

## САДРЖАЈ

<i>Предговор</i> .....	1
<i>Др Зоран Радивојевић</i> ДИРЕКТНЕ ТУЖБЕ ПРЕД СУДОМ ПРАВДЕ ЕВРОПСКИХ ЗАЈЕДНИЦА .....	3
<i>Constantin Popa</i> THE SETTLEMENT OF ARBITRATION AS AN ALTERNATIVE WAY OF SOLVING PATRIMONIAL DISPUTES .....	23
<i>Др Радмила Ковачевић Куштримовић</i> ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК И ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ.....	37
<i>Др Војислав Ђурђић</i> ПРЕСУЂЕЊЕ НА ОСНОВУ СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ .....	53
<i>Др Предраг Димитријевић</i> ПРОБЛЕМИ У ФУНКЦИОНИСАЊУ ЛОКАЛНОГ ОМБУДСМАНА .....	75
<i>Др Милева Анђелковић</i> ТРЕНДОВИ У САВРЕМЕНИМ БУЏЕТСКИМ РЕФОРМАМА.....	89
<i>Др Наташа Стојановић</i> МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ ИЗВОРИ О ЗАШТИТИ ВАЗДУХА, ОЗОНСКОГ ОМОТАЧА И КЛИМЕ .....	103
<i>Ивана Симоновић</i> НОВЕ ЕВРОПСКЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У ПРАВУ О ЗАСТАРЕЛОСТИ И ОДРЕЂИВАЊУ РОКОВА ЗАСТАРЕЛОСТИ .....	129
<i>Сања Марјановић</i> ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ У ПОСТУПКУ ПОВОДОМ НАСЛЕДНОПРАВНИХ ОДНОСА СА ИНОСТРАНИМ ЕЛЕМЕНТОМ .....	149

*Др Невена Петрушић*

ПРАВО НА ПРИСТУП СУДУ У СВЕТЛУ НОВОГ ЗПП .....161

*Мр Марко Трајковић*

ПРАВО НА ПРАВНУ ПОМОЋ И КВАЛИТЕТ ПРАВНЕ ПОМОЋИ

ПРУЖЕНЕ ГРАЂАНИМА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

И ПОСТУПКУ ИЗДРЖАВАЊА КАЗНЕ .....181

## ПРЕДГОВОР

Друга свеска Зборника радова „Право на приступ правосуђу – имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ резултат је рада на истоименом пројекту који реализују научни истраживачи Правног факултета Универзитета у Нишу, у периоду 2006-2010, уз финансијску подршку Министарства за науку Србије. Истраживањем су обухваћени међународни и европски стандарди у домену права на приступ правди и права на правично суђење, нова законска решења у појединим секторима материјалног и процесног права која су усмерена ка побољшању услова за остваривање права на приступ правди, као и актуелна правна пракса.

Зборник радова представља другу по реду публикацију у којој су научни истраживачи презентовали део резултата свог индивидуалног научно-истраживачког рада на Пројекту. Поред радова аутора који су ангажовани на Пројекту, у Зборнику су објављена и три научна рада припремљена на позив руководиоца Пројекта, од стране аутора који нису непосредно укључени у реализацију Пројекта.

Објављивање овог Зборника радова мотивисано је потребом да се резултати спроведеног истраживања учине доступним широј јавности, како би се подстакла научна и стручна расправа о уоченим проблемима, иницирао процес критичког преиспитивања законских решења и тиме допринело успостављању делотворног, ефективног и ефикасног правног система.

УРЕДНИЦА



UDK: 341.645.2 (4-672EU)



**ДИРЕКТНЕ ТУЖБЕ ПРЕД СУДОМ  
ПРАВДЕ ЕВРОПСКИХ ЗАЈЕДНИЦА**

**Др Зоран Радивојевић,**

---

*редовни професор Правног факултета у Нишу*





## ДИРЕКТНЕ ТУЖБЕ ПРЕД СУДОМ ПРАВДЕ ЕВРОПСКИХ ЗАЈЕДНИЦА

### І УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Суд правде европских заједница надлежан је да доноси пресуде у споровима и да даје саветодавна мишљења. Када је реч о надлежности у споровима<sup>1</sup>, најзначајнија је разлика између одлучивања о директним тужбама и доношења одлука о претходним питањима.<sup>2</sup> У првом случају спор почиње и окончава се пред Судом правде који доноси коначну одлуку. Будући да се стране у спору могу тужбом директно обраћати Суду, а да његове пресуде не подлежу праву на жалбу и непосредно су извршне, овде је у питању тзв. директна надлежност.<sup>3</sup> У другом случају ради се о споровима који се одвијају у целости пред националним судом: они почињу и воде се

<sup>1</sup> Подела на надлежност у споровима и надлежност за давање мишљења широко је прихваћена у правној теорији (Т.Хартли, Основи права Европских заједница – превод, Београд, 1998, стр.58; В.Кнежевић- Предић, Оглед о суверености: сувереност и Европска унија, Београд, 2001, стр.232-233; Р.Вукадиновић, Европска економска заједница: институције, Београд, 1991, стр.97; D.Lasok, J.W.Bridge, Law and Institutions of the European Union, London, 1994, p.257; D.Vaughan, Law of the European Communities, London, 1986, Vol.II, p.202.). Слична овој је подела на основу начина на који се покреће поступак пред Судом на надлежност за тужбе, надлежност за одлучивање о претходним питањима и надлежност за давање мишљења (G.Isaac, M.Blanquet, Droit communautaire général, Paris, 2001, pp.269-270; М.Станивуковић, Појединац пред Судом европских заједница, Београд, 2007, стр.28).

<sup>2</sup> У литератури се предлажу и други критеријуми по којима се надлежност Суда може класификовати. Према улози који врши и природи односа које расправља Суд правде се може појавити у функцији уставног, управног, грађанског и међународног суда (Н.Мисита, Основи права Европске уније, Сарајево, 2002, стр.487-488; Б.Кошутећ, Увод у европско право, Београд, 2006, стр.212). Слично овом је схватање о Суду правде као скупу специјализованих судова, тачније суда опште надлежности и посебних судова (N.L.Brown, T.Kennedy, The Court of Justice of the European Communities, London, 2000, p.111.) или Уставном суду Европске уније (P.Craig, G.De Burca, European Union Law, Text, Cases and Materials, Oxford, 2003, p.251). Најзад, постоји подела по областима деловања Европске уније на пуну (надлежност у оквиру Европских заједница или првог стуба) и ограничену (надлежност у области слободе кретања лица и полицијској и правосудној сарадњи у кривичним стварима) надлежност Суда (А.Чавошки, А.Кнежевић-Бојовић, Д.Поповић, Европски суд правде, Београд, 2006, стр.34).

<sup>3</sup> Т.Хартли, *op.cit.*, стр.58; В.Кнежевић-Предић, *op.cit.*, стр.239; Р.Вукадиновић, *op.cit.*, стр.97; Г.Илић-Гасми, Реформа Европске уније: институционални аспект, Београд, 2004, стр.119.

пред тим судом који утврђује чињенично стање, примењује право, укључујући и комунитарно право према тумачењу Суда правде, и доноси пресуду о случају.<sup>4</sup> Пошто је Суд правде овлашћен да на захтев националног суда донесе само одлуку о претходном питању, али не и о спору као таквом, реч је о тзв. индиректној надлежности.<sup>5</sup>

Надлежност Суда да одлучује о директним тужбама може се даље разврстати у две основне категорије. Прва од њих обухвата спорове у којима је надлежност Суда заснована на сагласности страна у спору изражене у виду арбитражне клаузуле из јавноправних и приватноправних уговора које закључују европске заједнице или су закључени у њихово име, компромиса или накнадног споразума страна. Другу, далеко значајнију групу чине спорови у којима надлежност Суда не почива на слободно израженом пристанку странака, већ је заснована непосредно на одредбама комунитарног права. У овим споровима омогућен је директан приступ Суду државама и другим овлашћеним субјектима који се том приликом појављују и као тужиоци и као тужени. Прописи комунитарног права предвиђају неколико основних врста директних тужби које се могу поднети Суду.<sup>6</sup> То су: тужба због неиспуњења обавезе, тужба за поништај, тужба због пропуштања и тужба за накнаду штете. Изузимајући прву врсту код које се као тужена страна појављује држава, остале тужбе се увек подnose против Заједнице и њених органа.

## II ТУЖБА ЗБОГ НЕИСПУЊЕЊА ОБАВЕЗЕ

Основ за подношење ове тужбе је неиспуњење обавезе из уговора од стране државе чланице. Тужба се подиже са циљем да Суд утврди пропуст државе у испуњавању обавезе и да се она обавезе да прекине са неизвршењем. Право на тужбу имају Комисија и друге државе чланице.<sup>7</sup> У пракси се као тужилац скоро увек појављује Комисија у складу са својом

<sup>4</sup> О.Рачић, Надлежност Европског суда, Европско законодавство, 2002, бр.1, стр.84.

<sup>5</sup> Подела на директну и индиректну или прејудицијелну надлежност ослања се добрим делом на терминологију коју користи сам Суд у чијим се документима, поред директних, помињу и индиректне тужбе. Ова класификација се данас одомаћила у англосаксонској правној теорији (L.N.Brown, T.Kennedy, op.cit.; J.Steiner, L.Woods, Textbook on European Communities Law, Oxford, 2003.), а све више се прихвата у савременој немачкој литератури (M.Herdegen, Europarecht, München, 2003; G.Fischer, Europarecht, München, 2001; T.Oppermann, Europarecht, München, 2005). Видети о томе: Б.Кошутић, op.cit., стр.212.

<sup>6</sup> Чланови 226 (ранији чл.169), 227 (178), 228 (171), 230 (173), 231 (174), 232 (175), 233 (176), 235 (178) и 288 (215) Уговора о ЕЗ.

<sup>7</sup> Чланови 226 и 227 Уговора о ЕЗ. Истоветну одредбу садрже чл.141 и 142 Уговора о ЕВРОАТОМ-у, док је чл.88 Уговора о ЕЗУЧ предвиђао другачије решење. Посебан правни основ за подношење тужбе постоји у области тржишне конкуренције, односно забране државних субвенција (чл.88-ранији чл.93), злоупотребе изузетака који су тим поводом предвиђени (чл.298-ранији чл.225) и усклађивање прописа везаних за успостављање и деловање унутрашњег тржишта (чл.95-ранији чл.100).



улогом "чуvara уговора". Државе чланице избегавају да подносе тужбе једне против других, већ радије улогу тужиоца препуштају Комисији.

Као тужена страна појављује се држава чланица која наводно није испунила неку обавезу преузету закључењем уговора. Тужба се подноси против државе, без обзира што њу пред Судом представља влада. Појам тужене државе, дакле, обухвата све државне органе из законодавне, судске и извршне гране власти. Обавезе чије неиспуњење представља основ за подизање тужбе могу да потичу из различитих формалних извора. Неспорно је да су првенствено у питању обавезе које проистичу из оснивачких уговора и уговора који их мењају и допуњавају. Такође је неспорно да у овај круг улази и секундарна легислатива, тј. акти које доносе органи Заједнице на основу ових уговора. Исти је случај са уговорним обавезама проистеклим из споразума које Заједница закључује са трећим субјектима. Уговори које су државе чланице закључиле са државама нечланицама тешко се могу сматрати правним основом за подизање тужбе. Кад је реч о "мешовитим споразумима" које закључују и Заједница и државе чланице са државом нечланицом, ствари нису тако јасне. Сасвим је, међутим, сигурно да правни основ за подношење тужбе не могу бити уговори које су државе чланице касније закључиле изван комунитарног оквира, као ни општа правна начела.<sup>8</sup>

Неизвршење уговорних обавеза представља заправо повреду уговорних обавеза. Држава чланица своје обавезе може повредити како деловањем, тако и пропуштањем да се делује. У првом случају кршење обавезе може се састојати у усвајању аката који су супротни комунитарном праву или доношењу мера којима се само делимично или на неодговарајући начин извршавају обавезе које из њега произилазе. Повреду може да представља и само задржавање на снази или спровођење у живот постојећих аката који су неспојиви са правом Заједнице.<sup>9</sup> У том погледу постоји обавеза држава чланица да из свог националног права уклоне све норме које нису у складу са комунитарним прописима, чак и онда када се више не примењују, јер оне за субјекте могу да буду извор нејасноћа и правне несигурности.<sup>10</sup>

Повреда обавезе неделовањем постоји када држава чланица пропусти да предузме мере на које је обавезна или не донесе одређени акт. До тога најчешће долази у случају неспровођења директиве. То је разумљиво обзиром на чињеницу да директива државама оставља слободу у погледу избора метода и средстава имплементације, што оне у пракси некада широко тумаче и злоупотребљавају. Кршење обавезе постоји и ако држава директиву не спроведе у прописаном року, будући да свако кашњење са имплементацијом угрожава јединствену примену комунитарног права.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Више о томе: В.Кнежевић-Предић, *op.cit.*, стр.242-243; П.Букадиновић, *op.cit.*, стр.98-99.

<sup>9</sup> Више о томе: Ph.Manin, *L'Union européenne: institutions - ordre juridique – contentieux*, Paris, 2005, pp.410-411; J.Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, 1999, pp.879-881; G.Isaac, M.Blanquet, *op.cit.*, p.215.

<sup>10</sup> Случај *Commission v. France*, 167/73, ECR, 1974, p.371.

<sup>11</sup> Случај *Commission v. Italy*, 39/72, ECR, 1973, p.101.

Подизању тужбе претходи читав низ поступака који су делом прописани Уговором<sup>12</sup>, а делом резултат праксе коју је Комисија развила. Они су административне природе, воде се у оквиру или пред Комисијом и састоје се из неформалног и формалног дела.

Комисија покреће испитивање наводне повреде обавезе на основу пријаве неког субјекта или на сопствену иницијативу. Потребна обавештења прикупља на различите начине, почевши од средстава јавног информисања, преко саслушања пред Европским парламентом или петиција које су њему упућене, па све до база података других институција. Комисија није у обавези да истражи пријаве које јој упућују индивидуални субјекти нити се од ње може захтевати покретање процедуре. Она ужива дискреционо право да одлучи о ком ће случају наводног кршења обавезе покренути истрагу и да ли прикупљени докази захтевају покретање поступка.<sup>13</sup>

Што се поступка тиче, могу се издвојити четири основне фазе. У првој Комисија и држава чланица воде неформалне преговоре са циљем да се постигне сагласност о наводном кршењу обавезе и мерама за његово отклањање. Уколико се тај циљ не постигне, Комисија званично обавештава државу о наводној повреди обавезе која јој се приписује и одређује рок – по правилу два месеца, а у хитним случајевима и краћи – да на те наводе одговори.<sup>14</sup> Када преговори ни у овој фази не доведу до задовољавајућег резултата, Комисија усваја образложено мишљење. У овом мишљењу се мора тачно навести основ на коме наводи о повреди обавезе почивају и утврдити датум до кога тече рок остављен држави да прекршај отклони.<sup>15</sup>

Ако држава не поступи у складу са образложеним мишљењем и у року који је одређен, Комисија може поднети тужбу Суду. Она није обавезна да то учини, већ има дискреционо право да одлучи хоће ли поступак окончати у административној фази која се пред њом одвија или ће покренути судски

<sup>12</sup> Члан 226 (ранији чл.169) Уговора о ЕЗ и 141 Уговора о ЕВРОАТОМ-у.

<sup>13</sup> Тај став Суд је потврдио у већем броју одлука. Видети: *Commission v. France*, 7/71, ECR, 1971, p.1017; *Lütticke*, 48/65, ECR, 1966, p.77; *Star Fruit v. Commission*, 247/87, ECR, 1989, p.291.

<sup>14</sup> Ово обавештење не мора бити образложено, али се у њему морају навести све оптужбе које се стављају на терет држави. Суд је одбијао да узме у разматрање оптужбе које нису садржане у обавештењу, већ су по први пут изнете на усменом рочишту (*Commission v. Italy*, 31/69, ECR, 1970, p.25). С друге стране, став је Суда да се обавештење мора односити само на меру коју је држава већ усвојила, али не и на њен нацрт, јер би у том случају било повређено начело правне сигурности (*Commission v. France*, 238/99, ECR, I, 2001, p.1169).

<sup>15</sup> Суд је показао опрез и извесна оклевања и када је реч о року који је остављен држави да отклони наводни прекршај. Тако се у случају 74/82 (*Commission v. Ireland*, ECR, 1984, p.317, para.12) нашао у ситуацији да изрази своје незадовољство понашањем Комисије која је држави чланици оставила рок од пет дана да измени легислативу коју примењује више од 40 година и која није изазвала никакву реакцију Комисије током читавог периода који је протекао од приступања ове чланице Заједници. Па ипак, Суд није по овом основу тужбу Комисије огласио неприхватљивом, већ је то учинио у једном од наредних случајева (293/85, *Commission v. Belgium*, ECR, 1988, p.305, para.14) изјавивши при том да се држави мора оставити разуман рок, а да је кратак рок оправдан само у хитним случајевима или ако је држава чланица била потпуно свесна става Комисије много пре него што је поступак отпочео.

поступак. Иако ужива широко поље слободе одлучивања, Комисија има и обавезу да предузме акције које највише одговарају обезбеђењу поштовања обавеза из комунитарног права.<sup>16</sup> То заправо значи да је дискреционо право њој дато са циљем да начин отклањања повреде прилагоди природи прекршаја.

Комунитарним правом није прописан посебан рок за покретање поступка пред Судом. Комисија свакако мора да сачека истек рока који је утврђен образложеним мишљењем и који се не може изменити одлуком Суда.<sup>17</sup> Ипак, време између покретања административног поступка и подизања тужбе не сме бити предуго, јер би то могло отежати заинтересованој држави да побије аргументе Комисије и тиме угрозило њено право на одбрану.<sup>18</sup>

Сличан поступак предвиђен је у случају када држава чланица сматра да друга држава није испунила неку уговорну обавезу.<sup>19</sup> Пре него што поднесе тужбу Суду она је дужна да се обрати Комисији и да пред њу изнесе случај наводне повреде. Комисија тада поново позива државу чланицу која је учинила наводни прекршај да изнесе своје виђење случаја. Пошто је заинтересованим странама дала прилику да се писмено и усмено изјасне о наводима и захтевима, Комисија опет доноси образложено мишљење. Међутим, изостанак образложеног мишљења не представља препреку за покретање поступка пред Судом. Држава стиче право да се тужбом обрати Суду и без образложеног мишљења по истеку рока од три месеца од дана подношења одговарајућег предмета Комисији. Право на подизање тужбе она би имала и уколико је незадовољна мишљењем, укључујући случај када Комисија утврди да нема повреде уговорне обавезе.<sup>20</sup>

Поводом поднете тужбе Суд спроводи поступак у коме на основу расположивих доказа и примењујући комунитарно право утврђује да ли је држава у питању прекршила неку уговорну обавезу. Том приликом надлежан је да размотри сва релевантна питања и није везан становиштем из образложеног мишљења Комисије. Суд је ипак ограничен повредама које је Комисија навела у свом мишљењу и не разматра наводе који су по први пут изнети у судском поступку. Он, међутим, нема овлашћење да ревидира мишљење Комисије, нити га може заменити својом одлуком.

У току поступка пред Судом тужене државе износе различите аргументе у своју одбрану како би оспориле допуштеност или основаност тужбе. Сврха истицања ових приговора је да се докаже како постоје разлози који

<sup>16</sup> Тај став Суд је заузео у случају 7/71 (*Commission v. France*, ECR, 1971, p.1003, para.5). Штавише, као што је Суд истакао у једном од каснијих случајева (*C-431/92, Commission v. Germany*, ECR, 1995, p.2189, para.1922) никакав посебан мотив или интерес не морају стајати иза одлуке Комисије да покрене поступак.

<sup>17</sup> У случају 28/81 (*Commission v. Italy*, ECR, 1981, p.2577) Суд је потврдио да у његовој надлежности није да продужи или скарати рок предвиђен одлуком Комисије.

<sup>18</sup> Случај C-96/89, *Commission v. Netherlands*, ECR, 1991, p.2461.

<sup>19</sup> Члан 227 (ранији чл.170) Уговора о ЕЗ и 142 Уговора о ЕВРОАТОМ-у.

<sup>20</sup> У овом смислу: В.Кнежевић-Пређић, *op.cit.*, стр.245.

оправдавају неизвршење обавезе. У судској пракси издвојило се неколико најчешћих аргумената одбране држава. Један од њих је да одговорност државе не постоји у случајевима када су предузете све расположиве мере за извршење обавеза, али до извршења није дошло услед деловања или неделовања законодавних или судских органа. Суд правде није, по правилу, прихватио ову аргументацију<sup>21</sup>, мада је занимљиво да Комисија није била спремна да покрене поступак када су повреде обавезе учинили правосудни органи.<sup>22</sup>

Становиште је Суда да и одредбе националног законодавства, па и уставне одредбе не извињавају у случају неиспуњења обавеза<sup>23</sup>, као што ни одговорност федерације не искључује чињеница да је повреду извршио орган власти федералне јединице.<sup>24</sup> Суд није био склон да прихвати ни позивање државе на незаконитост одлуке која јој је упућена као оправдање у случају поступка за проглашење непоштовања обавеза које проистичу из њеног неизвршења те одлуке.<sup>25</sup> Он је, такође, одбио да као одбрану прихвати позивање на вишу силу<sup>26</sup>, унутрашње политичке прилике, економску и социјалну ситуацију у земљи или околност да повреда обавезе није проузроковала никакву штету.<sup>27</sup> Поред тога, пракса показује неспремност Суда да државе чланице које су оптужене за неизвршење обавеза ослободи одговорности зато што су исту повреду учиниле друге државе или органи Заједнице.<sup>28</sup>

<sup>21</sup> У случајевима 77/69 (*Commission v. Belgium*, ECR, 1970, p.237) и 8/70 (*Commission v. Italy*, ECR, 1970, p.961) Суд је истакао да обавезе које проистичу из уговора почивају на држави као таквој и одговорност државе наступа без обзира на то који је то орган државе чије је деловање или неделовање проузроковало неиспуњавање њених обавеза, чак и у случају уставно независне институције.

<sup>22</sup> Један од најпознатијих случајева је одбијање француског Државног савета да затражи одлуку о претходном питању од Суда у случају *Semoules*. За коментар Комисије видети њен одговор на питање постављено у Парламенту: 28/68, *Official Journal*, 1968, C71/1 i 349/69, OJ, 1970, C20/4.

<sup>23</sup> Као што је у случају 280/83 и 100/77 (*Commission v. Italy*, ECR, 1984, p.2361 para 4; *Ibid.*, 1978, p.879. para.21) Суд истакао држава чланица се не може позвати на одредбе, праксу или околности које постоје у унутрашњем правном систему да би оправдала непоштовање обавеза и рокова који су постављени директивом.

<sup>24</sup> Спор (*Casagrande v. Munich*, 9/77, ECR, 1974, p.773). Иако се овде радило о одлуци о претходном питању по члану 177 (садашњи чл.234) Уговора о ЕЗ, Суд је јасно истакао да је комунитарно право обавезујуће за све нивое власти.

<sup>25</sup> Случај *Commission v. Greece*, ECR, 1988, p.3611, para.24.

<sup>26</sup> У случају 101/84 (*Commission v. Italy*, ECR, 1985, p.2629) држава чланица се позвала на терористички напад у коме је услед бомбардовања уништен центар за обраду података, који је био од кључног значаја за примену директиве Суд правде је заузео став да је, иако се ово може сматрати вишом силом, кашњење од четири и по године у спровођењу директиве необјашњиво и неприхватљиво.

<sup>27</sup> Случајеви *Commission v. France C-265/95*, ECR, I, 1996, p.6959 и *Commission v. Netherlands*, 95/77, ECR, 1978, p.863.

<sup>28</sup> Случајеви *Commission v. Italy*, 52/78, ECR, 1976, p.284 и *Commission v. Luxembourg and Belgium*, 90-91/63, ECR, 1964, p.625.

После спроведеног поступка Суд својом пресудом утврђује да ли постоји или не постоји повреда обавезе од стране државе. Реч је о пресуди декларативне природе<sup>29</sup> којом се само констатује да је држава у питању пропустила да испуни своје обавезе према уговору. Иако се у пресуди може ближе одредити у чему се повреда уговорне обавезе састоји, Суд није овлашћен да држави нареди да нешто учини или не учини. Исто тако, Суд није надлежан да поништава националне прописе којима се крше обавезе из уговора, нити да досуђује накнаду штете коју су индивидуални субјекти претрпели због повреде.<sup>30</sup>

Ако Суд потврди да држава чланица није испунила неку од обавеза у смислу уговора, та држава је обавезна да предузме потребне мере којима ће извршити пресуду. Неизвршење пресуде сматра се повредом обавезе и представља основ за подношење нове тужбе од стране Комисије. У том случају она од Суда може тражити да држави која није извршила пресуду наложи плаћање паушалног износа или казне.<sup>31</sup>

### III ТУЖБА ЗА ПОНИШТАЈ

Суд правде контролише не само извршење обавеза од стране држава чланица, већ и рад институција Заједница. У његову надлежност спада оцена законитости аката које доносе органи Заједница. Тужба за поништај представља основни начин и средство у вршењу ове врсте контроле.

Предмет тужбе за поништај могу бити акти поименично наведени у оснивачким уговорима. Овај списак Суд је у пракси проширио вршећи контролу законитости неких аката који нису изричито поменути, али ипак није допустио да предмет оспоравања буде сваки акт који донесе институција Заједница. Према слову оснивачких уговора<sup>32</sup>, контроли законитости подлежу акти које заједнички усвајају Европски парламент и Савет, акти Савета, Комисије и Европске централне банке. Реч је о правно обавезујућим актима које поменуте институције усвајају у облику уредби, директива или одлука. Из контроле су изричито изузети акти који имају карактер препоруке и мишљења.

Акти Европског парламента могу бити предмет оцене законитости под условом да производе правна дејства у односу на трећа лица. Могућност контроле аката Парламента у прво време није била предвиђена оснивачким

<sup>29</sup> Ph.Manin, op.cit., p.412; D.Simon, Le système juridique communautaire, Paris, 1997, p.446.

<sup>30</sup> Видети случај 48/71, Commission v. Italy, ECR, 1971, p.529.

<sup>31</sup> Члан 228 (ранији чл.171) Уговора о ЕЗ. У најпознатијем примеру (Commission v. Greece, C 387/97, ECR, I, 2000) Суд је Грчкој изрекао казну од 20.000 евра за сваки дан кашњења у извршењу пресуде, па је ова држава на крају платила 5,4 милиона евра зато што у року није поступила по тој пресуди.

<sup>32</sup> Члан 230 (ранији чл.173) Уговора о ЕЗ и чл.146 Уговора о ЕВРОАТОМ-у. Предмет ове тужбе могу бити и одлуке Савета гуверенера о Одбору директора Европске инвестиционе банке у складу са одредбом чл.237 (ранији чл.180) Уговора о ЕЗ.

уговорима, већ је уведена тек са Уговором из Мастрихта. Тиме је само озаконена постојећа пракса Суда правде да се тужба за поништај може поднети против аката Парламента који теже да произведу правна дејства према трећим лицима.<sup>33</sup>

У круг аката који подлежу контроли законитости Суд је укључио и друге акте чија је намена да произведу правне последице по права и обавезе других субјеката комунитарног права. У том погледу од одлучујућег значаја су садржина и предмет одређеног правног акта, а не његов назив и форма. Тако је Суд допустио да се тужба за поништај поднесе против резолуције<sup>34</sup> и кодекса понашања које је усвојио Савет.<sup>35</sup> Исто важи за инструкцију коју је издала Комисија<sup>36</sup> или њено саопштење којим се наводно тумачи садржај директиве, а заправо намећу нове обавезе.<sup>37</sup> Чак и обично писмо, као и изјава члана Комисије који су усмерени на стварање правног дејства могу бити предмет тужбе за поништај.<sup>38</sup>

С друге стране, Суд је настојао да одреди крајњу границу до које се може ићи у оспоравању правно обавезујућих аката. Тужбом за поништај могу се побијати само акти институција Заједница, али не и акти које заједнички доносе државе чланице изван домена комунитарне надлежности.<sup>39</sup> Исто тако предмет тужбе не могу бити програмски акти који не стварају конкретна права и обавезе и интерне мере које не производе дејство изван институција.<sup>40</sup> Суд није прихватио ни подношење тужбе против припремних аката који нису коначни, већ представљају само етапу у поступку који води каснијем усвајању одлуке која има коначни карактер.<sup>41</sup>

Право на тужбу за поништај (*locus standi*) има широк круг субјеката комунитарног права. Међутим, услови под којима се може подићи тужба нису за све исти, па се у том погледу разликују три категорије тужиоца. У прву спадају државе чланице, Савет, Комисија и Европски парламент.<sup>42</sup> Ово су, како се обично каже, повлашћени или привилеговани тужиоци<sup>43</sup> који могу затражити поништај сваке обавезујуће одлуке, без обзира о којој је врсти одлуке реч и ко је њен адресат. Они не морају да доказују свој посебан

<sup>33</sup> У случају 294/83 (*Partie écologiste "Les Verts" v. European Parliament*, ECR, 1986, p.1339) Суд је поништио одлуку Европског парламента на основу чл.173 (садашњи чл.230).

<sup>34</sup> Случај 22/70, *ERTA, Commission v. Council*, ECR, 1971, p.261

<sup>35</sup> Случај C-303/90, *France v. Commission*, ECR, I, 1991, p.5340.

<sup>36</sup> Случај C-366/88, *France v. Commission*, ECR, I, 1990, p.3595.

<sup>37</sup> Случај C-325/91, *France v. Commission*, ECR, I, 1993, p.3283.

<sup>38</sup> Случај T-3/39, *Air France v. Commission*, ECR, II, 1994, p.121.

<sup>39</sup> Случај 22/70, *ERTA, Commission v. Council*, ECR, 1971, p.263.

<sup>40</sup> Случај 20/58, *Phoenix Rheinrohr*, ECR, 1959, p.163 и случај 9/79, *Schlüter*, ECR, 1973, p.1161.

<sup>41</sup> Случај 60/81, *IBM v. Commission*, ECR, I, 1993, p.3283.

<sup>42</sup> Члан 230 Уговора о ЕЗ, измењен Уговором из Нице.

<sup>43</sup> Ова терминологија широко је прихваћена у теорији. Видети: D.Vaughan, *op.cit.*, p.238; Т.Хартли, *op.cit.*, стр.334-335; J.Boulouis, M.Darmon, J.G.Huglo, *Contentieux communautaire*, Paris, 2001, p.181; J.Shaw, *Law of the European Union*, Basingstone, 2002, p.504; J.Rideau, *op.cit.*, p.711; В.Кнежевић-Предић, *op.cit.*, стр.238; Р.Вукадиновић, *op.cit.*, стр.106-107; Н.Мисита, *op.cit.*, стр.522-523; А.Чавошки, А.Кнежевић-Бојовић, Д.Поповић, *op.cit.*, стр.74-75.

правни интерес и увек поседују право на тужбу. Сматра се да наведи тужиоци имају општи интерес у односу на примену комунитарног права.<sup>44</sup>

У другој категорији налазе се Европска централна банка и Рачуноводствени суд који се понекад називају полупривилегованим тужиоцима. Право на тужбу ових органа нешто је уже дефинисано и односи се само на одлуке других институција које задиру у њихову надлежност. Њима је, дакле, право да буду тужиоци пред Судом признато у циљу заштите сопствене надлежности.<sup>45</sup>

Трећу категорију чине непривилеговани или обични тужиоци у које спадају физичка и правна лица. Могућност ових лица да се појаве као тужиоци логична је последица или резултат овлашћења органа Заједница да доносе одлуке које их непосредно обавезују. Међутим, њихово право на подношење тужбе за поништај трпи највећа ограничења. Она се пре свега огледају у погледу врсте аката чији се поништај може захтевати. Како је то у оснивачким уговорима речено, тужба се може поднети против одлуке која је њима упућена, одлуке која је донета у форми уредбе или одлуке која је упућена неком трећем лицу. Круг аката који се подразумевају под појмом - "одлука" Суд је веома широко тумачио. Према његовом схватању, овај појам обухвата практично сваки акт органа Заједнице који, као израз њихове воље, утиче на права и обавезе физичких и правних лица. То значи да ова лица могу покренути поступак за поништавање сваког комунитарног акта, укључујући чак и писмо које Комисија упути неком субјету ако оно за њега производи правно дејство.<sup>46</sup>

Посебно ограничење представља услов да на страни физичког и правног лица постоји оправдан интерес за подношење тужбе. У случају када се тражи поништај акта који је упућен тужиоцу претпоставља се да је овај услов испуњен. Уколико се, пак, тужба подноси против акта чији адресат није тужилац, биће потребно да се докаже да га акт непосредно и појединачно погађа. Захтев за непосредним дејством Суд је тумачио тако да акт у питању мора да има тренутно дејство по права и обавезе тужиоца, без посредовања или интервенције органа државе.<sup>47</sup> У складу са тим сматра се да појединац није непосредно погођен комунитарним актом који се не примењује аутоматски, већ је за његово спровођење потребно да држава донесе посебне мере или акте.<sup>48</sup> Кад је реч о појединачном дејству, Суд је заузео став да тужилац мора доказати да га акт због одређених особина које има или чињеничног стања и порекла издваја у односу на сваку другу особу и самим тим делује на њега на исти начин као и на адресата.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> Видети став Суда у случају 66/63 (Netherlands v. High Authority, ECR, 1964, p.533) и случају 166/78 (Italy v. Council, ECR, 1979, p.2575).

<sup>45</sup> Став 3 чл.230 (ранији чл.173) Уговора о ЕЗ, измењен Уговором из Нице.

<sup>46</sup> Случај 8-11/66, Noordwijks Cement Accord, ECR, 1967, p.75.

<sup>47</sup> У овом смислу: D.Simon, op.cit., p.348.

<sup>48</sup> Случај 69/69, Aclan Aluminium, ECR, 1970, p.285.

<sup>49</sup> Случај 25/62, Plaumann, ECR, 1963, pp.95 и 107.

Рок за подношење тужбе је два месеца, а рачуна се, у зависности од околности, од објављивања акта, његовог саопштавања тужиоцу или од дана када се он упознао са његовом садржином.<sup>50</sup> Овако кратак рок прописан је из разлога заштите и обезбеђења правне сигурности. По истеку овог рока може се против уредбе усвојене заједнички од стране Парламента и Савета, Савета, Комисије и Европске централне банке истаћи приговор незаконитости.<sup>51</sup>

Тужба за поништај нема суспензивно дејство. Ипак, Суду је дата могућност да одложи примену оспореног акта када нађе да околности то налажу.<sup>52</sup> Разлог за обуставу извршења акта може да буде опасност од непоправљиве штете која би проистекла из његове примене.

Основи за поништење комунитарних аката, прописани оснивачким уговорима, су: а) недостатак надлежности; б) повреда битних правила поступка; в) повреда уговора или сваког другог правног прописа који се односи на његову примену; и г) злоупотреба овлашћења.<sup>53</sup> Ови разлози су преузети из француског правног система, мада у комунитарном праву имају особено значење.

Поведа надлежности постоји када комунитарни акт донесе орган који уопште није био надлежан или ако приликом његовог усвајања не поступи сагласно својој надлежности, иако је деловао као овлашћени орган. До тога обично долази у случајевима прекорачења овлашћења у области конкуренције, преношења овлашћења са једног на други орган или у вези са тумачењем домаћаја тзв. имплицитних овлашћења.<sup>54</sup>

Поведа поступка односи се само на битна правила процедуре прописана оснивачким уговорима, актима донетим на основу њих и општим правним начелима. Најчешће се ради о пропусту да се приликом одлучивања прибави мишљење другог органа, одсуству образложења комунитарног акта, непозивању на предлог или правни основ за доношење акта или његовом необјављивању у Службеном листу.<sup>55</sup>

Код повреде уговора имају се у виду како одредбе оснивачких уговора и правно обавезујућих аката органа Заједница, тако и општа правна начела призната од стране држава чланица.<sup>56</sup> Позивањем на овај, веома широко

<sup>50</sup> Став 5 чл.230 (ранији чл.173) Уговора о ЕЗ, измењен Уговором из Нице.

<sup>51</sup> Члан 241 (ранији чл.184) Уговора о ЕЗ и чл.156 Уговора о ЕВРОАТОМ-у.

<sup>52</sup> Члан 242 (ранији чл.185) Уговора о ЕЗ.

<sup>53</sup> Став 2 чл.230 (ранији чл.173) Уговора о ЕЗ, измењен Уговором из Нице.

<sup>54</sup> Видети случајеве: 9/56, *Meroni v. High Authority*, ECR, 1957-58, p.133; 281/85, *Germany v. Commission*, ECR, 1987, p.3203; C-327/91, *France v. Commission*, ECR, I, 1994, p.3641; C-267/94, *France v. Commission*, ECR, I, 1995, p.4845 и 8/55, *Fédéchar*, ECR, 1954-55, p.291.

<sup>55</sup> Видети случајеве: 24/62, *Germany v. Commission*, ECR, 1963, p.63; 139/79, *Maizena*, ECR, 1980, p.3425; 138/79, ECR, 1980, p.3333; 61/86, *United Kingdom v. Council*, ECR, 1988, p.431; 131/86, *United Kingdom v. Commission*, ECR, 1988, p.905; C-49/88, *Al-Jubail*, ECR, I, 1991, p.3187; C-353/92, *Greece v. Council*, ECR, I, 1994, p.3411; C-263/95, *Germany v. Commission*, ECR, I, 1998, p.441.

<sup>56</sup> Видети случајеве: 34/86, *Budget Case*, ECR, 1986, p.2155; 18/62, *Barge*, ECR, 1963, p.259; 27/63, *Raponi*, ECR, 1964, p.129; 325/85, *Ireland v. Commission*, ECR, 1987, p.504; T-42/96, *Eyckeler and Malt*, ECR, II, 1998, p.401.



формулисан основ, тужилац би практично могао тражити поништај готово сваког комунитарног акта.

Злоупотреба овлашћења као основ ништавости значи да орган Заједнице који доноси акт користи своја овлашћења у неку другу сврху, а не ону због које су му дата. Претпоставка за постојање злоупотребе је да орган у питању располаже одређеним степеном дискреционих овлашћења.<sup>57</sup>

Ако утврди да је тужба основана, Суд оглашава ништавим оспорени акт.<sup>58</sup> Суд не може својом одлуком изменити или допунити поништени акт.<sup>59</sup> Пресуда обавезује не само странке у поступку, већ делује *erga omnes*. У исто време, пресуда има повратно дејство, односно делује од момента доношења акта (*ex tunc*). Тиме се успоставља стање које би постојало да такав акт никада није ни донет.

Суд може одлучити да поједина дејства акта који је поништен остану на снази, уколико је то неопходно. У оснивачким уговорима ова могућност изричито је везана само за уредбе<sup>60</sup>, али је Суд у пракси делимично поништавао и друге комунитарне акате. Ово ограничење ретроактивног дејства пресуде о поништају потребно је ради заштите правне сигурности субјеката комунитарног права.<sup>61</sup>

Пресуда Суда обавезује органе који су донели поништени акт да предузму потребне мере ради њеног извршења.<sup>62</sup> Они су првенствено дужни да више не примењују акт у питању, као и да повуку или укину све друге акте донете на основу њега. Поред тога, органи имају обавезу да у разумном року донесу нови акт који неће садржати недостатке који су довели до ништавости.

#### IV ТУЖБА ЗБОГ ПРОПУШТАЊА

Надлежност Суда не завршава се само на контроли законитости већ усвојених аката. Суд је овлашћен да контролише и да ли орган, уговором обавезан да донесе неки акт, ту своју обавезу испуњава или, пак, попушта да је изврши. Правно средство које се може користити у случају уздржавања од деловања надлежних органа је тужба због пропуштања. Тужбом се од Суда тражи да пропуштање органа да донесу одређени акт прогласи повредом оснивачког уговора.<sup>63</sup>

<sup>57</sup> Видети случајеве: 331/88, FEDESA, ECR, I, 1990, p.4023; C-84/94, Working time Directive, ECR, I, 1996, p.5755; 18 and 35/65, Gutmann, ECR, 1966, p.103; 105/75, Giuffrida, ECR, 1976, p.1395; 266/82, Turner, ECR, I, 1984, p.2162; 69/83, Lux, ECR, 1984, p.951; C-156/93, Parliament v. Commission, ECR, I, p.2019; C-83/94, United Kingdom v. Commission, ECR, I, 1996, p.5755.

<sup>58</sup> Члан 231 (ранији чл.174) Уговора о ЕЗ.

<sup>59</sup> Видети став Суда у случају C-428/988, Deutsche Post Ag and IECC, ECR, I, 200, p.3061.

<sup>60</sup> Став 2 чл.231 (ранији чл.174) Уговора о ЕЗ.

<sup>61</sup> Случај 45/86, Commission v. Council, ECR, 1987, p.1493.

<sup>62</sup> Члан 233 (ранији чл.176) Уговора о ЕЗ.

<sup>63</sup> Члан 232 (ранији чл.175) Уговора о ЕЗ.

За подношење ове врсте директне тужбе потребно је испуњење неколико услова. Пре свега тражи се да је пропуштање незаконито, односно да представља кршење оснивачког уговора. Уздржавање од деловања органа Заједнице није само по себи повреда уговора. Пропуст се сматра незаконитим само ако је орган у питању био дужан да према уговору делује, па то није учинио. Уговор стога није прекршен када орган пропусти да делује у погледу нечега што није његова обавеза. То значи да се тужба због пропуштања не може подићи ако надлежни органи располажу правом слободне оцене или им је остављено дискреционо овлашћење у погледу одлучивања.<sup>64</sup>

Други услов је да орган о чијем се пропусту ради није усвојио никакав став.<sup>65</sup> Свако заузимање јасног и одређеног становишта по питању уздржавања од деловања може да доведе до тога да се тужба због пропуштања сматра недопуштеном.<sup>66</sup> Том приликом није од значаја да ли је надлежни орган потпуно или само делимично одбио да делује. У оба случаја реч је о тзв. негативној одлуци којом орган дефинише свој став да неће деловати на одређени начин.<sup>67</sup>

Последњи услов односи се на на врсте аката због чијег се недоношења може подићи тужба. Реч је само о актима обавезујуће природе, јер би подношење тужбе поводом неусвајања акта који нису обавезујући представљало само непотребно коришћење процесних овлашћења. Предмет тужбе због пропуштања заправо су исти они акти против којих се може поднети тужба за поништење.<sup>68</sup> У пракси се чак алтернативно подносе тужбени захтеви за поништај неког акта или утврђење да је дошло до пропуштања.<sup>69</sup> Из тога је проистекло схватање да су ове две врсте тужби различити видови истог правног средства. То становиште прихватио је и Суд правде као општи принцип.<sup>70</sup>

Сличност поступка који се покреће због пропуштања и поступка за поништај уочљива је и кад су у питању процесне странке. Ова тужба може се поднети против Парламента, Савета, Комисије и Европске централне банке.<sup>71</sup> Круг потенцијалних тужилаца у овом поступку, такође, је исти. Поред држава чланица, право на тужбу због пропуштања имају институције Заједнице. То могу да буду Савет, Комисија и Парламент. Они су привилеговани тужиоци и не морају да доказују посебан интерес за подношење тужбе. Као такви имају опште право да покрену поступак поводом сваког пропуста органа Заједнице

<sup>64</sup> Видети став Суда у случају 247/87, *Star Fruit Company*, ECR, 1989, p.291.

<sup>65</sup> Случај 48/65, *Lütticke v. Commission*, ECR, 1966, p.19.

<sup>66</sup> Случај 125/78, *Gema*, ECR, 1979, p.3173.

<sup>67</sup> Више о теорији негативне одлуке: Т.Хартли, *op.cit.*, стр.365-366; В.Кнежевић-Предић, *op.cit.*, стр.240.

<sup>68</sup> Пракса Суда подржава то решење. Видети, на пример, случај 15/70, *Chevalley v. Commission*, ECR, 1970, p.979.

<sup>69</sup> Случај 48/65, *Lütticke v. Commission*, ECR, 1966, p.19.

<sup>70</sup> Случај 15/70 (*Chevalley v. Commission*, ECR, 1970, p.975) где Суд у пресуди није сматрао неопходним да утврди на основу кога члана (173 или 175) је поступак вођен.

<sup>71</sup> Став 1 чл.230 (ранији чл.175) Уговора о ЕЗ.

да изврши неку од обавеза из уговора. Европској централној банци признато је право на тужбу у областима које спадају у њену надлежност.<sup>72</sup> Суд правде се не би могао појавити у улози тужиоца сагласно начелу да "нико не може бити судија у свом спору" (*nemo iudex in re sua*).

У категорију непривилегованих тужилаца спадају физичка и правна лица, јер се од њих захтева да испуне још неке услове за подношење тужбе. У првом реду они морају да оправдају свој правни интрес, односно да докажу да је орган Заједнице пропустио да им упути неки правни акт. Други допунски услов је да се ради о акту Заједнице који није препорука и мишљење.<sup>73</sup>

Главну особеност тужбе због пропуштања у односу на тужбу за поништај представља посебна процедура која претходи обраћању Суду. Пре него што покрене поступак пред Судом тужилац је дужан да упути формални захтев надлежном органу Заједнице да одређену меру усвоји. У овом захтеву се морају јасно навести мере чије се предузимање тражи. То је значајно, будући да се тужба може односити само на мере које је тужилац захтевао од органа. Орган који је у питању има рок од два месеца да усвоји мере по захтеву. Тек ако у том периоду не предузме мере, отвара се могућност подношења тужбе Суду у наредна два месеца.<sup>74</sup>

Суд није овлашћен да својом пресудом сам усвоји акт који је тужени пропустио да донесе. Он је овлашћен само да прогласи да уздржавање од деловања представља повреду уговора. У овом случају реч је о декларативној пресуди којом се констатује да је својим пропуштањем неки орган Заједнице прекршио уговор. Међутим, орган или органи чије је уздржавање проглашено супротним уговору, обавезни су да донесу мере о извршењу одлуке Суда. Уколико је, као последица пропуста Заједнице, тужилац претрпео штету, он има право да покрене поступак за накнаду штете пред Судом.<sup>75</sup>

## V ТУЖБА ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ

Тужба за накнаду штете може се поднети по основу уговорне или вануговорне (деликтне) одговорности Заједнице. Уговорна одговорност Заједнице одређује се према праву које се примењује на дати уговор.<sup>76</sup> За одлучивање о споровима за накнаду штете из уговора надлежни су национални судови. Њихова надлежност је у овом случају примарна, будући да оснивачки уговори не поверавају такву надлежност Суду правде. То јасно произилази из одредбе која предвиђа да спорови у којима се Заједница појављује као странка нису изузети по том основу из надлежности судова

<sup>72</sup> Став 4 чл.232 (ранији чл.175) Уговора о ЕЗ.

<sup>73</sup> Став 3 чл.232 (ранији чл.175) Уговора о ЕЗ.

<sup>74</sup> Став 2 чл.232 (ранији чл.175) Уговора о ЕЗ.

<sup>75</sup> Члан 233 (ранији чл.176) Уговора о ЕЗ.

<sup>76</sup> Став 1 чл.288 (ранији чл.215) Уговора о ЕЗ и чл.188 Уговора о ЕВРОАТОМ-у.

држава чланица.<sup>77</sup> Национални суд утврдиће сопствену надлежност и меродавно право за дати уговор применом норми међународног приватног права које важе у његовој држави.<sup>78</sup>

Насупрот уговорној одговорности, за решавање спорова о накнади штете по основу вануговорне одговорности Заједнице искључиво је надлежан Суд правде.<sup>79</sup> Различит правни режим ових спорова последица је потребе да се очува независност Заједнице од националних власти. У супротном национални судови могли би да врше правосудну контролу понашања органа Заједнице и њених службеника.<sup>80</sup>

Код вануговорне одговорности искључена је примена правила међународног приватног права, односно националних колизионих норми. До меродавног права за утврђивање ове одговорности долази се у складу са општим начелима која су заједничка правима држава чланица.<sup>81</sup> То значи да Суд примењује право Заједнице које, коришћењем упоредноправног метода, изводи из важећег режима вануговорне одговорности државних органа и службеника у националним правним системима чланица. Том приликом Суд не утврђује најмањи заједнички именитељ у праву сваке земље чланице, већ изналази опште елементе система одговорности за штету који је примерен и прилагођен праву Заједнице.<sup>82</sup>

За постојање вануговорне одговорности Заједнице неопходно је испуњење неколико општих услова. Њих је самостално, ослањајући се на национална права држава чланица, формулисао Суд у низу случајева<sup>83</sup> и они морају постојати кумулативно. Ови услови обухватају: а) противправно понашање Заједнице и њених органа и службеника; б) постојање штете; и в) узрочно-последичну везу између понашања Заједнице и настанка штете.

Вануговорна одговорност произилази из понашања органа Заједнице које је довело до наступања штете. Само штетно понашање састоји се како у деловању, тако и у пропуштању на страни Заједнице. За проузроковану штету могу бити одговорни сви главни органи. Оснивачки уговори изричито предвиђају и одговорност Европске централне банке и њених службеника.<sup>84</sup>

Пошто органи раде преко службеника, Заједница одговара за радње и пропусти службеника у вршењу својих дужности. Услов за одговорност Заједнице је да такво понашање службеника буде у непосредној вези са

<sup>77</sup> Члан 240 (ранији чл.183) Уговора о ЕЗ.

<sup>78</sup> Т.Хартли, *op.cit.*, стр.427; М.Станивуковић, *op.cit.*, стр.106.

<sup>79</sup> Члан 235 (ранији чл.178) Уговора о ЕЗ.

<sup>80</sup> L.N.Brown, T.Kennedy, *op.cit.*, p.173.

<sup>81</sup> Став 2 чл.288(ранији чл.215) Уговора о ЕЗ.

<sup>82</sup> У овом смислу: L.N.Brown, T.Kennedy, *op.cit.*, p.175; P.J.Kapteyn, V.L. van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities. From Maastricht to Amsterdam*, London, The Hague, Boston, 1998, p.493. Видети и мишљење општег правобраниоца у случају 25/62, Plaumann, ECR, 1963, p.197.

<sup>83</sup> Видети посебно случај 4/69, Lütticke III, ECR, 1971, p.325 и случај C-200/89, FUNOC v. Commission, ECR, 1990, p.3669.

<sup>84</sup> Став 2 чл.288 (ранији чл.215) Уговора о ЕЗ.

вршењем службе, тј. да представља неопходан продужетак задатака поверених органу у коме је службеник ангажован.<sup>85</sup>

Вануговорна одговорност заснива се на на физичким, правним или другим радњама, као и пропустима којима се проузрокује штета. Противправна радња или пропуштање може се састојати у повреди правила о раду и поступању органа при доношењу појединачних аката административне природе. Она обично постоји у случају лоше организације, недостатака у управљању<sup>86</sup>, давања погрешних обавештења<sup>87</sup>, непостојања надзора<sup>88</sup>, непоштовања мера безбедности или нарушавања поверљивости списка.

Одговорност Заједнице за нормативну делатност органа представља посебан проблем. У овом случају реч је о штети насталој због усвајања или пропуста у доношењу општег правног акта (уредбе, директиве или другог нормативног акта). Том приликом право на подношење тужбе за накнаду штете је одвојено и независно од питања (не)законитости одређеног акта Заједнице. Из тога произилази да је тужба за накнаду штете самостално правно средство у односу на тужбу за поништај<sup>89</sup>, те да њено подизање није условљено претходном одлуком Суда којим се правни акт у питању оглашава ништавим.

Нормативна одговорност Заједнице подвргнута је строжијем режиму и подразумева испуњење још неких допунских услова. Ти услови су: а) да је дошло до повреде норме више правне снаге; б) да се норма односи на заштиту појединаца; и в) да је повреда довољно озбиљна и тешка.<sup>90</sup> Први услов има за циљ да искључи одговорност Заједнице за мање незаконитости и пропусте органа у доношењу правних аката. Као норме више правне снаге чије кршење повлачи обавезу накнаде штете сматрају се како одредбе оснивачких уговора и општа правна начела<sup>91</sup>, тако и норме садржане у комунитарним актима који заузимају значајније место у правном поретку Заједнице.

Захтев да се норма односи на заштиту појединца има за циљ установљење или заштиту субјективног права. Заштита се може појавити као предмет или кроз дејство повређеног правног правила које се притом не мора непосредно и појединачно односити на појединца који подноси тужбу за накнаду штете.<sup>92</sup>

<sup>85</sup> Случај 9/69, Sayag II, ECR, 1969, p.336.

<sup>86</sup> Случај 23/59, FERAM, ECR, 1959, p.245.

<sup>87</sup> Случај 19,20,35 и 36/69, Richez-Parise, ECR, 1970, p.325.

<sup>88</sup> Случај 2 и 3/61, Fives Lille Cail, ECR, 1961, pp.281, 588.

<sup>89</sup> Видети случајеве C-352/98, Bergardem v. Commission, ECR, 1998; 43/72, Merkur, ECR, 1973, p.1055.

<sup>90</sup> Ове услове Суд је први пут формулисао у случају 5/71, Altien-Zuckerfabrik Schöppenstedt (ECR, 1971, p.975), па се отуда говори о Schöppenstedt формули (Т.Хартли, op.cit., стр.450).

<sup>91</sup> Видети случајеве 74/74; CNTA, ECR, 1995, p.533 и C-104/89 637/90, Mulder, ECR, I, 1992, p.3061.

<sup>92</sup> Видети случајеве 5,7,13-24/66, Kampffmeyer, ECR, 1967, pp.262-63; 83,94/76 и 4,15,40/77, Bayerische HNL. ECR, 1978, p.1209; 238/78. Treks-Arkdy, ECR, 1979, p.2955; 126/76, DGV, ECR, 1997, p.2431.

Код оцене озбиљности кршења више норме Суд је прибегао степеновању тежине повреде на основу ширине овлашћења којима орган располаже при доношењу правног акта. Уколико орган има ограничена дискрециона овлашћења, свака повреда, а не само тешка и очигледна, може да доведе до одговорности Заједнице. Насупрот томе, када се ради о актима приликом чијег је доношења орган располагао ширим дискреционим овлашћењима, Заједница је одговорна само ако постоји озбиљна и очигледна повреда норме вишег правног ранга.<sup>93</sup> За разлику од ранијег става<sup>94</sup>, Суд стоји на становишту према коме за одговорност Заједнице није неопходно да пропусти органа буду толико тешки и груби да се граниче са арбитрарним понашањем.<sup>95</sup>

У погледу постојања штете као другог услова одговорности право Заједнице се углавном ослања на коришћење аналогије са националним правним системима. Претрпљена штета мора да буде стварна и извесна. Постојање и висину штете треба да докаже тужилац. Износ штете не мора се одредити у моменту подизања тужбе, али мора бити одредив.<sup>96</sup> Накнада мора бити одговарајућа и обухвата како стварну штету, тако и изгубљену добит.<sup>97</sup> Уколико се наступање будуће штете може предвидети са доста сигурности и таква штета се надокнађује.<sup>98</sup> Накнада се по правилу односи на материјалну штету, али се може надокнадити и нематеријална штета. То је често случај у радноправним споровима службеника и Заједнице када се досуђује мањи, симболични износ на име нематеријалне штете или се, пак, сама пресуда сматра довољном сатисфакцијом за тужиоца.<sup>99</sup> Оштећени је са своје стране дужан да предузме све што је неопходно како би умањио претрпљену штету.<sup>100</sup>

Последњи услов за одговорност Заједнице је постојање узрочно-последичне везе између понашања њених органа и службеника и настале штете. Терет доказивања каузалне везе пада на тужиоца.<sup>101</sup> Ова веза може бити прекинута када је штета проузрокована актом државног органа који располаже широким дискреционим овлашћењима у примени комунитарног права. Међутим, сматра се да узрочна веза није прекинута уколико је национални орган усвојио спорни акт поступајући по везаној надлежности.

