zadatak je decentralizovan, kao što je to slučaj u Republici Irskoj i u Ujedinjenom Kraljevstvu Velike Britanije i Severne Irske, gde akcioni plan priprema organ vlasti koji je najpovezaniji sa utvrdenom povredom Konvencije. Parlamentarne delegacije takođe mogu u čestvovati u pisanju akcionih planova ili akcionih izveštaja, kao što je to slučaj u Estoniji.²⁹

Akcione planove i akcione izveštaje u postupcima nadzora nad izvršenjem presuda od strane Republike Hrvatske, slično kao i u Srbiji, Komitetu ministara podnosi zastupnik Republike Hrvatske pred ECHR. Uredba o Uredu zastupnika Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava,³⁰ u poređenju sa našom Uredbom, deluje kao savršeniji propis. Uredba je govorila samo o zastupanju Republike Srbije pred ECHR,

presude ECHR. V. Council of Europe. Department for the Execution of Judgments of ECHR. *Country Factsheet, Serbia*. Retrieved 25, June 2017, from <https://rm.coe.int/1680709761>.

29 Guide for the drafting action plans and reports, str.14–15.

30 Uredba o Uredu zastupnika Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava, *Narodne novine*, 18/12. (dalje: hrvatska Uredba).

ali ne i pred Komitetom ministara u postupku nadzora nad izvršenjem presuda.³¹ Hrvatskom Uredbom zastupniku Republike Hrvatske povereno je zastupanje i pred ECHR, ali i pred drugim organima Saveta Evrope.³² Takođe, zastupnik Republike Hrvatske pred ECHR izričito je ovlašćen da koordinira izvršenje presuda ECHR u Hrvatskoj, kao i da predstavlja Republiku Hrvatsku u postupku nadzora izvršenja pred Komitetom ministara.³³ Među poslovima koji se obavljaju u Uredu zastupnika Republike Hrvatske pred ECHR eksplicitno su nabrojani poslovi pripreme i sudelovanja u koordinaciji izvršenja presuda ECHR, kao i poslovi pripreme i sudelovanja na sastancima Komiteta ministara o izvršenju presuda.³⁴

Ured Zastupnika Republike Hrvatske pred ECHR podeljen je na tri organizacione jedinice. Jedna od njih jeste i Odeljenje za izvršenje presuda i odluka ECHR.³⁵ Poslovi koji ulaze u delokrug ovog odeljenja jasno su propisani. U te poslove, između ostalog, spada: priprema i učestvovanje u koordiniranju izvršenja presuda ECHR, poslovi pripreme i učestvovanja na sastancima Komiteta ministara o izvršenju presuda, kao i poslovi izrade predloga akcionih planova i akcionih izveštaja Republike Hrvatske o izvršenju presuda i odluka ECHR.³⁶

Hrvatska Uredba prilikom nekih budućih promena naših propisa mogla bi poslužiti kao model po kome treba urediti nadležnost za komunikaciju sa Komitetom ministara u postupku nadzora nad izvršenjem presuda ECHR.

8. Zaključak

Republika Srbija je deklarativno privržena ljudskim pravima i evropskim principima i vrednostima. Poštovanje evropskih principa i vrednosti i poštovanje ljudskih prava podrazumeva izvršavanje presuda ECHR, kao i saradnju sa organom Saveta Evrope koji to izvršenje nadzire. Akcioni planovi i akcioni izveštaji jesu ključna sredstva saradnje između država članica i Komiteta ministara. Podnošenjem tih akata država obaveštava Savet Evrope, tj. Komitet ministara o merama koje

31 Čl. 2 Uredbe.

32 Čl. 2 hrvatske Uredbe.

33 Čl. 3 alineja 2 i 3 hrvatske Uredbe.

34 Čl. 5 alineja 3 i 4 hrvatske Uredbe.

35 Čl. 6 hrvatske Uredbe.

36 Čl. 8 hrvatske Uredbe.

planira da preduzme, odnosno koje je već preduzela, kako bi presuda ECHR bila implementirana u nacionalni pravni sistem.

Akcioni plan i akcioni izveštaj jesu veoma značajni dokumenti, jer oni omogućavaju Komitetu ministara da efikasno vrši nadzor nad izvršenjem presuda ECHR. Posebno je značajan akcioni plan, jer se njime predviđaju mere koje su potrebne da u pojedinačnom slu čaju utvrđena povreda ljudskih prava bude (koliko je to moguće) otklonjena, i mere koje će sprečiti da u budućnosti dođe do sličnih povreda prava.

Državni organi koji donose propise nisu u dovoljnoj meri upoznati sa značajem ovih dokumenata. Zakonodavno telo nije pokazalo dovoljno pažnje prilikom uređivanja nadležnosti zastupnika Republike Srbije pred ECHR. Ono je potpuno previdelo postupak nadzora nad izvršenjem presuda ECHR, koji se vodi pred Komitetom ministara. Zbog toga, prilikom propisivanja delokruga poslova zastupnika Republike Srbije pred ECHR, nije predviđeno da zastupnik Republike Srbije predstavlja Republiku Srbiju i u postupku nadzora nad izvršenjem presuda ECHR, te da u tom postupku Komitetu ministara podnosi akcione planove i akcione izveštaje.

Zastupnik Republike Srbije shvatio je značaj nadzora nad izvršenjem presuda ECHR. On je, bez izričitog naloga u propisu, ipak podnosio akcione planove i akcione izveštaje. Time nije prekršio propise, nego je samo popunio pravnu prazninu koja je i ranije postojala, a koja je produbljena donošenjem Zakona o pravobranilaštvu. Zastupnik Republike Srbije pred ECHR na taj način je omogućio Komitetu ministara da se uveri u to da Republika Srbija u znatnoj meri ispunjava svoju međunarodnu obavezu izvršenja presuda ECHR u predmetima u kojima je stranka.

Akcioni plan i akcioni izveštaj nesumnjivo imaju veliki značaj za uredno izvršenje strazburških presuda. Nije dovoljno da taj značaj bude poznat samo zastupniku Republike Srbije pred ECHR. Važnost akcionih planova i akcionih izveštaja trebalo bi da bude poznata i ostalim državnim organima, pre svega onim najvišim, ali i domaćoj stručnoj javnosti. Nadležnost za podnošenje akcionih planova i akcionih izveštaja, i uopšte za komunikaciju sa Komitetom ministara, trebalo bi da bude jasno uređena propisom. Hrvatska Uredba izgleda kao primer na koji bi se propis Republike Srbije mogao ugledati.

Literatura/References

Anagnostou, D. Mungiu-Pippidi, A. (2014). Domestic Implementation of Human Rights Judgments in Europe: Legal Infrastructure and Government Effectiveness Matter. *The European Journal of International Law*. Vol. 25 no. 1. 205–227. [Electronic version]. Retrieved 25, June 2017, from <http://www.ejil.org/pdfs/25/1/2483.pdf>.

Brakhuysen, T. Van Emmerik, L, M. (2003). A Comparative View on the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights. In Christou, A, T. Raymond, J, P. (Eds.). *European Court of Human Rights: remedies and execution of judgments*. [Electronic version]. Retrieved 20, November, 2017, from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1896160.

Bussararin Ericson, M. (2016). *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*. Uppsala: Master's Thesis, Uppsala University – Department of Law [Electronic version]. Retrieved 20, May 2017, from <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:914392/FULLTEXT01.pdf>.

Council of Europe. Department for the Execution of Judgments of ECHR. *Guide for the drafting of action plans and reports for the execution of judgments of the ECHR*. Retrieved 22, June 2017, from <https://rm.coe.int/1680592206>.

Council of Europe. Department for the Execution of Judgments of ECHR. *Objective indicators of slowness in execution*. Retrieved 22, June 2017, from <https://rm.coe.int/16805b0195>.

Council of Europe. Department for the Execution of Judgments of ECHR. *Country Factsheet, Serbia*. Retrieved 25, June 2017, from <https://rm.coe.int/1680709761>.

Council of Europe. *High-Level Conference on the Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility*. Retrieved 23, November 2017, from <https://rm.coe.int/high-level-conference-on-the-implementation-of-the-european-convention/1680695a9c>.

Council of Europe. Ministers' Deputies. *Information documents CM/Inf/DH(2009)29-rev, Action Plans – Action Reports Definitions and objectives*. Retrieved 22, June 2017 from https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805adb14.

Council of Europe. Ministers' Deputies. *Information documents CM/Inf/DH(2010)37, Supervision of the execution of judgments and decisions of ECHR: implementation of the Interlaken Action Plan – Modalities for a twin-track supervision system*. Retrieved 22, June 2017 from <https://rm.coe.int/16804a327f>.

Council of Europe. Ministers' Deputies. *Information documents CM/Inf/DH(2010)45 – Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Interlaken Action plan*. Retrieved 22, June 2017 from <https://rm.coe.int/16804a3e07>.

Forst, D. (2013). The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights - Limits and Ways Ahead. *ICL Journal*. No. 3-2013. [Electronic version]. Retrieved 19, November 2017, from https://www.icl-journal.com/media/ICL_Thesis_Vol_7_3_13.pdf.

Lambert Abdelgawed, E. (2016). Dialogue and the Implementation of the European Court of Human Rights' Judgments. *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Vol. 34/4. 340-363. [Electronic version]. Retrieved 20, May 2017, from http://www.nqhr.net/pdf_file/ITS/NQHR_34_04_0340.pdf.

Lambert Abdelgawed, E. (2008). *The execution of judgments of the European Court of Human Rights*. 2nd edition, Strasbourg: Council of Europe Publishing.

Omejac, J. (2012). Izvršenje presuda i odluka Europskog suda za ljudska prava. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 5–6 (62). 1913–1942.

Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements (adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006 at the 964th meeting of the Ministers' Deputies and amended on 18 January 2017 at the 1275th meeting of the Ministers' Deputies) Retrieved 20, November 2017, from <https://rm.coe.int/16806eebf0>.

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. European Court of Human Rights. Case *EVT company v. Serbia*, Application No. 3102/05, Judgment of 21, June 2007.

European Court of Human Rights. Case *Marck x v. Belgium*, Application No. 6833/74, Judgment of 13, juna, 1979.

Zakon o pravobranilaštvu *Službeni glasnik RS*, broj 55/14.

Zastupnik Srbije pred ECHR. *Akcioni izveštaj o izvršenju presude ECHR u predmetu Anđelković protiv Srbije, podnet 23. maja 2014*. Retrieved 20, November 2017, from [http://hudoc.exec.coe.int/eng#{"EXECIdentifier":\["DH-DD\(2014\)742E"\]}](http://hudoc.exec.coe.int/eng#{).

Zastupnik Srbije pred ECHR. *Izmenjeni akcioni plan za izvršenje presude ECHR u predmetu Zorica Jovanović protiv Srbije, podnet 12. novembra 2014*. Retrieved 20, November 2017, from [http://hudoc.exec.coe.int/eng#{"EXECIdentifier":\["DH-DD\(2014\)1358E"\]}](http://hudoc.exec.coe.int/eng#{).

Zastupnik Srbije pred ECHR. *Izmenjeni akcioni plan za izvršenje presude ECHR u predmetu Zorica Jovanović protiv Srbije, podnet 9. januara 2015.* Retrieved 20, November 2017, from [http://hudoc.exec.coe.int/eng#{\"EXECIdentifier\":\[\"DH-DD\(2015\)68E\"\]}](http://hudoc.exec.coe.int/eng#{\).

Jakšić, A. (2006). *Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar.* Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Plavšić, N. (2016). *Zaštita pojedinca pred Komitetom za ljudska prava i pred Evropskim sudom za ljudska prava.* Beograd: Doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. [Electronic version]. Retrieved 19, November, 2017, from <http://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/7535/Disertacija.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Popović, D. (2012). *Evropsko pravo ljudskih prava.* Beograd: Službeni glasnik.

Uredba o zastupniku Republike Srbije pred Evropskim sudom za ljudska prava. *Službeni glasnik RS.* Br. 61. 2006.

Uredba o Uredu zastupnika Republike Hrvatske pred Evropskim sudom za ljudska prava. *Narodne novine.* Br. 18. 2012.

Miloš Radovanović,

PhD candidate, Faculty of Law, University of Belgrade

**SUBMISSION OF AN ACTION PLAN AND AN ACTION REPORT
IN THE PROCEDURE FOR THE EXECUTION OF JUDGMENTS
OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

Summary

The High Contracting Parties of the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms are obliged to execute judgments of the European Court of Human Rights. The Committee of Ministers of the Council of Europe supervises the execution of this obligation. An action plan sets out the measures the Member State intends to take to implement a judgment. An action report sets out the measures taken to implement the judgment. These acts are key tools of communication between the State and the Committee of Ministers in the procedure of supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights. The Serbian authorities in charge of enacting legislation have not paid enough attention to the supervision of the execution of the European Court judgments. The competence concerning the communication with the Committee of Ministers in the procedure of supervision of the execution of European Court judgments and submission of action plans and action reports is not regulated by domestic law. The active approach of the Government Agent of the Republic of Serbia has prevented the negative consequences that this legal gap may have on the fulfillment of international obligations of the Republic of Serbia.

Keywords: *European Court of Human Rights, Committee of Ministers of the Council of Europe, execution of ECtHR judgments, action plan, action report.*

IRACIONALNA DOKAZNA SREDSTVA KAO DEO PRAVNE TRADICIJE SLOVENA**

Apstrakt: *Iracionalna dokazna sredstva predstavljaju i deo pravne tradicije Slovena. Budući da ih poznaju gotovo svi najrelevantniji slovenski pravnoistorijski izvori, može se osnovano preptostaviti da svoje poreklo imaju u najdubljoj starini slovenskog običajnog prava. Cilj rada je da ukaže na konkretne odredbe slovenskih pravnih spomenika koje regulišu ova dokazna sredstva, da pokuša da utvrdi načine njihovog izvođenja, kao i da otkrije njihovu ulogu i odnos prema racionalnim dokaznim sredstvima.*

Ključne ruke: *iracionalna dokazna sredstva, slovensko običajno pravo, srednji vek, sudski postupak.*

1. Uvod

Iracionalna dokazna sredstva predstavljaju odliku pravnih sistema starog i srednjeg veka, u kojima je religija imala važnu ulogu. Poznata su kod Slovena i Germana, ali i drugih indoevropskih naroda. Svoju primenu nalazila su zbog pravne, ali i opšte društvene nerazvijenosti koja je ograničavala mogućnost upotrebe racionalnih dokaznih sredstava.¹

U iracionalna dokazna sredstva spadaju zakletva, sakletvenici, „božji sud“ (ordalije, pravdanje usijanim gvožđem i pravdanje vodom) i sudski dvoboj. Poznaju ih svi relevantni slovenski pravni zbornici: Ruska pravda, Novgorodska i Pskovska sudna gramota, Dušanov zakonik, Elblonška knjiga (zbornik poljskog običajnog prava), češki srednjovekovni statuti, Vinodolski zakon i drugi, pa se može osnovano pretpostaviti da svoje

* stojanovicst91@gmail.com

** Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ (broj projekta 179046), koji finansira Ministarstvo nauke, prosvete i tehnološkog razvoja.

