

STRUČNI ČLANAK

Živorad Rašević\*

## JAVNO PRAVOBRANILAŠTVO IZMEĐU PRAVOSUĐA I DRŽAVNE UPRAVE

**Apstrakt:** Cilj istraživanja je pozicioniranje ustanove Javnog pravobranilaštva u pravnom sistemu Srbije. De lege lata težište je na ispitivanju usklađenosti funkcija ove ustanove sa izazovima Evropske konvencije o ljudskim pravima, Ustava Srbije i novog Zakona o parničnom postupku. Na temelju kritike pozitivnog prava zauzeo sam pravopolitički stav o ovoj ustanovi de lege ferenda.

Do saznanja o ovome došao sam prvenstveno primjenom pravnodogmatskog metoda, a tamo gdje sam to smatrao potrebnim, služio sam se uporednopravnim, pravnoistorijskim, pravnosociološkim i filozofskim metodima.

Istraživanje je rezultiralo saznanjima o poziciji ustanove bliže državnoj upravi nego pravosuđu, neusklađenostima funkcija i deficitima, prvenstveno po pitanju konkretizacije ustavnih načela vladavine prava i neposredne primjene zajamčenih ljudskih prava.

U zaključku su sumirani rezultati i date preporuke.

**Ključne riječi:** zastupnička, savjetnička, posrednička i institucionalna funkcija, interakcija, vladavina prava, ljudska prava.

### 1. UVOD

Izostavljanje zakonskog i tradicionalnog naziva ustanove javnog pravobranilaštva (u daljem tekstu: pravobranilaštvo) u Ustavu Srbije sa razlogom privlači pažnju. Naime, u petom dijelu Ustava (Uređenje vlasti), u poglavlju „Zaštitnik građana“, u stavu 1. člana 138. umjesto pravobranilaštva uzgredno se pominje „organ nadležan za pravnu zaštitu imovinskih prava i interesa Republike Srbije“. Imajući u vidu da je ova ustanova određena vremenim Zakonom o javnom pravobranilaštvu („Službeni glasnik RS“, broj 43/91, u daljem tekstu: ZJP), nameće se zaključak da se radi o naznaci pravopolitičkih tendencija za njeno redefinisanje. U prilog ovome govore brojne kritike navedenog zakona, a sam Republički javni pravobranilac tvrdi: „Možda najnedorečeniji i najneupotrebljiviji u praksi pokazao se sadašnji Zakon o javnom

\* Student doktorskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu  
e-mail: zrsevici@yahoo.com

pravobranilaštvu koji je u mnogo čemu doprineo da se u dužem vremenskom periodu degradira funkcija i obezvređi značaj zakonskog zastupnika[...] Shodno svemu navedenom potrebno je hitno pokretanje inicijative za donošenje Zakona o državnom pravobranilaštvu[...].<sup>1</sup>

Dakle, da li je i kakvo je pravobranilaštvo potrebno? Da bih odgovorio na ovo pitanje razmotrio sam različite uporednopravne i teorijske pristupe, funkcije ustanove i njeno mjesto u pravnom sistemu Srbije.

## 2. ZASTUPANJE DRŽAVE PRED SUDOM: POJAM, EVOLUCIJA, RAZLIČITI PRISTUPI, KONTROVERZE

### 2.1. POVEZANOST SA IDEJOM VLADAVINE PRAVA

Iako se može tragati za srodnim ustanovama još u antici,<sup>2</sup> smatram da koncept zastupanja države pred sudom dobija svoj smisao tek u kontekstu učenja o nezavisnom pravosuđu i vladavini prava, jer je nužan uslov za njegov nastanak izdvajanje sudske vlasti kao posebne i nezavisne od drugih državnih vlasti. Tako posmatrano, korijene ustanove treba tražiti u evoluciji načela *rule of law* u zemljama anglosaksonske pravne tradicije, odnosno znatno mlađeg učenja o pravnoj državi u zemljama kontinentalnog prava.

### 2.2. RAZLIČITI PRISTUPI

Uporednopravno, može se uočiti jedna načelna tendencija da se u pravnim sistemima *common law* uloga i funkcije zastupnika države shvate šire i formulišu uopštenije nego u zemljama kontinentalnog prava. Tako u zemljama anglosaksonske pravne tradicije *Attorney General* u najvećem broju slučajeva predstavlja državu pred sudom, što uključuje i krivično gonjenje, glavni je pravni savjetnik vlade, šef centralizovane pravne službe i član kabineta.<sup>3</sup> U državama kontinentalnog prava, u nekim zemljama je došlo do institucionalnog razdvajanja funkcije krivičnog progona i zastupanja države u imovinskopравnim odnosima,<sup>4</sup> a u drugima je zadržano institucionalno jedinstvo u okviru pravosuđa, u funkciji javnog (državnog) zastupnika (advokata, tužioca).<sup>5</sup>

1 Milan B. Marković, *Nadležnosti i ovlašćenja Javnog pravobranilaštva u zastupanju*, u: *Nadležnost i razgraničenje nadležnosti sudova*, Zbornik radova, Glosarijum, Beograd 2006, str. 327. i 344.

2 „Prema tome, *advocatus fisci* u rimskom pravu predstavlja preteču današnjeg javnog pravobranilaštva...“, *ibid.*, str. 327.

3 *V. Attorney General*, preuzeto sa adrese: [http://en.wikipedia.org/wiki/Attorney\\_general](http://en.wikipedia.org/wiki/Attorney_general), 8. 3. 2012.

4 Austrija, Italija. *V. op. cit.*, (fusnota 1), str. 327. i 328.

5 Njemačka, Hrvatska. *V. http://en.wikipedia.org/wiki/Attorney\_General\_of\_Germany*, 8. 3. 2012.

Uopšteno, u anglosaksonskoj pravnoj tradiciji dominira centralizovana pravna služba, bliža izvršnoj nego sudskoj vlasti; u kontinentalnom pravnom krugu mogu se uočiti dva pristupa: (1) spajanje pravobranilačke funkcije sa funkcijom krivičnog gonjenja u okviru pravosuđa, te (2) razdvajanje pravobranilačke od tužilačke funkcije i pozicioniranje pravobranilaštva uz izvršnu vlast.

Pravna tradicija država nastalih na području bivše Jugoslavije pretežno slijedi ovaj drugi put. U Srbiji je 1842. godine ustanovljen Pravotelstveni fiškal, čije je nadležnosti već naredne godine preuzelo Popečiteljstvo finansija, a 1848. godine ustanovljen je Branitelj prava praviteljstvenih, kao zastupnik države. Naziv pravobranilaštva potiče iz prve Jugoslavije; godine 1934. Zakonom o državnom pravobranioštvu ono je uređeno kao centralizovan zastupnički organ, vezan za Ministarstvo finansija. U socijalističkoj Jugoslaviji pravobranilaštvo je bilo organizovano na nivou federacije, republika i pokrajina, gradova i opština. U državama nastalim raspadom Jugoslavije pitanje zastupanja države riješeno je na tradicionalan način, sa izuzetkom Republike Hrvatske, gdje je došlo do spajanja pravobranilačke i tužilačke funkcije u ustanovi državnog odvjetnika. Osim toga, naziv pravobranilaštva dobija nova, sasvim drugačija značenja uvođenjem institucije ombudsmana pod tim imenom u Hrvatskoj (pučki pravobranitelj) i Makedoniji (narodni pravobranitelj).<sup>6</sup>

Rezultati komparativnog istraživanja o ovome dati su u tabeli 1.