<sup>93</sup> Видети случајеве 116 и 124/77, *Amylum*, ECR, 1979, p.3497; T-390/94, *Schröder v. Commission*, ECR, II, 1997, p.501; C-352/98, *Bergaderm*, ECR, I, 2000, p.5291.

<sup>94</sup> Видети случајеве 83,94/76 и 4,15,40/77, *Bayerische HNL*, ECR, 1978, p.1209 и 116 и 124/77, *Amylum*, ECR, 1979, p.3560.

<sup>95</sup> Случај C-220/91, *Stahlywerke Peine-Salzgitter*, ECR, I, 1993, p.2393.

<sup>96</sup> Видети став Суда у случају 5,7, и 13-24/66, *Kampffmeyer v. Commission*, ECR, 1967, p.245.

<sup>97</sup> Случај 74/74, *CNTA*, ECR, 1975, p.533.

<sup>98</sup> Случај 56-68/74, *Kampffmeyer v. Council and Commission*, ECR, 1976, p.711.

<sup>99</sup> Видети случајеве T-18/93. *Marcato*, ECR, II, 1994, p.681; 266/82, *Turner*, ECR, I, p.1026; T-52/90, *Volger*, ECR, II, 1992, p.121.

<sup>100</sup> Видети случајеве 120/83, *Raznoimport*, ECR, 1983, p.2573; C-104/89 и C-37/90, *Mulder*, ECR, I, 1992, p.3051.

<sup>101</sup> Случај 40/75, *Produits Bertrann*, ECR, I, 1976.

До прекида узрочности може доћи и када је сам оштећени својим понашањем допринео настанку штете или није предузео мере да спречи даљу штету.<sup>102</sup> У том случају постоји могућност да се висина накнаде смањи или да се Заједница потпуно ослободи од одговорности.

Тужбу за накнаду штете може поднети свако физичко и правно лице које сматра да му је понашањем органа или службеника Заједнице причињена штета. Притом се не захтева да тужилац буде држављанин Европске уније, односно неке од држава чланица.<sup>103</sup> За разлику од других врста тужби, овде се не тражи ни испуњење допунских услова на страни физичких и правних лица као тужиоца. Тужбу за накнаду штете може поднети и држава чланица.

Рок за подношење тужбе је пет година и рачуна се од дана када је наступио догађај на коме се одговорност заснива.<sup>104</sup> Овај рок се прекида ако оштећено лице поднесе захтев за накнаду штете органу Заједнице који је проузроковао штету. Уколико се орган не изјасни о захтеву или одбије да надокнади штету, подносилац има додатни рок од два месеца за покретање поступка пред Судом.<sup>105</sup>

Тужбом се од Суда може тражити да досуди одређени износ накнаде у новцу или да само утврди постојање штете и одговорност Заједнице. У овом другом случају Суд доноси међупресуду којом утврђује одговорност и обавезу Заједнице да тужиоцу надокнади штету.<sup>106</sup> Међупресудом се не одређује тачан износ штете, већ се препушта странкама да то питање споразумно реше. Уколико се у одређеном року не постигне споразум, свака странка доставља Суду сопствену процену износа претрелене штете. Суд тада доноси коначну пресуду којом одређује износ штете коју треба надокнадити.<sup>107</sup> На досуђени износ накнаде тужилац има право на камату рачунајући од датума пресуде којом је утврђена одговорност Заједнице. Камата се одређује по стопи која је у складу са преовлађујућом каматном стопом на тржишту, осим ако сам тужилац није затражио нижу каматну стопу.<sup>108</sup>

<sup>102</sup> Случај 36/62, *Acieries du Temple*, ECR, I, 1963, pp.289, 296.

<sup>103</sup> Видети став Суда у случају 119/77, *Nippon Seiko*, ECR, 1979, p.1303 и 239 и 257/82, *Alied Corporation*, ECR, 1984, p.1005.

<sup>104</sup> Члан 46 Статута Суда.

<sup>105</sup> Сагласно чл.230 ранији чл.173 Уговора о ЕЗ и 146 Уговора о ЕВРОАТОМ-у.

<sup>106</sup> Према ставу Суда услов за доношење међупресуде је да ће штета ускоро наступити и да се она може предвидети са довољно сигурности. Видети случај 60/74, *Kampffmeyer v. Council and Commission*, ECR, 1976, p.711.

<sup>107</sup> H.G.Schermers, D.F.Wealbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, The Hague, London, New York, 2001, p.568.

<sup>108</sup> Више о томе: K.P.E.Lasok, T.Millet, *Judicial Control in the European Union: Procedures and Principles*, Richmand, 2004, p.95.





**UDK: 347.918**



**THE SETTLEMENT OF ARBITRATION  
AS AN ALTERNATIVE WAY OF  
SOLVING PATRIMONIAL DISPUTES**

**Constantin Popa**

---

*Faculty of Law the West University, Timișoara*





## **THE SETTLEMENT OF ARBITRATION AS AN ALTERNATIVE WAY OF SOLVING PATRIMONIAL DISPUTES**

Arbitration is not a new institution, characteristic for modern law – in this sense it has to be mentioned that, up to the state organization of justice, the judge was merely a person chosen by the parties in order to settle their dispute, which means he was precisely an arbitrator<sup>1</sup>.

Thus, from a historical standpoint, arbitration represents one of the oldest and most natural forms of justice and it has known elaborate consecration ever since the times of the Roman Empire. Later on, arbitration spread even during the Middle Ages, especially in the trade milieu.

From a geographical point of view, the occurrence of arbitration is related to the Assyrians, more accurately at the end of the 3<sup>rd</sup> millennium before our era, and it can also be found in pre-Islamic Arabia.

In our law, the institution of arbitration has been settled as early as the Calimah Code, but a modern, systematic, thorough regulation of the domain has been introduced only by means of the Code of Civil Procedure in 1965, in Book IV, where it is still settled at present.

As regards the autonomy of arbitration in relation to state justice, it has to be said that the former varies, according to the social state organization existing at a given point within a nation. This is in fact the reason why the historical evolution of arbitration gravitates around the acceptance of arbitration by the state, in general, and respectively by the state justice, in particular.

Arbitration has always responded to the need of universal justice, that is why the moment of its occurrence is difficult to be established in exact terms. The doctrine considers that arbitration was born upon the rise of humanity and it will disappear at the same time as humanity itself<sup>2</sup>.

Similarly, it could be said that arbitration is contemporary with civilization, understood in its deepest human sense – the state of universal peace based on moral

---

<sup>1</sup> Ioan Les, *Proceduri civile speciale*, editia a II-a, editura All Beck, Bucuresti, 2003, p. 17.

<sup>2</sup> Giorgiana Danaila, *Procedura Arbitrala – In litigiile comerciale interne*, editura Universul Juridic, Bucuresti, 2006, p. 28.

commandments needing to be respected, not by making use of physical force, but rather of spiritual power. Unfortunately, the arbitral mechanism has lost some of its simplicity across time, becoming more and more complicated by taking on a legal form, especially following the institutionalization of arbitration<sup>3</sup>.

## THE NOTION OF ARBITRATION

The concept of arbitration is used with two very precise meanings, namely to designate the organ whose task is to solve a dispute, as well as to determine the existence of a special proceeding of solving private law disputes.

As regards the notion of arbitration, the doctrine is unanimous in defining it by constantly underlining its specific features. Thus, in a synthetic definition, arbitration represents a private means of solving certain disputes by individuals vested by the parties with the power to judge upon a dispute.

So, “arbitration settled in Book IV is a form of private justice, a conventional way of solving disputes, resorting to individuals – arbitrators, who are vested by the parties with the power to solve a dispute and deliver a final ruling that is binding upon them”<sup>4</sup>.

According to another opinion, “Arbitration is in fact the expression, at a procedural level, of the free will of the parties who, as art. 5 in the Code of Civil Procedure reads have the right to organize their own jurisdiction resorting to individuals appointed by them”<sup>5</sup>.

At the same time, arbitration can be considered an alternative to the trial subject to state jurisdiction, consisting of the designation of some individuals whom the parties autonomously charge with solving their dispute<sup>6</sup>.

The notion of arbitration must be delimited from certain institution bearing the same name and having some common features. Thus, one needs to make a clear delimitation between arbitration and the arbitrator appointed to determine the price under the terms stipulated by the Civil Code; between arbitration and agency; between arbitration and transactions; between arbitration and expert appraisal; between arbitration and conciliation or mediation<sup>7</sup>.

## THE NATURE AND LEGAL GROUND OF ARBITRATION

Arbitration represents a procedural institution with a double legal nature, both contractual and jurisdictional. The legal ground of arbitration consists of the

---

<sup>3</sup> Giorgiana Danaïla, *op. cit.*, p.28

<sup>4</sup> I. Bacanu, *Arbitrajul ad hoc si arbitrajul institutional in legislatia romana actuala*, in R.D.C. nr. 8/1995, p.4-5.

<sup>5</sup> Viorel Ros, *Arbitrajul comercial international*, Regia autonoma Monitorul Oficial, Bucuresti, 2000, p. 34.

<sup>6</sup> Titus Prescure, Radu Crisan, *Curs de arbitraj comercial*, editura Rosetti, Bucuresti, 2005, p.12.

<sup>7</sup> Giorgiana Danaïla, *op. cit.*, p.29.

arbitration agreement under its two forms - the arbitration submission and the arbitration clause. Although the arbitrator has the power to judge a dispute, conferred upon him by the parties, he is independent in exerting his jurisdictional mission, acting the same way as a judge when delivering the ruling.

The arbitral award has, under the terms of the law, the legal effects of a ruling<sup>8</sup>.

The two indestructible components of arbitration – the contractual component and the jurisdictional one – confer upon it a dual legal nature. In fact, the entire Book IV is based on the conception of accommodating both the autonomous will of the parties and the requirements of a jurisdiction able to ensure a due process of law and a fair ruling.

The contractual component of arbitration is explicitly present in a series of dispositions in Book IV, especially in the first two chapters (art. 340-343<sup>4</sup>). In fact, most of the provisions in this book have a dispositional character, applying only if the parties have not decided otherwise.

The very first texts referring to arbitration consecrate its facultative and voluntary character par excellence, as well as the right of the parties to entrust to certain individuals – arbitrators - the mission to judge upon their dispute and deliver a final ruling, binding upon them (art. 340-340<sup>1</sup>). The contractual freedom of the parties in organizing and subjecting themselves to arbitration is largely recognized, the only limitation being to respect public order, good morals and the imperative dispositions of the law.

At the same time, the jurisdictional component of arbitration is equally present in Book IV. Thus, art. 358 imposes that, during the entire arbitral proceeding, the parties benefit from equal treatment, the respect of their right to defense and the principle of cross-examination, or else the arbitral award becomes null.

Similarly to the judicial trial, the arbitral trial is governed by the fundamental principles of a civil trial. Under these circumstances, it is natural that the arbitral award be vested with executory formula, since it can be enforced the same way as a legal ruling (art. 367-368).

The dualist thesis of the legal nature of arbitration has thus an incontestable legal foundation. The doctrine – both the Romanian one and the foreign one – is unanimous in highlighting the dual legal nature of arbitration. In fact, taking into account that, by the modernization of Book IV the dual legal nature of arbitration has clearly shaped itself, the doctrine considers that any debate regarding the exclusively contractual or exclusively jurisdictional nature of arbitration is no longer justified, since the law firmly states which the legal nature of private arbitration is in fact<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Giordiana Danaila, *op. cit.*, p. 42.

<sup>9</sup> Giordiana Danaila, *op. cit.*, p.45.

At the same time, some opinions in the doctrine consider that the unilateral theses referring to the legal nature of arbitration tend to become history and, as a consequence, the controversies over this topic currently lose their vigor<sup>10</sup>.

The only controversies that still impose themselves upon the doctrine referring to the legal nature of the private arbitration are those regarding the importance of the two components within the carrying out of the arbitration.

Thus, according to one opinion, the arbitration is “conditioned, in its functionality, by its contractual origin, expressed in the arbitration clause (compromisory clause or compromise) and by its jurisdictional finality, expressed in the definitive and enforceable sentence”<sup>11</sup>.

According to another opinion, one draws the conclusion that the double nature of arbitration can be found in all the acts and facts belonging to arbitration. The entire arbitral trial, from the moment when the arbitral tribunal is constituted and the arbitral procedure is established, up until the form and content of the arbitral award, is configured as expressly stipulated in art. 341 Code of Civil Procedure, by the arbitration clause or, within the institutionalized arbitration, based upon the parties’ will, by the respective institution’s regulation<sup>1</sup>.

Also, it has been said in the doctrine that the arbitration necessarily presupposes a jurisdictional component that finalizes itself through a sentence that can be compulsorily executed.

The opinion that we adopt is the one that, nevertheless, the contractual component of arbitration is by far the most important one.

In a different opinion, some authors, in order for others not to reproach them that they have adopted a jurisdictional conception over the arbitration, state that they ignore neither the essential agreement of the parties nor the fact that arbitration is a conventional way of settling litigations. The former ones underline only the fact that the will of the parties is limited by the imperative provisions of the law.

It is precisely the jurisdictional character the one that explains that, to a greater degree than other contracts, the arbitration clause is submitted to certain rules and warranties having an imperative character. The success and efficiency of arbitration impose such rules meant to assure its foreseeability and security<sup>2</sup>.

We consider as acceptable, just like the majority of the doctrine, the solution that “arbitration has a double nature: contractual through its origin and jurisdictional, through the procedure and especially the award given by the arbitrators”<sup>3</sup>.

The arbitral award is, thus, a jurisdictional act in which the contractual component is present, an act assimilated by the law, with regard to certain effects,

---

<sup>10</sup> Monica Ionas Salagean, *Arbitrajul comercial*, editura All Beck, Bucuresti, 2001, p. 76.

<sup>11</sup> Giorgia Dănilă, *op. cit.*, p. 43.

<sup>1</sup> S. Zilberstein, I. Bacanu, Desființarea hotărârii arbitrale, in *Dreptul*, no. 10/1996, p.30.

<sup>2</sup> Giorgia Dănilă, *op. cit.*, p. 44.

<sup>3</sup> Ioan Leș, *op. cit.*, p. 22.

to the judicial decision<sup>4</sup>. Starting from these thoughts, in the Romanian legislation the following categories of arbitrations are being regulated: - the ad-hoc arbitration, which represents the ordinary law in this field – whose regulation we might encounter in the provisions of the Code of Civil Procedure. This type of arbitration is organized upon the request of the interested parties, the arbitral tribunal being created with a view to solving a precise litigation, its existence ending upon the moment of the pronouncement of the award.

- institutionalized arbitration, namely the Court of International Commercial Arbitration attached to the Romanian Chamber of Commerce and Industry and the Courts of Commercial Arbitration attached to the county Chambers of Commerce and Industry which function according to some pre-established rules of procedure and whose decisions have a definitive and compulsory character. In the last few years, as a result of the recognition of the utility, necessity and, not lastly, of the advantages of the institutionalized arbitration, this means of litigation settlement has also imposed itself through imperative norms in fields such as: the settlement of disputes arisen between lawyers regarding the forms of practicing the legal profession, disputes between the traders belonging to the co-operative network, disputes between the providers of medical services and the health insurance funds, disputes concerning securities and stock exchanges, disputes regarding copyright.

Also, the arbitration can be perceived from another perspective also, when the parties, pursuant to their expressly stated agreement, confer on the arbitral tribunal the mission to settle the litigation in equity. This duality of arbitration offers, first of all, the arbitrators the possibility to settle the litigation in accordance with the main contract and with the applicable legal rules, meanwhile taking into consideration, when necessary, commercial usages and, secondly, in exceptional circumstances, according to the express agreement, the possibility to deliver an award in equity.

## **THE ORGANIZATION OF THE ARBITRATION CONSTITUTION OF THE ARBITRAL TRIBUNAL**

Unlike the civil procedure of the ordinary law, where the will of the parties has no influence over the composition of the court – neither in what regards the number of the judges sitting during the trial, nor the person of the judges that are sitting, in arbitration the parties are free to establish if the litigation is going to be solved by a unique arbitrator or by an arbitral tribunal made up of two, three or several persons, who are also going to be named, in principle, by the parties<sup>5</sup>.

According to article 347 (1) of the Code of Civil Procedure, the arbitrators are appointed, revoked or replaced according to the provisions of the arbitration

---

<sup>4</sup> Homotescu Gabriel, *Litigii patrimoniale. Soluționarea pe calea arbitrajului*, Editura Lumina Lex, București, 1999, p. 42.

<sup>5</sup> Titus Prescure, Radu Crișan, *op. cit.*, p. 63.

clause. Also, article 340 of the Code of Civil Procedure states that: “The arbitration can be entrusted, through the arbitration clause, to one or several persons, invested by the parties or based upon that convention to judge the litigation and to pronounce a definitive and compulsory decision for them. The unique arbitrator or, as the case may be, the invested arbitrators constitute, in the sense of the present provisions, the arbitral tribunal”<sup>6</sup>.

We point out the fact that, irrespective of the fact that the arbitrators are, in principle, appointed by the parties, it is presumed that the latter do not represent, in the trial, the interests of the parties but the interests of the act of justice initiated with a view to finding the truth. Since the arbitrators are named by the litigant parties, they better invest the character of impartiality of true judges and stop being the defenders and representatives of the interest of the party that appointed them.

It results therefore that, in conditions of perfect opposability guaranteed by the contractual foundation of arbitration, the appointment of the arbitrators can be contested, the interested party having the possibility to invoke *error in personam* of the arbitrator and being able to ask, also, for the objection against an arbitrator and for other reasons than those stipulated by the law, reasons that place under doubt the arbitrator’s independence and impartiality, in the conditions stipulated by article 351 Code of Civil Procedure.

The appointment of the arbitrator does not necessarily suppose the indication of his/her name, but it can resume itself to certain elements of identification of the respective person: profession, specialization, etc.

Essential is the fact that all these elements that we have mentioned must have as final point the identification of the arbitrator's person, avoiding the confusing situations that might lead to the impossibility of setting up the arbitral tribunal. The option exercised by the party, without nominally individualizing the arbitrator or, soliciting that the former be a professor of international private law, meets the legal conditions. Within the procedure of institutionalized arbitration, the president of the Court of Arbitration is the one who is going to designate, from the list of arbitrators, the person who has the quality specified by the party<sup>7</sup>.

In the institutionalized arbitration, the arbitrators are enlisted on a list which has to comprise the name and, as the case may be, the occupation, specialty, titles or the succinct presentation of the professional activity of each arbitrator.

According to the regulations of the institutionalized arbitration, the parties are free, based on the arbitration clause, to name as arbitrators also persons who are not enlisted on the arbitrators’ list who, due to their competence and probity, enjoy their trust.

Thus, the non-enlisting of an arbitrator on the arbitrators’ list of the Court of International Commercial Arbitration attached to the Romanian Chamber of Commerce and Industry does not constitute an impediment for his participation in the settlement of the action from the respective arbitration since, according to the

---

<sup>6</sup> Ioan Leș, *op. cit.*, p. 28.

<sup>7</sup> Sentence no. 13/14.03.1973, Jurisprudence of the Court of Arbitration Bucharest, no. 1.52, p. 15.



applicable Rules of procedure, the parties are free to name in such quality other persons, too, with full capacity of exercise and, necessarily, a high qualification and experience in the field.

Besides, Book IV, in the spirit of the legal liberalism and upon the observance of the parties' will in constituting the arbitral tribunal, establishes, in article 344 Code of Civil Procedure, the general conditions regarding the appointment of the arbitrators, leaving to the parties the possibility to formulate supplementary requests concerning the qualities that the arbitrators invested with the settlement of the respective litigation should fulfill. The legislator has imposed a series of minimal demands since, in the spirit of the freedom of will which dominates the entire Book IV, it has considered that the appointment of the arbitrator should be up to the parties' will, that the trust of the party is determined by the choice of the person who will be appointed to resolve the dispute<sup>8</sup>.

Thus, the law lays down a series of general conditions. According to the provisions of Book IV „Any natural person, who is a Romanian citizen, and has full capacity to exercise his/her rights is eligible for the office of arbitrator”. Accordingly, the internal law concerning arbitration contains mandatory provisions for the observance of three cumulative conditions. The arbitrator must:

- a) be a natural person
- b) have Romanian citizenship
- c) have full capacity to exercise his/her rights.

a) The condition to be a natural person was laid down by the Law no. 59/1993, which replaced the former provision of art. 342 para. 2 of the Code of civil procedure stipulating that „A capable person of any nationality may be an arbitrator”, and thus allowing for the dispute to be also resolved by a capable legal entity. The amendment brought in this respect was determined by the necessity to simplify the difficult and dilatory procedure implied by the setting up of an arbitration tribunal made up of legal entities.

The arbitrator – natural person, as an institution, can be found in the greatest part of foreign legislations, as well as in conventional law. The mandatory provisions concerning these matters require that the function of arbitrator only be granted to a natural person having full capacity to exercise his/her civil rights, and that, in case the parties granted it to a legal entity, this shall not have the power to arbitrate, but only to organize arbitration.

b) The condition concerning Romanian citizenship. The legislator aimed at expressly formulating this condition as it meant to unequivocally settle the institution of the natural person as arbitrator and thus operate a net distinction from the former legal provisions.

c) The condition concerning the full capacity of exercise of one's rights. Qualified as a measure for the parties' protection, this condition is always present

---

<sup>8</sup> Giorgiana Dănăilă, *op. cit.*, p. 142

in the laws concerning arbitration, as it generally represents the minimum guarantee of achieving justice<sup>9</sup>.

In this context, we ought to underline the fact that the law does not impose any condition regarding the professional status, so that the parties are free to appoint arbitrators according to their own criteria, and, if necessary, to resort to experts in the field of activity concerning the object of their dispute<sup>10</sup>.

At the same time, the parties may commonly agree to lay down a series of conditions of a conventional character that the arbitrators must observe. The Code of civil procedure, Book IV, only enumerates in Art. 344 the minimum, general conditions that a natural person must meet in order to be eligible as arbitrator, according to the internal legislation.

But nothing opposes that the parties, by their arbitration agreement, also decide upon additional conditions meant to guarantee the quality of the dispute resolution, and concerning the culture and education of the arbitrators, their professional qualification, their experience in a certain field, their moral and professional reputation etc.

In fact, the minimum conditions set down by mandatory provisions of the law form just a basis to which the other requirements decided by the parties may be added, by their agreement, each party being interested in appointing as arbitrator a highly professionally qualified and perfectly moral person, who may guarantee the quality of resolving such dispute.

In the case of institutional arbitration, the permanent arbitration institutions may set up, by means of regulation, additional conditions meant to attach greater credibility to the institutionalized arbitration. The regulations concerning institutionalized arbitration attached to the Chambers of commerce and industry organized in each county contain provisions stating that any natural person, who is a Romanian or a foreign citizen, and has full capacity to exercise his/her rights, is held in high esteem and benefits adequate qualification and expertise in the field of commercial law and international economic relations, is eligible for the office of arbitrator.

The arbitration tribunal is deemed to be set up, as provided for under art. 353<sup>2</sup> (1) of The Code of civil procedure, when the last acceptance of the appointment as arbitrator, umpire or, as the case may be, sole arbitrator, was given.

The acceptance of the appointment as arbitrator must be expressed in writing and notified to the parties within a period of 5 days from the receipt of the appointment proposal<sup>11</sup>. In the case of institutional arbitration, the arbitration tribunal is deemed to be set up when the acceptance of the appointment as umpire or, as the case may be, of the acceptance of the appointment by the sole arbitrator, or, if the arbitration tribunal is composed of two arbitrators, at the time the last acceptance was given.

---

<sup>10</sup> Ioan Les, *op. cit.*, p. 29

Art. 347 and art. 348 of Book IV contain provisions concerning the setting up of the Arbitration tribunal, when they have not been laid down by the parties, related to the name of the arbitrators or how they are to be appointed.

In accordance with art. 347 para. 2 of the Code of civil procedure, in case the sole arbitrator or, as the case may be, the arbitrators, were not appointed by the parties, and no provision was made as to their appointment, the party intending to resort to arbitration invites the other party, in writing, to make such appointment.

In accordance with para. 3 of the same article, the notification must contain the name, and, if possible, the personal and professional data of the proposed sole arbitrator or the arbitrator appointed by the party intending to resort to arbitration, as well as a concise enunciation of the claims and their grounds.

The party receiving the communication must also notify, within a period of ten days from receipt of the communication, his position with regard to the received proposal: in case he agrees to the appointment of the sole arbitrator, his statement of acceptance or, in case he rejects such proposal, the name, the domicile and the personal and professional data of the arbitrator that he appoints.

The appointment of the arbitrator by the party who has been notified as such is not meant as an acceptance of the claimant's proposal to start arbitration, or as a recognition of the validity of the arbitration agreement, but constitutes a procedural act preceding the setting up of the arbitration tribunal.

According to art. 349 of the Code of civil procedure, the acceptance of the appointment as arbitrator must be expressed in writing and notified to the parties within a period of five days from the receipt of the appointment proposal. The arbitrators chosen by the parties shall proceed to appoint an umpire within a period of 10 days from the last acceptance (Art. 350 of The Code of civil procedure).

## **COMPOSITION OF THE ARBITRATION TRIBUNAL**

### **I. Composition of the arbitration tribunal in case of express stipulations made in the arbitration agreement with respect to the number of arbitrators**

Unlike state justice where the composition of a court is laid down by procedural rules of a mandatory character, independent from the party's will, arbitration is governed by the parties' complete freedom of deciding upon the number of arbitrators who are to constitute the arbitration tribunal.

According to art. 340<sup>1</sup> of the Code of civil procedure, the arbitration may, by arbitration agreement, be entrusted to one or several persons, invested by the parties to settle a dispute and to deliver a final and binding award for the parties.

Thus, the parties may also stipulate in their arbitration agreement the number of arbitrators who will constitute the arbitration tribunal. To this end, art. 345 para. 1 of the Code of civil procedure stipulates that the parties decide if the dispute is to be heard by a sole arbitrator (unipersonal body) or by two or more arbitrators (collegial body). Book IV provided for the parties' right to agree upon an even

number of arbitrators. The greatest parts of foreign legislations do not embrace the solution of an even number of arbitrators.

Thus, French law adopted the odd number of arbitrators rule, the arbitration tribunal consisting in one or more arbitrators in odd numbers. The appointment of an even number of arbitrators brings about the application of the rules providing that, in such a case, the arbitration tribunal is to be completed with an arbitrator to be appointed by the parties, according to their agreement, and, when there is no such an agreement, the appointment is to be made by the already appointed arbitrators or, when there is no such agreement, by the president of the arbitration tribunal.

The odd number of arbitrators rule is aimed at preventing all the difficulties which may arise if arbitrators in an even tribunal had differing opinions as to the dispute's resolution and thus, at avoiding any tergiversation concerning the delivery of the arbitration award<sup>11</sup>.

The appointment of an umpire, regulated by the provisions of art. 350 of the Civil procedure code, is only applicable to the situation in which the parties have not stipulated expressly in the arbitration agreement that the arbitral tribunal shall be formed of two arbitrators and one umpire, chosen under the provisions of the law.

## **II. The composition of the arbitral tribunal in the absence of any stipulation in the arbitration agreement regarding the number of arbitrators**

The Romanian law on arbitration establishes the rule of a collegiate tribunal in the situations in which the parties did not stipulate the composition of the arbitral tribunal in the arbitration agreement; the unipersonal arbitration is possible upon the parties' request, both with regard to the composition of the arbitral tribunal and to the person of the sole arbitrator.

If, however, the parties have not established the number of arbitrators, the litigation shall be solved by three arbitrators, one appointed by each of the parties and the third one – called umpire – appointed by the two arbitrators. In the case of joint litigations, either active or passive, the parties having common interests shall appoint only one arbitrator<sup>12</sup>.

Thus, unlike unipersonal arbitration, which becomes effective only upon the express request of the parties, collegiate arbitration operates also where there is no such agreement, and is meant to compensate for the lack of diligence of the parties regarding the composition of the arbitral tribunal.

The same rule is established in the UNCITRAL Regulation, in art. 10, points 1 and 2: “the parties shall be free to agree upon the number of arbitrators. In the absence of such an agreement, three arbitrators shall be appointed”.

---

<sup>11</sup> Giorgiana Dănăilă, *op. cit.*, p. 157

<sup>12</sup> Ioan Les, *op. cit.*, p. 30

### III. The sole arbitrator

As we have already noticed, the composition of the arbitral tribunal is established by the parties. Book IV imposes two *sine qua non* conditions concerning the sole arbitrator.

- a) the essential prerequisite for the composition of a unipersonal tribunal is the parties' agreement regarding the settlement of their dispute by a sole arbitrator
- b) the second condition, having a different object, is the parties' agreement with regard to the sole arbitrator's appointment

This latter condition may give rise to some theoretical problems. According to art. 343<sup>1</sup> (1) and 343<sup>2</sup> of Book 4, both the arbitration clause and the agreement must specify the number of arbitrators and the way in which they are appointed. If the agreement does not indicate the arbitrators' names, it shall be voidable.

In French law, the indication of the arbitrators' names or of the way in which they are appointed must appear both in the arbitration clause and in the agreement, on the contrary they shall be both voidable.

Even if the provisions of art. 343<sup>2</sup> of the Civil procedure code expressly lay out the nullity, this is only a relative one, since it is possible to compensate these defaults, to cover them with the help of the appointment authority.

The relative nullity of the arbitration agreement for lack of indications concerning the arbitrators' names and the way in which they are appointed is also underlined by the provisions of art. 358<sup>12</sup> (1) of the Civil procedure code, in accordance to which the party which does not invoke this exception before the first day of hearing, at the latest, shall no longer have the right to invoke it: "Any exception regarding the existence and the validity of the arbitration agreement, the formation of the arbitral tribunal, the arbitrators' powers and the development of the procedure until the first day of hearing must be invoked until this first day at the latest, if no other term has been fixed, or the party shall not be able to invoke it any longer".

If, in theory, the composition of the unipersonal arbitral tribunal does not raise any problems, in practice there are divergences between the parties, with regard to the sole arbitrator's appointment, in the situations in which the arbitration clause does not contain any reference to it. Most frequently, the controversies refer to the arbitrator itself: the plaintiff appoints a different person than the defendant or the plaintiff refrains himself from appointing the sole arbitrator and does not agree with the defendant's proposal.<sup>13</sup>

The parties' agreement regarding the sole arbitrator tribunal may occur even if there is an arbitration clause concerning the composition of a collegiate tribunal, provided that the defendant expressly declares its adherence to the appointment made by the plaintiff, in the very moment it learns about such appointment. In

---

<sup>13</sup> Giordana Danaila, *op. cit.*, p. 159

these circumstances the adherence made by the defendant has the signification of a modification brought to the arbitration agreement as far as the composition of the arbitral tribunal is concerned.

The composition of the arbitral tribunal following the unilateral appointment of the sole arbitrator cannot be imagined in the light of the provisions in art. 346 of the Civil procedure code, which apply *mutatis mutandis* in the case of the sole arbitrator tribunal and which establish the nullity of a clause stipulating the right of a party to appoint an arbitrator on behalf of the other party.

The nullity established by the legislator through the provisions of art. 346 of the Civil procedure code is meant to punish, in fact, the violation of the right each party signatory to the arbitration convention to freely express their personal options regarding the sole arbitrator.

As compared to the legal provisions already mentioned hereabove, the formation of a sole arbitrator tribunal in the absence of an express agreement of the parties – both with regard to its composition and to the sole arbitrator itself – does not meet the validity conditions required by the legislator for the regular composition of the arbitral tribunal.

In the case of the *ad hoc* arbitration, the vulnerability of the constitution procedure of a sole arbitrator tribunal is frequently speculated by the party who was reluctant to arbitration, in the sense that this party refuses to give its consent to the plaintiff's choice, hence such a conflict shall be settled in courts. In the case of institutionalized arbitration, these situations shall be settled, in an operative way, by the chairman of the court of arbitration, this being one of the reasons for which we consider this institutionalized arbitration a very useful one.

UDK: 347(094.5)  
UDK: 347.962.6: 341.231.14



**ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК  
И ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ**

**Др Радмила Ковачевић Куштримовић**

---

*редовни професор Правног факултета у Нишу*





**Др Радмила Ковачевић Куштримовић**

*редовни професор Правног факултета у Нишу*



## **ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК И ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ**

### **Увод**

Када се пред судијом нађе спорни случај који треба ауторитативно и коначно да реши, пред њим стоји неколико захтева. Основни захтев који се намеће по себи јесте да спорни случај реши у складу са законом. Њега је, изгледа, на први поглед, веома једноставно задовољити. Судија зна закон, тако да је потребно само да спорни случај сагледа у светлу одређеног правног правила и решење је ту. Међутим, тај, наизглед једноставан задатак, може тако изгледати само лаицима. За оне који макар једанпут дођу у додир са овом активношћу знају да је он веома сложен и да га је, понекад, и поред одличног познавања закона и искуства у том послу, тешко обавити на задовољавајући начин. Јер, судија мора да примени баш одговарајућу норму, како би случај био законито решен. Затим, спорни случај мора бити решен тако да при томе не буде повређено начело једнакости свих грађана пред законом. У томе може успети само ако је на исти или сличан случај било примењено исто правно правило. Ако је на сличан случај, раније примењена нека друга норма, начело једнакости грађана пред законом је повређено, па је оно што је правда за једнога у сличној ситуацији, неправда за другога. Једнако поступање судије у истим или сличним ситуацијама (приликом решавања сличних спорова) захтев је и начела правне сигурности као једног од такође основних начела права. Са принципом једнакости пред законом и правне сигурности судије су се сасвим фамилијализирали, тако да се одступање од њих не може очекивати, а још мање допустити. Принцип правне сигурности је, истицао је Карбоније (J. Carbonnier) елементарна правна потреба, чак, „ако се смем усудити да кажем, анимална“.

Исто тако, судија треба да правну норму примени тако да она за странке у спору не представља Прокрустову постељу, што се може очекивати с обзиром на општост правне норме, које су карактеристика закона европско-континенталног правног круга. То даље значи да решење спора мора имати своје исходиште у закону, али по мери конкретних људи у датој животној ситуацији. Судска одлука мора бити правична, јер само правична решења

правним субјектима право предочавају као идеал правде, чије задовољење очекују у сваком случају. Захтев за правичним суђење је конкретизација највишег циља у праву - остваривање правде и правичности. Иако се правни теоретичари не слажу ни у погледу циља права, па ни појма правде и правичности, модерно право више од једног века унисоно прихвата идеју правде као основни циљ права, не запречујући и даље дискусије о њеном значењу. Право је у свом развоју вршило различите функције, од потребе да се обезбеди мир, спрече сукоби међу племенима, ограничи освета или онемогући самопомоћ у остваривању интереса и поделе материјалних добара. Међутим, и иза тих, непосредно видљивих циљева права, стајала је правда као идеал чијем остварењу је право одувек тежило. Да би се правда остварила, праву је придаван карактер природе људи која се састоји у урођеним моралним врлинама, божански карактер, ауторитет владара или је, са јачањем државе, идеал правде призиван из добро организоване државе благостања. Настајале су бројне филозофске, политичке и правне теорије, нарочито у време доношења грађанских законика.

Захтев за правичним и фер суђењем изражен је и у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода<sup>1</sup>. У чл. 6. ал. 1. право на правично суђење се сматра основним људским правом.<sup>2</sup>

Најзад, судија дати случај треба да реши у што краћем року, јер је спора правда гора од правовремене правде, а често једнака неправди. Право на суђење у разумном року је такође гарантовано чл. 6. ст. 1. поменуте Конвенције и представља елемент права на правично суђење. Оно, поред осталих, чини садржину овог основног права. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода је ратификована у нашем праву и представља извор права и судије су обавезне да примењују њена правна правила.

У нашој земљи још увек није донет грађански законик. Иако су поједини делови грађанске материје кодификовани, потреба за доношењем јединственог грађанског законика је прихваћена и чини се да је овај законик *ante portas*. Кодификовање веома разуђене и широке материје грађанског права захтеваће велике напоре законописаца и то у разним правцима, од систематике законика, извора, општих правних принципа, усклађивања постојећих са новим правним нормама, терминологије итд. Ми ћемо се, у

<sup>1</sup> European Treaty Series No. 5. Рим, 4. новембар 1950. У даљем тексту: Европска конвенција, Конвенција.

<sup>2</sup> Toute personne a droit à ce que sa cause entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (Свако током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. У нашем праву, право на судску заштиту предвиђено је као једно од основних уставних права и то, најпре Повељом о мањинским правима и грађанским слободама државне заједнице Србија и Црна Гора (2004), а затим и Уставом Републике Србије (2006).

раду, бавити само указивањем на средства којима законописац може помоћи судији у остваривању права на правично суђење, односно суђења на основу правичности.

## I

У правним системима земаља европско-континенталног правног круга, судија доноси ауторитативну и коначну одлуку, начелно, на основу закона. У англо-америчком праву, основ за решавање конкретне спорне ситуације је ранија судска одлука - судски прецедент, којом је решен исти или сличан случај. Пред законодавцем у земљама европско-континенталног правног круга стоје, ради остваривања правичне и ефикасне примене права, бројни задаци. Законописац мора имати у виду и друге бројне интересе. Закони морају бити међусобно усклађени, како би правни систем деловао као целина а правне норме биле међусобно усклађене. Исто тако, закони морају бити јасни и приступачни адресатима на које се односе како би их могли сазнати и управљати се по њима. Они морају бити релативно стабилни, како би правни субјекти могли да планирају своје активности и понашања и предвиђају остваривање неких даљих циљева.<sup>3</sup> У остваривању ових циљева законодавац рачуна на судију и, штавише, на његову стваралачку улогу. Међутим, на том послу, законодавац се мора показати као изузетни и мудар саветник и сарадник. У савременим условима стварања права Европске Уније и „размекшавања“ националних правних система, преузимања појединих правних правила и уједначавања са другим, као и продора правила из система англо-америчког правног система, задатак законодаваца и судија постаје, у остваривању наведених циљева, све сложенији. Наиме, законодавна делатност у правима земаља Европске Уније постала је веома „растресита“ и „дифузна“, због чега је судска пракса пред великим изазовом.

Законописац грађанског законика у Србији мора, једним оком, гледати и на право Европске Уније, с обзиром на залагање наше земље за улазак у Европску Унију, као и обавезе које проистичу из чланства у Савету Европе. Ратификација Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, која свим правним субјектима гарантује право на правично и ефикасно суђење, као и универзалне принципе у остваривању правде и правичности, додатни је изазов нашем законописцу грађанског законика. Потребно је у његове изворе, принципе и правне норме уградити и правила Конвенције, али имати у виду и праксу Европског суда за људска права, која сваким даном постаје све богатија. Поставља се питање, да ли одмах у законик уносити правила Конвенције, нпр. о заштити имовине (предвиђене чл. 1. Протокола бр. 1.) или их примењивати на основу Конвенције као извора права?

<sup>3</sup> Више А. Weill, Droit civil, introduction générale, Précis Dalloz, 3 éd. 1973, n 131.i 138.

Сматрамо да се неки од ових циљева, а нарочито право на правично суђење, могу остварити на више начина. У томе значајну улогу могу одиграти извори грађанског права, устројство општих и посебних правних принципа и правних стандарда, као и одређени „квалитет“ општих правних норми којима законодавац уређује грађанску материју. Законодавац мора стално имати на уму да је примена права главни циљ доношења правних регула, као најподеснијег начина друштвене контроле у одржању друштвене заједнице.

Извори грађанског права у правима земаља европско-континенталног правног круга представљају опште правне норме, које се односе на све случајеве исте врсте. Оне нису дате да би се њима решио неки конкретни случај, већ сви они који се, имајући у виду њихове битне елементе, могу сматрати сличним и решавати на исти или сличан начин. Опште правне норме могу бити писане и дате у законима, којима је регулисана шира правна област, нпр. грађанскоправна материја, или ужи, којима се регулишу уже правне целине, као што је случај са ауторским правом или правом личности итд. Тада говоримо о писаном праву (*ius scriptum*), па је закон основни формалноправни извор општих правних норми у правним системима европско-континенталног правног круга.

Међутим, правила на основу којих се могу решавати спорови пред судом могу бити и неписана (*ius non scriptum*) и тада говоримо о обичајном праву, као виду извора грађанског права. Писано - законско право је потиснуло обичајно право, као самостални формални извор права, тако да је оно данас само другоразредни извор права, за разлику од земаља англосаксонског правног круга.

Обичајно или спорадично, неписано право сматра се традиционалним елементом права. Познато је да развој права почиње са неписаним или обичајним правом. То је оно право које је настало из устаљених понашања људи у одређеној заједници, која су судови својим одлукама признали као меродавно за решавање спорних ситуација. Оно је израз схватања народних убеђења о праву и правичности.<sup>4</sup> Обичајно право је, тако посматрано, извор права који је потекао из народа сасвим спонтано и зато има легитимитет за решавање спорова. Присталице писаног, законског права имали су одбојан став према обичајном праву, јер је владало уверење да суђење на основу обичајног права судији даје велику слободу и могућност за арбитрерност, за разлику од примене законске норме. Иначе, период неписаног права, сматра се завршеним са доношењем Закона XII таблица.<sup>5</sup> Све касније, представљало је установљавање правних правила из обичајног права, али од стране учених правника и кроз преторски рад. Отуда мишљење припадника аналитичких

<sup>4</sup> Ово схватање обичајног права било је од пресудног значаја за припаднике историјско правне школе, нарочито Савињија и његово учење о народном духу, *Volksgeist*-у. О суштини обичајног права има, иначе, много теорија.

<sup>5</sup> Неки извори Дигеста или Пандекта упућују на различит приступ места и улоге обичаја. По једнима он је обавезан ако нема закона, док по некима обичај чак може и да укине касније правило, ако је у супротности са обичајем.

схватања да је сваки правни пропис спој традиционалног (обичајног) и законодавног.<sup>6</sup> Једино се у англо-америчком праву узима да common law, своју унутрашњу и обавезујућу суштину вуче из обичајног права.<sup>7</sup>

Са доношењем грађанских законика у Европи, почетком и током целог 19-ог, као и 20. века, обичајно право губи примат над законским правом и постаје секундарни извор права. Француски грађански законик не помиње обичајно право као посебан извор права. Судије могу користити обичајно право у решавању конкретног случаја, ако за дати случај не постоји изричита правна норма, дакле, као начин попуњавања правних празнина (и то, ако је таква пракса одлучивања у судовима или ако правна норма упућује на примену обичаја). Аустријски грађански законик у уводном делу (§ 10) обичај сматра другоразредним, посебним извором грађанског права: „На обичај се може имати обзир само у случајевима, у којима се закон на њих позива, §§ 389, 390, 501, 549, 1029, 1109.“ Српски грађански законик обичајном правилу даје, такође, другоразредни значај и примењује га само када постоје правне празнине (§ 10.). Исти је случај и са Општим имовинским закоником за Црну Гору (1888. год.).<sup>8</sup> На сличан однос према обичајном праву наилазимо и у Швајцарском грађанском законнику, у коме је обичајно право извор права после закона и аналогије. Обичајно правило не може изменити законско правило. Немачки грађански законик нема изричиту одредбу о обичајном праву као извору права.<sup>9</sup> Једино се у Уводном закону за Грађански законик прописује да се под законом разуме свака правна норма, што је правним ауторима дало за право да тврде да је обичајно право извор права.

Ова кратка правна анализа обичаја, као засебног извора права у европско-континенталном праву, показује да он није значајни, самостални, формални извор права (или облик права). Тешко је данас, у веома сложеним и променљивим друштвеним односима, очекивати да се одређена понашања појединаца или њихових група у одређеним ситуацијама толико устале (увреже) да могу постати неписане норме на основу којих судови могу доносити ауторитативне одлуке. Данас је век веома сложених односа, велике комуникације која мења све, и изобичајава, па је и обичајно право веома неподесан и, рекла бих, немогући извор права. Друго је питање што су многа обичајна правила постала саставни део правних норми и тако постала писано право. То је било могуће приликом доношења грађанских законика, јер су грађански односи, односи међу појединцима и њиховим удружењима у које

<sup>6</sup> R. Pound, Јуриспруденција, књ. 2. „Службени лист СРЈ“, Београд и Подгорица, 2000, стр. 210.

<sup>7</sup> Овом мишљењу су највише допринели цивилисти, као и идеја о „свеопштем обичају Енглеске која је представљала средство помоћу кога су краљеви градили опште право-common law, које је заменило обичајну праксу и локалне судове, па је то постао и начин да се добије стриктно право“. По: Р. Паунд, оп. цит. стр. 211.

<sup>8</sup> “ У пословима за које се не би нашло правила у овоме Законику ни у додатцима његовим, треба се владати по правилима која у добрим обичајима живе (779, 780)“. Чл. 2.

<sup>9</sup> Пруско опште земаљско право ( 1794) је предвиђало обичајно правило као извор права у случају правних празнина ( § 3-4, 60.)

они ступају ради задовољавања потреба и захтева из свакодневног живота, релативно стабилни и не показују у свему (с обзиром на људску природу) екстремно изненађујућа одступања од уобичајених односа, односно односа устаљених кроз векове. Али, обичајно право, као устаљено понашање људи у одређеним ситуацијама, нема значајну улогу као посебан извор грађанског права.

Па ипак, сматрамо да би у Уводу у грађански законик, поред правних норми (из закона) као основног извора права, требало предвидети и обичајно право као допунски, субсидијерни извор грађанског права. При томе, обичајно право може бити одређено као засебан извор права, али и као извор права само под условом да се дати случај не може решити на основу писане правне норме, дакле, за попуњавање правних празнина. Нема разлога да се напусти добра пракса традиционалних грађанских законика, који су обичајном праву дали карактер самосталног извора права, а чешће, супсидијарни карактер - под условом да за дати случај нема писаних норми. То би био „вентил“ за судију, да ствар пресуди и у ситуацији када за неки случај не постоји правна норма по којој ће решити спорни случај. Наиме, такви случајеви би се, деловањем судске праксе, усталили, па би обичајно право добило обавезну снагу, захваљујући стваралачкој улози судске праксе. Судови би добили могућност да се за суђење у одређеним случајевима (када нема писаних норми), ослањају на „правац или смер“ који настаје приликом пресуђења таквих случајева. Тако се, по основу обичајног права, под одређеним условима, могу стварати правила, која, иако нису обавезна за све судове и све будуће случајеве, представљају добру, једнообразну, устаљену праксу. Уместо обичајног права, као устаљених понашања људи која стварају уверење о обавезности, или прастарих устаљених понашања појединаца, који сматрају да су она обавезна, настаје „судско обичајно право“. *Usus fori* постаје нови вид (или извор) права. „Судско обичајно право“ настаје најмање под окриљем правних норми које упућују на примену обичаја, а најчешће оних правних норми које омогућавају судији да приликом тумачења правне норме примени већ „прихваћено“ правило или да створи ново. Одлука суда донета у случају када за њега не постоји изричита правна норма, већ у складу са заузетим „правцем“ у суђењу у таквим случајевима, није арбитрерна. Аргументи које судија наводи у образложењу своје одлуке су правни, јер поштују или изричиту норму која допушта такво суђење (правни принципи, правни стандарди), или друге аргументе који су издржали проверу у времену и нису оспорени. Таква одлука је слична судском прецеденту англо-америчког права, за који се такође каже да има свој основ у обичајном праву и ово сматра основним, супстанцијалним извором права. Ни у овом праву садржину обичаја не чине понашања људи која се понављају и која се као таква устаљују, због чега их судске одлуке сматрају меродавним за одлучивање у сваком конкретном случају.

Такво „обичајно“ право, као субсидијарни извор права, може омогућити судовима да право ставе у акцију, да га примене и онда када се

чини да нема правне норме за тај случај. Тако ће настати стандарди за попуњавање правних празнина, који, као такви, могу чинити и подлогу за усаглашавање са стандардима у упоредном праву, а преко њега и стандардима Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

Обичајно право, као секундарни извор права у нашем будућем грађанском законик, не дира у место и улогу обичаја на које упућује правна норма, претварајући фактички обичај у правни. У грађанским законцима се често срећу одредбе које упућују на примену обичаја. Тако, у Закону о облигационим односима срећемо одредбу по којој, предлог за закључење уговора учињен неодређеном броју лица, који садржи битне састојке уговора чијем је закључењу намењен, важи као понуда, уколико друкчије не произлази из околности случаја или обичаја.<sup>10</sup> Обичајима се може ближе одредити и садржина правне норме. Тако нпр. имамо одредбу да је купац дужан употребљавати закупљену ствар као добар привредник, односно добар домаћин.<sup>11</sup> Користећи фактички обичај ради ближег одређивања садржине одређених норми, законодавац омогућава судијама да, утврђујући одређене стандарде, спорне случајеве решавају на сличан начин, да постепено с временом стварају одређену - устаљену праксу.

## II

На другој страни, доминација закона као извора права у земљама европско-континенталног правног круга, којег чине опште правне норме, није довољна да обезбеди добру примену правних норми у пракси.<sup>12</sup> Опште правне норме обезбеђују једнако поступање у истим и сличним случајевима и принцип једнакости пред законом, као и принцип правне сигурности. Будући обзнањени, закони и њихова правила су доступна свима, тако да правни субјекти могу да усмере своје понашање у складу са овлашћењима и обавезама из правних регула. Задатак је судије да на добро утврђено чињенично стање примени одговарајућу правну норму и донесе одлуку. То су опште познати ставови о предностима које доноси регулисање друштвеног живота законима, односно општим правним нормама, као основним изворима права.

Међутим, тај задатак који стоји пред судијом није тако једноставан. У уводу рада смо истакли да судија, примењујући правне норме, мора, поред осталог, да донесе и правичну одлуку. Примена правне норме на конкретни случај може за неке правне субјекте представљати неправично решење, јер у

<sup>10</sup> Види чл. 33. и чл. 44. Закона о облигационим односима.

<sup>11</sup> Чл. 581. ст. 1. Закона о облигационим односима.

<sup>12</sup> Не треба заборавити да је пре правних норми и законика постојало суђење, и да се судило на основу обичајног права. Почети правне науке се повезују са образлагањем одлука. А још раније, суђење се обављало на основу религијских изјава о томе шта је правично, а шта не. Више, R. Pound, Јуриспруденција, књ. 2. стр. 239.

њеној примени нису сагледане све околности које су карактеристичне за спорну ситуацију. Зато се од судије захтева да правну норму „индивидуализира“, како би његова одлука била правична. Неки грађански законици су, под утицајем природноправне школе и канониста, захтевали, изричито, да судија случај реши на основу правичности, ако за њега не постоји у закону одговарајућа правна норма. Тако, Аустријски грађански законик предвиђа да се спорни случај има расправити по начелима природног права, ако за њега не постоји правна норма, нити се може применити слична норма, односно норма која би произлазила из духа закона (законска, односно правна аналогија).<sup>13</sup> У дискусијама о раду највиших судова у Француској истицано је да судије, у одсуству изричитих правних норми, треба да се руководе „правилима правичности садржаним у максимама природног права, универзалном правдом и разумом“. Суђење на основу правичности, као извора права у случају када за дати случај не постоји правна норма, такође, није арбитрерно суђење, јер судија мора пажљиво и разумно да образложи такву одлуку. У овим случајевима, правичност као етички захтев је основ за доношење одлуке у конкретном случају.<sup>14</sup> Које ће елементе судија при томе имати у виду, то зависи од морала самог друштва, од „етичког“ набоја случаја о коме судија одлучује, од његовог искуства, осећаја за праведно итд. Правичност, као правни принцип, постаје самостални основ имовинске одговорности. Тако ће обавезу надокнаде штете дуговати и лице које за њу није одговорно, ако се она не може добити од лица које је било дужно да води надзор над њим, а његово материјално стање је повољније од оштећениковог.<sup>15</sup>

Што се тиче нашег будућег грађанског законика, сматрам да у Уводном делу треба да постоји правило које ће омогућити судији да спорни случај пресуди на основу правила правичности, ако за њега не постоји меродавна норма у закону. О томе, у којој мери се овим правилом може нарушити принцип правне сигурности, биће речи касније, у оквиру расправе о правичном суђењу као општем принципу коме судије увек морају тежити, као идеалу правног поретка, а који се може остварити само у његовој примени.

Најзад, као посредни извор права јавља се и судска пракса, помогнута правном науком, ако за дати случај нема ни сличне норме, ни обичајног правила, по угледу на чл. 1. ст. 3. Швајцарског грађанског законика. Наиме, судија сам поставља правило за дати случај, „инспиришући се решењима прихваћеним у доктрини и судској пракси“. Највиши судови земаља

<sup>13</sup> Види § 7.

<sup>14</sup> Познато је да се немачка школа правичности залагала за принцип по коме је судија морао, приликом решавања спорне ствари, да обрати пажњу на етичку страну ситуације *inter partes* и да не дозволи да се право у њу „уплиће“ више него што је то неизбежно. Судија је слободан у оквиру широких граница. Решење конкретног случаја мора да буде у складу са разумним и моралним схватањима обичног човека, тако да примена права није само механички и логички процес, већ и интуиција.

<sup>15</sup> Види чл. 169. ст. 1. ЗОО.



европског континенталног права често се руководе ставовима и мишљењима заузетим о неком случају у уџбеничкој литератури, јер се и правни теоретичари веома много баве појединим случајевима из судске праксе.<sup>16</sup> Тако се понавља „пракса“ римског права у коме је заједничко мишљење доктора права (*communis opinio doctorum*) представљало извор права.<sup>17</sup> Историја права нас стално уверава да је правично суђење могуће само ако се у примену права „укључе“ не само судијско уверење, искуство, надахнуће, интуиција, убедљивост животних и правних аргумената, већ и правна наука. С обзиром на старост и богатство, правна наука све више постаје, непосредно или посредно, традиционални елемент правне норме, али и елемент судске одлуке. Она, такође, ублажава општост правних норми и омогућује правично суђење у сваком конкретном случају.

Наша правна наука је млада, али је издржала пробу великих турбуленција у праву и успевала да одржи континуитет са основним правцима у европској науци. Све већа мобилност наших правних теоретичара, неопходност упознавања са правом Европске Уније, такође, све више утиче на даљи развој наше правне науке и захтев за њеним респектом. Зато нема разлога да се судији у нашем праву не дозволи да се, у недостатку изричите правне норме за спорни случај, „обрати“ решењу које је правна наука већ прихватила. Наравно, на судији је да образложи своје прихватање таквог решења, како би таква одлука могла бити предмет контроле од стране виших судова.<sup>18</sup>

Међутим, и даље ће судији за решавање грађанскоправних ствари опште правне норме бити основни извор права. Оне чине битну садржину грађанског законика. Највећи део законодавне активности тиче се управо ових норми, којима се конкретно регулишу бројни друштвени односи, својина, државина, службености, заложно право, уговор, надокнада штете, наслеђивање, тестамент итд. Поред пажљивог избора решења за многобројне ситуације из друштвене реалности, законодавац мора имати у виду и будуће прилике које донете законике могу учинити неподесним у целини или применљивим само уз огроман стваралачки рад судске праксе. О променљивости друштвених околности није потребно ни говорити. То је императив времена, а у садашњим околностима, он је још израженији с обзиром на висок ниво техничке развијености која чини да се ни сутрашњи

<sup>16</sup> То јесте, на изврстан начин, основа прецедентног права у европско-континенталном праву, што указује на значајна приближавања англо-америчком систему.

<sup>17</sup> Швајцарски грађански законик садржи изричиту одредбу у чл. 1. да се суд инспирише решењима усвојеним у правној науци и пракси.