1 Nikolić, D. : „Drevnorusko slovensko pravo“, str. 192.

poreklo imaju u najdubljoj starini slovenskog običajnog prava. Takođe, ona su i deo germanske pravne tradicije.²

Pored iracionalnih, slovenski pravni zbornici predviđaju i primenu racionalnih dokaznih sredstava. Racionalna dokazna sredstva u slovenskim pravnim izvorima su „svod“, „lice“, svedoci i isprave. „Svod“ je bio osobeno opšte-slovensko racionalno dokazno sredstvo, koje je u svojoj suštini predstavljalo način vindikacije ukradene stvari. Prema T. Taranovskom svod je bio jedna vrsta naročitog postupka, u kome su se kombinovale svojinska tužba (actio vindicatoria) i tužba zbog krađe (actio furti).³ „Lice“ (poličije, obličenije), takođe je opšteslovensko racionalno dokazno sredstvo i podrazumeva dokaze sa lica mesta, tzv. corpus delicti. Ono podrazumeva objekat krivičnog dela, npr. nešto ukradeno, nasilno oteto, ali čak i oruđe, kojim je krivično delo izvršeno.⁴ Svedoci su racionalno dokazno sredstvo, pred sudom iskazuju svoja lična opažanja, dakle ono, što su sami videli ili čuli. Isprave su dokazno sredstvo koje se pojavljuje na višem stepenu pravnog razvoja i u slovensko pravo dospevaju parcijalnom recepcijom rimsko-vizantijskog prava, ali i spontano, kao rezultat opšteg razvoja društveno-ekonomskih uslova slovenskih državno-političkih područja.⁵

Nasuprot navedenim racionalnim, stoje imaginarna (iracionalna) dokazna sredstva. Cilj ovog rada biće da upravo kroz uporedni prikaz pravnih normi sadržanih u najrelevantnijim slovenskim pravnoistorijskim izvorima, prikaže i objasni načine i tehnike izvođenja iracionalnih dokaza, da utvrdi u kojim slučajevima se primenjuju, a pre svega njihovu verodostojnost i odnos prema racionalnim dokaznim sredstvima.

2. Zakletva

Zakletva je iracionalno dokazno sredstvo poznato svim indoevropskim narodima u starom i srednjem veku. Pod njom se podrazumevalo potkrepljivanje istinitosti nekog tvrđenja prizivanjem bogova ili božjeg imena.⁶ Primenjivala se u krivičnom i građanskom sudskom postupku i predstavljala je formalističko dokazno sredstvo. Dakle,

2 Šarkić, S., Popović, D.: „Veliki pravni sistemi i kodifikacije“, str. 67.

3 Taranovski, T.: „Istorija srpskog prava u Nemanjićkoj državi“, str. 582.

4 *Ibidem*, str. 581.

5 Đorđević, A.: „Postanak i razvoj sudstva kod Slovena“, str. 123.

6 *Ibidem*, str. 78.

morala je biti položena u određenoj formi, prema običajima uz izgovaranje tačno određenih reči. Smatralo se da Bog neće dopustiti da ispravno položi zakletvu onaj koji ne govori istinu. Pogrešno polaganje zakletve dovodilo je do gubitka spora. Sa druge strane svoje utemeljenje je imala u strahopoštovanju božanstava, odnosno u društvenoj svesti da će onog koji se lažno zaklinje sustići božja kazna. U praksi je to najčešće dovodilo do toga, da ako bi optuženi zaista bio kriv za učinjeno krivično delo, onda ne bi imao hrabrosti da se zakune, pa bi tako priznavao krivično delo i krivicu.

T. Taranovski smatra da je zakletva praslovenski i opšteslovenski institut.⁷ Zakletva, kao dokazno sredstvo poznata je kod Slovena pod različitim nazivima – „rota“, „prisega“, „kletva“, „zakletie“, „po duši i po veri“, „klatwa“.⁸ Najstariji opšteslovenski naziv za zakletvu bio je „rota“.⁹ Da je postojala i u vreme pre primanja hrišćanstva nedvosmisleno nam dokazuje ugovor između kneza Olega i Vizantije iz 907. godine, kao i ugovor između kneza Igora i Vizantije iz 944. godine. Po ugovoru kneza Olega i Vizantije iz 907. godine, kojim je zaključen mir između Rusa i Romeja, predstavnici obeju strana zakleli su se svako na svoj način – Vizantinci ljubljjenjem krsta („*čjelovaše sam krst*“), a Oleg i njegova družina zakleli su se u oružje i u svoje bogove („*prema ruskom zakonu, i zaklinjahu se oružjem svojim, i Perunom, bogom svojim, i Volosom, stočnim bogom*“).¹⁰ Prvi član ugovora kneza Igora sa Vizantijom iz 944. godine navodi da postoje kršteni i nekršteni Rusi, pa se za prve kaže da će, ukoliko ne poštuju Ugovor, „*primiti kaznu od Boga Svedržitelja*“, a za druge da im neće pomoći njihov bog Perun. U završnim odredbama Ugovora, hrišćanski izaslanici zaklinju se svojom crkvom Sv. Ilije u Kijevu da će poštovati odredbe Ugovora, a nekršteni svojim štitovima i mačevima.¹¹

Zakletvu je najčešće polagao tuženi, kako bi se odbranio („očistio“) od optužbe, pa je takva zakletva bila „očišćujuća“ (purgatorna). U nedostatku drugih dokaza tužilac je mogao da položi tzv. dopunsku zakletvu. Obe vrste zakletve poznaje Šira Ruska pravda, i to u članovima 49 i 52. Član 49 Ruske pravde predviđa polaganje zakletve od strane tuženog (ostavoprimca, depozitara) u slučaju ugovora o ostavi:

7 Taranovski, T.: „*Istorija srpskog prava u Nemanjičkoj državi*“, str. 588.

8 Đorđević, A.: „*Postanak i razvoj sudstva kod Slovena*“, str. 78.

9 Izraz „*rota*“ održao se kod Poljaka i Čeha, te se njime označava formula ili tekst zakletve. Taranovski, T.: „*Istorija srpskog prava u Nemanjičkoj državi*“, str. 588.

10 *Povijest minulih ljeta ili Nestorov letopis*, str. 19.

11 Nikolić, D.: „*Drevnorusko slovensko pravo*“, str. 81.

„Ako neko nekome ostavi nešto na čuvanje, za to nisu potrebni posluhi (svedoci); ako onaj što je ostavio (posle) optužuje za više (nego što je ostavio), onaj što je čuvao da se zakune: „toliko si kod mene ostavio“, pošto mu je učinio uslugu i čuvao njegove stvari (robu).“¹² Ovim članom je, dakle, regulisana očišćujuća zakletva, koju polaže tuženi. Tužilac je polagao dopunsku zakletvu, ako nije mogao da obezbedi svedoke ili sakletvenike, što je predviđeno u članu 52: „Ako nema posluha (svedoka), a bude (u pitanju) iznos od 3 grivne, za svoj novac neka se (poverilac) zakune; ako je veći iznos, da mu se kaže: „sam si pogrešio što nisi uzeo posluhe.“¹³ Njegova zakletva je u pravom smislu dopunska, budući da nije mogao da izvede pravno jači dokaz – sakletvenike ili svedoke.¹⁴ Tužilac se dopunskom zakletvom mogao koristiti samo u sporovima male vrednosti (do 3 grivne).

Ove vrste zakletvi poznaje i poljsko običajno pravo, zapisano između 1230. i 1250. godine u Pravnoj knjizi grada Elblaga (Elblonška knjiga). Ovaj zbornik sadrži 29 članova, koji su značajni sa poznavanje starog slovenskog sudskog postupka. Najviše govori o krivičnom pravu i postupku, kao i Ruska pravda.¹⁵ U članu XXVI, stav 2 Elblonške knjige predviđena je dopunska zakletva. Tužilac, vlasnik životinje, mogao je svoje tvrdnje da potkrepi uz tri odnosno dva pomagača u sporu protiv tuženog pastira.¹⁶ Stav 3 istog člana reguliše očišćujuću zakletvu predviđajući da onaj koji je optužen za sprečavanje ispaše tuđe stoke, može sebe osloboditi odgovornosti polaganjem zakletve da to nije učinio.¹⁷

Pored podele zakletve na očišćujuću i dopunsku s obzirom na to ko je polaže (tužilac ili tuženi), postoji i podela na inokosnu i zakletvu sa pomagačima, imajući u vidu kriterijum da li zakletvu polaže samo jedno lice ili se posle njega zaklinje (ponavlja tekst zakletve) još i određeni broj lica, koji mu na taj način pomažu da zakletva bude pravovaljana. Zakletva sa pomagačima je, dakle, takva zakletva, kada posle stranke polažu zakletvu još i njeni pomagači, koji su tim izjavljivali da veruju u istinitost iskaza na koji se stranka zaklela (iuramentum de credulitate).¹⁸

12 Nikolić D., Đorđević A.: „Zakonski tekstovi starog i srednjeg veka“, str. 124.

13 *Ibidem*, str. 124.

14 Đorđević A. : „Postanak i razvoj sudstva kod Slovena“, str. 80.

15 Solovjev A. : „Istorija slovenskih prava“, str. 169.

16 Grekov B. D. : „Izabrannyye trudy, I, str. 437.

17 *Ibidem*.

18 Taranovski T. : „Istorija srpskog prava u Nemanjićkoj državi“, str. 588.

Najbolji primer zakletve sa pomagačima daje nam zbornik hrvatskog običajnog prava – Vinodolski zakon iz 1288. godine. Naime, u članu 9 ovog zakona predviđeno je: „*Ako bude parnica (pravda) pred dvorom zbog nasilja ili zbog krađe koje stvari, a tužitelj nema svjedočanstva protiv krivca i dopusti da mu se zakletva (rota), za grabež mora se krivac zakleti samo - 25...*“¹⁹ Dakle, ako nema drugih dokaza protiv optuženog za tešku krađu sa elementima razbojništva, dovoljno je da se optuženi zakune. U tome su mu morala pomoći još 24 čoveka, kako bi dokaz bio pravovaljano izveden.²⁰ Ipak, ovde se ne može sa sigurnošću utvrditi da li je reč o pomagačima u zakletvi ili sakletvenicima, posebnom dokaznom sredstvu. Izraz „samo-25“ izgleda da upućuje na zaključak da se misli na pomagače u zakletvi, budući da je naglašeno da se optuženi sam zaklinje. Sa druge strane i čl. 68 Vinodolskog zakona daje prostora za ovakvo tumačenje, jer se u njemu izričito tvrdi da se povodom krivičnog dela ubistva tuženi zaklinjao samo-50, a da se za one koji mu nedostaju mogao zakleti i sam. Slično je predviđeno i u čl. 10, gde se tražila zakletva samo-šest za krađu iz tora i paljenje žita.²¹ Poljički statut (statut autonomne hrvatske župe Poljica), takođe zbornik hrvatskog običajnog prava iz 1440. godine, poznaje zakletvu kao dokazno sredstvo, te je u sporovima o zemlji propisuje izrazom „na daj bog“ i „moje je, ne daj bog“.²²

Zakletva, kao dokazno sredstvo, postojala je i u srpskom srednjovekovnom pravu. Zakletvu je polagao tužilac, koji bi tražio natrag svoju ostavu, a primalac ostave bi je poricao, a o čemu se govori u ugovorima cara Dušana sa Dubrovnikom iz 1349. i 1357. godine: „*I gde komu daje Dubrovčanin svoj dobitak komu gode trgovcu (podrazumeva se: u poklad, tj. u ostavu), tere mu od njega u bah udrit (poriče, odreče se), da se kljne Latinin za tozi, da bude verovan po zakonu, kako su imali u roditelja i u praroditelja carstva mi.*“²³ I tuženi je polagao zakletvu po odredbama Ugovora sa Dubrovnikom iz 1349. godine: „*Koji god trgovac dovede konje kupivši iz tuđe zemlje, i prepozna ih, da se zakune trgovac sam-drugi.*“²⁴ Ovo je bila povlastica za Dubrovčane, jer se za sporove povodom krađe konja prema Dušanovom zakoniku primenjivalo posebno dokazno sredstvo – „svod“.

19 Nikolić, D., Đorđević, A.: „*Zakonski tekstovi starog i srednjeg veka*“, str. 136.

20 Izraz „samo-25“ znači da je uz optuženog zakletvu polagalo još 24 lica.

21 Detaljnije: Đorđević A.: „*Postanak i razvoj sudstva kod Slovena*“, str. 83–84.

22 Jireček K.: *Svod zakonov slovanskyh, Statut Poljički, dod. uz glavu II*, str. 402.

23 Taranovski, T.: „*Istorija srpskog prava u Nemanjićkoj državi*“, str. 589.

24 Đorđević. A.: „*Postanak i razvoj sudstva kod Slovena*“, str. 86.

3. Sakletvenici

Prema T. Taranovskom sakletvenici²⁵ su bili čestiti, neporočni i verodostojni ljudi, koji su pod zakletvom potvrđivali izvesne, bitne za dotični sudski spor, činjenice, a čijim je iskazima sud imao da pokloni bezuslovnu veru.²⁶ Razlika između sakletvenika i pomagača bila je u tome što su sakletvenici lica koja su polagala zakletvu da bi se potvrđivale činjenice bitne za sud, a posredno i činjenice o moralnim i ljudskim vrednostima stranke, dok pomagači u zakletvi samu suštinu dokazivanja i svrhu postojanja ispunjuju ponavljanjem teksta i rituala zakletve. Kod pomagača, bitan je isključivo broj izvršenih zakletvi, a kod sakletvenika bitna je garancija šire zajednice, jemstvo većeg broja srodnika ili suseda da je strana u sporu bez krivice.²⁷

Ruska pravda u članu 18, čiji je naslov *O poklepnoj viri*, predviđa pravdanje putem sakletvenika (posluha). Ovde je reč o optužbi (kleveti) za ubistvo, koja nije potkrepljena racionalnim dokaznim sredstvima – svedocima, kao i dokazima sa lica mesta, niti je optuženi uhvaćen na delu. U tom slu čaju se optuženi oslobađa odgovornosti putem 7 sakletvenika, odnosno 2, ako je optuženi stranac. Ovaj član glasi: „*Ako neko bude (lažno) optužen za viru (ubistvo), tada treba da bude 7 posluha (sakletvenika) koji će otkloniti viru (optužbu, klevetu); ako (oklevetani) bude Varjag ili ko drugi (stranac?) tada dva (posluha)*“.²⁸

Staro češko pravo, takođe, poznaje ustanovu sakletvenika. Član 7 u Statutima Konrada Otona iz 1189. godine predviđa: „*Neka niko nikoga ne optužuje, osim u slučajevima kada je šteta naneta vernim svedočanstvom suseda i ako (tužilac) bude uhvaćen u laži, tada neka bude kamenovan uz prisustvo suda opštine (zajednice)*.“ Verno svedočanstvo suseda upravo predstavlja ustanovu sakletvenika.²⁹

Elblonška knjiga, zbornik poljskog običajnog prava reguliše sakletvenike kao dokazno sredstvo. Prema ovom zborniku, tuženom je bilo potrebno pet sakletvenika u sporovima povodom lakših krađa, šest za uvredu i nanošenje telesne povrede, osam za krađu kneževih stvari, ubistvo viteza ili silovanja, a jedanaest za najteža krivična

25 Drugi slovenski izrazi za sakletvenike bili su: „poslu hi“, „rotnici, porotnici (od staroslovenske reči *rota*)“, „duševnici“, „starinici“, „starci“, „klevetnici“, a ponegde se susreće i izraz „svedoci“.

26 Taranovski, T.: „*Istorija srpskog prava u Nemanjičkoj državi*“, str. 589.

27 Đorđević, A.: „*Postanak i razvoj sudstva kod Slovena*“, str. 87.