Tabela 1. Komparativni pregled pozitivnopravnih rješenja o zastupanju države pred sudom u državama nastalim raspadom SFRJ

Država	Naziv institucije	Positivnopravno određenje	Način izbora, odgovornost i trajanje mandata rukovodioca	Napomena
Srbija <sup>7</sup>	Republičko javno pravobranilaštvo	Zaštita imovinskih prava i interesa Republike	Vlada; odgovara Vladi; mandat 4 godine	Decentralizovano; pokrajinska, gradska i opštinska pravobranilaštva
Bosna i Hercegovina <sup>8</sup>	Pravobranilaštvo Bosne i Hercegovine	Zakonska zaštita i zastupanje radi zaštite nadležnosti, interesa i prava BiH	Vijeće ministara; odgovara Parl. skupštini; mandat 4 godine	Funkciju vrše pravobranilac, dva zamjenika i pomoćnici

6 V. <http://sr.wikipedia.org/sr/Pravobranila%C5%A1tvo>, 8. 3. 2012.

7 *Zakon o javnom pravobranilaštvu*, „Službeni glasnik RS“, broj 43/91.

8 *Zakon o Pravobranilaštvu BiH*, „Službeni glasnik BiH“, broj 8/02, *Zakon o Pravobranilaštvu RS*, „Službeni glasnik RS“, br. 16/05, 77/06 i 119/08, *Zakon o Federalnom pravobranilaštvu*, „Službene novine FBiH“, br. 2/95, 12/98, 18/00 i 61/06, *Zakon o pravobranilaštvu Brčko distrikta BiH*, „Službeni glasnik BD BiH“, br. 28/06, 17/08, 19/07 i 20/10.

Država	Naziv institucije	Pozitivnopravno određenje	Način izbora, odgovornost i trajanje mandata rukovodioca	Napomena
	Pravobranilaštvo Republike Srpske	Samostalni organ; zaštita imovinskih prava i interesa RS	Nar. skupština na prijedlog Vlade; odgovara Nar. skupštini; mandat 4 godine	Centralizovano; zamjenici na lokacijama okružnih sudova
	Federalno pravobranilaštvo	Poseban samostalni organ; pravna zaštita imovine i interesa FBiH	Premijer uz potvrdu Parlamenta; mandat 4 godine	Decentralizovano; kantonalna i opštinska pravobranilaštva
	Pravobranilaštvo Brčko distrikta BiH	Zaštita javne imovine, prava i interesa Distrikta	Pravosudna komisija BD; mandat 4 godine	Pravobranilac i četiri zamjenika
Hrvatska <sup>9</sup>	Državno odvjetništvo	Samostalno i nezavisno pravosudno tijelo	Sabor na prijedlog Vlade; mandat 4 godine	Centralizovano; nadležno i za kriv. gonjenje
Slovenija <sup>10</sup>	Državno pravobranilstvo	Samostalni državni organ koji zastupa Republiku	Državni zbor na prijedlog Vlade; odgovara zboru; mandat 6 godina	Centralizovano; dekoncentrisani odjeli
Makedonija <sup>11</sup>	Državno pravobraniteljstvo	Državni organ; zaštita imovinskih prava i interesa Republike	Vlada; odgovara Vladi; mandat 6 godina	Centralizovano; dekoncentrisani odjeli
Crna Gora <sup>12</sup>	Zaštitnik imovinsko-pravnih interesa Crne Gore	Zastupa državu; štiti imovinsko-pravne interese države	Vlada na prijedlog Min. finansija; mandat 5 godina	Nesamostalan organ; nadzor vrši Ministarstvo finansija

9 *Zakon o Državnom odvjetništvu*, „Narodne novine“, br. 76/09, 153/09, 116/10, 145/10, 57/11 i 130/11.

10 *Zakon o Državnom pravobranilstvu*, „Uradni list RS“, br. 94/07 I 77/09.

11 *Zakonot za Državnoto pravobraniteljstvo*, „Služben vesnik na RM“, broj 87/07.

12 *Zakon o državnoj imovini*, „Službeni list Crne Gore“, broj 21/09.

### 2.3. PRO ET CONTRA PRAVOBRANILAŠTVA

U novijoj literaturi jasno se uočava podvojenost po pitanju legitimiteta i ustavnopravne pozicije ove ustanove, u smislu rezolutnog opredjeljivanja za i protiv njene samostalne egzistencije. O toj dilemi nekoliko citata:

„Analizirajući zastupničku funkciju očigledno je da Pravobranilaštvo treba da ima status državne advokature – zastupanje u svim postupcima pred sudovima, upravnim organima i davanje najslabijih pravnih mišljenja na ugovore i po drugim pravnim pitanjima, postupanja kao stranke – posebnog državnog organa sa zakonskim obavezama i ovlašćenjima.“<sup>13</sup>

Isto tako:

„U prilog organizaciono i funkcionalno odvojenih državnih organa govore razlozi specijalizacije i procesnopravnog položaja datih organa. U pogledu specijalizacije, prednost odvojenosti je u tome što bi se javna tužilaštva imala uglavnom ili isključivo ustrojiti tako da [...] sprovede krivični progon, dok bi pravobranilaštva specijalizaciju usmeravala na građanskopravnu i privrednopravnu oblast i na upoznavanje inostranog privatnog prava[...] Javni pravobranilac, bar u našem pravu, nije stranka, pa je u procesnom smislu nesamostalniji od tužioca, što bi trebalo da utiče na njegovu organizaciju i ustrojstvo.“<sup>14</sup>

Suprotno tome:

„Polazeći od činjenice da je javni (državni) tužilac ovlašćen da u pojedinim slučajevima pokreće postupak kada je u pitanju privredna oblast, opravdano se postavlja pitanje postojanja javnog pravobranilaštva u našem pravnom sistemu[...] Da li kao poseban organ treba da postoji javno pravobranilaštvo, ili ono treba da postane sastavni deo javnog tužilaštva? Nisu nam jasni motivi ni funkcionalni razlozi, zašto zaštita i imovinskih prava nije poverena javnom tužilaštvu.“<sup>15</sup>

Donekle slično prethodnom stavu:

„Posmatrajući ulogu i nadležnost pravobranilaštva može se doći do zaključka da se u pravilu radi o dva slična organa čija je nadležnost usmjerena na zaštitu općeprihvaćenih društvenih vrijednosti[...] Zbog svega navedenog pravobranilačku funkciju je potrebno izdijeli u ravan pravosuđne funkcije odnosno u rang tužilačke funkcije[...]“<sup>16</sup>

---

13 *Op. cit.*, (fusnota 1), str. 342.

14 Vesna Rakić-Vodinelić, *Pravosuđno organizaciono pravo*, Savremena administracija, Beograd 1994, str. 115.

15 Sreto Nogo, *Sudsko pravo*, Megatrend univerzitet, Beograd 2010, str. 225. i 227.

16 Udruženje pravobranilaca/pravobranitelja u Federaciji BiH, *Projekat reforme pravobranilačke funkcije u FBiH*, 2011, str. 27, preuzeto sa adrese: [http://upuf.ba/wp-content/uploads/Projekat\\_reforme\\_pravobranilastva.pdf](http://upuf.ba/wp-content/uploads/Projekat_reforme_pravobranilastva.pdf), 8. 3. 2012.

### 3. FUNKCIJE PRAVOBRANILAŠTVA

Proučavanjem literature, te jezičkim, logičko-sistematskim i ciljnim tumačenjem pozitivnopravnih normi sadržanih u ZJP, formulisao sam funkcije pravobranilaštva na sljedeći način:

- (1) zastupnička funkcija, koja obuhvata zastupanje države i drugih pravnih lica u sudskim postupcima i upravnom postupku, te u postupku ocjene ustavnosti zakona i opštih akata pred Ustavnim sudom;
- (2) savjetnička funkcija. Pravobranilaštvo daje pravna mišljenja pravnim licima koje zastupa u vezi sa zaključivanjem imovinskopravnih ugovora i drugim imovinskopravnim pitanjima;
- (3) posrednička – možda ispravnije: pregovaračka funkcija, jer prije pokretanja parnice preduzima potrebne mjere radi sporazumnog rješavanja spornog odnosa;
- (4) institucionalna, jer se radi o državnoj instituciji ustanovljenoj zakonom, koja ima svoje nadležnosti i koja u njihovom vršenju postupane samo po nalogima i zahtjevima nego i *ex officio*. Pored svojih posebnih pravobranilačkih funkcija, u funkciji je i opštih ciljeva svih ostalih državnih institucija, a to su ostvarivanje ustavnih nadležnosti države i društvenih vrijednosti kojima Ustav teži.