<sup>18</sup> Ако се пажљиво прегледају начелна правна схватања виших судова код нас (а исти је случај и у осталим правима), примећује се велики утицај правне науке на поједина становишта ових судова. У неким изложеним становиштима цитирају се схватања изложена у уџбеницима или чланцима правних теоретичара. Истина, судска пракса је у нашем праву, више од судске праксе у другим земљама, упућена на мишљења-становишта правне науке, јер већ више деценија доноси одлуке или на основу застарелих одредби (предратних правних правила) или у условима противречних одредби о бројним, и то значајним правним питањима.

дан не може предвидети, а камоли будућност. Законодавац може избећи да му законик буде стар, тако рећи одмах после ступања на правну снагу, само мудрим поступањем у погледу избора правних норми којима ће уредити односе у које ступају појединци и њихове организације ради задовољења основних имовинских и неимовинских потреба и захтева. На располагању су му бројна средства правне технике, као што су правни принципи, затим правне норме у виду правних стандарда или генералних клаузула, али и прецизније правне норме.

Историја кодификације је довољно индикативна у погледу користи коју у „правном организовању“ друштвеног живота могу имати правни принципи. Они су постали саставни део свих грађанских законика и представљају филозофску основу сваке кодификације. Њима се изражавају основне моралне и друге унутрашње вредности сваког друштва. Правни принципи су инфузија морала и правде у правни систем. Њихову садржину установљавају, непрекидно кроз векове, до дана данашњег, судска пракса и правна наука. Они нису тековина само једног друштва и народа, већ читавог цивилизованог човечанства. То су принцип правичности, савесности и поштења, забране злоупотребе права, начело забране проузроковања штете другоме, забрана богаћења на туђи рачун итд. Њима се одржава традиционални елемент правног система. Правним принципима се онемогућава да стриктна примена законских норми доведе до неправичних решења - “*summum ius, summa iniuria*“. Систематским и прегледним излагањем принципа и мањег броја правила, може се судији пружити довољна основа за остваривање свих циљева приликом примене права о којима смо напред говорили, а који се могу свести на правилно, правично и ефикасно суђење. На таквим основама донет је Француски грађански законик. Француски законодавац није улазио у појединости ситуација које могу настати, већ је, по казивању једног од редактора Порталиса, правне појмове одредио само у главним цртама. Он је отворено рачунао на судију, као свог сарадника. Штавише, одбијање да се пресуди спорни случај, судију је излагало последицама кривичног дела, *déni de justice* (чл. 4.). Ни Немачки грађански законик се није лишио користи правних принципа створених у правној науци и судској пракси.

У англо-америчком праву се принцип правичности, као основни принцип на основу кога се доносе одлуке, остварује пред судом правичности (*Equity*). Имајући све то у виду, без сумње је да ће писац грађанског законика искористити све предности које правни принципи значе у примени права.<sup>19</sup> Отуда је употреба правних принципа незаобилазно средство правне технике. На употребу правних принципа нашег законописца не треба ни подсећати, будући да су се постојећи грађански законици, нарочито Закон о облигационим односима, већ сродили с њима. Законодавац би требало да

<sup>19</sup> У Закону о облигационим односима наилазимо на дугу листу правних принципа који се односе на регулисање облигационих односа, али и оних општијих који важе за целокупну материју грађанског права, због чега ће се, приликом доношења грађанског законика, неки од њих наћи у Општем делу, а неки ће задржати своје „старо“ место.

искористи прилику и да издвоји опште принципе грађанског права, који би се нашли у Општем делу грађанског законика, нпр. принцип забране злоупотребе права, док би се остали нашли испред посебних делова, као што су стварно, облигационо и наследно право. Тако би нпр., принципи супротстављивости стварних права или одређености њихове садржине, важили само за стварноправне односе, а начело једнаке вредности давања или забрана проузроковања штете остали у делу о облигационим односима.

### III

Међутим, и независно од примене правних принципа и правних стандарда законодавац ће и даље имати велике тешкоће у уређењу бројних односа у широкој области грађанског права. Он је и даље обавезан на коришћење општих правних норми, а то, по себи, отвара нове дилеме на путу правичног суђења, као основног принципа права. Какве то правне норме користити да омогуће индивидуализацију случајева који ће се наћи пред судијом, а очувати принцип једнакости и сигурности, као општих друштвених вредности? Реч је о равнотежи између индивидуалне правде (правичности) и извесности, једнообразности и предвидљивости, као захтева друштвене заједнице ради свог одржања, односно опстанка појединаца у заједници. За овај случај је згодна метафора о квадратури круга. Али, право не постоји од јуче. До данашњег дана, превалило је оно два миленијума, а можда и више. У правној ризници је много закона, много књига о праву, много судских одлука и из различитих времена, и добрих и лоших, ратних, послератних, а нарочито мирнодопских. Грађански законици се праве за миран живот појединаца у заједници, они заправо и осигуравају такав живот (међутим, неретки су случајеви да су они доношени и у не тако мирним временима).

Проблем индивидуализације општих правних норми постоји у свим правним системима. Морамо приметити да сличан проблем постоји и у англо-америчком праву, и то у области општег права *common law*-а. У овој области, индивидуализација се остварује на више начина. Један од начина јесте дискреционо право судије „у питањима надлежности и прилагођавања правних средстава“. Тако се, у случају преварних радњи, да би се досудила правична накнада, прибегава институту траста или, у случају неоснованог обогаћења, прибегава суброгацији или јемству по праву правичности или претпостављеном трасту. На плану материјалног права, нема дискреционих овлашћења, јер се ради о разграничењу или обезбеђењу интереса странака. Ту судије случај морају решити правично, помоћу широког тумачења већ утврђених правила.<sup>20</sup> Утврђена правила се узимају као „опште смернице“ а затим утврђује шта налаже правичност у конкретном случају, водећи рачуна да доносе пресуду „уз што је могуће мање искривљавање права“. R. Pound

<sup>20</sup> Више, R. Pound, *Јуриспруденција*, књ. II, стр. 406 и сл.

даље истиче, да се сумња да судови, након што донесу пресуду коју налаже правичност, траже раније пресуђене случајеве како би оправдали решење спора. Наравно, индивидуализација се у систему *common law* постиже и успостављањем одређених стандарда, на основу прописа и других правила, које треба применити у складу са околностима сваког конкретног случаја.

У систему законског регулисања друштвених односа, упркос добром уређењу извора права који, поред општих правних норми, допуштају и обичајно право и правичност као извор права, проблем индивидуализације остаје и даље. Некада ће опште (конкретне) правне норме упућивати судију на принцип правичности и на тај начин му омогућити да конкретни случај индивидуализира. Тада судија доноси правичну одлуку по налогу права, али у складу са својим осећајем за правично. Тако се у правилу о накнади материјалне штете, као принцип, установљава натурална реституција. Међутим, законодавац допушта судији да одступи од тог принципа, када сматра да није нужно да одговорно лице то учини. (чл. 185. ст. 3. ЗОО). Примера таквих правних норми је много<sup>21</sup>, а у новијим кодификацијама све више. Суђење у таквим случајевима укључује одређену меру дискреције у одлучивању, слободно судијско уверење, искуство у поступању у сличним ситуацијама, интуицију, флексибилност и сл.

Међутим, то отвара питање угрожености принципа правне сигурности, односно могућности арбитрерног суђења. Иако принцип правне сигурности нигде у праву није изричито предвиђен, право увек рачуна на њега као за врховни принцип, који произилази из циља права уопште, односно остваривања правде као крајњег циља права. Штавише, на њега се позива и правна наука, као и судска пракса, па се он често и цитира у судским одлукама у националним правима, али и пракси Европског суда за људска права у Стразбуру. Стриктно узев, принцип правне сигурности и принцип индивидуализације ради правичне одлуке о спорној ствари, односно флексибилности у примени правне норме, изгледају као два противстављена принципа, због чега се примена једног мора жртвовати ради примене другог.<sup>22</sup> То тако изгледа, ако се један од њих постави хијерахијски као виши принцип. Међутим, принцип правне сигурности се изводи из принципа правичности или права на правично суђење, а равнотежа између њих се успоставља у сваком конкретном случају, захваљујући делотворној и стваралачкој улози судске праксе. Значајан је интерес суда да води рачуна о принципу правне сигурности, али при томе он не сме повредити остала начела, нарочито тако да одлука у конкретном случају буде неправична. Правна сигурност је исто тако важан принцип, као и сви други, тако да нема разлога њему подредити све и по сваку цену.<sup>23</sup> О њему води рачуна и законодавац, успостављајући равнотежу између правних норми које су по

<sup>21</sup> Види §§ 1673, 1690, 1820, 1996, 2227, Немачког грађанског законика.

<sup>22</sup> Види F. Pollaud - Dulian, A propos de la sécurité juridique, Rev. trim de drit civil. Dalloz, br. 3. 2003. god.

<sup>23</sup> Ibidem

квалитету такве да допуштају шире тумачење, и оних које то не омогућавају, јер је то налог интереса које нормом треба штитити.<sup>24</sup> Судија мора водити рачуна да правну норму примени тако да она буде правична, а правна норма у доброј мери испоштована. На судској пракси је да правну норму „размекшава“ не извршујући јој смисао и значај који је законодавац имао у виду, односно који јој новонастале околности дају. Судска одлука мора бити добро одмерена, а то подразумева примену правних принципа, правних норми, духа закона, вештину тумачења, осећај правичности. Судија често „излази“ из правне норме, али по њеним правилима и у складу са њеним „духом“. Зато судске одлуке, иако не мењају право, прилагођавају право друштвеним приликама и постају основ „новог“ права или праксе која се устаљује, „фиксира“, постајући норма за друге судове.

Рад на доношењу нашег грађанског законика је специфичан утолико што је већ извршена парцијална кодификација облигационог и наследног права, а унеколико и својинских односа, иако се ова област, због дијаметрално различитог својинског система у време кодификације основа својинских односа, може сматрати некодификованом.<sup>25</sup> Међутим, за област својинских односа постоје неколико нацрта, тако да је законодавни рад на целини законика олакшан. Па ипак, предстоји рад на Општем делу, који представља велики изазов, као и усклађивање осталих делова, што је такође тежак задатак. У томе послу, велику подршку представља кодификација облигационих односа.

Имајући све то у виду можемо закључити да ће законодавац, радећи на доношењу грађанског законика, имати у виду основне циљеве права, нарочито право на правично суђење и искористити сва средства правне технике која су већ позната у земљама европско-континенталног права. Поред извора права, општих правних норми, обичајног права (као другоразредног извора права), правичности као императива приликом примене права, као и решења прихваћених у правној науци, морају бити такве да омогуће судији да сваку растави у „хиљаде“ могућих опција приликом решавања конкретног случаја. Монизам опште законске норме мора да „предвиди“ много начина тумачења, јер су животне ситуације које треба да се ауторитативно реше

---

<sup>24</sup> Интересантан је став француске правне науке, поводом једне одлуке Европског суда за људска права у којој је одлучивано о року у коме купац може ставити приговор на мане ствари, да је недопустиво принцип правне сигурности ситуирати у свако субјективно право, јер он није правна норма, нити је ту да сам себи буде циљ, већ само ако је један од интереса којим се доприноси остваривању права на правично суђење. Он добија садржину из циља права, у смислу да законодавцу и судији мора бити увек на уму, када је у питању ретроактивна примена закона, затим када је решење које доноси судија различито од оног донетог у сличном случају (а прилике не налажу никава одступања), али не сме бити врховна правна норма, чије непоштовање може бити санкционисано од стране јавне власти.

<sup>25</sup> Закон о основама својинско-правних односа донет је 1980. на савезном нивоу и, као што му назив каже, уредио само основе својинских односа, при чему је приватна својина била од другоразредног значаја, као и институти изведени из ње. Због тога њиме није била регулисана хипотека, а ручна залога је уређени Законом о облигационим односима.

веома различите и, исто тако, много променљивије од оних на које је правна норма рачунала. Примена права је крајњи циљ права, то је тек право „у акцији“. Примењујући право, судија оживљава мртва слова закона. То је веома тежак и озбиљан задатак и законодавац му у томе мора бити од велике помоћи. Никада не треба губити из вида да се судским одлукама остварује корпус природних људских права и слобода, ако је њихово остваривање немогуће без посредовања суда. Зато се овом циљу мора подредити свака активност у систему права, која претходи његовом остваривању у конкретном случају. Уз то, законодавац мора увек имати на уму принцип правне сигурности, као основни услов за добро функционисање правног система.

**UDK: 343.144**



**ПРЕСУЂЕЊЕ НА ОСНОВУ  
СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ  
КРИВИЦЕ**

**Др Војислав Ђурђић,**

---

*редовни професор Правног факултета у Нишу*







## ПРЕСУЂЕЊЕ НА ОСНОВУ СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ

### 1. ДЕФИНИСАЊЕ И СВРХА СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ

Преговарање о кривици је институт преузет из англосаксонског типа кривичног поступка. Еквивалент је институту под називом „ценкање о признању кривице“ (*plea bargaining*) из адверзијалног кривичног поступка. Иако је у колизији са јавноправним карактером и принципима мешовитог типа кривичног поступка, у последње две деценије преплавио је кривичнопроцесна законодавства земаља континенталне Европе (*plea bargaining infection*), као прихватљива упрошћена форма којом се избегава суђење.

Споразум о признању кривице може се дефинисати као споразум *sui generis* који се закључује између јавног тужиоца, с једне стране, и окривљеног и његовог браниоца, с друге стране, у случају кад се договоре да окривљени у *потпуности призна* извршење кривичног дела које му се *оптужбом ставља на терет*, а да тужилац за узврат учини окривљеном извесне повластице и уступке, пре свега у погледу блажег кажњавања. На основу тако закљученог споразума, суд изриче кривичну санкцију *без одржавања главног претреса*, ако споразум прихвати. То није обичан уговор који би производио дејство сам по себи, након закључења у законом прописаној форми. Споразум је само *основ за судску одлуку* којом се пресуђује кривична ствар, ако га суд након оцене претходно прихвати посебном одлуком. Отуда је његово дејство на кривичну ствар *посредно*.

Увођење овог инструмента *консесуалне правде* превасходно се оправдава разлозима практичне корисности: нагодба омогућава ефикасније искоришћавање „државних ресурса“ и осигурава брзу примену кривичноправних мера. Код организованог криминала има се у виду и нужност коришћења „крунских сведока“, пошто доказивање криминалне делатности злочиначких удружења, а нарочито њиховог вођства, скоро да

није могуће ако се концесијама не обезбеди сарадња њихових чланова.<sup>1</sup> Парнична погодба се још правда и разлозима заштите оштећеног (умањује се стрес и отклањају штетне последице које би могле настати за оштећеног због јавног суђења), а оптуженом се пружа прилика да прихвати одговорност за учињено дело. Увођење у кривични поступак Србије образложено је очекивањем да споразум о признању кривице „реално може довести до бржег окончања многих кривичних поступака и смањења трошкова, а да се при том, ипак не угрозе интереси законитости и правичности“.

## 2. ЗАКОНСКИ УСЛОВИ ЗА ЗАКЉУЧЕЊЕ СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ

Закључење споразума након преговора о признању кривице има за циљ избегавање главног претреса, те се овај институт јавља као упрошћена форма кривичне процедуре, па је стога значајно у којим случајевима је допуштен и под којим законским условима. У упоредном праву се легислативне претпоставке уобичајено тичу: а) инкриминација за које је споразум по закону могућ, б) признања окривљеног и в) подизања оптужбе.

Поље у коме се распростире важење споразума о признању кривице пре свега је значајно за континенталне кривичне поступке, док се у адверзијалним поступцима то питање и не поставља. Отуда, у погледу *граница примене* споразума о признању кривице, две су групе законодавстава:

- У законодавствима чија је традиција утемељена на адверзијалном моделу кривичног поступка најчешће се не ограничава обим примене преговора о признању кривице, па се допушта да странке закључују споразуме о признању кривице *код свих кривичних дела*, без обзира на њихову природу и тежину. Осим држава *common law* система са карактеристичним акузаторским типом кривичног поступка, овако неограничен обим примене означеног инструмента консесуалне правде предвиђају и нека континентална европска законодавства (нпр. сва процесна законодавства у Босни и Херцеговини) или их намеће пракса органа кривичног правосуђа (нпр. у Немачкој).

- Другу групу чине законодавства са ограниченим домашајем преговора о признању кривице, у којима се могућност закључења споразума о признању кривице везује за *кривична дела одређене тежине*. Као лимит изнад којег споразум није допуштен узима се *запрећена казна*. У италијанском процесном законнику установа "примене казне на предлог странака" (*patteggiamento* - погодба)<sup>2</sup> допуштена је за кривична дела са запрећеном

<sup>1</sup> Опширније о разлозима којима се оправдава страначка нагодба у кривичном поступку, види: Др сц. Мирјан Дамашка, „Напомене о споразумима у казненом поступку“, Хрватски летопис за казнено право и праксу, бр. 1/2004, стр. 13-17.

<sup>2</sup> *Amplius*: др Берислав Павишић, *Италијански кривични поступак*, Правни факултет Ријека, 2002, стр. 199-201.

казном до пет година затвора (чл. 444. ЗКП Италије). Исту границу налазимо у новом француском законодавству.

*Признање окривљеног* се јавља као *фактички услов* без којег није могуће закључење споразума, на коме се овај инструмент консесуалне правде и заснива. Јавни тужилац преговара са супротном странком и браниоцем управо с циљем да добије признање окривљеног. У упоредном праву услов је уобичајено дефинисан тако да окривљени *мора признати све тачке оптужбе* да би споразум био прихваћен посебном судском одлуком.

Преговарање о кривици начелно је могуће у свакој фази кривичне процедуре која претходи пресуђењу кривичне ствари, па и у преткривичном поступку. Међутим, закључење споразума има смисла само ако тужилац подизањем оптужног акта захтева да се окривљени изведе на главни претрес. Стога се формално закључење споразума везује за време након *подизања оптужног акта или за судско потврђивање оптужбе*<sup>3</sup>, како то намеће правосудна пракса.

Обим важења и законске претпоставке за примену страначке погодбе о признању кривице имао је у виду и српски законодавац, али та решења носе и неке специфичне одлике. Кад се анализирају законске одредбе члана 304. ст. 1. и члана 305. ст. 1. ЗКП/06, може се закључити да је споразум о признању кривице могућ под следећим условима: 1) да се против окривљеног поступак води за једно или више кривичних дела за која је прописана *казна затвора до десет година*; 2) да окривљени у потпуности *призна кривично дело* за које га оптужба терети и 3) да је закључен *пре завршетка првог роцшишта за главни претрес*.

1) Закључење споразума о признању кривице, према слову закона, допуштено је "када се кривични поступак води за једно кривично дело или за кривична дела у стицају<sup>4</sup> за која је прописана казна затвора до десет година" (чл. 304. ст. 1. ЗКП/06). За било које кривично дело са прописаном казном већом од десет година, споразум није допуштен. Уколико би странке ипак закључиле споразум о признању кривице за дело са запређеном казном већом од законом дозвољене, суд би такав споразум морао одбацити као законом недопуштен.

Отворено је, међутим, питање да ли је по закону уопште могуће закључење споразума о признању кривице (за дела која испуњавају законски услов) кад се јединствен поступак води за више кривичних дела у конексистету, од којих нека имају прописану казну већу од десет година

<sup>3</sup> У свим процесним законима у Босни и Херцеговини, на пример, споразум је могуће најраније поднети у фази која је у функционалној надлежности „судије за претходно саслушање“, што значи најраније од момента достављања оптужнице суду на потврђивање. У пракси је преовладало мишљење да је за судско разматрање споразума потребно да оптужница буде потврђена од судије за претходно саслушање.

<sup>4</sup> Законописци уводе термин “стицај“, који је кривичноправни појам, у одредбе о закључењу споразума о признању кривице, а не и код регулативе спајања (и раздвајања) поступка (чл. 32. новог ЗКП), где би овом термину пре било место јер су то основне одредбе о јединственом поступку, који се јавља као претпоставка и за примену овог споразума на више кривичних дела.

затвора. Полазећи од дикције напред цитиране нормe, рационалније је тумачити да закључење споразума о признању кривице није допуштено ни за дела са запређеном казном испод десет година у случају кад се јединствени поступак води и за кривична дела која по запређеној казни премашују законски лимит. Међутим, у ситуацији кад би окривљеног требало оптужити и за тежа дела са прописаном казном преко десет година затвора, у преговорима о признању окривљени би као концесију за признање могао затражити да јавни тужилац тако измени оптужбу да се дело може квалификовати по блажем закону. Том блажом правном квалификацијом, осим што је повластица окривљеном, постигло би се и задовољење законског услова за закључење споразума који се односи на запређену казну.

2) Добијање окривљеникове *изјаве о признању* крајњи је циљ страначких преговора а сама изјава се јавља и као садржински елемент споразума о признању кривице. Услов за закључење споразума је да окривљени у потпуности призна кривично дело за које га оптужба терети. Законописци су овај услов дефинисали на следећи начин: „Споразумом о признању кривице *окривљени у потпуности признаје кривично дело за које се терети*, односно *признаје једно или више од кривичних дела* учињених у стицају, која су предмет оптужбе ...” (чл. 305. ст. 1. ЗКП/06).

Из наведене, прилично рогобатне формулације овог законског услова једино је јасно да *признање* кривичног дела мора бити *потпуно* кад се окривљени терети за извршење само једног дела. У делу који се односи на признање у јединственом кривичном поступку за више кривичних дела, цитирана норма је непрецизна и изазива сумњу да ли је изабрано решење најпогодније. Кад се ради о јединственом поступку за више кривичних дела, непрецизно је одређен *квалитет признања* за свако дело које окривљени признаје и *обим признања*. Применом само језичког метода тумачења, дошло би се до закључка да признање по квалитету не мора бити потпуно кад окривљени признаје кривична дела која је извршио у стицају. Такво значење произлази из израза које законописци користе: тражи се, наиме, да окривљени у *потпуности признаје* кад је оптужен за једно кривично дело, а само да *признаје* ако је оптужен за више дела. Међутим, полазећи од циља увођења овог облика консесуалне правде (да се избегне суђење), користећи осим језичког и телеолошког још и методе логичког и систематског тумачења, долази се до закључка да и у овим случајевима конекситета признање *мора бити потпуно*. У погледу обима признања кад се окривљени терети за више кривичних дела у јединственој оптужби, законодавац као услов предвиђа да окривљени може признати „*једно или више* од кривичних дела учињених у стицају”. Строго узев, тумачећи издвојено само ову законску одредбу, могло би се закључити да законодавац не тражи као услов да окривљени призна сва кривична дела за која га оптужба терети, нити такву могућност експлиците предвиђа. Оваква регулатива у колизији је са одредбом члана 306. ст. 8. тач. 1, према којој је за *усвајање споразума* о признању кривице потребно „да је окривљени свесно и добровољно признао кривично дело, односно *кривична*

*дела која су предмет оптужбе*". Дакле, за разлику од одредби о предмету споразума, у одредбама које се односе на судско одлучивање о споразуму није предвиђено да суд може усвојити споразум о признању кривице ако окривљени призна *једно или више* кривичних дела за која је оптужен. Напротив, захтев је да окривљени призна „кривична дела” која су предмет оптужбе, што би, следећи дикцију норме, значило да окривљени треба да призна *сва кривична дела* због којих се против њега води јединствен поступак. Због ове колизије, за практично поступање *препоручљиво је и рационално* да јавни тужиоци *издејствују признање свих кривичних дела* која су предмет оптужбе и да само у тим случајевима са окривљенима закључују споразуме о признању кривице. На такав рационалан приступ упућује правосудна пракса оних земаља које већ имају доста искуства у примени института страначке погодбе о кривици, где превладава гледиште да се споразум о признању кривице мора односити на све тачке оптужнице.<sup>5</sup>

3) Нови Законик о кривичном поступку из 2006, не предвиђа подизање оптужнице као услов за закључење споразума о признању кривице нити је то услов за подношење споразума суду да одлучи о његовој законитости и прихватљивости. Изостављање овог услова у дисхармонији је са природом и суштином тужилачке истраге за коју је карактеристично да се улога суда своди на заштитника права учесника у поступку и обезбеђење само хитних доказа. Изван тих принципијелних оквира и насупрот искуствима из упоредног права, наш законодавац допушта да странке закључе и поднесу суду споразум о признању кривице и пре и после подизања оптужнице. Да је могуће закључење овог споразума и пре подизања оптужнице законодавац експлиците наводи у више одредаба (у одредбама које се односе: на „закључење споразума о признању кривице – чл. 304. ст. 4; на „одлучивање о споразуму о признању кривице” – чл. 306. ст. 2. и 3. и на „пресуду донесену на основу споразума о признању кривице – чл. 308. ст. 1).

Оваквом законском решењу може се приговорити из више разлога: (а) Закључивање и потврђивање споразума о признању кривице пре подизања оптужбе, у нескладу је са тужилачком (једностраначком) истрагом, пошто у таквом моделу пре подизања оптужбе судског поступка не може ни бити, па принципијелно *није могућа ниједна одлука суда о кривичној ствари*, нарочито не мериторна; (б) У било ком моменту пре подизања оптужнице *суд још увек не зна која кривична дела ће бити „предмет оптужбе”*, да би могла бити предмет споразума; (в) Одлуку о прихватању споразума странака о признању кривице може да донесе само *надлежни* кривични суд, да би та одлука била законита, а пре подизања оптужбе кривични суд не заснива своју надлежност кад је истрага у рукама јавног тужиоца (по подизању оптужнице након прихватања споразума о кривици може се показати да је одлуку о прихватању донео стварно или месно ненадлежни суд); (г) Закључење споразума и његово

<sup>5</sup> Види: Проф. др Миодраг Н. Симовић, *Кривично процесно право, Посебни део*, Бања Лука, 2006, стр. 83.

усвајање судском одлуком пре подизања оптужнице, знатно компликује сам садржај споразума (принципијелно гледано, пошто још нема оптужбе ни судског поступка, морао би се навести потпуни чињенични опис дела које окривљени признаје или опис из решења о спровођењу истраге).

Насупрот оваквом законском решењу, у упоредном праву је *подигнута или чак потврђена оптужница* обавезни законски услов, јер се сматра да закључивање споразума има смисла само након подизања оптужнице пошто је тек од тог момента вероватно, а након потврђивања оптужнице и извесно, да ће окривљени бити изведен на главни претрес, што се споразумом о признању кривице настоји избећи. То, међутим, не значи да странке не могу преговарати у некој ранијој фази поступка. Напротив, уколико јавни тужилац у било ком моменту оцени да може издејствовати признање и да споразуму о признању кривице има места, ради остварења тог циља, треба одмах да започне преговоре са окривљеним и његовим браниоцем. Преговори странака о признању кривице допуштени су у свим фазама претходног поступка – у истрази, па чак и у претходној истрази, али не треба губити из вида да је пресуђење кривичне ствари на основу усвојеног споразума о признању кривице условљено подигнутом оптужбом.

### 3. ФОРМА И ПРЕДМЕТ СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ

Споразум о признању кривице није грађанскоправни уговор мада садржи признање, тј. акт самооптуживања који обухвата не само признање чињеница него и правне закључке, по чему је близак акту признања тужбеног захтева у грађанској парници. Споразум мора бити закључен у *писменој форми* да би производио дејство. Будући да је то споразум *sui generis*, а не класичан грађанскоправни уговор, он не производи непосредно дејство већ служи као *правни основ* за доношење пресуде о кривичној ствари.

У континенталном правосуђу типични су предмет споразума о признању кривице *концесије* оним окривљеним који су спремни да дају признање или пруже суду инкриминирајући доказ. У бити су то услови под којима окривљени прихвата да призна кривично дело које му се ставља на терет, а најчешће се везују за ублажавање казне, преквалификацију кривичног дела па чак и за одустајање тужиоца од оптужбе. Наспрам ових концесија, као предмет споразума су и обавезе које окривљени преузима, поред признања које је обавезно. Те обавезе се односе на неки други кривични предмет (да буде сведок у некој кривичној ствари, да тужиоцу пружи информације или доказе и сл.) или су у вези с кривичним поступком који се против окривљеног води (трошкови, имовинскоправни захтев и др.). Уз јавни интерес који се настоји закључењем споразума осигурати, а испољава се у брзом и ефикасном окончању кривичног поступка, у коме се уз економично коришћење свих државних ресурса утврђује право државе на кажњавање, јавни тужилац треба да заштити и интересе жртве, те се споразум о признању кривице у одређеној мери јавља и као *инструмент ресторативне правде*.

У новом српском Законнику о кривичном поступку, предмет споразума о признању кривице регулисан је одредбама члана 305. Прописани предмети споразума о признању кривице разнородне су природе и треба их схватити као формалне елементи споразума. Неки од њих морају а неки могу бити унети у овај споразум, па се могу класификовати на обавезне и факултативне елементе. *Обавезни* елементи (предмети) споразума су: 1) потпуно признање кривичног дела; 2) прецизирање кривичне санкције која се има изрећи окривљеном; 3) трошкови кривичног поступка и имовинскоправни захтев; 4) одрицање странака и браниоца од права на жалбу. *Факултативни* елементи (предмети) споразума су: 1) одустајање јавног тужиоца од кривичног гоњења за друга дела окривљеног; 2) обавезе које се осумњиченом могу наметнути ради условног одлагања кривичног гоњења; и 3) имовинска корист и предмет кривичног дела.

1. *Потпуно признање кривичног дела.*- У споразуму се обавезно наводи да окривљени признаје кривично дело или кривична дела за која га тужилац терети. Није довољно делимично признање кривичног дела јер споразум о делимичном признању кривице није могућ, пошто се на основу таквог споразума не може пресудити кривична ствар без одржавања главног претреса. На који начин треба навести признање у споразуму, зависи од тога да ли се споразум сачињава пре или после подизања оптужнице. Ако се споразум закључује после подизања оптужнице, у споразуму треба навести да окривљени у *потпуности признаје* кривично дело или кривична дела *одређена чињеничним описом у оптужници* конкретног јавног тужилаштва, уз уобичајено означавање те оптужнице. Ако се пак споразум закључује пре подизања оптужнице, пошто у том моменту нема никаквог оптужног акта јер истрагу спроводи сам јавни тужилац, не преостаје ништа друго него да се окривљеникова изјава о признању веже за *чињенични опис из решења о спровођењу истраге*, које такође треба на уобичајен начин означити.

Будући да споразум може бити прихваћен само ако је окривљени признање *дао свесно и добровољно* (чл. 306. ст. 7. тач. 1. ЗКП/06), целисходно је да то буде назначено у споразуму, у одредби о признању или у некој посебној одредби споразума.

2. *Прецизирање кривичне санкције која се има изрећи окривљеном.*- Изрицање блаже кривичне санкције од оне која би му суд изрекао у редовној процедури, главна и најчешћа је концесија која се даје окривљеном, због које окривљени и признаје дело које му се ставља на терет. Из тих разлога у закону је предвиђено да се јавни тужилац и окривљени у споразуму саглашавају о врсти и „висини казне и о другим кривичним санкцијама које ће окривљеном бити изречене”. Договорена казна, по правилу, не може бити испод законског минимума предвиђеног за кривично дело које се окривљеном ставља на терет (чл. 305. ст. 2). Само изузетно се окривљени и јавни тужилац могу споразумети да се окривљеном изрекне казна испод посебног законског минимума, у границама прописаним у члану 57. Кривичног законика, када је то *очигледно оправдано* значајем признања

окривљеног: за разјашњење кривичног дела за које се терети, чије би доказивање без таквог признања било немогуће или знатно отежано; за спречавање, откривање или доказивање других кривичних дела; и због постојања нарочито олакшавајућих околности (из члана 54. став 2. Кривичног законика).

Изван ових случајева ублажавање казне по закону није допуштено. Уколико би странке договориле врсту и висину казне, односно кривичну санкцију која по закону није могућа, такав споразум суд мора својом одлуком да *одбије* по изричитој законској заповести (чл. 306. ст. 8. у вези са ст. 7. тач. 2. ЗКП/06).

3. *Трошкови кривичног поступка и имовинскоправни захтев.*- Поред споразумевања о питањим везаним за главни предмет кривичног поступка, странке се договарају и о споредним предметима. Целисходно је да се окривљени обавезе на плаћање трошкова поступка, јер се на основу прихваћеног споразума доноси осуђујућа пресуда, којом би ионако био на то обавезан. Будући да се у моменту закључења споразума не мора знати колики су трошкови или се у том моменту то још не може утврдити, мислимо да у тим случајевима у споразум треба унети клаузулу да се окривљени *обавезује да плати трошкове поступка у износу који суд одреди*. Пошто је сврха споразума да се избегне класично суђење, закључењем споразума о признању кривице знатно ће се смањити трошкови кривичног поступка. Због тога, у мање сложеним предметима кад су трошкови мали, скоро незнатни, постоји могућност да тужилац предложи ослобађање окривљеног да сноси трошкове поступка ако је слабог имовног стања.

У току преговора јавни тужилац треба да настоји да помири окривљеног са жртвом кривичног дела, ако је то могуће, што подразумева да окривљени преузме и извесне обавезе како би се задовољили интереси оштећеног. Због тога је споразум о признању кривице у извесној мери инструмент за остварење *ресторативне правде*. О интересима оштећеног јавни тужилац треба да води рачуна и да настоји да их у оптималној мери задовољи, јер ће их суд обавезно узимати у обзир приликом оцене да ли треба прихватити споразум о признању кривице. Задовољење интереса жртве некада може бити одлучујући разлог за суд да прихвати страначку погодбу. Обавезе које окривљени треба да изврши у интересу оштећеног могу бити различите природе али свака од њих не мора бити предмет споразума. Законодавац предвиђа само имовинскоправни захтев као предмет споразума, што не искључује нити забрањује уношење других обавеза. Законодавац познаје три врсте имовинскоправног захтева које суд може досудити у кривичном поступку – захтев за накнаду штете, захтев за повраћај ствари и поништај правног посла. О сваком од њих странке се могу договорити и у споразум о признању унети оно о чему су се сагласиле. Кад је у питању накнада штете, најбоље је да се у самом споразуму *тачно одреди висина штете коју окривљени има накнадити оштећеном*. Међутим, ако се сагласност о висини штете не може постићи, онда одлуку треба препустити суду, али и тада у



споразум треба унети клаузулу *да се окривљени обавезује да накнади штету оштећеном у износу који суд одреди*, према критеријумима изграђеним у судској пракси.

4. *Одрицање странака и браниоца од права на жалбу.*- Право на делотворан правни лек основно је људско право и зато је гарантовано међународним документима<sup>6</sup> и конституцијама савремених правних држава.

Међутим, у споразуму о признању кривице странке и окривљени обавезни су да се одрекну права на жалбу „против одлуке суда донесене на основу споразума о признању кривице, када је суд у потпуности прихватио споразум”. У суштини се овде ради о одрицању од права на правни лек и пре изрицања пресуде, које закон у овом случају допушта, што је одступање од правила да се субјекти правног лека могу одрећи тог свог права тек након достављања отправка пресуде, а најраније након објављивања пресуде. Због тога пресуда донета на основу споразума о признању кривице, након што решење о прихватању споразума постане правноснажно, постаје одмах правноснажна и извршна. Следећи ту идеју законодавац прописује да се у пресуди донетој на основу споразума о признању кривице мора навести у поуци о правном леку „да против ње жалба није дозвољена” (чл. 308. ст. 4. ЗКП/06).

Пошто је суд дужан да увек провери да ли је окривљени свестан последица које производи његова сагласност о овом елементу споразума, целисходно је у споразум о признању кривице унети *да је окривљени свестан да се одриче права на суђење и изјављивање жалбе* на пресуду која буде донета на основу овог споразума.

5. *Одустајање јавног тужиоца од кривичног гоњења за друга дела окривљеног.*- Поред ублажавања казне, као највећа концесија окривљеном с којим се закључује споразум о признању може бити и одустајање јавног тужиоца од кривичног гоњења за друга кривична дела. Законодавац само прописује да се странке могу споразумети „о одустајању јавног тужиоца од кривичног гоњења за кривична дела која нису обухваћена споразумом о признању кривице” (чл. 305. ст. 1. тач. 2. ЗКП/06), не наводећи под којим условима и за која кривична дела. Ова највећа повластица окривљеном уобичајено се даје кад се окривљени обавезе да пружи податке и доказе о другим кривичним делима или учиниоцима или да буде сведок. Ти разлози одустанка, по логици ствари, не наводе се у споразуму, али се могу саопштити суду на рочишту на коме ће се оцењивати прихватљивост споразума о признању кривице као аргументи за позитивну судску одлуку.

6. *Обавезе које се осумњиченом могу наметнути ради условног одлагања кривичног гоњења.*- Са окривљеним се може преговарати да, поред признања и евентуалне сарадње у другима кривичним стварима, преузме и неке обавезе које се не тичу покренутог или неког другог кривичног

<sup>6</sup> Право на жалбу у кривичним стварима статуирано је чланом 2. Протокола бр. 7 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода.

поступка. Закоником је предвиђено да се као предмет споразума о признању кривице могу јавити и обавезе које се могу наметнути окривљеном приликом тзв. условног одлагања кривичног гоњења (чл. 268. ЗКП/06). Окривљени се посебном клаузулом споразума може обавезати на испуњење неких од тих обавеза из члана, а до када их мора испунити, зависи од њихове природе. Ако је то могуће, окривљени је дужан да преузете обавезе испуни до подношења споразума суду на усвајање, а ако њихова природа то не допушта, дужан је до тог момента да започне са испуњавањем преузетих обавеза.

7. *Имовинска корист и предмет кривичног дела.*- Пошто предмет споразума, начелно узев, може бити све оно што може бити обухваћено осуђујућом пресудом, странке се осим о кривичним санкцијама, у оквирима законских лимита, могу споразумети и о другим кривичноправним мерама. Закоником је предвиђено да предмет споразума могу бити имовинска корист и предмети кривичног дела, будући да суд ове мере може увек изрећи у осуђујућој пресуди. Разуме се, преузимање обавезе да врати имовинску корист стечену извршењем кривичног дела долази обзир само уколико још није враћена а није обухваћена договором о намирењу имовинскоправног захтева оштећеном.

#### 4. ПОСТУПАК ЗАКЉУЧЕЊА СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ

##### *Преговарање о признању кривице*

До закључења споразума о признању кривице долази након преговора чији је циљ да окривљени изјави да признаје кривично дело које му се ставља на терет. Преговори се воде између јавног тужиоца, с једне стране, и окривљеног и његовог браниоца, с друге стране. Управо су странке и бранилац будући потписници споразума. По закону, у преговорима суду нема места.<sup>7</sup> На њему је само да оцени и заштити јавни интерес и законитост страначке погодбе, али тек пошто споразум између странака буде закључен. Учешће суда пре тога, а особито ако би он давао иницијативу окривљеном да призна кривично дело ради закључења споразума, могло би се тумачити као директно угрожавање претпоставке невиности.

Иницијатива за преговоре може потећи од било које странке или од браниоца. Ту иницијативу законодавац означава као *предлог* за преговоре и експлиците наводи од којих све субјеката може потећи: „јавни тужилац може предложити окривљеном и његовом браниоцу закључење споразума о признању кривице, односно окривљени и његов бранилац могу јавном тужиоцу предложити закључење таквог споразума” (чл. 304. ст. 1. ЗКП/06). Кад иницијативу даје јавни тужилац, у пракси ће то бити најчешће преко

<sup>7</sup> Супротно решење прихваћено је у немачкој правосудној пракси, где иницијатива за преговоре поред странака може потећи и од судећег судије, па се чак практикује вођење преговора само између суда и окривљеног. *Amplius M. Дамашка, Der Austausch von Vorteilen im Strafverfahren: Plea-Bargaining und Absprachen*, 8. Straverteidiger, 399 (1988).

браниоца зато што је та комуникација лакше остварљива, али није искључено да понуду учини непосредно окривљеном тако што ће га позвати с тим циљем или на рочишту за његово саслушање.

За сам предлог којим се нуде преговори о признању кривице закон не тражи писмену нити било какву форму, те се дā закључити да је то *неформални, фактички акт једне од странака или браниоца*. Отуда странке и бранилац могу предлог за почетак преговора да дају усмено или писмено, телефоном, електронском поштом или било којим средством комуницирања. Избор средства комуницирања и форме у којој ће се преговори предложити треба да одговара процењеном и потребном нивоу конспиративности, који зависи од услова о којима ће се преговарати (нпр. ако се нуди или тражи сарадња окривљеног у откривању или доказивању других кривичних дела и њихових учинилаца, неопходан је непосредни усмени разговор и сл.).

Преговори о условима признања кривичног дела или кривичних дела која се окривљеном стављају на терет могу започети тек пошто супротна страна прихвати учињени предлог (законописци погрешно узимају да странке и бранилац могу преговарати „када се упути предлог” јер сваки предлог једне стране не мора да прихвати друга страна – постојање предлога јесте неопходан услов али не и довољан).

Услови о којима се преговара пре свега су законом допуштени и предвиђени предмети споразума о признању кривице, о којима је напред било речи. То могу бити и они елементи због којих се споразум постиже а који у споразуму не морају бити наведени, као што су разни модалитети сарадње окривљеног са јавним тужиоцем (нпр. у случају кад је неопходно да се сачува идентитет будућег сведока сарадника и сл., не мора се у споразуму навести које је све обавезе прихватио саокривљени). Окривљени и његов бранилац могу преговарати са јавним тужиоцем и *о чињеничном опису и о правној квалификацији дела*, ако се концесија окривљеном за његово признање и обавезе које ће преузети, жели дати путем блаже правне квалификације (оптужбом за блаже кривично дело). Чињенични опис и правна квалификација могу бити услови о којима се преговара, али неће бити посебан предмет споразума о признању кривице. Договорени чињенични опис и правна квалификација, у том случају, биће обавезни елементи оптужнице коју ће тужилац тек поднети (ако споразум буде закључен пре тога) или измењене оптужнице (ако споразум буде закључен после подизања оптужбе), а окривљени ће у споразуму у потпуности признати кривично дело из тако подигнуте или измењене оптужнице, што је сагласно члану 305. ст. 1. ЗКП/06.

### ***Закључење споразума о признању кривице***

Уколико се преговори успешно заврше, приступа се закључењу споразума. За споразум о признању кривице закоником је прописано да се закључује у *писменој форми*. Писменом формом обезбеђује се судска оцена

законитости споразума и прихватљивости сваког договореног предмета споразума, са становишта јавног интереса и заштите права оштећеног, а уједно се обезбеђује и како треба да гласи диспозитив осуђујуће пресуде коју ће суд на основу споразума изрећи.

Споразум потписују јавни тужилац, окривљени и његов бранилац. Није неопходно да споразум потписује и оштећени, јер он своја права може заштити на рочишту за усвајање споразума о признању кривице и изјављивањем жалбе против судске одлуке о усвајању споразума. Да права оштећеног не буду повређена, мора водити рачуна и јавни тужилац, у противном, суд ће одбити закључени споразум о признању кривице. Споразум треба сачинити у онолико примерака колико је потребно за странке, браниоца, оштећеног и суд.

## 5. ПОСТУПАК СУДСКЕ КОНТРОЛЕ СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ

### *Подношење споразума*

Споразум о признању кривице закључен у писменој форми подноси се *надлежном* суду на оцену и усвајање. Споразум се може поднети у току истраге или након подизања оптужног акта (оптужнице или оптужног предлога), а најкасније „на првом рочишту за одржавање главног претреса” (чл. 304. ст. 3. ЗКП/06). О концепцијској недоследности и реперкусијама везаним за закључење споразума и његово подношење суду пре подизања оптужнице, било је напред речи. Законописци нису крајњи рок за подношење споразума везали за започети или одржани главни претрес, већ за „*прво рочиште*” за главни претрес. Будући да рочиште за главни претрес чине *отварање заседања (тј. отварање рочишта)* и сам *главни претрес*, могуће је да рочиште буде *одржано* а да главни претрес буде *одложен* у случају кад се на заказаном рочишту не стекну процесне претпоставке за одржавање главног претреса. У таквој ситуацији споразум може бити поднет у току отварања заседања, све док суд заседа, не и на новом рочишту за одржавање одложеног главног претреса јер је то друго рочиште. Тиме је законодавац настојао да убрза пресуђење кривичне ствари и кривични поступак учини економичним. У случају да главни претрес отпочне на првом рочишту, споразум може бити поднет до завршетка главног претреса на том рочишту или до момента одлагања или прекида главног претреса.

Овакво законско решење по коме је могуће да странке закључе споразум до завршетка главног претреса на првом рочишту, противречи духу споразума о признању кривице. Основни разлог увођења преговарања о признању кривице и главни циљ који се настоји постићи овом установом консесуалне правде јесте да се избегне суђење, прецизније речено да изостане одржавање главног претреса пред кривичним судом. С обзиром на такав циљ, разумљиво би било да законом буде допуштено закључивање споразума о

признању кривице и његово подношење суду, најкасније до почетка главног претреса, али се не види смисао да он може бити закључен и до краја првог рочишта за главни претрес, кад ће добар део суђења већ бити завршен (изузев за сложенија кривична дела) или ће остати само изрицање пресуде.

У току истраге споразум се *подноси* председнику ванрасправног већа (из чл. 24. ст. 6. ЗКП/06), а након подизања оптужнице – председнику судећег већа, или му се *предаје* на првом рочишту за одржавање главног претреса (чл. 304. ст. 4. ЗКП/06).

### ***Рочиште за одлучивање о споразуму***

О споразуму закљученом пре подизања оптужнице, одлучује *председник ванрасправног већа*, а о споразуму поднетом након подизања оптужнице, као и у случају кад се на такав споразум позива окривљени или његов бранилац у приговору против оптужнице, одлуку доноси *председник судећег већа*. Ако се ради о лакшим кривичним делима за која се води скраћени поступак, по подизању оптужног предлога о споразуму одлучује *судија појединац*.

По пријему у писаној форми закљученог споразума, суд најпре испитује постоје ли какви недостаци споразума странака због којих се он по закону мора одбацити. У случајевима кад не одбаци споразум, суд заказује рочиште на коме одлучује о тој погодби странака. Рочиште заказује напред поменути функционални састав суда који и одлучује о споразуму, зависно од фазе поступка у којој се споразум подноси.

У недостатку изричите одредбе, треба тумачити да се рочиште заказује наредбом аналогно заказивању главног претреса. Наредба треба да има исти садржај као кад се заказује главни претрес, али се из ње мора видети да се ради о *рочишту за одлучивање о споразуму о признању кривице*.

На рочиште се позивају јавни тужилац, окривљени и његов бранилац. Да се само ови учесници рочишта *позивају* произилази из законске одредбе по којој се о споразуму одлучује на рочишту, „коме присуствују јавни тужилац, окривљени и бранилац” (чл. 306. ст. 5), док се остали учесници, а то су оштећени и његов пуномоћник, само *„обавештавају”* о рочишту. У позиву странкама и браниоцу такође мора бити назначено шта ће бити предмет извиђања и одлучивања на рочишту.

Мада цитирана законска одредба има значење да је *облигаторно присуство* странка и браниоца на овом рочишту, из одредби о одлукама суда поводом поднетог споразума произилази да се споразум *одбацује једино у случају недоласка уредно позваног окривљеног* (чл. 306. ст. 7), што значи да је обавезно само присуство окривљеног а не и других позваних учесника. У случају недоласка јавног тужиоца, рочиште се може одржати, али је суд дужан да о томе обавести непосредно вишег јавног тужиоца (чл. 306. ст. 7. *in fine*). За недолазак браниоца, законодавац не везује никакве процесноправне последице, нити прави разлику између случајева кад је стручна одбрана

обавезна од оних кад је факултативна. Међутим, начело правичног поступка<sup>8</sup> из чл. 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, захтевало би дијаметрално супротно решење.

Рочиште за одлучивање о споразуму о признању кривице увек је *јавно* (чл. 306. ст. 6. ЗКП/06). Суд је овлашћен да са целог и дела рочишта искључи јавност, из истих разлога и по поступку као на главном претресу. На искључење јавности сходно се примењују одредбе о форми и поступку доношења одлуке о искључењу јавности на главном претресу (чл. 317. ст. 2), као и одредбе о ограниченој јавности (чл. 318).

У погледу заказивања рочишта за одлучивање о споразуму и састава суда пред којим се држи ово рочиште постоји извесна колизија анализираних и наведених законских одредби са одредбом о позивању учесника поступка на седницу већа на којој се одлучује о приговору против оптужнице (чл. 294. ст. 4). Ту је обавезно присуство обеју странака ако се окривљени у приговору позвао на споразум о признању кривице (чл. 306. ст. 5), а то рочиште за одлучивање по приговору одвија се пред ванрасправним већем а не пред његовим председником.

До доношења судске одлуке о споразуму свака странка може одустати од закљученог споразума. У том случају споразум је правно непостојећи, па би га као таквог требало *одбацити*, по опште усвојеним правним правилима (аналогно одредбама о одустанку од жалбе и сл.).

На рочишту за одлучивање о споразуму води се записник, по општим правилима о записнику (чл. 205-208), који потписују судија који је заказао рочиште и записничар. У записник се уноси решење о одбацивању споразума, будући да се оно не мора писмено израђивати јер против тог решења није допуштена жалба.

### ***Одлуке суда о прихватљивости споразума***

#### ***Решење о одбацивању споразума***

Пре него што суд приступи оцени споразума о признању, на којој ће засновати своју мериторну одлуку о прихватљивости споразума, суд је дужан да испита постоје ли какве законске сметње за одлучивање о споразуму. Уколико постоји нека законска сметња суд мора да *одбаци* поднесени споразум. Закоником су експлиците предвиђена само два случаја у којима се доноси одлука о одбацивању споразума, а на основу тумачења свих осталих одредби које се односе на споразум о признању кривице, може се закључити да у пракси могу настати и још неки случајеви.

Према изричитој законској заповести, суд ће *решењем одбацити* споразум:

<sup>8</sup> Опширније о начелу правичног поступка види: Др Никола Матовски, *Казнено процесно раво, Општи дел*, Скопје, 2003, стр. 132-138.

Ако је споразум поднет „након што је завршено прво рочиште за одржавање главног претреса” (чл. 306. ст. 4.). Кад се сматра да је рочиште „завршено”, било је напред речи.

Ако на рочиште за одлучивање о споразуму „*није дошао уредно позвани окривљени*” (чл. 306. ст. 7). Два су услова за одбацивање споразума: да је окривљени уредно позван и да није дошао на рочиште. Позив је *неуредан* ако нема законом предвиђену садржину, ако није достављен на прописани начин и кад је одређени рок за одазивање на позив мањи од законског. Неодазивање на неправилан позив не повлачи штетне последице. Треба допустити могућност да окривљени затражи одгађање рочишта за одлучивање о споразуму уколико из оправданих разлога не може да се одазове на уредан позив (строгост у овој ситуацији била би у нескладу с циљем нагодбе о кривици). Насупрот томе, повраћај у пређашње стање не треба допустити јер се, по својој природи, тај процесни институт, установљен из разлога правичности с циљем да се отклоне негативна дејства преклузије, може примењивати само у случајевима и под условима које закон предвиђа, што није случај са оправданим недоласком на рочите за одлучивање о споразуму. Осим тога, поред оволиког броја средстава комуникације високог технолошког нивоа, тешко је замислити случајеве у којима окривљени или његов бранилац не би били у могућности да благовремено обавести суд да је окривљен из оправданих разлога спречен да дође на заказано рочиште и тиме омогуће суду да га одгоди.

Изван ових законом предвиђених случајева, могу настати и друге сметње за које законодавац експлиците не предвиђа нити да због њих споразум треба одбацивати нити одбити. С тим у вези треба тумачити да суд одбацује споразум и у следећим случајевима:

- Ако странке закључе споразум о признању кривице за кривична дела са запређеном казном изнад десет година затвора. Закључење таквог споразума супротно је законским условима за закључење споразума из чл. 304. ст.1, па се као *недозвољен* има решењем *одбацивати*.

- Ако странка изјави да *одустаје* од закљученог споразума. Споразум од тог момента правно више не постоји зато што нема сагласности воља, па га као таквог треба *одбацивати*.

Суд одбацује споразум о признању кривице одлуком у форми *решења*. Против решења о одбацивању споразума није дозвољена жаба (чл. 306. ст. 4. и 6). Номотехнички је исправније било да се сви случајеви одбацивања споразума и искључење права на жалбу предвиде у једној одредби, како не би било недоумица на које се случајеве распростиру та правила.

### ***Оцена законитости и прихватљивости споразума***

Суд најпре испитује да ли је споразум по закону дозвољен и да ли постоје неки разлози за одбацивање споразума. Ако не донесе решење о одбацивању поднетог споразума, суд приступа даљој оцени законитости и

прихватљивости споразума са становишта јавног интереса и заштите права оштећеног. Та оцена се врши на основу провере законских услова и по редоследу прописаном у члану 306. ст.8.

Суд је дужан да извиди а потом да оцени:

Да ли је окривљени *свесно и добровољно признао кривично дело*, односно кривична дела која су предмет оптужбе и *да ли је искључена могућност признања окривљеног у заблуди*;

Да ли је споразум закључен у складу са одредбама материјалног кривичног права о одмеравању казне и избору других кривичних санкција (на које упућује члан 305. ст. 2. и 3. ЗКП/06);

Да ли је окривљени **потпуно свестан свих последица** закљученог споразума (члан 305. став 1. ЗКП/06), а посебно да ли у *потпуности разуме* да се споразумом *одриче права на суђење и улагање жалбе* против одлуке суда донесене на основу споразума;

Да ли постоје и други *докази који поткрепљују признање* кривице окривљеног;

Да ли су споразумом о признавању кривице *повређена права оштећеног* или да ли је он *противан члану 1. став 1. Законика о кривичном поступку*.

Проверу и оцену испуњености ових законских услова суд врши на основу самог споразума, достављених му списа уз споразум или уз оптужни акт, као и на основу испитивања странака, браниоца и оштећеног, те изјава браниоца окривљеног и пуномоћника оштећеног.

### ***Решење о усвајању споразума***

Пошто на рочишту извиди све законом прописане услове, суд оцењује испуњеност сваког услова понаособ и законитост споразума у целини, па на тој основи заснива своје уверење о томе да ли је у јавном интересу прихватљив понуђени споразум. Кад оцени да су све законске претпоставке задовољене и да је споразум у јавном интересу, доноси *образложено решење о усвајању споразума о признању кривице*.

У образложењу решења сваки услов мора бити образложен, и то убедљиво, а посебну пажњу треба обратити на клаузулу о имовинскоправном захтеву – да ли се признаје у потпуности или делимично, или зашто није предмет споразума а суд сматра да споразум и поред тога треба прихватити. Целисходно је да суд изјаву оштећеног унесе у образложење и оцени је, пошто оштећени има право жалбе против решења о усвајању споразума.

Решење суда о споразуму о признању кривице се доставља јавном тужиоцу, окривљеном, браниоцу, оштећеном и његовом пуномоћнику (чл. 306. ст. 11. ЗКП/06).



### *Решење о одбијању споразума*

Уколико на основу споразума, списа предмета који су му достављени и изјава и обавештења пружених на рочишту утврди да није испуњен било који законски услов, суд доноси *решење којим се одбија споразум о признању кривице*. Практично узев, ову одлуку суд доноси и кад је незаконит само један елемент споразума и кад више његових елемената није у складу са законом. Тако је према слову закона, али мислимо да је суд овлашћен да одбије споразум и кад су сагласни закону сви елементи споразума, ако процени да споразум у целини узев није у јавном интересу. И решење о одбијању споразума *мора бити образложено* (чл. 306. ст. 9. ЗКП/06). У образложењу посебно треба навести који законски услов није испуњен и због чега, због којих разлога суд сматра неки елемент споразума незаконитим и који су све елементи незаконити, те зашто усвајање споразума не би било у јавном интересу. Детаљно образлагање због чега је споразум одбијен сврсисходно је из више разлога: то може бити добар путоказ за подношење новог, на закону заснованог и прихватљивог споразума; суду правног лека помоћиће да правилно оцени основаност жалбе коју су странке овлашћене да изјаве против решења о одбијању споразума; оштећеном може помоћи да заштити своја права у редовној судској процедури која након тога потече.