28 Nikolić, D., Đorđević, A.: „*Zakonski tekstovi starog i srednjeg veka*“, str. 120–121.

29 Đorđević, A.: „*Postanak i razvoj sudstva kod Slovena*“, str. 90–91.

dela – razbojništvo, izdaju, tešku krađu iz kneževog dvora, provođenje osumnjičenog iz jedne opštine u drugu i paljevinu.³⁰

Vinodolski zakon, zbornik hrvatskog običajnog prava predviđa sakletvenike u nekoliko svojih članova. Tako u članu 10 predviđa: „Zbog krađe iz tora i zbog paljenja žita, koje se nalazi na polju, te zbog uzimanja sijena noću iz stoga, da to nije počinio mora se zakleti samo-šest. I tat ne smije imati odgovornika bez dozvole dvora. Ipak, onaj koji treba da položi zakletvu, neka nađe porotnike, kako bolje može...“³¹ Član 68 slično određuje: „Za ubojstvo, ako nema svjedoka, optuženi za njega mora se opravdati samo-50 svojih porotnika, kako najbolje zna i može...“³² Veoma je zanimljiv član 56 Vinodolskog zakona, budući da kao „porotnike“ predviđa žene. U slučaju kada je neko optužen za krivično delo silovanja, žena kao tužilac (oštećena), ako nije imala svedoke, svoju optužbu je mogla dokazivati putem sakletvenica: „Ako bi tko učinio nasilje kojoj ženi, upotrebivši je spolno ili bi pokušavao da to učiniti, mora platiti knezu 50 libara, a toj ženi takođe, ako se ne bude mogao s njom na koji način nagoditi. Ili ako (ona) za rečeno nasilje nema svjedoka, njoj se vjeruje; svakako mora se zakleti samo-25, stavivši ruku na evanđelje dotičući se, za rečeno nasilje, protiv onoga, na koga se bude tužila; te porotnike ta žena neka nađe, kako najbolje zna. Ako porotnika nema ili ih ne može toliko imati, ta je žena dužna zakleti se mjesto onih koji joj nedostaju. Koje se pak s njom kunu, ili ona sama poslije prvog puta, moraju taknuti rukom i reći: „na nju se kunem“. A svi njeni porotnici moraju biti žene...“³³ Da su u srpskom i hrvatskom pravu žene mogle biti sakletvenice (porotnice), dokazao je uvaženi profesor A. Solovjev.³⁴

Sakletvenici su dokazno sredstvo i srpskog srednjovekovnog prava. U Dušanovom zakoniku poznati su pod nazivom „porota“ i „porotnici“. S. Novaković smatra da je porota bila redovni sud koji je iz prakse srpskih običaja izvukao i utvrdio kralj Milutin.³⁵ Ovo gledište danas je uglavnom napušteno. T. Taranovski smatra da je porota u Dušanovom zakoniku bila bezuslovni sudski dokaz, odnosno da predstavlja tzv.

30 *Ibidem*, str. 91.

31 Nikolić, D., Đorđević, A.: „Zakonski tekstovi starog i srednjeg veka“, str. 136.

32 *Ibidem*, str. 147.

33 *Ibidem*, str. 145.

34 Solovjev, A.: „Žene kao porotnici u Dušanovom zakoniku“, Arhiv za društvene i pravne nauke, poseban otisak, Beograd 1939.

35 Novaković, S.: „Zakonik Stefana Dušana cara srpskog 1349. i 1354.“, str. 210.

„dokaznu porotu“.³⁶ Isto stanovište zastupa i K. Jireček, koji smatra da je porota bila dokazno sredstvo i naglašava da pojam porotnika potpuno odgovara pojmu sakletvenika.³⁷

Odredbe o poroti uglavnom su smeštene u drugom delu Dušanovog zakonika iz 1354. godine (čl. 151–154 DZ), pa bismo ih u duhu vizantijskog prava mogli nazvati novelama o poroti. Po rečima T. Taranovskog, novatorstvo Dušanovih novela o poroti manifestovalo se u proširivanju kruga primenjivanja porote, kao i u detaljnijoj reglamentaciji njene organizacije.³⁸ Dušanov zakonik se u članu 152 poziva na zakone kralja Milutina: „*Kako jest bilo zakon u deda carstva mi, u Svetago kralja, da su velijim vlastelom veliji vlastele porotci, a srednjem ljudem protivu (prema) ih družini, a sebrdijam ih družina da su porotci. I da nest u porote rodima ni pizmenika.*“³⁹ Dakle, vidimo da je porota bila regulisana još za vreme kralja Milutina i da se određivala prema staleškom načelu. Za veliku vlastelu porotnici moraju biti takođe velika vlastela, za srednje ljude – njihova „družina“, a za sebre (*sebrdiju*) porota ljudi iz njihovog staleža.⁴⁰ Zakonik predviđa uvođenje porote za sva krivična dela (*i za mnogo i za malo*). Broj porotnika je 6, 12 ili 24 s obzirom na težinu krivičnog dela: „*Povelova carstvo mi. Ot sada napreda da jest porota i za mnogo i za malo. Za veliko delo da jest 24 porotci, a za pomanji dlg 12, a za malo delo 6 porotca. I ti-zi porotci da nesu voljni nikoga umiriti, razve opraviti ili okriviti. I da jest vsaka porota u crkve, i pop u rizah da ih zaklne. I u porote kamo se veći(na) klnu i koga veći(na) oprave, ti-zi da su verovani.*“⁴¹ Međutim, član 151 Dušanovog zakonika ne daje kriterijum po kojem se razlikuju *veliko delo, pomanji dlg i malo delo*, niti navodi koja to posebna krivična dela spadaju u jednu od ove tri grupe. Predviđa i nadležnost, odnosno zadatak porotnika. Oni ne mogu imati ulogu medijatora stranaka, dakle posrednika koji će pomiriti stranke. Njihova uloga je ili da „oprave“, tj. da oslobode optužbe svojom zakletvom, odnosno da uskraćivanjem zakletve „okrive“ optuženog. Prema rečima K. Jirečeka, porotnici nisu sudije, jer se pred njih nisu iznosili dokazi, oni su sami dokazno sredstvo, ali od presudnog značaja – posle njihovog iskaza sudiji ostaje samo da optuženog pusti ili da mu odmeri kaznu.⁴² Za rešavanje

36 Taranovski, T.: „*Istorija srpskog prava u Nemanjičkoj državi*“, str. 607.

37 Jireček, K., Radonić, J.: „*Istorija Srba II*“, str. 124.

38 *Op. cit.*, str. 607.

39 Nikolić, D., Đorđević A.: „*Zakonski tekstovi starog i srednjeg veka*“, str. 166.

40 Solovjev, A.: „*Zakonik cara Stefana Dušana 1349. i 1354. godine*“, str. 298.

41 *Op. cit.*

42 Jireček, K.: „*Istorija Srba III*“, str. 146, 149, 160, 162, 163.

spora, presudna je većina glasova porotnika. Dušanov zakonik u članu 153 reguliše i sastav porote kod sporova sa „međunarodnim elementom“: *„Inovercem i trgovcem porotci polovina Srbalj i polovina njih družine, po zakonu Svetago kralja.“*⁴³ Ova odredba predstavlja ustupak u činjen strancima, najčešće Dubrovčanima, da polovinu porote čine upravo ljudi iz njihove družine. Član 154 DZ predviđa odgovornost porotnika koji bi „opravili nekoga“, a naknadno bi se ustanovila krivica stranke u čiju se nevinost zaklela većina: *„Koji se porotnici klnu i oprave onoga-zi po zakonu, i ako se, po to-zi oprave, poličije obrete istino u onoga-zi opravčije koga su opravili porotci, da uzme carstvo mi na teh-zi porotceh vraždu po tisuštu perper, a veće po tom da nesu ti-zi porotci verovani, ni da se kto od njih ni muži ni ženi.“*⁴⁴ Ovaj član je veoma značajan jer nam ukazuje nekoliko stvari. Pre svega, konačno razrešava dilemu da li je porota bila sud ili dokazno sredstvo. Da je porota bila sud, onda porotnici ne bi mogli krivično da odgovoraju za donetu presudu. Dakle, porotnici su isto što i sakletvenici – dokazno sredstvo. Ako bi se kasnije pojavio dokaz sa lica mesta (*poličije*), koje je u suprotnosti sa onim na šta su se zakleli porotnici, dolazilo bi do njihove krivične odgovornosti. Porotnika koji se lažno zakleo pogađale su sledeće sankcije: 1) novčana kazna od hiljadu perpera (*vražda po tisuštu perper*); 2) zabrana da ubudeće bude porotnik (*da nesu ti-zi porotci verovani*) i 3) zabrana sklapanja braka (*ni da se kto od njih ni muži⁴⁵ ni ženi*). Ovaj član sadrži i konkurenciju dokaza. To nam dokazuje da Zakonik novelom o poroti ne ukida druga dokazna sredstva. Naprotiv, *poličije* (*lice, obličienije*), kao racionalno dokazno sredstvo ima veću dokaznu snagu u odnosu na porotu.

Na kraju možemo zaključiti da je Dušanov zakonik u svom drugom delu iz 1354. godine, ipak učinio ustupak vlasteli ponovnim „oživljavanjem“ starih srpskih običaja o „poroti“ nasuprot velike reforme sudstva uvođenjem državnih carskih sudija. Sada je vlastelina u nedostatku drugih racionalnih dokaza mogao da opravda određeni broj porotnika iz njihovog staleža (*da su velijim vlastelom veliji vlastele porotci*). Ovo dokazno sredstvo prošireno je i na sva krivična dela (*ot sada napreda da jest porota i za mnogo i za malo*). Sa druge strane, kako bi sprečio moguće zloupotrebe, car Dušan je predvideo i stroge kazne za porotnike koji bi se lažno zakleli i na taj način *opravili* krivca.

43 Nikolić, D., Đorđević, A.: „Zakonski tekstovi starog i srednjeg veka“, str. 166.

44 *Ibidem*.

45 Izraz *mužiti* se predstavlja stari izraz koji je označavao stupanje u brak od strane ženskog lica. Ovaj član nam nesumnjivo dokazuje da su u srpskom srednjovekovnom pravu žene mogle da budu porotnice (sakletvenice).

4. „Božji sud“

„Božji sud“ (iudicium dei, ordal, ordalium) prastara je ustanova indo- evropskih naroda, zasnovana na verovanju da će bog nekakvim vidljivim znakom „intervenirati“ u korist nevinog.⁴⁶ Postojale su dve vrste ovog dokaznog sredstva: jednostrane i dvostrane ordalije. U prvu grupu spadalo je pravdanje usijanim gvožđem (iudicium ferri candentis; opšteslovenski: „železo“) i pravdanje vodom (iudicium aquae frigidae). Dvostrana ordalija bila je sudski dvoboj. Ovo su takođe, bila iracionalna (imaginarna) dokazna sredstva, čijem se izvođenju pristupalo jedino onda kada nije bilo direktnih, racionalnih dokaza. Da svoje poreklo imaju u najdubljoj starini slovenskog prava, nesumnjivo nam govori i Helmoldova hronika. U njoj je navedeno da su Baltički Sloveni zločince predavali sveštenicima koji su ih „ispitivali“ komadima usijanog gvožđa.⁴⁷

Većina slovenskih pravnoistorijskih izvora poznaje ordalije „železo“ i „vodu“, ali o njima govore lapidarno, kao o nečemu što je savremenicima dovoljno jasno i poznato, bez potrebe davanja konkretnih objašnjenja kako se u praksi izvode ovi dokazi. Jedini slovenski pravni zbornik koji detaljno opisuje izvođenje jednostranih ordalija je Elblonška knjiga. Ordalija „železo“ regulisana je u glavi XXIV, a pravdanje vodom u glavi XXV ovog zbornika poljskog običajnog prava. Glava XXIV Elblonške knjige propisuje da sudija tuženom nalaže izvođenje dokaza usijanim gvožđem („železom“), ukoliko ovaj nije imao svedoke ili sakletvenike i ukoliko je odbijao da se bori u sudskom dvoboju. Dokazivanje vrelim gvožđem moglo je da se izvede na dva načina: prelaženjem tuženog preko komada usijanog gvožđa, ili nošenjem u ruci takvih komada. Dokaz je smatran neuspešnim ukoliko tuženi ne bi na propisan način napravio tri koraka. Ukoliko bi to uradio pravilno, rana mu je prekrivana posebno osveštanom voskom. Posle tri dana, vosak se skidao i sudija je pažljivim pregledom konstatovao da li je dokaz uspešno ili neuspešno izveden. Inače, i samo odustajanje od „božjeg suda“ povlačilo je gubitak spora. Sveštenik je imao bitnu ulogu u izvođenju ovog dokaza. On je bio dužan da osveti i mesto i komade usijanog gvožđa svetom vodom. Čitao je molitvu o Bogu kao jedinom pravednom sudiji, dajući ovom dokaznom sredstvu pečat stvarne Božje volje.⁴⁸ Potapanje u vodu ili „stavljanje na vodu“ kao drugi način dokazivanja „božjim sudom“ propisuje glava XXV Elblonške knjige. Ovome se pristupalo ukoliko nije bilo svedoka ili sakletvenika, a sudija

46 Nikolić, D.: „Istorija prava – stari i srednji vek“, str. 183.

47 Kadlec, K.: „Prvobitno slovensko pravo pre X veka“, str. 159–160.

48 Đorđević, A.: „Postanak i razvoj sudstva kod Slovena“, str. 101–102.

je želeo da presudi istog dana. Sveštenik je morao da osveti vodu pre početka izvođenja dokaza. Tuženi je vezivan tako da nije mogao da pomera ni ruke ni noge, a obeležavan je „stavljanjem znaka na glavu“, kako bi se moglo primetiti da li tone ili ne. Oko pojasa mu se vezivalo uže, kako bi ga izvadili iz vode, ukoliko bi počeo da tone. Ako ne bi odmah potonuo, sud ga je smatrao krivim za delo za koje je optužen.⁴⁹

Češki letopis Kozme Praškog i Dekret kneza Bžetislava I iz 1039. godine takođe pominju usijano gvožđe, svetu vodu i sudski dvoboj.⁵⁰ U tekstu češke hronike Kozme Praškog i Statutima Bžetislava propisano je da je crkveni sud arhiprezvitera mogao da naloži izvođenje dokaza vrelin gvoždem ili svetom vodom (*...ako oni neće da priznaju svoju krivicu, tada neka budu podvrgnuti ispitivanju vrelin gvoždem i svetom vodom*).

Ruska pravda u grupi odredaba koje se tiču dokaznih sredstava predviđa pravdanje usijanim gvoždem i potapanjem u vodu bez objašnjavanja načina i tehnike izvođenja. Pravdanje usijanim gvoždem nalaže se optuženom za ubistvo, ukoliko ne postoje racionalni dokazi, a on ne može da obezbedi sakletvenike⁵¹ (čl. 21 ŠP): *„Kada su tražili i nisu pribavili posluha (sakletvenika), a tužilac tereti za ubistvo, neka se presudi (usijanim) gvoždem.“*⁵² Pravdanje usijanim gvoždem je predviđeno ne samo u slučaju ubistva, nego i kod krivičnog dela krađe iznad pola grivne zlata (40 grivni kuna). Za krađu vrednosti od dve do četrdeset grivni kuna predviđeno je pravdanje potapanjem u vodu. Za krađe manje vrednosti bila je dovoljna zakletva tužioca. Ovaj sistem izvođenja ordalija regulisan je već u narednom članu (čl. 22 ŠP), koji se lepo nadovezuje na prethodni: *„Tako isto (postupiti) i u svim raspravama oko krađe i optužbama, ako nema očiglednih dokaza, dati mu (usijano) gvožđe kada je (vrednost spora) do pola grivne zlata; ako je manje, onda pristupiti dokazivanju potapanjem u vodu, i to do vrednosti (spora) do dve grivne (srebra); za još manje, neka (tužilac) položi zakletvu za svoje kune (novac).“*⁵³ Ruska pravda samo još u jednom članu govori o pravdanju usijanim gvoždem. To je član 85 ŠP: *„Svi sporovi da se presuđuju sa slobodnim posluhima (svedocima), ako li posluh bude holop, da se ne pojavljuje na sudu; ako tužilac želi i uzme ga, neka kaže: „po njegovoj izjavi te uzimam“ (na odgovornost), „ali te optužujem ja, a ne holop“, pa mu (optuženom) dati (usijano) železo; ako*

49 *Ibidem*.

50 Solovjev, A.: *„Istorija slovenskih prava“*, str. 159–160.

51 Nikolić, D.: *„Drevnorusko slovensko pravo“*, str. 131.

52 Nikolić, D., Đorđević, A.: *„Zakonski tekstovi starog i srednjeg veka“*, str. 121.

53 *Ibidem*.

*(železo) pokaže krivicu, neka od njega uzme svoje, a ako ne pokaže, platiti (optuženom) grivnu za muku, pošto je optužen na osnovu holopove izjave.*⁵⁴ I ovaj, kao i prethodna dva člana (čl. 21 i 22 ŠP) ne daju nam bliže određenje postupka izvođenja ovih dokaza, pa se može pretpostaviti da je bio isti ili barem sličan onom iz Elblonške knjige.