U nastavku će biti ukratko sagledana svaka od ovih funkcija u interakciji sa drugim funkcijama i testirana njena usklađenost sa ustavnim načelima i odredbama novog Zakona o parničnom postupku („Službeni glasnik RS“, broj 72/11, u daljem tekstu: ZPP).

#### 3.1. ZASTUPNIČKA FUNKCIJA

Pozitivnopravno određenje ove funkcije je zakonsko zastupanje Republike Srbije, njenih organa, organizacija i drugih pravnih lica u sudskim i upravnom postupku, radi ostvarivanja njihovih imovinskih prava i interesa (čl. 8. do 10. ZJP). Pravna kvalifikacija „zakonskog zastupnika“ zaista izgleda problematično, o čemu je već pisano,<sup>17</sup> kao i siromašno pozitivisanje obima ovlaštenja u zastupanju.<sup>18</sup> Kako je o ovome već rečeno dovoljno, posvetio sam

17 „Stranke koje ex lege zastupa javni pravobranilac su pravna lica, a to znači da su i stranački i parnično sposobne, te ne mogu imati zakonskog zastupnika [...] Znači, javni pravobranilac nije zakonski zastupnik ovih pravnih lica nego njihov zastupnik po zakonu.“ Gordana Stanković, *Građansko procesno pravo*, Studentski kulturni centar Niš 1996, prema: Julijana Nedeljković, *Javni pravobranilac-zastupnik po (kojem) zakonu?*, Pravni informator, broj 5/2008, str. 38.

18 Uporednopravno, posvećena je veća pažnja ovom pitanju. V. npr. u Hrvatskoj član 88. Zakona o Državnom odvjetništvu, „Narodne novine“, br. 76/09, 153/09, 116/10, 145/10, 57/11 i 130/11.

ovdje pažnju pitanjima legitimnosti ustanove sa stanovišta jusnaturalističkih vrijednosti, prihvaćenih u načelima Ustava.

### *Branilac državne imovine ili branilac zakonitosti?*

*Ratio* zastupanja države, koji je formulisan kao zaštita njenih imovinskih prava i interesa, očigledno nije jasno i precizno izrazio ono što pravobranilaštvo zaista radi i izložio potencijalne protivnike ove institucije u sudskom postupku opasnosti suočavanja sa nesavjesnim parničanjem nadmoćnog državnog organa, koji štiti državnu imovinu po svaku cijenu.

Prvo treba imati u vidu da „država može, kao i svako drugo pravno lice, osim imovinskih imati i neimovinska subjektivna građanska prava“<sup>19</sup> čija bi zaštita pred sudom takođe trebalo biti u nadležnosti pravobranilaštva.

Dalje, svođenje uloge pravobranilaštva na revnosnu zaštitu državne imovine i imovinskih interesa države<sup>20</sup> uz zanemarivanje njegove prirode javnopravnog organa može opasno ugroziti ravnopravnost stranaka i vladavinu prava. Na primjer, u postupcima za naknadu štete uzrokovane vršenjem ovlašćenja državnog organa ili u postupku zbog diskriminacije protiv države, takav čuvar imovine neće osporavati tužbeni zahtjev iz uvjerenja o njegovoj neosnovanosti nego će pobijati osnovanost potraživanja radi zaštite državne imovine; kada zastupa tužioca, izgledi na prihod državnoj imovini mogu lako postati važniji od istine i subjektivnih prava tuženog. Ovakvim mogućnostima zanemarivanja istine za račun uspjeha u zaštiti imovine ne može se priznati legitimitet.

Smatram da se ključni deficiti ustanove mogu utvrditi pravno-sistemskim tumačenjem odredaba ZJP-a i njihovim upoređivanjem sa odredbama Ustava. Zaista, u ZJP-u nisu konkretizovana ustavna načela vladavine prava i neposredne primjene ljudskih prava (članovi 3. i 18. Ustava), što pravobranilaštvo ne čini pouzdanim partnerom sudovima u ostvarivanju načela sudstva iz člana 142. stav 2. Ustava: „Sudovi [...] sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, a kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora[...]“ Teško je komforno ovim odredbama Ustava tumačiti član 6. Zakona o javnom pravobranilaštvu koje „obavlja svoju funkciju na osnovu zakona i drugih propisa donesenih u skladu sa Ustavom i zakonom.“ Apсурдно bi bilo shvatanje da pravobranilaštvo kao državni organ nije neposredno vezan Ustavom; ovakvo

19 *Op. cit.*, (fusnota 14), str. 226.

20 Fascinacija zaštitom državne imovine i ignorancija prava građana može se uočiti u sljedećem navodu: „[...] u pravilu država i njena prava stavljaju se u istu pravnu ravan sa pravima koja uživaju pojedinci, pa tako prava i interesi države kao društvene tvorevine sve više bivaju napadnuti pa samim tim i ugroženi [...] država mora prepoznati postojeće realno stanje takvih odnosa, te stvoriti kvalitetan ambijent i uslove potrebne za zaštitu svojih vlasničkih prava.“, *op. cit.*, (fusnota 16), str. 26.

shvatanje obesmišljava odredbe o ostvarivanju nadležnosti države iz člana 97. stav 2. Ustava; opasnost od arbitrarnog djelovanja pravobranilaštva je izviješna jer je lako pretjerati u revnosti u zaštiti državne imovine i sluzenju izvršnoj vlasti na račun navedenih ustavnih načela, pogotovo što nisu obezbijedene garancije nezavisnosti i nepristrasnosti ustanove. I površan uvid u praksu pravobranilaštva potvrđuje navedenu tvrdnju, u čijim pojedinim stavovima kao da još uvijek lebdi duh pozitivizma s kraja XIX i početka XX vijeka:<sup>21</sup>

„Međutim, shodno važećim propisima, sud opšte nadležnosti nije nadležan da odlučuje o tome da li se nekim zakonom povređuju lična prava građana, već je isključivo Ustavni sud Srbije nadležan da odluči o saglasnosti zakona i drugih opštih akata sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima[...] Propis ili opšti akt za koji je Ustavni sud utvrdio da nije saglasan sa Ustavom [...] prestaje da važi danom objavljivanja odluke [...], te do tog momenta nema nepravilnog postupanja državnih organa koji su primenjivali taj propis [...], pa nema ni odgovornosti za štetu[...]“<sup>22</sup>

Ovako demonstrirana revnost zaista zabrinjava. Ipak smatram da ovakav pozitivizam nije usud pravobranilaštva već rezultat nedostatka garancija nezavisnosti i nepristrasnosti ovog organa, što ga instrumentalizuje i čini zavisnim od izvršne vlasti, odnosno političke moći.

Svaki ozbiljan pravno-aksiološki pristup ne može dati prvenstvo državnoj imovini u odnosu na vrijednosti vladavine prava i ljudskih prava, niti državnu imovinu posmatrati kao ništa drugo do sredstvo ostvarenja tih vrijednosti. Sredstvo za ostvarenje cilja ne može se pretpostaviti samom cilju.

### *Izvršni postupak protiv države; legitimnost postupanja pravobranilaštva*

Odredbe ZJP-a ne sadrže pravila o zastupanju države kao dužnika u izvršnom postupku, a sa velikom sigurnošću se može tvrditi da i tu pravobranilaštvo postupa revnosno u zaštiti državne imovine po svaku cijenu.

Kako član 18. Ustava Srbije eksplicitno spominje dužnost tumačenja odredaba o ljudskim i manjinskim pravima, između ostalog „saglasno važećim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje“, nužno je postaviti pitanje legi-

21 „Bergbohm je, naprotiv, isticao da se baš u susretu sa škodljivim ili nehumanim pravom potvrđuje najistaknutija vrlina čistog pravnika – njegova sposobnost da ne podleže uticaju ni najdubljih svojih uverenja, ni najvreljih želja svoga srca, nego da se sačeka da se one ostvare putem izmene prava.“ Vladimir Vodinelić, *Jusnaturalizam, napred – marksizam, stoji!* Pravni život, broj 12/1996, str. 66.