И решење којим се одбија споразум о признању кривице доставља се странкама, браниоцу, оштећеном и његовом пуномоћнику (чл. 306. ст. 11. ЗКП/06), мада сви они немају право жалбе.

### **6. ПОСТУПАК ПО ЖАЛБИ НА ОДЛУКЕ СУДА О ПРИХВАТЉИВОСТИ СПОРАЗУМА**

Судска одлука о прихватљивости и законитости страначке погодбе није дефинитивна јер српски законодавац предвиђа право жалбе против тих одлука, али је отворено питање колико је такво законско решење сврсисходно и са принципијелног становишта прихватљиво. Установљавање права на жалбу против судске одлуке о страначкој погодби (којом суд може споразум о признању кривице само да усвоји или одбије, не и да га измени), не доприноси убрзању поступка, а није ни у хармонији са идејом консесуалне правде.

Право жалбе различито је уређено и зависи од врсте одлуке коју суд донесе поводом поднетог споразума о признању кривице (чл. 307. ст. 1. и 2. ЗКП/06): против *решења о одбијању споразума о признању кривице*, жалбу могу изјавити *јавни тужилац, окривљени и његов бранилац*, а против *решења о усвајању споразума о признању кривице*, жалбу може изјавити само *оштећени и његов пуномоћник*.

Титулари права на жалбу могу је изјавити у року од осам дана од дана када им је решење достављено. О жалби *одлучује ванрасправно веће* у седници већа. Веће је овлашћено да донесе све процесне и мериторне одлуке

које се по општим одредбама могу донети поводом жалбе на решење. Законодавац и у одредби члана 307. ст. 4. ЗКП/06, што често чини и у другим законским одредбама, непотребно је дефинисао одлуке које суд може донети по жалби, али на начин који одступа од општих правила. Одредба гласи: „Веће које одлучује о жалби против решења о споразуму о признању кривице може жалбу *одбаци*ти ако је поднесена *по протек*у рока из става 1. овог члана, усвојити је или је одбити као неосновану.” То може довести до забуне и погрешног тумачења поступка по жалби. Сматрамо да веће може, примењујући општа правила о жалби на решење, да одбаци и сваку недозвољену а не само неблагоприятну жалбу (нпр. жалбу изјављену од неовлашћених лица и сл.). Поред тога нема ниједног разлога да се ускрати већу овлашћење да по жалби преиначи побијано решење. Против одлука већа донетих по жалби на решење о усвајању или одбијању споразума, није допуштена жалба (чл. 307. ст. 3. ЗКП/06).

На признању окривљеног датом у споразуму који је решењем суда одбијен, не може се заснивати пресуда (чл. 306. ст. 9. *in fine*). Због тога је прописано да кад решење о одбијању споразума постане правноснажно да се *споразум* и *сви списи* који су са њим повезани, *уништавају* пред судом (чл. 306. ст. 10. ЗКП/06). Уништавање врши председник оног већа или судија појединац који је у првом степену одлучивао, пошто му веће достави одлуку којом потврђује решење о одбијању споразума или којом првостепено решење о усвајању преиначује у решење којим одбија споразум. Међутим, питање је да ли се сви подаци о понуђеном а неусвојеном споразуму могу уништити (нпр. из уписника у који је споразум заведен ако је поднет пре подизања оптужнице). Законом није прописан начин нити поступак уништавања, што се може учинити спаљивањем, сечењем и сличним поступком, већ само да суд о уништавању списа мора сачинити *службену белешку*. У службену белешку, која се мора издвојити из списа, суд треба да унесе само неопходне податке на основу којих се веродостојно може утврдити који су списи уништени.

И поред настојања да спречи доношење пресуде на основу било ког сазнања о ранијем признању окривљеног, законодавац ипак није из даљег поступка искључио судију „контаминираног” сазнањима из споразума о кривици. Пошто је законом допуштено да на главном претресу и у изрицању пресуде учествује судија који је одбио или одбацио споразум о признању кривице, изгледа сасвим илузорно тражити од таквог судије да окривљениково признање избрише из сећања кад одлучује о кривици оптуженог. Само по себи, учешће судије у одлучивању о споразуму у коме окривљени признаје кривицу намеће се као разлог за искључење таквог судије из даљег поступка суђења кривичној ствари.

## 7. ПРЕСУДА НА ОСНОВУ СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ

На бази одлуке којом усваја споразум о признању кривице, суд је обавезан да донесе пресуду о кривичној ствари, тј. „одлуку која одговара садржини споразума” (чл. 306. ст. 8. ЗКП/06 *прва реченица*). Да би се то постигло, законом је прописано да се решење о усвајању споразума о признању кривице кад постане правноснажно, сматра саставним делом оптужнице, ако је она већ поднесена. За случај кад оптужница претходно још не буде поднесена, законописци су предвидели обавезу за јавног тужиоца да у року од три дана састави оптужницу „у коју укључује споразум о признању кривице”(чл. 308. ст. 1. ЗКП/06). Међутим, није јасно како ће то јавни тужиоци укључивати споразум о признању кривице у оптужницу. На пример, ако јавни тужилац у споразуму, између осталог, одустане од неких кривичних дела, како ће у оптужном акту одустајати од оптужбе. Чини се да би исправније било да се тужиоци у оптужници само позивају на споразум о признању кривице.

Кад споразум стане на правну снагу (ако је закључен после подизања оптужнице) или кад му оптужница и такав споразум буду достављани (у случају да је споразум закључен и од суда усвојен пре подизања оптужнице), председник већа је дужан да без одлагања донесе пресуду којом окривљеног оглашава кривим и изрекне му казну или другу кривичну санкцију која је између странака договорена, и да одлучи о осталим питањима предвиђеним у споразуму о признању кривице на начин који одговара садржини споразума .

Пресуда мора да има све елементе диспозитива осуђујуће пресуде из члана 380. ЗКП/06, али у њу мора бити инкорпорисан садржај из споразума о признању кривице. У писмено израђеној пресуди, у поуци о правном леку мора се навести да против ове пресуде није дозвољена жалба (чл. 308. ст. 3. ЗКП/06). Отправак пресуде доставља се странкама и учесницима поступка којима се иначе доставља пресуда (чл. 384. ст. 6-8. ЗКП/06), али они немају право жалбе.

Ако се споразумом о признању кривице јавни тужилац обавезао да ће одустати од других кривичних дела која окривљени није признао у том споразуму, то мора и да учини, а суд ће због одустанка јавног тужиоца донети пресуду којом се оптужба одбија у односу на та дела. Ова процесна пресуда може бити саставни део јединствене пресуде или и формално посебна одлука суда.



**UDK: 351.941**



**ПРОБЛЕМИ У ФУНКЦИОНИСАЊУ  
ЛОКАЛНОГ ОМБУДСМАНА**

**Др Предраг Димитријевић,**

---

*редовни професор Правног факултета у Нишу*





## ПРОБЛЕМИ У ФУНКЦИОНИСАЊУ ЛОКАЛНОГ ОМБУДСМАНА

Савремена управа је веома сложен и моћан институционални систем. Свакодневно се масовно дешавају разни облици повреда и угрожавања права грађана у бројним поступцима пред административним органима. Грађани имају проблем како да заштите своја права јер не знају која им правна средства стоје на располагању или ако и знају путеве правне заштите они су компликовани, дуги и скупи. Због тога треба наћи ефикасна, једноставна и јефтина средства и механизме контроле управе, за утврђивање и отклањање разноврсних недостатака у раду и тако омогућити заштититу права грађана<sup>1</sup>. Постојеће институције контроле управе не задовољавају, јер не функционишу с обзиром на реално стање и потребе или њихово активирање је тешко, споро, скупо и компликовано. Концепт институције омбудсмана налазимо у идејама Валтер Гелхорна по коме треба створити једноставне и брзе процедуре (*cheap and easy*) заштите људских права насупрот спорим, формалним и скупим судским процесима<sup>2</sup>.

Назив омбудсман потиче од старе шведске кованице *umbothsmathr*, која има значење "повереник који представља" односно представник. У ширем контексту омбудсман<sup>3</sup> се назива "чуварем законитости, заштитником грађана, плебејским трибуном" итд. О популарности ове установе говори и то да се сам назив примењује у изворном шведском облику у многим земљама широм света. Међутим, у већини земаља институција омбудсмана означава се

<sup>1</sup> S. V. Anderson, *Proposals and politics*, Andersons "Ombudsman for American Government?" New York, 1968, str. 155.

<sup>2</sup> Walter Gellhorn, *Ombudsman And Others - Citizen's Protectors In Nine Countries*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1967, str. 3-4.

<sup>3</sup> У Скандинавским земљама одржао се назив "Омбудсман" уз додатак "парламентарни". У Француској то је "Медијатор Републике", у Великој Британији "Парламентарни представник за управу", у Аустрији "Народни правобранилац", у Словенији "Заштитник човекових права", у Хрватској "Пучки правобранитељ", у Румунији "Народни адвокат", у Русији "Комесар за људска права", у Албанији "Адвокат Народа", у Аргентини "Народни бранилац", у Босни и Херцеговини "Омбудсман за људска права БиХ", у Црној Гори "Заштитник људских права и слобода", у Србији "Заштитник грађана".

различитим називима, углавном обојеним националним духом у којима функционише.

Омбудсман је настао у Шведској, уведен је Уставом из 1809. године, а потом је прихваћен и у осталим скандинавским земљама, Великој Британији, Канади и др. Прва институција Омбудсмана изван Шведске био је Омбудсман Финске (1918.) а прва институција Омбудсмана изван нордијских земаља била је институција Омбудсмана на Новом Зеланду (1962.). Од седамдесетих година XX века ова институција бива заступљена у правним системима великог броја европских и ваневропских земаља, а од почетка деведесетих и у правним системима бивших социјалистичких држава источне Европе укључујући и државе бивше СФРЈ.

Основне заједничке карактеристике омбудсмана, без обзира на систем у коме се јавља, су:

Омбудсман је заснован на *идеји људских права*. Филозофија људских права у средиште правног и политичког живота поставља индивидуалност људског бића и самосталност његове личности. Људска права као највиши правни стандард.

Он штити законитост и права грађана тако што врши *ефикасну контролу управе*. Његов основни задатак је заштита права грађана посебно од незаконитог и неправилног рада управе (*maladministration*);

Омбудсман нема овлашћења да укида, поништава или мења акте управних органа, као што то раде судови, већ може само да констатује њихову незаконитост, да тражи уклањање уочених недостатака, да износи мишљење о конкретном случају, да цени целисходност рада органа, упуштајући се и у оцену коришћења дискреционог овлашћења;

Овај орган је независтан и самосталан у вршењу својих функција, а бира га парламент;

Грађани се овом органу обраћају без посебних формалности и без трошкова.<sup>4</sup>

2. Институција омбудсмана на локалном и регионалном нивоу власти није непозната у свету. У једном броју земаља ова институција је уведена уставом, док је у већем броју земаља уведена законом. У погледу организације ове институције заступљени су различити модели: поред државних омбудсмана, у федералним државама срећемо и омбудсмани на нивоу држава чланица, потом постоје регионални и локални омбудсмани, као и општи и специјализовани (на пример, омбудсмани у области здравства, образовања, заштите личних података, социјалног старања, полиције, војске, потрошачки омбудсман, спорт, екологија, или заштите одређене категорије становника као, заштита деце и жена, студената, новинара, тзв. *press ombudsman* итд.). Поред омбудсмана у јавном сектору, један мањи број

<sup>4</sup> **Donald Rowat**, *The Ombudsman, Citizen's Defender*, London, 1965; **Miodrag Jovičić**, *Ombudsman - čuvar zakonitosti i prava građana*, Beograd, 1969.



земаља познаје и праксу омбудсмана у приватном сектору. Надлежност омбудсмана простире се, на контролу над радом државних органа управе, али и над радом органа локалне самоуправе, као и других органа и организација које врше јавна овлашћења.

Један број земаља је децентрализовао институцију омбудсмана, тако да она постоји на регионалним или локалним нивоима. Свака од тих институција делује у оквирима своје надлежности. За разлику од тога, поједини централизовани омбудсмани на националном нивоу организују се тако да њихова структура буде деконцентрисана, како би поједини омбудсмани и њихови заменици били надлежни за поједине општине и области. Тако би се обављање њихове функције приближило грађанима на локалном и регионалном нивоу (нпр. БиХ).

Регионални и локални омбудсмани постоје у Великој Британији, Данској, Италији, Канади, САД, Француској, Холандији, Швајцарској и неким другим земљама. У Данској постоје регионални омбудсмани (*Landstingets*), као и посебан омбудсман за Гренланд. Сви већи холандски градови имају општинске омбудсмани. У Француској постоји посебан омбудсман (*Médiateur*) за Il-de-France и париску општину. Већина италијанских покрајина увела је својим прописима покрајинске омбудсмани (*Defensori civici regionali*). Прва је то учинила Тоскана (почетком 1974.), затим Лигурија (средином 1974) и касније других 14 покрајина, тако да омбудсмани постоје у укупно 16 покрајина. У Шпанији осам региона има своје омбудсмани (*Defensor del Pueblo*). Поред Парламентарног комесара за управу, Уједињено Краљевство Велике Британије и Северне Ирске има посебног Парламентарног комесара за управу и жалбе у Северној Ирској (уведен 1969), као и комисије за локалну управу Енглеске, Велса и Шкотске (уведене 1974-1975). Пошто британски систем локалних власти не омогућује “једноставну трансплантацију” или мешање Парламентарног комесара за управу (као органа централних власти) у рад локалних власти, успостављене су посебне комисије за локалну управу у чији састав по службеној дужности (*ex officio*) улази и Парламентарни комесар за управу. Комисије су надлежне за жалбе на неправде настале услед лошег вршења управне функције од стране локалних органа управе, полиције и неких других локалних власти. Омбудсмани на локалном нивоу уживају најширу подршку у САД, где се у новије време оснивају широм земље у окрузима, градовима и општинама, било са општим или специјализованим надлежностима.

Омбудсман поступа по жалбама грађана који сматрају да су њихова права повређена радњама и поступцима органа управе, али омбудсман може да покрене поступак и по сопственој иницијативи (*ex officio*) кад нађе да је дошло до кршења права грађана од стране органа над чијим радом врши контролу. При томе је он овлашћен да тражи податке и обавештења од органа управе, да врши увид у службене акте, да узима изјаве од запослених, овлашћених лица, сведока и вештака. После спроведеног поступка омбудсман даје мишљења, предлоге и препоруке у вези са утврђеним неправилностима,

које по правилу упућује органу који је починио повреду. Уколико су у питању озбиљније повреде ширег значаја, омбудсман свој налаз доставља највишим државним органима да би они предузели мере из своје надлежности. У појединим земљама омбудсмани су овлашћени да дају иницијативу за измене закона, да покрећу поступак пред уставним судом, да иницирају дисциплински и кривични поступак, па чак и да га непосредно воде у својству тужиоца (нпр. Шведска). Грађани који сматрају да су им повређена одређена права радом органа управе углавном могу директно да се обрате омбудсману подносећи жалбу писмено, с тим што жалба мора бити потписана, јер анонимне жалбе се по правилу не узимају у разматрање.

3. Увођење заштитника грађана - омбудсмана у правни систем Србије<sup>5</sup>, започето је пре неколико година доношењем одговарајућих прописа који су регулисали надлежност и поступак омбудсмана на локалном и покрајинском нивоу, као и доношењем *Закона о Заштитнику грађана* ("Службени гласник РС", бр. 79/2005), којим се успоставља државни омбудсман као независан централни државни орган који контролише рад државне управе и штити права грађана<sup>6</sup>.

Пре доношења овог *Закона о Заштитнику грађана* (2005.), скраћено ЗоЗГ, донети су одређени прописи којима је, парцијално и на нижим нивоима, у Србији уведена институција омбудсмана. Тако, ова институција је регулисана најпре *Законом о локалној самоуправи* ("Службени гласник РС", број 9/2002), скраћено ЗоЛС, и то као факултативна институција (грађански бранилац), затим, *Одлуком о Покрајинском омбудсману* (за АП Војводину) и *Одлуком републичког Министарства здравља* установљен је специјални омбудсман - заштитник пацијентових права.

Према томе, Омбудсман је у Србији уведен "на мала врата", једним чланом (члан 126. *Закон о локалној самоуправи*). Друго, што се уочава је терминолошка неусклађеност назива института (у Покрајини Војводини - *Покрајински омбудсман*, у јединицама локалне самоуправе - *грађански бранилац*, у здравству - *заштитник пацијентових права*, док се републички законодавац определио за термин *Заштитник грађана*). Треће, у правној регулацији овог института ишло се обрнутим редом од нижег ка вишем, уместо да је прво донет закон о републичком, односно државном Заштитнику грађана који би представљао правни основ за даљу разраду овог института на нижим нивоима и под истим називом.

Таква хронолошка нормативна неусклађеност у регулисању ове институције, као и околност да ни накнадно није правно регулисан однос ова два закона (ЗоЛС и ЗоЗГ) у смислу надлежности ова два заштитника грађана.

<sup>5</sup> **Јован Ђорђевић**, *Политички систем*, Београд, 1967, стр. 636. **Стеван Лилић**, *Зашто је нови Устав оставио Србију без омбудсмана*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, бр. 2-3, 1991. **Богољуб Милосављевић**, *Омбудсман - заштитник права грађана*, ЦАА, Београд, 2001. **Драган Радиновић**, *Омбудсман и извршина власт*, Београд, 2001.

<sup>6</sup> На жалост, морамо да констатујемо да Народна Скупштина Републике Србије још није изабрала Заштитника грађана, иако су сви рокови прописани овим Законом протекли.

Другим речима, остало је отворено питање да ли локални омбудсман може да указује на незаконитости републичких аката из којих проистичу повреде људских права на локалном нивоу, а што је честа појава, с обзиром да повреде и угрожавања права грађана (људских права) често проистичу из аката централне власти а не локалне.

4. Закон о локалној самоуправи (“Службени гласник РС”, број 9/2002) је пружио правни основ и могућност да се у јединицама локалне самоуправе установи грађански бранилац (омбудсман) који штити индивидуална и колективна права и интересе грађана и тако врши општу контролу рада управе и јавних служби.

Овим Законом предвиђена је *могућност*, али не и обавеза установљења грађанског браниоца (омбудсмана) на нивоу локалне самоуправе. Омбудсман се установљава на локалном нивоу само ако се сматра да је ова институција потребна, да се може организовати и финансирати.

Данас је ова институција установљена у свега једанаест градова и општина у Србији од укупно 167 општина и градова. Сматрало се да ће доношење овог Закона поспешити установљење већег броја грађанских бранилаца (омбудсмана) на нивоу локалне самоуправе. Међутим, то се није догодило.

Поставља се питање, шта је узрок овако малом броју установљених грађанских бранилаца (омбудсмана) на нивоу јединица локалне самоуправе? Први разлог је у законској необавезности и његовом факултативном карактеру, а други у суштинском неразумевању положаја и улоге локалног омбудсмана. Наиме, у локалним политичким структурама локални омбудсман се доживљава као независна политичка личност која ће имати право да контролише законитост њиховог рада, па се тако доживљава као опасност по вршење локалне власти. Трећи разлог је проблем стручног и финансијског капацитета, нарочито малих општина. У малим и сиромашнијим општинама врло је тешко наћи одговарајући стручни кадар, будући да улога омбудсмана претпоставља, пре свега стручност, радно искуство, углед у друштву и сл.

Као решење за наведене проблеме може се за две или више малих општина успоставити један заједнички омбудсман, који би штитио људска права или решавао друге проблеме у раду јавне управе и њених службеника. За овакав начин превазилажења проблема не постоје законске препреке, тако да све остаје у домену политичке воље локалних политичара.

5. Грађанског браниоца (омбудсмана) поставља скупштина јединице локалне самоуправе из реда угледних и политички непристрасних личности, под условима и на начин утврђен статutom и другим општим актом локалне самоуправе. Грађански бранилац је самосталан и независан у вршењу своје функције и нико нема право да утиче на његов рад и поступање.

Да би остварила своју улогу у заштити права сваког грађанина институција омбудсмана мора бити независна, самостална, стручна и професионална, а у исто време мора имати добру сарадњу са парламентом, са

грађанима, са медијима и са свим релевантним институцијама на свим нивоима власти као и са невладиним сектором.

Грађански бранилац и његов заменик не могу обављати другу јавну функцију нити професионално обављати другу делатност, дужност или посао, који би могао утицати на њихову самосталност и независност. Они не могу бити чланови политичких организација. Грађански бранилац и заменик имају положај функционера у смислу Закона о спречавању сукоба интереса у вршењу јавних функција и на њих се примењују одредбе тог закона.

Међутим, питање политичке непристрасности је отворено, јер није пронађен механизам за успостављање потпуне политичке неутралности. Омбудсмана поставља скупштина општине на предлог председника општине или надлежног радног тела (комисије). Ова чињеница говори да је тешко постићи политичку непристрасност у пуном смислу, нарочито на локалну. Други проблем самосталности је везан за финансирање његовог рада. Рад Омбудсмана финансира се из општинског буџета, а наредбодавац извршења буџета је председник општине. Трећи разлог је питање дужине трајања његовог мандата. Уколико се мандат локалног омбудсмана везује за мандат скупштине, онда и ова чињеница доводи у питање његову политичку независност и непристрасност.

На стварну самосталност и независност у раду пресудан је финансијских моменат па локалном омбудсману треба дати накнаду која представља максимални износ месечне зараде на локалном нивоу, тј. плату председника општине или председника скупштине. Тако се и психолошки показује да је локални омбудсман изједначен са првим човеком у општини и да нико не може утицати на његов рад.

У појединим општинама је *статутом* предвиђено да ће се институт омбудсмана уредити *одлуком о организацији управе*. На овај начин омбудсман постаје саставни део управног апарата, што никако не би смело да се деси, јер је он орган парламента, који у име парламента врши контролу управе. Он мора да буде орган који контролише управу и да се организационо налази изван управе.

У неким локалним одлукама Скупштина поставља грађанског браниоца и његовог заменика на предлог градоначелника, односно председника општине већином од укупног броја одборника. Такође, на акт о унутрашњој организацији и систематизацији радних места у стручној служби, претходну сагласност даје градоначелник, односно председник општине. То је кршење начела поделе власти на локалном нивоу. Са друге стране, према закону градоначелник, односно председник усмерава и усклађује рад управе, предлаже постављање и разрешење начелника општинске управе, односно управе за поједине области. То све упућује на његову политичку блискост са градоначелником, односно председником општине.

Питање је како ће се његова политичка непристрасност остварити када се његов положај уређује актом који доноси политичка већина у парламенту јединице локалне самоуправе. Наиме, често је статутима којима је

установљен омбудсман предвиђено да га поставља скупштина општине кворумском већином. Тиме се доводи у питање његова политичка непристраност, јер њега на овај начин поставља политичка већина у локалном парламенту. Ова чињеница добија још више на значају ако се има у виду да по закону председник општине усмерава и усклађује рад управе, предлаже постављење и разрешење начелника општинске управе, односно управе за поједине области. На основу ових овлашћења јасно је да председник општине мора сарађивати са омбудсманом и да омбудсман није везан само за локални парламент. У оваквој ситуацији, уколико парламентарна већина и председник општине припадају истој политичкој опцији, омбудсман који је изабран од стране политичке већине врло лако може да постане покриће за лош рад управе. Међутим, уколико председник општине и парламентарна већина припадају супротстављеним политичким опцијама омбудсман може послужити као средство притиска на председника општине.

Због ових могућих проблема треба статутима општине предвидети да се омбудсман бира високо квалификованом апсолутном већином, тј. двотрећинском већином гласова од укупног броја одборника. На овај начин би се обезбедио шири политички консензус, па и створили услови за релативно већу непристраност омбудсмана, јер би све политичке опције морале да се сагласе око једног кандидата. Истовремено би му се овако обезбедила велика подршка а тиме ауторитет и легитимитет омбудсмана. Начелно би изостале опструкције рада омбудсмана зарад политичких обрачуна јер кандидат изабран квалификованом апсолутном већином представља заједничко и опште прихватљиво решење.

Друго питање је дужина мандата. Општинским статутима се углавном предвиђа да мандат омбудсмана траје четири године. Јасно је да ако се на нивоу локалне самоуправе омбудсман бира простом већином а мандат му траје колико и мандат одборника, онда његова функција зависи од политичких кретања и политичког расположења бирача. Тиме се и ова функција везује посредно за политичке странке и за изборе што није добро, јер она треба да буде политички непристрасна и усмерена на ефикасну и једноставну контролу управе. Уколико би се предвидело да мандат омбудсмана траје дуже од мандата одборника тиме би се његова функција свакако учинила политички независном јер не би зависила од политичких промена. Сматрамо да период од пет година је сасвим примерено време и да та функција не треба да траје дуже. Политичка непристрасност може се делимично решити тако што ће се за његов избор тражити општи политички консензус. Такво решење прихвата најновији *Закон о изменама и допунама закона о заштитнику грађана* (републички омбудсман) из 2007., где се за избор и разрешење омбудсмана, као и одлучивање о укидању његовог имунитета, захтева већина гласова свих народних посланика (апсолутна већина).

6. Функција грађанског браниоца јесте да заштити грађане од лошег рада управе и то тако што врши општу контролу рада управе и јавних служби.

Општа контрола управе подразумева да је омбудсман овлашћен да контролише *законитост* и *целисходност* рада управе али и све остало чињење и нечињење управе које представља *лош рад* управе - "*maladministration*". Законитост рада подразумева да сви донети акти и све предузете радње, морају бити у складу са законом (процесним и материјалним) и подзаконским актима. Управа може поступати законито али то још увек не значи да поступа и целисходно. У појединим стварима може се десити да управа повреди интерес или неко право грађанина а да није поступала незаконито, већ нецелисходно јер није поступила у складу са јавним интересом у конкретном случају. *Maladministration*, обухвата разне административне грешке, пропусте и неправде које јавни службеници свакодневно чине у контакту са грађанима. За разумевање појма лоше управе од великог је значаја дефинисати њему супротан појам, појам тзв. "добре управе", "доброг управног понашања" (*Good administrative behaviour*) или "праведне управе". Европски Омбудсман је 1998. године покренуо иницијативу за доношење кодекса доброг управног понашања (*A Code of Good administrative behaviour*). Добро управно понашање је "исправно", "праведно" и "непристрасно" поступање управе према грађанима и правним лицима. Ова три стандарда доброг понашања администрације садрже конкретна правила понашања администрације, која треба да знају грађани и јавни службеници. Листа стандарда за добро поступање јавних службеника приликом свакодневног општења са грађанима заснована је на оригиналу направљеном од стране државног омбудсмана Републике Ирске. (ombudsman@охро.ба). Јавни службеници треба да се понашају у складу са овим етичким стандардима када грађанима као својим клијентима (партнерима) и корисницима административних услуга исте пружају свакодневно.

Међутим, постоји извесно ограничење у надлежности локалних омбудсмана. Тако, Грађански бранилац не може узети у разматрање захтев за покретање поступка који се односи на рад Скупштине општине, града, Градоначелника и градског већа (*Одлука о Грађанском браниоцу за Град Београд*, "Сл. лист града Београда", бр. 25/05, *Одлука о Грађанском браниоцу за Општину Краљево*, "Сл. лист Општине Краљево", 24. фебруар 2005). Слична решења постоје и у другим локалним самоуправама. Сматрамо да ова тзв. негативна енумерација, ограничава надлежност и реалну моћ омбудсмана и да му треба дати знатно шири овлашћења која досежу све до државних органа, чији су акти најчешће највећи генератор повреда људских права, а људска права су универзална категорија и задатак омбудсмана је управо њихова заштита.

7. Локални омбудсман је надлежан да штити индивидуална и колективна права и интересе грађана. Он то чини тако што врши општу

контролу рада управе и јавних служби (*члан 126, став 1. Закона о локалној самоуправи*). Након извршене контроле рада, омбудсман је овлашћен да о појавама незаконитог и неправилног (нецелисходног) рада којим се повређују права и интереси грађана, најпре **упозори** управу и јавне службе, затим им **упућује препоруке** и **критике** и најзад да о томе **обавештава скупштину** локалне самоуправе, као и саму **јавност**.

Према томе, правно је предвиђено овлашћење али и дужност омбудсмана да о незаконитом и неправилном раду упозорава управу и јавне службе и да им о томе даје препоруке за исправљање пропуста и грешака, као и да ће о томе обавештавати скупштину одговарајуће локалне самоуправе, као и јавност. То је суштина његове функције: контрола, сугерисање исправки и обавештавање јавности. На тај начин штити грађане.

Међутим, шта обезбеђује поштовање препорука или каква је последица критичких опажања омбудсмана? Основна снага његове улоге је јавно изговорена реч. У највећој мери успешност његовог рада, зависиће од снаге његове личности, угледа и поштовања коју ужива у својој средини.

Управа јединице локалне самоуправе и јавне службе дужни су да грађанском браниоцу, на његов захтев дају податке и информације од значаја за вршење његових контролних и саветодавних овлашћења.

Сваки грађанин који сматра да му је неком радњом или актом повређено неко право или интерес (*рђаво вршење управне власти, шиканирање, неједнак третман, спорост и неажурност, закидање права, дискриминација, нељубазност и сл.*), од стране органа општинске управе, може се обратити локалном омбудсману. Обраћање омбудсману није отежано некаквим формалностима. Довољно је да неко сматра да му је учињена нека повреда и да може да се обрати омбудсману.

Међутим, обраћање грађанском браниоцу (омбудсману) претпоставља исцрпљивање свих редовних правних средстава. Поступање грађанског браниоца (омбудсмана) не може претходити, нити заменити управни поступак пред вишим органом управе, односно управни спор пред судом тзв. судску контролу управе. Грађански бранилац (омбудсман) је допунско (супсидијарно) средство контроле и његова интервенција следи тек након што су исцрпљена сва правна средства заштите, а која нису прибављена.

Омбудсман не сме да буде замена за постојеће видове заштите. Пре подношења притужбе омбудсману, подносилац је дужан да покуша да заштити своја права у одговарајућем правном (управном или судском) поступку. Омбудсман ће упутити подносиоца притужбе на покретање одговарајућег правног поступка, ако је такав поступак предвиђен и неће поступати по притужби док претходно не буду исцрпљена сва правна средства, у одговарајућем правном поступку. Не би било добро да се ови видови заштите заобилазе јер би то онда значило узурпацију власти и тиме би се омбудсман претворио у своју супротност.

Ово правно решење има свој процесно правни *ratio* јер захтева поштовање редовног правног пута, што даље значи рационалност правне

заштите. Међутим, то често води у правни формализам, спорост и неефикасност заштите грађана, који су принуђени да изгубе пуно времена и новаца да би само дошли до омбудсманове заштите, са неизвесним исходом. Због тога, не би требало на локалном нивоу исувише инсистирати да сва правна средства буду искоришћена јер би то ограничило рад омбудсмана. У општинским одлукама постоје изузетне ситуације када омбудсман може да реагује не чекајући крај свих правних процедура. Тако, омбудсман може изузетно покренути поступак и пре него што су исцрпљена сва правна средства ако би подносиоцу притужбе била нанета ненадокнадива штета или кад он оцени да је дошло до грубог кршења правила етичког понашања запослених у локалној управи или јавној служби. Сматрамо да ове изузетке треба проширити и у случајевима када је дошло до очигледне повреде људских права или флагрантне повреде права и интереса грађана и слично.

8. Омбудсман пре свега штити индивидуална и колективна права и интересе грађана када су она повређена актом, радњом или нечињем локалне управе или јавних служби, а пре свега, када је повреда учињена у извршавању одлука и других општих аката или у вршењу послова (изворних и поверених) локалне самоуправе. Према томе, локални омбудсман пре свега штити људска права и слободе од повреда учињених од стране општинске управе и јавних служби које врше јавна (управна) овлашћења, а чији је оснивач општина. Ради заштите и унапређења људских права омбудсман *надзире* примену прописа, контролише законитост, целисходност и ефикасност управе и може *истраживати* рад управе како би штитио људска права.

Међутим, належност локалног омбудсмана не треба ограничавати само на повреде људских права на територији једне локалне самоуправе. У природи ове институције јесте контрола локалне управе али је циљ заштита људских права а људска права су универзална вредност и локални омбудсман треба да интервенише чак и ако се утврди да узроци повреда и угрожавања људских права долазе ван територије општине. Локалног омбудсмана не треба ограничавати у том смислу, односно ограничавати његову месну надлежност јер то никоме не штети већ само доприноси ефикасном, системском и комплементарном дејству ове институције на читавом простору државе. Нарочито, што су често баш закони и подзаконски акти државних органа генератор повреда људских права на локалном нивоу.

Са друге стране, локални омбудсман има овлашћења законске *иницијативе за измену и допуну* закона и других прописа ако сматра да до повреде права грађана долази због недостатка у прописима. Он може *иницијирати доношење нових закона*, других прописа и општих аката, када сматра да је то од значаја за заштиту права грађана. Такође, омбудсман *даје мишљење* на нацрт општег акта локалне самоуправе када се њиме уређују питања заштите и унапређења права и интереса грађана<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Одлука о Грађанском браниоцу за Град Београд, "Сл. лист града Београда", бр. 25/05.



У радној верзији Закона о локалној самоуправи у члану који је уређивао институт омбудсмана било је предвиђено да омбудсман може предложити покретање дисциплинског поступка или поступка за разрешење функционера органа управе или јавне службе, у случајевима када у вршењу контроле управе утврди да постоје озбиљни пропусти у раду. У Закону о локалној самоуправи који је усвојен ових одредби нема. То не значи да се оваква овлашћења не би могла предвидети статутима локалних самоуправа.

У циљу што ширих овлашћења локалног омбудсмана треба истаћи и овлашћење за *иницирање покретања поступка пред Уставним судом*. Наиме, омбудсман може поднети иницијативу за покретање поступка пред Уставним судом за оцену уставности и законитости закона и општих аката којима се уређују питања која се односе на права и интересе грађана.

Такође, он има и право покретања поступка и пред другим надлежним органима. Уколико нађе да у радњама руководећег радника или запосленог у локалној управи и јавној служби, има елемената кривичног или другог кажњивог дела, омбудсман је овлашћен да надлежном органу поднесе захтев, односно пријаву за покретање кривичног, прекршајног или другог одговарајућег поступка.

Законом о локалној самоуправи нормирана је и **обавеза сарадње** са грађанским браниоцем. Органи локалне самоуправе и јавне службе обавезни су да сарађују са грађанским браниоцем. Они су дужни да *дају* све потребне *информације* када омбудсман то захтева. Грађански бранилац (омбудсман) има право да обави разговор са сваким запосленим у локалној управи и локалној јавној служби, када је то од значаја за поступак који води и то без присуства стрешина и претпостављених.

Нормирана је и *обавеза пријема* грађанског браниоца јер председник локалне скупштине, председник општине, градоначелник, начелник локалне управе и директори јавних служби дужни су да приме, без одлагања, а најкасније у року од 15 дана, грађанског браниоца на његов захтев.

9. Недостатак правне регулативе је и то што ниједним актом није уређен однос између омбудсмана на нивоу локалне самоуправе и омбудсмана на републичком нивоу. У суштини и један и други се налазе на истом задатку а то је заштита људских права. Њихов рад је комплементаран и допуњује се било где долази до повреде људских права, на локалном или државном нивоу. Људска права су универзална вредност и често је немогуће разграничити повреде права грађана с обзиром да су повреде на локалном нивоу, проузроковане актима и радњама државних органа управе.

Најкрупнији проблем је управо чињеница да је регулатива препуштена скоро у потпуности статутарним одредбама. Законска регулатива је врло штура. Организација, надлежност и овлашћења, начин поступања, избор и престанак дужности се регулише статутом јединице локалне самоуправе. Пракса у правном регулисању локалних омбудсмана путем општинских статута и одлука показује доста сличности и по структури као и по садржини ових аката. Доношење републичког закона само ће допринети у

хармонизацији правне регулативе на локалном нивоу, као и смелијем и креативнијем регулисању овог већ незаобилазног института локалног политичког система, који отуда и *de iure* треба да представља обавезан орган.

10. Омбудсман је врло специфичан контролни механизам који надзире, контролише, упозорава, саветује и уверава. Он није орган власти, нема наредбодавну моћ и нема инструменте присиле. Он не доноси мериторне одлуке, не одлучује у коначном о повреди или кршењу права грађана, а чак и његово интервенисање, било да се ради о препоруци, налазу, закључку и слично нема обавезујућу снагу. Такви се примери (случајеви) износе у годишњем извештају, одговорни се прозивају у медијима и слично.

Омбудсман је овлашћен да прати и истражује рад органа локалне самоуправе, органа државне управе, јавних служби, односно свих субјеката који непосредно одлучују о правима и обавезама грађана, а чијим би радом и нерадом, права грађана могла бити повређена или угрожена. Основни циљ успостављања институције је промоција и успостављање добре управе и владавине права, те заштита права и слобода физичких и правних лица. Контролна функција омбудсмана подразумева посредовање између грађана и органа власти, давање савета и мишљења и једној и другој страни, чиме у исто време делује превентивно, доприноси квалитетнијем раду органа управе, а тиме и заштити грађана и њихових права.

Предности институције Омбудсмана су да се бирократски зачаран круг пробија и ствара атмосфера отвореног друштва. Ауторитативан административни систем постаје транспарентан. Омбудсман има право да покреће поступак контроле и води непристрасну истрагу. Извештајима скреће пажњу парламента и јавности на жалбе грађана. Нема процедуралне крутости и правног формализма. Активност Омбудсмана је комбинација правне (покретање поступка као јавни тужилац) и политичке контроле (отварање парламентарне расправе о министарској одговорности). Свест о ефикасном надзору је моћно средство административне правде. Успоставља се јавност рада управе, транспарентност административних структура и процеса. Омбудсман је по својој природи антибирократска институција<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Стеван Лилић, Дејан Миленковић, Биљана Ковачевић Вучо, *Омбудсман - међународни документи, упоредно право, законодавство и пракса*, Комитет правника за људска права, Београд, 2002.

UDK: 336.14



**ТРЕНДОВИ У САВРЕМЕНИМ  
БУЏЕТСКИМ РЕФОРМАМА**

**Др Милева Анђелковић,**

---

*ванредни професор Правног факултета у Нишу*





## ТРЕНДОВИ У САВРЕМЕНИМ БУЏЕТСКИМ РЕФОРМАМА

### Уводна разматрања

Буџетска ситуација у релативно развијеним земљама као и оним у развоју и транзицији обилује тешкоћама финансијско - политичке и управљачке природе. Разлози су велика буџетска потрошња<sup>1</sup> која доводи до финансијских напетости како у односима јавног и тржишног сектора, тако и самом јавном сектору јер, мада велика, средства за јавну потрошњу, под притиском корисника буџета и политичких структура које о томе одлучују, су ипак недовољна. Раст буџетске потрошње је производећи неефикасности и непредвиђене последице довео до силовите противреакције у облику «тачеризма» и «реганизма».<sup>2</sup> Изразита неусклађеност односа између јавног и тржишног сектора означила је слом кејнзијанске теорије и враћање на неокласичне теорије. У релативно развијеним државама преовладало је схватање да се адекватном применом регулаторних механизма, који ће бити више налик на тржишне, јавни сектор може учинити ефикаснијим и рационалним у смислу већег благостања за све (концепција «новог јавног управљања»).

Промене у процесу буџетирања део су стратегије реформе јавног сектора са циљем побољшања његовог квалитета у смислу веће одговорности, дисциплине и корисности ефеката буџетских мера. Политика и пракса буџетирања у релативно развијеним земљама указује на покушаје и домашаје нових приступа да се буџетирање системски учини ефикаснијим и да се средства рационалније одређују и користе за остваривање буџетских циљева и реализацију јавних политика.

<sup>1</sup> Док је државни сектор почетком века трошио мало више од 10% друштвеног производа у већини западноевропских земаља и САД, до касних осамдесетих година, тај сектор трошио је готово 50% друштвеног производа (70% у Шведској држави благостања)

<sup>2</sup> Вид. Френсис Фукујама, Грађење државе, Филип Вишњић, Београд, 2007, стр.14.

## Циљеви буџетских реформи

Буџетске реформе у земљама ОЕЦД карактеришу два међусобно повезана циља: фискална консолидација (смањење буџетског дефицита и ограничење нивоа задуживања) и побољшање процеса алокације средстава и функционисања јавног сектора. Потреба за фискалном консолидацијом проистекла је из емпиријског сазнања током задње две деценије прошлог века да су систематски (хронични) буџетски дефицити, коришћени као инструмент економског оживљавања, битно утицали на успоравање економског раста и општи друштвени развој. Висока очекивања грађана од пружања јавних услуга и слабљење поверења у владу стварало је притисак на буџетска средства са чим су се политички званичници тешко мирили. Зато је већина ових земаља прихватила фискалну консолидацију као главну стратегију прилагођавања система јавних финансија. Ради њеног постизања унапред се пројектују и постављају буџетски циљеви, али сада унутар средњорочних фискалних оквира.

Операционализација пожељних буџетских циљева захтева одређене активности владе усмерене на промене у буџетском процесу, не само ради постизања боље макроекономске контроле већ и ради побољшања перформанси (резултата) програма јавног сектора, као и политичке одлуке у погледу смањења или укидања појединих програма потрошње или повећања прихода.<sup>3</sup> Зато се у савременим буџетским реформама наглашава потреба за консолидованим или свеобухватним буџетом, код кога се сви јавни расходи разматрају истовремено и у оквиру постављених фискалних циљева.

Буџети се још увек доносе за једногодишњи период и овај краткорочни временски хоризонт отежава ефективно управљање јавним расходима. Строга годишњост буџета, поред тога, пружа слабе подстицаје буџетским извршиоцима да остваре уштеде у оквиру сваке буџетске године или да испланирају расходе са оријентацијом на резултате. У том смислу, у буџетски процес уносе се одређене промене које треба да укључе вишегодишњу перспективу у систем јавног финансирања. Очекује се да буџетске иновације обезбеде не само детаљну проверу *inputa* већ превасходно сагледавање резултата (ефеката) трошења буџетских средстава. Сматра се да ће шире укључивање резултата извршења буџетских програма у буџетски процес побољшати алокацију средстава и укупан ефекат буџетирања. Поједине земље ОЕЦД имале су искуство са неком формом системског планирања, програмирања и буџетирања (ППБС) или другим методолошким поступцима,

<sup>3</sup> Политичке одлуке да се смање или ограниче одређени буџетски расходи у појединим земљама усмерене су на редукацију средстава за војну потрошњу и трансферне расходе. У неким земљама, редукација јавних издатака била је спроведена смањењем броја запослених у државним органима, уз задржавање истог броја агенција и програма. У једном броју земаља, ова стратегија смањења јавне потрошње и побољшања њене ефикасности обухватила је и финансијске односе између различитих нивоа власти, кроз укидање трансфера или преношењем функција на ниже нивое власти без адекватног обезбеђења финансијских средстава.

којима су покушавале да повежу буџете са резултатима трошења средстава. Док је традиционалан буџетски процес усмерен на *инпуте*, за ППБС битни су, пре свега, резултати државне делатности. Буџетски издаци се класификују према програмима, који би у што већој мери требало да буду обликовани са сврхом остварења постављених циљева државне политике (ти се програми често протежу на више министарстава или других државних тела). Највећу препреку примени ППБС у већини случајева чинила је немогућност да се *output* дефинише на задовољавајући начин. Сем тога, органи државне управе често нису желели да процес доношења одлука учине транспарентним, јер би тада била олакшана контрола њиховог рада.<sup>4</sup>

У земљама ОЕЦД сматра се да реформа система буџетирања и рачуноводственог извештавања представља камен темељац бољег управљања јавним сектором. Тај циљ је могуће постићи у једном другачијем институционалном окружењу уз фискалну транспарентност (отвореност у погледу циљева фискалне политике, формулисања и примене буџета); већу независност за фискалне институције; реалокацију буџетских средстава, проширење временског хоризонта процеса буџетирања на период од 3-5 година, ширење рачуноводства на *accrual* основи и на буџетско извештавање.

### Савремени приступ управљању јавним расходима

Општи трендови који се уочавају у савременим буџетским реформама генерално се могу изразити кроз нови приступ управљању јавним расходима. Управљање јавним расходима (*Public expenditure management*) јавља се као нови приступ старом проблему располагања оскудним буџетским средствима.<sup>5</sup> За савремену буџетску политику више није довољно да се само испоштују прописане буџетске процедуре и механизми већ и да се остваре повољни резултати предузетих буџетских мера. Савремени приступ управљању јавним расходима настоји да променом правила, улога и буџетских институција модификује ангажовање креатора буџетског процеса, како би се држава учинила штедљивијом.

Опште је прихваћено схватање да систем управљања јавним расходима има *три комплементарна и међузависна циља*: одржавање укупне фискалне дисциплине; ефикасна алокација ресурса у складу са приоритетима државе и ефикасно пружање услуга.<sup>6</sup> Приликом реформе буџетског система наведена три циља ПЕМ-а представљају оквир за процену напретка у побољшању учинка буџетског система.

Буџетске реформе које се спроводе у земљама ОЕЦД-а захтевају изградњу институционалних механизма који су нужни за ефективну

<sup>4</sup> Dieter Brummerhoff, Јавне финансије, стр.150.

<sup>5</sup> За већину држава, утврђивање годишње буџетске апропријације за правосудни сектор може бити фрустрирајући и споран процес, што се потврђује и у нашој правосудној пракси.

<sup>6</sup> Вид. детаљније: Управљање јавним издацима-Приручник за земље у транзицији, уред. Richard Allen и Daniel Tommasi, SIGMA, PHARE, OECD, 2001.стр.19. и даље.

контролу јавних расхода. Они обухватају: средњорочни буџетски оквир; опрезна (разборита) економска предвиђања; технику буџетирања «од врха ка доле»; слабљење централне контроле инпута; нагласак на резултате; буџетску транспарентност; праксу модерног финансијског управљања.<sup>7</sup>

*Одржавање укупне фискалне дисциплине* значи одређивање максималних износа буџетске потрошње који обухватају и укупну вредност и појединачне трошкове. Контрола укупних (агрегатних) износа је примарна сврха сваког буџетског система.<sup>8</sup> Владе у свим земљама су притиснуте захтевима за већом јавном потрошњом но што то допушта економска база опорезивања или да се и даље финансирају стари и недовољно ефикасни програми, иако се други процењују приоритетним и ефикаснијим. Очигледно је да не би постојала потреба за израдом буџета када би укупна вредност буџета могла да расте тако да задовољи све захтеве буџетских корисника.

Укупна фискална дисциплина односи се на све кључне мере фискалног учинка: укупне приходе, финансијску равнотежу и јавни дуг, поред укупних расхода. Зато је ограничавање потрошње праћено ограничењима других буџетских агрегата. Фискална ограничења се морају дефинисати и поставити пре формулисања буџета. То су формална и изричита правила донета независно од годишњих буџетских одлука. Ради се о тзв. фискалним правилима која допуњују традиционална процедурална правила како би се обезбедило ефикасно коришћење буџетских средстава.

*Ефикасна расподела средстава* односи се на способност владе да усмери средства на основу постављених приоритета и ефективности програма. Алокативна ефикасност обухвата и преусмеравање средстава са старих на нове приоритете и од мање ка више продуктивним активностима у складу са циљевима владе. У развијеним земљама после другог светског рата систем буџетирања био је усмерен на додељивање додатних средстава (*incrementalism*), без услова за конкуренцију међу захтевима за буџетским средствима или отежаном могућношћу реалокације средстава између различитих буџетских позиција, без обзира на њихову недовољну ефикасност. У буџетској пракси чињени су покушаји да се ови недостаци превазиђу повезивањем краткорочног буџетског планирања са вишегодишњим финансијским планирањем и да се уграде елементи корисности и ефикасности у трошењу јавних расхода. Појавили су се нови методи у виду система планирања, програмирања и буџетирања (*ППБС*), система са основом једнаком нула (*Zero-Base Budgeting*) и система ограниченог важења решења (*Sunset-Legislation*), уз коришћење резултата

<sup>7</sup> Види: Jon R. Blondal, Budget reform in OECD member countries: common trends, OECD Journal on Budgeting, vol. 2, No. 4, OECD, 2003, стр.10.

<sup>8</sup> Уколико се укупни буџетски трошкови не контролишу, постоји велика могућност да се постављена расходна ограничења неће испоштовати и да ће влада настојати да оствари жељено фискално стање подизањем пореза или продајом државне имовине него ограничењем расхода.



кост-беневит анализе, где је то могуће. Ови методи могу се сматрати претходницама савременог приступа управљању јавним расходима (ПЕМ).<sup>9</sup>

Систем планирања, програмирања и буџетирања (ППБС) први пут је примењен крајем шездесетих година прошлог века у САД као целовити методолошки поступак који служи отклањању недостатака класичног буџета. Процес ППБС садржи три основне фазе које повезују планирање са буџетирањем кроз програмирање.<sup>10</sup> У фази планирања потребно је утврдити садашње и будуће циљеве буџета и проценити различите могуће начине (алтернативе) остваривања ових циљева. У фази програмирања разматрају се предлози претходне фазе и интегришу у програме који ће бити предмет буџетског одлучивања на различитим нивоима према утврђеним приоритетима трошења. У фази буџетирања програми се рашчлањавају на низ посебних годишњих активности, одређивањем шта ко треба да чини и додељивањем потребних средстава. У оквиру ППБС треба применити дугорочно планирање, средњорочно програмирање и краткорочно буџетирање. То се остварује на тај начин што ППБ систем: 1) омогућава повезивање буџета са вишегодишњим финансијским плановима (дугорочно планирање); 2) расподелу средстава према програмима за сваку поједину државну функцију; и 3) примену једне посебне методе буџетске анализе тзв. методе најповољнијих трошкова (краткорочно буџетирање).<sup>11</sup>

У примењивању ППБ система основу представља функционално рашчлањавање буџета по програмима и задацима. Утврђивање програма у буџету (Program Budgeting), обично за средњорочни период, подразумевало је њихову израду са више алтернатива ради могућности избора најповољнијег решења. Тиме се «input» оријентација са трошкова појединих програма могла променити у «output» оријентацију на резултате утрошених ресурса.<sup>12</sup> Као методолошки поступак за доношење рационалних одлука у јавном сектору користе се резултати cost-benefit анализе, која је нарочито погодна приликом одлучивања о великим инвестиционим пројектима у које држава улаже знатна средства.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Разлика међу њима је у томе што су ове технике коришћене у периодима повољних економских прилика са могућношћу ширења програма трошења док се ПЕМ примењује у другачијем контексту, везаном за напоре влада да се смање претходни дефицити у условима слабљења економског раста и изражене неспремности пореских обвезника да плаћају више за владине програме. У таквим околностима, намеће се нужност финансирања већине програма из буџета реалокацијом средстава а не новим државним приходима.

<sup>10</sup> Види: Jack Diamond, From Program to Performance Budgeting: The Challenge for Emerging Market Economies, IMF Working Paper, 69/03, str.6.

<sup>11</sup> Миодраг Матејић, Шта се променило у буџетском систему и буџету, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1976, стр.12.

<sup>12</sup> Ладислав Хорват, Трансформација традиционалног система буџетског финансирања управе с посебним освртом на ППБС, Финанције и финансијско право, Зборник радова, Осиек, 1982, стр.162-163.

<sup>13</sup> Метод анализе најповољнијих трошкова бави се утврђивањем и упоређивањем садашње вредности свих очекиваних трошкова и користи неког пројекта (улагања) ради процене оправданости његове реализације.

ППБС није показао задовољавајуће резултате у релативно развијеним земљама које су га примењивале (САД и Немачка), бар краткорочно посматрано. Почетком 70-тих година прошлог века проблем ефикасности јавних расхода решаван је у САД путем метода Zero-Base-Budgeting. Основна идеја је у томе да расходи (програми) из ранијих буџетских година немају предност у односу на нове јавне расходе него сви подједнако конкуришу за финансирање у наредној буџетској години. Сви расходи стартују од нуле а одређење за избор расхода који ће се финансирати у наредној буџетској години зависи од резултата добијених cost-benefit анализом.

Ови раније коришћени приступи повећања ефикасности јавног трошења били су ограничени једногодишњим буџетским процесом тако да се њихови ефекти нису могли дугорочно сагледати. Зато се и могло очекивати да ће се ППБС даље дограђивати и у организацијском смислу и у погледу усавршавања аналитичких метода и техника, али да повратка на традиционалне методе буџетског планирања сигурно неће бити.<sup>14</sup> То се и потврђује појавом савременог приступа управљању јавним расходима (Public Expenditure Management) који проблематику финансирања буџетске потрошње смешта у једно шире институционално окружење, са већом информисаношћу и одговорношћу и законодавне и извршне власти за испуњење постављених буџетских циљева.

*Техничка или оперативна ефикасност* у коришћењу буџетских средстава односи се на способност увођења програма и пружања јавних услуга по што нижим трошковима. У већини савремених земаља реформе буџета су усмерене на проблем остваривања потребног учинка односно задовољење прихваћених јавних захтева са што мање трошкова. Такве промене су засноване на очекивањима да се буџетски издаци могу ограничити помоћу две међусобно повезане стратегије: а) повећање укупне контроле помоћу дефинисања циљева у оквиру средњорочног буџета и праћење његовог учинка, и б) унапређење учинка (ефеката, брзине и квалитета рада) јавног сектора. Главни циљ реформе буџета је фокусирање на учинак и резултате насупрот принципу «слепог» поштовања административних процедура и правила. Традиционални системи буџетског и финансијског управљања, са карактеристикама «слепог» придржавања правила и детаљне централне контроле инпута, сматрају се неадекватним. Оријентација на ефекте (резултате) утрошених средстава<sup>15</sup> у смислу обима и квалитета пружених јавних добара и услуга подразумева већу одговорност руководиоца буџетских програма у свакодневним операцијама али и увођење механизма чврсте интерне буџетске контроле и екстерне ревизије.

<sup>14</sup> Види: Перо Јурковић, Јавне финансије, МАСМЕДИА, Загреб, 2002, стр.58.

<sup>15</sup> Правосудни сектор један је од буџетских корисника који конкурише за лимитирана буџетска средства и у том смислу увођење нових буџетских метода (програмско буџетирање) може побољшати његову позицију у расподели утврђеног квантума буџетских износа.