Srpsko srednjovekovno pravo poznaje jednostrane ordalije kao dokazna sredstva pod nazivima „kotao“ i „železo“. U poveljama srpskih vladara manastirima i crkvama iz XIII i XIV veka primećuje se tendencija zabranjivanja ili značajnog ograničavanja upotrebe „božjeg suda“, očigledno pod uticajem vizantijskog i crkvenog prava.⁵⁵ Na primer, Skopska hrisovulja iz 1300. godine izrično određuje: „*da nest kotla ljudem Svetago Georgija... ni u kom potvore*“.⁵⁶ Dušanov zakonik u članu 150 propisuje kada se „železo“ izvodi kao dokaz: „*I ako kto poište sudom gusara i tata a ne bude obličenija, da im jest opravdanije železo što je položilo carstvo mi; da ga uzimaju u vrates crkvnih ot ognja i da ga postavi na svetoj trapeze*“.⁵⁷ S. Novaković objašnjava da se ovaj dokaz izvodio na sledeći način. Pred vratima crkve bi se usijalo na vatri železo (gvožđe), te je optuženi bio dužan da ga uzme i nosi od crkvenih vrata do svete trpeze. Ako bi se tom prilikom opekao značilo je da je optuženi kriv, ali ako nije došlo do opekotina⁵⁸, onda bi optuženi bio nevin i samim tim oslobođen krivične odgovornosti.⁵⁹ Iz ovog člana vidimo da Dušanov zakonik ograničava primenu ovog instituta samo na krivična dela krađe i razbojništva. Čak i u tim slučajevima ovo iracionalno dokazno sredstvo je supsidijarnog karaktera, budući da je izvođenje ovog dokaza uslovljeno nedostatkom dokaza sa lica meta, odnosno ako učinilac krivičnog dela nije uhvaćen na licu mesta (*a ne bude obličenija*). Drugo iracionalno dokazno sredstvo u Dušanovom zakoniku – „kotao“, zastupljeno je u dva člana. Član 84 glasi: „*Sudbi da ne za kotal ni oprave nikakve; kto se opravi, da ne dava sudijam oprave*...“⁶⁰ Smisao ovog člana je u tome da onaj koji se opravda ovim dokaznim sredstvom čak nije dužan ni da plati sudsku taksu (*opravu*). Iz samog člana ne saznajemo u kojim

54 *Ibidem*, str. 127.

55 Đorđević, A.: „*Postanak i razvoj sudstva kod Slovena*“, str. 105.

56 Taranovski, T.: „*Istorija srpskog prava u Nemanjičkoj državi*“, str. 584.

57 Nikolić, D., Đorđević, A.: „*Zakonski tekstovi starog i srednjeg veka*“, str. 166.

58 Zanimljivo je gledište T. Taranovskog kako je zapravo u praksi dolazilo do toga da se onaj koji se pravda usijanim gvožđem ne opeče. O tome detaljnije: Taranovski, T.: „*Istorija srpskog prava u Nemanjičkoj državi*“, str. 587–588.

59 Novaković, S.: „*Zakonik Stefana Dušana cara srpskog 1349. i 1354.*“, str. 236.

60 Nikolić, D., Đorđević, A.: „*Zakonski tekstovi starog i srednjeg veka*“, str. 159.

slučajevima se primenjuje ovo dokazno sredstvo, ali je i ono verovatno, kao i „železo“ bilo supsidijarnog karaktera. Međutim, Dušanov zakonik ovom dokaznom sredstvu daje snagu najsigurnijeg (najverodostojnijeg) dokaza. To nam govori upravo o suštini samog „božjeg suda“. Opravdanje „kotlom“ bilo je božji znak da je optuženi nevin. Takvo činjenično stanje uzimalo se kao konačno utvrđeno, te nije bilo mesta žalbi, niti ponovnom izvođenju nekog drugog dokaza, a sam spor bi postao *res iudicata*. Optuženi za koga je „božji sud“ dokazao da nije kriv, oslobođan je plaćanja sudske takse. Iako nam ne daje odgovor na pitanje u kojim slučajevima se primenjivalo dokazno sredstvo „kotao“, Dušanov zakonik ograničava njegovu primenu samo na sebe. U odnosu na vlastelu učinjen je ustupak, te se pripadnici vlastele mogu opravdati putem „porote“. Naime, u članu 106. DZ predviđeno je: *„Dvorane vlasteoski, ako učini koje zlo kto ot njih, kto bude pronijarevik, da ga oprave otčina družina porotom, ako li jeste sebar, da hvati u kotal.“*⁶¹

„Božji sud“, odnosno pravdanje putem „železa“ i „vode“, bilo je poznato svim Slovenima⁶², i ova dokazna sredstva su izvođena gotovo na istovetan način. Uticaj vizantijskog crkvenog i svetovnog prava, nedoumice u konačnom ishodu izvođenja dokaza „božjeg suda“, kao i veoma složena procedura, bili su odlučujući činioci ukidanja ovih sredstava dokazivanja, te će ih iz upotrebe sve više potiskivati sudski dvoboj.⁶³

5. Sudski dvoboj

Sudski dvoboj je iracionalno dokazno sredstvo, i to dvostrana ordalija. Poznato je većini slovenskih prava. Kao „božji sud“ takođe, je imao ulogu supsidijarnog, ali i dokaznog sredstva putem kojeg se određeni spor i konačno rešavao. Smatralo se da je pobednik u sudskom dvoboju ujedno i ona procesna stranka koja je uspjela u sporu.

Zanimljivo je da Ruska pravda uopšte ne pominje sudski dvoboj. Ili sudski dvoboj nije propisan u Ruskoj pravdi pod uticajem Crkve, ili je bio toliko utemeljen u običajnom pravu da nije bilo potrebe da se posebno navodi.⁶⁴ Međutim, u potonjim pravnoistorijskim izvorima ruskih gradova Pskova i Novgoroda (Pskovska i Novgorodska sudna gramota), za razliku od Ruske pravde, nema ni pomena o dokazivanju usijanim gvožđem, vrelom

61 *Ibidem*, str. 161.

62 Zanimljivo je da jedino zbornik hrvatskog običajnog prava, Vinodolski zakon iz 1288. godine, nema ni pomena o „božjem sudu“.

63 Đorđević A.: *„Postanak i razvoj sudstva kod Slovena“*, str. 107.

64 *Ibidem*, str. 109.

vodom i slično, dok je sudski dvoboj (*pole*) propisan u mnogim njihovim odredbama. Naime, prema odredbama Pskovse sudne gramote, sudski dvoboj se uvek odvijao u prisustvu dvojice izaslanika – jednog kneževog i jednog gradskog. Pobjedniku u ovoj tuči toljagama, priznavano je da je u konkretnom slučaju on bio u pravu, a ne suprotna, u dvoboju pobeđena strana. Ako su suprotstavljene strane žene, nijedna nije mogla da za sudski dvoboj uzme zamenika, već su morale da se lično bore. Pravo da se umesto njih bore njihovi zamenici, imali su samo sveštenici, monasi, maloletni, bolesni i invalidi.⁶⁵

Češko srednjovekovno pravo takođe poznaje sudski dvoboj kao dokazno sredstvo. Prema K. Kadlecu sudski dvoboj se u češkom pravu nazivao „štot“.⁶⁶ U Konradovom Statutu predviđeno je da se sudski dvoboj može nalagati samo strancima. Rožemberska knjiga, zbornik češkog običajnog prava, navodi da je za postupak povodom ubistva, sud nalagao izvođenje sudskog dvoboja mačevima, a palicama ili motkama za nezakonito prisvajanje stvari ubijenog.

Sudski dvoboj, kao i jednostrane ordalije, najbolje je objašnjen u glavi XXIII Elblonške knjige⁶⁷, zborniku poljskog običajnog prava. Sudija je, po tekstu prvog člana pomenute glave, pitao tuženog da li ima svedoke koji bi potvrdili njegovu nevinost. Ukoliko tuženi ne bi mogao da obezbedi svedoke, sudija bi nalagao izvođenje sudskog dvoboja. Ako bi tuženi prihvatio dvoboj, obe strane su dobijale rok od 14 dana za pripremu. Elblonška knjiga pravi razliku u načinu izvođenja dvoboja, vodeći računa o društvenoj pripadnosti strana u sporu. Ukoliko su obojica seljaci, tuku se toljagama. Ako bi plemić izazvao seljaka, takođe bi se tukli toljagama. Jedino bi se borili mačevima ako bi seljak bio tuženi, a plemić tužilac. Sudski dvoboj u Poljskoj je bio naročito surov: propisano je čak da im se glave pospu pepelom „kako krv ne bi išla u oči i ometala ih u borbi.“ Učesnici su imali štitove i toljage u rukama. Tukli su se sve dok jedna strana ne bi priznala da je pobeđena, ili dok neko od njih ne bi poginuo. Posledice sudskog dvoboja bile su sledeće: ako bi izgubio tužilac, uz gubitak spora bio je dužan da plati kaznu koja je inače bila predviđena za to krivično delo. Tuženi koji je bio pobeđen u dvoboju, gubio je spor i za njega su nastajale sve posledice koje su proisticale iz toga.⁶⁸ U daljem

65 Nikolić D. : „Istorija prava – stari i srednji vek“, str. 251.

66 Kadlec K. : „Prvobitno slovensko pravo pre X veka“, str. 125.

67 Grekov B. D. : „Izabrannye trudy, I, str. 431.

68 Prema optuženom za krivično delo izdaje koji bi izgubio u sudskom dvoboju, izvršavana je i dodatna sankcija – kamenovanje od strane okupljenog naroda.

tekstu navedene glave Elblonške knjige propisani su uslovi pod kojima je viši ili niži feudalac mogao da zahteva zamenu u sudskom dvoboju, tj. da umesto njega u dvoboju učestvuje neki njemu podvlašćen čovek. Knez je kao gospodar zemlje u svakom slučaju mogao da pošalje bilo koga od svojih ljudi da se bori umesto njega. Međutim, kada bi došlo do sudskog spora između feudalca i kmeta, izričito je propisano da se feudalac ne može boriti sa svojim zavisnim seljakom. Tada bi feudalac kao zamenu uzimao drugog kmeta, koji be se borio u feudalčevo ime. Sveštenici su takođe, mogli da šalju zamenike u sudskom dvoboju. Sudski dvoboj je bio dokazno sredstvo i u sporovima zavisnih ljudi sa crkvenih poseda.

Srpski i hrvatski pravnoistorijski izvori ne pominju sudski dvoboj. U literaturi postoji mišljenje da je izraz *uzdanije* koji upotrebljava Dušanov zakonik označavao sudski dvoboj. Ovo je naročito zastupao S. Novaković upoređujući srpski izraz „uzdanije“ sa češkim „vzdani“ koji upotrebljava neusvojeni češki zakon *Maiestas Carolina* iz sredine XIV veka.⁶⁹ U savremenoj literaturi ovo gledište nije prihvaćeno. K. Jireček ukazuje na član 131. Dušanovog zakonika⁷⁰, izvodeći zaključak da se sudski dvoboj dozvoljava jedino vojnicima. Sa druge strane A. Solovjev iznosi mišljenje da je ovde reč najverovatnije o recepciji vizantijskog prava.⁷¹

Jedinu indiciju da je u srpskom srednjovekovnom pravu sudski dvoboj postojao kao dokazno sredstvo sadrži Skopska hrisovulja kralja Milutina iz 1300. godine, u kojoj se kaže: „*da nest kotla ljudima Svetago Georgija, ni nadstave ni belega ni u kom potvore*“. Izraz *beleg* možda predstavlja nekadašnji sudski dvoboj, budući da je pomenut uz „koto“ i da je poznat izraz „izaći na beleg“.⁷²

6. Mesto iracionalnih dokaznih sredstava u dokaznom sistemu slovenskih pravnoistorijskih izvora

Svi relevantni slovenski pravnoistorijski izvori propisuju pravdanje iracionalnim dokaznim sredstvima. Pored toga, oni nastoje i da odrede u kojim slučajevima se ona imaju primeniti, kao i kakav je njihov odnos u konkurenciji sa racionalnim dokaznim sredstvima, odnosno koji je redosled izvođenja dokaza. Budući da se uočavaju izvesne zakonitosti u

69 Novaković S. : „*Zakonik Stefana Dušana cara srpskog 1349. i 1354.*“, str. 206-207.

70 Član 131. DŽ: „*Na vojsce svade da nest. Ako li se svadita dva, da se bijeta, a in nikto od vojnik da im ne pomaže. Ako li kto poteče i pomaže na porvicu, oni-zi da se (u)biju.*“ Nikolić D., Đorđević A. : „*Zakonski tekstovi starog i srednjeg veka*“, str. 163.

71 Solovjev A. : „*Istorija slovenskih prava*“, str. 520.

72 Đorđević A. : „*Postanak i razvoj sudstva kod Slovena*“, str. 115.

redosledu izvođenja dokaza koji propisuju pojedini slovenski pravni spomenici, to će i cilj ovog odeljka biti da ukaže na njih.

U Ruskoj pravdi (Šira pravda), se redosled izvođenja dokaza može najbolje uočiti kod krivičnog dela ubistva. Naime, iz samog naslova člana 18. ŠP *O pokleпноj⁷³ viri*, vidimo da je reč o lažnoj optužbi za ubistvo, tj. o optužbi koja nije zasnovana na racionalnim dokazima. Dakle, primat imaju racionalna dokazna sredstva – dokazi sa lica mesta (lice, obličenije, corpus delicti) i svedoci. U nedostatku ovih, pristupa se pravdanju iracionalnim dokaznim sredstvom – sakletvenicima (posluhima), kojih je prema članu 18. ŠP trebalo da bude 7, odnosno 2, ako je optuženi bio stranac. Ako optuženi nije mogao da pribavi sakletvenike, onda se pristupali jednostranoj ordaliji – pravdanje usijanim gvožđem prema članu 21. ŠP. Ova ordalija se primenjivala i za krivično delo teške krađe - krađa vrednosti iznad pola grivne zlata (čl. 22 ŠP). Pravdanje vodom, u nedostatku drugih dokaza, primenjivalo se za lakšu krađu (od dve do četrdeset grivni kuna). Za sitnu krađu bila je dovoljna zakletva tužioca. Analizom datih odredaba, možemo izvesti zaključak da Ruska pravda određuje sledeći redosled dokaznih sredstava:

1. lice (dokazi sa lica mesta; *očigledni dokazi* – čl. 22 ŠP; corpus delicti, ili kod dozvole samopomoći u čl. 34. ŠP);
2. svedoci (za telesne povrede - npr. čl. 29. i čl. 31. ŠP, ili kada je predmet zajma veće vrednosti od 3 grivne – čl. 52 ŠP);
3. sakletvenici (7 odnosno 2) za ubistvo; zakletva za imovinske sporove manje vrednosti (npr. prema čl. 52. ŠP kod zajma do 3 grivne).
4. „božji sud“ - usijano gvožđe za teža krivična dela; pravdanje vodom – za lakše krađe.