22 Ivana Timotijević: *Neka sporna pitanja u parnicama protiv Republike Srbije radi naknade štete prouzrokovane diskriminacijom osoba sa invaliditetom*, Bilten Republičkog javnog pravobranilaštva (RJP), broj 1/2011, str. 67.



timnosti postupanja pravobranilaštva u izvršnim postupcima protiv države. Stav Evropskog suda za ljudska prava o prinudnom izvršenju protiv države je jasan:

„U postupcima protiv države, u kojima država izgubi, izvršenje presude mora nastupiti automatski“<sup>23</sup> ili

„Ako je presuda doneta protiv nekog javnog organa, ona mora biti automatski izvršena“<sup>24</sup>, te

„Sud je naglasio da finansijske teškoće s kojima se država suočava ne mogu biti opravdanje za neizvršenje onoga što je presudom naloženo“.<sup>25</sup>

Kako pozitivno procesno pravo Srbije ne sadrži norme koje bi konkretizovale ovako izražen standard „automatskog izvršenja“, postavlja se pitanje kako pravobranilaštvo, kao zastupnik države, treba da postupi u ovim predmetima. Saglasno već zauzetom stavu o vezanosti pravobranilaštva načelom vladavine i prava i neposredne primjene ljudskih prava, jedino logično stanište bi bila potpuna pasivnost zastupnika države u izvršnom postupku protiv države. Ako navedeni zaključak djeluje isuviše radikalno, mogao bi se ublažiti stavom da nije legitimno da pravobranilaštvo preduzima radnje u izvršnom postupku ako ne postoji makar određeni stepen uvjerenja o postojanju razloga koji sprečavaju izvršenje. Razlog za zauzimanje ovakvog stava leži u javno-pravnoj prirodi ustanove pravobranilaštva, o čemu će biti govora *infra*.

### 3.2. SAVJETNIČKA FUNKCIJA

#### *O prirodi pravnog mišljenja pravobranilaštva*

Sadržaj ove funkcije određen članom 13. ZJP-a govori o davanju pravnog mišljenja u vezi sa zaključivanjem imovinskopravnih ugovora i o drugim imovinskopravnim pitanjima. Međutim, ostala je nejasna pravna priroda datog mišljenja, odnosno posljedice postupanja saglasno ili suprotno datom mišljenju jer ZJP ne određuje jasno u kojoj mjeri mišljenje pravobranilaštva obavezuje. Odgovor na ovo pitanje zavisi od toga kako će se shvatiti pravna priroda samog pravobranilaštva. Ako se shvati kao organ uprave i zastupnik u pukom građansko-pravnom odnosu zastupanja, pravno mišljenje može obavezivati samo snagom argumenata, ali ne i autoriteta. Sa druge strane, ako se pravobranilaštvo shvati kao samostalni, nezavisni i nepristrasni pra-

23 *Glaser v. United Kingdom*, 19. septembar 2000. i *Immobiliare Saffi v. Italy*, 28. jul 1999, prema: Nula Mol i Katarina Harbi, *Pravo na pravično suđenje. Vodič za primjenu člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Savet Evrope, Beograd 2007. str. 19.

24 *Hornsby v. Greece*, 19. mart 1997. i *Burdov v. Russia*, 7. maj 2002, prema: *ibid.*, str. 14.

25 *Burdov v. Russia*, 7. maj 2002, prema: *ibid.*, str. 19.

vosudni organ, njegovo mišljenje dobija na autoritetu i povlači obostranu odgovornost – zastupanog državnog organa, odnosno pravnog lica, na postupanje po datom mišljenju, ali i pravobranilaštva za zakonitost datog pravnog mišljenja.<sup>26</sup>

Ne bih prihvatio stav da krivična odgovornost pravobranilaštva za dato mišljenje može predstavljati vrstu pritiska i atak na nezavisnost ovog organa, koju imaju sudovi, advokati, javni tužioc, vještaci i ljekari u sudskom postupku<sup>27</sup> jer se imunitet ovih lica odnosi na konkretan sudski postupak i takođe nije apsolutan; pored toga, pravno mišljenje, samo po sebi, ne može biti sadržano u radnji niti jednog krivičnog djela – tek preduzimanjem neke radnje mogu nastati pravne posljedice. Onoga ko radnju preduzme neće abolirati činjenica da je postupao po mišljenju pravobranilaštva. U krajnjoj liniji, moguće arbitrarno djelovanje pravobranilaštva više zabrinjava od opasnosti ugrožavanja ionako slabih institucionalnih garancija nezavisnosti ustanove.

### *Iskorak iz savjetničke funkcije*

Nevolja je što ZJP nije eksplicitno izrazio dužnosti pravobranilaštva ako ocijeni da predmetni ugovor nije pravno valjan, odnosno ako uoči nezakonitosti po drugim imovinskopravnim pitanjima, kao što je to uporednopravno učinjeno.<sup>28</sup> Ovo svakako ne smije biti prepreka da pravobranilaštvo kao državni organ iskorači iz savjetničke funkcije radi zaštite zakonitosti. Više o ovome *infra* u tački 3.4.

26 Suprotno mom stavu pozitivisano je sljedeće rješenje u članu 7. Zakona o Pravobranilaštvu Republike Srpske: „Pravobranilac i njegovi zamjenici ne mogu biti krivično gonjeni ili lišeni slobode za iskazano mišljenje ili odluku donesenu u vršenju funkcije.“

27 „Na žalost, primjeri iz prakse u bliskoj prošlosti su pokazali da su u određenim slučajevima kolege pravobranioци bili pozivani na krivičnu odgovornost kao vrstu pritiska, te i smjenjivani [...] samo zato što njihova pravna mišljenja i stajališta nisu odgovarala interesima pojedinaca u zakonodavnoj i izvršnoj vlasti[...] Na žalost, još uvijek određeni zakoni kojim se reguliše položaj pravobranilaca ne sadrže zakonske odredbe koje bi isključivale mogućnost pozivanja na krivičnu ili neku drugu odgovornost pravobranilaca za dato pravno mišljenje. Eliminisanjem navedene mogućnosti kao vrste pritiska na pravobranilačku funkciju, stepen neovisnosti i samostalnosti pravobranioца bio bi doista veći i jači [...]“; *op. cit.*, (fusnota 16), str. 16.

28 Npr. član 23. stav 2. Zakona o Pravobranilaštvu Republike Srpske: „Ako Pravobranilaštvo ocijeni da je zaključen ugovor ništav, podnijeće tužbu za utvrđenje ništavosti, a u slučaju da je ugovor rušljiv, podnijeće tužbu za poništenje.“ Odredba člana 13. stav 17. Zakona o Pravobranilaštvu BiH ide korak dalje, jer širi ovlaštenje pravobranilaštva i na diskrecionu ocjenu o ekonomskoj opravdanosti: „Ako pravobranilaštvo smatra da je zaključen ugovor ništavan, podnijet će Sudu BiH tužbu za utvrđenje ništavosti, a u slučaju da ugovorena cijena ne odgovara prometnoj vrijednosti – tužbu za raskid ili izmjenu ugovora.“

### 3.3. POSREDNIČKA ILI PREGOVARAČKA FUNKCIJA?

Nastojanje da se spor sa državom sporazumno razriješi bez sudskog postupka izražen je u članu 12. ZJP-a, što navodi na zaključak da (1) ili pravobranilaštvo posreduje između potencijalnog protivnika u sudskom postupku i zastupanog lica (2) ili da pregovara kao zastupnik. Da se radi o medijaciji u smislu odredaba Zakona o posredovanju – medijaciji („Službeni glasnik RS“, broj 18/05, u daljem tekstu: ZM) upućuje odredba člana 193. ZPP-a o dužnosti lica koje namjerava da tuži državu da podnese pravobranilaštvu „predlog za mirno rešavanje spora“<sup>29</sup> što je određeno kao procesna pretpostavka za pokretanje parnice. U nastavku će biti pretresene navedene odredbe i zauzet stav po ovom pitanju.