### Улога фискалних правила у буџетирању

У економској политици развијених земаља, током деведесетих година прошлога века, знатно се повећао интерес за фискална правила којима би се поставили оквири деловања владе. Уобичајено је да се њима унапред одређује (ограничава) величина буџетског дефицита или квантифицира обим јавног дуга у односу на бруто друштвени производ. У том смислу, фискална правила се дефинишу као законска или уставна ограничења фискалне политике која постављају специфичне лимите фискалним индикаторима као што су: буџетска равнотежа, јавни дуг, јавна потрошња или опорезивање. Друга врста фискалних правила предвиђа ограничења или поступања у процедури доношења фискалних одлука (процедурална правила могу се подједнако односити на општу процедуру формулисања фискалне политике као и на поступке који помажу да се осигура извршење прихваћених фискалних правила).<sup>16</sup>

Важност фискалних правила за разумно управљање јавном потрошњом потврђује се њиховим увођењем у склопу институционалног система одређене државе. Она се могу уградити у уставне норме, законске одредбе, административна упутства, са циљем ограничавања фискалне активности државе.<sup>17</sup> Основна брига свих влада данас јесте такво вођење фискалне политике како би се постигла макроекономска стабилност. Када се усвоје правила о фискалним агрегатима, буџет мора да буде припремљен и извршаван према овим фискалним правилима. Буџетска пракса се разликује у погледу законског предвиђања ових правила.<sup>18</sup> У Великој Британији и Шведској фискална правила нису предвиђена законом већ владиним одлукама. У Новом Зеланду законом су предвиђена квалитативна фискална правила која омогућавају флексибилност у постављању годишњих фискалних циљева, посебно с обзиром на спољашње фискалне шокове који могу променити пројектоване фискалне циљеве изложене у средњорочној буџетској стратегији. Квантитативна фискална правила су предвиђена у законима ограниченог трајања, као што је био случај у САД, које су током осамдесетих и деведесетих година прошлог века ради смањења федералног дефицита усвојиле Закон о уравнотеженом буџету 1985. и Закон о усвајању буџета 1990. године. У другим земљама (Шпанији, Немачкој) квантитативна фискална правила су садржана у сталним законима.

Ефективна примена фискалних правила мора бити подржана и другим променама у буџетирању, као што су: проширење временског хоризонта буџетског процеса са једногодишњег на средњорочни оквир; поуздане пројекције будућих буџетских услова; процене утицаја политичких промена

<sup>16</sup> Види: Allan Drazen, Fiscal Rules From A Political Economy Perspective, referat, IMF-World Bank Conference on Rules-Based Fiscal Policy in Emerging Market Economies, Oaxaca, Mexico, February 14-16, 2002.

<sup>17</sup> Vito Tanzi, Ludger Schuknecht, Public Spending in the 20th Century, Cambridge University Press, 2000, стр.138.

<sup>18</sup> Види: The Legal Framework for Budget Systems-An International Comparison, стр.89-90.

на будуће буџете; процедуре за проверу буџетских резултата и предузимање неопходних корективних мера и контролни механизми ради осигурања поштовања правила од стране политичара. Својеврсна финансијска криза која прети савременим државама (везано, примера ради, за финансирање пензија) намеће потребу ограничења раста јавних расхода чије решавање донекле може олакшати прихватање фискалних правила.

Фискална правила Европске Уније уведена Уговором из Мастрихта 1992. године а касније формализована Пактом о стабилности и расту ЕУ из 1997. године, спадају у чврста буџетска ограничења. Њима је квантитативно лимитирана висина годишњих буџетских дефицита сваке земље чланице максимално до 3% БДП и учешће јавног дуга до 60% БДП, са циљем вођења здраве фискалне политике на средњи рок у којој је буџет близу равнотеже или у суфициту. Одговорност у придржавању прихваћених фискалних правила у овим земљама појачава се аутоматским активирањем санкција када се циљеви постављени средњорочним макроекономским оквиром наруше.

Проблем одржавања фискалне дисциплине решаван је на другачији начин у америчком буџетском систему. Закон о усвајању буџета из 1990. године предвиђа да кад год Конгрес изгласа неки нови програм, од њега се тражи да уведе и нове порезе из којих ће се исти финансирати, или да утврди смањење расхода који ће неутралисати буџетски дефицит.<sup>19</sup> Нешто раније покушано је Gramm-Rudman-Hollins амандманом из 1985. и 1987. године да се у амерички савезни устав унесе одредба о уравнотеженом буџету, што би по присталицама овог правила, приморало владу на фискалну одговорност. Други економисти су критиковали амандман о уравнотеженом буџету због тога што он лишава владу једног од главних инструмената економске стабилности. Тај амандман би отежао одржавање привреде у стању пуне запослености пошто би скоро сву одговорност за реаговање у случају рецесије пренео на монетарну политику.

Један број релативно развијених земаља определио се за флексибилније приступе решавању буџетских проблема постављањем «принципа одговорног фискалног управљања». Пример таквог законодавства представља Закон о фискалној стабилности (Code for Fiscal Stability) уведено у Великој Британији 1997. године, чиме се влада обавезала на поштовање два принципа: а) златног правила (током економског циклуса влада ће позајмљивати само за инвестирање а не ради покрића текућих расхода), б) правила одрживог инвестирања (током економског циклуса, однос нето дуга јавног сектора у односу на БДП биће постављен на «стабилном и разумном нивоу» дефинисаном на 40% БДП).<sup>20</sup>

Примена фискалних правила данас има своје заговорнике али и противнике. У суштини се ради о традиционалном *trade off*-у између

<sup>19</sup> Joseph E. Stiglitz, Економија јавног сектора (превод), Економски факултет, Београд, 2004, стр.802.

<sup>20</sup> Види: Carl Emmerson, Cris Frayne, The government's fiscal rules, The Institute for Fiscal Studies, Briefing Note, No.16, Jan.2001.

коришћења дискреције или унапред постављених правила са становишта вођења стабилизационе политике. Противници постављања фискалних правила тврде да она онемогућавају флексибилност фискалне политике односно да влада губи дискрециона овлашћења у остваривању стабилизационих циљева.<sup>21</sup> У ситуацијама опадања привредне активности када је потребна експанзивна фискална политика, везаност владе правилом о годишњој уравнотежености буџета одвешће привреду у још дубљу рецесију.

Кључно питање које се поставља у примени фискалних правила јесте да ли она делују тако да успоравају раст буџетског дефицита. Многи проучаваоци ове проблематике сматрају фискална правила неефикасним оруђем буџетске политике уколико влада наведени циљ може постићи њиховим заобилажењем (путем тзв. креативног рачуноводства) или на други начин. Суштина проблема је можда у степену политичке одговорности владе за преузета фискална ограничења којом потврђује спремност да ће поштовати фискалну дисциплину, чиме ће дати јасан сигнал о правцу вођења буџетске политике. У том смислу, неке земље су редефинисале постојећа фискална правила како би прилагодили њихово деловање циклчним кретањима, што побољшава улогу аутоматских стабилизатора у зависности од стања коњуктеуре и обезбеђује довољно флексибилности у њиховом коришћењу.

Фискална правила су политичка правила и њихова ефективност зависи од политичких и економских услова. Однос политичких странака у власти, одговорност изабраних политичара за постављене фискалне циљеве и буџетска транспарентност могу да допринесу поштовању захтева у погледу нивоа јавне потрошње, буџетског дефицита, висине јавног дуга или величине пореског оптерећења. Политички пристанак је неопходан да правила не би била заобиђена (изиграна), на пример, путем средњорочних билансних позиција (*windows-dressing*). Поставља се, међутим, питање може ли влада да одржи фискалну дисциплину уколико наступе неповољне економске околности у низлазним фазама економских циклуса или у случају економских шокова, као што су рат или колапс политичког система. Прави тест за вредност и одрживост утврђених фискалних правила биће њихово прилагођавање будућим променама у свету који се све више глобализује, намећући ограничења националним државама, као и унутрашњи притисци изазвани економским и демографским кретањима.

### **Средњорочни буџетски оквири и друге новине у савременим буџетским системима**

Познато је да се буџети доносе за једногодишњи временски период и овај краткорочни временски хоризонт је често критикован као сметња ефективном управљању јавним расходима. Проблем се данас настоји

---

<sup>21</sup> Види: Alberto Alesina, Roberto Perotti, Budget Deficits and Budget Institutions, NBER Working Paper 5556, May 1996, str.4.

превазићи смештањем годишњег буџета у средњорочне буџетске оквири. Они се заснивају на средњорочним предвиђањима макро-економских варијабли које су значајне за буџет, као што су: економски раст, инфлација, цена нафте, каматна стопа, и др. Њима се прецизирају средњорочни циљеви за укупне износе прихода буџета, укупне расходе, дефицит/суфицит и јавни дуг. Овако постављене фискалне циљеве треба операционализовати на нижем нивоу утврђивањем тврђих буџетских ограничења по министарствима и програмима за предвиђени број година. Средњорочни буџетски оквир најчешће обухвата период од три до пет година с тим што пројекције обухватају текућу буџетску годину и период од наредне 3-4 године.<sup>22</sup>

Постављањем средњорочних буџетских оквири у суштини се врши средњорочно финансијско планирање буџетске потрошње. Посматрано са правног становишта, ови оквири немају законску снагу али то не значи да не обавезују владу.<sup>23</sup> То су плански документи који одражавају политичку сагласност са фискалном дисциплином. Предвиђени укупни износи јавних прихода и расхода не смеју се прекорачивати али се зато апропријације могу пребацивати унутар министарстава, али уз обавезно објашњење разлога ових промена. Примарна сврха средњорочних буџетских оквири јесте да обезбеде међувременску конзистентност буџетске политике, и у том погледу овим оквирима се појашњава како ће се средњорочни фискални циљеви реализовати заредом у годишњим фазама. Друге сврхе ових средњорочних оквири могу бити јачање стабилizacione функције буџета и смиривање тензија у буџетском процесу око трошења оскудних средстава.<sup>24</sup> Најозбиљнији недостатак ових средњорочних буџетских пројекција тиче се несигурности предвиђања фискалних варијабли а његово отклањање изискује веома озбиљне и, што је могуће, реалистичније претпоставке у погледу кретања будућих кључних економских варијабли.

Систем управљања јавним расходима има свеобухватни карактер тако да укључује широк спектар подсистема, од макроекономске прогнозе до ревизорске процене и сагледавање односа учинак/планирани циљеви. Постоје снажне везе између ових подсистема. Неуспех било ког од њих може да има негативне ефекте на остале подсистеме и да угрози ефективност целог система буџета. У настојањима да смање укупну јавну потрошњу релативно развијене земље нагласак стављају превасходно на ефикасно коришћење буџетских средстава. Такав приступ захтева брижљиво вредновање програма

<sup>22</sup> Ова новина уведена је и у буџетски систем Србије Законом о буџетском систему од 2003. године усвајањем Меморандума о буџету и економској и фискалној политици који има за циљ сагледавање вишегодишње макроекономске перспективе и интеграције економских политика. Доношење одлука на годишњем нивоу замењено је трогодишњим оквиром економске и фискалне политике, са циљем обезбеђења веће предвидивости и одрживости у вођењу фискалне политике. На овај начин обезбеђено је усвајање стратешког оквири за дефинисање приоритета, повезивање секторских политика и расподеле средстава у буџетима.

<sup>23</sup> Види: Божидар Јелчић, Финансијско право и финансијска знаност, Информатор, Загреб, 1998, стр.516-517.

<sup>24</sup> Види: Reallocation: The Role of Budget Institutions, GOV/PUMA/SBO (2003) 15, стр.18.

јавне потрошње на основу пажљивог процењивања сврхе и начина коришћења јавних расхода. Један од најважнијих проблема у јавном сектору јесте мерење перформанси јавних агенција и служби јер због услужног карактера њихових активности треба пронаћи објективизирана мерила вредновања ефеката њиховог рада. У том смислу се користи тзв. приступ ЕЕЕ (економичност, ефикасност, ефективност) и мерење квалитета услуге (дефинише се као мера у којој су задовољени захтеви корисника јавних услуга).<sup>25</sup>

Буџетирање према резултатима (перформансама) наглашава резултате, циљеве и остварења буџетских корисника а не куповину ресурса које државни органи користе. На тај начин, процес буџетирања има двоструку улогу и да обезбеди средства и да осигура реализацију циљева буџетске политике. То није само промена метода буџетирања<sup>26</sup> (сагледавање реализованих ефеката утрошених инпута односно јавних расхода) већ и процес промене стила управљања и начина понашања у јавном сектору.<sup>27</sup> То је фундаментална промена да се буџетски извршиоци учине одговорним за оно *шта* раде а не *како* то раде.<sup>28</sup> Међутим, ефективна примена овог приступа је веома отежана у пракси<sup>29</sup> тако да буџетирање према резултатима има и теоријске и практичне границе. Наведимо само пример вредновања резултата јавног трошења у виду *outputs* (добра и услуге које буџетски корисници производе) или *outcomes* (дејство или последице по друштво утрошених буџетских средстава на јавна добра и услуге). Мада за сада јако мали број релативно развијених земаља користи такав облик буџетирања у коме квантификовани резултати представљају једину основу за алокацију средстава, то је несумњив општи тренд у савременим буџетским системима.<sup>30</sup>

За ефективно управљање јавним расходима све више се користи техника буџетирања «од врха ка доле». Традиционални буџети састављани су на

<sup>25</sup> Детаљније о томе вид.: Јурај Немец, *Анализа издатака, Јавне финансије-теорија и пракса у централно-европским земљама у транзицији*, ed. Juraj Nemes i Glen Wright, Magna Agenda, Београд, 1999, стр.318-346.

<sup>26</sup> Програмско буџетирање које је експериментално уведено од 2007. године за поједина министарства у Републици Србији одражава напоре владе да побољша ефикасност и одговорност управљања јавним расходима.

<sup>27</sup> Данас се традиционални буџети или буџети по линијским ставкама постепено замењују буџетским системима конципираним да процењују ефикасност и делотворност владе. У оквиру програмског буџета или буџета по учинку, издаци се класификују по програмима и активностима, утврђују се оперативни циљеви сваког програма, а индикатори учинка се установљавају за сваки програм и активност.

<sup>28</sup> Добра буџетска пракса која се успоставља у развијеним државама могла би да се прилагоди специфичним потребама земаља које настоје да модернизују и унапреде управљање њиховим правосудним системима.

<sup>29</sup> Види: Jon R. Blondal, *Budget reform in OECD countries: common trends*, OECD Journal on budgeting, Vol.2, No.4, OECD, 2003, str.18.

<sup>30</sup> У том погледу предњаче Аустралија и Нови Зеланд а тај тренд делимично прате и Велика Британија, Холандија, САД и Француска. Чак и у развијеним земљама, примена метода буџетирања по учинку у правосудном сектору још је у раној фази.

принципу «од доле ка врху» што је значило да су сви државни органи, агенције, и министарства слали захтеве за обезбеђење средстава министарству финансија. Често су ти износи превазилазили реалне трошкове програма рада буџетских корисника тако да је укупан обим буџетских средстава договоран са министарством финансија. У пракси су се испољили недостаци таквог начина формулисања буџета: дужина времена потребног за слање и усаглашавање буџетских захтева; непостојање система за реалокацију средстава унутар буџетских корисника (ресорних министарстава); тешкоће одражавања приоритета буџетске политике. Ови недостаци су утицали на његову замену приступом «од врха ка доле», где припрема буџета креће од оквира за макроекономску и фискалну политику коју одређује влада, укључујући главне средњорочне фискалне циљеве. У њима је садржана обавезујућа политичка одлука о укупном износу јавних расхода и њиховој подели по појединим министарствима за одређену буџетску годину. Детаљна расподела буџетских средстава препуштена је ресорним министарствима а улога министарства финансија је у провери поштовања утврђених ресорних лимита. Овакав приступ буџетирању подразумева већу одговорност буџетских извршилаца за ефективно остварење постављених циљева и дисциплинован однос у коришћењу одобрених средстава.

### Закључна разматрања

Савремене буџетске реформе усмерене су на модернизацију традиционалног начина финансирања јавних расхода. У таквим оквирима, преиспитује се финансијско стање у јавном сектору у циљу проналажења оптималног односа према тржишном сектору, као и граница подношљивости издвајања за јавну потрошњу. Сврха буџетских промена, са једне стране, јесте да се ограничи раст буџетских издатака и смањи буџетски дефицит, а са друге стране, да се побољша управљање буџетским средствима са оријентацијом на остварене ефекте предузетих буџетских мера. Међутим, не сме се губити из вида политичка природа процеса буџетског одлучивања које се тешко може уподобити тржишном начину одлучивања, независно од покушаја примене различитих «буџетских иновација» позајмљених из приватног сектора. Но, то не ослобађа данашње владе од одговорности за проналажење адекватних финансијско-политичких механизма чијом би се применом показало опредељење<sup>31</sup> за свођењем јавне потрошње у друштвено прихватљиве оквиरे.

<sup>31</sup> Један од примера таквог политичког опредељења налазимо у нашој друштвеној стварности у Националној стратегији реформе правосуђа, усвојеној маја 2006. године у Народној скупштини Републике Србије, где се предвиђа поступно увођење независног судског буџета, као кључног фактора за обезбеђење независности судства.



**UDK: 502.3:551.510.534**

**UDK: 502.3:613.15**



**МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ ИЗВОРИ О  
ЗАШТИТИ ВАЗДУХА,  
ОЗОНСКОГ ОМОТАЧА И КЛИМЕ**

**Др Наташа Стојановић,**

---

*ванредни професор Правног факултета у Нишу*



Др Наташа Стојановић

*ванредни професор Правног факултета у Нишу*



## **МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ ИЗВОРИ О ЗАШТИТИ ВАЗДУХА, ОЗОНСКОГ ОМОТАЧА И КЛИМЕ**

### **Увод**

Човек, сагоревањем фосилних горива, употребом расхладних уређаја, аеросола, производњом цемента, сечњем шума, пољопривредном производњом, сточарством, итд. загађује ваздух, оштећује озонски омотач и мења климу у правцу глобалног повећања температуре. Те промене у атмосфери редовно имају за последицу поплаве, суше, нестанак појединих биљних и животињских врста и угрожавање људског здравља.<sup>1</sup>

Будући да се успешна заштита атмосфере од антропогених утицаја не може свести у оквире једне државе, јер загађујуће материје могу "путовати" неколико хиљада километара пре него што проузрокују штету, још седамдесетих година прошлог века, на Конференцији Уједињених нација о животној средини, одржаној у Стокхолму, започела је међународна сарадња на том плану. "Главни подстицај" том почетку био је проблем ацидификације скандинавских језера, проузроковане емисијама сумопора из Велике Британије и Немачке. Од тада па до данашњих дана, усвојен је читав низ међународних докумената којима се директно третира питање заштите ваздуха, озонског омотача и климе.

Предмет наше пажње у овом раду јесу управо ти међународноправни извори, сагледани кроз призму садржине права и обавеза страна уговорница, механизма за њихово остваривање и броја држава које су их потписале и ратификовале.

---

<sup>1</sup> Климатске промене такође могу бити проузроковане процесима унутар планете Земље, нпр. повлачењем глечера, океанским осцилацијама, радом вулкана, Сунчевим и орбиталним варијацијама. О томе опширније видети на сајту [http://en.wikipedia.org/wiki/climate\\_change](http://en.wikipedia.org/wiki/climate_change)

## 1. Међународноправна заштита ваздуха

### а) Конвенција о прекограничном загађивању ваздуха на великим удаљеностима

Конвенција о прекограничном загађивању ваздуха на великим удаљеностима (Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution)<sup>2</sup> усвојена је у Женеви 1979. године, под окриљем Економске комисије за Европу Уједињених нација, а на иницијативу скандинавских земаља које је у дужем временском периоду "оптерећивао" проблем тзв. киселих падавина.<sup>3 4</sup> Ступила је на правну снагу 1983. године.

Ова Конвенција је први међународноправни инструмент који разматра питање загађивања ваздуха на широкој регионалној основи. То је уједно и први међународноправни извор који разматра проблематику прекограничног загађења ваздуха на великим удаљеностима, када није могуће разграничити учешће појединих извора емисија.<sup>5</sup>

Циљ Конвенције о прекограничном загађивању ваздуха на великим удаљеностима јесте да уговорне стране учине потребан напор како би се редуковало загађивање ваздуха или пак превентивно деловало на загађење овог еко-медијума.

Потписивање и ратификација ове Конвенције од стране великог броја држава може се приписати не само актуелности теме, која је предмет наше пажње, већ и "мекој" природи обавеза страна уговорница.<sup>6</sup>

Слабост ове Конвенције може се посматрати са више аспеката. Као прво, питање одговорности страна уговорница за причињену штету, насталу загађивањем ваздуха, уопште се не помиње. Затим, не конкретизују се обавезе страна уговорница, већ се оне, на широко постављеним принципима,<sup>7</sup> обавезују да ће ограничити, смањити и превентивно утицати на загађење ваздуха. Такође и употреба термина "најбоље расположиве технологије" ограничена је њеном економском примењљивошћу.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> Интегрални текст ове Конвенције може се наћи на сајту [www.unece.org/env/lrtap/](http://www.unece.org/env/lrtap/)

<sup>3</sup> О настанку ове Конвенције детаљније видети код З: Стојановић – Р. Етински – Ј. Салма – Д. Ђурђевић, Правна заштита животне средине, Београд, 1991, стр. 121.

<sup>4</sup> Феномен киселе падавине дешава се када се сумпор диоксид и азот оксид, који настају сагоревањем фосилних горива, комбинују у атмосфери са воденом паром. Ови гасови такође могу бити емитовани и из природних извора, као што су вулкани. Киселе кише продукују велике штете води, шумама, земљишним ресурсима и здрављу човека, поред осталог и због тога: што се контаминирајуће материје могу преносити на великим раздаљинама, што је тешко одредити извор загађења и што је тешко контролисати га.

<sup>5</sup> Видети чл. 1, ст. б ове Конвенције.

<sup>6</sup> Због тога је вероватно и један од највећих загађивача ваздуха на планети Земљи САД и потписао ову Конвенцију, отварајући себи простор да и даље загађује ваздух у Канади, без кршења одредаба Конвенције. О томе опширније видети код Р. Birnie – А. Boyle, International Law & The Environment, New York, 2002, стр. 509.

<sup>7</sup> Видети чл. 2–5 ове Конвенције.

<sup>8</sup> Видети чл. 6 ове Конвенције.

Како је већ примећено у правној литератури, чак и употребљени правно-стручни језик у Конвенцији је толико "слаб" да се она с правом третира само као "симболична победа креирана са циљем да поново увери загађиваче и жртве у то".<sup>9</sup>

Конвенција обавезује стране уговорнице на: обављање консултација, размену информација, истраживање и развој и мониторинг загађености ваздуха.<sup>10</sup>

Конвенција изричито налаже уговорним странама које су стварно погођене загађивањем ваздуха, које има извориште ван њених граница и оним уговорним странама са чије територије потиче или би могло да потиче знатније загађивање ваздуха, изван њених граница, да обављају консултације у вези планираних активности.<sup>11</sup>

Конвенција прописује обавезу странама уговорницама да врше истраживања и развој на мултилатералној основи, у одговарајућим областима,<sup>12</sup> не дефинишући пак јасно облике те сарадње.<sup>13</sup>

Конвенција ближе прецизира које врсте информација морају бити предмет размене између уговорних страна, инсистирајући посебно на томе да се стране уговорнице морају међусобно обавештавати само о крупним новинама у њиховој политици и индустријском развоју, које могу проузроковати значајне промене у сфери загађења ваздуха на великим раздаљинама.<sup>14</sup>

Конвенција предвиђа, у циљу квалитетније заштите ваздуха, примену Усаглашеног програма сарадње о праћењу и процени распрострањања загађивања ваздуха на велике удаљености у Европи (скраћено ЕМЕР). Овим Програмом установљене су станице за праћење протока сумпор-диоксида преко националних граница.<sup>15</sup>

Упркос евидентним слабостима Конвенције о прекограничном загађивању ваздуха на великим удаљеностима, њена вредност огледа се у обезбеђењу правног оквира за будуће координиране акције страна уговорница којима се контролише или спречава загађивање ваздуха.<sup>16</sup> Будући да она има само оквирни карактер, потпунија разрада дужности страна уговорница у погледу финансирања заједничких акција и у погледу смањења нивоа емисија појединих загађујућих супстанци, уређена је са укупно осам протокола.<sup>17</sup>

<sup>9</sup> Видети P. Birnie – A. Boyle, op. cit., стр. 508 и наведену литературу у нап. бр. 68.

<sup>10</sup> Видети чл. 3 ове Конвенције.

<sup>11</sup> Видети чл. 5 ове Конвенције.

<sup>12</sup> Видети чл. 7 ове Конвенције.

<sup>13</sup> О томе детаљније видети код Ph. Sands – P. Galizzi, Documents in International Environmental Law, Cambridge, 2004, стр. 33.

<sup>14</sup> Видети чл. 8 ове Конвенције.

<sup>15</sup> Видети чл. 9 ове Конвенције.

<sup>16</sup> О томе опширније видети код P. Birnie – A. Boyle, op. cit., стр. 509.

<sup>17</sup> Регулисање на глобалном плану атмосфере путем једне оквирне конвенције и додатних протокола је заправо најзаступљенији модел правног уређења животне средине. О томе

Ову Конвенцију до сада је ратификовало педесет држава и Европска заједница.<sup>18</sup> Република Србија ратификовала је овај међународноправни инструмент о заштити ваздуха 1986. године.<sup>19</sup>

### **б) Протокол о дугорочном финансирању Програма сарадње за праћење и процену прекограничног преноса загађујућих материја у ваздуху на велике удаљености у Европи (ЕМЕР Протокол)**

ЕМЕР Протокол (EMEP Protocol)<sup>20</sup> усвојен је у Женеви 1984. године, ради обезбеђења адекватних финансијских извора за примену ЕМЕР-а. Ступио је на правну снагу 1989. године.

Протокол предвиђа да се финансирање ЕМЕР-а састоји од обавезних и додатних, добровољних доприноса.<sup>21</sup>

Основа годишњих, обавезних доприноса за стране уговорнице утврђена је Анексом овог Протокола.

ЕМЕР Протокол до сада су ратификовале четрдесет две стране уговорнице.<sup>22</sup> Република Србија је ратификовала овај међународноправни документ 1987. године.<sup>23</sup>

### **в) Протокол о редукцији емисија сумпора или њихових прекограничних токова**

Протокол о редукцији емисија сумпора или њихових прекограничних токова (Protocol on the Reduction of Sulphur Emissions or their Transboundary Fluxes by at least 30 per cent)<sup>24</sup> усвојен је у Хелсинкију 1985. године, као одговор на широко распрострањене штете у деловима Европе и Северне Америке, проузроковане ацидификациојом животне средине сумпор-диоксидом, азот-оксидам и осталим загађивачима насталим сагоревањем фосилних горива.<sup>25</sup> Ступио је на правну снагу 1987. године.

Протоколом су се стране уговорнице обавезале да ће смањити емисије сумпора на годишњем нивоу за најмање 30%, што је пре могуће, а најкасније

опширније видети код О. Лончарић-Хорват – Ј. Цвитановић – И. Глиха – Т. Јосиповић – Д. Медведовић – Ј. Омејец – М. Сершић, *Право околиша*, Загреб, 2003, стр. 250-251.

<sup>18</sup> Подаци преузети са сајта [http://unece.org/env/lrtap/status/lrtap\\_st.htm](http://unece.org/env/lrtap/status/lrtap_st.htm)

<sup>19</sup> Закон о ратификацији Конвенције о прекограничном загађивању ваздуха на великим удаљеностима објављен је у "Сл. листу СФРЈ – Међународни уговори", бр. 11/1986.

<sup>20</sup> Интегрални текст овог Протокола може се наћи на сајту [http://unece.org/env/lrtap/emep\\_h1.htm](http://unece.org/env/lrtap/emep_h1.htm)

<sup>21</sup> Видети чл. 3, ст. 1 овог Протокола.

<sup>22</sup> Подаци наведени на сајту [http://unece.org/env/lrtap/status/84e\\_st.htm](http://unece.org/env/lrtap/status/84e_st.htm)

<sup>23</sup> Закон о ратификацији Протокола о дугорочном финансирању Програма сарадње за праћење и процену прекограничног преноса загађујућих материја у ваздуху на велике удаљености у Европи је објављен у "Сл. листу СРЈ – Међународни уговори", бр. 2/1987.

<sup>24</sup> Интегрални текст овог Протокола може се наћи на сајту [http://unece.org/env/lrtap/sulf\\_h1.htm](http://unece.org/env/lrtap/sulf_h1.htm)

<sup>25</sup> Детаљније о томе видети код Ph. Sands – P. Galizzi, *op. cit.*, стр. 34.

до 1993. године, узимајући за полазну основу ниво емисија овог највећег загађивача ваздуха из 1980. године.<sup>26</sup>

Протокол захтева од страна уговорница да подносе извештај, на годишњем нивоу, извршном органу Конвенције о емисијама сумпора, укључујући и обавештавање о методама процене и напретка учињеног у погледу постизања постављеног циља, као и усвојеног националног програма, политици и стратегији за смањење нивоа емисија сумпора.<sup>27</sup>

Неке од држава, потписница Протокола, унилатерално су усвојиле виши проценат смањења емисија овог загађивача. На другој страни, поједине државе (нпр. САД, Велика Британија и Пољска) одбиле су да ратификују овај споразум са образложењем да њихово учешће у настанку киселих киша није утврђено и да су им временске границе за смањење нивоа емисија сумпора сувише строго постављене.<sup>28</sup>

Овај Протокол до сада су ратификовале двадесет три државе Република Србија није ратификовала овај Протокол.<sup>29</sup>

#### **г) Протокол о контроли емисија азотових оксида или њихових прекограничних токова**

Протокол о контроли емисија азотових оксида или њихових прекограничних токова (Protocol concerning the Control of Emission of Nitrogen Oxides in their Transboundary Fluxes)<sup>30</sup> усвојен је у Софији 1988. године. Ступио је на правну снагу 1991. године.

Овај Протокол по први пут у сферу међународног еколошког права уводи концепт национални стандарди емисија и мулти делотворан приступ загађивању ваздуха базиран на критичном оптерећењу.<sup>31</sup> Он такође указује на потребу креирања повољнијих услова за размену технологија.<sup>32</sup>

Овим правним документом захтева се од страна потписница "замрзавање" емисија азотових оксида или њихових прекограничних токова, најкасније до краја 1994. године, на ниво емисија овог загађивача из 1987. године.<sup>33</sup>

<sup>26</sup> Видети чл. 2 овог Протокола.

<sup>27</sup> Видети чл. 4 и чл. 6 овог Протокола.

<sup>28</sup> Према расположивим подацима, велики број европских држава, потписница овог Протокола смањило је ниво емисија сумпор-диоксида и за више од 50%. Опширније видети код Р. Birnie – А. Boyle, *op. cit.*, стр. 510.

<sup>29</sup> Подаци преузети са сајта [http://unece.org/env/lrtap/status/85s\\_st.htm](http://unece.org/env/lrtap/status/85s_st.htm)

<sup>30</sup> Интегрални текст овог Протокола може се наћи на сајту [http://www.unece.org/env/lrtap/nitr\\_h1.htm](http://www.unece.org/env/lrtap/nitr_h1.htm)

<sup>31</sup> Термин "критично оптерећење" чл. 17 Протокола дефинише као "квантитативну процену изложености једне или више загађујућих супстанци испод које се не јављају значајне штетне последице на посебно осетљивим деловима животне средине, према постојећим научним сазнањима".

<sup>32</sup> Детаљније о томе видети код Ph. Sands – P. Galizzi, *op. cit.*, стр. 34-35.

<sup>33</sup> Видети чл. 2, ст. 1 овог Протокола. Изузетак представљају САД које су изабрале, као референтну, 1978. годину.

Све стране уговорнице овог Протокола у обавези су да, у року од две године од ступања на правну снагу овог правног документа, отпочну са применом националних стандарда емисија за нове покретне изворе загађења и уведу мере контроле загађења за најважније непокретне изворе загађења.<sup>34</sup> Национални стандарди емисија пак морају бити базирани на најбољој доступној технологији која је економски исплатива, узимајући посебно у обзир решења садржана у Техничком анексу Протокола.<sup>35</sup>

Од свих држава, потписница овог Протокола, осим тога, тражи се и да у року од шест месеци, од ступања на правну снагу Протокола, започну преговоре о будућим корацима на плану редукације националних годишњих емисија азотових оксида.<sup>36</sup>

Протокол су до сада ратификовале тридесет једна страна уговорница. Република Србија није ратификовала овај правни документ.<sup>37</sup>

#### **д) Протокол о контроли емисије испарљивих органских једињења или њихових прекограничних токова**

Протокол о контроли емисије испарљивих органских једињења или њихових прекограничних токова (Protocol concerning the Control of Emissions of Volatile Organic Compounds or their Transboundary Fluxes)<sup>38</sup> усвојен је у Женеви 1991. године. Ступио је на правну снагу 1997. године.

Овај Протокол посвећен је другом по реду највећем загађивачу ваздуха, испарљивим органским једињењима.

Странама уговорницама Протокол пружа могућност избора једног од три пута који има за циљ редукацију емисија овог загађивача.

Прва солуција састоји се у смањењу емисија испарљивих органских једињења за 30% до 1999. године, узимајући за основу ниво емисија из 1988. године или било које друге године у периоду од 1984. до 1990. године.<sup>39 40</sup>

Друга опција састоји се у редукацији емисија испарљивих органских једињења, у истом проценту, и примењљива је за уговорне стране чије годишње емисије доприносе концентрацијама озона тропосфере у областима под јурисдикцијом једне или више других уговорних страна и где такве емисије потичу једино из области под њиховом надлежношћу, која је означена као менаџмент зона озона тропосфере. Овде се такође за полазну

<sup>34</sup> Видети чл. 2, ст. 2, тач. а, б и ц овог Протокола.

<sup>35</sup> Видети чл. 10 овог Протокола.

<sup>36</sup> Видети чл. 2, ст. 3, тач. а овог Протокола.

<sup>37</sup> Подаци наведени на сајту [http://www.unece.org/env/lrtap/status/88n\\_st.htm](http://www.unece.org/env/lrtap/status/88n_st.htm)

<sup>38</sup> Интегрални текст овог Протокола може се наћи на сајту [http://www.unece.org/env/lrtap/vola\\_h1.htm](http://www.unece.org/env/lrtap/vola_h1.htm)

<sup>39</sup> Видети чл. 2, ст. 2, тач. а овог Протокола.

<sup>40</sup> Тим путем кренуле су Аустрија, Белгија, Велика Британија, Естонија, Француска, Финска, Немачка, Португал, Холандија, Шпанија и Шведска. Потпуније податке о томе видети на сајту [http://www.unece.org/env/lrtap/vola\\_h1.htm](http://www.unece.org/env/lrtap/vola_h1.htm)



основу узима ниво емисија ове загађујуће материје из 1988. године или било које друге године између 1984-1990. године.<sup>41 42</sup>

Треће решење прихватљиво је само за оне државе које нису у погледу емисија испарљивих органских једињења прешле одређени ниво из 1988. године (мање од 500.000 тона и 20 килограма по становнику и 5 тона по квадратном километру). На њима је само да раде на "одржавању" постојећег нивоа емисија до 1999. године.<sup>43 44</sup>

Од уговорних стана Протокол захтева да у року од две године, од ступања на правну снагу, започну са предузимањем погодних националних или међународних стандарда емисија у погледу нових непокретних извора или нових покретних извора, базираних на најбољој расположивој технологији, која је економски исплатива, и да примењују националне и међународне мере за производе који садрже ова једињења, као и да рекламирају употребу производа који на амбалажи садрже спецификацију о садржају испарљивих органских једињења.<sup>45</sup>

Протокол, осим тога, налаже странама уговорницама да у року од пет година, од његовог ступања на правну снагу, предузимају одговарајуће националне и међународне стандарде емисија за постојеће непокретне изворе емисија у областима где су међународни стандарди озона тропосфере прекорачени или где се прекогранични токови стварају или се очекује њихово стварање. Такође, од уговорних страна тражи се да примењују одговарајуће технике за редукацију емисија испарљивих органских једињења из нафтних извора или моторних возила и смањење испарљивости нафте, узимајући нарочито у обзир решења садржана у Анексу II и III овог Протокола.<sup>46</sup>

До сада су овај Протокол ратификовале двадесет две државе. Република Србија не припада тој групи земаља.<sup>47</sup>

### ђ) Протокол о будућој редукацији емисија сумпора

Протокол о будућој редукацији емисија сумпора (Protocol on Further Reduction of Sulphur Emissions)<sup>48</sup> усвојен је у Ослу 1994. године. Ступио је на правну снагу 1998. године.

Као и његов претходник, Протокол о редукацији емисија сумпора или њихових прекограничних токова, овај правни документ има у виду будуће

<sup>41</sup> Видети чл. 2, ст. 2, тач. б овог Протокола.

<sup>42</sup> Такво решење прихватиле су Норвешка и Канада. Подаци наведени на сајту [http://www.unecce.org/env/lrtap/vola\\_h1.htm](http://www.unecce.org/env/lrtap/vola_h1.htm)

<sup>43</sup> Видети чл. 2, ст. 2, тач. ц овог Протокола.

<sup>44</sup> Овакву варијанту прихватиле су Бугарска, Грчка и Мађарска. Подаци наведени на сајту [http://www.unecce.org/env/lrtap/vola\\_h1.htm](http://www.unecce.org/env/lrtap/vola_h1.htm)

<sup>45</sup> Видети чл. 2, ст. 3, тач. а овог Протокола.

<sup>46</sup> Видети чл. 2, ст. 3, тач. б овог Протокола.

<sup>47</sup> Подаци преузети са сајта [http://www.unecce.org/env/lrtap/status/91v\\_st.htm](http://www.unecce.org/env/lrtap/status/91v_st.htm)

<sup>48</sup> Интегрални текст овог Протокола може се наћи на сајту [http://www.unecce.org/env/lrtap/fsulf\\_h1.htm](http://www.unecce.org/env/lrtap/fsulf_h1.htm)

обавезе уговорних страна на плану смањења емисије сумпора, узимајући за полазну основу тзв. концепт критичног оптерећења, најбоље примењљиву технологију по животну средину, уштеду енергије и примену економских инструмената којима се обезбеђује финансијски најисплативији приступ у смањењу емисија сумпора.<sup>49</sup>

Од уговорних страна овај Протокол захтева остварење циљева и временских лимита за редукцију емисија сумпора, предвиђених у његовом Анексу II. Уместо решења садржаног у ранијем Протоколу који се тиче смањења емисија сумпора, сада су за сваку државу, страну уговорницу, посебно утврђени проценти смањења емисија сумпора, закључно са 2010. годином, како би се заштитило људско здравље и животна средина, без прекомерних трошкова.<sup>50 51</sup>

Све државе, потписнице овог Протокола (изузев САД и Канаде) осим тога, у обавези су да примењују национална ограничења емисија сумпора за његове највеће, нове непокретне изворе и да уведу контролне мере за најзначајније постојеће покретне изворе сумпора до јула 2004. године.<sup>52</sup>

Уговорне стране су такође у обавези да примене националне стандарде емисија о садржају сумпора у нафти, не даље од 2 године од ступања на правну снагу овог Протокола.<sup>53</sup>

Протокол о будућем смањењу емисија сумпора до сада су ратификовале двадесет седам држава и Европска заједница Република Србија не припада овој групи земаља.<sup>54</sup>

### е) Протокол о трајним органским загађујућим материјама

Протокол о трајним органским загађујућим материјама (Protocol on Persistent Organic Pollutants, скраћено POPs)<sup>55</sup> усвојен је у Архусу (Данска) 1998. године. Још увек није ступио на правну снагу.

Овим Протоколом је, узимајући за полазну основу критеријум ризика по животну средину, пажња фокусирана на шеснаест супстанци које обухватају: дванаест пестицида, две индустријске хемикалије и три контаминирајуће материје.

Протокол предвиђа забрану производње и употребе супстанци, наведених у његовом Анексу I, ограничење употребе супстанци, означених у његовом Анексу II и смањење емисија супстанци наведених у његовом

<sup>49</sup> О томе опширније видети код Ph. Sands, Principles of International Environmental Law, Cambridge, 2003, стр. 332-333.

<sup>50</sup> Видети чл. 2 овог Протокола.

<sup>51</sup> Тако нпр. Немачка се обавезала да ће смањити ниво емисија сумпора за 80%, а Грчка за 50,8%. Детаљније о томе видети код Р. Birnie – А. Boyle, op. cit., стр. 510.

<sup>52</sup> Видети чл. 2, ст. 5, тач. а и б овог Протокола.

<sup>53</sup> Видети чл. 2, ст. 5, тач. ц овог Протокола.

<sup>54</sup> Подаци наведени на сајту [http://www.unece.org/env/lrtap/status/94s\\_st.htm](http://www.unece.org/env/lrtap/status/94s_st.htm)

<sup>55</sup> Интегрални текст овог Протокола може се наћи на сајту [http://www.unece.org/env/lrtap/pops\\_h1.htm](http://www.unece.org/env/lrtap/pops_h1.htm)

Анексу III, на ниво емисија из референтне године, између 1985 и 1995. године.<sup>56</sup>

Од уговорних страна захтева се, осим тога, да се придржавају ограничења емисија за нове и постојеће непокретне изворе и да предузимају делотворене мере за контролу емисија трајних органских загађујућих материја из покретних извора.<sup>57</sup>

За уништавање опасног и медицинског отпада који садржи неку од шеснаест контролисаних супстанци, Протокол предвиђа посебне вредносне лимите.<sup>58</sup>

Протокол су до сада ратификовале двадесет девет страна уговорница. Република Србија није ратификовала овај Протокол.<sup>59</sup>

### ж) Протокол о тешким металима

Протокол о тешким металима (Protocol on Heavy Metals)<sup>60</sup> усвојен је у Архусу (Данска) 1998. године. Као ни његов претходник, још увек није ступио на правну снагу.

У фокусу интересовања овог Протокола су три посебно штетна тешка метала: кадмијум, олово и жива.

Једна од основних обавеза, предвиђених Протоколом за уговорне стране, јесте смањење емисија ових метала на ниво из 1990. године или алтернативно на ниво године између 1985. и 1995. године.<sup>61</sup>

Протокол има за циљ посебно смањење емисија ових загађивача из индустријских извора, процеса сагоревања и спаљивањем отпада. Од уговорних страна тражи се, осим тога, да примењују емисионе стандарде за ове тешке метале из непокретних извора, базиране на употреби најбоље могуће технологије, предложене у Протоколу.<sup>62</sup>

Протокол захтева од уговорних страна да почну са постепеним избацивањем оловног бензина, као и да уведу одговарајуће мере како би се смањио ниво емисија ових тешких метала у другим производима (нпр. живе у батеријама).<sup>63</sup> Протокол, осим тога, предлаже увођење посебних management мера у погледу других производа који садрже живу, као што су термостати, прекидачи, мерни уређаји (термометри, манометри, барометри), флуоресцентне лампе, зубни амалгам, пестициди и боје.<sup>64</sup>

<sup>56</sup> Опширније о томе видети код Ph. Sands, op. cit., стр. 334-335.

<sup>57</sup> Видети чл. 3, ст. 5, тач. б и Анекс IV и V овог Протокола.

<sup>58</sup> Видети чл. 3, ст. 1 и 3 овог Протокола. Детаљније о томе видети на сајту [http://www.unece.org/env/lrtap/pops\\_h1.htm](http://www.unece.org/env/lrtap/pops_h1.htm)

<sup>59</sup> Подаци преузети са сајра [http://www.unece.org/env/lrtap/status/98pop\\_st.htm](http://www.unece.org/env/lrtap/status/98pop_st.htm)

<sup>60</sup> Интегрални текст овог Протокола може се наћи на сајту [http://www.unece.org/env/lrtap/hm\\_h1.htm](http://www.unece.org/env/lrtap/hm_h1.htm)

<sup>61</sup> Видети чл. 3, ст. 1 овог Протокола.

<sup>62</sup> Видети чл. 3, ст. 2 и Анекс III Протокола.

<sup>63</sup> Видети чл. 3, ст. 3 и Анекс IV овог Протокола.

<sup>64</sup> Опширније о томе видети код Ph. Sands – P. Galizzi, op. cit., стр. 35

Протокол о тешким металима до сада су ратификовале двадесет осам држава и Европска заједница. Република Србија није ратификовала овај правни документ.<sup>65</sup>

### з) Протокол о смањењу ацидификације, еутрофикације и земаљског озона

Протокол о смањењу ацидификације, еутрофикације и земаљског озона (Protocol to Abate Acidification, Eutrophication and Ground-level Ozone)<sup>66</sup> усвојен је у Готенбургу (Шведска) 1999. године. Још увек није ступио на правну снагу.

Протокол прописује значајну редукцију емисија четири загађивача: сумпора, азот-оксида испарљивих органских једињења и амонијака закључно са 2010. годином, за које је вероватно да проузрокују штетне ефекте по људско здравље и природне екосистеме, услед ацидификације, еутрофикације и земаљског озона.<sup>67</sup>

Потпуна имплементација овог Протокола подразумева смањење емисија сумпора за најмање 63%, емисија азот-оксида за 41%, испарљивих органских једињења за 40% и емисија амонијака за 17%, у поређењу са нивоом емисија ових загађивача у 1990. години.<sup>68</sup>

Посебну пажњу Протокол посвећује емисијама амонијака, нарочито оних које се везују за активности на фармама. Од уговорних страна захтева се да примене мере контроле, укључујући и прописе о доброј пољопривредној пракси, који се односе на контролу емисија амонијака, да предузму кораке у правцу смањења нивоа емисија, настале употребом ђубрива, базираног на уреи и да примењују мере контроле у погледу примене и чувања ђубрива и одржавања стамбеног простора за животиње.<sup>69</sup>

Протокол такође поставља чврсте вредносне лимите за посебне изворе емисија ових загађивача (фабрика за сагоревање, постројења за производњу електричне енергије, хемијско чишћење, аутомобиле итд.) и захтева употребу најбољих техника за смањење њихових емисија.<sup>70</sup>

Овај Протокол до сада су ратификовале двадесет три стране уговорнице. Република Србија није ратификовала овај правни документ.<sup>71</sup>

<sup>65</sup> Подаци наведени на сајту [http://www.unece.org/env/lrtap/status98hm\\_st.htm](http://www.unece.org/env/lrtap/status98hm_st.htm)

<sup>66</sup> Интегрални текст овог Протокола може се наћи сајту [http://www.unece.org/env/lrtap/multi\\_h1.htm](http://www.unece.org/env/lrtap/multi_h1.htm)

<sup>67</sup> Видети чл. 2 овог Протокола.

<sup>68</sup> Видети Анекс II овог Протокола.

<sup>69</sup> Видети чл. 3, ст. 8 и Анекс IX овог Протокола.

<sup>70</sup> Видети чл. 3, ст. 2-6 овог Протокола. Опширније о томе видети на сајту [http://www.unece.org/env/lrtap/multi\\_h1.htm](http://www.unece.org/env/lrtap/multi_h1.htm)

<sup>71</sup> Подаци преузети са сајта [http://www.unece.org/env/lrtap/status/99multi\\_st.htm](http://www.unece.org/env/lrtap/status/99multi_st.htm)

## 2. Међународноправна заштита озонског омотача

### а) Конвенција о заштити озонског омотача

Конвенција о заштити озонског омотача усвојена је у Бечу 1985. године, у оквиру Програма Уједињених нација за заштиту животне средине (скраћено UNEP).<sup>72</sup> Ступила је на правну снагу 1988. године.<sup>73</sup>

Циљ ове Конвенције јесте заштита људи и животне средине од штетних последица антропогенних активности које могу или вероватно могу оштетити озонски омотач.<sup>74</sup>

Производња расхладних уређаја, лакова, боја, инсектицида, дезодоранса, лакова за косу и спрејева за освежавање просторија незамислива је без употребе хлорофлуоро-угљоводоника који се сматрају главним кривцем за оштећење озонског омотача. Смањењу количине озона у атмосфери такође доприноси и употреба халона који се користе за производњу противпожарне опреме.<sup>75</sup>

Стога, Конвенција у свом Прилогу I, под посебну контролу ставља: једињења угљеника, метан, једињења азота, хлора, брома и водоника.

Конвенција о заштити озонског омотача садржи за стране уговорнице само обавезе општег карактера, без прецизирања временских оквира за њихову реализацију.<sup>76</sup>

Од држава, потписница ове Конвенције, захтева се да сарађују на плану систематског осматрања и истраживања последица које активности човека имају на озонски омотач, као и последица које промене у озонском омотачу имају на људско здравље и његово окружење.<sup>77</sup>

Странама уговорницама, осим тога, налаже се да усвајају одговарајуће законске мере које се односе на све антропогене активности које могу имати штетног утицаја на озонски омотач.<sup>78</sup>

Државе, потписнице ове Конвенције, такође обавезне су да сарађују у формулацији усаглашених мера, процедура и стандарда за имплементацију Конвенције, са посебним освртом на усвајање протокола и анекса.<sup>79</sup>

Обавеза страна уговорница је и да олакшају размену свих релевантних научних, стручних, друштвено-економских, пословних, трговинских и

<sup>72</sup> Интегрални текст ове Конвенције може се наћи на сајту <http://www.unep.org/ozone>

<sup>73</sup> О настанку ове Конвенције опширније видети код З. Стојановић – Р. Етински – Ј. Салма – Д. Ђурђевић, О. Лончарић-Хорват –Л. Цвитановић – И. Глиха – Т. Јосиповић – Д. Медведовић – Ј. Омејец – М. Сершић, *op. cit.*, стр. 121-122.

<sup>74</sup> Видети чл. 2, ст. 1 ове Конвенције.

<sup>75</sup> О томе опширније видети код О. Лончарић-Хорват –Л. Цвитановић – И. Глиха – Т. Јосиповић – Д. Медведовић – Ј. Омејец – М. Сершић, *op. cit.*, стр. 261 и нап. 46.

<sup>76</sup> Видети Ph. Sands, *op. cit.*, стр. 344-345.

<sup>77</sup> Видети чл. 2, ст. 2, тач. а ове Конвенције.

<sup>78</sup> Видети чл. 2, ст. 2, тач. б ове Конвенције.

<sup>79</sup> Видети чл. 2, ст. 2, тач. ц ове Конвенције.

правних информација,<sup>80</sup> које се директно или индиректно односе на активности човека које могу имати штетног утицаја на озонски омотач.

Од држава, потписница ове Конвенције, такође захтева се да у будућности раде на унапређењу развоја и преноса технологија и знања која могу допринети заштити озонског омотача,<sup>81 82</sup> не водећи при том рачуна много о томе да ли је за земље у развоју то економски прихватљиво решење и у којој мери може кочити развој њихове привреде.<sup>83</sup>

Иако ова Конвенција представља "у великој мери празан оквир",<sup>84</sup> без конкретних обавеза страна уговорница, њен значај за еколошко право огледа се у томе што први пут један међународноправни документ јасно указује на потребу заштите глобалне животне средине, уз одређење појма "штетне последице"<sup>85</sup> и што предочава неопходност превентивног деловања човека против загађења животне средине.

Конвенцију о заштити озонског омотача до сада су ратификовале сто деведесет једна страна уговорница.<sup>86</sup> Република Србија је ратификовала ову Конвенцију 1990. године.<sup>87</sup>

### **б) Протокол о супстанцама које оштећују озонски омотач**

Протокол о супстанцама које оштећују озонски омотач усвојен је у Монреалу 1987. године, а ступио је на правну снагу 1989. године.<sup>88</sup>

Овај Протокол је много значајнији међународноправни документ од саме Конвенције из неколико разлога. Прво, што јасно поставља циљеве странама уговорницама на плану редукције или евентуалне елиминације производње и потрошње одређених контролисаних супстанци које оштећују озонски омотач. Друго, што садржи одредбе којима се земље у развоју посебно третирају у погледу уговорних обавеза. Треће, што чини покушај да, у значајној мери, ограничи употребу одређених контролисаних супстанци или производа који садрже такве супстанце, забраном увоза и извоза у земље које нису потписнице овог Протокола.<sup>89</sup>

Монтреалски протокол прописује конкретне обавезе држава које су га потписале на плану заштите озонског омотача.

<sup>80</sup> Видети Прилог II ове Конвенције.

<sup>81</sup> Видети чл. 4, ст. 2 ове Конвенције.

<sup>82</sup> О обавезама страна уговорница Бечке конвенције о заштити озонског омотача детаљније видети код Ph. Sands, op. cit., стр. 344-345.

<sup>83</sup> Детаљније о томе видети код P. Birnie – A. Boyle, op. cit., стр. 518.

<sup>84</sup> Ibidem, стр. 519.

<sup>85</sup> Видети чл. 1, ст. 2 ове Конвенције.

<sup>86</sup> Подаци преузети са сајта [http://ozone.unep.org/Ratification\\_status/](http://ozone.unep.org/Ratification_status/)

<sup>87</sup> Закон о ратификацији ове Конвенције објављена је у "Сл. листу СРЈ – Међународни уговори", бр.1/1990.

<sup>88</sup> Интегрални текст овог Протокола може се наћи на сајту <http://www.unep.org/ozone/>

<sup>89</sup> Опширније о томе видети код P. Birnie – A. Boyle, op. cit., стр. 519-520.

Протокол налаже странама уговорницама предузимање конкретних мера, усмерених ка постепеном ограничењу производње и потрошње пет халогених деривата ацикличних угљоводоника и три халона, наведених у групи I и II Анекса А Протокола.<sup>90</sup>

Истовремено, Протокол забрањује увоз и извоз ових контролисаних супстанци у државе које нису његове потписнице.<sup>91</sup> Забрана трговине такође може, уз сагласност уговорних страна, бити проширена и на производе који садрже ове контролисане супстанце, као и на производе који се израђују уз њихову помоћ.<sup>92</sup>

Протокол налаже свим државама потписницама да дестимулишу извоз технологије за производњу и коришћење контролисаних супстанци земљама које га нису потписале,<sup>93</sup> као и да се уздрже од давања било какве финансијске помоћи тим државама (у виду субвенција, кредита, гаранција итд.) која би имала за сврху олакшавање производње контролисаних супстанци.<sup>94</sup>

Посебан третман у овом Протоколу имају земље у развоју са ниским нивоом потрошње контролисаних супстанци из његовог Анекса А. Наиме, њима је дозвољено одлагање у извршавању преузетих обавеза из Протокола, за период од десет година, од ступања на правну снагу овог правног документа. Осим тога, земљама у развоју развијене земље морају да олакшају приступ алтернативним супстанцама и технологијама које не угрожавају животну средину, као и да обезбеде финансијску, билатералну или мултилатералну помоћ за то.<sup>95</sup>

Монтреалски протокол омогућава да непридржавање обавеза развијених земаља и земаља у развоју може бити санкционисано одговарајућим мерама које се одређују на Састанку страна уговорница.<sup>96</sup> То практично значи да земље у развоју имају моћ да извршавање својих обавеза услове реализацијом обавеза развијених земаља.<sup>97</sup>

Овај Протокол до сада су ратификовале сто деведесет једна страна уговорница, укључујући и Европску заједницу.<sup>98</sup> Република Србија ратификовала је Монтреалски протокол 1990. године.<sup>99</sup>

Оригинални текст овог правног документа је до сада, у неколико наврата, мењан и допуњаван амандманима.

<sup>90</sup> Видети чл. 2, ст. 1-4 овог Протокола.

<sup>91</sup> Видети чл. 4, ст. 1 и 2 овог Протокола.

<sup>92</sup> Видети чл. 4, ст. 3 и 4 овог Протокола.

<sup>93</sup> Видети чл. 4, ст. 5 овог Протокола.

<sup>94</sup> Видети чл. 4, ст. 6 овог Протокола.

<sup>95</sup> Видети чл. 5 овог Протокола.

<sup>96</sup> Видети чл. 11 овог Протокола.

<sup>97</sup> Детаљније о томе видети код Р. Birnie – А. Boyle, *op. cit.*, стр. 520.

<sup>98</sup> Подаци наведени на сајту [http://ozone.unep.org/Ratification\\_status/](http://ozone.unep.org/Ratification_status/)

<sup>99</sup> Закон о ратификацији овог Протокола објављен је у "Сл. листу СРЈ – Међународни уговори", бр. 16/1990.

## Први амандман на Монреалски протокол

Први амандман на Монреалски протокол усвојен је у Лондону 1990. године. Ступио је на правну снагу 1992. године.