Gotovo isti redosled dokaznih sredstava primetićemo i u hrvatskom zborniku običajnog prava Vinodolskom zakonu. Ono što je odmah uočljivo jeste da Vinodolski zakon ne poznaje ustanovu „božjeg suda“. Takođe, u samom Zakonu ne nailazimo i na opšteslovenski izraz „lice“, odnosno neki drugi sličan izraz (poličije, obličenije itd), kojim bi se označavali direktni dokazi sa lica mesta (corpus delicti), kao što je to na primer ukradena stvar, sredstvo kojim je izvršeno krivično delo itd. Samo u jednom članu zapažamo izraz kojim bi, prema našem mišljenju, moglo da bude obuhvaćeno i ovo racionalno dokazno sredstvo (čl. 9 VZ): „*Ako bude parnica (pravda) pred dvorom zbog nasilja ili zbog krađe koje stvari,*

73 Sama reč „k lepatí“ u savremenom neknjiževnom ruskom jeziku u i da lje znači oklevetati, lažno optužiti.

a tužitelj nema svjedočanstva protiv krivca i dopusti mu se zakletva (rota), za grabež mora se krivac zakleti samo-25...⁷⁴ Dakle, ako tužilac nema svjedočanstva za krivično delo krađe, tuženi se mogao opravdati zakletvom sa još 24 pomagača. Izraz *svjedočanstvo* Vinodolskog zakona podrazumeva racionalne dokaze, odnosno prema terminologiji člana 22. Ruske pravde *očigledne dokaze*. Pod ovim izrazom (*svjedočanstvo*) spada svakako „lice“, ali on može obuhvatiti i svedoke. Član 68. Vinodolskog zakona jasno predviđa da u slučaju kada nema svedoka za krivično delo ubistva, tada se optuženi opravdava zakletvom sa pomagačima, a slučaju da nema dovoljnog broja pomagača budući da je bilo potrebno „samo-50“, mogao je da se sam zakune onoliko puta, koliko nedostaje pomagača. Imajući u vidu ove odredbe možemo utvrditi redosled izvođenja dokaza prema Vinodolskom zakonu:

1. svjedočanstvo:

- a) „lice“
- b) svedoci;

2. zakletva:

- a) zakletva sa pomagačima (samo-25, samo-6, samo-50)
- b) polaganje zakletve od strane tuženog onoliko puta, koliko nedostaje pomagača.

Elblonška pravna knjiga takođe pravi gradaciju dokaznih sredstava. Ako nema direktnih, nesumnjivih dokaza, onda se kao dokazno sredstvo određuju sakletvenici. Po redosledu izvođenja dokaza, slično Ruskoj pravdi, sakletvenici su bili ispred dvoboja i ordalija.⁷⁵ O tome svedoči glava XXIV: „Ukoliko sudija svom čoveku, koji je optužen i ne može da ima svedoke (sakletvenike), naloži da se bori u sudskom dvoboju, a ovaj kaže da ne može da se bori, i nečim potvrdi svoju nemoć (da se bori), obavezan je da nosi železo.“⁷⁶ Dakle, kada je redosled izvođenja dokaza po Elblonškoj knjizi u pitanju, stvar je jasna:

1. „lice“,
2. svedoci (zahtevani od tužioca, slično kao u odredbama ruskog prava),
3. sakletvenici,

74 Nikolić D., Đorđević A. : „Zakonski tekstovi starog i srednjeg veka“, str. 136.

75 Đorđević A. : „Postanak i razvoj sudstva kod Slovena“, str. 91.

76 Grekov B. D. : „Izabrannyye trudy, I, str. 432.

4. sudski dvoboj,
5. „božji sud“ (ordalije).

U srpskom srednjovekovnom pravu, kao i u pravima drugih slovenskih naroda tog vremena, može se uočiti određeni redosled dokaznih sredstava. Dušanov zakonik poznaje dokazno sredstvo „lice“, i to pod nazivima *obličeniye* (čl. 150. DZ), *poličiye* (čl. 154. DZ), *lice* (čl. 92. DZ). U Dušanovom zakoniku ne nalazimo svedoke u užem smislu reči, tj. kao racionalno dokazno sredstvo, ali se oni pominju u Skraćenoj Sintagmi, koja u skoro svim rukopisnim prepisima prati Dušanov zakonik.⁷⁷ Takođe, Dušanov zakonik poznaje sakletvenike (porotu), ali i ordalije „kotao“ i „železo“. O odnosu „lica“ sa iracionalnim dokaznim sredstvima Dušanov zakonik nam daje sledeće podatke. U čl. 150. predviđeno je opravdanje „železom“ za krivično delo krađe i razbojništva, ako ne bude *obličeniya*, tj. dokaza sa lica mesta, a čl. 154. DZ daje prednost *poličiju* nad porotnicima koji su se (kako se kasnije ispostavilo) lažno zakleli. Što se tiče odnosa „porote“ i „božjeg suda“ Dušanov zakonik ne govori, za razliku od Ruske pravde gde se u slučaju ubistva nedvosmisleno kaže, da ako optuženi ne može da pribavi sakletvenike, pristupa pravdanju usijanim gvožđem. Jedino u čl. 106. DZ predviđa da je za sebre obavezna ordalija „kotao“, dok je za vlastelu dovoljna „porota“, ali i tada ne u kojim slučajevima. Iako ne osvetljava do kraja odnose iracionalnih i racionalnih dokaznih sredstava, posmatrajući odredbe Dušanovog zakonika zajedno sa Skraćenom sintagmom, možemo pretpostaviti sledeći redosled dokaznih sredstava:

1. „lice“,
2. svedoci,
3. porotnici (porota),
4. „božji sud“ – „kotao“ i „železo“.

Na osnovu ovakvog rasporeda dokaznih sredstava u navedenim slovenskim pravnim izvorima, zaklju čujemo da se prvo pristupalo izvođenju racionalnih dokaza – lica i svedoka, potom poluracionalnog dokaza – sakletvenika, i na kraju iracionalnog „božjeg suda“ – ordalija, u početku jednostranih, koje je vremenom počela da zamenjuje dvostrana ordalija – sudski dvoboj. Kriterijum prema kojem su razvrstana dokazna sredstva, odnosno utvrđen redosled koji se morao poštovati prilikom izvođenja dokaza, bio je stepen racionalnosti dokaznih sredstava.

77 Đorđević A. : „Postanak i razvoj sudstva kod Slovena“, str. 119.

Prema tom kriterijumu postojanje racionalnih isključivalo je primenu iracionalnih dokaza, koji su imali supsidijarni karakter. Naime, nijedan slovenski pravni spomenik ne navodi mogućnost kumulativnog izvođenja racionalnih i iracionalnih dokaznih sredstava u sudskom postupku, već samo predviđa primenu iracionalnih jedino u slu čaju nepostojanja racionalnih dokaza. Dakle, nikada se u sudskom postupku nije moglo desiti npr. da se okrivljeni za krivično delo ubistva opravda iracionalnim dokaznim sredstvom „božjeg suda“- pravdanje usijanim gvožđem (kao dokaznog sredstva eventualno jače pravne snage), ako protiv njega već postoje očigledni racionalni dokazi, kao što su „lice“ (stvari sa lica mesta, telo ubijenog, sredstvo kojim je krivično delo izvršeno), svedoci koji su svojim izjavama posvedočili da je okrivljeni zaista izvršio krivično delo itd. Presuda je mogla biti doneta ili samo na osnovu racionalnih, ili samo na osnovu imaginarnih dokaza. Dakle, i putem iracionalnih dokaznih sredstava postizalo se potupno isto što i putem racionalnih dokaza – konačno rešavanje spora, što znači da se njihova pravna snaga i verodostojnost nije dovodila u pitanje.⁷⁸

Međutim, razlog njihovog sekundarnog i supsidijarnog karaktera leži upravo u njihovoj iracionalnoj prirodi, jer se putem njih utvrđivala samo formalna, a ne i materijalna istina. Da je to bilo jasno utvrđeno u pravnoj svesti Slovena, nesumnjivo nam dokazuje i redosled po kojem je trebalo pristupati izvođenju dokaza, koji je gotovo isti u svim slovenskim pravnim zbornicima, dok je čak u Elblonškoj knjizi na mestu u kojem se govori o pravdanju vodom navedeno da sudija ipak, nerado određuje ovakav način dokazivanja. Razlog zbog kojeg su se slovenski zakonodavci opredeljivali da imaginarna dokazna sredstva uvrste u svoje zbornike, jeste pre svega, njihova duboka ukorenjenost u slovenskom običajnom pravu.⁷⁹ Takođe, na taj način, omogućili su da nijedan spor ne ostane nerešen usled nedostatka racionalnih dokaza. Ponekad su ova dokazna sredstva dobijala i širu primenu iz političkih razloga, kao npr. mogućnost pravdanja putem „porote“ za vlastelu u Dušanovom zakoniku.

78 Jedino Dušanov zakonik ostavlja mog učnost da se verodostojnost zak letve porotnika (šak letvenika) dovode u pitanje zbog moguće zloupotrebe, i to pu tem racionalnog dokaznog sredstva – *poličije*, koje bi se kasnije pronašlo. Stroge lične i imovinske sankcije su predviđene u čl. 154. DZ za porotnike koji bi se lažno kleli. Naravno, verodostojnost ordalija („božjeg suda“), nije mogla biti osporena, jer se pu tem njih u tvrđivala božja volja.

79 Dokazivanje vrelim gvožđem opstalo je na ju žnoslovenskim prostorima do XIX veka (u Vukovom Rječniku je opisano pod pojmom „mazija“).

7. Zaključak

Iracionalna dokazna sredstva propisana su u svim najvažnijim slovenskim pravnim izvorima. To je dokaz njihovog opšteslovenskog porekla. Zakletvu i sakletvenike poznaju sva slovenska prava. Ustanovu „božjeg suda“ nije poznavalo hrvatsko običajno pravo, budući da nema nikakvih pomena o njoj u Vinodolskom zakonu. Takođe, skoro da nema ni jednog čvršćeg dokaza u južnoslovenskim izvorima o postojanju sudskog dvoboja kao dokaznog sredstva na tim prostorima. Uglavnom se slovenski pravni spomenici odnose prema njima lapidarno, ne opisujući detaljnije načine i tehnike izvođenja ovih dokaza. Ovo naročito važi za ordalije. Zbog toga se prilikom njihovog proučavanja najviše oslanjamo na zbornik poljskog običajnog prava Elblonška knjiga⁸⁰, u kojem su detaljno opisano pravdanje usijanim gvožđem i pravdanje vodom, kao i sudski dvoboj. Ova dokazna sredstva nisu primarnog, već sekundarnog i supsidijarnog karaktera u odnosu na racionalna dokazna sredstva. Razlog ovome, je u njihovoj iracionalnosti, budući da se njima utvrđivala samo formalna, ali ne i materijalna istina. Slovenski zakonodavci su bili svesni ove činjenice, pa su upravo i predvideli redosled izvođenja dokaza prema kojem prednost imaju racionalna dokazna sredstva, a tek u njihovom nedostatku se moglo pristupiti izvođenju imaginarnih dokaza. Kada bi došlo do njihove primene, iracionalna dokazna sredstva su smatrana verodostojnim i na osnovu njih bi spor bio rešavan. Međutim, kod dokaznog sredstva – sakletvenika, moglo se postaviti pitanje njegove verodostojnosti, jer je postojala realna opasnost (naročito, kada uticaj religije počne da slabi), da se sakletvenici lažno zakunu. Zbog toga je Dušanov zakonik predvideo stroge lične i imovinske sankcije za „porotnike“, koji bi lažnom zakletvom „opravili“ optuženog. Kod „božjeg suda“, takve opasnosti nije bilo, pa je smatran apsolutno verodostojnim dokazom. Međutim, vremenom, jednostrane ordalije, koje su u slovenskom pravu poznate pod nazivima „železo“ i „voda“, svoje mesto su sve više počele da ustupaju dvostranoj ordaliji – sudskom dvoboju. Taj prelaz, verovatno je najbolje uočljiv u ruskom pravu. Naime, Ruska pravda propisuje jednostrane ordalije, dok ništa ne govori o sudskom dvoboju. Sa druge strane, potonji ruski pravnoistorijski izvori Novgorodska i Pskovska sudna gramota ništa ne govore o jednostranim ordalijama, a predviđaju

80 Ovo se u literaturi objašnjava time što je poljsko običajno pravo (Elblonška knjiga) zapisano od strane nemačkih zavojevača za potrebe njihovog suda, kojima poljski (slovenski) pravni običaji nisu bili poznati, pa su nastojali da ih što iscrpnije zabeleže.

sudski dvoboj pod nazivom „pole (polje)“. Slična situacija je postojala u češkom i poljskom pravu.

Predstavljajući deo slovenskog običajnog prava, iracionalna dokazna sredstva našla su svoje mesto i u slovenskim pravnim zbornicima i zakonicima, kao važna dopuna dokaznog sistema u kome su primat imala racionalna dokazna sredstva. Usled nedostatka dokaza putem kojih bi se utvrdila materijalna istina u nekom sporu, a što je prema pravnom i uopšte društvenom razvoju onog vremena u praksi moglo biti često, primena iracionalnih dokaznih sredstava bila je nužna, kako bi se, pa makar i na temelju formalne istine rešio neki građanskopravni spor, odnosno utvrdila nečija krivična odgovornost u krivičnom postupku.

Literatura/References

Grekov B. D, *Izabrannyye trudy, tom I*, Moskva 1957.

Đorđević Aleksandar, *Postanak i razvoj sudstva kod Slovena*, Niš 2008. Jireček K, Radonić J, *Istorija Srba, knjiga II*, Beograd 1998.

Jireček K, *Svod zakonuv slovanskych, Statut Poljički, dod. uz glavu II*, Prag 1880.

Kadlec Karlo, *Prvobitno slovensko pravo pre X veka*, Beograd 1924.

Nikolić Dragan, *Drevnorusko slovensko pravo*, Beograd 2000, Službeni list SRJ.

Nikolić Dragan, *Istorija prava – stari i srednji vek*, Niš 2010, Sven Niš. Nikolić Dragan, Đorđević Aleksandar, *Zakonski tekstovi starog I srednjeg veka*, Niš 2013, Pravni fakultet u Nišu, Centar za publikacije.

Novaković Stojan, *Zakonik Stefana Dušana cara srpkog 1349. i 1354*, Beograd 1898.

Povijest minulih ljeta ili Nestorov letopis, (preveo sa ruskog N. Benković), Beograd 2003.

Solovjev Aleksandar, *Žene kao porotnici u Dušanovom zakonik*, Arhiv za društvene i pravne nauke, poseban otisak, Beograd 1939.

Solovjev Aleksandar, *Zakonik cara Stefana Dušana 1349. i 1354. godine*, Beograd 1980, Srpska akademija nauka i umetnosti, Odeljenje društvenih nauka.

Solovjev Aleksandar, *Zakonodavstvo Stefana Dušana cara Srba i Grka*, Beograd 1998, Klasici jutoslovenskog prava, Službeni list SRJ.

Solovjev Aleksandar, *Istorija slovenskih prava*, Beograd 1998, Klasici jugoslovenskog prava, Službeni list SRJ.

Solovjev Aleksandar, *Postanak i značaj Dušanovog Zakononika*, Beograd 2001, Dosije.

Taranovski Teodor, *Istorija srpskog prava u Nemanjićkoj državi*, Beograd 2002, Izdavačko preduzeće „Lirika“.

Šarkić Srđan, Popović Dragoljub, *Veliki pravni sistemi i kodifikacije*, Novi Sad 2012, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Centar za izdavačku delatnost.

Stefan Stojanović,

PhD student,

Faculty of Law, University of Niš

IRRATIONAL EVIDENCE AS PART OF THE LEGAL TRADITION OF THE SLAVS

Summary

Irrational evidence is part of the legal tradition of the Slavs. Considering the fact that irrational evidence is recognized in almost all relevant Slavic legal history sources, it can be reasonably assumed that this type of evidence has its origins in the deepest antiquity of the Slavic customary law. The aim of the paper is to point out to the specific provisions of Slavic legal sources which regulate this type of evidence, to try to determine the procedure for aducing such evidence, and to discover their role as compared to rational evidence.

Key words: *irrational evidence, Slavic customary law, Middle Ages, judicial proceeding.*

Bojana Arsenijević,*
Doktorand Pravnog fakulteta,
Univerziteta u Nišu

pregledni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1878401A

UDK: 347.67

Rad primljen: 14.12.2017.

Rad prihvaćen: 04.02.2018.

TAJNO ZAVEŠTANJE U POJEDINIM SAVREMENIM EVROPSKIM PRAVNIM SISTEMIMA

Apstrakt: U radu se analizira tajno (mistično, zatvoreno) zaveštanje kao jedan od oblika zaveštanja u savremenim evropskim pravnim sistemima. Autor je obuhvatio zakonska rešenja i stavove teorije o tajnom zaveštanju u francuskom, nemačkom, italijanskom i ruskom pravu, te ukazao na postojeće razlike u pogledu uslova za njegovu punovažnost u navedenim pravima. Poseban deo rada posvećen je prednostima i nedostacima tajnog zaveštanja. Na kraju, autor daje argumente zbog čega treba razmisliti o regulisanju ovog oblika zaveštanja domaćim naslednopravnim propisima.