#### *Obavezna medijacija, pregovaranje ili autoritativno odlučivanje uz participaciju protivne strane?*

Podudarnosti odredaba ZM-a i člana 193. ZPP-a navode na zaključak da je novim ZPP-om uveden postupak obavezne medijacije kada je tužena država, što je sa razlogom podvrgnuto oštroj kritici zbog privilegovanja države.<sup>30</sup> Zaista, *ratio legis* obaveznosti ovog postupka se čini upitnim, jer član 12. ZJP-a i bez člana 193. ZPP-a omogućuje postizanje sporazuma o spornom odnosu prije ili u toku sudskog postupka na bazi ravnopravnosti i stranačke dispozicije.

Smatram da je sama priroda postupka takva da se ne može upodobiti medijaciji. Ako je medijator treća neutralna strana, pravobranilaštvo ne može istovremeno biti nezavisan i nepristrastan medijator i zastupati stranu u postupku. Ako pravobranilaštvu preostaje njegova uloga zastupnika, takva medijacija ne bi imala medijatora. Dalje, ovako postavljene odredbe ZPP-a onemogućuju ostvarivanje načela medijacije:<sup>31</sup> dobrovoljnosti (jer je medijacija sa državom obavezna); ravnopravnosti stana (država i pravobranilaštvo kao javnopravni organ su nadmoćniji u odnosu na privatnopravno lice), privatno-

29 Analogno, član 8. ZM-a govori o „predlogu za pokretanje postupka“.

30 „Jedino kad država treba da bude tužena uveden je princip *obavezne medijacije* mimo opšteg režima zasnovanog na dobrovoljnosti[...] Umesto da se u sudskom postupku štite autonomija i dispozicija parničnih stranaka, kao principi primereni zaštiti subjektivnih građanskih prava, sudski postupak je postao instrument za zaštitu države od stranačke autonomije. *Ratio legis* ovakve odredbe je nelegitiman, jer je zasnovan na diskriminaciji ostalih stanaka u odnosu na državu kad je tužena.“ Vesna Rakić-Vodinić, *Zakon o parničnom postupku Srbije*, Pravni zapisi, broj 2/2011, str. 536–539.

31 Članovi 3. do 7. ZM. V. Leposava Karamarković, *Postupak posredovanja, parnični i arbitražni postupak*, Nadležnost i razgraničenje nadležnosti sudova, Glosarijum, Beograd, str. 124–158.

sti i povjerljivosti (jer se postupak vodi sa ili pred javnopravnim organom, na čiji izbor privatnopravno lice nema uticaja).

Sa druge strane, opredjeljenje za pregovaračku funkciju sadržano je u sljedećem stavu:

„Naime, u postupku mirnog rešavanja sporova između građana i Republike Srbije Republičko javno pravobranilaštvo nema položaj organa koji sa pozicije vlasti odlučuje o priznavanju ili nepriznavanju prava nekog prava građana. Naprotiv, Republičko javno pravobranilaštvo je samo predstavnik suprotne strane u sporu, sa drugom stranom u sporu, koji je ovlašćen da [...] pregovara o razrešenju spora mirnim putem. Dakle, iako je Republičko javno pravobranilaštvo državni organ, ono nije nadležni organ koji sa pozicije vlasti rešava o sporovima suprotstavljenih i od njega nezavisnih stranaka[...]“.<sup>32</sup>

Ni navedeno tumačenje ne izgleda uvjerljivo, jer zanemaruje javnopravne karakteristike odnosa između strana, o kojima će biti govora *infra*. Drugo, ako se pravobranilaštvo kao javnopravnom organu da mogućnost da postupa kao privatnopravno lice i rješava sporne odnose stranačkom dispozicijom, nužno slijedi zaključak da ono (1) ili ima sopstvenu volju ili (2) postupa po volji zastupanog, odnosno države. Naime, određenje „sporazumno rješenje spornog odnosa“ iz člana 12. stav 1. Zakona o javnom pravobranilaštvu, odnosno „Sporazum postignut između Republičkog javnog pravobranioca i lica[...]“ iz člana 193. stav 5. ZPP-a jasno upućuje na vansudsko poravnanje kao ugovor materijalnog prava, što implicira voljnu radnju („uzajamno popuštanje“) obje strane u izvijesnom spornom građanskopravnom odnosu. Ako je jedna strana pravobranilaštvo, da li to znači da pravobranilaštvo kao institucija ima svoju volju, koja proizvodi pravne posljedice?<sup>33</sup> Ili da, kao zastupnik, izražava volju svog nalogodavca, odnosno države kao strane u sporu? Smatram da su oba stanovišta neprihvatljiva, tako da „sporazum“ kao pozitivnopravno određenje treba odbaciti. Ako bi odgovor na prvo pitanje bio afirmativan, diskreciona ovlaštenja pravobranilaštva bi prevladala načelo zakonitosti; a ako bi se potvrdno odgovorilo na drugo pitanje, prihvatile bi se davno prevaziđene subjektivne teorije tumačenja prava, kojima se traga za voljom zakonodavca, umjesto objektivnih, u kojima se na osnovu teksta odredaba utvrđuje smisao postavljene pravne norme u određenom predmetu. Ako bi se ipak tragalo za voljom države, taj zaludan posao bi se mogao obavljati jedino tumačenjem

32 Jovan Prodanović, *Prethodno podnošenje predloga za mirno rešavanje sporova kao procesna pretpostavka dopuštenosti tužbe protiv Republike Srbije*, Bilten RJP, broj 3/2011, str. 53–54.

33 Na pozitivanje posebne volje pravobranilaštva ukazuje i odredba člana 8. ZJP-a: „Republičko javno pravobranilaštvo može pred Ustavnim sudom Srbije pokrenuti postupak [...] kad oceni da su mu (sic!) ovim propisima neposredno povređena prava i interesi“. Neadekvatnost pravno-tehničkog regulisanja je očigledna, jer se ne radi tu o pravima i interesima pravobranilaštva već države.

Ustava i zakona, a ne volje nosilaca izvršne vlasti, jer bi se tako politički ili procesnopravni oportunitet stavio ispred zakona.

Kako oba prikazana modela – posredničke ili pregovaračke – funkcije predstavljaju *contradictio in adjecto*, treba zaključiti da se ovdje uopšte ne radi ni o postupku medijacije niti pregovaranja, nego o nečem drugom – o postupku čije ću karakteristike utvrditi u nastavku.

Kao što je pokazano *supra*, u postupku mirnog rješavanja spora dominiraju obilježja javnopravnog odnosa:<sup>34</sup> (1) odredba člana 193. ZPP-a sadrži normu koja štiti prvenstveno interes države; (2) adresirana je na državu, odnosno njen organ (pravobranilaštvo) i određuje pravo tog organa da odluči o pravu ili obavezi potencijalnog protivnika prije sudskog postupka (nezadovoljnoj stranci ostaje mogućnost da podnese tužbu), pa tako (3) daje državi pravno jaču volju, obezbjeđujući nadređenost prema drugoj strani (jer joj daje inicijativu i čak omogućava da različito odluči u istovrsnim predmetima) i predviđa prinudno izvršenje (sporazum predstavlja izvršnu ispravu, svojstvo koje nema privatnopravni sporazum).

Dakle, radi se o jednom postupku *sui generis*, koji nije pozitivisan, a koji se približava modelu autoritativnog odlučivanja uz participaciju protivne strane, jer je odnos između procesno legitimisane stranke i pravobranilaštva pretežno javnopravne prirode. Privatnopravna obilježja odnosa su slabije izražena, a dispozicija potencijalnog tužioca je svedena na mogućnost da podnese tužbu. Paradoksalno, pravo na pristup sudu, kao sastavni dio prava na pravično suđenje, skoro da je izjednačeno sa pravom na pravni lijek.