Лондонским амандманом предвиђено је, почев од 1993. године, постепено смањивање производње и потрошње халогенованих хлорофлуороугљоводоника, наведених у групи I Анекса Б Протокола, да би од 2000. године, па надаље, ниво производње и потрошње ових контролисаних супстанци био раван нули.<sup>100</sup>

Овај амандман слично решење прописује за угљен-тетрахлорид и метил-хлороформ, контролисане супстанце наведене у групи II и III Анекса Б Протокола.<sup>101</sup>

Првим амандманом на Монреалски протокол, осим тога предвиђена је поштрена контрола трговинске размене контролисаних супстанци, наведених у Анексу А и Б Протокола, са земљама које нису његове потписнице, у правцу њихове забране увоза и извоза, као и производа који садрже ове контролисане супстанце.<sup>102</sup> Нешто блажи режим предвиђен је за производе који не садрже, али се производе са контролисаним супстанцама из Анекса А и Б.<sup>103</sup>

За земље у развоју са годишњим нивоом потрошње контролисаних супстанци из Анекса А, који не прелазе 0,3 килограма по глави становника, односно 0,2 килограма по глави становника контролисаних супстанци из Анекса Б, предвиђен је тзв. период мировања од десет година који одлаже спровођење контролисаних мера, утврђених у чл. 2А и чл. 2Е Протокола.<sup>104</sup>

Додатни подстицај земљама у развоју у спровођењу наложених мера из Протокола представљају одредбе о финансијској помоћи (нарочито оснивањем тзв. Мултилатералног фонда), техничкој сарадњи и трансферу технологија које су безбедније по животну средину од стране развијених земаља.<sup>105</sup>

Први амандман на Монреалски протокол јасно потврђује условно-зависну повезаност у извршавању обавеза земаља у развоју и развијених земаља.<sup>106</sup>

Лондонски амандман до сада је ратификовало сто осамдесет пет држава и Европска заједница.<sup>107</sup>

<sup>100</sup> Видети чл. 2Ц овог Амандмана.

<sup>101</sup> Видети чл. 2Д и 2Е овог Амандмана.

<sup>102</sup> Видети чл. 4, ст. 1-3 овог Амандмана.

<sup>103</sup> Видети чл. 4, ст. 4 овог Амандмана.

<sup>104</sup> Видети чл. 5 овог Амандмана.

<sup>105</sup> Видети чл. 10 овог Амандмана.

<sup>106</sup> Видети чл. 5 овог Амандмана.

<sup>107</sup> Подаци наведени на сајту [http://ozone.unep.org/Ratification\\_status/](http://ozone.unep.org/Ratification_status/)



### Други амандман на Монреалски протокол

Други амандман на Монреалски протокол усвојен је у Копенхагену 1992. године. Ступио је на правну снагу 1994. године.

Овај Амандман предвиђа постепени престанак употребе хлорофлоро-угљоводоника, изражен у процентима, у периоду од 1996. до 2030. године.<sup>108</sup> Њиме се, осим тога, почев од 1996. године, па надаље забрањује производња и потрошња бромфлуоро-угљоводоника.<sup>109</sup> За метил-бромид такође предвиђено је ограничење производње и потрошње, почев од 1995. године на ниво из 1991. године.<sup>110</sup>

Копенхагенски амандман забрањује и увоз свих котролисаних супстанци, наведних у групи II Анекса Ц, из сваке земље и у сваку земљу која није потписница овог Протокола.<sup>111</sup>

Други амандман на Монреалски протокол до сада је ратификаовало сто седамдесет осам страна уговорница.<sup>112</sup>

### Трећи амандман на Монреалски протокол

Трећи амандман на Монреалски протокол усвојен је у Монреалу 1997. године. Ступио је на правну снагу 1999. године.

Монреалским амандманом забрањују се увоз и извоз контролисаних супстанци, наведених у Анексу Е Протокола, из сваке државе и у сваку државу која није ратификовала Протокол.<sup>113</sup> Такође, овај Амандман уводи систем за издавање дозвола за увоз и извоз нових, коришћених, рециклираних или обновљених контролисаних супстанци из Анекса А, Б, Ц и Е.<sup>114</sup>

Трећи по реду Амандман на Монреалски протокол до сада је ратификовало сто педесет пет држава и Европска заједница.<sup>115</sup>

### Четврти амандман на Монреалски протокол

Четврти амандман на Монреалски протокол усвојен је у Пекингу 1999. године. Ступио је на правну снагу 2002. године.

У Пекиншком амандману за контролисане супстанце из групе I Анекса Ц предвиђено је даље смањење, у односу на решења садржана у Другом амандману, њихове производње и потрошње.<sup>116</sup> Уведена је котрола и забрана производње и потрошње нове категорије контролисаних супстанци (бром-

<sup>108</sup> Видети чл. 2Ф овог Амандмана.

<sup>109</sup> Видети чл. 2Г овог Амандмана.

<sup>110</sup> Видети чл. 2Х овог Амандмана.

<sup>111</sup> Видети чл. 4, ст. 1 тер и ст. 2 тер овог Амандмана.

<sup>112</sup> Подаци преузети са сајта [http://ozone.unep.org/Ratification\\_status/](http://ozone.unep.org/Ratification_status/)

<sup>113</sup> Видети чл. 4, ст. 1q и 2q овог Амандмана.

<sup>114</sup> Видети чл. 4 Б Амандмана.

<sup>115</sup> Подаци наведени на сајту [http://ozone.unep.org/Ratification\\_status/](http://ozone.unep.org/Ratification_status/)

<sup>116</sup> Видети чл. 2Ф, ст. 8 овог Амандмана.

хлорометан).<sup>117</sup> Забрањен је такође извоз контролисаних супстанци из групе I и II Анекса Ц у све државе које нису ратификовале Протокол.<sup>118</sup>

Овај Амандман до сада је ратификовало сто тридесет страна уговорница.<sup>119</sup>

Република Србија ратификовала је све амандмане на Монреалски протокол 2004. године.<sup>120 121</sup>

## Међународноправна заштита климе

### а) Оквирна конвенција Уједињених нација о промени климе

Оквирна конвенција Уједињених нација о промени климе ( United Nation Framework Convention on Climate Change)<sup>122</sup> усвојена је у Рио де Жанеиру 1992. године.<sup>123</sup> Ступила је на правну снагу 1994. године.

Иако по много чему слична Конвенцији о заштити озонског омотача, овај међународноправни документ садржи другачије циљеве и принципе за његову примену и први пут помиње концепт заједничке, али издиференциране одговорности страна уговорница, утемељене на различитим обавезама развијених земаља и земаља у развоју.<sup>124</sup>

Крајњи циљ ове Конвенције јесте стабилизација концентрације гасова стаклене баште у атмосфери на ниво који ће спречити опасно мешање људских активности у климатски систем. При том, такав ниво концентрације ових гасова треба да се оствари у временском периоду који би омогућио екосистемима природно прилагођавање на промену климе, обезбедио да не буде угрожена производња хране и омогућио даљи економски развој на одрживи начин.<sup>125 126</sup>

<sup>117</sup> Видети трећу групу контролисаних супстанци у Анексу Ц Протокола.

<sup>118</sup> Видети чл. 4, ст. 2 квин и ст. 2 сек. овог Амандмана.

<sup>119</sup> Подаци преузети са сајта [http://ozone.unep.org/Ratification\\_status/](http://ozone.unep.org/Ratification_status/)

<sup>120</sup> Закон о ратификацији ових амандмана објављен је у "Сл. листу СРЈ – Међународни уговори", бр. 24/2004.

<sup>121</sup> О Монреалском протоколу и његовим амандманима опширније видети код Ph. Sands, op. cit., стр. 345-356.

<sup>122</sup> Интегрални текст ове Конвенције може се наћи на сајту <http://unfccc.int>

<sup>123</sup> О настанку ове Конвенције видети код P. Birnie – A. Boyle, op. cit., стр. 523.

<sup>124</sup> Ibidem, стр. 524.

<sup>125</sup> Видети чл. 2 ове Конвенције.

<sup>126</sup> Нема много оптимистичких прогноза да ће прилагођавање екосистема климатским променама бити успешно остварено, будући да се очекује, до 2025. године, повећање светских емисија гасова са ефектом стаклене баште за читавих 57% (земље у развоју били би одговорне за 84% повећања емисија гасова стаклене баште, а развијене земље за 35%). Видети М. Ј. Маца, Funding for Adaptation to Climate Change: UNFCCC and GEF Developments since COP-7, RECIEL 14 (3), 2005, стр. 225 и тамо наведену литературу у нап. бр. 2.

Чини се још више застрашује податак саопштен на Међувладином панелу о климатским променама 2001. године о повећању просечне температуре на глобалном нивоу до 2100. године од 1,4 до 5,8 степени, узимајући за полазну основу ниво температура из 1990. године. Подаци наведени на сајту [http://www.grida.no/climate/ipcc\\_tar/wg1/008.htm](http://www.grida.no/climate/ipcc_tar/wg1/008.htm)

У основним принципима ове Конвенције нарочито се апострофира водећа улога развијених земаља у борби са узроцима који доводе до климатских промена, као и потреба уважавања прилика земаља у развоју и оних држава које су посебно осетљиве на неповољне утицаје промена климе. Конвенција у својим основним принципима такође усмерава уговорне стране да мере које требају да предузимају у савладавању климатских промена никако не смеју да служе као средство за неосновану дискриминацију или прикривено ограничење трговине на међународном плану.<sup>127</sup>

Конвенција говори о обавезама које се подједнако односе на све стране уговорнице и о различитим врстама обавеза уговорних страна, зависно од тога да ли припадају групи развијених земаља или групи земаља у развоју.<sup>128</sup>

Све стране уговорнице обавезне су да формулишу и спроводе националне и регионалне програме у којима су садржане мере за ублажавање промена климе, као и мере за олакшавање одговарајућег прилагођавања на промену климе. Осим тога, све државе, потписнице ове Конвенције, обавезне су да сарађују на развоју, примени и ширењу, укључујући и трансфер технологија, метода и процеса којима се ограничавају, смањују или спречавају емисије гасова стаклене баште, настале активностима човека које нису регулисане Монреалским протоколом. Такође, обавеза свих страна уговорница је да рационално користе поноре<sup>129</sup> и резервоаре<sup>130</sup> свих гасова са ефектом стаклене баште који нису регулисани Монреалским протоколом. Корпусу ових обавеза свих држава које су ратификовале ову Конвенцију припада и обавеза сарадње у научним, технолошким, техничким и друштвено-економским истраживањима, систематском осматрању у успостављању банке података, као и обавеза сарадње у размени свих информација које се односе на промену климе. Све стране уговорнице обавезне су и да сарађују на плану образовања, обуке кадрова и да утичу на развој јавне свести о потреби очувања климе.<sup>131</sup>

Од развијених земаља и земаља Централне и Источне Европе (наведених у Анексу I Конвенције) захтева се предузимање потребних мера за ограничавање емисија угљен-диоксида и других гасова са ефектом стаклене баште који нису регулисани Монреалским протоколом, са циљем да се индивидуално или заједнички ове емисије "врате" на ниво из 1990. године.<sup>132</sup>

<sup>127</sup> Видети чл. 3 ове Конвенције.

<sup>128</sup> О обавезама страна уговорница које се тичу прилагођавања на негативне ефекте климатских промена, детаљније видети код М. Ј. Маса, *op. cit.*, стр. 225-226.

<sup>129</sup> Правно-технички израз "понор" ("sink") Конвенција дефинише као "процес, активност или механизам, којим се гас са ефектом стаклене баште, аеросол или претходник гаса стаклене баште, одстрањује из атмосфере". Видети чл. 1, ст. 8 ове Конвенције.

<sup>130</sup> Термин "резервоар" ("reservoir") у Конвенцији означава "једну или више компоненти климатског система где је ускладиштен неки гас стаклене баште или његов претходник". Видети чл. 1, ст. 7 ове Конвенције.

<sup>131</sup> Видети чл. 4, ст. 1 ове Конвенције.

<sup>132</sup> Видети чл. 4, ст. 2б ове Конвенције.

Развијене земље и друге државе, наведене у Анексу II ове Конвенције, у обавези су да обезбеде нове и допунске изворе финансирања за покривање свих трошкова које земље у развоју, иначе стране уговорнице, имају у вези остваривања мера обухваћених ст. 1, чл. 4 Конвенције.<sup>133</sup>

Осим тога, све државе у обавези су и да државама у развоју које су нарочито осетљиве на штетне утицаје промена климе<sup>134</sup> обезбеде потребна новчана средства како би се што "бебзолније" прилагодиле на такве прилике,<sup>135</sup> као и да предузму све практичне кораке у правцу трансфера еколошки безопасних технологија земаљама у развоју.<sup>136</sup>

За државе из Централне и Источне Европе предвиђена је флексибилност у испуњавању уговорних обавеза, с обзиром на то да се налазе у процесу преласка на тржишну економију.<sup>137</sup>

Испуњавање обавеза из Конвенције земаља у развоју условљено је реализацијом обавеза развијених земаља у погледу обезбеђења новчаних средстава и преноса еколошки "чистих" технологија.<sup>138</sup>

Оквирну конвенцију Уједињених нација о промени климе до сада су ратификовале сто деведесет две стране уговорнице, укључујући и Европску заједницу.<sup>139</sup> И Република Србија је једна од држава која је ратификовала ову Конвенцију 1997. године.<sup>140</sup>

### **б) Протокол уз Оквирну конвенцију Уједињених нација о промени климе**

На трећој конференцији страна уговорница Оквирне конвенције Уједињених нација о промени климе, одржаној у Кјоту 1997. године, усвојен је Протокол, као посебан правни документ којим се ближе прецизирају права и обавезе страна уговорница Конвенције. Ступио је на правну снагу тек 2005. године, будући да је његова примена била условљена ратификацијом, прихватањем, одобрењем или приступањем најмање педесет пет страна

<sup>133</sup> Видети чл. 4, ст. 3 ове Конвенције.

<sup>134</sup> Климатским променама нарочито су погођене земље у развоју које се налазе на малим острвима у Пацифику. Иако је њихово учешће у светској производњи гасова са ефектом стаклене баште само 0,6%, оне негативне ефекте ових гасова највише "осећају". Пораст температуре води ка повећању нивоа воде које узрокују поплаве, оне пак воде нестанку извора слатке воде, смањењу производње хране и лаганом, али сигурном потонућу острва. О адаптацији на климатске промене земаља у развоју које се налазе на малим острвима опширније видети код L. Nurse and R. Moore, *Adaptation to Global Climate Change: An Urgent Requirement for Small Island Developing States*, RECIEL 14 (2), 2005, стр. 100-107.

<sup>135</sup> Видети чл. 4, ст. 4 ове Конвенције.

<sup>136</sup> Видети чл. 4, ст. 5 ове Конвенције.

<sup>137</sup> Видети чл. 4, ст. 6 ове Конвенције.

<sup>138</sup> Видети чл. 4, ст. 7 ове Конвенције.

<sup>139</sup> Подаци наведени на сајту [http://unfccc.int/essential\\_background/convention/status\\_of\\_ratification/items/2631.php](http://unfccc.int/essential_background/convention/status_of_ratification/items/2631.php)

<sup>140</sup> Закон о потврђивању Оквирне конвенције Уједињених нација о промени климе са анексима објављен је у "Сл. листу СРЈ – Међународни уговори", бр. 2/1997.

уговорница Конвенције, међу којима су морале бити и оне државе из Анекса I ове Конвенције, чији је удео у укупним емисијама угљен-диоксида за 1990. годину износио најмање 55%.<sup>141</sup>

Кјото протокол обавезује државе, наведне у Анексу I Конвенције, да својим активностима, појединачно или заједнички, обезбеде да њихове кумулативне антропогене емисије гасова са ефектом стаклене баште, изражене преко угљен-диоксида као еквивалента, неће прећи прописане количине, тј. да оне морају бити смањене за 5% у односу на 1990. годину, у периоду од 2008 до 2012. године.<sup>142 143</sup>

Протокол, истовремено, налаже странама уговорницама, наведним у Анексу А Конвенције, да већ до 2005. године морају учинити приметан напредак у реализацији својих обавеза из Протокола.<sup>144</sup>

Иако је као референтна година за процену нивоа емисија гасова са ефектом стаклене баште наведена 1990. година, Протокол омогућава државама, наведеним у Анексу I Конвенције, које се налазе у процесу преласка на тржишне услове пословања, ако је то у њиховом интересу, да за извршавање својих обавеза из Протокола за основу имају неку другу годину или период који није 1990. година.<sup>145</sup>

Кјото протокол, у свом Анексу Б, тачно одређује за све стране уговорнице Конвенције из Анекса I проценат смањења емисија гасова стаклене баште, наведених у Анексу А Протокола.<sup>146 147</sup>

Овај Протокол, осим тога, дозвољава свакој држави, наведеној у Анексу I Конвенције, да има право, када је реч о флуор-угљоводонику, перфлуор-угљоводонику и сумпор-хексафлуориду, да ниво њихових емисија прорачунава на бази 1995. године.<sup>148</sup>

Анекс А Протокола јасно одређује да се у погледу редукције емисија имају у виду следећи гасови: угљен-диоксид, метан, азот-субоксид, халогено-угљоводоници, перфлуор-хексафлуорид и сумпор-хексафлуорид.

Којото протокол у свом чл. 2 јасно ставља до знања уговорним странама да креирање политике и мера за постизање наведних циљева мора бити у

<sup>141</sup> Видети чл. 25, ст. 1 овог Протокола.

<sup>142</sup> Видети чл. 3 овог Протокола.

<sup>143</sup> На Конференцији о климатским променама, одржаној у Бечу, августа месеца ове године, поред осталог, закључено је да би се избегле катастрофалне прогнозе Међувладиног панела о климатским променама (IPCC) о утицају гасова са ефектом стаклене баште на животну средину потребно је индустријски развијене земље изврше редукцију ових гасова за читавих 25%–40%, у односу на ниво из 1990. године. О томе опширније видети на сајту <http://www.unfccc.int>

<sup>144</sup> Видети чл. 3, ст. 2 овог Протокола.

<sup>145</sup> Видети чл. 3, ст. 5 овог Протокола.

<sup>146</sup> Видети чл. 3, ст. 7 овог Протокола.

<sup>147</sup> Из извештаја Европске агенције за екологију, међутим, може се закључити да је већ 2005. године емисија гасова са ефектом стаклене баште смањена за 8% процената. Детаљније о томе видети [на сајту \[http://www.cfr.org/publication/13640/g8S\\\_gradual\\\_move\\\_loward\\\_pstkyoto\\\_climate\\\_change\\\_policy.html?breadcrumb=%Ffissue%2F20%climate\\\_change\]\(http://www.cfr.org/publication/13640/g8S\_gradual\_move\_loward\_pstkyoto\_climate\_change\_policy.html?breadcrumb=%Ffissue%2F20%climate\_change\)](http://www.cfr.org/publication/13640/g8S_gradual_move_loward_pstkyoto_climate_change_policy.html?breadcrumb=%Ffissue%2F20%climate_change)

<sup>148</sup> Видети чл. 3, ст. 8 овог Протокола

складу са околностима сваке државе узете понаособ. При том, нарочито се имају у виду следеће мере: повећање енергетске ефикасности у релевантним секторима националне економије, заштита и повећање понора и резервоара гасова са ефектом стаклене баште, унапређење одрживих форми пољопривреде, унапређење, истраживање и употреба нових и обновљивих облика енергије, ограничавање или смањење емисија гасова са ефектом стаклене баште у сектору саобраћаја, ограничење или смањење емисија метана итд.<sup>149</sup>

Од страна уговорница Протокола захтева се сарадња у правцу повећања индивидуалне или заједничке ефикасности њихових политика и мера, кроз предузимање одговарајућих корака ка размени искуства и информација, укључујући и развојне начине побољшања њихове успоредивости, транспарентности и ефикасности.<sup>150</sup>

За остварење постављених циљева Протокол странама уговорницама налаже коришћење флексибилних инструмената: заједничку имплементацију, тзв. механизам чистог развоја и трговину емисијама. Основна нит која се провлачи кроз ове институте јесте смањење нивоа емисија гасова са ефектом стаклене баште на економски најисплативији начин по индустријски развијене државе.<sup>151</sup>

Кјото протокол у свом чл. 6 одређује да стране уговорнице, наведене у Анексу I Конвенције, могу у сврху испуњавања својих обавеза вршити пренос или примати од било које друге државе, наведене у овом Анексу, јединице смањења емисије настале из пројеката којима је циљ смањивање емисија гасова са ефектом стаклене баште или њихово интензивније антропогено уклањање из атмосфере, путем понора, у било којем сектору привреде.

Механизам чистог развоја, регулисан у чл. 12 Протокола, дозвољава државама, наведеним у Анексу I Конвенције, да финансирањем пројеката који имају за циљ редукацију гасова са ефектом стаклене баште у земљама у развоју, допринесу испуњавању дела сопствених обавеза под повољнијим економским условима, омогућавајући при том тим државама да остваре циљеве Конвенције и допринесу њиховом одрживом развоју.

У циљу потпуне реализације обавеза индустријски развијених земаља, наведених у Анексу Б Протокола, омогућена је међународна трговина емисијама, тј. куповина или продаја додељених емисијских квота гасова стаклене баште које нису искоришћене. Према чл. 17 овог правног документа, трговина емисијама мора бити потпомогнута домаћим акцијама сваке државе посебно, у циљу редукације емисија гасова са ефектом стаклене баште.<sup>152</sup>

<sup>149</sup> Опширније о томе видети код Ph. Sands – P. Galizzi, op. cit., стр. 154.

<sup>150</sup> Видети чл. 2, ст. 1, тач. б овог Протокола.

<sup>151</sup> О томе детаљније видети код P. Birnie – A. Boyle, op. cit., стр. 527-529.

<sup>152</sup> Трговина емисијама гасова стаклене баште снажно је подржана од стране САД која на том плану има искуство у погледу емисија сумпор-диоксида. Насупрот томе, трговини емисијама

Све државе, стране уговорнице, у обавези су да, без обзира на свој статус, а узимајући у обзир заједничке или издиференциране одговорности и њихове специфичне националне и регионалне приоритете развоја, и даље унапређују имплементацију обавеза преузетих Конвенцијом, у циљу остваривања одрживог развоја. За државе у развоју Кјото протокол не предвиђа нове обавезе.<sup>153</sup>

Кјото протокол до сада су ратификовале сто седамдесет четири државе и Европска заједница.<sup>154</sup> САД, иако се сматра једним од највећих емитера гасова са ефектом стаклене баште (мада има изгледа да их убрзо сустигне Кина) нису прихватиле овај Протокол, са образложењем да он може имати штетног ефекта на америчку економију.<sup>155 156</sup>

Република Србија ратификовала је Кјото протокол 2007. године.<sup>157</sup>

### в) Маракешки споразум

Иако су Кјото протоколом скициране главне карактеристике његовог механизма, у овом правном документу није објашњено како ће се примењивати сва његова важна правила. То је представљало значајну препреку његовом ступању на правну снагу, јер велики број држава није желео да га ратификује будући да није имао јасну слику о примењљивости његових решења. Због тога је на седмој конференцији страна уговорница Конвенције, одржаној у Маракешу (Мароко) 2001. године, усвојен

---

супротставиле су се Кина и група од седамдесет седам држава у развоју. Детаљније о томе видети код Ph. Sands, op. cit., стр. 372-373.

<sup>153</sup> Видети чл. 10 овог Протокола.

<sup>154</sup> Подаци наведени на сајту: [http://unfccc.int/kyoto\\_protocol/background/status\\_of\\_ratification/items/2613.php](http://unfccc.int/kyoto_protocol/background/status_of_ratification/items/2613.php)

<sup>155</sup> О томе опширније видети на сајту

[http://www.cfr.org/publication/13640/g8S\\_gradual\\_move\\_loward\\_pstkyoto\\_climate\\_change\\_policy.htm](http://www.cfr.org/publication/13640/g8S_gradual_move_loward_pstkyoto_climate_change_policy.htm)

?&breadcrumb=%2Fissue%2F20%2Fclimate\_change

<sup>156</sup> И поред тога, САД учествује у великом броју међународних акција за решавање проблема климатских промена. Штавише, будући да поједине америчке државе (нпр. Тексас, Калифорнија, Охајо и Пенсилванија) имају много већи ниво емисија гасова стаклене баште него ли многе мале индустријски развијене земље (нпр. Белгија, Холандија, Данска итд.) оне, независно од генералног става федералне државе, предузимају конкретне активности у правцу смањења емисија ових гасова. Тако, држава Њу Јорк планира смањење емисија гасова са ефектом стаклене баште за 5% до 2010. године, односно за 10% до 2020. године, узимајући за полазну основу ниво емисија ових гасова у 1990. години. Држава Калифорнија иде још даље у борби за заштиту климе, одређујући смањење емисија ових гасова за 2010. годину на ниво емисија из 2000. године, за 2020. годину на ниво емисија из 1990. године, а за 2050. годину пак предвиђа да емисије ових гасова буду смањене за 80% у односу на ниво емисија из 1990. године. О томе опширније видети код J. Gupta, Legal Steps Outside the Climate Convention: Litigation as a Tool to Address Climate Change, RECIEL, 16 (1), 2007, стр. 86-87.

<sup>157</sup> Закон о потврђивању Кјото протокола уз Оквирну конвенцију Уједињених нација о промени климе објављен је у "Сл. гласнику РС", бр. 88/2997.

Маракешки споразум (Marrakech Accords)<sup>158</sup> којом су установљена детаљна "упутства" за примену Протокола.

Маракешки споразум заправо представља пакет од укупно тридесет девет одлука. Главница тих одлука односи се на ефикасну примену флексибилних института Протокола: заједничке имплементације, механизма чистог развоја и трговине емисијама, као и на санкције за непоштовање одредаба самог Протокола.<sup>159</sup>

За разлику од Кјото протокола који кроз примену механизма заједничке имплементације, чистог развоја и трговине емисијама акценат ставља на редукацију гасова са ефектом стаклене баште на економски најисплативији начин, Маракешки споразум потенцира предузимање акција смањивања емисија ових гасова које би се одвијале унутар самих држава, као значајном елементу у напору земаља, наведених у Анексу I Конвенције, да испуне своје циљеве из Протокола.<sup>160</sup>

### Закључна разматрања

Потписивање и ратификација Конвенције о прекограничном загађивању ваздуха на великим удаљеностима, Конвенције о заштити озонског омотача, Оквирне конвенције Уједињених нација о промени климе и њихових пратилаца, протокола, од стране великог броја држава у свету јасно показује забринутост човечанства за евидентно крупне промене у ваздуху, озонском омотачу и клими, настале углавном антропогеним активностима. Међутим, одбијање највећих загађивача и уједно најбогатијих земаља у свету, као што су САД и Аустралија, да потпишу Кјото протокол и отпор вредносим и временским лимитима за смањење нивоа емисија гасова са ефектом стаклене баште од стране појединих земаља у развоју, чије привреде такође дају велики допринос у загађивању атмосфере, као што су Индија и Кина, недвосмислено потврђује колико заправо претеже економски интерес у односу на глобалну потребу очувања животне средине.

Без изузетака, сви међународноправни документи о заштити атмосфере у први план стављају обавезе држава, страна уговорница, у правцу умањења штетних ефеката антропогених активности: ограничењем или анулирањем производње и потрошње одређених конторлисаних супстанци или пак редукацијом гасова са ефектом стаклене баште.

Садржина конвенција и њихових протокола, међутим, показују да је степен примењивости њихових одредаба искључиво у рукама држава потписница, будући да ниједан од ових правних докумената (осим Оквирне конвенције Уједињених нација о промени климе и Кјото протокола) не предвиђа одговорност за настале штете атмосфери и да само од страна

<sup>158</sup> Интегрални текст овог Споразума може се наћи на сајту [unfccc.int/cop7/documents/accords\\_draft.pdf](http://unfccc.int/cop7/documents/accords_draft.pdf)

<sup>159</sup> О томе опширније видети код Ph. Sands – P. Galizzi, op. cit., стр. 179-181.

<sup>160</sup> Детаљније о томе видети на сајту [http://unfccc.int/kyoto\\_protocol/mechanisms/items/1673.php](http://unfccc.int/kyoto_protocol/mechanisms/items/1673.php)



уговорница зависи да ли ће ставити у погон одговарајуће механизме (код Монреалског и Кјото протокола) за непримењивање њихових решења.

Републици Србији предстоји, ради потпуног укључивања у међународне токове правне заштите атмосфере, потписивање и ратификација преосталих седам протокола Конвенције о прекограничном загађивању ваздуха на великим удаљеностима и усвајање Закона о ваздуху, којим би био обезбеђен савремен приступ у решавању проблема заштите ваздуха.



UDK: 347.131.2



**НОВЕ ЕВРОПСКЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У ПРАВУ  
О ЗАСТАРЕЛОСТИ И ОДРЕЂИВАЊУ  
РОКОВА ЗАСТАРЕЛОСТИ**

**Ивана Симоновић,**

---

*Асистент – приправник Правног факултета у Нишу*





## НОВЕ ЕВРОПСКЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У ПРАВУ О ЗАСТАРЕЛОСТИ И ОДРЕЂИВАЊУ РОКОВА ЗАСТАРЕЛОСТИ

### Уводна разматрања

Међу чињеницама за које право везује одређена правна дејства значајно место припада протеку времена. Уобичајено се протек времена сврстава у групу тзв. догађаја – правних чињеница које настају независно од људске воље, а дејство производе непосредно на основу закона.

Протек времена је важна правна чињеница, која у грађанском праву има посебан значај.

На грађанскоправне односе време може утицати тако да створи једно субјективно право, да га измени или угаси. Редовно, овакво – стваралачко или рушилачко - дејство време не изазива само, већ у садејству са другим правнорелевантним чињеницама. У таквом чињеничном скупу, време је допунска чињеница која, у склопу других, утиче на велики број грађанских субјективних права.

Једна од правних установа код којих утицај времена на право долази до пуног изражаја јесте застарелост. Реч је о старом правном институту, који је, као и протек времена, од утицаја у многим областима права – кривичном, грађанском, управном. Застарелост, ипак, посебно значајну улогу има у грађанском праву, и то у оном његовом делу који се бави регулисањем свакодневних активности појединаца предузетих ради задовољења сопствених материјалних и духовних потреба. Реч је о облигационим - односима свакодневице којима је неопходно створити услове за несметано заснивање, развијање и гашење. Неиспуњење или закаснило испуњење обавезе, као и незаинтересованост повериоца за вршење права, доводи до несклада између фактички постојећег, са једне, и жељеног правног стања, са друге стране. Са гледишта правне сигурности, овакав несклад није пожељан. Зато се право побринуло да наведено одступање отклони и да фактичком да правни основ за његово даље постојање. Застарелост је само једна од правних установа која треба да послужи овом циљу - елиминисању правне несигурности и неизвесности које увек прате несклад фактичког и правног.

Институт застарелости је у српском праву регулисан Законом о облигационим односима<sup>1</sup>. Од његовог доношења, 1978. године, у овој материји само је једном извршена законодавна интервенција - 1993. године, када је општи рок застарелости продужен са пет на десет година.<sup>2</sup> У осталом делу, норме о застарелости важе већ тридесет година, за које време су углавном издржале и практичну и теоријску проверу. У раду ћемо анализирати ове одредбе да бисмо утврдили да ли се оне и даље могу примењивати неизмењене или очекивана кодификација грађанског права, која би требало да значи и његову реформу и осавремењивање, треба да их подвргне ревизији.

У уводном делу рада дати су појам, обележја и циљеви застарелости. Централни део рада бави се позитивноправним уређењем застарелости, које је на одговарајућим местима упоређено са решењима из важнијих европских грађанских кодификација, пре свега из Немачког грађанског законика<sup>3</sup>.

Године 2001. у Немачкој је започета опсежна реформа облигационог права на основу Закона о модернизацији облигационог права<sup>4</sup>. Непосредан повод за реформу била је потреба да се одређене директиве ЕУ које се односе на облигационоправне односе укључе у законик, мада је и раније било више пројеката реформе. У склопу реформе из 2001. г. институт застарелости је претрпео значајне садржинске измене. Право о застарелости сада има потпуно другачију систематику и нова, модерна решења. Једно од значајнијих је и веома кратак општи рок застарелости од свега три године.<sup>5</sup>

Разматрана су и правила о застарелости из Принципа европског уговорног права.<sup>6</sup> Ради се о принципима насталим услед потребе хармонизације уговорног права, којом би се превазишле разлике у националним правима земаља Европске уније и отклониле препреке у ефикасном пословању субјеката из различитих земаља<sup>7</sup>. Њихова вредност, ипак, није само у конкретним правилима којима уговорне стране могу да подвргну свој уговорни однос. Далеко је значајније што Принципи могу послужити и као основа за будуће европско уговорно право, због чега их треба посматрати као први корак ка унификацији уговорног, па и читавог

<sup>1</sup> „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93. У даљем тексту: ЗОО.

<sup>2</sup> Члан 34. Закона о изменама и допунама Закона о облигационим односима („Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93).

<sup>3</sup> Bürgerliches Gesetzbuch, од 18. августа 1896. г. У даљем тексту: BGB.

<sup>4</sup> Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, објављен у „Савезном службеном листу“ 11. новембра 2001. г., а ступио на снагу 1. јануара 2002. г. В: BGBl. I 2001, стр. 3138 – 3218.

<sup>5</sup> Године 2004. донет је Закон о усклађивању прописа о застарелости са Законом о модернизацији облигационог права (Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts), који је омогућио пуну примену нових правила о застарелости.

<sup>6</sup> Principles of the European Contract Law, скраћено: PECL, позната и као „Оле – Ландо“ начела.

<sup>7</sup> Уговорним странама се нуде необавезујућа неутрална правила за уређење сопственог уговорног односа. Правила нису базирана ни на једном националном правном систему, већ су створена на основу најбољих решења о одређеном питању која нуде права држава чланица ЕУ, понекад и права земаља које нису у њеном саставу.

грађанског права у Европи. Намеђени су првенстено субјектима из ЕУ, али могу послужити и као инспирација законодавцима оних земаља које се припремају за чланство у ЕУ и које се налазе у процесу реформе права и његовог усклађивања са потребама тржишне економије. Србија је једна од тих земаља. Упоредбе са овим савременим правилима треба да покаже да ли норме о застарелости из ЗОО, у битно измењеном правном окружењу, и даље одговарају савременим трендовима развоја права или је потребно да буду усклађене са европским законодавством.

## 1. Појам и оправдање застарелости

Застарелост представља губитак права на принудно – судским путем остварење обавезе по истеку одређеног времена и под законом одређеним условима. У основи застарелости лежи идеја да се повериоцу остави одређено примерено време у коме може захтевати од дужника да испуни обавезу. Ако ово време безуспешно протекне, јер поверилац није захтевао испуњење обавезе, а у томе није био спречен одређеним објективним и извињавајућим околностима, он губи могућност судског остварења захтева. Постојећи несклад између правног и фактичког отклања се на тај начин што се фактичком, правно неусклађеном стању, даје преимућство над правним стањем. Поверилац „губи“ право, дужник се ослобађа обавезе.<sup>8</sup> Застарелост се, дакле, јавља као средство заштите дужника и као својерсна казна за немарног повериоца. Чиме оправдати овакве, за повериоца тешке последице? У правној теорији се уобичајено истичу разлози правног мира, правне сигурности и извесности (јасноће) у правним односима.

<sup>8</sup> Застарелост дефинисана као губитак захтева за принудним остварењем потраживања израз је „рушилачког“ утицаја протека времена на правне односе. Насупрот њој, постоји одржај, у коме време има моћ да створи право, дакле, да делује стваралачки. Одржај је начин стицања неких стварних права, пре свих – права својине. Старија правна теорија је оба института третирала јединствено и означавала их заједничким називом „застарелост у ширем смислу“. Одржај је био начин стицања права (praescriptio acquisitiva), а застарелост у ужем смислу начин да право престане (praescriptio extinctiva). Институт је на исти начин уређен и у неким кодификацијама 19. века, попут француског Code civil (чл. 2219) и аустријског ABGB (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 1451 и 1452). Српски грађански законик (у даљем тексту: СГЗ) у основи је преузео решења свог извора и узора. (О развоју застарелости в. у: А. Чубински, „Застарелост у грађанском праву“, Београд, 1927, стр. 24 – 112). У новије време преовладава став да су застарелост и одржај две одвојене и самосталне институције. Чињеница да им је време заједнички конститутивни елемент није довољна да се третирају као једна правна установа са два појавна облика. Свака од њих има своје специфично дејство. Застарелост даје дужнику право да трајно ускрати испуњење обавезе, што је за повериоца исто као и губитак права; одржај је начин стицања неких стварних права. Посебан је и домен њихове примене: прва делује у области облигационог права, друга у стварном праву. Новији грађански законици следе ово схватање и правила о застарелости, односно одржају излажу независно једна од других и посебно. BGB лоцира правила о застарелости у општем делу, у првој од пет књига, у §§ 194 – 218. Одржај је регулисан у трећој књизи (Sachenrecht), у §§ 937 – 945. И у нашем праву они су регулисани одвојено. Застарелост је уређена Законом о облигационим односима (чл. 360 – 393), док су одредбе о одржају у Закону о основама својинскоправних односа (чл. 28 – 30).

Невршење права кроз дужи период оправдано у свести средине где је требало вршити право ствара утисак да поверилац или нема право (никада га није ни стекао или је оно престало да постоји) или нема интереса да га врши. У првом случају застарелост штити дужника од испуњења недугованог, односно већ испуњеног.

Губитак права које за свог имаоца није ни од каквог интереса и којим он не постиже никакав циљ такође је оправдан. Неоправдана пасивност повериоца и занемаривање властитих овлашћења оправдава став друштва и права да му се ускрати право на заштиту, јер би закаснило вршење права унело у правне односе непотребну узнемиреност и несигурност, што је увек повод дугим споровима. Застарелост треба да заштити оне од којих се захтева испуњење обавеза давно насталих, а чије се испуњење тешко може доказати, јер су изгубљена доказна средства о томе (признанице) или сведоци нису више живи или се не могу пронаћи. У јавном је интересу такође да се судови растерете парница о правним односима који се тешко или се уопште не могу разјаснити, јер њихов исход зависи од низа случајности.

Овде се одмах поставља и једно етичко питање. Очигледно је да је овакво дејство застарелости привилегија за дужника. Има, међутим, и несавесних дужника, који, у очекивању да обавеза застари, намерно одуговлаче са њеним испуњењем. Да ли је оправдано (морално и правично, чак) дозволити и таквом дужнику да се користи погодностима застарелости? У праву важи принцип да нико не може имати користи од својих нечасних поступака. Непоштено поступање треба казнити, а не још и награђивати! Сматра се, међутим, да правни поредак мора да преузме и овакав ризик. У конципирању правних правила као пројекција пожељног понашања, полази се од оног што уобичајено бива. Тако је и са правилима о застарелости. Дужници по правилу испуњавају своје обавезе уредно и на време. Правило је и да је поверилац заинтересован да оствари своје потраживање, па одговарајућим мерама спречава да наступи застарелост (опоменом дужника, подизањем тужбе и слично). Ако поверилац не тражи испуњење обавезе, јер је она већ испуњена, тада застарелост само правно потврђује оно што фактички већ постоји. Позивањем на застарелост дужник ће са успехом одбити евентуалан повериочев захтев да поново испуни обавезу. Ако је разлог повериочевог пропуштања у немарности, и тада је оправдано ускратити му судско остварење права. Његова немарност се изједначава са кривицом. Правни поредак нема интереса да штити оне који се сами, без оправданог разлога, не брину о остварењу и заштити својих права.

Са друге стране, постоје и такве околности које указују на нескривљену, објективну немогућност вршења права. Оне се не могу уписати у кривицу повериоцу, па, док оне постоје, рок застарелости не тече (наступа прекид или застој, у зависности од околности која је сметња за ток рока). Поверилац ће моћи и касније да врши право, јер ове околности спречавају да застарелост наступи. На овај начин, право води рачуна и о оправданим интересима овлашћеног лица.



## 2. Застарелост у српском праву

Застарелост потраживања као део облигационог права регулисана је релативно рано - Законом о застарелости потраживања.<sup>9</sup> Закон је примењиван пуних двадесет и пет година, до ступања на снагу Закона о облигационим односима, и за то време издржао је критику и теорије и праксе. Већина његових одредаба због тога је и преузета у Закону о облигационим односима, који данас представља формални извор права о застарелости.<sup>10</sup> Правила о застарелости из ЗОО односе се на облигационе односе без обзира на њихов извор (изјава воље, проузроковање штете, неосновано обogaћење, пословодство без налога) и њен садржај (чинида се може састојати у давању, чињењу, пропуштању или трпљењу). Ова правила имају карактер општих и примењују се и на облигационе односе уређене посебним законима, нпр. Законом о меници. Разуме се, ако посебан закон садржи специфична правила о застарелости потраживања што проистичу из односа њима регулисаних, она ће имати предност у примени, по принципу *lex specialis derogat legi generalis*. Примена општих правила из ЗОО могућа је само у вези са питањима о којима посебан закон нема одредаба.

Закон о облигационим односима предвиђа да застарелошћу престаје право захтевати испуњење обавезе. Застарелост наступа када протекне законом одређено време у коме је поверилац могао захтевати испуњење обавезе (чл. 360. ст. 1 и 2).

Два су битна елемента застарелости.

а) Први је невршење права, које треба да има одлике занемаривања, индолентности повериоца према властитом праву<sup>11</sup>. Начелно, имаоци права нису у обавези да их врше. Законодавац допушта да невршење права не изазива никакве последице, али само до истека одређеног времена. После тога наступа застарелост, јер јавни интерес захтева да се у дужничко - поверилачке односе унесе правна извесност и правни мир. Невршење права треба да је потпуно. Ако поверилац предузима неку радњу која значи остварење права ма у ком облику (обично је то подизање тужбе против дужника), рок застарелости се прекида и почиње да тече нови рок.

б) Други елемент је протек времена. Обично је у питању дужи период у коме се право није остваривало и који се назива рок застарелости. Рокови застарелости су одређени законом и имају карактер строгих рокова. Странама у облигационом односу није допуштено да одређују дуже или краће време за

<sup>9</sup> „Сл. лист ФНРЈ“, бр. 40/53 и 57/54.

<sup>10</sup> Застарелост није институт само облигационог права, јер своје дејство производи и у другим грађанскоправним односима. Реч је општем грађанскоправном институту, попут заступништва, који је, у недостаку грађанскоправне кодификације, регулисан Законом о облигационим односима. У очекиваном грађанском законик у застарелост треба да нађе место у општем делу, који садржи општа правила заједничка за све или већину односа грађанског права.

<sup>11</sup> О. Станковић у: О. Станковић – В. Водинелић, Увод у грађанско право, Београд, 2004, стр. 209.

застарелост одређено законом, нити да застарелост неће тећи одређено време (чл. 364. ЗОО). Овакви споразуми су ништави, па ће се, уместо уговореног дужег или краћег рока, применити онај одређен законом за конкретно потраживање.

У упоредном праву присутна су и другачија решења. Правило је да се не допушта продужавање рока застарелости. Ако би стране тако нешто и уговориле, примењује се најдужи законом одређени рок. Скраћивање рока, са друге стране, допуштено је. У немачком праву допуштени су споразуми о застарелости који се могу тицати рокова или околности које изазивају застој (Hemmung), престанак застоја (Ablaufhemmung) или почетак новог тока застарелости (Neubeginn). Neubeginn је нова установа у немачком праву о застарелости, уведена у склопу опсежне реформе облигационог права из 2001. године. Уместо досадашњег прекида (Unterbrechung), сада постоји тзв. почетак нове застарелости (Neubeginn), са истим последицама – време протекло до наступања неке од околности се брише, а по њиховом престанку застарелост почиње изнова тећи (§ 212 BGB). Разлика у односу на прекид је у смањеном броју околности које доводе до „обнављања“ застарелости. Само признање дуга и покретање извршног судског поступка или поступка пред другим надлежним органом ради реализације потраживања о коме је правноснажно одлучено изазива овакву последицу. Остале околности које су раније изазивале прекид, нпр. подизање тужбе за осуду дужника на испуњење дуга, сада могу изазвати само застој (Hemmung).<sup>12</sup> Поред тога што могу да скрате време потребно за наступање застарелости, уговорне стране га могу и продужити, с тим да оно не пређе онај крајњи рок застарелости који одређује законик и који износи 30 година. Споразум о року застарелости дужем од 30 година ништав је. Уместо уговореног дужег рока, примениће се законом предвиђени рок за ту врсту потраживања.<sup>13</sup> PECL допушта уговорно скраћивање или продужење рока, под условом да рок не буде краћи од једне нити дужи од тридесет година од тренутка почетка тока рока (чл. 14: 601).

в) Постоје две врсте рокова – општи и посебни. У општем року застаревају сва потраживања за која законом није предвиђен неки други рок. У нашем праву он износи 10 година (чл. 371. ЗОО). Посебни рокови предвиђени су за застарелост појединих врста потраживања и по правилу су краћи. Законом о облигационом односима њихова дужина је одређена на десет, пет, три и једну годину. Осим овим, посебни рокови су одређени и неким посебним законима, о чему треба водити рачуна код појединих врста облигационих односа.

Дужина општег рока различито је одређена у упоредном праву. За старије грађанске законике карактеристични су дужи рокови, углавном од

<sup>12</sup> Упоредити § 212. ст. 1. бр. 1 и 2 новог, и §§ 209 – 217 старог BGB. О томе више и у: M. Löhnig, „Fristen und Termine im Zivilrecht“, Berlin, 2006, стр. 105 – 128.

<sup>13</sup> О споразумима о застарелости у новом немачком праву о застарелости више у: P. Lakkis, „Die Verjährungsvereinbarung nach neuem Recht“, Archiv für die civilistische Praxis, Tübingen, H. 6/2003, стр. 763 - 785.

тридесет година.<sup>14</sup> У новијим кодификацијама овај рок је знатно краћи. У швајцарском праву, на пример, износи десет година. Интересантно је да је у немачком праву општи рок скраћен са тридесет на свега три године.<sup>15</sup> Исту дужину рока предвиђа и PECL (чл. 14: 201). У нашем праву ишло се обрнутим путем. Првобитно је и ЗОО предвиђао краћи, петогодишњи општи рок застарелости, за који се сматрало да је примеренији савременом правном и привредном промету и потреби брзог рашчишћавања дуговинских односа његових учесника.<sup>16</sup> Изменама Закона о облигационим односима извршеним у 1993. г. општи рок је продужен на десет година, колико је износио и по старом Закону о застарелости потраживања. Неповољне економске прилике, праћене општим осиромашењем грађана, оправдавале су овакву меру. Њоме су повериоци били заштићени од платежне неспособности дужника тако што су добили двоструко дужи рок за наплату својих потраживања пре него она застаре. Данас су економске прилике далеко боље, па се поставља питање даље оправданости овако дугог општег рока застарелости. Подсетимо да застарелост треба да омогући несметан правни и привредни промет, за које је незамисливо да поверилац може да тражи испуњење обавезе од дужника и после десет или више година од њеног настанка. Поверилац који дуже времена не тражи да дужник испуни обавезу излаже се ризику да због застарелости на крају и изгуби потраживање. Ако зна да му потраживање може застарити у једном кратком року, неће оклевати у његовој реализацији. Сматрамо да у Србији данас постоје услови, економски и правни, да се предвиди општи рок застарелости краћи од десет година. Дужина тог рока може одговарати оној коју предвиђа PECL, односно BGB (три године), или оној која је првобитно била прописана Законом о облигационим односима (пет година). Овај краћи рок омогућиће да институт застарелости оствари своју основну функцију коначног уређења дужничко – поверилачких односа. Свакако да за остварење овог циља нису довољни само кратки рокови застарелости. Важно је отклонити и друге препреке на које повериоци наилазе, посебно када потраживања остварују судским путем. Неопходно је да се парнични и извршни поступак учине ефикаснијим и једноставнијим. На том пољу већ су учињени први кораци, реформом парничне процедуре у

---

<sup>14</sup> Code civil и ABGB предвиђају рок од тридесет година. СГЗ је овде одступио од свог узора и прописао да потраживања застаревају у року од двадесет и четири године.

<sup>15</sup> Упоредити § 195 ранијег и § 195 сада важећег BGB.

<sup>16</sup> Видети: В. Станковић, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, „Застарелост“, Београд, 1978, стр. 963. Било је и другачијих мишљења заснованих на искуству судске праксе која је указивала на случајеве спорних односа насталих тек после више од пет година од застарелости потраживања, нарочито у сродничким и другим неформалним заједницама. Сматрало се да се потребе убрзаног правног промета боље могу задовољити одређивањем више јасно утврђених посебних, адекватно кратких рокова. Тако: Ј. Студин, Коментар Закона о облигационим односима, I, редактори Б. Благојевић и В. Круљ, Београд, 1980, стр. 844.

2004. години, али пракса показује да су дуге парнице и принудно извршење још увек правило, а не изузетак.<sup>17</sup>

У нашем праву рок застарелости може бити и дужи од десет година. То је случај са потраживањем накнаде штете проузроковане кривичним делом за који је предвиђен дужи рок застарелости кривичног гоњења. Ова потраживања не застаревају у року предвиђеном ЗОО, већ ће оштећени моћи да оствари свој захтев за накнаду штете према одговорном лицу све док не наступи застарелост кривичног гоњења за кривично дело којим је штета проузрокована (чл. 377. ст. 1. ЗОО). Уколико кривично гоњење за одређено кривично дело не застарева, не застарева ни захтев за накнаду штете њиме проузрокованом. Такав је случај са кривичним делима против човечности.

г) Закон о облигационом односима познаје и неколико посебних рокова у којима у пракси и застарева највећи број потраживања.

У року од три године застаревају: 1) повремена потраживања која доспевају годишње или у краћим временским размацама (чл. 372. ЗОО)<sup>18</sup>; 2) међусобна потраживања правних лица из уговора о промету робе и услуга, као и потраживања за издатке учињене у вези са овим уговорима (чл. 374. ЗОО)<sup>19</sup>; 3) потраживања закупнине, без обзира да ли се плаћа у једном износу или повремено (чл. 375. ЗОО); 4) потраживања накнаде штете, под условом да је проузрокована деликтном радњом (чл. 376. ст. 1 ЗОО). Ако је штета проузрокована повредом уговорне обавезе, захтев за њену накнаду застарева у року предвиђеном за застарелост те обавезе.

Рок застарелости од једне године предвиђен је за потраживања накнаде за испоручену електричну и топлотну енергију, воду и сличне комуналне услуге, ако су пружене домаћинству, за потраживања радио и тв станица,

---

<sup>17</sup> Основни захтеви који су избили у први план приликом рада на новом Закону о парничном поступку („Сл. гласник РС“, бр. 125/04) били су ефикасност и експедитивност свих процесних субјеката. Принцип суђења у разумном року, који је изричито прокламован као процесно начело (чл. 10), конкретизован је у низу одредаба усмерених на спречавање одуговлачења поступка (строже санкције за злоупотребу процесних овлашћења којима се поступак одуговлачи, нема мировања поступка ни продужавања судских рокова, ограничена могућност да се првостепена пресуда више пута укида и предмет враћа на поновно суђење само су неке од мера). Нови Закон о извршном поступку („Сл. гласник РС“, бр. 125/04) такође је усмерен на брзо и ефикасно спровођење извршења.

<sup>18</sup> Само право из кога проистичу ова потраживања застарева у року од пет година. Изузетно, право на законско издржавање не застарева, јер је сврха овог права да обезбеди егзистенцију особи која нема довољно средстава за живот. Оно је, са друге стране, ограниченог трајања, док постоји потреба издржаваног лица.

<sup>19</sup> Реч је о потраживањима која проистичу из уговора трговинског промета која закључују привредни субјекти. Ови се уговори закључују свакодневно и у великом броју, па се обавезе из њих морају извршавати благовремено да не би ометале правилно функционисање промета у овом домену. Зато се и од привредних субјеката, као професионалаца, очекује већа пажња и брже реаговање на закашњења дужника. То је правило и зато ова потраживања застаревају у краћем року.

поште, телеграфа и телефона, претплате на повремене публикације (чл. 378. ЗОО).<sup>20</sup>

Посебан рок предвиђен је и за сва потраживања која су утврђена правноснажном одлуком суда или другог надлежног органа или поравнањем склопљеним пред њима. Он износи десет година (чл. 379. ст. 1. ЗОО). Иако се у погледу дужине поклапа са општим роком, ипак је реч о посебном року застарелости, јер је закон изричито издвојио оваква потраживања у посебну групу.

Посебни рокови утврђени су и за потраживања из уговора о осигурању. Износе три или пет година, зависно од врсте уговора о осигурању (чл. 380. ЗОО).

д) Почетак тока рока у нашем праву одређује се на основу објективног критеријума, а то је дан настанка захтева повериоца према дужнику, односно дан доспелости потраживања. Тада се „рађа“ тужба (*actio nata est*), јер поверилац тек од тога дана може захтевати да дужник испуни обавезу. Ради се о тзв. року догађају, па дан у који обавеза доспева није меродаван за почетак тока рока. Рок почиње да тече првог наредног дана после дана у који пада догађај релевантан за застарелост (доспелост потраживања).<sup>21</sup>

За почетак тока рока може бити релевантна и нека субјективна околност. Додавање субјективног критеријума наведеном објективном може бити правило за сва потраживања или важити само за нека законом одређена. У немачком праву правило је да се почетак тока рока одређује на основу оба критеријума, који морају бити испуњени кумулативно. Рок почиње да тече на крају године у којој је настао захтев повериоца према дужнику, што се поклапа са доспелошћу обавезе -објективно мерило, и поверилац сазнао за околности на којима се заснива његов захтев и за личност дужника или је, грубом непажњом, пропустио да сазна за ове околности - субјективно мерило (§ 199. ст. 1. BGB). Везивање почетка тока рока за једну субјективну околност представља компензацију за значајно скраћен општи рок застарелости. Рок застарелости се овако продужава, јер често ови критеријуми не бивају испуњени истовремено. Поверилац на овај начин добија додатно „време за одлучивање“ о мерама које ће предузети према дужнику, односно једну фер

<sup>20</sup> Ради се о комуналним и другим услугама које се пружају континуирано, а плаћају месечно или у другим кратким роковима. Да се неиспуњене обавезе не би гомилале и отежавале положај дужника, овим једногодишњим роком повериоци су стимулирани да благовремено захтевају наплату. Овде застарелост тече одвојено за свако потраживање и не прекида се нити ако су испоруке продужене, нити ако неко касније потраживање буде исплаћено.

<sup>21</sup> Члан 361. ст. 1. ЗОО. За обавезе на *date* или *facere* рок почиње од првог дана после оног у коме је требало да дужник испуни обавезу. Редовно, захтев за испуњење настаје истовремено са закључењем уговора, јер поверилац може одмах захтевати испуњење обавезе, а дужник да то испуњење поверилац и прими. Ако је обавеза условљена или орочена, захтев се може реализовати тек када се услов испуни, односно истекне одложни рок. Код обавеза са раскидним роком, застарелост почиње одмах. Ако се обавеза састоји у трпљењу (*pati*) или пропуштању (*non facere*), застарелост почиње да тече првог дана од дана када је дужник поступио противно својој обавези (чл. 361. ст. 2. ЗОО).