Glavne reči: zaveštanje, forma zaveštanja, oblici zaveštanja, tajno (mistično, zatvoreno) zaveštanje.

1. Uvod

Pravo zahteva da poslednja volja zaveštajno sposobnog lica bude iskazana u odgovarajućoj formi, kako bi mogla da proizvede odgovarajuće pravne posledice. S obzirom na propisane zahteve forme, prave se razlike između oblika zaveštanja, koje pravni sistem svake pojedinačne države reguliše u oblasti ostvarivanja slobode zaveštajnog raspolaganja. Tajno, mistično ili zatvoreno zaveštanje je jedan od regulisanih oblika zaveštanja na evropskom pravnom području, koje je posebno interesantno imajući u vidu da je reč o javnom obliku zaveštanja, u čijem sastavljanju učestvuje javni beležnik, a koje zaveštaocu obezbeđuje tajnost sadržine njegove poslednje volje.

Predmet rada je pravna regulativa tajnog zaveštanja u pojedinim savremenim evropskim pravnim sistemima: u francuskom, nemačkom,

* a.bojana@prafak.ni.ac.rs

italijanskom i ruskom pravu. Navedeni pravni sistemi izabrani su na osnovu njihovog značaja za domaće pravo, a imajući u vidu istorijski uticaj tih prava na izgradnju i razvoj domaćeg prava i političko-ekonomske odnose između navedenih država i Republike Srbije.

Uporednopravna analiza pružiće saznanja o uslovima punovažnosti ovog oblika zaveštanja, a naročito o njegovim prednostima, koji su bili razlog njegovog pravnog regulisanja, kao i o njegovim nedostacima, koji utiču na njegovu popularnost u primeni. Na osnovu svega navedenog, razmotrićemo opravdanost regulisanja *de lege ferenda* tajnog zaveštanja u domaćem pravu.

2. Pojam zaveštanja i formalnost kao obeležje zaveštanja

Zaveštanje ili testament¹ je „jednostrana, strogo lična i uvek opoziva izjava volje zaveštajno sposobnog lica kojom ono, u zakonom propisanom obliku, raspoređuje svoju imovinu za slučaj smrti“ (Stojanović, 2011: 192). Iz ovako datog pojma zaveštanja mogu se izdvojiti njegova osnovna obeležja: jednostrani i formalni pravni posao, strogo ličnog karaktera, uvek opoziv i raspolaganje *cum animo testandi*.

S obzirom na temu ovog rada, najznačajnije obeležje zaveštanja jeste formalnost, te ćemo mu posvetiti posebnu pažnju.² Formalnost zaveštanja kao pravnog posla je nužna iz dva razloga. Prvi razlog zajednički je za sve pravne poslove – forma treba da obezbedi „ozbiljnu, istinitu, smišljenu, pravu i ‘hladnu’ volju“ (Marković, 1972: 101). Drugim rečima, forma zaveštanja ima zaštitnu i upozoravajuću funkciju jer predstavlja „garantiju istinitosti poslednje volje zaveštaočeve“ (Konstantinović, 1947: 342) i istovremeno zaveštaoca sprečava „da brzopleto i nepromišljeno raspoláže svojom imovinom za slučaj smrti“ (Đurđević, 2009: 851). Drugi razlog je specifične prirode i odnosi se samo na zaveštanja – s obzirom na to da je zaveštanje jednostrani i strogo lični pravni posao, čije se tumačenje i primena vrši posle smrti zaveštaoca, moguće su brojne zloupotrebe, te forma treba da obezbedi „da se poslednja volja pismeno fiksira“ (Marković, 1972: 101) i time stvori objektivna mogućnost utvrđenja njene sadržine.

U odnosu na svečani karakter forme zaveštanja u starijim pravima, u modernom pravu strogost forme zaveštanja je ublažena kako bi svakom

1 Zaveštanje – crkvenoslovenski koren reči, od *zavetovati se*, dati svečano obećanje Bogu da se nešto u čini. Testament – od latinskog *testari*, svedočiti, izjaviti pred svedocima. Navedeno prema: Stojanović, 2011: 192.

2 O ostalim obeležjima zaveštanja videti: *Ibid.* 193–195.

građaninu bila dostupna mogućnost sastavljanja zaveštanja, ali „tako da pruža pravnu sigurnost i garantuje realnost i ozbiljnost poslednje volje“ (Radovanović, 1957: 16).

2.1. Sistemi zaveštajnih oblika

Svi oblici zaveštanja koje jedno pravo poznaje čine sistem oblika zaveštanja tog prava, čiji je osnovni princip *numerus clausus*. Sistem oblika zaveštanja ograničava slobodu zaveštajnog raspolaganja jer će zaveštaočeva poslednja volja biti punovažna samo ako je izražena u obliku koji je predviđen zakonom.³ Svaki pojedinačni pravni sistem ima svoj sistem zaveštajnih oblika. Između više pravnih sistema mogu se uočiti razlike u pogledu regulisanih oblika zaveštanja, kao i u pogledu uslova za punovažnost regulisanih istih oblika zaveštanja.

Tako, francusko pravo reguliše svojeručno zaveštanje, javnobeležničko zaveštanje, mistično zaveštanje i međunarodno zaveštanje, kao i vanredne oblike zaveštanje i to: vojničko zaveštanje, zaveštanje u uslovima zaraze, zaveštanje na ostrvu i pomorsko zaveštanje.⁴ U nemačkom pravu regulisano je pet oblika zaveštanja: svojeručno zaveštanje, javnobeležničko zaveštanje i određena zaveštanja u nuždi – zaveštanje pred gradonačelnikom, zaveštanje pred tri svedoka i pomorsko zaveštanje.⁵ U naslednom pravu Italije normirani su svojeručno zaveštanje, javnobeležničko zaveštanje, međunarodno zaveštanje i specijalna zaveštanja – zaveštanje u uslovima zaraze, opšte nepogode ili nesreće, zaveštanje sastavljeno u avionu, zaveštanje sastavljeno na brodu i vojničko zaveštanje.⁶ Rusko pravo reguliše javnobeležničko zaveštanje, zaveštanje overeno od strane određenih ovlašćenih lica, tajno zaveštanje, svojeručno zaveštanje pred svedocima i međunarodno zaveštanje.⁷

3 Uređeni sistem oblika zaveštanja ograničava slobodu zaveštajnog raspolaganja u pogledu forme njenog ostvarivanja. S druge strane, ustanova nužnog nasleđivanja predstavlja sadržinsko ograničenje slobode zaveštajnog raspolaganja jer opredeljuje deo zaostavštine kojim zaveštalac nikako ne može da raspolaze. Dok je cilj prve vrste ograničenja pravna sigurnost, cilj ograničenja u vidu nužnog dela jeste zaštita najbližih srodnika zaveštaoca i očuvanje porodične zajednice.

4 Articles 976–1001.de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018.

5 Paragraphs 2231–2272. des Bürgerliches Gesetzbuch, *BGBL. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBL. I S. 2787, BGBL. I S. 969.*

6 Articoli 601–619.di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale, 79/42*, con le ultime edizione di 75/17.

7 Статъя 1124–1129. Гражд данского кодекса Россијской Федерациј, (Часть третья), *Rossijskaja gazeta, 233/01*, s izmenenijami na 28 marta 2017 goda.

3. Tajno zaveštanje

Prilikom uređivanja sistema zaveštajnih oblika, zakonodavac nastoji da ponudom većeg broja različitih oblika zaveštanja omogući zaveštaocu izbor za njega najpristupačnije forme za iskazivanje poslednje volje, a s obzirom na karakteristike svakog oblika zaveštanja. Kada donese odluku da sastavi zaveštanje, pred zaveštaoca se tada postavlja pitanje izbora zaveštajne forme. Odluku o izboru oblika zaveštanja zaveštalc donosi na osnovu upoređivanja prednosti i nedostataka koji odlikuju određene zaveštajne oblike.

Kada zaveštalc odlučuje o sastavljanju zaveštanja u privatnoj ili javnoj formi, on tada vaga dve svoje osnovne pretenzije – poželjnost tajnosti sadržine privatnog oblika zaveštanja ili sigurnost javnog oblika zaveštanja, koju mu pruža u čestvovanje predstavnika javne vlasti u njegovom sastavljanju. Imajući u vidu ovako izražene potrebe zaveštalaca, zakonodavci pojedinih država regulišu tajno zaveštanje⁸ kao javni oblik zaveštanja čija sadržina ostaje nepoznata javnom beležniku i zaveštajnim svedocima koji u čestvuju u njegovom sastavljanju. Na taj način ostvarena je simbioza naizgled suprotstavljenih zahteva – tajnosti sadržine i javnosti oblika.

Tajno zaveštanje je pisani, javni i redovni oblik zaveštanja. Regulisano je u pravima država članica Evropske unije: Francuska, Luksemburg, Holandija, Nemačka, Italija, Španija, Portugal, Malta, Grčka, Mađarska i Estonija.⁹ Kada je reč o pravima država koje nisu članice Evropske unije, tajno zaveštanje regulišu i prava Rusije,¹⁰ Belorusije¹¹ i Ukrajine.¹²

Možemo zaključiti da je tajno zaveštanje regulisano u brojnim evropskim

8 Za pojmovno označavanje ovog oblika zaveštanja, italijansko pravo koristi izraz „testamento segreto“ – u prevodu tajni testament, francusko pravo koristi izraz „testament mystique“ – u prevodu mistični testament, rusko pravo koristi izraz „zakrytoe zaveščanie“ – u prevodu zatvoreno zaveštanje, a nemačko pravo nema posebni naziv. Smatramo da je izraz tajno zaveštanje najpogodniji jer u prvi plan ističe njegovu osnovnu karakteristiku – tajnost sadržine zaveštajnih raspolaganja.

9 The European Network of Registers of Wills Association. *“Europe Wills” Reports: Status and Summary of the Project*. Preuzeto 10.12.2017. godine. <http://www.arert.eu/Europe-Wills-reports.html?lang=en>

10 Статъя 1126. Гра ж данского кодекса Российской Федераци, (část третья), *Rossijskaja gazeta*, 233/01, s izmenenijami na 28 marta 2017 goda.

11 Статъя1046. Гра ж данский кодекс Resp ubliki Belarusъ, No. 218-Z/1998, s izmenenijami na 31 dekabrya 2013 g. 96-Z.

12 Стаття 1249. Цивільний кодекс України, *Vidomosti Verhovnoi Radi Ukraini*, №№ 40-44/2003, iz ostannij zminami № 47/2016.

pravnim sistemima i to čak u četrnaest država. U ovom radu, kao što je rečeno, sagledaćemo normativu u pravima Francuske, Nemačke, Italije i Rusije.

Francusko i rusko pravo regulišu tajno zaveštanje kao poseban oblik zaveštanja, dok nemačko i italijansko pravo ovaj vid zaveštajnog raspolaganja uređuju kao jedan od podoblika javnobeležničkog zaveštanja. Italijanski zakonodavac je ovaj podoblik javnobeležničkog zaveštanja regulisao u posebnom članu i imenovao kao tajno zaveštanje. Nemački zakonodavac samo je regulisao javno zaveštanje, koje može biti sastavljeno od strane zaveštaoca ili trećeg lica, a koje zatim zaveštalac predaje u otvorenom ili zatvorenom omotu javnom beležniku. Možemo zaključiti da modalitet javnog zaveštanja u nemačkom pravu, koje zaveštalac predaje u zatvorenom omotu javnom beležniku, predstavlja tajno zaveštanje.

Da bi tajno zaveštanje bilo punovažno, kao i svako zaveštanje uopšte, nužno je ispunjenje tri uslova: 1) da je lice bilo zaveštajno sposobno u trenutku sačinjavanja zaveštanja; 2) da je imalo potrebnu volju za sačinjavanje zaveštanja; 3) kao i da je ista izražena u zakonom predviđenoj formi. Uslovi punovažnosti forme tajnog zaveštanja odnose se na pisanje tajnog zaveštanja i njegovu predaju javnom beležniku u prisustvu zaveštajnih svedoka. Svim ovim uslovima za punovažno zaveštajno raspolaganje u obliku tajnog zaveštanja biće posvećena posebna pažnja u nastavku.

3.1. Zaveštajna sposobnost za sastavljanje tajnog zaveštanja

Zaveštajna sposobnost (*testamentum factio activa*) opšti je uslov punovažnosti zaveštanja i mora da postoji kako u trenutku njegovog sastavljanja, tako i u trenucima izmene ili opoziva zaveštanja. Po svojoj prirodi, to je „posebna sposobnost“ (Stojanović, Ćirić, 2010: 55), čije postojanje kumulativno određuju dva elementa: objektivni element – uzrast, i subjektivni element – sposobnost za rasuđivanje.

U italijanskom i ruskom pravu zaveštajno je sposobno lice koje je navršilo osamnaest godina života i koje je sposobno za rasuđivanje.¹³

Značaj razmatranja pitanja zaveštajne sposobnosti za sastavljanje tajnog zaveštanja dolazi do izražaja u nemačkom i francuskom pravu, koja razlikuju ograničenu i potpunu zaveštajnu sposobnost. Potonja se i u nemačkom i u francuskom pravu stiće sa navršenih osamnaest godina, uz

13 Articolo 591. in relazione con articolo 2. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizioni di 75/17. Статья 1126. Гражданского кодекса Российской Федерации, (часть третья), *Rossijskaja gazeta*, 233/01, s izmenenijami na 28 marta 2017 goda.

postojanje sposobnosti za rasuđivanje. Ograničenu zaveštajnu sposobnost u nemačkom pravu ima maloletnik sa navršenih šesnaest godina koji je sposoban za rasuđivanje. On svoju poslednju volju može da izrazi u obliku javnog zaveštanja, usmenom izjavom učinjenom pred javnim beležnikom ili predajom nezapečaćenog pismena javnom beležniku,¹⁴ ali ne može da sastavi tajno zaveštanje. U francuskom pravu ograničenu zaveštajnu sposobnost ima maloletnik sa navršenih šesnaest godina, koji može zaveštajno da raspoláže samo sa polovinom svoje imovine, kojom bi inače, kao punoletno lice, mogao da raspoláže,¹⁵ pri čemu to može učiniti u svakoj zaveštajnoj formi, uključujući i tajno zaveštanje.

Sposobnost za rasuđivanje, kao subjektivni uslov postojanja zaveštajne sposobnosti, uglavnom nije regulisana naslednopravnim propisima.¹⁶ Izuzetak predstavlja pravo Nemačke, koje sadrži negativnu definiciju, propisujući da sposobnost za rasuđivanje nema lice koje zbog mentalnog poremećaja, slaboumnosti ili poremećaja svesti, nije u stanju da uvidi značaj iskazane volje i postupa prema tom uvidu.¹⁷

3.2. Volja za sačinjavanje zaveštanja

Volja za sačinjavanje zaveštanja (*animus testandi*) mora biti „manifestovana u spoljnom svetu i mora biti ozbiljna, stvarna, slobodna, određena i bezuslovna“ (Stojanović et al. 2010: 46). Neispunjenost ovih zahteva, kao i nedozvoljeni uticaj trećih lica na volju zaveštaoca, utiče na pravnu valjanost zaveštanja.

3.3. Sastavljanje tajnog zaveštanja

Razlikujemo tri načina sastavljanja tajnog zaveštanja: 1) kao svojeručno zaveštanje, 2) kada zaveštalc piše zaveštanje korišćenjem tehničkih sredstava pisanja i 3) kao alografsko zaveštanje. Dok rusko pravo dopušta

14 Paragraphs 2229. und 2233. des BürgerlichesGesetzbuch, *BGBI. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBI. I S. 2787, BGBI. I S. 969.*

15 Article 904. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018. Stavom drugim pomenu tog člana predviđeno je da će maloletnik moći da raspoláže celokupnom svojom imovinom ako je pozvan da služi u ratu, za vreme dok traju neprijateljstva, ali samo u korist svojih rođaka i to do šestog stepena srodstva ili u korist svog supruženika. Stav treći istog člana reguliše da maloletnik koji nema rođake do šestog stepena srodstva može da raspoláže svojom imovinom kao punoletna osoba.