### *Zastoj ili prekid zastarjelosti?*

U prilog zauzetom stavu o javnopravnoj prirodi mirnog rješavanja spora treba razmotriti i dilemu o pravnim posljedicama ovog postupka. Članom 193. stav 2. ZPP-a predviđeno je da njegovo pokretanje dovodi do zastoja zastarjelosti, a materijalnopravna odredba člana 388. ZOO određuje da se zastarijevanje prekida podnošenjem tužbe i svakom drugom radnjom povjerioca protiv dužnika pred sudom ili drugim nadležnim organom u cilju utvrđivanja, obezbjeđenja ili ostvarivanja potraživanja. Koja je norma mjerodavna? Ako se kao argument u prilog zastaju zauzme stav da pravobranilaštvo nije nadležni organ u smislu člana 388. ZOO,<sup>35</sup> treba odmah postaviti pitanje: Ako to nije organ koji je u Ustavu i zakonima određen kao organ nadležan za pravnu

34 Vladimir Vodinelić, *Građansko pravo, uvodne teme*, Nomos, Beograd 1991, str. 84.

35 „[...]iako je Republičko javno pravobranilaštvo državni organ, ono nije nadležni organ koji sa pozicije vlasti rešava o sporovima suprotstavljenih i od njega nezavisnih stranaka [...] pa se podnošenje predloga za mirno rešavanje sporova [...] ne može podvesti pod normu o prekidu zastarevanja[...] Da je zakonodavac hteo da podnošenje predloga za mirno rešavanje spora ima za posledicu prekid zastarevanja, tada bi u ZPP ovo izričito propisao[...]“ *op. cit.*, (fusnota 32), str. 54.

zaštitu imovinskih prava i interesa države, koji organ to jeste? Smatram da sistematsko i ciljno tumačenje određaba jasno ukazuje na smisao norme: da je upravo pravobranilaštvo taj nadležni organ, jer drugi organ sa takvom nadležnosti i ne postoji u pravnom sistemu; ako bi i postojao, pravobranilaštvo bi moralo biti uključeno u odlučivanje davanjem mišljenja na osnovu člana 13. ZJP-a. Dalje, ako se zauzme stav o pravobranilaštvu kao nadležnom organu, tada bi obje norme različito uređivale isti pravni odnos, pa je potrebno utvrditi mjerodavnu normu primjenom kolizionih derogacionih pravila.<sup>36</sup> Tada bi prednost opet trebalo dati procesnopravnoj normi koja određuje zastoj, jer je kasnije stupila na snagu, a sa materijalnopravnom normom iz ZOO je u odnosu specijaliteta. Sa druge strane, pravnodogmatski nije korektno procesnom normom mijenjati opšti materijalnopravni režim, a pravopolitički odredba ZPP-a nema opravdanja jer je prethodni pravni režim pravičnije uređio mogućnost sporazumnog rješenja spornog odnosa.<sup>37</sup> Dakle, mjerodavna je norma iz člana 193. ZPP-a o zastoju zastarjelosti, ali nije pravnodogmatski korektna niti pravopolitički svrsishodna.

### 3.4. INSTITUCIONALNA FUNKCIJA

#### *Oficijelnost kao nužnost*

Do sada su sagledane funkcije koje bi se mogle okarakterisati kao privatnopravne; zastupanjem, posredovanjem, pregovaranjem i savjetovanjem može se baviti i advokatura, a njen klijent može biti i država. Međutim, kako je već bilo nagovještaja u tačkama 3.2. i 3.3, nužno je radi zaštite zakonitosti iskoračiti iz sfere privatnopravnosti, što je sasvim saglasno prirodi ustanove pravobranilaštva kao javnog organa. Naime, pravobranilaštvo se upodobljava ulozi državnog organa barem u sljedećim situacijama: (1) pokreće postupak pred Ustavnim sudom za ocjenu ustavnosti zakona i drugih opštih akata (član 8. ZJP); (2) implicitno, generalno ovlaštenje da štiti državnu imovinu podrazumijeva da može *ex officio* pokrenuti i druge sudske i upravne postupke; (3) i kada postupa po nalogu, samostalno ocjenjuje osnovanost dobijenog naloga sa aspekta osnovanosti i procesnih izgleda, pa na taj način ne samo da pruža pravnu pomoć, nego i kontroliše nalogodavca; (4) u velikoj mjeri samostalno odlučuje o prihvatanju prijedloga za mirno rješavanje spora (član 193. ZPP); (5) preduzima mjere pred sudovima za zaštitu zakonitosti u postupku

36 *Op. cit.*, (fusnota 34), str. 89.

37 Sličan pravni problem kolizije normi se javlja tumačenjem određaba člana 12. stav 1. ZJP-a, koji određuje dužnost pravobranilaštva da u roku od 30 dana obavijesti drugu stranu o preduzetim mjerama u postupku rješavanja spornog odnosa, i člana 193. stav 3. ZPP-a, koji određuje rok od 60 dana i ne obavezuje na odgovor. Nameće se pitanje da li je legitimno da jedan državni organ uskraćuje svoja saznanja o spornom odnosu privatnopravnom licu radi uvećanja svojih procesnih izgleda na uspjeh u parnici.

davanja pravnog mišljenja (član 13. ZJP); (6) komunicira sa pravosuđem i državnom upravom na isti način kao i drugi državni organi (čl. 11. i 17. ZJP).

Pravobranilaštvo se može posmatrati kao sastavni dio državne organizacije, odnosno kao državni organ ustanovljen zakonom, specijalizovan za zaštitu imovinskih prava države. Ovaj ugao sagledavanja nije dovoljan jer treba imati u vidu da je svaki državni organ, bez obzira na specijalizaciju, vezan ustavnim načelima i međunarodnim standardima vladavine prava, neposredne primjene ljudskih prava itd.<sup>38</sup> Zato institucionalnoj funkciji pravobranilaštva pripada i zadatak da, kao i svaki drugi državni organ, navedena ustavna načela konkretizuje i svakodnevno provodi. U dijelu koji se odnosi na zastupničku funkciju, već je bilo govora o neprihvatljivosti favorizovanja imovinskih prava države po svaku cijenu, a u nastavku ću se pozabaviti pitanjem legitimnosti relativizacije istine u praksi pravobranilaštva.

### *Kognitivni relativizam*

Uopšteno, djelatnosti pravosudnih i upravnih organa mogu se izraziti na sljedeći način: u okviru svojih nadležnosti, na osnovu pozitivnopravnih normi, oni odlučuju o pravnim posljedicama na temelju utvrđenog činjeničnog stanja u zakonitom postupku. Naime, u pravosuđu sudovi prema odredbama procesnih zakona tragaju za istinom, a tužilaštvo prema odredbama krivičnog procesnog zakona stiče uvjerenje o krivičnoj odgovornosti do standarda „osnovane sumnje“, kao jedne stepenice u traganju za istinom, do koje će na kraju doći sud; upravni organi u upravnom postupku saznanje o istini stiču tako što utvrđuju „odlučne činjenice“. Ovi organi to čine upravo radi ostvarivanja vladavine prava. Ako je to tako, i pravobranilaštvo bi trebalo da, kada se opredjeljuje za postupanje u konkretnom sudskom ili upravnom predmetu, stekne određen stepen uvjerenja o prezentovanom činjeničnom stanju, jer takvo uvjerenje ono kao samostalan i specijalizovan državni organ ne može samo „pozajmiti“ od nalogodavca. S obzirom na to da ZPP, za razliku od drugih procesnih zakona, prepušta pokretanje parnice dispoziciji stranaka, pravobranilaštvo je zaista jedinstven državni organ koji nema zakonom određenu obavezu da traga za istinom prema određenim pravilima postupka. Ovo se ne može opravdavati argumentima domaće teorije da traganje za istinom u građanskom postupku nema isti značaj kao u krivičnom postupku,<sup>39</sup> jer

38 „Vladavina prava je mnogo više od apstraktnog načela[...] Ako ne iskusite vladavinu prava u svakodnevnom životu, kao posvećeni napor svih državnih institucija, kao zajednički interes i zajednička očekivanja, ili kao normalan način života i normalno funkcionisanje društva i institucija vaše države, tada je vladavina prava samo riječ, a ne praksa i normalnost.“ Rainer Faupel, *The Rule of Law – Nothing Purely Abstract and No Matter for Sunday Speeches*, Strani pravni život, broj 2/2009, str. 8.