шансу за остварење свог захтева. Са друге стране, зависност почетка рока од сазнања повериоца за релевантне околности може довести до тога да застарелост не почне ни дуго пошто је захтев настао (на пример, код захтева за накнаду штете). Због тога су одређени крајњи рокови за наступање застарелости, који се мере искључиво на основу објективног критеријума, и који износе тридесет или десет година, зависно од врсте потраживања.<sup>22</sup> Они су у функцији заштите дужника и очувања правног мира. О субјективној околности води рачуна и PECL, али на другачији начин. За почетак тока општег рока довољно је да је потраживање повериоца доспело. Уколико повериоцу у том тренутку нису познати и личност дужника или околности од којих зависи његов захтев, наступа застој, па ће рок моћи да започне тек пошто се ове сметње отклоне.<sup>23</sup>

У нашем праву о субјективном критеријуму се води рачуна само код застарелости захтева за накнаду штете. Овде се сусрећемо са три рока различитог трајања и са различитим моментима почетка тока. Први рок је субјективан и почиње да тече од дана када је оштећени сазнао или је могао, разумно поступајући, сазнати за штету и лице које је штету учинило.<sup>24</sup> Други рок је објективан. Почиње да тече дан после настанка штете. Има карактер апсолутног рока, јер потраживање накнаде штете застарева у сваком случају у овом, петогодишњем року (чл. 376. ст. 2. ЗОО). Ова два рока важе за штету проузроковану повредом опште забране наношења штете другоме (чл. 16.

<sup>22</sup> § 199. ст. 2 – 4. BGB. Захтев за накнаду штете због повреде најзначајних личних добара (живот, тело, здравље и слобода) застарева у року од 30 година од проузроковања штете, а због повреде других добара или у року од 10 година од настанка захтева (а да би захтев настао неопходно је да је настао макар један део штете) или у року од 30 година од штетног догађаја. Захтев за пренос права својине на земљишту или за заснивање, пренос или укидање ограничених стварних права (на пример, хипотеке или земљишног дуга) застарева у року од 10 година од настанка захтева. Захтеви који произлазе из права својине или других стварних права застаревају у року од 30 година. У истом року застаревају и захтеви из породичноправних и наследноправних односа. Према PECL, максимална дужина рока застарелости је 10 година, осим за потраживања накнаде штете изазване телесном повредом, која застаревају у крајњем року од 30 година (чл. 14: 307).

<sup>23</sup> Видети чл. 14: 203 и чл. 14: 301 PECL.

<sup>24</sup> Члан 376. ст. 1. ЗОО. Сазнање за штету нарочито подразумева сазнање о њеном обиму. Обим штете не мора бити познат одмах када је настао штетни догађај. То је нарочито случај са штетом изазваном телесном повредом или нарушењем здравља. Материјалну штету овде представљају трошкови лечења, изгубљена зарада због привремене неспособности за рад док је трајало лечење, као и зарада коју повређени губи због делимичне или потпуне неспособности за рад која је настала као последица повреде (чл. 195. ЗОО). Обим штете могуће је утврдити тек пошто се заврши лечење и утврди колики је степен неспособности за рад оштећеног, односно колике су последице које су проузроковане повредом. Рок застарелости захтева за накнаду нематеријалне штете почиње тећи од дана када су поједини видови штете (страх, душевни болови, физички бол) добили облик коначног стања. Према ставу судске праксе, за болове застарелост почиње тећи од престанка болова, за страх од престанка страха, за душевне болове због умањења животне активности од завршетка лечења и сазнања за постојање смањене животне активности (Окружни суд у Пожаревцу, Гж. 497/97 од 17. априла 1997. г. ЗСО, Београд, 2000, стр. 315, од. бр. 2665). Сазнање о учиниоцу подразумева и сазнање за лице које је према правилима одштетног права дужно да штету накнади уместо починиоца штете који је деликтно неодговоран.

300). За уговорне штете, настале повредом уговорне обавезе, примењују се правила о застарелости која важе за ту обавезу. То важи и за рачунање рокова (чл. 376. ст. 3. 300).

Рок застарелости истиче протеком последњег дана законом одређеног времена. Поставља се питање да ли се на овај рок може применити опште правило о продужавању рока на први наредни радни дан у случају да последњи дан рока пада у дан када суд не ради (чл. 77. ст. 3. 300). У литератури је изражено мишљење да ово правило не важи, јер су рокови застарелости уређени посебним законским одредбама које нити предвиђају продужавање рокова у таквој ситуацији нити упућују на сходну примену општих правила.<sup>25</sup> У одговору на ово питање треба имати у виду процесна правила о рачунању рокова. Закон о парничном поступку из 2004. г. садржи ново правило о продужавању рокова и када је посебним прописима предвиђен рок за подизање тужбе (преклузивни рок) или рок застарелости, а последњи дан рока пада у дан када суд не ради.<sup>26</sup> У овом случају рок истиче протеком првог наредног радног дана. Овом одредбом је отклоњена дилема у судској пракси, која је била склона да продужава ове материјалноправне рокове иако за то није било основа у ранијем ЗПП.<sup>27</sup> Новим процесним правилима наступање застарелости се помера до истека првог наредног радног дана, чиме се повериоцу омогућава да тужбу поднесе и у овом продуженом року, а дужников евентуални приговор застарелости чини неоснованим.

ђ) На ток рока могу утицати одређене, законом предвиђене околности, које или прекидају ток рока или онемогућавају његов почетак, а, ако је рок већ почео тећи, он се зауставља. У првом случају наступа прекид застарелости, у другом - њен застој. Разлози који доводе до прекида, односно застоја различити су, такође и последице. Заједничко им је што се у оба случаја не може говорити о томе да поверилац не врши своје право због немарности или незаинтересованости.

Прекид застарелости могу да изазову искључиво правнорелевантне радње учесника у облигационом односу.

Поверилац може прекинути застарелост подизањем тужбе, као и сваком другом радњом предузетом према дужнику пред судом или другим надлежним органом и циљу утврђивања, обезбеђења или остваривања потраживања (чл. 389. ст. 1. 300). Нова правила о застарелости у немачком законику су строжа. Предвиђају да покретање правног поступка ради утврђења или остварења потраживања о коме још није правноснажно одлучено не изазива прекид, већ застој застарелости (§ 204 BGB). Једино ако поверилац поднесе предлог за покретање извршног судског или неког другог поступка са циљем реализације правноснажно утврђеног потраживања,

<sup>25</sup> Ј. Студин, нав. дело, стр. 835.

<sup>26</sup> Члан 106. ст. 4. и 5. ЗПП.

<sup>27</sup> Упоредити чл. 112. ст. 4. старог ЗПП („Сл. лист СФРЈ“, бр. 4/77 и др., „Сл. лист СРЈ“, бр. 27/92 и др.) и чл. 106. ст. 4. и 5. новог ЗПП.

застарелост почиње изнова да тече (*Neubeginn der Verjährung*). Исто тако и PECL предвиђају да покретање поступка изазива застој (*suspension*), који траје док се не донесе правноснажна одлука о потраживању или док се случај не реши на неки други начин (чл. 14: 302). Прекид не постоји, већ као и у немачком праву постоји „обнављање застарелости“.<sup>28</sup> Рок застарелости почиње да тече са сваким разумним покушајем извршења (*execution*) предузетог од стране повериоца. Мисли се на извршење правноснажне судске или одлуке арбитражног органа о потраживању повериоца.

Према Закону о облигационим односима, само позивање дужника, писмено или усмено, да испуни потраживање, није довољно. Због значајних последица које прекид изазива, потребно је обезбедити поуздан доказ о намери повериоца да реализује своје потраживање и тиме отклонити сваку сумњу у погледу правног значаја његових радњи. Прекид изазива, нпр. подношење тужбе за осуду туженог на испуњење дуговане чинидбе, пријављивање потраживања у стечајном поступку, подношење предлога за принудно извршење правноснажне судске одлуке.

Дужник прекида застарелост признањем дуга (чл. 387. ЗОО). Осим изричитог признања, долази у обзир и сваки други дужников поступак из кога се несумњиво утврђује његова намера да испуни обавезу, као што је исплата камате или obroка, давање обезбеђења. Признање дуга је разлог за прекид застарелости само ако је учињено пре него је застарелост наступила. Учињено после тога, има значај одрицања од навршене застарелости (чл. 366. ЗОО). Признање дуга је једнострана изјава воље која производи дејство чим је дата<sup>29</sup>, без обзира да ли је поверилац прихвата или не. Није могућ ни опозив, односно повлачење ове изјаве.

Прекид изазива веома радикалне последице. Предузимање неке од наведених радњи брише већ протекло време и почиње да тече сасвим нови рок застарелости.

Застој наступа независно од воље страна облигационог односа. Имајући у виду одредбе ЗОО (чл. 381 – 386), разлоге за застој можемо поделити у три групе.

Прву групу чине одређене субјективне околности повериоца и дужника. Ради се о нарочитом личном односу повериоца и дужника, који, док траје, зауставља ток рока.<sup>30</sup> У другој су групи разлози који објективно спречавају повериоца да оствари своје потраживање.<sup>31</sup> Дејство разлога из обе групе

<sup>28</sup> *Renewal of periods*, чл. 14: 401.

<sup>29</sup> Само потпуно пословно способан дужник може пуноважно признати дуг. Поступци дужника који нема потпуну пословну способност не прекидају застарелост. Уместо њега, последице из чл. 387. ЗОО може да изазове његов законски заступник.

<sup>30</sup> Родитељско – дечији однос, однос старатељства, супружнички или однос између ванбрачних партнера, као и радни однос између лица запосленог у туђем домаћинству и послодавца.

<sup>31</sup> Застарелост не тече према повериоцу док се налази на војној дужности за време мобилизације, непосредне ратне опасности или рата. Застој наступа и у случају да је поверилац, због несавладивих препрека, у немогућности да оствари потраживање. Ради се о својеврсној вишој сили, дакле, о околностима које он није могао нити је био дужан да предвиди и које су изван



зависи од времена њиховог наступања. Ако су наступиле пре него што је застарелост почела, док постоје, сметња су за почетак тока рока – застарелост почиње да тече тек по њиховом окончању. Ако је застарелост већ започета, наведени разлози само привремено заустављају даљи ток рока. Пошто престану, рок тече даље, а време које је протекло пре заустављања се не брише, већ се рачуна у законом одређени рок застарелости (чл. 384. ЗОО). Трећу групу разлога чине околности које имају нешто другачије дејство, због чега би могле да представљају посебну врсту утицаја на ток рока, поред прекида и застоја. Ове околности не заустављају ток рока, већ онемогућавају да застарелост наступи пре истека одређеног времена од престанка стања које је створено одређеном правнорелевантном чињеницом.<sup>32</sup> У закону су ови разлози наведени у одсеку три који говори о разлозима за застој, иако је очигледно да се разликују по свом дејству. Можда би требало размислити о њиховом издвајању у посебну и самосталну врсту утицаја на ток рока застарелости, како је то, на пример, учињено у BGB (Ablaufhemmung, § 210 BGB).

### 3. Дејство застарелости

Када рок застарелости истекне, дужник стиче право да трајно ускрати испуњење обавезе. Ово право остварује истицањем приговора застарелости, једног материјалноправног приговора који има за циљ да трајно одбије захтев повериоца за испуњењем. Реч је, дакле, о перемпторном приговору, који дужник мора изричито истаћи, јер суд на застарелост не пази по службеној дужности.<sup>33</sup>

Дејство застарелости наступа само ако дужник то жели, па би се као трећи елемент застарелости могла означити воља дужника да застарелост наступи. Сам протек времена и невршење права не могу довести до

---

његове контроле. Оне заустављају ток рока без обзира када су настале. У немачком праву и према PECL, правни значај имају само оне несавладиве препреке које су се појавиле у последњих шест месеци пре истека рока (§ 206 BGB, односно чл. 14: 303 PECL).

<sup>32</sup> Потраживање малолетног или другог пословно неспособног повериоца који нема законског заступника не може да застари пре истека две године од када су ова лица добила заступника или постала пословно способна. Застарелост потраживања повериоца (не и дужника иако то може да произађе из непрецизне формулације наслова чл. 386. ЗОО: „Потраживање *према* лицу на одслужењу војног рока“) који је на одслужењу војног рока или на војној дужности не може наступити пре истека рока од три месеца од одслужења војног рока, односно престанка војне вежбе.

<sup>33</sup> Са становишта процесног права, приговор застарелости је средство материјалноправне одбране туженог (дужника) којим побија основаност тужбеног захтева, јер је потраживање застарело, настојећи да суд одбије тужбени захтев. Због тога што се успешном употребом овог приговора постиже трајно одбијање тужбеног захтева, овај се приговор сврстава у групу перемпторних приговора.

застарелости (тачније, не могу изазвати последице застарелости) ако им се не придружи и воља субјекта у чију корист рок застарелости тече.<sup>34</sup>

Говорећи о дејству застарелости, морамо указати на теоријску расправу која се тиче објекта застарелости. Шта заправо застарела – само субјективно право, право на тужбу или захтев за принудно остварење потраживања (тужба у материјалном смислу). Расправа је била потпомогнута и чињеницом да су законописци на различите начине одређивали последице застарелости, које, посредно, указују и на њен објекат. У француској правној теорији преовладало је мишљење да је објекат застарелости право на тужбу, док потраживање и даље постоји, али као *obligatio naturalis*.<sup>35</sup> У аустријском праву застарелост се губи само право, што недвосмислено произлази из одредаба § 1451 ABGB. Застарелост у овом праву има генералан карактер, па, у принципу, сва права могу застарети. Изузета су права из породичноправних и уопште личноправних односа, право на слободно располагање имовином, право на деобу заједничке ствари и право на утврђење граница (§ 1481 ABGB). У немачкој правној теорији, ослонцем на § 194. ст. 1. BGB, говори се о застарелости захтева (*Anspruchsverjährung*). Застарелост се схвата у контексту поимања субјективног права. Свако субјективно право је сложено, садржи овлашћење и захтев управљен на потчињавање туђе воље. Овај захтев или тужба у материјалном смислу (*Anspruch*) је право да се захтева од другог одређено чињење или пропуштање. Субјективно право не може застарети. Једино се захтев или *Anspruch* може јавити као објекат застарелости. Ово схватање је извршило велики утицај на нашу правну теорију. Тако се наводи да је „дејство застарелости у одузимању повериоцу могућности да врши своје право, у слабљењу дејства застарелог права према обавезном лицу, при чему је том лицу остављено да се користи или не користи застарелост”<sup>36</sup>, затим да „застарелост није разлог за гашење облигације, већ да се губи само захтев за принудно испуњење тражбине путем суда, док право остаје, али ослабљено, јер се преображава у природну облигацију”<sup>37</sup>. Има и другачијих мишљења, углавном старијих правних писаца.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> „Да би се једно право на основу застарелости изгубило или прибавило треба, према свима законикима (а и према логици), да се протеклу времена придружи дејство људске воље. (...) Време је само подлога институције и оно је за њену суштину ирелевантно: оно само ствара овлашћење на страни активног субјекта (дужника, прим. аут.) да изјавом своје воље укине једно право или да претвори у једно правно стање оно фактичко стање које је до тог момента постојало.“ А. Чубински, нав. дело, стр. 129.

<sup>35</sup> Ово је у основи преузета идеја Римског права, повезана са римским системом тужби, по коме се судским путем могло заштити само оно право за које је постојала посебна тужба.

<sup>36</sup> Л. Марковић, Грађанско право, Београд, стр. 276 – 277.

<sup>37</sup> Д. Стојановић, Увод у грађанско право, Београд, 1990, стр. 193. Слично и Ј. Радишић, Облигационо право, Општи део, Београд, 2000, стр. 361 – 362.

<sup>38</sup> А. Ђорђевић је говорио о застарелости права на тужбу, Систем приватног права, Општи део, књига прва. По А. Чубинском објекат застарелости је субјективно право: „Једна тражбина, чим јој се противстави застарелост, гаси се и не претвара се у *obligatio naturalis*. Објекат застарелости није ни тужба ни потраживање (у смислу *Ansprucha*), већ само право.“ А. Чубински, нав. дело, стр. 92. О субјективном праву као објекту застарелости у новије време изјашњава се и Р. Ковачевић –

Преовлађујући став да се застарелошћу губи право да се судским путем оствари потраживање, и то само уз услов да дужник истакне приговор застарелости<sup>39</sup>, произлази и из релевантних одредаба Закона о облигационим односима (чл. 360). Застарело потраживање и даље постоји, али се не може реализовати против воље дужника (у том смислу се о потраживању говори као о природној облигацији или неутуживој тражбини). Ако дужник испуни обавезу упркос њеној застарелости, то је испуњење пуноважно, па не може тражити повраћај датог, чак и ако је био у заблуди о застарелости. Ово је последица чињенице да је дужник испунио само оно што је већ дуговао и да поверилац није неосновано обogaћен. Ако бисмо прихватили став да застарелост гаси субјективно право у целости, испуњење застареле обавезе имало би карактер исплате недугованог, па би дужник могао тужбом *condictio indebiti* захтевати да му се врати оно што је дао у испуњењу застареле обавезе. Ово је изричито искључено законом. У чл. 367. ЗОО прописано је да дужник, који испуни застарелу обавезу, нема право захтевати да му се врати оно што је дао, чак и ако није знао да је обавеза застарела. О томе говори и чл. 213. ЗОО: Не може се тражити оно што је дато или учињено на име извршења природне обавезе, неке моралне или друштвене дужности. Наведене одредбе су аргумент у прилог схватања да застарелост погађа само захтев или тужбу у материјалном смислу, а да не гаси субјективно право.<sup>40</sup>

---

Куштримовић. Сматра да је код застарелих, дакле облигационих права, захтев или *Anspruch* исто што и овлашћење, односно обавеза, па да застарелост има за предмет субјективно право, а не ни захтев ни тужбу. О томе више у: Р. Ковачевић – Куштримовић, „Застарелост и субјективно право“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1990, стр. 127 – 137.

<sup>39</sup> Има мишљења да је приговор застарелости, од свих других приговора, најсличнији преображајном праву. Ако дужник употреби приговор у парници, повериочев захтев постаје „судски неспроводив“, „неутужив“. Иако, материјалноправно, потраживање постоји, суд више не може наложити дужнику да га испуни. Мења се, дакле, повериочева правна ситуација, одакле проистиче сличност са преображајним правима. Више у: К. Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Recht*, München, 1967, стр. 267.

<sup>40</sup> Право на приговор има и онај дужник који зна да дугује и који се, скривајући се иза застарелости, ослобађа своје неспорне обавезе. То се не сматра недозвољеним вршењем права, јер правни поредак допушта употребу овог приговора и таквом дужнику. Разлози су већ наведени. Очување правног мира у овом случају носи превагу над санкционисањем морално сумњивих поступака дужника. У теорији је изнето мишљење да би недозвољено вршење права, ипак, постојало ако би дужник код повериоца створио уверење да се неће користити приговором застарелости, због чега је поверилац пропустио да пре истека рока застарелости поднесе тужбу за испуњење обавезе. Касније изношење овог приговора у парници је у супротности са дужниковим ранијим понашањем и у супротности да начелом савесности и поштења (К. Larenz, нав. дело, стр. 268). У основи ове идеје заправо се налази старо правило о забрани противречног понашања (*venire contra factum proprium*) ако се њиме проузрокује штета другоме. У нашем ЗОО нема одредаба о једном оваквом „противприговору“ повериоца. Изричито је забрањена злоупотреба права (чл. 13. ЗОО), помоћу које се у судској пракси могу санкционисати случајеви противречног понашања које има за последицу штету за другог.

### Закључак

Тридесет година након доношења Закона о облигационим односима (и скоро двеста година од првог српског грађанског законика), у Србији се очекује дуго заговарана кодификација грађанског права. Регулисање грађанскоправне материје на једном месту прилика је да се постојеће законодавство о приватноправним односима подвргне ревизији и реформише у деловима у којима за тим постоји потреба. Централни део рада на кодификацији припада облигационом праву за које смо већ констатовали да је право свакодневице и стога од непосредног значаја за нормално одвијање односа у друштву. Закон о облигационим односима измењен је последњи пут 1993. године, али за право о застарелости то није имало значај већих реформских захвата. Данас се наше право налази у специфичном правном окружењу, које даје основна обележја реформским подстицајима. Најновије тенденције у развоју права у Европи усмерене су ка стварању јединственог европског приватног права, једне врсте над – права, које брише границе и разлике између правних система држава, стварајући јединствени европски правни простор. Овај процес унификације не тече без отпора коме су нарочито склоне земље поносне на своју правну традицију и културу, попут Француске. У Француској је дуго преовладавао став „сачекај да видиш“ („wait and see policy“), што је омогућило да Code civil и после двеста година од доношења остане неизмењен у делу који уређује облигационе односе. Француски је законодавац сматрао да пре реформе овог дела законика треба сачекати очекивану унификацију европског уговорног облигационог права. У међувремену, неке европске земље, попут Немачке, заузеле су супротан став. Пошто је национално право већ требало ускладити са европским директивама, можда и заменити јединственим европским грађанским закоником, зашто у том процесу не заузети водећи положај и своје (реформисано) грађанско право не наметнути као узор будућем европском грађанском законнику. Процес усклађивања је искоришћен за реформу и модернизацију сопственог грађанског права, те представљање Европи модерног (или макар осавремењеног) грађанског законика. Последњих година и у Француској се мења расположење према идеји унификације грађанског права. Развој европског уговорног права и идеја о европском грађанском законнику више се не доживљавају као сметња унутрашњим реформским подухватима, већ као прилика да се пажња европске стручне правне јавности скрене на француско право као могућу окосницу (основ, узор) будућег јединственог грађанског права за Европу. Са овом идејом кренуло се у израду пројекта реформе облигационог права и права о застарелости (Avant – projet de réforme du droit des obligations et de la

prescription), који је француском Министарству правосуђа поднет у септембру 2005. године.<sup>41</sup>

Процес уједначавања права могла би да искористи и наша земља и да кроз реформу домаћег грађанског права ухвати корак са актуелним правним дешавањима у окружењу и преображајем националних права које је његова последица. За право о застарелости поменућемо Европску директиву (смерницу) о одређеним аспектима продаје потрошних добара и гаранцијама за потрошно добро (1999/44/EG од 25. маја 1999. године). Ова директива предвиђа рок од две године за остваривање захтева потрошача (непривредног субјекта, крајњег корисника) због мана на продатој роби. У нашем праву продавац одговара само за оне (скривене) недостатке који су се показали у року од шест месецу од предаје ствари (чл. 428. ст. 2. ЗОО), а рок у коме купац може судским путем да оствари своја права упола је краћи, и износи годину дана од одашиљања продавцу обавештења о недостатку (чл. 500. ст. 1. ЗОО). Рокови су, дакле, краћи, па је у очекиваној реформи потребно усаглашавање са европским правом.

Не мање важни јесу и Принципи европског уговорног права. Они немају обавезујући карактер, већ су замишљени као врста путоказа ка хармонизацији уговорног права европских земаља, која претходи унификацији и доношењу јединственог грађанског законика за Европу. Принципи предвиђају веома кратак општи рок застарелости (три године), изражавајући тренд присутан у савременом праву о застарелости, усмерен ка скраћивању рокова застарелости и бржем рашчишћавању правних односа, а све то у функцији правног мира и правне сигурности. У нашем праву овај рок је десет година, тако да и овде постоји простор за одговарајуће измене и усаглашавање или макар приближавање савременим европским решењима. Економске прилике у земљи далеко су боље, па не могу представљати довољно оправдан разлог за задржавање овако дугог рока. Сматрамо да је потребно прихватити општи рок застарелости у трајању од три године или, макар, вратити се на првобитна решења из Закона о облигационим односима и предвидети да сва потраживања застаревају у року од пет година, осим ако је за одређену врсту потраживања предвиђен неки други (посебан) рок. Ради заштите повериочевих интереса, скраћивање општег рока може се компензовати изменом правила о почетку тока рока. Прихватљива су решења која о томе садржи PECL - застој за све време док су повериоцу непознати идентитет дужника или друге околности од којих зависи његов захтев. Могло би се прихватити и решење из BGB, али би било неопходно и да се предвиди крајњи рок у коме застарелост свакако наступа, независно од било које субјективне околности и који у нашем праву постоји само у погледу почетка

<sup>41</sup> О томе више у: Н. Ј. Sonnenberger, „Der Vorentwurf der Reform des Schuldrechts und das Verjährungsrechts des Code civil“, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, св. 2/2007, стр. 421 – 427, и В. Fauvarque – Cosson, „Towards a New French Law on Obligations and Prescription? About the „Avant - projet de réforme du droit des obligations et de la prescription“, објављен у истом броју часописа, стр. 428 – 447.

рока застарелости потраживања накнаде штете. На овај начин би се заштитили и оправдани интереси дужника да се путем застарелости коначно уреди правни однос и учврсти његова правна позиција.

UDK: 341.98:347.65/68



**ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НА ПРАВИЧНО  
СУЂЕЊЕ У ПОСТУПКУ ПОВОДОМ  
НАСЛЕДНОПРАВНИХ ОДНОСА СА  
ИНОСТРАНИМ ЕЛЕМЕНТОМ**

**Сања Марјановић,**

---

*Сарадник у настави Правног факултета у Нишу*







## ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ У ПОСТУПКУ ПОВОДОМ НАСЛЕДНОПРАВНИХ ОДНОСА СА ИНОСТРАНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

### 1. Уводна разматрања

Остваривање права на правично суђење у домену наследних односа са иностраним елементом подразумева правилно заснивање међународне судске надлежности домаћег суда и правилно одређивање и примену меродавног права. Пракса домаћих судова у овој материји, према доступним подацима, није често била предмет емпиријских истраживања.

Овај рад је базиран на истраживању спроведеном у оставинском одељењу Општинског суда у Нишу при чему су обрађени предмети из 2007, 2006, 2005. и 2004. године. У свима је предмет оставинског поступка наслеђивање *ab intestat*, док случајева тестаменталног наслеђивања није било. Само истраживање систематизовано је тако да обухвата две целине: прву, која обухвата теоријску анализу релевантних домаћих прописа у овој материји као нормативних оквира за заснивање надлежности домаћег суда, одређење меродавног права и другу, коју чини анализа судских одлука донетих у поступку расправљања наследних односа са иностраним елементом.

Намера аутора је била да кроз истраживање праксе оставинског одељења Општинског суда у Нишу утврди постојеће ставове судске праксе у погледу заштите права на правично суђење у поступку поводом наследноправних односа са иностраним елементом. Реализација напред постављеног циља подразумева анализу чињеница на којима суд темељи заснивање сопствене надлежности, утврђивање меродавног права и однос према страном праву, извршавање обавезе утврђивања садржине страног меродавног права, стварну примену принципа “*iura novit curia*”, начин на који суд квалификује ове односе, проблеме са којима се судије суочавају и начине њиховог превазилажења. Такође, намера је аутора и да на основу прикупљених података утврди и предложи евентуалне начине за отклањање уочених проблема у поступању суда.

## 2. Позитивно право Републике Србије као нормативни оквир за заснивање међународне судске надлежности домаћих судова у оставинском поступку

Надлежност судова Републике Србије да воде оставински поступак и да одлучују у споровима поводом наследних односа са иностраним елементом уређена је чл. 71-73 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (даље ЗМПП).<sup>1</sup> Одредбе чл. 71 регулишу питање надлежности за расправљање заоставштине ако је *de cuius* био домаћи држављанин, одредбе чл. 72 ако је био страни држављанин, а одредбе чл. 73 уколико се ради о апатриду и њима блиским категоријама лица. Могућност заснивања надлежности домаћег суда условљена је низом различитих чињеница: држављанством оставиоца у тренутку смрти, ставом стране државе у којој се заоставштина налази према надлежности њених органа, али и врстом ствари које чине оставинску масу, без обзира што је у домену меродавног права начелно прихваћен став о јединственој заоставштини. За оцену надлежности нашег суда значајне су чињенице које постоје у тренутку покретања оставинског поступка.

Међународна надлежност домаћег суда за спровођење оставинског поступка јавља се као искључива, конкуретна и помоћна. Искључива надлежност суда у Србији постоји уколико је предмет оставинског поступка непокретна ствар која се налази на територији Србије, без обзира на држављанство оставиоца или наследника.<sup>2</sup> Дакле, надлежност у овом случају почива на принципу *forum rei sitae*. Уколико је оставилац био наш држављанин чију заоставштину чине непокретне ствари лоциране у иностранству, домаћи суд је помоћно надлежан само ако се страни суд по свом праву сматра ненадлежним. За покретне ствари домаћег држављанина које се налазе у Србији надлежност домаћег суда постоји, али као елективна. Ако се ове ствари налазе у иностранству домаћи суд је помоћно надлежан под условом да се страни суд по свом праву не сматра надлежним или уколико је одбио да расправља. Суд у Србији биће надлежан ако је оставилац страни држављанин чија се покретна заоставштина налази на територији Републике Србије, осим уколико суд државе чији је оставилац држављанин није надлежан да расправља тамо лоциране покретне ствари нашег држављанина. У последњем случају ради се о специфичном форуму који се заснива на реципроцитету (*forum reciprocum*).

Посебно су карактеристична законска решења о надлежности домаћег суда ако је оставилац био апатрид, избеглица или лице чије се држављанство не може утврдити. Наиме, српски суд је искључиво надлежан за расправљање непокретне заоставштине ових лица ако се оставинска маса налази на домаћој територији. Када је у питању њихова покретна заоставштина заснивање

<sup>1</sup> “Сл. лист СФРЈ” бр. 43/82, 72/82 и “Сл. лист СФРЈ” бр. 46/96.

<sup>2</sup> Видети чл. 71 ст. 1 ЗМПП.

надлежности домаћег суда може бити праћено одређеним проблемима. Наиме, када је оставилац имао пребивалиште у Србији у тренутку смрти, домаћи суд је конкурентно надлежан у погледу покретних ствари које се налазе у нашој земљи. Постојање пребивалишта оставиоца у тренутку смрти у Србији, односно налажење покретности у нашој држави су две одлучне чињенице алтернативно постављене. Наведена законска концепција доводи до значајног проширења могућности за заснивање надлежности српског суда и то у мери која је већа и у односу на могућност расправљања покретне заоставштину нашег држављанина у иностранству од стране домаћег суда. Практично, наш суд би био надлежан за расправљање покретне заоставштине лица из чл. 73 ЗМПП која се налазе у иностранству само уз услов да те особе имају пребивалиште у Србији, без обзира на став страног права о томе. У делу доктрине сматра се да је овде реч о редакцијској грешци те да постојање пребивалишта у Србији, односно лоцирање покретних ствари на домаћој територији треба разматрати кумулативно. То налаже и примена члана 51 ЗМПП по коме се нека лица из чл. 73 изједначавају или аналогно третирају као домаћи држављани ако имају пребивалиште у Републици Србији. Будући да је према одредби чл. 71 ЗМПП за постојање конкурентне надлежности домаћег суда за расправљање покретне заоставштине домаћег држављанина довољно само да се она налази у Србији, да би лица из чл. 73 ЗМПП била изједначена у третману са домаћим држављанима морала би у тренутку смрти имати пребивалиште у Србији. У прилог овом становишту јесте и одредба чл. 73 ст. 4 ЗМПП која апатриде, избеглице и лица чије се држављанство не може утврдити изједначава са страним држављанима уколико нису у време смрти имала пребивалиште на домаћој територији, без обзира где се налази њихова заоставштина.<sup>3</sup> Ову несигурност у тумачењу наведених одредаба законодавац би требало да отклони прецизнијом језичком формулацијом. Иначе, домаћи суд није надлежан за расправљање заоставштине ових лица уколико се она налази у иностранству.

### **3. Нормативни оквир за одређивање меродавног права за наследне односе у позитивном праву Републике Србије**

У упоредном међународном приватном праву за решавање сукоба закона за наследноправне односе постоје два основна концепта - систем подељене и систем јединствене заоставштине. Право Републике Србије прихвата други систем, дакле систем јединствене заоставштине. То значи да се без обзира на то да ли се делови заоставштине оставиоца налазе на територији једне или више држава као и без обзира да ли заоставштину чине покретне ствари или непокретности *увек* као меродавно примењује једно право и то персонално право оставиоца.

<sup>3</sup> Видети Дика, М., Стојановић, С., Кнежевић, Г., *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*, Београд, 1991, стр. 241.

Основна тачка везивања у материји наслеђивања са иностраним елементом коју усваја право Републике Србије је *држављанство оставиоца у време смрти*. Ова повезница једнако се примењује и на законско и на тестаментално наслеђивање.<sup>4</sup> Приликом доношења Закона из 1982. године тежња је била да се колизионим нормама у домену наследног и породичног права остваре и одређени политички циљеви. Пре свега, задржавање и јачање везе са исељеним држављанима, али и уношење у законски текст већ традиционалног решења домаћег система међународног приватног права.

Принцип јединствене заоставштине преовладава и у већини билатералних конвенција које је закључила наша држава. Систем подељене заоставштине прихваћен је само у неким билатералним уговорима наше државе, а одређено одступање постоји још и у погледу решавања питања заоставштине без наследника.<sup>5</sup>

#### **4. Проблеми карактеристични за наслеђивање са иностраним елементом – анализирана судска пракса**

##### *4.1. Утврђивање релевантне тачке везивања*

Сходно чл. 30 ЗМПП за расправљање заоставштине меродавно је право на које упућује држављанство које је оставилац имао у време смрти. Оваквом одредбом законодавац је извршио фиксирање једне типичне варијабилне тачке везивања, а у циљу олакшаног поступања судских органа. Међутим, *држављанство оставиоца у тренутку смрти* суд често није веродостојно утврдио на основу одговарајуће јавне исправе (нпр. извода из матичне књиге умрлих, смртовнице и слично). Ова тачка везивања одлучујућа је не само за одређивање меродавног права већ и за правилно заснивање међународне судске надлежности. Ипак, у случајевима када овај податак није садржан у изводу из матичне књиге умрлих, односно смртовници суд је своје сазнање углавном базирао на изјавама самих наследника. Такође, било је случајева када суд чак није ни утврдио држављанство оставиоца, а расправио је заоставштину. При томе је сасвим игнорисана чињеница да се радило о лицима која су дуги низ година живела, па чак и последње пребивалиште имала у иностранству. У свим овим случајевима међународно обележје јавило се у оквиру *потенцијално важне чињенице* којом се врши претходна локализација односа, што је представљало својеврстан сигнал упозорења о могућем постојању *релевантног иностраног елемента*, али га је суд у потпуности игнорисао.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Уговор са Бугарском (питање правног опстанка овог Уговора након распада СФРЈ још увек није решено), Уговор са бившом ЧССР, Уговор са Мађарском, Уговор са Монголијом, Уговор са Румунијом, Уговор са бившим СССР.

<sup>5</sup> Уговор са Монголијом и Уговор са бившим СССР.

<sup>6</sup> Решења Општинског суда у Нишу О-1412/05 од 5.9.2005, О-441/04 од 14.12.2004., О-1267/05 од 15.11.2005., О-2142/05 од 17.2.2006. године.

#### 4.2. Заснивање надлежности домаћег суда и одређивање меродавног права

У анализираној судској пракси издваја се више примера драстичног непоштовања одредби ЗМПП о *међународној судској надлежности* и *меродавном праву*, а самим тим и права на правично суђење.

Најпре, у случају оставиоца који је имао хрватско држављанство, заоставштина коју је представљала непокретност у Нишу, расправљена је од стране домаћег суда применом домаћег Закона о наслеђивању. Поступајући суд је, игноришући чињеницу да се ради о заставштини страног држављанина, заснивање сопствене надлежности и примену домаћег права искључиво аргументовао чињеницом да се непокретност налази у Нишу. Према члану 72 ЗМПП наш суд би заиста био надлежан и то искључиво будући да је у питању непокретна заоставштина страног држављанина која се налази на домаћој територији. Међутим, поступајући суд се није позвао на наведену одредбу Закона приликом заснивања надлежности. С друге стране, када је реч о одређивању меродавног права у истом предмету, суд је применио домаће право, односно домаћи Закон о наслеђивању иако оно није било меродавно. Наиме, сходно члану 30 ЗМПП, за наслеђивање је меродавно право државе чији је држављанин био оставилац у тренутку смрти. У овом случају суд је био упућен на хрватско право. Доследном применом чл. 6 ЗМПП, суд је био дужан да консултује колизионе норме хрватскога права. Будући да су након распада СФРЈ све бивше републике преузеле ЗМПП наведено питање је и у хрватском међународном приватном праву регулисано идентичном колизионом нормом. Узимајући у обзир да у анализираном случају нису били испуњени услови за примену *renvoi*, колизиона норма за наслеђивање у хрватском ЗМПП потврђује решење нашег законодавца - *lex nationalis* оставиоца у тренутку смрти. Дакле, домаћи суд је био дужан да на наслеђивање непокретности хрватског држављанина која се налази у Нишу примени одредбе хрватског наследног права. Насупрот томе, суд је погрешно применио домаће материјално право и на основу тога донео решење о наслеђивању.<sup>7</sup>

У другом предмету, оставилац је било лице које је у току 2005. године умрло у Нишу, али је у тренутку смрти било држављанин Босне и Херцеговине. Пријављена заоставштина односила се на покретне ствари лоциране у Нишу. Домаћи суд је поново засновао сопствену надлежност игноришући у потпуности чл. 72 ст. 2 ЗМПП. Наиме, према наведеној одредби, суд у Србији је надлежан да расправља покретну заоставштину страног држављанина која се налази у нашој држави, под условом да је у држави оставиоца суд надлежан за расправљање покретне имовине нашег држављанина. Домаћи суд је био дужан да консултује прописе Босне и Херцеговине о евентуалној надлежности њиховог суда у погледу тамо лоциране покретне заоставштине нашег држављанина. Ипак, домаћи суд није

<sup>7</sup> Решење Општинског суда у Нишу О-3150/04 од 13.1.2005. године.

поступио на наведени начин већ је по аутоматизму засновао сопствену надлежност, без икаквог образложења. С друге стране, поступајући на идентичан начин као и у претходном случају, суд је као меродавно право применио *lex fori* и донео решење о наслеђивању, иако је био дужан да примени чл. 30 ЗМПП и заоставштину расправи применом одредби наследног права Босне и Херцеговине.<sup>8</sup>

У случају оставиоца који је у тренутку смрти био хрватски држављанин, непокретну заоставштину која се налазила у Хрватској расправио је Опћински суд у Загребу који је своју надлежност засновао применом чл. 71 ЗМПП и применом чл. 30 расправио овај део заоставштине. Истовремено суд се огласио ненадлежним да води оставински поступак у погледу непокретности која се налази у Нишу и упутио наследнике да се обрете надлежном суду у Србији. Домаћи суд се огласио надлежним, расправио део оставинске масе која се налази у Нишу и по аутоматизму донео решење о наслеђивању применом домаћег материјалног права.<sup>9</sup> При томе, наследници су своје наследничке изјаве дали *јавном бележнику* у Хрватској. Иако је домаћи суд заиста био искључиво надлежан морао се у том погледу позвати на чл. 72 ст. 1 ЗМПП, али је имао и обавезу да као меродавно примени хрватско наследно право у складу са чл. 30 ЗМПП. Интересантно је истаћи да иако се суштински ради о истом Закону о међународном приватном праву који примењују и Хрватска и Србија, у првој се очигледно води рачуна о правилној примени његових одредаба, док домаћи суд то не чини.

#### 4.3. Проблем признања нотаријалних исправа

Последњи анализирани предмет указао је на још један веома занимљив проблем. Наиме, као што је већ напред истакнуто, наследници су своје наследничке изјаве дали *јавном бележнику* у Хрватској које је домаћи суд без образложења уважио и на њима базирао решење о наслеђивању.<sup>10</sup> У овом случају, домаћи суд није препознао *проблем признања нотаријалних исправа*.

Наиме, начелно посматрано, могуће је да наследник који се налази у иностранству (што је био случај у наведеном примеру) домаћем суду поднесе наследничку изјаву оверену од стране тамошњег нотара. Наследник није дужан да изјаву о одрицању или прихватању наслеђа даје оставинском суду који спроводи поступак и у том смислу могуће да наследничку изјаву не овери страни суд него овлашћени јавни бележник. Будући да је ово питање ретко разматрано у домаћој доктрини, они писци који су се бавили наведеним проблемом мишљења су да треба поћи од *принципа еквиваленције*.<sup>11</sup> Његова примена подразумева одговор на следеће питање: да ли лице које је на основу страног закона овлашћено да врши овере има одговарајући ниво стручности,

<sup>8</sup> Решење Општинског суда у Нишу О-396/05 од 1.4.2005. године.

<sup>9</sup> Решење Општинског суда у Нишу О-902/05 од 15.7.2005. године.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> Живковић, М., Станивуковић М., *Међународно приватно право*, Београд, 2006, стр. 322 и даље.

респектабилности и одговорности који се тражи од овлашћеног службеника у суду на основу домаћег закона? Тек у случају позитивног одговора овера од стране нотара може се сматрати адекватном заменом за оверу пред судом.

Међутим, у конкретном случају на признање нотаријалних исправа требало је применити чл. 19 и 20 *Уговора између Савезне Републике Југославије и Републике Хрватске о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима*.<sup>12</sup> Наиме, сходно Уговору исправе које је издао или оверио у прописаном облику суд или други надлежни орган државе уговорнице и које су снабдевене службеним печатом и потписом надлежног органа није потребно даље оверавати за употребу на територији друге државе уговорнице. Такве јавне исправе имају исту доказну снагу као домаће. Наиме, наведене одредбе се по аналогiji могу применити и на нотаријалне исправе. У посматраном случају било је довољно да оставински суд провери да ли је јавни бележник по хрватском праву био надлежан да овери наследничку изјаву. Уколико би одговор био потврдан, будући да је конкретна исправа била снабдевена и потписом бележника и службеним печатом имала би исту доказну снагу као домаћа. Тек након овако спроведеног поступка домаћи суд би могао да уважи конкретне наследничке изјаве и донесе решење о наслеђивању.

#### 4.4. Провера услова реципроцитета

Анализирајући предмете у којима се као наследници јављају страни држављани, може се закључити да домаћи суд уопште не проверава испуњеност услова реципроцитета. Наиме, у конкретним случајевима страни држављани конкурисали као наследници на непокретностима које се налазе у Нишу. Према Закону о наслеђивању Републике Србије страни држављани у Републици Србији имају, под условом узајамности, исти наследноправни положај као и домаћи држављани, ако међународним уговором није другачије одређено.<sup>13</sup> Уговорени или у пракси утврђени реципроцитет по својој садржини треба да значи да страна држава наше држављане третира у погледу права наслеђивања једнако као сопствене држављане, тј. даје им национални третман (формални реципроцитет). При томе није од значаја ако страном и домаћем праву различито уређују поједина питања наследног права (обим ових права и сл.).

Међутим, може се поставити и следеће питање: да ли је провера испуњености услова узајамности уједно службена дужност суда? У најшире прихваћеном тумачењу законских прописа постоји тенденција да се и у овим

<sup>12</sup> “Сл. лист СРЈ - Међународни уговори ” бр. 1/1998, ступио на снагу 28.5.1998. године.

<sup>13</sup> Видети чл. 7 Закона о наслеђивању, “Сл. гласник РС” бр. 46/95 и 10/2003. Билатералне уговоре којима је успостављен реципроцитет у погледу наслеђивања Србија је закључила са Албанијом, Аустријом, Белгијом, Бугарском, Мађарском, бившом ЧССР, Грчком, Француском, Холандијом, Јапаном, Луксембургом, Пољском, САД, Румунијом, бившим СССР, Шпанијом, Шведском и Великом Британијом.

случајевима полази од претпостављеног реципроцитета. Наиме, тиме се олакшава правни саобраћај будући да се сматра да је овај услов испуњен док се супротно не докаже. Ипак, када је у питању стицање својине на непокретности путем наслеђивања чл. 82в Закона о основама својинскоправних односа<sup>14</sup> овлашћује суд или други орган да о постојању реципроцитета може затражити објашњење од надлежног органа за послове правде<sup>15</sup>. Из наведеног разлога *став о претпостављеној узајамности не би требало проширивати и на случајеве наслеђивања непокретности*. Међутим, домаћи суд је увек на овој врсти ствари под условом да су лоциране у Нишу проглашавао наследницима све оне стране држављанине који су статус наследника имали на основу одговарајуће везе са оставиоцем, а коју су доказивали одговарајућим јавним исправама (најчешће изводом из матичне књиге рођених). Ни у једном случају није проверен услов реципроцитета. Наиме, било је довољно да наследници (италијански, односно хрватски држављани)<sup>16</sup> приложе изводе из матичне књиге рођених којима би доказали да су потомци оставилаца па да аутоматски буду проглашени наследницима на непокретностима у Нишу.

Такође, треба истаћи и чињеницу да је сам услов у значајној мери постављен либерално и у самом законском тексту, будући да је довољно постојање формалног реципроцитета. Услед значаја које непокретности имају у економији сваке државе, овај услов би требало поштристи увођењем *материјалног реципроцитета*. На наведени начин омогућила би се истинска равноправност у погледу уживања наследних права. Наиме, да би страни држављанин могао да наследи непокретност лоцирану у Србији не би било довољно утврдити да наши држављани имају национални третман у конкретној земљи већ и да уживају иста наследна права на која претендују њени држављани у нашој држави.

## 5. Завршне напомене

Случајеви наслеђивања са иностраним елементом релативно ретко се јављају у судској пракси. У највећем броју предмета наведени елемент указује на повезаност наследноправних односа са бившим државама СФРЈ или са оним земљама које су традиционално имиграционе. Међутим, иако су ређе заступљени судије у овим случајевима у значајној мери поступају по својервном “аутоматизму”. Наиме, суд, без обзира на постојање индиција да је у питању наслеђивање са иностраним елементом, заоставштину која се налази у Србији расправља аутоматском применом домаћег материјалног права и применом чланова 87 и 122 Закона о ванпарничном поступку доноси

<sup>14</sup> “Сл. лист СФРЈ” бр. 6/80 и 36/90 и “Сл. лист СРЈ” бр. 29/96.

<sup>15</sup> У оригиналном тексту наведене одребе Закона о основама својинскоправних односа реч је о “савезном органу за послове правде”. Међутим, будући да више не постоји савезна држава, самим тим ни савезни закон, требало би брисати реч “савезни”.



решење о наслеђивању. При томе проверу тачака везивања не врши уопште или то чини у недовољној мери. Од укупно 15 предмета наслеђивања са иностраним елементом, који су се јавили у посматраним периодима, ни у једном није извршена правилна примена одредби ЗМПП о међународној судској надлежности и меродавном праву нити ратификованих и објављених међународних уговора којима су регулисана појединачна питања карактеристична за поједине предмете. Право на правично суђење, које подразумева како правилно заснивање међународне судске надлежности домаћег суда тако и правилно одређивање и примену меродавног права од стране надлежног суда у оставинском поступку, у већини случајева се не поштује.

На основу свега наведеног намеће се закључак да се у нашој судској пракси изузетно ретко јављају примери правилно засноване међународне надлежности домаћих судова и примене меродавног права за наслеђивање са иностраним елементом. Штавише, занемарује се чињеница да су колизионе норме *императивне* природе. То за последицу има непримењивање релевантних ратификованих и објављених међународних уговора као и одговарајућих законских прописа. Нарочито је забрињавајућа чињеница да у пракси изостаје примена одредби основног домаћег закона у овој материји - Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља. Анализирани примери указују не само на недовољно познавање појединих ужих питања из домена међународног приватног права, већ на генерално одбојан став према овој материји. Последице оваквог поступања домаћих судова још су озбиљније ако се узме у обзир да су одредбе ЗМПП императивне природе и да се *морају* примењивати. Међутим, случајеве наслеђивања са иностраним елементом судије по "аутоматизму" решавају применом *legis fori*.

Забрињава и чињеница да суд *стране јавне исправе* такође уважава по аутоматизму, иако су у већини анализираних предмета поднете обичне фотокопије чија веродостојност није потврђена чак ни одговарајућим оверима од стране надлежних органа земље порекла исправа. Дакле, у потпуности изостаје поступак легализације страних исправа или позивање на одговарајући међународни уговор којим је *in eventum* елиминисана потреба спровођења поступка легализације у односу на исправе издате од стране органа друге државе уговорнице.

С друге стране, приметно је и да није било случајева улагања *правних лекова* због неправилног поступања суда, односно погрешне примене материјалног права. Разлог томе можемо видети у чињеници да се домаћи суд није оглашавао надлежним за расправљање заоставштине која се налази у иностранству, вероватно свестан да таква одлука не би ни могла бити призната и извршена у иностранству. Будући да се у посматраним случајевима радило о заоставштини лоцираној у Нишу, а наследницима су углавном проглашавани домаћи држављани ни не чуди чињеница да нису улагани правни лекови. Дакле, у свим посматраним случајевима изостала је

контрола више инстанце која би евентуално указала на неправилности у поступању надлежног органа.

У прилог закључку да постоји одбојност према материји Међународног приватног права говори и чињеница да се о утврђивању држављанства оставиоца као тачки везивања не води рачуна јер се она често уопште не утврђује или се то чини на начин који није довољно поуздан. Такво поступање суда илуструје још један случај. Оставицац је рођен у Србији, али је већи део живота провео у Италији.<sup>17</sup> У њој је ово лице је засновало и брак са италијанским држављанином из кога је имало кћер, такође италијанску држављанку. Домаћи суд, расправљајући заоставштину коју је *de cuius* имао у Нишу уопште није утврдио држављанство оставиоца у тренутку смрти, упркос постојању околности које су сигнализирале да је могао имати држављанство Италије у којој је и умро и имао своје последње пребивалиште. Штавише, суд је без претходне провере аутоматском применом домаћег права окончао оставински поступак.

Неопходно је указати на обавезу суда да води рачуна о свакој од потенцијално релевантних чињеница у којима се појављује елемент иностраности. И у случајевима када је његов интензитет слабији, целисходније је проверити да ли има услова за примену норми међународног приватног права него га у потпуности игнорисати и тиме повећати ризик за доношење погрешне коначне одлуке.

Чини се пожељним увођење обавезе за судове да се и у уписницима, именицима и на омоту списка бележи податак не само о имену, презимену и последњем пребивалишту оставиоца већ и о његовом држављанству. То је релативно једноставно спровести, а већ би се тиме сигнализирало судијама о неопходности уважавања ове тачке везивања, самим тим и о *дужности* како утврђивања држављанства оставиоца у тренутку смрти тако и примене одредби императивних прописа из области међународног приватног права. С друге стране, неопходно је организовање стручних саветовања из материје међународног приватног права чија би циљна група требало да буду органи правосуђа. Пасивност и изостанак активнијег односа према проблему непримењивања формалних извора међународног приватног права за наслеђивање са иностраним елементом могло би имати несагледиве последице на остваривање права на правично суђење. Штавише, игнорисање проблема довело би, бар у овој материји, у питање поштовање једног од основних принципа на којем се базира читав правни систем – “*iura novit curia*”. Осим тога, учестало непоштовање колизионих норми проблематизује и остварење *принципа међународне сарадње* која се у овој области исказује кроз уважавање, утврђивање садржине и примену страног меродавног права.

<sup>17</sup> Решење Општинског суда у Нишу О-2142/05 од 17.2.2006. године.

UDK: 347.91/95:341.231.14



**ПРАВО НА ПРИСТУП СУДУ  
У СВЕТЛУ НОВОГ ЗПП**

**Др Невена Петрушић,**

---

*редовни професор Правног факултета у Нишу*





## ПРАВО НА ПРИСТУП СУДУ У СВЕТЛУ НОВОГ ЗПП

### I Уводна разматрања

Усвајањем новог Закона о парничном поступку,<sup>1</sup> којим је Република Србија целовито регулисала област парничне процедуре, новелирано је парнично процесно право, које је, уз одговарајуће измене, примењивано више од четврт века.<sup>2</sup> Доношење ЗПП било је условљено потребом да се парнично законодавство усклади са конститутивним променама,<sup>3</sup> да се поступак учини ефикаснијим и експедитивнијим, што је био један од приоритетних правно-политичких циљева, као и да се отклоне извесни недостаци и нејасноће у законским решењима, које су евидентирани у правној теорији и пракси. Ради остваривања ових циљева редизајнирани су многи процесни институти и креиран релативно велики број нових правила поступања. Међутим, иако су променама обухваћени сви стадијуми поступка, као и систем ванредних правних лекова, ЗПП није изменио физиономију парничне процедуре, нити је

---

<sup>1</sup> Закон о парничном поступку од 15. новембра 2004. године, "Сл. гласник РС", 125/2004 од 22.11.2004. године (у даљем тексту "ЗПП"). ЗПП је ступио на снагу по протеклу три месеца од дана објављивања у Службеном гласнику, с тим што ће се одредба чл. 395., којом је предвиђена ревизија против другостепене пресуде, почети да се примењује кад започну са радом апелациони судови.

<sup>2</sup> До ступања на снагу новог ЗПП, пред судовима Републике Србије примењиван је савезни Закон о парничном поступку од 24. 12. 1976. године ("Службени лист СФРЈ", бр. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 72/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 и 35/91 и "Службени лист СРЈ", бр. 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98 и 3/02., у даљем "стари ЗПП"). После ступања на снагу Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора, овај закон примењиван је као републички закон, сагласно чл. 20. Закона за спровођење Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора, "Службени лист СЦГ", 1/2003.

<sup>3</sup> ЗПП је донет док је Србија била у саставу државне заједнице Србија и Црна Гора. Према чл. 9. Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора ("Сл. лист СЦГ", 1/03), обе државе имале су искључиву нормативну компетенцију у области организационог и функционалног процесног права. Како је после распада државне заједнице, усвојен нови Устав Републике Србије ("Сл. гласник РС, 98/2006), који је преуредио уставне оквире домаћег правосудног система, очекује се да Република Србија ускоро усагласи своје цивилно процесно право са новим уставним решењима.

парница, као метод за решавање грађанскоправних спорова, променила своје суштинске карактеристике.<sup>4</sup>

2. Анализа нових законских решења у домену функционалног парничног процесног права несумњиво показује да су аутори ЗПП, имајући у виду стратешко опредељење Србије да се придружи Европској унији, настојали да имплементирају европске правозаштитне стандарде и постулате, садржане у универзалним документима о људским правима, у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода,<sup>5</sup> у одлукама Европског суда за људска права, у многим препорукама Савета Европе из области правосуђа и принципа владавине права,<sup>6</sup> као и у другим актима који у својој укупности чине корпус међународних правних начела у области оствривања и заштите права.

У низу европских правозаштитних стандарда које је законодавац настојао да угради у домаћи цивилни процесни систем, кључну улогу имају они који извиру из права на правично (фер) суђење.

3. Право на правично суђење је посебно и аутономно људско право, гарантовано чл. 6. Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода,<sup>7</sup> базирано на идејама природне (фундаменталне) правде,<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Нови ЗПП је, по својој суштини, измењен и допуњен раније важећи ЗПП, што показује и његова систематизација и ширина и дубина законодавних захвата. Према тврђењу једног од чланова радне групе којој је био поверен задатак израде текста новог ЗПП, редактори ЗПП настојали су да "сачувају интегритет парничне процедуре, да некритички не посегну за ревизијом неких процесних начела и установа које чине суштину постојећег процесног модела, (...) да се у један, у основи добар законски текст, не унесу дисхармонична решења, као и да се многобројним променама у процедури у погледу поступања и устаљеног метода рада у овом тренутку не дестабилизује судство." При томе су водили рачуна "не само о нашој правној традицији, правној култури и стању наше правне свести, већ и о материјалним и кадровским могућностима судства и адвокатуре, домаћем амбијенту и менталитету и судија и парничара". (Видети: Станковић, Г.: *Коментар Закона о парничном поступку*, предговор, ИП Јустинијан, Београд, 2004, стр. 5).

<sup>5</sup> Државна заједница СЦГ ратификовала је Европску Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту "Европска конвенција") 26. децембра 2003. године, Сл. лист СЦГ (Међународни уговори), после пријема у Савет Европе 3. априла 2003. (Видети: [www.press.coe.int](http://www.press.coe.int)). После иступања Црне Горе из државне заједнице СЦГ, није било потребно да Република Србија поново ратификује Конвенцију јер је она, као правни следбеник државне заједнице, у складу са чл. 60. Уставне повеље државне заједнице СЦГ, наследила њен међународно-правни субјективитет и међународне документе. Ова чињеница је констатована на седници Другог ванредног заседања Народне скупштине Републике Србије, одржаној 5. јуна 2006. године.

<sup>6</sup> Српски превод релевантних препорука Савета Европе у домену цивилног правосуђа публикован је у: *Збирка одабраних препорука Савета Европе*, Савет Европе, Канцеларија у Београду, Београд, 2004.

<sup>7</sup> "Right to a fair trial" (енгл.), односно "Droit à un procès équitable" (фр). У домаћој литератури за означавање овог права користе се различити изрази: "право на правично суђење", "право на поштено суђење", "право на правично додељивање правде", "право на праведан процес", "право на правично и законито суђење" и др. Повод за настанак овако широке лепезе назива нису само лингвистичке потешкоће које уобичајено прате превођење стручних термина. Ради се, заправо, о настојањима правних теоретичара да у српској правној терминологији пронађу адекватан израз

чије је остваривање од суштинске важности за развој демократије и принципа владавине права. С обзиром на садржину овог права, оно се појављује као медијум заштите свих осталих индивидуалних права и слобода. Етаблирање права на правично суђење у националне правне системе, као и његова стандардизација и интернационализација, израз су потребе да путем одговарајућих процесних гаранција обезбеди адекватна заштита интегритета појединца, као и пружање квалитетне, ефективне и експедитивне правне заштите повређеним и угроженим правима правних субјеката.<sup>9</sup> Право на правично суђење је комплексно право јер инволвира читав низ комплементарних процесних људских права: право на приступ суду, право на поступак одговарајућег квалитета, које укључује остваривање начела саслушања странака, процесну равноправност и једнакост у коришћењу процесних средстава ("једнакост у оружју"), право на непристрасан и независан суд установљен законом, право на јавност у поступку, као и право на решавање правне ствари у разумном року.<sup>10</sup>

Право на правично суђење, или право на правну заштиту, односно "право на тужбу", како се у домаћој литератури ово право назива, једно је од основних уставних права. У чл. 32. Устава РС<sup>11</sup> ово право је изричито прокламовано и гарантовано, а разрађено је установљавањем низа посебних

---

који би на најприближнији начин означио све оно што у правној доктрини common law-а обухвата концепт "fair trial".

<sup>8</sup> Видети: Janis, W. M., Kay, S. R., Bradley, W. A.: *European Human Rights Law*, Oxford University Press, 2000, p. 403-404.

<sup>9</sup> Право на правично суђење предвиђено је и у раније усвојеним документима Уједињених нација у домену људских права. Видети чл. 10. Опште декларације о правима човека (Universal Declaration of Human Rights), којим је предвиђено да "Свако има потпуно једнако право на правично и јавно суђење пред независним и непристраним судом који ће одлучити о његовим правима и обавезама и о основаности сваке кривичне оптужбе против њега", као и одредбу чл. 14. ст. 1. Међународног пакта о грађанским и политичким правима (International Covenant on Civil and Political Rights), која гласи: "Сви су једнаки пред судовима. Свако има право да законом одређени надлежни, независни и непристрани суд непристрано и јавно испита његов предмет и одлучи о оправданости сваке кривичне оптужбе која је против њега подигнута или спора о грађанскоправним правима и обавезама."

<sup>10</sup> Видети чл. 6. ст. 1. Европске конвенције. О праву на суђење у разумном року и његовој заштити пред Европским судом за људска права, детаљно: Van Dijk, P., Van Hoof, G. J. H., *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, Deventer: Kluwer, 1998; Janis, M. W., Kay, R.S., Bradley, A.W., *European Human Rights Law*, Oxford University Press, 2000; Gomien, D., Harris, D. and Zwaak, L., *Law and practice of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 1996; Пауновић, М., *Јуриспруденција Европског суда за људска права*, Правни факултет у Београду, Београд, 1993; Вајић, Н., *Дуљина судског поступка у Хрватској и пракса Еуропског суда за људска права*, Зборник Правног факултета у Загребу, Вол. 51, 5/2001; Узелац, А., *Хрватско процесно право и јамство "правичног поступка" из Еуропске конвенције за заштиту људских права и темељних слобода*, <http://alanuzelac.from.hr>; Петрушић, Н., *Јуриспруденција Европског суда за људска права у заштити права на решавање грађанскоправне ствари у разумном року*, Европски механизми заштите људских права, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2005).

<sup>11</sup> Устав Републике Србије, ("Сл. гласник РС", 98/2006).

процесних права окривљених лица. Поред тога, Уставом РС по први пут је зајемчено право на праву помоћ (чл. 67. Устава РС), с тим што је остављено законодавцу да регулише услове за пружање бесплатне правне помоћи.<sup>12</sup>

У самој сржи права на правично суђење налази се право на приступ суду (*access to court*), будући да остала процесна људска права која у својој укупности чине право на правично суђење могу, по природи ствари, бити остварена тек кад правни субјекти приступе суду и затраже судску заштиту. У том смислу, право на приступ суду појављује се као предуслов и неопходна претпоставка у остваривању свих осталих процесних људских права.<sup>13</sup>

## II. Право на приступ правосуђу у домену цивилне судске заштите – међународни стандарди

4. У сваком демократском друштву право на приступ суду има ранг основног правног принципа и стандарда и од држава се очекује да обезбеде да нико не буде *"спречен економским препрекама у своме настојању да оствари или одбрани своје право пред било којим судом који поступа у грађанским, трговачким, управним, социјалним или пореским стварима"*.<sup>14</sup>

Истраживања у литератури показују да се приликом испитивања могућности приступа суду, превасходно разматрају донети права на правну помоћ и саветовање, али се одговарајућа пажња посвећује и другим инструментима којима се обезбеђује да сваки правни субјект може ефективно остварити своје право на судску правну заштиту, као што су: поједностављење и повећање транспарентности судских поступака, информисање јавности о правозащитним механизмима, смањење трошкова поступка и др. Такав приступ у сагледавању права на приступ суду испољен је и у бројним резолуцијама Комитета министара Савета Европе посвећеним начинима остваривања једнакости у приступу правди,<sup>15</sup> међу којима се, као посебно значајне, издвајају: Резолуција (76) 5 о правној помоћи у грађанским,

---

<sup>12</sup> Право на правну помоћ, по новом Уставу Републике Србије, има карактер основног уставног права, и регулисано је у другом делу Устава који носи назив "Људска и мањинска права."

<sup>13</sup> Европски суд за људска права је у многим одлукама овакав став експлицитно изразио. Видети: *Golder v. the United Kingdom*, одлука од 21. јануара 1975, Series A no. 18, pp. 16-18, §§ 34 *in fine* and 35-36, *Z and Others v. the United Kingdom* [GC], No. 29392/95, §§ 91-93, ECHR 2001-V, *Kreuz v. Poland*, No. 28249/95.

<sup>14</sup> Резолуција Р (78) 8 о правној помоћи и саветовању., Део I, чл. 1-3. (Resolution (78) 8 on legal aid and advice - <http://www.coe.int>).

<sup>15</sup> Могућност приступа правосуђу била је често на дневном реду заседања органа Уједињених нација Видети. Resolution UN 46/121 of 17.12.1991, Resolution Commission on Human Rights 1992/11 of 18.2.1992. Од посебног значаја је студија "Towards justice accessible to all: legal aid machinery and certain local initiatives as seen by families affected by severe poverty" [H(92)2].



комерцијалним и административним стварима,<sup>16</sup> Резолуција Р (78) 8 о пружању правне помоћи и савета,<sup>17</sup> Препорука Р (81) 7 Комитета министара државама чланицама о мерама које омогућавају приступ суду,<sup>18</sup> Препорука (84) 5 Комитета министара државама чланицама о начелима грађанског поступка за унапређивање остваривања правде и Препорука (93) 1 Комитета министара државама чланицама о ефективном приступу праву и правди за веома сиромашне.<sup>19</sup>

У одлукама Европког суда за људска права право на приступ суду сагледава се као један од кључних елемената права на правично суђење, имајући у виду све његове елементе и гаранције које треба да буду испуњене да би ово право било делотворно. Пред овом правосудном институцијом најчешће су вођени поступци због кршења права на приступ суду у кривичним правним стварима, међу којима се велики број предмета односи на кршење права на правну помоћ, али је Европски суд за људска права у многим одлукама стао на становиште да се право на приступ суду односи и на област цивилне судске заштите.<sup>20</sup>

5. Кад су у питању кривични поступци, два су основна критеријума према којима Европски суд за људска права утврђује повреду дужности државе да обезбеди пружање правне помоћи: недостатак средстава окривљеног да плати правну помоћ и "интерес правичности", при чему се садржина генералне клаузуле "интерес правичности" попуњава имајући у виду многе околности: дужину или "озбиљност" казне која прети окривљеном, правну и чињеничну комплексност случаја, способност

---

<sup>16</sup> Resolution (76) 5 on legal aid in civil, commercial and administrative matters, usvojena 18. februara 1976, (<http://www.coe.int>).

<sup>17</sup> Resolution (78) 8 on legal aid and advice, usvojena 2. marta 1978. (<http://www.coe.int>).

<sup>18</sup> Recommendation No. R (81) 7 of the Committee of Ministers to member States on measures facilitating access to justice, usvojena 14. maja 1981 (<http://www.coe.int>).

<sup>19</sup> Recommendation No. R (93) 1 of the Committee of ministers to member states on effective access to the law and to justice for the very poor [1] (usvojena 8, januara 1993). (<http://www.legislationline.org>).

<sup>20</sup> *Deweert v Belgium* (1980), Series A, No 35. Треба приметити да појам "грађанскоправна ствар" има аутономну природу јер га Европски суд не тумачи према критеријумима који важе у правном поретку државе против које се поступак води. Садржина синтагме "грађанска права и обавезе", која је употребљена у формулацији чл. 6. ст. 1. Европске конвенције, одређује се према општим и објективним критеријумима, с обзиром на правне системе других држава чланица Конвенције. За квалификацију одређеног супстанцијалног права од одлучујућег значаја је карактер самог права, који се процењује у складу са "заједничким европским концептом у погледу његове природе". Овакав став изражен је у многим одлукама Европског суда., нпр., *Ringeisen v. Austria*, одлука од 22. јуна 1972, Series A, No 15; *König v. the Federal Republic of Germany*, одлука од 28. јуна 1978, Series A, No. 27. *Andersson v. Sweden*, одлука од 27. avgusta 1997, Reports of Judgments and Decisions, 1997-IV. (О разлозима екстензивног тумачења појма "грађанска права и обавезе" и проширења његове садржине, детаљно: Janis, W. M., Kay, S. R., Bradley, W. A.: op. cit. pp. 428-435).

окиривљеног да се сам брани, припадништво маргинализованог друштеног групи и др.<sup>21</sup>

6. Европски суд за људска права први пут је извршио целовиту анализу права на приступ суду у домену цивилноправне заштите и поставио полазне критеријуме за испитивање повреде права на приступ суду у предмету *Aurey v. Ireland* (1979).<sup>22</sup> Због значаја овог предмета, укратко ће бити приказани основни ставови које је Европски суд заузео.

Подносилац представке у овом предмету била је сиромашна жена – жртва насиља у породици, која је пред надлежним Вишим судом покренула поступак за тзв. раставу од стола и постеље (судска сепарација), с обзиром да развод брака у то време није био допуштен. Пошто је поступак требало покренути пред Вишим судом, и како у пракси овог суда није био забележен случај да се постулативно сподобна странка појавила без адвоката, г-ђа Аиреу је консултовала више адвоката, али ни један од њих није био вољан да је заступа јер није имала довољно средстава да плати трошкове заступања. С обзиром да у Ирској тада није постојала бесплатна правна помоћ у правним стварима судске сепарације, то је г-ђа Аиреу била онемогућена да покрене судски поступак и оствари своје право на сепарацију.

У току поступка Европски суд је ценио многе околности и испитивао основаност бројних процесних и материјалноправних приговора ирске Владе.

Кључни приговор Владе био је да је г-ђа *Aurey* имала могућност да потпише споразум о сепарацији са својим мужем или је могла да поднесе захтев за изрицање забране њеном мужу да се приближи њиховој кући, што је предвиђено ирским Породичним законом. Европски Суд је, међутим, одбио овај приговор истакавши да *"овакви кораци не би омогућили приступ суду ради покретања поступка о судској сепарацији"*.

Европски суд је утврдио да је без основа тврдња ирске Владе да право г-ђе Аиреу није повређено јер је она могла да се појави пред Вишим судом без заступника, будући да је, према националним прописима, у овом поступку била постулативно сподобна.

У својој пресуди Европски суд је, најпре, изнео експлицитан став да право приступа суду није апсолутно право и да држава има легитимно право да ограничи вршење права на правну заштиту у грађанскоправним стварима, уз испуњење два основна услова: да се таквим ограничењем постиже легитимни циљ и да ограничења нису тако широког карактера да се њима угрожава сама суштина овог права. Суд је, такође, констатовао *"да је сврха Конвенције да гарантује права која су практична и ефикасна, а не теоријска или илузорна права."* Према схватању Суда, *"у светлу сложене процедуре и правних питања која се у овом случају постављају, као и неопходних*

<sup>21</sup> Видети: Лукић, М., *Правна помоћ у кривичним поступцима у Србији - резултати истраживања*, Право на приступ правосудју, имплементација европских стандарда у правни систем Републике Србије, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2006, стр. 7-10.

<sup>22</sup> *Airey v. Ireland*, одлука од 9. октобра 1979, Series A no. 32.

доказних средстава и емотивне осетљивости брачних спорова, могућност да г-ђа Ауреу сама себе заступа пред Вишим судом не би обезбедила делотворано правно средство." При томе је Европски суд узео у обзир да је поступак судске сепарације "економски неприступачан и компликован поступак", у којем је "прикупљање и извођење доказа, посебно позивање и испитавање сведока, било изузетно тешко за неуку странку" и посебно ценио околност да је противна странка ангажовала адвоката, те да странке у поступку не би биле „једнаке у оружју“.<sup>23</sup>

По схватању Европског суда, неосновано је и тврђење Владе да је у конкретном случају немогућност покретања поступка узрокована личним околностима, а не радњама државних органа, те да, стога, није дошло до повреде права на приступ суду. По оцени Европског суда, "практична (стварна) немогућност у извесним случајевима представља повреду Конвенције, исто као и правна немогућност, а испуњавање обавеза предвиђених Конвенцијом понекад од државе захтева и предузимања позитивних мера." У својој пресуди Суд је нагласио да "без обзира на то што Конвенција не садржи изричиту одредбу о давању бесплатне правне помоћи у грађанским парницама, члан 6. став 1. у извесним случајевима налаже држави да обезбеди правног заступника ако је правна помоћ неопходна." "То не значи - како се у одлуци истиче - да се бесплатна правна помоћ мора обезбедити у сваком поступку поводом грађанских права" јер ће "могућност да странка сама себе заступа у поступку у извесним случајевима обезбедити довољно делотворно право на суд". При томе је, по схватању Европског суда, "установа бесплатне правне помоћи само један од начина обезбеђивања делотворног права на суд", а члан 6., став 1. оставља могућност државама да саме изаберу средства за обезбеђивање овог права.

Европски суд није прихватио став ирске Владе да се у конкретном случају ради о економским и социјалним правима које Конвенција не регулише, истичући да "између права која су регулисана Конвенцијом и ове сфере не постоји потпуна подела, јер иако Конвенција у суштини регулише грађанска и политичка права, многа од ових права имају импликације социјалне или економске природе".

У светлу свих околности, Европски суд је закључио да г-ђи Ауреу није било обезбеђено делотворно право на приступ суду, те да је, стога, члан 6., став 1. повређен.

Према изричитом ставу Европског суда за људска права, без обзира што Европска конвенција не садржи експлицитну одредбу о пружању правне помоћи у грађанским поступцима, државе су дужне да обезбеде бесплатну правну помоћ у грађанским стварима "када је таква помоћ од непроцењиве важности за делотворан приступ суду" у ситуацији кад је пружање правне

---

<sup>23</sup> Сличну аргументацију Суд је користио и у другим предметима. (Видети: *Golder v. the United Kingdom*, одлука од 21. јануара 1975, Series A, no. 18, pp. 16-18, §§ 34 *in fine* and 35-36, i *Z and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 29392/95, §§ 91-93, ECHR 2001-V), *Tolstoy-Miloslavsky v. the United Kingdom*, одлука од 13. јула 1995, Series A no. 316-B, pp. 80-81, §§ 61)..

помоћи обавезно према одредбама домаћег права или кад је то потребно због комплексности поступка у питању.<sup>24</sup>

### III. Ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка

#### 1. Општа одређења

8. Несумњиво је да је за ефективно остваривање права на приступ правосуђу неопходан целовит и функционалан систем бесплатне правне помоћи, који у Србији још увек није успостављен јер није донет Закон о бесплатној правној помоћи.<sup>25</sup> У таквим околностима, кад је у питању судска заштита грађанских субјективних права, одредбе ЗПП о ослобађању од претходног плаћања трошкова поступка, а нарочито одредбе којима је регулисано право на бесплатног заступника, имају посебно важан значај, већи него што ови институти иначе имају у правним системима у којима постоје адекватно структурирани и операционализовани системи бесплатне правне помоћи.

Ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка је процесна установа којом се обезбеђује остваривање права на приступ суду и конкретизује начело једнакости странака у остваривању права на правну заштиту. Ова установа треба да предупреди одустајање од судске заштите права оних странака које нису у могућности да снесу издатке које вођење поступка изазива, с обзиром да су, према правилима ЗПП, странке дужне да предујме средства за вођење поступка (чл. 147. ЗПП). С друге стране, ослобођење од плаћања трошкова поступка треба да спречи да парницу изгуби странка на чијој страни лежи право, само зато што није у могућности да предупреди трошкове извођења доказа. Наиме, према чл. 148. ст. 4. ЗПП, суд је дужан да одустане од извођења доказа ако износ потребан за подмирење трошкова не буде положен у року који је одредио, мада је овлашћен да, с обзиром на све околности, по свом уверењу цени од каквог је значаја то што странка није у року положила износ потребан за подмирење трошкова.<sup>26</sup> С обзиром да је утврђивање тачног и истинитог стања ствари од

---

<sup>24</sup> У чл. 6. ст. 3. т. ц. Европске конвенције изричито је поменуто само право оптуженог "да се брани лично или путем браниоца кога сам изабере или, ако нема довољно средстава да плати за правну помоћ, да ову помоћ добије бесплатно када интереси правде то захтевају. У пракси Европског суда право на бесплатну правну помоћ сматра се једним од инструмената за остваривање права на правично суђење и од држава се очекује да обезбеде правну помоћ у свим правним стварима уколико би без ове помоћи право на правично суђење било неделотворно. Видети, нпр аргументацију у предмету *Ashindane v United Kingdom* (1985) 7 EHRR 528.

<sup>25</sup> О раду на припреми нацрта Закона о (бесплатној) правној помоћи, детаљно: Марковић, М., *Стратегија за реформу система правне помоћи у Републици Србији*, Информатор, он-лине издање, [http://www.informator.co.yu/informator/tekstovi/tema\\_1205.htm](http://www.informator.co.yu/informator/tekstovi/tema_1205.htm).

<sup>26</sup> Према чл. 164. ст. 5. ЗПП, суд ће у оваквој ситуацији изузетно наредити извођење доказа на терет средстава суда: - само уколико је потребно утврдити чињеницу у вези са применом члана 3

кључне ваљности за доношење законите, правилне и правичне судске одлуке, неопходно је створити услове да сви неопходни докази могу бити изведени. То је у интересу самих странака, али и у друштвеном и јавном интересу, будући да свака незаконита, неправилна и неправична судска одлука угрожава принцип владавине права, као основни постулат правне државе. У том смислу, право на ослобођење од претходног сношења трошкова поступка треба посматрати не само као институцију која доприноси остваривању индивидуалног права на правичан судски поступак, већ као инструмент остваривања законитости, правде и правичности у друштвеним односима.

## 2. Ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка

9. Правила о ослобођењу од претходног плаћања трошкова поступка садржана су у XII глави ЗПП, која носи назив "Трошкови поступка", у чл. 164-169, под маргиналним насловом "Ослобођење од плаћања трошкова поступка",<sup>27</sup> а примењују се и у ванпарничном и извршном судском поступку, на основу правила о сходној примени ЗПП.<sup>28</sup>

10. Компарација раније важећих и актуелних правила о ослобођењу од претходног плаћања трошкова поступка показује да се законодавац није определио за потпуну трансформацију овог института, али да је поједине одредбе кориговао тако да оне могу бити повод за рестриктивна тумачења, имајући у виду устаљену судску праксу, што би могло да доведе до сужавања домета ослобођења од претходног плаћања трошкова поступка. С друге стране, поједина правила о условима за ослобођење од плаћања трошкова поступка нису довољно прецизна и остављају суду исувише велика дискрециона овлашћења, тако да постоји опасност од угрожавања начела једнакости странака.

У даљем тексту рада пажња је посвећена оним законским правилима која битно утичу на домете остваривања права на ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка, као и оним која су остала недовољно јасна и прецизна, уз указивање на правце даљег унапређења овог значајног процесног института.

---

став 3 ЗПП. Правила ЗПП у погледу одустајања ид извођења доказа била су садржана и у раније важећем ЗПП.

<sup>27</sup> Очигледно је да назив института није сасвим адекватан јер наводи на погрешан закључак да странка уопште дужна да плати парничне трошкове поступка. На исти начин је ова установа била означена и у савезном ЗПП, и у литератури је својевремено било указано на њено погрешно означавање. (Трива, С., Дика, М., *Грађанско парнично процесно право*, Народне новине, Загреб, 2004, стр. 473. Штега је што су редактори законског текста пропустили прилику да установи дају коректан назив: - ослобођење о претходног плаћања трошкова поступка тачан.

<sup>28</sup> Чл. 30. ст. 2. Закона о ванпарничном поступку (Сл. гласник СРС", 25/82 и 48/88 и "Сл. гласник РС", 46/95 - др. закон и 18/2005 - др. закон); чл. 27. Закона о извршном поступку ("Сл. гласник РС", бр. 125/2004).

11. У новом процесном режиму право на ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка има странка која према свом општем имовном стању *није у могућности да сноси ове трошкове* (чл. 164. ст. 1. ЗПП). За разлику од раније важећег ЗПП, којим је, у чл. 172. ст. 1., било предвиђено право на ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка под условом да странка *није у могућности да сноси трошкове без штете по нужно истрживање своје и своје породице*, новим ЗПП ово додатно одређење није предвиђено. Због тога би језичко тумачење одредбе из чл. 164. ст. 1. ЗПП упућивало на закључак да право на ослобођење од плаћања трошкова поступка има само она странка која нема баш никаквих средстава да плаћа издатке вођења парнице. Уколико би судови на овај начин тумачили ову одредбу, институт ослобођења од претходног плаћања трошкова поступка практично не би ни имао значај. С обзиром на сврху института ослобођења од претходног плаћања трошкова поступка, имајући у виду међународне и упоредне правозаштите стандарде, несумњива је потреба да се ова "немогућност", кад су у питању физичка лица, процењује с обзиром на имовину којом странка располаже и *нето* месечне приходе које остварује, тј. приходе који су претходно умањени за издатке неопходне за нужно издржавање саме странке и чланова њене породице које је законски дужна да издржава.<sup>29</sup>

У погледу испуњености услова за ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка, ЗПП прописује да се немогућност плаћања трошкова поступка утврђује на основу података о порезу који плаћа домаћинство и поједини чланови домаћинства, података у погледу других извора прихода и општег имовног стања странке, који су садржани у уверењу надлежног органа, а које и сам суд може по службеној дужности прибавити (чл. 165. ст. 3. и 4. ЗПП). Наравно, из ових одредби не би се смео извести закључак да је странка по аутоматизму лишена права на ослобођење од плаћања трошкова поступка ако су чланови њеног породичног домаћинства добро материјално ситуирани У поремећеним породичним односима које оптерећују сукоби и неслагања редовно изостаје породична солидарност, тако да опште имовно стање странке може бити веома лоше, упркос томе што чланови њене породице остварују високе приходе. Тако, уколико је странка покренула (или намерава да покрене) поступак против одређеног члана свог породичног домаћинства (нпр. парницу за заштиту од насиља у породици), било би неправично и супротно духу института ослобођења претходног плаћања трошкова поступка уколико би се приликом утврђивање њеног општег имовног стања узели у обзир и приходи тог члана њеног породичног домаћинства јер је само покретање поступка односно намера његовог покретања индикација да су односи поремећени и да међу странкама не постији економска солидарност.

<sup>29</sup> Овакво решење предвиђено је у немачком праву. (Видети: Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München, 1993, str. 491).

12. ЗПП, као и оним раније важећим, регулисане су две врсте ослобођења од претходног сношења трошкова поступка: потпуно ослобођење и делимично ослобођење. Законодавац, међутим, није одредио критеријуме према којима се утврђује када ће странка бити потпуно, а када само делимично ослобођена претходног плаћања трошкова поступка. Према раније важећем ЗПП, странка је имала право на делимично ослобођење од претходног сношења трошкова поступка *ако би плаћањем текса била знатно умањена средства из којих се издржава странка и чланови њене породице*. Таквог одређења нема у овом ЗПП, већ је у чл. 164. ст. 3. наведено да *Суд може ослободити странку и само од плаћања такси*. С обзиром на потребу правних субјеката (странака и потенцијалних странака) да унапред знају услове и критеријуме за ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка, чини се да је неопходно поставити јасно разграничење у погледу услова за потпуно и делимично ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка.

13. Кад је реч о садржини ослобођења, према чл. 167. ЗПП, као и према ранијем ЗПП, странка која је потпуно ослобођена претходног плаћања трошкова поступка није дужна да плаћа таксе, предујам за извођење доказа и објављивање огласа, а ако је остварила право на бесплатног заступника, није дужна да претходно плаћа накнаду и награду за његов рад. Странка која је делимично ослобођена претходног плаћања трошкова поступка не плаћа само таксе. У погледу висине, времена и начина плаћања судских такса, важе правила садржана у Закону о судским таксама Републике Србије.<sup>30</sup>

Иако законски услови за ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка нису претерано ригорозни, у пракси се ова установа релативно ретко примењује. Посебно су ретки случајеви потпуног ослобођења од плаћања трошкова поступка, превасходно због недовољних предрачунских средстава из којих се могу предујмити трошкови извођења доказа, нарочито вештачења. Адвокати упозоравају да нису ретке ситуације пребацивања терета предујмљивања трошкова поступка на противну странку у ситуацијама кад је извођење доказа неопходно за правилно утврђивање стања ствари, што доводи до неправичних решења јер противник претходно подмирује трошкове извођења доказа о чињеницама у погледу којих терет доказивања погађа њеног противника.<sup>31</sup> Забрињава, такође, и појава потпуног игнорисања захтева странака за ослобођење од плаћања трошкова поступка. Уместо да мериторно одлуче о захтеву за ослобођење од плаћања трошкова поступка, судови се о захтеву уопште не изјашњавају. Такво поступање, које је без упоришта у закону, вишеструко је штетно јер странка није у могућности да коришћењем право на жалбу у току поступка оствари своје право на

<sup>30</sup> "Сл. Гласник РС", бр. 28/94, 53/95, 16/97, 34/2001 - др. закон, 9/2002, 29/2004 и 61/2005.

<sup>31</sup> Ова појава је забележена и у пракси хрватских судова. Видети: Узелац, А., *Пристап правосуђу, Анализа стања у РХ и сажетак теза о могућим правцима пројекта*, стр. 6 (<http://alanuzelac.from.hr/Pdf/access.pdf>).

ослобођење од плаћања трошкова поступка с обзиром да недостаје објект побијања.

14. У настојању да процесним законом допринесе остваривању права на приступ суду, законодавац је следио традиционална законска решења, предвидевши само потпуно или делимично ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка. Због оваквог, чини се, недовољно креативног приступа законодавца, пропуштена је шанса да се домаћи цивилни процесни систем обогати и неким новим процесним инструментима, као што су одлагање претходног плаћања трошкова поступка до доношења одлуке и оброчно плаћања трошкова поступка,<sup>32</sup> којима би се значајно проширила могућност правних субјеката да приступе суду и остваре своје право на правну заштиту.<sup>33</sup> Ако се зна да у Србији милион људи живи испод линије сиромаштва и да је око два милиона људи социјално угрожено,<sup>34</sup> јасно је да је свака бенефиција у погледу претходног плаћања трошкова поступка од изузетног значаја и за странке и за саму друштвену заједницу.

15. Једно од спорних питања које извире из законског текста тиче се титулара права на ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка.

У време важења југословенског ЗПП међу процесуалистима је владало неподељено мишљење да право на ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка има само физичко лице.<sup>35</sup> Овај став је општеприхваћен и у домаћој литератури насталој после доношења ЗПП Републике Србије<sup>36</sup> мада

---

<sup>32</sup> Овакве инструменте познаје словеначко процесно право (чл. 186. ст. 3. Закона о правдном поступку, "Урадни лист РС", 26/99). Видети: Уде, Л., *Цивилно процесно право*, Урадни лист, Љубљана, 2002, стр. 248-250).

<sup>33</sup> Треба приметити да у српском праву није непозната установа одлагања плаћања судских такса. Наиме, према чл. 5. Закона о судским таксама, странка која покреће управни спор у стварима пензијског, инвалидског и здравственог осигурања, дејег додатка, старатељства, усвојења и социјалне помоћи овлашћена је да плати судске таксе за поднеске и одлуке тек кад (и ако) њена тужба буде правоснажно одбијена или одбачена.

<sup>34</sup> Према подацима који се наводе у Стратегији за смањење сиромаштва у Србији (<http://www.prsp.sr.gov.yu>), у 2002. години, приближно сваки десети становник у Србији био је сиромашан, јер је његова потрошња по потрошачкој јединици у просеку била мања од 4.489 динара (\$2,4 дневно), при чему је концентрација становништва око линије сиромаштва изузетно велика тако да само мало померање линије сиромаштва нагоре, значајно повећава проценат сиромашних. Ако се примени тзв. субјективна мера сиромаштва, која је заснована на схватању појединаца о нивоу дохотка потребном за задовољење основних животних потреба, више од половине становништва у Србији било је 2002. године сиромашно. На жалост, од тада се стање није битно променило

<sup>35</sup> Видети: Трива, С., Дика, М., оп. цит., стр. 474; Познић, Б., Ракић Водинелић, В., *Грађанско процесно право*, 15. издање, Београд, 1999, стр. 367; Станковић, Г., *Грађанско процесно право*, ИЗ Јустинијан, Ниш, 2004, стр. 312. Поједини процесуалисти се нису изјаснили о томе ко је титулар права на ослобођење од плаћања трошкова поступка (Старовић, Б., Кеча, Р., *Грађанско процесно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 1995, стр. 209-210).

<sup>36</sup> Станковић, Г., *Грађанско процесно право*, Прва свеска, *Парнично процесно право*, 7. издање, Удружење за грађанско процесно и арбитражно право, Ниш, 2007, стр. 322; Палачкович, Д., *Парнично процесно право*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2004, стр. 293.



се среће и (усамљено) схватање<sup>37</sup> да у актуелном процесном режиму право на ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка ово припада и физичким и правним лицима, што се аргументује чињеницом да Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода гарантује право на правично суђење и физичким и правним лицима.

У судској пракси право на ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка признаје се искључиво физичким лицима, што потврђују и ретке публиковане судске одлуке које се тичу ове процесне установе.

Законодавац није експлицито ускратио право правним лицима право на ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка,<sup>38</sup> нити се децидирано изјаснио ко су титулари права на ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка.<sup>39</sup> (користио је неутрални термин "странка"). Из законског текста несумњиво, међутим, произлази да ово право припада само физичким лицима јер су инструкције које је упутио суду у погледу околности о којима треба да води рачуна приликом одлучивања о захтеву странке за ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка (број чланова породичног домаћинства, приходи чланова породице и сл.), очигледно дизајниране према "природним" карактеристикама физичких лица. Сагласно томе, од странака се захтева да уз предлог поднесу уверење надлежног органа о имовном стању, у коме се мора назначити износ пореза који плаћа домаћинство и поједини чланови домаћинства, као и други извори њихових прихода и уопште имовно стање странке којој се издаје уверење (чл. 165. ЗПП). Недвосмислено се, дакле, може закључити да се, према важећем ЗПП, само ова лица могу

---

<sup>37</sup> Јакшић, А., *Грађанско процесно право*, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд, 2006. Аутор, иначе, не проблематизује одредбе ЗПП из којих произлази да право на ослобођење од плаћања трошкова поступка припада физичким лицима.

<sup>38</sup> Такво решење је постојало у словеначком Закону о правном поступку. Одредбама чл. 168. ст. 5. ЗПП било је предвиђено да одредбе о ослобођењу од плаћања трошкова поступка, као и одредбе о одложеном и оброчном плаћању судских таксти не важе за предузетнике у парницама везаним за њихову делатности, као ни за правна лица. Ове одредбе су током 2003. године биле предмет оцене уставности и Уставни суд Словеније је својом одлуком прогласио неважећим. Основни аргумент који је Уставни суд навео у образложењу своје одлуке био је да је искључивањем могућности да користе законске бенефиције у погледу плаћања судских такса предузетницима и правним лицима која нису у могућности да плате судске таксе у потпуности онемогућено остваривање права на правну заштиту, с обзиром да је чл.180. ст. 4. ЗПП, предвиђена фикција о повлачењу тужбе за случај да странка уз тужбу није приложила доказе о плаћеним таксама, а нису испуњени услови за ослобођење од плаћања судских такси. Ово правило било је, иначе, било унето у словеначко цивилно процесно право чл. 9. ст. 2. Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку, "Урадни лист РС", 96/02. (Видети одлуку Уставног суда РС, бр. У-И-55/99-28, од 5. 6. 2003, ("Урадни лист РС", 26/99, 96/02 и 12/03 ур.п.б.).

<sup>39</sup> С обзиром да се у нашој законодавној пракси (већ одавно) не практикује објављивање стенографских бележака о раду експертских тимова за припрему законских пројеката, нити се припремају детаљна образложења закона, непознато је да ли су чланови радне групе за припрему Нацрта ЗПП уопште разматрали ко би требало да ужива право на ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка.

сматрати титуларима права на ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка.

Ако је основна сврха и правно-политички циљ права на ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка остваривање права на приступ суду, као једног од елемената права на правично суђење, чини се да би ово право требало изричито признати свим физичким и правним лицима, као и облицима удруживања којима је призната страначка способност. У прилог томе могу се навести неколико разлога.

Пре свега, треба имати у виду да Европска конвенција гарантује свим правним субјектима право на правично суђење, што произлази из израза "свако", који је употребљен у формулацији одредбе чл. 6. ст. 1. Конвенције, што је Европски суд за људска права много пута потврдио у својим пресудама. Право на правично суђење припада свим физичким и правним лицима,<sup>40</sup> као и оним социјалним групама које немају правну способност, али које испуњавају услов за признавање страначке способности, односно права стајања пред судом.<sup>41</sup> С друге стране, и према Уставу РС, право на правично суђење припада и физичким и правним лицима јер је у одредби чл. 32. Устава којом је гарантовано право на правично суђење такође употребљен израз "свако". Коначно, на овакав закључак упућује и одредба чл. 21. Устава РС, према којој "свако" има право на једнаку законску заштиту, без дискриминације.

Несумњиво је да законодавац има пуну слободу у погледу уређивања правозаштитних механизма и прописивања услова под којима се остварује право на правну заштиту, али је он дужан, сагласно општеприхваћеним међународним стандардима, да свим правним субјектима обезбеди ефективан и делотворан приступ суду. Чињеница је да, поред физичких лица, и правна лица и предузетници могу бити у немогућности да претходно носе издатке које вођење судског поступка подразумева. Таква ситуација редовно настаје кад је правном лицу блокиран жиро рачун, што је у пракси честа појава. У појединим ситуацијама стање неликвидности правног лица, односно предузетника последица је нелегалног понашања управо онога против кога правно лице, односно предузетник намерава да покрене поступак. Уколико правно лице, односно предузетник у таквим околностима не би био ослобођен претходног плаћања трошкова поступка, његово право на

---

<sup>40</sup> У државама које су ратификовале Европску конвенцију право на правично суђење у грађанскоправним стварима припада свим њеним држављанима, држављанима других држава, као и апатридима, у свим поступцима у којима њихова грађанска права и обавезе утврђује национални суд или неко друго надлежно тело. Право на правични поступак не зависи од било каквих личних својстава или статуса странке, као што су место њеног пребивалишта или боравишта, њена правна, пословна, страначка или процесна способност, евентуални избеглички статус или статус расељеног лица и сл.

<sup>41</sup> О томе детаљно: Петрушић, Н., *Јуриспруденција Европског суда за људска права у заштити права на решавање грађанскоправне ствари у разумном року*, Европски механизми заштите људских права, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2005, стр. 219)..

правично суђење било би озбиљно угрожено. С друге стране, у појединим ситуацијама постоји посебна потреба да правна лица буду ослобођена претходног плаћања трошкова поступка јер покрећу поступак ради заштите колективних права од посебног друштвеног значаја, какви су нпр. поступци у циљу заштите животне средине које покрећу еколошке непрофитне организације. Овај пример, наведен само ради илустрације, потврђује потребу да правним лицима буде изричито призна право на ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка, уз прецизирање адекватних претпоставки под којима би ово право могли да остварују. При томе би требало размислити и о евентуалном привилеговању појединих правних лица, каква су нпр. нелукративна удружења и непрофитне организације основане у циљу заштите одређених општедруштвених вредности и интереса. Кад су у питању еколошке невладине организације, потреба за олакшавањем приступа правосуђу извире и из појединих међународних докумената у области заштите животне средине, као што је, нпр. Архуска конвенција.<sup>42</sup>

## 2. Постављање бесплатног заступника

16. У циљу стварања услова за реално изједначавање странака, у одређеним случајевима неопходно је да странка у поступку суделује уз помоћ стручног заступника, а да при томе не буде приморана да плаћа трошкове заступања.<sup>43</sup> Уважавајући такву потребу, законодавац у чл. 166 предвидео могућност да се странци која је потпуно ослобођена од плаћања трошкова поступка призна право на бесплатно заступање, ако је то нужно ради заштите њеног права. За заступника се поставља адвокат, са списка адвоката који суду доставља адвокатска комора.

Компарација раније важећих и актуелних правила о постављању бесплатног заступника показује да је законодавац ову установу суштински унапредио и отклонио правнотехничке недостатке који су раније постојали.

Према новом ЗПП, бесплатни заступник може бити само адвокат, кога председник суда бира са списка адвоката који суду доставља адвокатска комора (чл. 166. ст. 2. и 3. ЗПП). Раније важећим прописима било је предвиђено да за заступника може бити постављено и друга особа са

---

<sup>42</sup> Видети, нпр. захтеве које поставља Конвенција о доступности информација, учешћу јавности у доношењу одлука и доступности правосуђа у вези са питањима која се тичу животне средине (тзв. Архуска Конвенција). Детаљно: *Право на адекватну животну средину* (пр. Тодић, Д. Вукасовић, В), Београд, 2001, стр. 95-107. О проблемима и ризицима са којима се суочавају еколошке НГО у својим покушајима да издејствују судску одлуку којом се спречева загађење животне средине, детаљно: Петрушић, Н., *Грађанскоправни инструменти еколошке заштите у домаћем праву*, Зборник радова, "Грађанска кодификација", Св. 2., Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2003, стр. 339-363..

<sup>43</sup> У литератури се као разлози за постављање бесплатног заступника обично наводе неуконост странке, место пребивалишта удаљено од седишта суда, немогућност странке да се одређено изјашњава, сложеност спора и др

"правном спремом", способна да пружи потребну правну помоћ (чл. 174. ст. 3. раније важећег ЗПП). Несумњиво је да је ново законско решење примереније, будући да су адвокати стручна лица квалификована за пружање правне помоћи. С друге стране, суд је растерећен дужности да приликом постављања бесплатног заступника оцењује његову "способност да пружи правну заштиту", што је према ранијим прописима био дужан да чини у погледу правних стручњака не-адвоката.

Редактори ЗПП елиминисали су повод за теоријске расправе које су својевремено вођене у погледу правне природе односа који постоји између странке и бесплатног заступника који јој је суд поставио. Наиме, околност да је у раније важећем ЗПП бесплатни заступник био означен називом "пуномоћник", отворила је бројна питања у погледу односа који постоји између странке и постављеног пуномоћника. Било је схватања да постављени пуномоћник и странка нису ни у каквом уговорном односу и да пуномоћник странке врши само једну јавну дужност.<sup>44</sup> Поједини теоретичари су тврдили да постављени пуномоћник не врши јавну дужност, да у поступку делује јер постоји претпоставка да га је странка на то овластила, што имплицира могућност да странка не прихвати одређеног заступника за свог пуномоћника.<sup>45</sup> Ступањем на снагу новог ЗПП, отклоњена је свака дилема у погледу правне природе односа који постоји између странке и њеног бесплатног заступника - међу њима не постоји било какав уговорни однос јер странка адвоката није овластила на заступање, нити га је поставила, тако да је он њен бесплатни законски заступник.<sup>46</sup> Правни основ за заступање представља одлука којом је председник суда одређеног адвоката поставио за бесплатног заступника странке.<sup>47</sup>

Према новим, као и према раније важећим прописима, суд странци може поставити бесплатног заступника само на њен изричит захтев. Чини се да је имало места да се од оваквог решења одустане и предвиди могућност да суд странци коју је у потпуности ослободио претходног плаћања трошкова поступка постави бесплатног заступника и по службеној дужности. Установљавање ове могућности било би у складу са дужношћу суда да свакој странци обезбеди правично суђење. Ако је суд тај који у сваком поступку (и у свим фазама поступка) треба да се стара о правичности поступка, мора му се пружити могућност да странци постави заступника кад оцени да је то неопходно ради делотворног остваривања њеног права на правично суђење и кад странка то није тражила. Таква могућност би, несумњиво, допринела

<sup>44</sup> Poznić, B., *Грађанско процесно право*, 12. изданје, "Savremena administracija", Beograd, 1991, str. 355. Starović, B., Keća, R., op. cit., str. 208.

<sup>45</sup> Triva, S., Dika, M., *Грађанско парнично процесно право*, 6. изданје, "Narodne novine", Zagreb, 1986, str. 388.

<sup>46</sup> Тако и: Stanković, G. *Грађанско процесно право*, Прва свеска, Парнично процесно право, 7. изданје, Удружење за грађанско процесно и арбитражно право, Ниш, 2007, str. 198.

<sup>47</sup> Suprotno Jakšić, koji tvrdi da je postavljeni advokat "temeljem zakonskih i esnafskih pripisa, ex lege, dužan da zastupa stranku u parnici". (Jakšić, A., op. cit., str. 497).

остваривању стандарда правичности у функционисању правозаштитног механизма. Ослонац за овакво решење пружају и одлуке Европског суда за људска права, у којима се наглашава дужност судећег суда да испитује потребу странке за правном помоћи и при томе има у виду "колико је сам поступак од значаја за подносиоца представке, колико су сложена важећа законска решења и поступци и да ли подносилац представке може сам себе да заступа пред судом"<sup>48</sup>.

У погледу услова за одређивање бесплатног заступника нису извршене промене: суд странци признаје право на бесплатног заступника ако је то нужно ради заштите права странке. Кад постоји ова нужност, и о којим околностима суд треба да води рачуна, законодавац ближе не одређује. С обзиром да у тридесетогодишњој пракси ових правила нису изграђени прецизни критеријуми и мерила за утврђивање ове нужности, тако да је пракса судова била прилично неуједначена, чини се да је судовима требало пружити извесне смернице у погледу околности које би требало да цени. Имајући у виду праксу Европског суда за људска права, на листи ових околности требало би да се нађу: значај добра које странка у поступку штити и остварује, сложеност поступка, реална могућност да странка без стручног заступника предузима процесне радње и брани своје интересе и др.<sup>49</sup>

Једно од правила које је, можда, требало уградити у законски текст тиче се дужности суда да надгледа рад законског заступника странке, посебно ако се има у виду да странка није у могућности да утиче на избор адвоката.<sup>50</sup> То подразумева дужност суда да надгледа да ли и како постављени законски заступник врши своју дужност.<sup>51</sup> Упориште за овакаво решење такође се

---

<sup>48</sup> У предмету *Seel and Moris*, 2005., Суд је утврдио повреду Конвенције, наводећи да се радило о поступку пред домаћим судом са могућим озбиљним финансијским реперкусијама и да је сам поступак чињенично и правно био веома сложен (суђење пред првостепеним судом је трајало 313 радних дана, чему је претходило подношење 28 поднесака странака, а поступак пред другостепеним судом је трајао 23 радна дана). Чињенично стање било веома сложено. Доказни материјал је имао 40.000 страна, а на суду је сведочио 130 сведока. Пре него што је суд могао да донесе пресуду о кључном питању спора, било је потребно решити читав низ правних и процесних питања. Европски Суд је утврдио да је повређено право на приступ суду јер у овако сложеном предмету спорадична помоћ адвоката-волонтера и помоћ правосудних органа која је подносиоцима захтева пружана током самог поступка није била довољна да замени присуство компетентог и искусног адвоката који би се претходно упознао са свим елементима предмета и који би детаљно познавао релевантни закон и предметни парнични поступак. (Видети: *Члан 6 Европске конвенције о људским правима право на правично суђење*, приручник за адвокате, Интеригхтс, Лондон, 2006, стр. 23).

<sup>49</sup> Видети аргументацију у предмету *Seel and Moris*, 2005.

<sup>50</sup> У пракси Европског суда за људска права поставило се питање да ли држава има дужност да окривљеном омогући избор бесплатног заступника. Суд је стао на становиште да ова дужност не постоји (*M v. the United Kingdom*, 36 DR 155, *Водич за имплементацију на член 6 од Европске конвенције за човекови права*, Генерален директорат за човекови права, Совет на Европа, Strasbourg Cedex, 2001, стр. 57).

<sup>51</sup> У предмету *Bertuzzi* против Француске, 2003, Европски суд је утврдио повреду права на приступ суду јер подносиоцу представке није био обезбеђен други адвокат који би му пружио

налази у пракси Европског суда за људска права. По схватању Суда, обавеза државе да по основу члана 6, став 1 обезбеди ефективни приступ суду не завршава се постављањем бесплатног заступника, већ је неопходно да странка заиста и добије бесплатну правну помоћ. По схватању Европског суда, само одређивање бесплатног заступника не значи ефективну правну помоћ, будући да адвокатот може да умре, да се разболи, да у дужем периоду буде спречен да обавља своју дужност или, пак, да избегава испуњавање својих дужности. Власти су, по схватању Европског суда, дужне да обезбеде пружање делотворне правне помоћи, што подазумева дужност да адвоката замене, односно да га натерају да испуњава своје дужности.<sup>52</sup>

ЗПП се у Србији примењује тек нешто више од две године и многа нова законска решења су у пракси већ испољила своје добре и лоше стране. С обзиром да предстоји усаглашавање ЗПП са новим Уставом РС, текст ЗПП поново ће се наћи под лупом правних стручњака. То пружа прилику да се поједина законска решења адаптирају и коригују, а одредбе учине још јаснијим и прецизнијим. На листу одредби које би требало преиспитати свакако би требало уврстити и одредбе које се тичу ослобођења од претходног плаћања трошкова поступка, како би се обезбедиле максималне гаранције уа остваривање права на приступ суду.

---

потребну правну помоћ. (Видети: *Члан 6 Европске конвенције о људским правима право на правично суђење*, приручник за адвокате, ибидем).

<sup>52</sup> Видети: *Artico v. Italy*, Одлука од 30. априла 1980, став 33. (Према: Mole, N. Harby, C. ibidem).



**ПРАВО НА ПРАВНУ ПОМОЋ И КВАЛИТЕТ  
ПРАВНЕ ПОМОЋИ ПРУЖЕНЕ ГРАЂАНИМА  
У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ  
И ПОСТУПКУ ИЗДРЖАВАЊА КАЗНЕ**

**Мр Марко Трајковић,**

---

*Асистент Правног факултета у Нишу*





**Мр Марко Трајковић**

*Асистент Правног факултета у Нишу*

**СЛОБОДАНКА КОНСТАНТИНОВИЋ-ВИЛИЋ,  
МИОМИРА КОСТИЋ, ДУШИЦА МИЛАДИНОВИЋ**



**ПРАВО НА ПРАВНУ ПОМОЋ И КВАЛИТЕТ ПРАВНЕ  
ПОМОЋИ ПРУЖЕНЕ ГРАЂАНИМА У КРИВИЧНОМ  
ПОСТУПКУ И ПОСТУПКУ ИЗДРЖАВАЊА КАЗНЕ**

*Правни факултет Универзитета у Нишу  
Центар за публикације, Ниш, 2007, стр. 188*

У оквиру пројекта „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, чији је аутор и руководилац проф. др Невена Петрушић, који реализује Правни факултет у Нишу, у периоду 2006-2010, као резултат научно-истраживачког рада ауторки настала је монографија „Право на правну помоћ и квалитет правне помоћи пружене грађанима у кривичном поступку и поступку издржавања казне“.

Наш аспект посматрања ове изврсне монографије је искључиво теоријско-правне и филозофско-правне природе.

Монографија, представља изванредан пример коришћења херменеутичке методе, која је данас неопходан начин посматрања правних института и проблема. Ауторке ваљано прилазе проблемима, откривајући да право није само норма, или само чињеница. Окрећу се свестраном посматрању ових питања. Оне у свом основном приступу проблемима избегавају нормативизам и социологизам са свим њиховим недостацима. Напротив, имају чисто холистичко-интегралистички начин посматрања не само правних појава, схватајући на тај начин да је право део једне велике холистичке целине. Дакле, монографија испуњава основни императив, да се право отвори ка чињеницама. Реч је о монографији која садржи најбољи вид интегративног метода, а то је хијерархијска интеграција.

Ауторке ваљано користе анализу и синтезу, упоредни метод, историјски метод и херменеутички метод у посматрању правних института и проблема.

Монографија „Право на правну помоћ и квалитет правне помоћи пружене грађанима у кривичном поступку и поступку издржавања казне“, садржи: предговор, седам поглавља, закључак и литературу.

Прво поглавље „Појам, облици и субјекти пружања правне помоћи“, представља добар теоријски увод у проблеме којима се ауторке баве.

Везујући правну помоћ за људска права и слободе оне се, по нашем мишљењу, на самом почетку опредељују за морални минимум који национално и међународно право мора да поседује. Бесплатна правна помоћ, на којој ауторке с правом инсистирају, представља врсту корективне правде у правном систему који пледира на моралност као услов за његов легалитет. Идеје ауторки, дају нам уверавање да нема правне државе која није успоставила правилан однос између основних правних и друштвених вредности. Дакле, аксиолошка равнотежа је један од начина да се врати поверење грађана у правосудни, па самим тим и у правни систем Републике Србије. Ауторке ваљано успостављају равнотежу између правде, правне сигурности и разлога делотворности и ефикасности, када институт правне помоћи посматрају са холистичког аспекта, у светлу стварања „концентранисанијег и делотворнијег“ система бесплатне правне помоћи. А све се ово чини у контексту стратегије за реформу правосуђа. Оне једнострано посматрање института правне помоћи одбацују, тиме што га не везују само за учиниоца, већ и за жртву кривичног дела. На овај начин поново стичемо јасан утисак о свестраном приступу институту правне помоћи. За посматрање института ауторке поред интегралистичког користе и упоредни метод, те институт посматрају на нивоу међународних правних решења.

У другом делу под називом „Међународни стандарди о приступу правди и остваривању правне помоћи“, констатују да бесплатна правна помоћ дуго није била приоритетни задатак ни националних правних система, али ни међународног правног система. Полазећи од појма владавине права и уклапајући у њега овај неопходан институт, ауторке инсистирају на једнакошћу пред законом. Ми истичемо да је њихово залагање за бесплатну правну помоћ, заправо нешто више и боље од једнакости пред законом. Сматрамо, да се овде ради о једнакости до закона, која је важнији императив савремене правне државе. На овај начин правни систем уклања све неједнакости које могу да се јаве у процесу суђења и издржавања казни. Ауторке указују на неопходност примене бесплатне правне помоћи у земљама које су прошле или су још увек у процесу транзиције, због сиромаштва великог дела становништва. Даље, наводе да су нека од предходних питања, као што су регулисање статуса избеглица и особа без држављанства, којима је „приступ правди“ знатно отежан била под знаком питања. Потреба за јустицијабилношћу права, па према томе и за присуство правде у кривичним стварима ипак је обезбеђена, према ауторкама, низом међународних и националних правних докумената. На тај начин би позитивно право постало праведно. Низ правних аката којима се обезбеђује примена овог института ауторке веома јасно анализирају, пружајући нам потпуни увид у национална и међународна решења овог питања.

У трећем поглављу под називом „Развој правне помоћи у земљама Централне и Источне Европе“, ауторке сужавају поље истраживања јустицијабилности права и правне помоћи. У монографији преовлађује правилан став, да су мирни путеви који воде ка социјалним променама прави

показатељ демократских и правних промена у правном систему, а да су заштита и потребе сиромашних слојева становништва у нераскидивој вези са остварењем правде. Поред њихове констатације, да је последњих година дошло до побољшања у пружању правне помоћи у неким земљама, оне указују на проблеме који се и поред тога јављају.

Четврти део под називом „Нека решења о пружању бесплатне правне помоћи у земљама у окружењу“, обухвата правна искуства земаља бивше СФРЈ, изузев Републике Србије. Како се ради о државама које су некада чиниле СФРЈ, ауторке сасвим научно одговорно бирају и обрађују примену овог института и на овим просторима.

Шести део под називом „Институционални оквир за пружање правне помоћи у Републици Србији“, посвећен је нормативном оквиру за примену овог института у Републици Србији. Ауторке најпре констатују, да Република Србија нема посебан закон о пружању правне помоћи. Дакле, нормативни оквир је изузетно широк, јер ова материја није систематично распоређена и расута је у низу правних аката. Прихватајући идеју о хијерархији правних аката, полазе од уставног решења овог питања, те констатују да Устав Републике Србије, предвиђа право на правну помоћ. У монографији је констатовано, да право на правну помоћ представља саставни део правог система који ваљано функционише, али општа забрана дискриминације, једнака заштита права пред судовима и другим државним органима као и право на правично суђење представљају оквире за његову имплементацију. Намеће нам се закључак да ова права чине морални минимум који правни систем мора да поседује. Издвојићемо став ауторки који иде у прилог нашем мишљењу, да је право на браниоца по основу сиромаштва које предвиђа Законик о кривичном поступку, у члану 72. вид корективне правде. Кодекс професионалне етике адвоката, који ауторке такође анализирају, представља потврду неопходне и нераскидиве везе између права и етике. Заправо, прожетост права етиком једини је начин да избегнемо постхуману будућност. Примена етика је у најширем смислу, неопходност данашњег рада правне професије.

Емпиријски део монографије нашао је своје место у осмом поглављу под називом „Резултати истраживања и дискусија“, којим су ауторке ваљано практично аргументовале своје научне ставове изнете у предходним поглављима.

Када говоримо о „Закључним разматрањима и предлозима“, морамо да издвојимо холистички приступ предмету истраживања, систематичност и изузетну методологију у излагању закључака и отвореност за другачија мишљења.

Литература коју су ауторке користиле при изради овако доброг научног дела, даје аргументовану основу за сваки научни став изнет и заузет у монографији.

Изузетан научни и свестрани приступ материји, ваљано успостављен однос науке и емпирије и добар стил су разлози због којих монографију препоручујемо најширим правничким круговима.