16 Detaljnije o sposobnosti za rasuđivanje videti Stojanović et al. 2010: 51–55.

17 Paragraph 2229. des BürgerlichesGesetzbuch, *BGBI. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBI. I S. 2787, BGBI. I S. 969.*

samo prvi način sastavljanja tajnog zaveštanja,¹⁸ ostala prava regulišu sva tri navedena načina.¹⁹

Logična posledica ruskih propisa jeste da nepismena lica ne mogu da sastave tajno zaveštanje. U ostalim pravima izričito je predviđeno da zaveštalac koji ne zna ili ne može da čita neće moći da zaveštajno raspoláže na ovaj način.²⁰ Ukoliko je zaveštalac nem, gluv ili gluvonem, ali zna da čita i piše, može da sastavi tajno zaveštanje, a izjavu da se radi o njegovoj poslednjoj volji daće u pisanom obliku.²¹

3.3.1. Pisanje tajnog zaveštanja

Kao što je rečeno, u pravima Francuske, Nemačke i Italije zaveštalac može tajno zaveštanje da napiše svojeručno ili korišćenjem tehničkih sredstava pisanja, kao što su kompjuter ili pisaća mašina, dok je u ruskom pravu jedino dozvoljeno svojeručno pisanje zaveštanja od strane zaveštaoca. Iako rigorozni, zahtevi ruskog prava nastoje da onemoguće bilo kakvu zloupotrebu ovog oblika zaveštanja. Naime, zakonski izraz „svojeručno“ ili „svojom rukom“ tumači se u smislu da tekst zaveštanja „mora napisati lično zaveštalac i to na način koji obezbeđuje utvrđivanje autentičnosti njegovog rukopisa“ (Đurđević, 2009: 852), jer je „pisanje sopstvenom rukom siguran znak da zaveštanje sadrži samo i jedino volju zaveštaoca“ (Kaščelan, 2010: 145). Međutim, treba imati u vidu da zaveštalac lično mora da preda javnom beležniku tajno zaveštanje i da izjavi da pismeno koje predaje sadrži njegovu poslednju volju, te se čine neopravdanim strahovi da je autentičnost volje ugrožena ukoliko je pismeno napisano na kompjuteru. Stoga možemo zaključiti da su rešenja francuskog, nemačkog i italijanskog prava bliža društvenoj stvarnosti, u kojoj je pisanje na kompjuteru deo svakodnevnice većeg dela stanovništva. Sastavljanje tajnog zaveštanja od strane samo zaveštaoca u najvećem stepenu zadovoljava „potrebe misterije, tajne i apsolutne

18 Статъя 1126. Гра ж данскогo кодекса Россијској Федерациј, (чaстђ третђя), *Rossiјская газета*, 233/01, s izmenenјяmi na 28 marta 2017 goda.

19 Article 976. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018. Paragraph 2232. des Bürgerliches Gesetzbuch, *BGBL. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBL. I S. 2787, BGBL. I S. 969.* Articolo 604. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.

20 Articles 978. et 979. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018. Paragraph 2233. des Bürgerliches Gesetzbuch, *BGBL. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBL. I S. 2787, BGBL. I S. 969.* Articoli 604.e 605. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.

21 *Ibidem*.

slobode, koje imaju uglavnom svi ljudi, kada u određenom trenutku svog života, slobodni od pritiska i drugih uticaja, odlučuju o sudbini svog bogatstva“ (Lefort, 2001: 26).

Francusko, nemačko i italijansko pravo regulišu i mogućnost da tajno zaveštanje bude sastavljeno u alografskoj formi, tako što će drugo lice napisati pismeno za zaveštaoca. Zaduženo lice to može učiniti svojeručnim pisanjem ili korišćenjem sredstava tehničkog pisanja. Suština tajnog zaveštanja ovde nije povređena: tajno zaveštanje omogućava zaveštaocu da njegova poslednja volja ostane nepoznata za ona lica za koja on to želi, u prvom redu za javnog beležnika i zaveštajne svedoke, koji učestvuju u njegovom sastavljanju. Da li će zaveštalcu svoju poslednju volju da obznani trećim licima, to je stvar njegove slobodne volje.

Nije dozvoljeno sastavljanje tajnog zaveštanja u elektronskom obliku (Đurđević, 2011: 438. Institut, 2007: 55).

Italijansko pravo propisuje ograničenje da su nevažeća zaveštajna raspolaganja u činjena u korist lica koje je za zaveštaoca napisalo tekst zaveštanja, osim ukoliko zaveštalcu svojeručno ne potvrdi te odredbe. Zaveštajna raspolaganja u korist javnog beležnika kojem je tajno zaveštanje predato su nevažeća.²²

3.3.2. Potpis zaveštaoca

Bez obzira na način pisanja tajnog zaveštanja, ono mora biti svojeručno potpisano od strane zaveštaoca. Potpis predstavlja dokaz dve krucijalne činjenice: da je zaveštalcu doneo ozbiljnu i konačnu odluku o raspodeli svoje imovine za slučaj smrti i da tekst koji potpisuje priznaje za svoju volju. Ukoliko potpis izostane, tajno zaveštanje je nevažeće. U italijanskom pravu je regulisano da tajno zaveštanje koje je zaveštalcu napisao korišćenjem tehničkih sredstava pisanja ili kada je pismeno napisalo drugo lice, u celini ili delimično, zaveštalcu mora da potpiše na svakom listu koji sadrži tekst zaveštanja, bez obzira da li su listovi spojeni ili ne.²³

3.4. Predaja tajnog zaveštanja javnom beležniku

Francusko i italijansko pravo regulišu da zaveštalcu predaje zatvoreno i zapečaćeno pismo, u kovrti ili bez nje, javnom beležniku u prisustvu

²² Articolo 598. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizioni di 75/17.

²³ Articolo 604. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizioni di 75/17.

dva zaveštajna svedoka, uz izjavu da se radi o njegovoj poslednjoj volji. Nemačko pravo normira isto rešenje, s tim da prisustvo zaveštajnih svedoka nije potrebno.²⁴

Norme francuskog prava dalji postupak prijema tajnog zaveštanja regulišu na sledeći način: na samom zatvorenom pismenu ili koverti javni beležnik sastavlja akt o prijemu zaveštanja, u kome je dužan da navede datum i mesto prijema zaveštanja, da opiše zatvoreno pismo i pečat, a zatim akt o prijemu zaveštanja potpisuju zaveštalac, javni beležnik i zaveštajni svedoci. Datumom sačinjavanja tajnog zaveštanja smatra se dan naveden u aktu o prijemu zaveštanja (Leroyer, 2011: 192). Nakon završene procedure prijema tajnog zaveštanja i njegovog registrovanja, francusko pravo propisuje da javni beležnik nije dužan da zadrži tajno zaveštanje, osim ukoliko mu ga zaveštalac preda u depozit (Lefebvre, 2011: 359).

Italijansko pravo reguliše sličnu proceduru predaje tajnog zaveštanja: pismo na kojem je zaveštanje napisano ili koje sadrži zaveštanje zaveštalac pečati, tako da se ne može otvoriti bez uništenja ili promene pečata, i tako zapečaćeno zaveštanje predaje javnom beležniku, koji će na zatvorenom pismenu ili na posebnom papiru da sastavi akt o prijemu zaveštanja, navodeći činjenicu prijema i izjave zaveštaoca, broj i otisak pečata, podatke o svedocima i o ostalim sprovedenim formalnostima.²⁵

I u nemačkom pravu je regulisano da javni beležnik sastavlja akt o prijemu zaveštanja, ali se posebna pažnja posvećuje aktu promene držaoca zaveštanja. Nije neophodno da se predaja zaveštanja obavi „iz ruke u ruku“, ali je bitno da javni beležnik dođe u državinu zaveštanja u istom trenutku i na istom mestu kada mu zaveštalac izjavljuje da pismo koje javni beležnik preuzima sadrži njegovu poslednju volju. Smatra se da predaja nije izvršena ukoliko je zaveštalac samo obavestio javnog beležnika gde i kod koga se nalazi pismo koje sadrži njegovu poslednju volju (Đurđević, 2011: 440).

Rusko pravo primenjuje princip „babuški“ u postupku predaje tajnog zaveštanja.²⁶ Naime, zaveštalac predaje javnom beležniku pismo, u

24 Article 976. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018. Articolo 605. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17. Paragraph 2233. des Bürgerliches Gesetzbuch, *BGBI. I.S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBI. I.S. 2787, BGBI. I.S. 969.*

25 Articoli 604. e 605. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.

26 Babuške (rus. matrhoška, od matrjona – matrijarhat) su ruska drvena igračka koja se sastoji od više identičnih lu tki koje se rasklapaju, pri čemu se unu tar svake

zatvorenoj i zapečaćenoj koverti. Na toj koverti se potpisuju zaveštajni svedoci, a zatim tako potpisanu kovertu javni beležnik pečati i stavlja u drugu kovertu, na kojoj upisuje podatke o zaveštaocu, o mestu i datumu prijema zaveštanja i lične podatke zaveštajnih svedoka, kao i napomene učinjene zaveštaocu.²⁷ Opšte pravilo u ruskom pravu je da se u zaveštanju mora navesti datum i mesto njegove overe.²⁸ Međutim, ovo pravilo ne važi kada je reč o tajnom zaveštanju jer se ono „ne overava, već se predaje javnom beležniku koji samo overava činjenicu o prijemu koverti u kojoj je tajno zaveštanje“ (Institut, 2007: 47), a pravne posledice proizvodi samo datum te overe.

3.5. Zaveštajni svedoci

Francusko, italijansko i rusko pravo predviđaju da je zaveštalac dužan da preda tajno zaveštanje javnom beležniku u prisustvu dva zaveštajna svedoka. U nemačkom pravu prisustvo zaveštajnih svedoka nije propisano, ali je zaveštalac slobodan da zahteva od javnog beležnika „da pozove do dva svedoka ili drugog javnog beležnika da uzmu učešća u postupku sastavljanja zaveštanja“ (Đurđević, 2011: 445). Kada je reč o kategorijama lica koja se mogu javiti u ulozi zaveštajnih svedoka, zakonima ovih država su regulisane određene apsolutne i relativne zabrane.

Apsolutne zabrane se tiču određenih svojstava lica, koje su po stavu zakonodavca prepreka stvarnom i ozbiljnom svedočenju o aktu priznanja zaveštanja. Normama francuskog prava izričito je predviđeno da svedoci mogu biti samo punoletna lica, koja znaju da se potpišu i koja razumeju francuski jezik.²⁹ Zanimljivo je ograničenje da supružnici ne mogu da budu svedoci prilikom sastavljanja jednog istog zaveštanja.³⁰ Suština ovog pravila se ogleda u eliminisanju mogućnosti da se kao svedoci jave lica koja su međusobno zavisna ili povodljiva, što može ugroziti objektivnost uloge koju im zakon dodeljuje. U italijanskom pravu svedok može biti samo punoletno lice koje je potpuno poslovno sposobno (Braun, 2011: 131). Rusko pravo normira da zaveštajni svedok ne može biti lice koje nije potpuno poslovno sposobno, koje je nepismeno ili koje

nalaze manje luke.

27 Статъя 1126. Гра ѓ данског кодекса Россијској Федерациј, (ѓастъ третъя), *Россијская газета*, 233/01, с измененіями на 28 марта 2017 года.

28 Статъя 1124. Гра ѓ данског кодекса Россијској Федерациј, (ѓастъ третъя), *Россијская газета*, 233/01, с измененіями на 28 марта 2017 года.

29 Article 980. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018.

30 *Ibidem*.

ima fizički nedostatak koji mu ne dozvoljava da u punoj meri svedoči određenom aktu sastavljanja zaveštanja.³¹ Opšte pravilo u ruskom pravu je da zaveštajni svedok ne može biti lice koje ne zna jezik na kome je sastavljeno zaveštanje.³² Međutim, ovo ograničenje ne važi za sastavljanje tajnog zaveštanja jer se zaveštajni svedoci i ne upoznaju sa njegovom sadržinom (Institut, 2004: 28). U nemačkom pravu pozvani svedok ne može biti maloletnik, lice koje je duševno obolelo ili duševno zaostalo, lica koja ne mogu u potrebnoj meri da čuju, govore ili vide, kao ni lica koja ne umeju da pišu (Đurđević, 2011: 445).

Relativne zabrane tiču se lica koja su direktno ili indirektno zainteresovana za određena raspolaganja iz zaveštanja. Obično se radi o naslednicima i njihovim srodnicima, a kod javnih oblika zaveštanja i o licima koja su učestvovala u izradi zaveštanja. Relativne zabrane u francuskom pravu se odnose na službenike koji rade u javnobeležničkoj kancelariji, lica u čiju se korist raspolaže zaveštanjem, kao i na njihove krvne i tazbinske srodnike, do četvrtog stepena srodstva.³³ U italijanskom pravu zaveštajni svedok ne može biti lice koje ima neki interes u pogledu zaveštanja, ali nije zabranjeno da svedoci budu lica zaposlena u javnobeležničkoj kancelariji (Braun, 2011: 131). Rusko pravo reguliše da zaveštajni svedok ne može biti javni beležnik, lice u korist koga je učinjeno zaveštajno raspolaganje, kao ni supružnik, deca i roditelji tog lica.³⁴ U nemačkom pravu pozvani svedok ne može da bude lice koje očekuje pravnu korist iz zaveštanja, javni beležnik i njegov supružnik ili registrovani partner, srodnici javnog beležnika u pravnoj liniji, kao ni zaposleni kod javnog beležnika (Đurđević, 2011: 445).

Činjenica u čiju korist su izvršena zaveštajna raspolaganja poznata je samo zaveštaocu. Stoga javni beležnik nužno mora da upozori zaveštaoca da lica koja se javljaju u svojstvu zaveštajnih svedoka ne smeju istovremeno biti lica u čiju je korist on raspolagao u zaveštanju, uz upozorenje da će takva eventualna raspolaganja uticati na pravovaljanost zaveštanja.

31 Статъя 1124. Гра ђ данскогo коdекса Россијској Федерациј, (чaстђ третђя), *Россијская газeта*, 233/01, с изменeнјями на 28 мaртa 2017 гoдa.

32 *Ibidem*.

33 Article 975. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018.

34 Статъя 1124. Гра ђ данскогo коdекса Россијској Федерациј, (чaстђ третђя), *Россијская газeта*, 233/01, с изменeнјями на 28 мaртa 2017 гoдa.

3.6. Konverzija oblika zaveštanja

Kako bi u najvećoj meri osigurali validnost zaveštajnog raspolaganja zaveštaoca, francusko i italijansko pravo predviđaju da, ukoliko izjava poslednje volje ne ispunjava uslove za tajno zaveštanje, ista će važiti kao svojeručno zaveštanje ako su za to ispunjeni uslovi.³⁵ Italijanske norme još stipulišu da, kada zaveštalac povuče tajno zaveštanje od javnog beležnika, taj akt neće predstavljati opoziv tajnog zaveštanja ukoliko ono i dalje može da važi kao svojeručno.³⁶ Zanimljivo je da slično rešenje nije prihvaćeno u ruskom pravu, iako ono jedino izričito zahteva da tajno zaveštanje zaveštalac mora da svojeručno napiše i potpiše.

4. Prednosti tajnog zaveštanja

Tajno zaveštanje je javni oblik zaveštanja koji zaveštaocu omogućava tajnost sadržine zaveštajnih raspolaganja. Navedene osnovne karakteristike tajnog zaveštanja čine ovaj oblik zaveštajnog raspolaganja veoma privlačnim zaveštaocu kada se on opredeljuje za ovu zaveštajnu formu za iskazivanje svoje poslednje volje.