39 „Na posredan način sve to nekoga bi moglo nagnati na pomisao o inferiornosti građanskog procesa. Jer iz svega slijedi da se u kaznenom postupku ostvaruju Istina i Pravda; a u građanskom (eventualno) samo Pravda.“ Alan Uzelac, *Istina u sudskom*



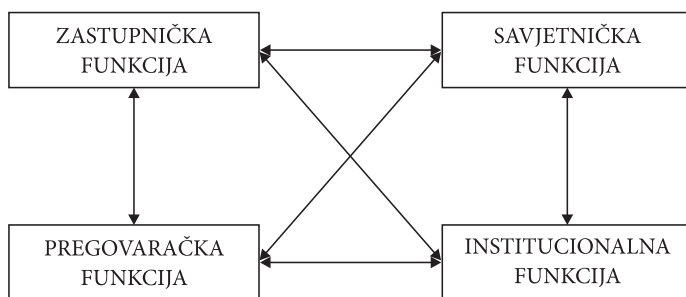
je sa stanovišta vladavine prava jednostavno neprihvatljivo da javnopravni organ, čije je postupanje od uticaja na ostvarivanje prava i sloboda građana, ne utvrđuje istinu po određenim pravilima postupka nego mu ostaje prostor za arbitrarno postupanje u skladu sa individualnim subjektivnim procjenama procesnih izgleda, što svakako pogoduje mogućnostima zlopotrebe procesnih ovlaštenja. Drugi mogući protivni argument – da je nužan uslov traganja za istinom u parnici kontradiktorno raspravljanje, lako se može pobiti argumentom da stranačka obaveza savjesnog parničenja podrazumijeva, između ostalog, i dužnost iznošenja istine, odnosno onog činjeničnog stanja za koje su stranke uvjerenе da korespondira istini.

Tako pravobranilaštvu, koga bi vezanost za Ustav i zakone trebalo činiti, ako ništa drugo, savjesnim parničarem, uspjeh u konkretnom postupku ne smije biti važniji od istine, a svrhovitost ga ne legitimise da pretpostavi imovinu države vladavini prava i pravdi.

### 3.5. INTERAKCIJA FUNKCIJA

Međusobni odnos funkcija pravobranilaštva treba sistemski sagledati, u svoj njihovoj komplikovanosti i kompleksnosti. Da bi se postigla puna funkcionalnost i neprotivuriječnost ustanove, neophodno je harmonično uređenje, koje podrazumijeva međusobnu usklađenost funkcija u jednom koherentnom sistemu.

Slika 1. Interakcija funkcija pravobranilaštva



Izvijesne kontradiktornosti su uočljive, konkretno: (1) zastupnik jedne strane ne može biti medijator; (2) ako nije stekao određeni stepen uvjerenja u osnovanost svog postupanja, nije legitimno da jedan državni organ zastupajući državu pred sudom ili pregovarajući u njeno ime „pozajmljuje“ to uvjerenje

*postupku*, Pravni fakultet, Zagreb 1997, str. 157. Autor u nastavku kritikuje ovakve stavove kao ideološki obojene i prevaziđene.



od nalagodavca; (3) ako je dao pravno mišljenje u nekom imovinskopravnom odnosu, ne može biti zastupnik u postupku koji proizlazi iz spora o tom odnosu u kom bi branio suprotno stanovište.

## 4. ZAKLJUČCI

### 4.1. PRAVOBRANILAŠTVO *DE LEGE LATA*

Postoji opšta saglasnost da je pravobranilaštvo u pravnom sistemu Srbije bliže državnoj upravi nego pravosuđu. Ovakav stav je lako potvrditi jezičkim i sistematskim tumačenjem odredaba Ustava i ZJP-a, prema kojima pravobranilaštvo ne uživa garancije nezavisnosti i nepristrasnosti koje su dodijeljene sudu i tužilaštvu. Uočava se jedna kontradiktornost – pravobranilaštvo je ustrojeno zakonom kao javnopravni organ, a svoje funkcije vrši čas kao javnopravni organ, čas kao privatnopravno lice.

### 4.2. PRAVOBRANILAŠTVO *DE LEGE FERENDA*

Podsjetiću na pitanje iz uvoda: Da li je i kakvo je pravobranilaštvo potrebno?

Najprije treba dopustiti mogućnost da ustanova pravobranilaštva nije neophodna. U prilog ovakvom rješenju može se zauzeti stav da bilo tužilaštvo bilo organi uprave, pa i advokatura, takođe poznaju pravo, pa mogu nesmetano preuzeti njegove funkcije; pored toga, nedvosmisleno svrstavanje u pravosuđe ili upravu išlo bi u prilog dosljedne konkretizacije ustavnog načela podjele vlasti. Međutim, ako funkcije pravobranilaštva preuzme tužilaštvo, zakonski zastupnik tužene u predmetima u kojima tužimo državu bilo bi tužilaštvo, što je ne samo *contradictio in adjecto* nego narušava i procesnu „jednakost oružja“ stranaka, kao integralni dio prava na pravično suđenje, pošto tužilaštvo ima u svom arsenalu vanredne pravne lijekove za zaštitu zakonitosti, kojima druga strana ne raspolaže.

Ako se prihvati argumentacija u prilog opstanku ustanove, kao modaliteti njenog ustrojstva, mogli bi se izdvojiti modeli poznati iz komparativistike:

- (1) pravobranilaštvo kao organ naslonjen na izvršnu vlast, u sastavu državne uprave, sa većim ili manjim stepenom nezavisnosti i samostalnosti;
- (2) pravobranilaštvo kao nezavisan i samostalan organ pravosuđa;
- (3) pravobranilaštvo kao organizaciona jedinica tužilaštva, kao nesamostalan pravosudni organ.

Svaki od modela ima svoje dobre i loše strane. Prvi model više izražava zastupničku i pregovaračku funkciju, a drugi i treći savjetničku i institucio-

nalnu. Smatram da detaljno razmatranje modela ne bi presudno doprinijelo opredjeljivanju za neki od njih, jer se svakom od njih mogu naći zamjerke; ipak ovdje odlučujuću ulogu igraju argumenti (pravno) političkog oportuniteta. Presudan je stav zakonodavne (političke) vlasti koja će izabrati model koji smatra cjelishodnim: ili ustanovu koja više pomaže a manje kontrolira izvršnu vlast, ili obrnuto.

Zato se neću opredjeljivati ni za pravosuđe ni za upravu već ću samo postaviti naznake za neku buduću reformu.

(1) Ustavno načelo podjele vlasti nalaže da treba jasno opredijeliti prirodu ustanove kao organa vlasti: ili pravosuđe, ili državna uprava. Ovo iz razloga što nije legitimno stavljati se čas u ulogu državne uprave, čas pravosuđa.<sup>40</sup>

(2) Treba se jasno opredijeliti u još jednom smislu: ovlaštenja ustanove treba upodobiti ili ovlaštenjima javnopravnog organa ili privatnopravnog lica. Nedosljednost zakonodavca u dodjeljivanju različitih uloga ovoj ustanovi jeste svrsishodna za zaštitu imovinskih prava i interesa države, ali nije legitimna sa stanovišta procesne ravnopravnosti stranaka, vladavine prava, neposredne primjene ljudskih prava i pravne sigurnosti.

(3) Trebalo bi nadležnosti pravobranilaštva postaviti znatno šire, tako što bi sadašnje pozitivnopravno određenje o „zaštiti imovinskih prava i interesa države“ bilo zamijenjeno sveobuhvatnijim zadatkom ove ustanove: da štiti zakonitost.<sup>41</sup>

(4) Posljedično zadatku zaštite zakonitosti, treba ustanovu obavezati da traga za istinom i urediti takav jedan postupak u kome se dolazi do izvjesnog stepena uvjerenja o osnovanosti za dalje postupanje, nezavisno od naloga zastupanog lica, te eliminirati sva određenja o voljnim radnjama pravobranilaštva i njegovih nalogodavaca, kako bi se smanjila mogućnost arbitrarnosti i zloupotrebe.

(5) Objedinjavanje funkcija pravobranilaštva i zastupanja države pred međunarodnim institucijama koje nadziru sprovođenje međunarodnih sporazuma već je predlagano,<sup>42</sup> a uporednopravno ponegdje prihvaćeno (Hr-

40 „Vlast ne podleže samo ograničenjima propisanim Ustavom i zakonima već i onima koja postavlja princip podele vlasti i koja ne dopuštaju da u rukama jednog organa budu objedinjene različite funkcije vlasti[...]“, Marijana Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd 2009, str. 16.

41 Integracija pravobranilaštva i partnerski odnos sa pravosuđem izražen na zvaničnoj prezentaciji pravobranilaštva Slovenije, gdje pravobranilaštvo: „Kot del pravosodnega sistema sodeluje pri uresničevanju ciljev pravosodja“ preuzeto sa adrese: <http://www.dp-rs.si/>, 10. 3. 2012.

42 „[...]zastupnik pred Evropskim sudom za ljudska prava trebalo bi da bude sastavni deo [...] pravobranilaštva, imajući u vidu da se pre obraćanja građana ovom sudu moraju iscrpeti sva pravna sredstva pred domaćim sudovima, u kojima najčešće učestvuje [...] pravobranilaštvo kao i da se kompletni spisi predmeta nalaze u pravobranilaštvu.“, *op. cit.*, (fusnota 1), str. 344.

vatska, Slovenija). Svakako bi to bilo korisno za ujednačavanje pravne prakse zastupanja sa stanovišta tumačenja i konkretizacije normi koje se odnose na ljudska prava, a što eksplicitno nalaže član 18. Ustava.

#### 4.3. SVRSISHODNOST I OPŠTE DOBRO VS. ISTINA I PRAVDA

Imovinska prava i interesi države ne mogu se svesti samo na privatno-pravne odnose nego im njihova svrha – ostvarivanje načela ustava – daje javnopravni karakter. Dalje, ako je zastupnik države javnopravna ustanova, njenim upodobljavanjem ulozi privatnopravnog lica rizikuje se neravnopravnost parničnih stranaka, pa time i nesavjesno parničenje od strane zastupnika države. Umjesto toga, zastupnik države bi trebalo da bude mnogo više – pouzdan partner sudu u ostvarivanju načela vladavine prava, zaštiti ljudskih prava i traganju za istinom.<sup>43</sup>

U krajnjoj liniji, opredjeljenje za ili protiv zauzetih stavova svakako zavisi od shvatanja osnovnih društvenih vrijednosti i njihove hijerarhije. Možda se izloženi problem može, u jednom pravno-aksiološkom pristupu svesti na pitanje vrednovanja, odnosno pitanje: Kojim društvenim vrijednostima u zastupanju države treba dati prioritet: svrsishodnosti i opštem dobru ili istini i pravdi? Moje opredjeljenje je drugi par vrijednosti jer smatram da treba više strahovati od moralnog i pravnog kolapsa države, nego od ekonomskog.

## LITERATURA

1. Rainer Faupel, *The Rule of Law – Nothing Purely Abstract and No Matter for Sunday Speeches*, Strani pravni život, broj 2/2009.
2. Leposava Karamarković, *Postupak posredovanja, parnični i arbitražni postupak*, Nadležnost i razgraničenje nadležnosti sudova, Glosarijum, Beograd 2006.
3. Milan B. Marković, *Nadležnosti i ovlašćenja Javnog pravobranilaštva u zastupanju*, u: Nadležnost i razgraničenje nadležnosti sudova, Zbornik radova, Glosarijum, Beograd 2006.
4. Nula Mol i Katarina Harbi, *Pravo na pravično suđenje, Vodič za primjenu člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Savet Evrope, Beograd 2007.
5. Julijana Nedeljković, *Javni pravobranilac – zastupnik po (kojem) zakonu?*, Pravni informator, broj 5/2008.
6. Sreto Nogo, *Sudsko pravo*, Megatrend univerzitet, Beograd 2010.

43 „Organiziranje pravosuđa koje u cjelosti poštuje temeljna procesna ljudska prava iz čl. 6 zadatak je koji obuhvaća cjelokupno polje reformi u pravosudnom sustavu.“ Alan Uzelac, *Pravo na pošteno suđenje: opći i građanskopravni aspekti čl. 6. st 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, u: Usklađenost hrvatskih zakona i prakse sa standardima Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Centar za mirovne studije, Zagreb 2011, str. 123.

7. Marijana Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd 2009.
8. Jovan Prodanović, *Prethodno podnošenje predloga za mirno rešavanje sporova kao procesna pretpostavka dopuštenosti tužbe protiv Republike Srbije*, Bilten Republičkog javnog pravobranilaštva, broj 3/2011.
9. Vesna Rakić-Vodinelić, *Pravosudno organizaciono pravo*, Savremena administracija, Beograd 1994.
10. Vesna Rakić-Vodinelić, *Zakon o parničnom postupku Srbije*, Pravni zapisi, broj 2/2011.
11. Ivana Timotijević: *Neka sporna pitanja u parnicama protiv Republike Srbije radi naknade štete prouzrokovane diskriminacijom osoba sa invaliditetom*, Bilten Republičkog javnog pravobranilaštva, broj 1/2011.
12. Udruženje pravobranilaca/pravobranitelja u Federaciji BiH, *Projekat reforme pravobranilačke funkcije u Federaciji Bosne i Hercegovine*, 2011, str. 27, preuzeto sa adrese: [http://upuf.ba/wp-content/uploads/Projekat\\_reforme\\_pravobranilastva.pdf](http://upuf.ba/wp-content/uploads/Projekat_reforme_pravobranilastva.pdf), 8. 3. 2012.
13. Alan Uzelac, *Istina u sudskom postupku*, Pravni fakultet, Zagreb 1997.
14. Alan Uzelac, *Pravo na pošteno suđenje: opći i građanskopravni aspekti čl. 6. st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, u: Usklađenost hrvatskih zakona i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Centar za mirovne studije, Zagreb 2011.
15. Vladimir Vodinelić, *Građansko pravo, uvodne teme*, Nomos, Beograd 1991.
16. Vladimir Vodinelić, *Jusnaturalizam, napred – marksizam, stoj!* Pravni život, broj 12/1996.

## PUBLIC ATTORNEY'S OFFICE BETWEEN JUDICIARY AND PUBLIC ADMINISTRATION

Živorad Rašević

### SUMMARY

The aim of the research was the positioning of the institution of the Public Attorney within the Serbian legal system. *De lege lata*, the focus was on examining the compliance of the institution's functions with the challenges of the European Convention on Human Rights, the Serbian Constitution and the new Civil Procedure Code. Based on the criticism of positive law, the author builds the legal policy stance regarding this institution *de lege lata*.

The author primarily uses the dogmatic method, and where necessary, other legal science methods: comparative, historical, sociological and philosophical.

The study resulted in knowledge with regard to the position of the institution, which is closer to the executive than to the judiciary, the incompatibilities of its functions and deficits, primarily in terms of concretization of

the constitutional principle of the rule of law and direct implementation of the constitutionally guaranteed human rights.

Property rights and interests of the state cannot be reduced to private law. Furthermore, if an agent of the state is a public institution, putting it in a role of a private person makes the litigation unfair. The agent of the state is supposed to be a much more reliable partner of the court in exercising the rule of law, human rights and the quest for truth.

Ultimately, the *pro et contra* stances expressed in this study certainly depends on understanding the basic social values and their hierarchy.

Perhaps the problem can be expressed, in terms of a legally-axiological approach, as a question of valuation. Which social values should be given priority: the common good or the justice and truth? The author opts for the latter, believing we should be more concerned about the legal and moral collapse of the state, than its economic demise.

**Key words:** representative, counselling, intermediary and institutional function, interaction, the rule of law, human rights.

Rad dostavljen Redakciji: 17. marta 2012. god.

Rad prihvaćen za objavljivanje: 24. maja 2012. god.