Tajnost sadržine zaveštajnih raspolaganja – Osnovna odlika tajnog zaveštanja, koja ga i pojmovno određuje, jeste činjenica da sadržina poslednje volje zaveštaoca sigurno ostaje nepoznata javnom beležniku, zaveštajnim svedocima i svim drugim licima koje zaveštalac odluči da uskrati za to saznanje. Prilikom sastavljanja drugih javnih oblika zaveštanja, kada zaveštalac usmeno na zapisnik iskazuje svoju poslednju volju ili predaje pismeno koje sadrži njegovu poslednju volju, sa čijom sadržinom se predstavnik javne vlasti upoznaje, zaveštajna raspolaganja zaveštaoca više nisu tajna, bez obzira na dužnost čuvanja tajne ovlašćenih lica. Činjenica je da još neko lice, osim zaveštaoca, zna za sadržinu njegove poslednje volje. Zaveštalac može biti naročito zainteresovan da njegova poslednja volja ostane nepoznata svima, koju mu mogućnost zaista nudi jedino tajno zaveštanje.

Pristupačna forma tajnog zaveštanja – Jednostavni zahtevi forme za sastavljanje tajnog zaveštanja predstavljaju veliku prednost ovog oblika zaveštanja. Kao što je već rečeno, dovoljno je da zaveštalac napiše i potpiše zaveštanje, ili da drugo lice za zaveštaoca napiše tekst zaveštanja, a on ga potpiše, koje će potom predati javnom beležniku i izjaviti da zatvoreno pismo sadrži njegovu poslednju volju.

35 Article 979. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018. Articolo 607. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizioni di 75/17.

36 Articolo 685. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizioni di 75/17.

Sigurnost autentičnosti poslednje volje zaveštaoca – Prilikom predaje tajnog zaveštanja javnom beležniku, zaveštalac mora da potvrdi da je reč o njegovoj izjavi poslednje volje, što predstavlja određenu garanciju autentičnosti zaveštanja. Sama ozbiljnost odlaska kod javnog beležnika, kao predstavnika javne vlasti, i formalnost akta potvrđivanja da zatvoreno pismeno predstavlja njegovu poslednju volju, navešće zaveštaoca na posebnu pažljivost, da prilikom predaje pismena bude siguran da je to njegovo zaveštanje.

Smanjene mogućnosti zloupotrebe – S obzirom na činjenicu da se tajno zaveštanje nalazi u depozitu u javnobeležničkoj kancelariji, mogućnosti da ono bude izgubljeno, falsifikovano ili uništeno su minimalne.

Sigurnost punovažnosti zaveštajnog raspolaganja – Regulišući mogućnost konverzije, francusko i italijansko pravo nastoje da osiguraju realno ostvarivanje poslednje volje zaveštaoca, u uslovima kada forma izjavljene poslednje volje ne ispunjava zakonske zahteve za tajno zaveštanje. Na taj način, sastavljanje tajnog zaveštanja postaje i najsigurniji vid zaveštajnog raspolaganja, uz najmanji stepen mogućnosti da se zaveštajna raspolaganja zaveštaoca pokažu kao ništava zbog nedostataka zaveštajne forme. Uslovi pisanja tajnog zaveštanja nisu preterano strogi, kao što smo već objasnili, ali čak i kada ti uslovi nisu ispoštovani, postoji mogućnost da zaveštajno raspolaganje zaveštaoca opstane kao svojeručno zaveštanje. Svojeručno zaveštanje u francuskom pravu zaveštalac mora svojeručno da napiše, datira i potpiše, a u italijanskom pravu i da navede mesto sastavljanja.³⁷ Pritom, treba imati u vidu da je velika verovatnoća da će zaveštalac, koji se opredeli za sastavljanje tajnog zaveštanja, iz razloga tajnosti njegove sadržine, odlučiti upravo da zaveštanje svojeručno, samostalno napiše, pri čemu je stvar opšteustaljene kulture korespondencije da se pismeno potpiše i datira.

5. Nedostaci tajnog zaveštanja

Iako su prednosti sastavljanja tajnog zaveštanja brojne, ono ipak sadrži i određene nedostatke. Zanimljiva je činjenica da zbog tih nedostataka tajno zaveštanje nije često upotrebljavan oblik zaveštanja (Lefebvre, 2011: 358. Leroyer, 2011: 193. Lefort, 2001: 52. Braun, 2011: 135. Institut, 2007: 55).

37 Article 970. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018. Articolo 602. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.

Naknadno otkrivanje nedostataka forme tajnog zaveštanja – Tajnom zaveštanju se zamera što, iako čuva privatnost poslednje volje zaveštaoca, po njegovom otvaranju svi eventualni nedostaci forme ili neusklađenost sadržine zaveštanja sa domaćim pravnim poretkom značiće njegovu nevalidnost. Mogućnost konverzije u francuskom i italijanskom pravu neće moći da održi na snazi zaveštanje čiji način sastavljanja ne odgovara svojeručnom zaveštanju, kao ni zaveštanje čiju sadržinu čine nedozvoljena raspolaganja, suprotna domaćem pravnom poretku. Ove nedostatke javni beležnik ne može da otkloni jer ne učestvuje u fazi pisanja tajnog zaveštanja.

Troškovi sastavljanja tajnog zaveštanja – S obzirom na to da u postupku sastavljanja tajnog zaveštanja učestvuje javni beležnik, to se nužno javljaju novčani troškovi prema javnobeležničkoj tarifi. Zatim, osim eventualnih novčanih troškova putovanja, odlazak u javnobeležničku kancelariju istovremeno predstavlja i vremenski trošak za zaveštaoca. Imajući u vidu da sistemi zaveštajnih oblika u francuskom, nemačkom i italijanskom pravu nude mogućnosti sastavljanja privatnih oblika zaveštanja čije sastavljanje nije skopčano sa navedenim troškovima, to su oni pristupačniji i stoga privlačniji građanstvu. Rečeno ne važi za rusko pravo, koje normira da u sastavljanju svakog oblika zaveštanja učestvuje javni beležnik ili ovlašćeno lice, te su ovi novčani i vremenski troškovi neizbežni.

6. Zaključak

Regulisanost većeg broja različitih oblika zaveštanja postavlja pred zaveštaoca zadatak da izabere onaj oblik zaveštanja koji najviše odgovara njegovim pretenzijama i uslovima u kojima se nalazi. Zaveštalac je redovno zainteresovan za sigurnost koju mu omogućava sastavljanje javnog oblika zaveštanja, ali je nekada jača potreba za osiguravanjem tajnosti u činjenih zaveštajnih raspolaganja, što mu obezbeđuje sastavljanje privatnih oblika zaveštanja, u prvom redu svojeručnog zaveštanja. Odgovarajući na ovako sukobljene potrebe zaveštaoca, zakonodavci pojedinih savremenih evropskih država regulišu tajno zaveštanje.

Ovaj oblik zaveštanja nije regulisan u domaćem pravu, što je veoma interesantno, imajući u vidu da naše pravo normira čak devet drugih oblika zaveštanja. Analizirane brojne prednosti tajnog zaveštanja navode na razmatranje opravdanosti takvog rezervisanog stava domaćeg zakonodavca. Naime, ukoliko domaće pravo dopušta sastavljanje svojeručnog zaveštanja, koje takođe obezbeđuje tajnost sadržine

zaveštanja, ali stvara probleme u praksi u pogledu pronalaženja zaveštanja i opasnosti od različitih zloupotreba, falsifikovanja i uništenja, čini se opravdano regulisati tajno zaveštanje, koje će prenebregnuti navedene nedostatke privatnog svojeručnog zaveštanja. S druge strane, treba imati u vidu da domaće pravo ostavlja mogućnost zaveštaocu da privatno zaveštanje deponuje kod javnog beležnika i tako ostvari ciljeve zaštite svog zaveštanja od gubljenja, zloupotreba i uništenja. Takođe, potrebno je postaviti i pitanje opravdanosti postojanja pojedinih oblika zaveštanja u domaćem pravu, sagledano kroz prizmu njihove primene u društvu, te uporediti svrishodnost njihovog regulisanja i potencijalnih rezultata regulisanja tajnog zaveštanja. Još se mora imati u vidu da domaće pravo ne reguliše mogućnost sastavljanja javnobeležničkog zaveštanja predajom pismena, već isključivo usmenom izjavom zaveštaoca učinjenom pred javnim beležnikom. Razmišljajući *de lege ferenda*, razumno je posvetiti pažnju mogućnosti regulisanja ovog načina sastavljanja javnobeležničkog zaveštanja i, naročito, tajnog zaveštanja.

Literatura/References

Antić, O. (2009). *Nasledno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik.

Braun, A. (2011). Testamentary Formalities in Italy. In Reid, K. De Waal, M. Zimmermann, R. (ed.). *Testamentary Formalities*. Vol. 1. Oxford: Oxford University Press. 121–141.

BürgerlichesGesetzbuch. *BGBL. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBL. I S. 2787, BGBL. I S. 969*.

Graždanski kodeks Rossijskoj Federaciji, (časť treťja). *Rossijskaja gazeta*, N. 233. 2001. S izmenenijami na 28 marta 2017 goda.

Graždanski kodeks Respubliki Belarus. No. 218- Z. 1998. S izmenenijami na 31 dekabrja 2013 g. No.96-Z.

Đurđević, D. (2009). Sloboda testiranja i formalizam olografskog testamenta. *Pravni život*. Br. 11. 845–864.

Đurđević, D. (2011). Notarski testament u nemačkom pravu. U Vasiljević, M. i Čolović, V. (ur.). *Uvod u pravo Nemačke*. Beograd: Institut za uporedno pravo, Pravni fakultet u Beograd. 432–436.

Institut Gosudarstva i prava Rossijskoj Akademii Nauk. (2004). *Kommentarij k Graždanskomu Kodeksu Rossijskoj Federaciji, Časti Treťej*.

Institut Zakonodateljstva i Sravnitel'nogo pravovedenija pri pravitel'stve. (2007). *Kommentarij k Graždanskomu Kodeksu Rossijskoj Federacii*, Časti Tret'ej. 2.Izdanie.

Kaščelan, B. (2010). Svojeručno zaveštanje u italijanskom pravu, *Godišnjak Pravnog fakulteta, Slobomir P Univerzitet u Bijeljini*. Br. 1. 135–155.

Konstantinović, M. (1947). Teze za predprojekat zakona o nasleđivanju. *Arhiv za pravne i društvene nauke*. Br. 3 (1947). 315–347.

Code civil des Français. 1804.Dernière modification au 3 janvier 2018.

Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, N. 79. 1942. N. 75. 2017.

Lefort, M. (2001). *Donations et testaments*. Paris: Litec, Groupe LexisNexis.

Leroyer, A. (2011). *Droit des successions*. 2.ed. Mayenne: Dolloz.

Marković, S. (1972). Forme testamenta de lega lata i de lege ferenda. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. Br. 11. 101–114.

Radovanović, B. (1957). Pravni značaj i priroda usmenog testamenta. *Glasnik advokatske komore AP Vojvodine*. Br. 3/1957. 15–21.

Stojanović, N. (2011). *Nasledno pravo*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.

Stojanović, N. Ćirić, Z. (2010). Pravni i psihijatrijski aspekt zaveštajne sposobnosti. U Petrović, M. i Stojanović, N. (ur.). *Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava*. Vol. 2. Niš: Pravni fakultet, Centar za publikacije. 45–78.

Successions et libéralités. (2011) 3.ed. Dossiers Pratiques Francis Lefebvre.

The European Network of Registers of Wills Association. "Europe Wills" Reports: Status and Summary of the Project. Preuzeto 10. 12. 2017. godine. <http://www.arert.eu/Europe-Wills-reports.html?lang=en>

Сiвильний кодекс України, *Vidomosti Verhovnoi Radi Ukraini*, №№ 40-44. 2003.Iz ostanniij zminami № 47. 2016.

Bojana Arsenijević, LL.M.

PhD student,

Faculty of Law, University of Niš

SECRET WILL IN SOME CONTEMPORARY EUROPEAN LEGAL SYSTEMS

Summary

The paper analyzes a secret (mystic or closed) will, as one of the forms of the last will and testament regulated in some contemporary European legal systems. The analysis is based on the normative framework and theoretical disputes about the legal nature of the secret will in the laws of France, Germany, Italy and Russia. The author highlights the differences between these legal systems in terms of the legal conditions for making a valid secret will. Particular attention has been given to the advantages and disadvantages of a secret will. In the conclusion, the author argues for adequate regulation of the secret will in the national succession legislation.

Key words: *will (testament), legal form, types of will, secret (mystic, closed) will.*

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman ćirilica (Serbian-Cyrillic)</i> , (osim originalnih latinićnih navoda), velićina fonta 12 pt , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da
Obim rada	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od 40.000 karaktera ,
Jezik i pismo	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemaćki.
Naslov rada	Naslov rada kucati velićinom fonta 14 pt, bold , Times New Roman
Autor(i)	Ime i prezime autora, naziv i puna adresa institucije u kojoj autor radi, kontakt e-mail adresa (velićina fonta 12 pt). Sve podatke o autorima, titula i institucija,
Podaci o projektu ili programu*	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
Podaci o usmenom saopštenju rada*	Ako je rad bio izložen na naućnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili slićnim nazivom, podatak o tome treba navesti u
Apstrakt	Apstrakt sadri 100-250 reći.
Ključne reći	Ne više od 10 ključnih reći na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
Struktura teksta	<ol style="list-style-type: none">1. Uvod2. Podnaslov 1<ol style="list-style-type: none">2.1. Podnaslov 2<ol style="list-style-type: none">2.1.1. Podnaslov 33. Podnaslov 24. Zaključak Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, bold .
Literatura (References)	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbućnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da iskljuće komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
Rezime (Summary)	Piše se na kraju teksta posle Literature, dućine do 2 000 karaktera
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikoni ili slike dostaviti u formatu jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti ovde .
Dostava radova	Radovi se dostavljaju u elektronskom obliku (kao attachment) na sledeću adresu: zbornik@prafak.ni.ac.rs
Ogledni primerak rada	Ovde možete preuzeti OGLEDNI PRIMERAK RADA

* Ovi podaci unose se samo u slućaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)

UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navođenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati. Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevodenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.	Prvo citiranje u tekstu: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Naredno citiranje u tekstu: (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Beograd: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. (2011). <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11.	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62. 2004.	Fus nota: Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57. 2003.	Fus nota: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] <i>улу</i> Одлука Уставног суда ІУ-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Preuzeto 15.11.2005. http://www.gutenberg.org/etext/2530 ili European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Navođenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fus nota: European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

GUIDELINES FOR AUTHORS

General notes	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font Times New Roman (Serbian-Cyrillic) , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
Paper length	The paper shall not exceed 16 pages. An article shall not exceed 40.000 characters (including spaces). A review shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
Language and script	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
Paper Title	The paper title shall be formatted in font Times New Roman , font size 14 pt, bold . The title shall be submitted in English as well.
Author(s)	After the title, the paper shall include the name and surname of the author(s), the name and full address of the institution affiliation, and a contact e-mail address (font size 12 pt). The data on the author(s), academic title(s) and rank(s), and the institution shall be provided in English as well.
Data on the project or program*(optional)	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
Data on the oral presentation of the paper*(optional)	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
Abstract	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
Key words	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
Text structure	<ol style="list-style-type: none"> 1. Introduction 2. Chapter 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Section 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Subsection 3 3. Chapter 2 4. Conclusion <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, bold.</p>
References	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the Guidelines for Authors .
Summary	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
Tables, graphs, figures	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in jpg format.
Copyright	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded here .
Paper submission	The papers shall be submitted in electronic format (as an attachment) to the following address: zbornik@prfak.ni.ac.rs

* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley & Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	First in-text citation: (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) A subsequent in-text citation: (Osterrieder et al., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). <i>Chemical and Surgical Castration</i> . In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pr. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). <i>Typology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher</i> . <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). <i>Meiji constitution</i> . In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	Footnote: Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IU-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	Footnote: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IU-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	In-text citation: (Wallace, 2001) Footnote: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp